

Höfling (Hrsg.)

# TPG

Transplantationsgesetz

Kommentar

2. völlig neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage

Nachtrag Stand September 2013

Erich Schmidt Verlag · [www.esv.info/978 3 503 12927 0](http://www.esv.info/9783503129270)

---

Das Transplantationsgesetz (TPG) ist durch Art. 5d des Gesetzes zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung vom 15. Juli 2013 (BGBl. I S. 2423) mit Wirkung zum 1. August 2013 geändert worden. Der Gesetzgeber antwortet mit dieser erneuten Änderung auf den bekannt gewordenen Manipulationsverdacht in mehreren Transplantationszentren und modifiziert das TPG an drei Stellen. Dieser Nachtrag enthält die komplette Kommentierung der betroffenen Normen – die Änderungen sind im Gesetzestext jeweils (halb)fett hervorgehoben. Zur Wahrung der Zitierfähigkeit führt der Nachtrag die Kommentierung des Werkes fort.



## § 10

### Transplantationszentren

(1) <sup>1</sup>Transplantationszentren sind Krankenhäuser oder Einrichtungen an Krankenhäusern, die nach § 108 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch oder nach anderen gesetzlichen Bestimmungen für die Übertragung von Organen verstorbener Spender sowie für die Entnahme und Übertragung von Organen lebender Spender zugelassen sind. <sup>2</sup>Bei der Zulassung nach § 108 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch sind Schwerpunkte für die Übertragung dieser Organe zu bilden, um eine bedarfsgerechte, leistungsfähige und wirtschaftliche Versorgung zu gewährleisten und die erforderliche Qualität der Organübertragung zu sichern.

(2) <sup>1</sup>Die Transplantationszentren sind verpflichtet,

1. Wartelisten der zur Übertragung von vermittlungspflichtigen Organen angenommenen Patienten mit den für die Organvermittlung nach § 12 erforderlichen Angaben zu führen sowie unverzüglich über die Annahme eines Patienten zur Organübertragung und seine Aufnahme in die Warteliste zu entscheiden und den behandelnden Arzt darüber zu unterrichten, ebenso über die Herausnahme eines Patienten aus der Warteliste,
2. über die Aufnahme in die Warteliste nach Regeln zu entscheiden, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Notwendigkeit und Erfolgsaussicht einer Organübertragung,
3. die auf Grund des § 11 getroffenen Regelungen zur Organentnahme sowie bei vermittlungspflichtigen Organen die auf Grund des § 12 getroffenen Regelungen zur Organvermittlung einzuhalten,
4. vor der Organübertragung festzustellen, dass die Organ- und Spendercharakterisierung nach § 10a abgeschlossen und dokumentiert ist und die Bedingungen für die Konservierung und den Transport eingehalten worden sind,
5. jede Organübertragung unverzüglich so zu dokumentieren, dass eine lückenlose Rückverfolgung der Organe vom Empfänger zum Spender ermöglicht wird; bei der Übertragung von Organen verstorbener Spender ist die Kenn-Nummer (§ 13 Abs. 1 Satz 1) anzugeben, um eine Rückverfolgung durch die Koordinierungsstelle zu ermöglichen,
6. die durchgeführten Lebendorganspenden aufzuzeichnen,
7. vor und nach einer Organübertragung Maßnahmen für eine erforderliche psychische Betreuung der Patienten im Krankenhaus sicherzustellen und
8. nach Maßgabe der Vorschriften des Fünften Buches Sozialgesetzbuch Maßnahmen zur Qualitätssicherung, die auch einen Vergleich mit anderen Transplantationszentren ermöglichen, im Rahmen ihrer Tätigkeit nach diesem Gesetz durchzuführen; dies gilt für die Nachbetreuung von Organspendern nach § 8 Abs. 3 Satz 1 entsprechend.

<sup>2</sup>§ 9a Absatz 2 Nummer 2 und 3 gilt entsprechend.

(3) <sup>1</sup>Die nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 für die Organvermittlung erforderlichen Angaben sind von einem Arzt oder einer von diesem beauftragten Person zu erheben, zu dokumentieren und an die Vermittlungsstelle nach Maßgabe des § 13 Absatz 3 Satz 3 zu übermitteln. <sup>2</sup>Den in Satz 1 genannten Personen ist es verboten,

1. für eine Meldung nach § 13 Absatz 3 Satz 3 den Gesundheitszustand eines Patienten unrichtig zu erheben oder unrichtig zu dokumentieren oder
2. bei der Meldung nach § 13 Absatz 3 Satz 3 einen unrichtigen Gesundheitszustand eines Patienten zu übermitteln,

um Patienten bei der Führung der einheitlichen Warteliste nach § 12 Absatz 3 Satz 2 zu bevorzugen.

### Gliederung

	Rn.
I.–II. vgl., <i>Lang</i> , in: Höfling, TPG, § 10 . . . . .	1–57
III. Ergänzung des § 10 durch Art. 5d des Gesetzes zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung . . . . .	58
1. Organspendeskandale als Anlass der Regelung . . . . .	58
2. Die Änderung im Einzelnen . . . . .	59

## III. Ergänzung des § 10 durch Art. 5d des Gesetzes zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung

### 1. Organspendeskandale als Anlass der Regelung

58 Das Recht der Transplantationsmedizin kommt derzeit nicht zur Ruhe. Wo man sich allerdings nach den sehr handfesten Skandalen der Jahre 2012<sup>106</sup> und 2013<sup>107</sup> eine grundsätzliche gesetzgeberische Neugestaltung des in verfassungsrechtlicher Perspektive gleich mehrfach defizitären Regelungssystems<sup>108</sup> gewünscht hätte, reagiert der Gesetzgeber mit punktuellen Neuregelungen,

<sup>106</sup> Vgl. dazu etwa <http://www.sueddeutsche.de/thema/Organspende-Skandal>, <http://www.spiegel.de/thema/organspendeskandal/>; s. a. FAZ vom 3. 6. 2013, S. 1 ff.

<sup>107</sup> Im Spätsommer 2013 hat der Bericht der Prüfungs- und Überwachungskommissionen festgestellt, dass es auch in Münster schwerwiegende und systematische Verstöße gegen die geltenden Richtlinien gegeben habe, vgl. <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/organspende-skandal-verzweiflung-und-verstoesse-1.1762782>.

