

Siebente Internationale rechtsvergleichende Konferenz

„Aktuelle Probleme der Strafrechtswissenschaft im internationalen Vergleich“

Potsdam, 17. 12. 2018

Wolfgang Mitsch, Universität Potsdam

Verteilung defizitärer Überlebenschancen und Strafrecht

I. Zu wenig Rettungswesten bei einem Schiffsuntergang

1. Stellen Sie sich den Untergang eines mit afrikanischen Flüchtlingen vollbesetzten Fischerbootes im Mittelmeer vor. An Bord gibt es für die vielen Flüchtlinge nicht genügend Rettungswesten. Und stellen Sie sich weiter vor, die lebensrettenden Westen befinden sich in einer verschlossenen Kiste. Den Schlüssel zu dieser Kiste hat der Bootsführer – ein „Schlepper“ oder „Schleuser“. Dieser Bootsführer entscheidet, wer die rettenden Westen bekommen wird. Es ist eine Entscheidung über Leben und Tod. Denn wer keine Rettungsweste bekommt, stirbt.

2. Die Aushändigung der lebensrettenden Westen an bestimmte Schiffbrüchige impliziert zugleich die Entscheidung, diese Westen den anderen Schiffbrüchigen *nicht* auszuhändigen. Diesen Menschen gegenüber hat das Verhalten des Bootsführers die Qualität einer *Unterlassung*. Anknüpfungspunkte der strafrechtlichen Würdigung sind deshalb § 323 c StGB oder § 13 StGB i.V.m. § 212 StGB. Die Erfüllung des Tatbestandes dieser Delikte ist unbezweifelbar, die Entscheidung über die Strafbarkeit fällt auf der Ebene der Rechtswidrigkeit. Nach der herrschenden Strafrechtslehre ist die unterlassene Rettung derjenigen, die ertrinken, durch *Pflichtenkollision* gerechtfertigt. Handelt es sich um Kollision gleichrangiger Pflichten, ist es für das Ergebnis gleichgültig, wen der Herr über die Rettungsmittel auswählt. Liegt eine Kollision ungleichwertiger Pflichten vor, ist die Unterlassung nur gerechtfertigt, wenn die rettenden Gegenstände denjenigen gegeben werden, hinsichtlich derer eine vorrangige Rettungspflicht besteht.

3. Stellen Sie sich vor, einer der Schiffbrüchigen, denen keine Rettungsweste gegeben wurde, findet sich mit der Entscheidung des Bootsführers nicht ab. Er entreißt dem Bootsführer die Rettungsweste, die dieser gerade einem anderen Flüchtling aushändigen will, mit der Folge, dass er selbst überlebt, der andere Flüchtling hingegen ertrinkt. Auch in diesem Fall ist die strafrechtliche Beurteilung des Verhaltens nach der herrschenden Lehre eindeutig: die Wegnahme der Rettungsweste ist ein *aktives Tun*, das den Tod des um seine Aussicht auf Überleben gebrachten Schiffbrüchigen verursacht hat. Es ist daher ein tatbestandsmäßiger

Totschlag (§ 212 StGB). Dieser Totschlag kann nicht durch Pflichtenkollision gerechtfertigt werden, weil dieser Rechtfertigungsgrund nur bei Unterlassungstaten anwendbar ist. Auch eine Rechtfertigung durch Notwehr gemäß § 32 StGB ist nicht zu begründen. Zwar könnte die Vorenthaltung der rettenden Weste ein Angriff durch Unterlassen sein. Gegenstand der Notwehrrechtfertigung ist jedoch allein der tatbestandsmäßige Eingriff in Rechtsgüter des Angreifers, hier also des Bootsführers. Die Tötung des anderen Flüchtlings – um die es hier geht – hat deshalb nicht die Qualität einer „Verteidigung“, weil dieser Flüchtling kein Angreifer ist. Als Rechtfertigungsmaßstab kommt somit allein *rechtfertigender Notstand* gemäß § 34 StGB in Betracht. Die Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrundes können aber durch eine vorsätzliche Tötung grundsätzlich nicht erfüllt werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liegt nicht vor. Die Wegnahme der Weste ist also ein rechtswidriger Totschlag. Der Strafbarkeit entgeht der Täter nur wegen entschuldigenden Notstands gemäß § 35 StGB.

II. Zu wenig Transplantate für zu viele Kranke

1. Den Charakter der Verwaltung und Zuteilung begrenzter Lebensrettungschancen hat die Organisation der Transplantationsmedizin in Deutschland und in einigen weiteren europäischen Staaten. Insbesondere in Deutschland wird die gegenwärtig dramatisch gesunkene Bereitschaft zur Organspende beklagt. Demzufolge stehen für die große Zahl von Patienten, deren krankheitsbedingt geringe Lebenserwartung durch Implantation eines geeigneten Spenderorgans beträchtlich erhöht werden könnte, viel zu wenig Transplantate zur Verfügung. Deren Zuteilung erfolgt nicht auf einem „freien Markt“ auf Grund von mehr oder weniger zufällig sich bildenden tatsächlichen Gelegenheiten, sondern in einem normierten Verfahren nach Maßgabe von gesetzlich definierten Vergabekriterien. Dazu werden die Patienten bei den Transplantationszentren in Wartelisten aufgenommen, in denen sie mit anderen Patienten in Konkurrenz treten, § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 TPG (Transplantationsgesetz). Der Platz auf der Liste richtet sich nach Dringlichkeit und Erfolgsaussicht einer Transplantation, § 12 Abs. 3 S. 1 TPG. Deren Grad wird ranglistentauglich als Punktzahl ausgedrückt, die bei Lebertransplantationen nach dem sogenannten MELD-Score ermittelt wird. Dieser MELD-Score errechnet sich aus Laborwerten, auf deren Basis zuverlässige Vorhersagen über den Krankheitsverlauf und die verbleibende Lebensdauer ohne Transplantation gemacht werden können. Platz 1 in der Warteliste erhält der Patient mit der höchsten Punktzahl. Sobald der nach § 12 TPG eingerichteten Organvermittlungsstelle „Eurotransplant“ ein geeignetes Spenderorgan gemeldet worden ist, beginnt das algorithmengbasierte Zuteilungsverfahren zugunsten des Erstplatzierten. Zwischen der Höhe der Punktzahl und dem Tod eines Patienten kann also folgender Zusammenhang bestehen: eine Spenderleber wurde dem auf Platz 1 der Warteliste stehenden Patienten A transplantiert. Patient B hatte eine geringere Punktzahl als Patient A und belegte in der Liste Platz 2. Da für ihn kein geeignetes Transplantat rechtzeitig zur Verfügung stand, verstarb er nach einigen Tagen. Hätte B eine höhere Punktzahl als A gehabt, wäre ihm das Spenderorgan transplantiert worden und er hätte länger gelebt.

2. Strafrechtliche Relevanz kommt der Warteliste deswegen zu, weil die Platzierung des Patienten – wie gesehen – über Tod oder Leben entscheidet und auf die Zuweisung des Wartelistenplatzes mittels der MELD-Score-relevanten Laborwerte Einfluss genommen werden kann. Wird Eurotransplant ein neuer Patient mit einem MELD-Score gemeldet, der höher ist als diejenigen der schon gelisteten Patienten, erhält jener Listenplatz 1 und drängt alle

anderen Patienten um jeweils einen Listenplatz nach hinten. Dies kann insbesondere für den bisherigen Spitzenplatzinhaber die konkrete Folge haben, dass ihm das nächste lebensrettungstaugliche Organ vorenthalten wird und er deswegen alsbald verstirbt. Hätte ihn nicht der „neue“ Patient überholt und von dem Spitzenplatz der Warteliste verdrängt, wäre die Spenderleber ihm transplantiert worden und er hätte länger überlebt.