<sup>108</sup> Strukturelle Defizite bestehen etwa im Hinblick auf die demokratische Legitimation der Bundesärztekammer im Hinblick auf deren Richtlinientätigkeit, (dazu § 16 Rn. 17 ff.; der Tätigkeit der DSO nach § 11 Abs. 1a (dazu § 11 Rn. 25 ff.), der Einschaltung von Eurotransplant mit Blick auf die Kontrolle dort getroffener Entscheidungen (dazu § 12 Rn. 66 ff.) sowie der Aufsicht und des Rechtsschutzes. Die verfassungsrechtlichen Zweifel haben auch die Änderungen nicht beseitigen können (dazu auch § 16 Rn. 58 f.). Umfassende Bestandsaufnahme der Strukturängel schon bei Gutmann, Für ein neues Transplantationsgesetz, 2006.

die die erwähnten strukturellen Defizite unangetastet lassen und die fundamentale Kritik vernachlässigen. Die vorerst letzte Änderung des TPG erfolgte – eingebettet in das Gesetz zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung<sup>109</sup> – in Form eines sog. Omnibusgesetzes, was einerseits eine andernfalls mögliche Ablehnung im Bundesrat verhinderte, andererseits aber kaum der seit langem ausstehenden Auseinandersetzung mit den Grundfragen der Transplantationsmedizin dienlich war. Mit dem genannten Art. 5d wurde neben den §§ 16 und 19, auch § 10 geändert; der Vorschrift wurde in Absatz 3 eine im Wesentlichen strafrechtlich motivierte Regelung angefügt. Die Regelung stellt im Verbund mit namentlich der in § 16 vorgenommenen Änderungen eine gesetzgeberische Reaktion auf die sog. Organspendeskandale dar, deren Aufdeckung einer vollkommen zu Recht kritischen Berichterstattung in den Medien zu verdanken ist, die deshalb entgegen anderslautender Stellungnahmen<sup>110</sup> auch nichts skandalisiert hat.<sup>111</sup> Es ist nicht die über Missstände berichtende Presse, die sich skandalös verhält, skandalös sind aus eigen- (Bonuszahlungen) oder fremdnützigen („Rettung des eigenen Patienten“) Motiven vorgenommene Manipulationen in einem auf besonderem Vertrauen angelegtem System.

## 2. Die Änderung im Einzelnen

Der aus zwei Absätzen bestehende Absatz 3 soll ausweislich der Gesetzesbegründung dazu beitragen, ein gerechtes Verteilungsverfahren zu gewährleisten. Dazu soll die Lauterkeit der getroffenen Entscheidungen in allen Phasen der Entscheidungen der Transplantationszentren, also von der Erhebung bis zur Übermittlung an die Vermittlungsstelle gesichert werden.<sup>112</sup> Die besondere Betonung in der Gesetzesbegründung, die Vermittlungsentscheidung erfolge „ausschließlich nach den medizinischen Kriterien der Erfolgsaussicht und Dringlichkeit“<sup>113</sup> dürfte allerdings eher als „Beruhigungsspiel“ für eine durch die Skandale aufgebrachte Öffentlichkeit fungieren.<sup>114</sup> Sie vernebelt, dass in der Literatur seit langem klargestellt ist, dass die Vermittlungsentscheidungen gerade nicht nach rein medizinischen Kriterien<sup>115</sup>, sondern eben auch unter Zuhilfenahme mehr oder minder verdeckter, mehr oder minder begründeter oder (vermeintlich) intuitiver Gerechtigkeitserwägungen erfolgen.<sup>116</sup>

<sup>109</sup> Gesetz zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung v. 15. 7. 2013, BGBl. I S. 2423. Die Vorschriften sind nach Art. 6 des genannten Gesetzes zum 1. 8. 2013 in Kraft getreten.

<sup>110</sup> Vgl. etwa *Schroth*, NSTz 2013, 437 (438): „In einzelnen Zentren zeigen sich Organverteilungsauffälligkeiten, die durch die Presse skandalisiert wurden“.

<sup>111</sup> Vgl. zur Vor- und Entstehungsgeschichte der Regelungen im Übrigen die Kommentierung bei § 16 Rn. 50f.

<sup>112</sup> BT-Drucks. 17/13947, S. 53.

<sup>113</sup> BT-Drucks. 17/13947, S. 53.

<sup>114</sup> Nach einem Bericht des WDR 2 vom 24.5.2013 soll die Spendebereitschaft infolge der Organspendeskandale um ca. 12 % zurückgegangen sein, <http://www.wdr2.de/aktuell/transplantation125.html>.

<sup>115</sup> § 12 Rn. 30 m. w. N. in Fn. 70; oben Rn. 17 ff.

<sup>116</sup> Dazu *Lang*, MedR 1995, 269, 275 ff.

60 § 10 Abs. 3 Satz 1 benennt zunächst die Personen, die für die Erhebung, Dokumentation und Übermittlung der für die Wartelistenführung erforderlichen Angaben verantwortlich sind. Das betrifft zunächst den Arzt, erfasst werden allerdings auch die von ihm beauftragten Personen (Wartelistenmitarbeiter, Pfleger, Krankenschwestern). Falls es in diesem Zusammenhang zu Manipulationen kommt, dürfte es in strafrechtlicher Hinsicht darum gehen, unterschiedliche Tatbeiträge und Verantwortlichkeiten abzuschichten und zuzuordnen. Satz 2 verbietet – an sich selbstverständlich – Manipulationen bei der Erhebung, Dokumentation und Übermittlung auf den Gesundheitszustand bezogener Daten. Während § 10 Abs. 3 Satz 2 damit die Verbotsnorm enthält, ordnet § 19 Abs. 2 a als Rechtsfolge einer Manipulation der den Gesundheitszustand betreffenden Daten die Verhängung einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder einer Geldstrafe an. Mit dem Begriff „Gesundheitszustand“ sind sämtliche wartelisterrelevanten medizinischen Angaben erfasst.<sup>117</sup> Die Vorschrift ist weit auszulegen, dem Gesetzgeber geht es ausdrücklich darum, „jegliche Manipulation“ zu vermeiden.<sup>118</sup> Die Gesetzesbegründung führt – nicht abschließend gedacht – als Tathandlungen die Manipulationen oder den Austausch von Blutproben, die unrichtige Erhebung von Untersuchungsergebnissen, wie zum Beispiel der Blutgruppe, und die Wiedergabe dieser Untersuchungsergebnisse, das Vortäuschen von Behandlungen, wie zum Beispiel Dialysen, das Verschweigen von Kontraindikationen oder falsche Angaben zum stationären Aufenthalt und damit gleichsam nahezu die gesamte Palette der inkriminierten Handlungen auf, die Gegenstand der schon genannten Organspendeskandale waren.

61 Es war wichtig, dass der Gesetzgeber auf die Erschütterungen der Organspendeskandale reagiert hat. Die Gesetzesmaterialien verschweigen sich allerdings zur Frage nach dem Schutzzweck des § 10 Abs. 3. Bedenkt man aber, dass je nach Motivlage des Täters auch bereits eine strafrechtliche Erfassung der Manipulationen mit den überkommenen Straftatbeständen<sup>119</sup> möglich erscheint, dürfte es bei der Neuregelung in § 10 Abs. 3 im Kern darum gehen, das Vertrauen der Bevölkerung in die Lauterkeit des Systems (wieder)herzustellen, um ein weiteres Absinken der Legitimität getroffener Verteilungsentscheidungen und damit einhergehend der Spendebereitschaft entgegenzuwirken. Es wäre aber wünschenswert und wohl auch zielführender gewesen, das gesamte Transplantationssystem einer umfassenden Defizitanalyse zuzuführen, die seit Jahren geäußerte Kritik aufzugreifen und zu Reformen zu nutzen. Die eher punktuell ansetzenden, größere Reformen scheuenden Ansätze des Gesetzgebers dürften die Spendebereitschaft in der Bevölkerung nicht nachhaltig beeinflussen.