Vergleicht man diesen Vorgang mit dem obigen Schiffsuntergang-Beispiel, werden Parallelen sichtbar: Die Zuteilung des Spenderorgans an den Patienten auf dem Listenplatz 1 ist zugleich *unterlassene* Lebensrettung gegenüber allen anderen Patienten einschließlich derer, die überhaupt nicht zu der Warteliste angemeldet worden sind. Maßstab der strafrechtlichen Beurteilung ist also wiederum § 323 c StGB bzw. § 212 StGB i.V.m. § 13 StGB. Nach den Regeln der Pflichtenkollision ist die Nichtberücksichtigung der anderen Patienten gerechtfertigt, sofern die Lebensrettungspflichten gleichwertig sind oder die Pflicht gegenüber dem bevorzugten Patienten höherwertig ist. Nach dem Recht des Organvermittlungsverfahrens können die Pflichten *nicht gleichwertig* sein, da anderenfalls die Warteliste sinnlos wäre. Die Übergehung des Erstplatzierten und Organzuteilung an einen nachrangig gelisteten oder überhaupt nicht in die Warteliste aufgenommenen Patienten kann nicht durch Pflichtenkollision gerechtfertigt sein, weil sonst die ordnende und distributive Funktion des ganzen Systems hinfällig würde. Man könnte erwägen, das Verteilungsverfahren in das Recht der Pflichtenkollision zu integrieren. Die Organzuteilungspflichten sind danach ungleichwertig, ihre Wertigkeit richtet sich nach dem Wartelistenplatz. Daraus folgte, dass die Unterlassung gegenüber allen nachrangig Platzierten durch Pflichtenkollision gerechtfertigt ist. Unterlassungsstrafbarkeit wäre nur durch Nichtzuteilung an den Erstplatzierten begründet. Fragwürdig wird die Identifizierung von Höherwertigkeit der Rettungspflicht mit dem besseren Platz in der Warteliste jedoch in Fällen, in denen die materiellen Kriterien Dringlichkeit und Erfolgsaussicht mit dem formalen Listenplatz nicht übereinstimmen. Diese Diskrepanz kann sich ergeben, weil falsche Laborwerte gemeldet wurden oder ein Patient mit hohen Werten noch nicht in das Verfahren einbezogen worden ist. Würde allein und ausschließlich der tatsächliche Zustand des Patienten darüber entscheiden, welche Wertigkeit die Rettungspflicht gegenüber diesem Patienten im Verhältnis zu anderen Patienten hat, könnte an sich nur die Zuteilung des nächstverfügbaren Transplantats zu diesem Patienten rechtmäßig sein. Die Nichtberücksichtigung der anderen Patienten wäre durch Pflichtenkollision gerechtfertigt, im umgekehrten Fall wäre die Organzuteilungsentscheidung rechtswidrig. Es ist offensichtlich, dass das Organzuteilungsverfahren ad absurdum geführt würde, wenn sogar Patienten, die noch gar nicht in das System einbezogen worden sind, eine rechtlich zulässige Vorzugsbehandlung erfahren könnten.

Die vernünftigste Konsequenz zur Vermeidung derartiger Unstimmigkeiten besteht darin, den Rückgriff auf den Rechtfertigungsgrund Pflichtenkollision von vornherein auszuschließen. Dogmatisch ist das ein Fall der *Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen*. Dass es Konstellationen gibt, in denen allgemeine Rechtfertigungsgründe unanwendbar sind, weil für die Lösung bestimmter Konflikttypen eine spezialgesetzliche Regelung exklusiv zuständig ist, lässt sich z. B. an § 218 a StGB, § 127 Abs. 1 StPO und an der behördlichen Genehmigung demonstrieren. Alles das sind Unrechtsausschlussregelungen, die in ihrem spezifischen Anwendungsbereich dem Rückgriff auf allgemeine Rechtfertigungsgründe, vor allem § 34 StGB, entgegenstehen. Ein Schwangerschaftsabbruch zur Abwendung einer schweren Gefahr für die Schwangere kann grundsätzlich allein auf der Grundlage des § 218 a Abs. 2 StGB und nicht gemäß § 34 StGB gerechtfertigt werden.