---

<sup>117</sup> BT-Drucks. 17/13947, S. 53.

<sup>118</sup> BT-Drucks. 17/13947, S. 53.

<sup>119</sup> In Göttingen hat die Staatsanwaltschaft Anklage wegen versuchten Totschlag in elf sowie Körperverletzung mit Todesfolge in drei Fällen erhoben.

## ABSCHNITT 5a

### **Richtlinien zum Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft, Verordnungsermächtigung**

#### § 16

#### **Richtlinien zum Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft bei Organen**

(1) <sup>1</sup>Die Bundesärztekammer stellt den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien fest für

1. die Regeln zur Feststellung des Todes nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und die Verfahrensregeln zur Feststellung des endgültigen, nicht behebbaren Ausfalls der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 einschließlich der dazu jeweils erforderlichen ärztlichen Qualifikation,
- 1a. die Regeln zur Feststellung des Todes nach § 4a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1,
2. die Regeln zur Aufnahme in die Warteliste nach § 10 Abs. 2 Nr. 2 einschließlich der Dokumentation der Gründe für die Aufnahme oder die Ablehnung der Aufnahme,
3. die ärztliche Beurteilung nach § 9a Absatz 2 Nummer 1,
4. die Anforderungen an die im Zusammenhang mit einer Organentnahme zum Schutz der Organempfänger erforderlichen Maßnahmen einschließlich ihrer Dokumentation ergänzend zu der Organ- und Spendercharakterisierung nach § 10a, insbesondere an
  - a) die Untersuchung des Organspenders, der entnommenen Organe und der Organempfänger, um die gesundheitlichen Risiken für die Organempfänger, insbesondere das Risiko der Übertragung von Krankheiten, so gering wie möglich zu halten,
  - b) die Konservierung, Aufbereitung, Aufbewahrung und Beförderung der Organe, um diese in einer zur Übertragung oder zur weiteren Aufbereitung und Aufbewahrung vor einer Übertragung geeigneten Beschaffenheit zu erhalten,
  - c) die Erkennung und Behandlung von Vorfällen bei einer Lebendorganspende, die mit der Qualität und Sicherheit des gespendeten Organs zusammenhängen können, oder von schwerwiegenden unerwünschten Reaktionen beim lebenden Spender, die im Rahmen seiner Nachbetreuung festgestellt werden,
5. die Regeln zur Organvermittlung nach § 12 Abs. 3 Satz 1,
6. die Anforderungen an die im Zusammenhang mit einer Organentnahme und -übertragung erforderlichen Maßnahmen zur Qualitätssicherung und
7. die Anforderungen an die Aufzeichnung der Lebendorganspenden nach § 10 Absatz 2 Nummer 6.

<sup>2</sup>Die Einhaltung des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft wird vermutet, wenn die Richtlinien der Bundesärztekammer beachtet worden sind.

(2) <sup>1</sup>Die Bundesärztekammer legt das Verfahren für die Erarbeitung der Richtlinien nach Absatz 1 und für die Beschlussfassung fest. **<sup>2</sup>Die Richtlinien nach Absatz 1 sind zu begründen; dabei ist insbesondere die Feststellung des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft nachvollziehbar darzulegen.** <sup>3</sup>Bei der Erarbeitung der Richtlinien ist die angemessene Beteiligung von Sachverständigen der betroffenen Fach- und Verkehrskreise, einschließlich des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen, der Deutschen Krankenhausesellschaft, der Deutschen Transplantationsgesellschaft, der Koordinierungsstelle nach § 11, der Vermittlungsstelle nach § 12 und der zuständigen Behörden der Länder vorzusehen. <sup>4</sup>Darüber hinaus sollen bei der Erarbeitung der Richtlinien nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1, 1a und 5 Ärzte, die weder an der Entnahme noch an der Übertragung von Organen beteiligt sind, noch Weisungen eines Arztes unterstehen, der an solchen Maßnahmen beteiligt ist, bei der Erarbeitung der Richtlinien nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 und 5 Personen mit der Befähigung zum Richteramt und Personen aus dem Kreis der Patienten, bei der Erarbeitung von Richtlinien nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 5 ferner Personen aus dem Kreis der Angehörigen von Organspendern nach § 3 oder § 4 angemessen vertreten sein.

**(3) Die Richtlinien nach Absatz 1 sowie deren Änderungen sind dem Bundesministerium für Gesundheit zur Genehmigung vorzulegen. Das Bundesministerium für Gesundheit kann von der Bundesärztekammer im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zusätzliche Informationen und ergänzende Stellungnahmen anfordern.**

### Gliederung

	Rn.
I.–II. vgl., <i>Höfling</i> , in: Höfling, TPG, § 16. . . . .	1–48
III. Ergänzung des § 16 durch Art. 5d des Gesetzes zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung. . . . .	49
1. Zur Vor- und Entstehungsgeschichte . . . . .	50
2. Die Änderungen im Einzelnen . . . . .	52

### III. Ergänzung des § 16 durch Art. 5d des Gesetzes zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung

49 Wenige Monate nach der letzten Änderung des Transplantationsgesetzes hat das Parlament erneut – in Reaktion auf den sog. Organspendeskandal und den damit in Zusammenhang gebrachten deutlichen Rückgang des Spenderaufkommens – punktuell in das Regelwerk interveniert.<sup>109</sup> Neben Änderungen der §§ 10 und 13<sup>110</sup> ist auch eine der zentralen Vorschriften des TPG, der die Richt-



linienkompetenz der Bundesärztekammer begründende § 16, einer nicht unerheblichen Änderung unterworfen worden.

## 1. Zur Vor- und Entstehungsgeschichte

Der sog. Organspendeskandal des Jahres 2012, der in Wahrheit massive Manipulationen der Allokationsentscheidungen betraf,<sup>111</sup> hat eine geradezu hektische Betriebsamkeit der politischen Akteure und auch des Gesetzgebers ausgelöst. Unter anderem vereinbarten die Vorsitzenden aller Fraktionen des Deutschen Bundestages, in einer Arbeitsgruppe aus Gesundheitspolitikern aller im Bundestag vertretenen Fraktionen ergebnisoffen den gesetzgeberischen Handlungsbedarf für die Transplantationsmedizin in Deutschland zu prüfen.<sup>112</sup> Die Arbeitsgruppe hielt „gemeinsame zielgerichtete Anstrengungen für notwendig, um das verloren gegangene Vertrauen der Menschen zurückzugewinnen und auch dadurch die Bereitschaft zur Organspende nachhaltig zu fördern“.<sup>113</sup> Die Bundesregierung wurde aufgefordert, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der die Richtlinien der Bundesärztekammer gem. § 16 TPG unter einen Genehmigungsvorbehalt des Bundesministeriums für Gesundheit stellt, um eine staatliche Rechtsaufsicht sicherzustellen.<sup>114</sup>

Zuvor hatte schon der Bundesrat anlässlich des Änderungsgesetzes vom 21. 7. 2012<sup>115</sup> gefordert, die Richtlinien gem. § 16 Abs. 1 und ihre Änderung der Genehmigung zu unterwerfen. Wegen der „enormen Grundrechtsrelevanz“ bedürfe der Richtlinienerrlass personeller und prozeduraler Vorgaben durch den Gesetzgeber und dürfe nicht der Selbstorganisationsmacht der Bundesärztekammer überlassen werden. Mit dem Genehmigungsvorbehalt könne sichergestellt werden, dass die staatliche Aufsicht über „die eminenten grundrechtsrelevante Ausgestaltung wesentlicher Bereiche des Transplantationsgeschehens durch Richtlinien effektiv wahrgenommen werden kann“.<sup>116</sup>

Die Änderung des § 16 reagiert – wenn auch unzureichend<sup>117</sup> – auf die immer nachdrücklicher formulierte Kritik, mit der die alte Rechtslage in den zurückliegenden Jahren konfrontiert worden ist.<sup>118</sup> Der neue Genehmigungsvorbehalt in § 16 Abs. 3 passt das Organallokationssystem in gewisser Weise an die Vorgaben an, die der Gesetzgeber für den Bereich der Gewebespende bereits 2007 – in Umsetzung europäischen Rechts – formuliert hat. Hier ist die

<sup>109</sup> Siehe näher *Engels*, Punktuelle gesetzgeberische Interventionen im Transplantationswesen – unendliche Geschichte oder Beseitigung fundamentaler Konstruktionsfehler?, WzS 2013, 199 ff.

<sup>110</sup> Siehe dazu die ergänzenden Kommentierungen.

<sup>111</sup> Siehe jetzt den Bericht 2012/2013 der Überwachungskommission gem. § 11 Abs. 3 Satz 4 und der Prüfungskommission gem. § 12 Abs. 5 Satz 4.

<sup>112</sup> Siehe BT-Drs. 17/13897, S. 3.

<sup>113</sup> BT-Drs. 17/13897, S. 4.

<sup>114</sup> BT-Drs. 17/13897, S. 4 ff.

<sup>115</sup> BGBl. I S. 1601.

<sup>116</sup> Siehe Anlage 3 zur BT-Drs. 17/7376, S. 33; dazu auch schon *Höfling*, § 16 Rn. 4.

<sup>117</sup> Dazu nachfolgend Rn. 54.

<sup>118</sup> Siehe dazu auch schon die Erstauflage dieses Kommentars.

Richtlinientätigkeit der Bundesärztekammer in § 16 b an das Einvernehmen der zuständigen Bundesoberbehörde geknüpft.<sup>119</sup>

## 2. Die Änderungen im Einzelnen

- 52 Das Gesetz zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung, das lediglich als Vehikel zur erneuten Änderung des Transplantationsgesetzes dient, hat zunächst zu einer Ergänzung des § 16 Abs. 2 geführt. Nach Satz 1 wurde nunmehr die Bestimmung eingefügt: „Die Richtlinien in Absatz 1 sind zu begründen; dabei ist insbesondere die Feststellung des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft nachvollziehbar darzulegen“.
- 53 Darüber hinaus erhält § 16 einen neuen Absatz 3, wonach die Richtlinien nach § 16 Abs. 1 sowie deren Änderungen dem Bundesministerium für Gesundheit zur Genehmigung vorzulegen sind. Das Ministerium kann dabei von der Bundesärztekammer im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zusätzliche Informationen und ergänzende Stellungnahmen anfordern.
- 54 Das Begründungserfordernis soll – so der Ausschuss für Gesundheit – dem besseren Verständnis und der besseren Transparenz der Richtlinienpraxis der Bundesärztekammer dienen. Durch die erforderliche Darlegung „des Standes der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft“ soll das Bundesministerium für Gesundheit in die Lage versetzt werden, im Genehmigungsverfahren zu prüfen, ob die Bundesärztekammer den Beurteilungsspielraum angemessen gewürdigt hat und die einzelnen Richtlinienvorgaben nachvollziehbar sind.<sup>120</sup> Die Neuregelungen sind als ein *erster (wenn auch unzureichender) Schritt* zu begrüßen. Nachdem die Bundesregierung noch vor einem Jahr auf die oben zitierte<sup>121</sup> Stellungnahme des Bundesrates ablehnend reagiert und einen Genehmigungsvorbehalt durch das Bundesministerium für Gesundheit für nicht erforderlich gehalten hatte,<sup>122</sup> vollzieht der Gesetzgeber nunmehr eine begrenzte Kehrtwendung. Das prinzipielle Legitimationsdefizit, das die Richtlinientätigkeit der Bundesärztekammer kennzeichnet, wird durch die über den Genehmigungsvorbehalt vermittelte Rückbindung an das demokratische Legitimationssystem teilweise kompensiert.<sup>123</sup>
- 55 Allerdings erweist sich der Korrekturversuch des Gesetzgebers aus verfassungsrechtlicher Perspektive als unzureichend. Er ändert nämlich nichts an einem weiteren fundamentalen Konstruktionsfehler des deutschen Transplantationsrechts, nämlich der unzureichenden materiellen Steuerung der Allokationsentscheidungen.<sup>124</sup> Die Beschränkung der gesetzlichen Vorgaben in § 12 Abs. 3 Satz 1 auf die gegenläufigen Kriterien Erfolgsaussicht und Dringlichkeit

---

<sup>119</sup> Näher hierzu *Augsberg*, Die Bundesärztekammer im System der Transplantationsmedizin, in: Höfling (Hrsg.), Die Regulierung der Transplantationsmedizin in Deutschland, 2008, S. 45 ff.

<sup>120</sup> Siehe BT-Drs. 17/13947, S. 53.

<sup>121</sup> Siehe bei Fn. 16.

<sup>122</sup> Siehe BT-Drs. 17/7376, S. 26 f.

<sup>123</sup> Näher hierzu *Engels*, WzS 2013, 199 (202 f.).