Damit kommen wir zu einer zweiten Parallele zum Rettungswesten-Beispiel: als Tötung durch aktives Tun ist – vergleichbar der Wegnahme einer lebensrettenden Schwimmweste – der *aktive Eingriff in das Organzuteilungsverfahren* zu werten, mit dem verhindert wird, dass dem in der Warteliste erstplatzierten Patienten das nächstverfügbare Organ implantiert wird. Ein Eingriff mit dieser tödlichen Wirkung kann darin bestehen, dass dem Transplantationszentrum ein neuer Patient mit Laborwerten gemeldet wird, die diesen auf den Spitzenplatz in der Warteliste befördern. Um einen solchen Fall ging es in dem sogenannten „Göttinger Organallokations-Skandal“, der für den wegen mehrfachen versuchten Totschlags angeklagten Mediziner mit einem vom Bundesgerichtshof bestätigten Freispruch endete. Der Arzt hatte *falsche* Laborwerte angegeben, was zur Folge hatte, dass der bis dahin Erstplatzierte von Platz 1 auf Platz 2 abrutschte. Denselben Effekt hat natürlich auch die Angabe *richtiger* Laborwerte. Die Aussicht des zuvor Erstplatzierten auf Lebensrettung mittels alsbaldiger Lebertransplantation wird durch diese Meldung zunichte gemacht. Dies kann man als Todesverursachung durch aktives Tun qualifizieren. Gäbe es kein Organzuteilungsverfahren, wäre es schwierig oder vielleicht sogar unmöglich, die Straflosigkeit dieser Verdrängung vom Platz 1 der Warteliste zu begründen. § 34 StGB ist dazu – wie oben schon zum Rettungswesten-Fall festgestellt wurde – nicht geeignet. Vielmehr ist es das Reglement über das Organzuteilungsverfahren selbst, das den korrekte Angaben machenden Arzt vor Strafbarkeit bewahrt. Das Risiko eines erstplatzieren Patienten, vor der Gewinnung des nächsten geeigneten Transplantats noch von einem anderen Patienten mit einem höheren MELD-Score überholt zu werden, ist diesem Verfahren immanent. Aus der Perspektive des die Verdrängung des Erstplatzierten bewirkenden Arztes ist das ein *erlaubtes Risiko*, das bereits die objektive Tatbestandsmäßigkeit ausschließt.

Aktive Eingriffe, mit denen erreicht werden soll, dass einem noch nicht in das Verteilungsverfahren einbezogenen Patienten mit Laborwerten, die ihn zum Kandidaten für Platz 1 der Warteliste machen, die Gelegenheit einer lebensrettenden Organtransplantation verschafft wird, können nicht gerechtfertigt sein. Da die Umgehung des Verfahrens keine rechtliche Billigung erfahren darf, muss eine Anwendung des § 34 StGB ausgeschlossen sein. Zwar sind die Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrundes in Bezug auf die vorsätzliche Verursachung des Todes eines anderen Patienten ohnehin nicht erfüllt. Dennoch ist die dogmatisch vorzugswürdige Lösung der a-priori-Ausschluss des § 34 StGB wegen der Exklusivität des gesetzlich geregelten Organzuteilungsverfahrens. Damit wird verhindert, dass im Einzelfall der zuständige Rechtsanwender die Flexibilität der Interessenabwägungsklausel dazu nutzt, die Vereitelung der Lebensrettung des auf der Warteliste Erstplatzierten als gerechtfertigte Notstandstat anzuerkennen.

III. Schluss

Der Verteilungskampf um überlebensnotwendige Güter in einer Mangellage hat Gewinner und Verlierer. Wer über die Zuweisung der Notleidenden zur Gewinner- oder Verlierergruppe entscheidet, geht ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko ein. Schutz vor Bestrafung bieten hier wie gesehen die Rechtfertigungsgründe Pflichtenkollision und Notstand. Mitunter wirken die Entscheidungen, die auf dieser rechtlichen Basis getroffen werden, willkürlich. Bei der Kollision gleichrangiger Pflichten ist das zwangsläufig so. Daher ist es sinnvoll, den gerechten Umgang mit Mangellagen spezialgesetzlich zu regeln. Soweit dies – wie im Bereich der Organtransplantation – geschehen ist, wird dadurch die Anwendbarkeit der genannten Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen.