<sup>124</sup> Dazu näher *Höfling*, § 12 Rn. 29 ff. m. w. N.

führt nämlich dazu, dass die Allokationsrichtlinien der Bundesärztekammer weiterhin nicht angemessen gesteuert werden. Ohne entsprechende materielle Vorgaben des Gesetzgebers stellt sich dann aber die Frage, an welchem Maßstab das Bundesministerium für Gesundheit seine Genehmigungsentscheidung ausrichten soll.<sup>125</sup> Im übrigen insinuiert der Genehmigungsvorbehalt, dass es sich bei der Richtlinientätigkeit um Selbstverwaltung handelt.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> Zutreffend *Engels*, WzS 2013, 199 (203).

<sup>126</sup> Zur Kritik daran siehe oben Rn. 3.

§ 19

**Weitere Strafvorschriften**

(1) Wer

1. entgegen § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a oder Buchstabe b oder Nr. 4 oder § 8c Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 3, Abs. 2 Satz 1, auch in Verbindung mit Abs. 3 Satz 2, oder § 8c Abs. 3 Satz 1 ein Organ oder Gewebe entnimmt,
2. entgegen § 8 Abs. 1 Satz 2 ein Organ entnimmt oder
3. entgegen § 8 b Abs. 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Abs. 2, ein Organ oder Gewebe zur Übertragung auf eine andere Person verwendet oder menschliche Samenzellen gewinnt,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer entgegen § 3 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2, § 4 Abs. 1 Satz 2 oder § 4 a Abs. 1 Satz 1 ein Organ oder Gewebe entnimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

**(2a) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer absichtlich entgegen § 10 Absatz 3 Satz 2 den Gesundheitszustand eines Patienten erhebt, dokumentiert oder übermittelt.**

(3) Wer

1. entgegen § 2 Abs. 4 Satz 1 oder Satz 3 eine Auskunft erteilt oder weitergibt,
2. entgegen § 13 Abs. 2 eine Angabe verwendet oder
3. entgegen § 14 Abs. 2 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2, oder Satz 3 personenbezogene Daten offenbart oder verwendet,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) In den Fällen der Absätze 1, 2 **und 2a** ist der Versuch strafbar.

(5) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 2 fahrlässig, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

**Gliederung**

Rn.

I.-VIII. vgl., <i>Bernsmann/Sickor</i> , in: Höfling, TPG, § 16, Rn. 1–106	
IX. Änderungen aufgrund des Gesetzes zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung . . . . .	107
1. Einfügung des Abs. 2a . . . . .	107
2. Voraussetzungen der Strafbarkeit. . . . .	110
a) Schutzgut, Deliktsnatur . . . . .	111
b) Anwendungsbereich . . . . .	112
c) Täterqualifikation . . . . .	113

d) Tathandlung in Fällen des Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 . . .	114
e) Tathandlung in Fällen des Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 . . .	119
3. Subjektiver Tatbestand . . . . .	120
a) Vorsatz . . . . .	120
b) Absicht der Bevorzugung eines Patienten . . . . .	121
4. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe . . . . .	126
5. Versuch . . . . .	127
6. Strafe . . . . .	128
7. Konkurrenzen . . . . .	129

## IX. Änderungen aufgrund des Gesetzes zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung

### 1. Einfügung des Abs. 2a

Im Sommer 2012 wurde bekannt, dass es in mehreren Transplantationszentren zu Manipulationen der für die Warteliste maßgebenden Parameter gekommen ist, die zu einer **Bevorzugung eigener Patienten** bei der zentralen Verteilung von Spenderorganen geführt haben.<sup>102</sup> 107

Das hat den Gesetzgeber auf den Plan gerufen. Der neu geschaffene § 19 Abs. 2a ist allerdings nur eine halbherzige, wenig adäquate Reaktion auf Handlungen, die für die Betroffenen von existenzieller Dramatik sein können. Dies dürfte mit einer Verharmlosung der Motive der ärztlichen Protagonisten zusammenhängen. Der Gesetzgeber konnte (oder wollte) offenbar nicht feststellen, dass sich – was nicht fern gelegen hätte – die Bevorzugung vorrangig auf Patienten bezog, die Ihre Überlebenschancen z.B. durch Zuwendungen an den behandelnden Arzt verbessern wollten.<sup>103</sup> Auch eine Bevorzugung von sog. Non-Residents oder von Privatpatienten gegenüber gesetzlichen Versicherten hat es offenbar nicht gegeben.<sup>104</sup> Ausschlaggebend für die Bevorzugung eigener Patienten waren demnach – neben durchaus denkbaren altruistischen Motiven – finanzielle Anreize der jeweiligen Transplantationszentren gegenüber leitenden Ärzten in Gestalt von Zielvereinbarungen.<sup>105</sup> Allerdings wäre selbst ein ausschließlich altruistisches Handeln zwar vor dem Hintergrund des ärztlichen Berufsethos verständlich; gleichwohl bedeutet jede sachwidrige Bevorzugung eines Patienten die Benachteiligung – und schlimmstenfalls: den Tod – eines anderen Patienten. Zur Verharmlosung besteht – zumindest aus Sicht eines wartenden und am Ende ggf. letal frustrierten Patienten – daher kein Grund.<sup>106</sup> 108

<sup>102</sup> Siehe dazu z. B.: „Süddeutsche Zeitung“ = <http://www.sueddeutsche.de/thema/Organspende-Skandal, zuletzt aufgerufen am 5. 8. 2013>.

<sup>103</sup> Vgl. BT-Drs. 17/13897, S. 1 ff., wo zahlreiche sonstige „Fehlreize“, nicht aber unmittelbare Zuwendungen durch die Patienten aufgeführt werden.

<sup>104</sup> Dazu BT-Drs. 17/13897, S. 2.

<sup>105</sup> Vgl. BT-Drs. 17/13897, S. 3.

<sup>106</sup> Diesen Aspekt weitgehend ausblendend: *Schroth*, NSTZ 2013, 437 (441 ff.).

109 Da die vorgefundene Bevorzugung eigener Patienten das vom Gesetzgeber vorgeschriebene System der Organverteilung nicht umgangen, sondern „nur“ durch Manipulationen ausgenutzt hat, können diese Handlungen – so offenbar der Gesetzgeber – weder als „Organhandel“ nach den §§ 17, 18 noch als Verstoß gegen die (bisherigen) Regelungen des § 19 sanktioniert werden.<sup>107</sup> Die durch die Presse dokumentierte Aufdeckung der Manipulation von Wartelisten<sup>108</sup> hat allerdings weite Teile der Bevölkerung verunsichert und an einer „gerechten“ Verteilung von Spenderorganen zweifeln lassen. Im Zusammenhang mit dem bereits zuvor bekannt gewordenen fragwürdigen Verhalten der Geschäftsführung der Deutschen Stiftung Organtransplantation (DSO)<sup>109</sup> mag sich unter den Spendern auch der Verdacht eingestellt haben, dass das System der Organtransplantation und -verteilung allen Beteiligten mit Ausnahme der Organspender und -empfänger finanzielle Vorteile bringt. Dies dürfte ein wesentlicher Grund dafür sein, dass die Bereitschaft zur Organspende erheblich zurückgegangen ist.<sup>110</sup> Um das Vertrauen in das staatlich vorgeschriebene System der Organverteilung (wieder) zu stärken, hat der Gesetzgeber – soweit hier von Interesse – in § 10 Abs. 3 die Manipulation der die Warteliste beeinflussenden Parameter ausdrücklich untersagt und einen Verstoß gegen dieses Verbot in Abs. 2a mit Strafe bedroht. Die Gesetzesänderung wurde – wohl aufgrund der empfundenen Eilbedürftigkeit – als Teil des „Gesetzes zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung“ beschlossen. Es ist am 1. 8. 2013 in Kraft getreten.

## 2. Voraussetzungen der Strafbarkeit

110 Abs. 2a stellt die absichtliche Erhebung, Dokumentation oder Übermittlung des Gesundheitszustandes eines Patienten für eine Meldung nach § 13 Abs. 3 Satz 3 unter Strafe, soweit diese Handlungen unter Verstoß gegen § 10 Abs. 3 Satz 2 erfolgen. Die durch Abs. 2a in Bezug genommene Vorschrift des § 10 Abs. 3 Satz 2 unterscheidet zwischen der unrichtigen Erhebung bzw. der unrichtigen Dokumentation des Gesundheitszustandes eines Patienten *für eine Meldung* nach § 13 Abs. 3 Satz 3 (§ 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 – dazu unten, d) und der Übermittlung des unrichtigen Gesundheitszustandes eines Patienten *bei einer Meldung* nach § 13 Abs. 3 Satz 3 (§ 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 – dazu unten, e).

<sup>107</sup> Die Staatsanwaltschaft Braunschweig hat im Fall der Manipulation von Wartelisten am Universitätsklinikum Göttingen Anklage wegen versuchten Totschlags zulasten der auf der Wartelisten Benachteiligten erhoben; siehe dazu die Presseinformation der Staatsanwaltschaft Braunschweig vom 19. 6. 2013 = [http://www.staatsanwaltschaft-braunschweig.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation\\_id=22912&article\\_id=116171&\\_psmand=165](http://www.staatsanwaltschaft-braunschweig.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=22912&article_id=116171&_psmand=165); zuletzt aufgerufen am 5. 8. 2013. Das LG Göttingen hat in diesem Fall einen hinreichenden Tatverdacht bejaht und unter dem Aktenzeichen Az. 6 Ks 4/13 das Hauptverfahren eröffnet (§ 203 StPO); siehe zum Beginn der Hauptverhandlung den Bericht von *Gückel*, Göttinger Tageblatt vom 19. 8. 2013 = <http://www.goettinger-tageblatt.de/Nachrichten/Goettingen/Uebersicht/Angeklagter-Leberchirurg-stellt-sich-als-Opfer-des-Transplantations-Systems-dar>, zuletzt aufgerufen am 2. 9. 2013.

<sup>108</sup> Siehe die Nachweise oben, Fn. 102.

<sup>109</sup> Vgl. *Berndt*, „Süddeutsche Zeitung“ vom 13. 12. 2011 = <http://sz.de/1.1233309>; zuletzt aufgerufen am 5. 8. 2013.

<sup>110</sup> Vgl. BT-Drs. 17/13897, S. 2.

a) *Schutzgut, Deliktsnatur*

Abs. 2a sucht die unberechtigte Bevorzugung von Patienten hinsichtlich deren Position auf der Warteliste für ein Spenderorgan zu verhindern. Gemessen an diesem Schutzgut sind die unter Strafe gestellten Handlungen der Rechtsgutsbeeinträchtigung vorgelagert; einen „Erfolg“ in Gestalt einer tatsächlichen Bevorzugung setzt der Tatbestand nicht voraus. Bei Abs. 2a handelt es sich daher um ein **abstraktes Gefährndungsdelikt**. 111

b) *Anwendungsbereich*

Die Verbotsnorm des § 10 Abs. 3 Satz 2 bezieht sich **nur auf Meldungen** i.S. des § 13 Abs. 3 Satz 3, d. h. auf die Meldung der für die Organvermittlung erforderlichen Daten **von einem Transplantationszentrum an die Vermittlungsstelle**. 112

c) *Täterqualifikation*

Der Kreis tauglicher **Täter** wird durch den Wortlaut des Abs. 2a nicht eingeschränkt. Allerdings trifft die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Erhebung, Dokumentation und Übermittlung des Gesundheitszustandes eines Patienten für bzw. bei einer Meldung nach § 13 Abs. 3 Satz 3 gemäß § 10 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Satz 1 nur Ärzte sowie die von diesen mit der Erhebung, Dokumentation oder Übermittlung beauftragten Personen. Zwar geht die Gesetzesbegründung in wenig klarer Formulierung davon aus, dass von der Verbotsnorm des § 10 Abs. 3 Satz 2 „alle insoweit beteiligten Personen“ erfasst würden.<sup>111</sup> Der Wortlaut der Norm steht aufgrund des im Strafrecht geltenden Gesetzesvorbehalts (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) allerdings einer Einbeziehung weiterer – irgendwie „beteiligter“ – Personen entgegen.<sup>112</sup> Taugliche Täter sind deshalb **nur Ärzte sowie von Ärzten** mit der Erhebung, Dokumentation oder Übermittlung des Gesundheitszustandes eines Patienten **beauftragte Personen**. Dagegen kommt Abs. 2a nicht zur Anwendung, wenn die Erhebung, Dokumentation oder Übermittlung des Gesundheitszustandes – z. B. durch einen externen Eingriff in die Datenverarbeitung oder durch die fingierte Übermittlung von Daten – nicht von den für die Meldung zuständigen Ärzten durchgeführt oder veranlasst wurde. 113

d) *Tathandlung in Fällen des Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1*

**Tathandlung** ist die unrichtige Erhebung bzw. die unrichtige Dokumentation des Gesundheitszustandes eines Patienten *für eine Meldung* nach § 13 Abs. 3 Satz 3 zum Zwecke der Bevorzugung eines Patienten.<sup>113</sup> 114

Der Begriff **„Gesundheitszustand“** soll „sämtliche medizinischen Angaben die im Zusammenhang mit der Führung der Warteliste erhoben werden“,<sup>114</sup> 115

<sup>111</sup> BT-Drs. 17/13947, S. 53.

<sup>112</sup> Siehe zum Bestimmtheitsgebot im Strafrecht hier nur *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Auflage 2010, § 1 Rn. 16 ff.; *Hassmer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2013, § 1 Rn. 14 ff., 106 ff.

<sup>113</sup> Siehe zur letztgenannten Voraussetzung unten, Rn. 121 ff.

<sup>114</sup> BT-Drs. 17/13947, S. 53.

d. h. alle Daten, die für die Position auf der Warteliste von Bedeutung sind, erfassen.

- 116 Beispiele für eine **unrichtige Erhebung** bzw. eine **unrichtige Dokumentation** sind: Manipulation oder Austausch von Blutproben, die unrichtige Erhebung von Untersuchungsergebnissen, das Vorspiegeln nicht durchgeführter Behandlungen (z. B. Dialysen), das Verschweigen von Kontraindikationen oder falsche Angaben zum stationären Aufenthalt des Patienten.<sup>115</sup>
- 117 Der Tatbestand des Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ist bereits mit der Erhebung und der Dokumentation der unrichtigen Daten **vollendet**; mithin auch dann, wenn sich die Unterlagen noch im Herrschaftsbereich des Transplantationszentrums befinden. Dass sie ggf. im weiteren Verlauf doch nicht an die Vermittlungsstelle gemeldet werden, ändert daran nichts. Grund für diese extreme Vorverlagerung des Vollendungszeitpunktes ist das Anliegen des Gesetzgebers, „alle maßgeblichen Schritte“ zu erfassen, „in denen Manipulationen vorgenommen werden können“.<sup>116</sup>
- 118 Bezogen auf die vom Gesetzgeber bezweckte Verhinderung von *Manipulationen der Warteliste* entspricht die unrichtige Erhebung und Dokumentation des Gesundheitszustandes allerdings noch nicht einmal einem unmittelbaren Ansetzen zum Versuch. Gemessen an seinem Rechtsgut ist Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 damit als **Vorfelddatbestand** in Gestalt eines abstrakten Gefährdungsdeliktes anzusehen (vgl. Rn. 111). Durch die eigenständig unter Strafe gestellten Vorbereitungshandlungen ist ein straffbefreiender Rücktritt vom Versuch der Manipulation der Warteliste – etwa durch Korrektur der Daten vor deren Absendung – ausgeschlossen. Auch die Möglichkeit einer Strafbefreiung durch tätige Reue sieht das Gesetz nicht vor. Ein Blick auf diesen (unnötig) frühen Vollendungszeitpunkt gibt Grund zu Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift.

e) *Tathandlung in Fällen des Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2*

- 119 **Tathandlung des Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2** ist die Übermittlung des unrichtigen Gesundheitszustandes eines Patienten *bei einer Meldung* nach § 13 Abs. 3 Satz 3.<sup>117</sup>

### 3. Subjektiver Tatbestand

#### a) Vorsatz

- 120 Nach Abs. 2a ist nur ein mit **Absicht** erfolgender Verstoß gegen § 10 Abs. 3 Satz 2 mit Strafe bedroht. Erforderlich ist daher, dass der Täter die unrichtige Erhebung, Dokumentation oder Übermittlung des Gesundheitszustandes *will* und dass er dadurch die Bevorzugung eines Patienten erreichen *will*. Eventualvorsatz genügt nicht. Auch sicheres Wissen (*dolus directus* 2. Grades) reicht

---

<sup>115</sup> BT-Drs. 17/13947, S. 53.

<sup>116</sup> BT-Drs. 17/13947, S. 53.

<sup>117</sup> Siehe zum Begriff des Gesundheitszustandes oben, Rn. 115; zu Beispielen für Manipulationen bei der Erhebung bzw. Dokumentation des Gesundheitszustandes, die diesen unrichtig machen können, oben, Rn. 116.



nicht aus; der Gesetzeswortlaut sollte in Ansehung von Art. 103 Abs. 2 GG beim Wort genommen werden – dann aber liegt der Begriff der „Absicht“ fest.<sup>118</sup>

*b) Absicht der Bevorzugung eines Patienten*

Sowohl die unrichtige Erhebung bzw. Dokumentation *für eine Meldung* nach § 13 Abs. 3 Satz 3 als auch die Übermittlung des unrichtigen Gesundheitszustandes *bei einer Meldung* nach § 13 Abs. 3 Satz 3 ist nur dann verboten und mit Strafe bewehrt, wenn sie dazu dient, Patienten bei der Führung der Warteliste zu bevorzugen. 121

Der Gesetzgeber wollte mit der Vorschrift ausschließlich die bislang bekannt gewordene Fallgruppe der Bevorzugung eigener Patienten durch unrichtige Erhebung, Dokumentation und Übermittlung von deren Gesundheitsdaten erfassen. Der Patient, dessen Gesundheitszustand unrichtig erhoben, dokumentiert oder übermittelt wurde, muss nach dem Wortlaut allerdings nicht identisch mit demjenigen sein, der bevorzugt werden soll. Die Vorschrift erfasst daher auch zahlreiche weitere, mehr oder weniger praxisrelevante Fallgestaltungen: 122

Denkbar ist z. B., dass ein Arzt den Gesundheitszustand eines eigenen Patienten zu dessen Nachteil unrichtig erhebt, dokumentiert oder übermittelt, um dadurch einen anderen (eigenen) Patienten zu bevorzugen. Allerdings dürfte es infolge der zentralisierten Zuteilung der Organe, die künftig auch in dringenden Fällen durch Eurotransplant und nicht mehr durch das Transplantationszentrum selbst erfolgt, kaum noch möglich sein, einen eigenen Patienten durch Manipulationen an den Gesundheitsdaten eines anderen Patienten so gezielt zu bevorzugen, dass dieser anstelle von jenem ein bestimmtes Organ zugeteilt bekommt.<sup>119</sup> Andererseits wäre es nicht ausreichend, durch eine nachteilig-unrichtige Erhebung, Dokumentation oder Übermittlung des Gesundheitszustandes eines Patienten *irgendeinen beliebigen* Patienten bevorzugen zu wollen. Denn die Benachteiligung eines Patienten führt angesichts des allgemeinen Mangels an Spenderorganen und der damit zu unterstellenden stets vorhandenen Nachfrage zwangsläufig zur Bevorzugung irgendeines anderen Patienten. In den grundsätzlich vom Gesetz erfassten Fällen einer Benachteiligung eigener Patienten durch unrichtige Erhebung, Dokumentation oder Übermittlung von deren Gesundheitszustand kommt der ausdrücklichen Aufnahme der Bevorzungsabsicht in den Tatbestand deshalb nur dann ein eigenständiger Regelungsgehalt zu, wenn sich die Bevorzugung ebenfalls auf eigene – jedenfalls aber zumindest auf individuell konkretisierte – Patienten bezieht. 123

Nicht von Abs. 2a ist dagegen der Fall erfasst, in dem ein Arzt seinem eigenen Patienten durch Manipulationen der Gesundheitsdaten ausschließlich schaden möchte und der Patient hierdurch auf der Warteliste benachteiligt wird. Dies führt zu dem – zumindest auf den ersten Blick seltsamen – Ergebnis, 124

<sup>118</sup> Vgl. zum allgemeinen Verständnis der Vorsatzform „Absicht“ hier nur *Fischer*, StGB, § 15 Rn. 6.

<sup>119</sup> Siehe zu Reform der Organzuteilung in dringenden Fällen BT-Drs. 17/13897, S. 2 f.

dass sich ein Arzt strafbar macht, wenn er im Einklang mit dem ärztlichen Berufsethos alles für die Gesundheit seines Patienten zu erreichen sucht, er aber straffrei bleibt, wenn er im Widerspruch zum ärztlichen Berufsethos seinem Patienten Schaden zufügen will. Da im letztgenannten Fall aber regelmäßig die §§ 211 ff., 223 ff. StGB einschlägig sein dürften, fügt sich die Differenzierung des Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 2 dann zwanglos in die Systematik ein, wenn diese Vorschrift als Privilegierung der mit einer Bevorzugung des eigenen Patienten nahezu notwendig verbundenen Benachteiligung anderer Patienten auf der Warteliste angesehen wird.<sup>120</sup>

- 125 Anders sind jene Fälle zu beurteilen, in denen die Manipulation der Gesundheitsdaten zu einer *Bevorzugung auf der Warteliste* für denselben Patienten führt und erst die nachfolgende Transplantation eine *Schädigung des Patienten* darstellt – etwa weil die Transplantation nicht medizinisch indiziert war und zum Versterben des Patienten führt.<sup>121</sup> In diesen Fällen kann § 2a – neben den §§ 211 ff., 223 ff. StGB – gegeben sein.

#### 4. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

- 126 Eine Rechtfertigung wegen Notstandes nach § 34 StGB dürfte selbst bei einem drohenden Versterben des betroffenen Patienten ausscheiden, da der Gesetzgeber in Kenntnis der Notlage der auf ein Organ wartenden Patienten ein System für die Organverteilung bereitgestellt hat. Fälle von Nothilfe i. S. d. § 32 StGB dürften ebenfalls nur schwer denkbar sein. Dies gilt selbst dann, wenn der unspezifizierte Verdacht besteht, dass andere Transplantationszentren ihre Patienten durch Manipulationen der Warteliste weiterhin bevorzugen – jedenfalls solange entsprechende Verstöße grundsätzlich strafrechtlich verfolgt werden. Einer Rechtfertigung zugänglich bleibt damit nur der in der Praxis fern liegende Fall, dass ein Patient in eine zu seinem Nachteil unrichtige Erhebung, Dokumentation oder Übermittlung seines Gesundheitszustandes einwilligt, um dadurch die Bevorzugung eines anderen Patienten zu ermöglichen. Eine Entschuldigung nach § 35 StGB bleibt – in den äußerst engen Grenzen der Vorschrift – dagegen grundsätzlich möglich.

#### 5. Versuch

- 127 Durch das „Gesetz zur Beseitigung sozialer Überforderung bei Beitragsschulden in der Krankenversicherung“ wurde in Abs. 4 für Taten nach Abs. 2a auch der Versuch unter Strafe gestellt. Die Annahme des Gesetzgebers, der Unwertgehalt des Versuchs entspreche dem Unwertgehalt des vollendeten Delikts und „muss“ deshalb ebenfalls strafbar sein,<sup>122</sup> ist gewagt.<sup>123</sup> Inhaltlich vermag vor

---

<sup>120</sup> Zu den Folgen dieser Einordnung für die Konkurrenzen unten, Rn. 129.

<sup>121</sup> Siehe zur Schilderung eines entsprechenden Falles die Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Braunschweig (oben, Fn. 107).

<sup>122</sup> BT-Drs. 17/13947, S. 53.

<sup>123</sup> Siehe zum Versuch als einer (lediglich) „tatbestandsnahe[n] Gefährdung“ Roxin, AT II, § 29 Rn. 1; zur – einen erheblichen dogmatischen Aufwand erfordernden – Legitimierung der Strafbarkeit des Versuchs Roxin, AT II, § 29 Rn. 9 ff.

allein die Anordnung der Versuchsstrafbarkeit bei den unter Strafe gestellten Vorbereitungshandlungen des § 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 kaum zu überzeugen.

## 6. Strafe

Die Strafdrohung beträgt Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren. Die Gleichbehandlung der Vorbereitungshandlungen nach Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 und der tatsächlichen Gefährdung des Rechtsgutes bei Taten nach Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 wird dem unterschiedlichen Unrechtsgehalt beider Tatvarianten nicht gerecht. Bei der Strafzumessung ist auf diese Unstimmigkeit des Gesetzes Rücksicht zu nehmen. 128

## 7. Konkurrenzen

Abs. 2a verbietet die Bevorzugung von Patienten bei der Platzierung auf der Warteliste durch Manipulationen der für die Warteliste maßgeblichen Parameter. Damit soll eine Verschlechterung der Wartelistenposition anderer Patienten und die hiermit verbundenen Gefahren für Leib und Leben verhindert werden. Ist bereits durch die bloße Manipulation von Wartelisten eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags (§§ 212, 22, 23 StGB) zu Lasten der auf der Warteliste benachteiligten Patienten begründet,<sup>124</sup> ergibt die gesonderte Strafbarkeit wegen der Manipulation von Wartelisten nach Abs. 2a nur Sinn, wenn sie als **privilegierende Sondervorschrift** verstanden wird, die bei ihrem Vorliegen eine Bestrafung nach den §§ 212, 223 ff. StGB sperrt.<sup>125</sup> In Ansehung der unterschiedlichen Schutzgüter und der erheblichen Diskrepanz in der Strafandrohung ist das allerdings eine Option, die in der Praxis wenig durchsetzbar sein dürfte. 129

Soweit im Ausnahmefall eine durch Manipulation erreichte Bevorzugung auf der Warteliste zu einer medizinischen Benachteiligung *desselben Patienten* führt, weil eine Organtransplantation medizinisch nicht indiziert war und zu einer Schädigung des Patienten bzw. zu dessen Tod geführt hat,<sup>126</sup> steht wegen der gleichsam doppelten Schädigung sowohl des eigenen als auch des auf der Warteliste benachteiligten Patienten die Strafbarkeit nach Abs. 2a in Idealkonkurrenz (§ 52 StGB) zu den jeweils verwirklichten Tötungs- bzw. Körperverletzungsdelikten. 130

Werden Taten nach Abs. 2a im Rahmen korruptiver Verhaltens zwischen Arzt und Patient begangen, steht Abs. 2a aufgrund der nicht deckungsgleichen Schutzrichtung in Idealkonkurrenz (§ 52 StGB) zu den zugleich verwirklichten Korruptionsdelikten (§§ 331 ff. StGB). 131

<sup>124</sup> Siehe dazu die Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Braunschweig (oben, Fn. 107).

<sup>125</sup> Vgl. zur Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags sowie zur Nichtnachweisbarkeit eines vollendeten Totschlags die Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Braunschweig (oben, Fn. 107).

<sup>126</sup> Siehe zu dieser Fallgruppe oben, Rn. 125 sowie die Schilderung eines entsprechenden Falles in der Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Braunschweig (oben, Fn. 121).

