

Prof. Dr. iur. Thomas Gutmann, M.A.

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht,
Rechtsphilosophie und Medizinrecht an der
Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

Reitmorstrasse 51
80538 München
Tel. +49(0)89 18922130
Fax +49(0)89 2555131310
Mobil +49(0)170 3430896
t.gutmann@arcor.de

Rechtsgutachterliche Stellungnahme
zu den Voraussetzungen einer Lebendorganspende zugunsten von nach Deutsch-
land geflüchteten Personen anlässlich des Falles von Herrn Basel H.

30. Juli 2017

Ergebnis

1. Es stellt *keine* rechtliche Voraussetzung einer Lebendorganspende dar, dass der Empfänger eines lebend gespendeten Organs zuvor auf die Warteliste für postmortal gewonnene Organe im Transplantationszentrum und bei der Stiftung Eurotransplant aufgenommen sowie bei der Vermittlungsstelle als transplantabel gemeldet wird.
2. Bei Patienten, die aus rechtlichen (oder sonstigen) Gründen nicht auf die Warteliste für ein postmortales Organ gemeldet werden können, bildet § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG (demzufolge die Entnahme von Organen einer lebenden Person nur zulässig ist, wenn ein geeignetes Organ eines verstorbenen Spenders im Zeitpunkt der Organentnahme nicht zur Verfügung steht) von vorneherein *kein* rechtliches Hindernis für eine Lebendorganspende.
3. Im Übrigen kann und muss Herr H. ohne Weiteres auf die Warteliste für Nieren gemeldet werden, sofern er dies wünscht. Die Stiftung Eurotransplant ist verpflichtet, ihn dort zu führen.
4. Im Hinblick auf eine möglicherweise notwendige Nachbetreuung des Lebendorganspenders, auch im Fall von Komplikationen, sind die gesetzlichen Voraussetzungen ohne Weiteres erfüllt. Auch § 8 Abs. 3 Satz 1 TPG stellt insoweit von vorneherein kein Zugangshindernis zur Lebendorganspende auf. Vorliegend können sich Herr H. und sein Spender zur Teilnahme an einer ärztlich empfohlenen Nachbetreuung bereit erklären; mehr verlangt das Gesetz nicht. Lebendorganspender haben gemäß § 27 Abs. 1a SGB V zudem einen eigenen zuzahlungsfreien Anspruch auf Leistungen der Krankenbehandlung gegenüber der Krankenkasse des Organempfängers. Dazu gehören auch die medizinisch erforderliche Nachbetreuung, die Behandlung von Folgeerkrankungen und Leistungen zur medizinischen Rehabilitation.

5. Die Verzögerung oder gar Verweigerung einer medizinisch indizierten Lebendorgantransplantation bei einem Patienten mit der Begründung, der Lebendspende stehe das rechtliche Hindernis entgegen, dass der Patient nicht auf die Warteliste für ein postmortales Organ gemeldet werden könne, ist rechtswidrig. Ein solches Vorgehen gegenüber einem bereits im Klinikum in Behandlung befindlichen Patienten würde, sobald hierdurch verursacht eine weitere Gesundheitsschädigung des Patienten eintritt, Schadenersatzansprüche aus Vertrag (§§ 630a, 249 ff. BGB) und Delikt (§ 823 Abs. 1 und 2 BGB) gegen den Träger des Krankenhauses und die verantwortlichen Ärztinnen und Ärzte begründen. Auch eine Strafbarkeit der verantwortlichen Personen wegen Täterschaft oder Teilnahme an einer vollendeten oder zumindest versuchten Körperverletzung durch Unterlassen würde dann im Raum stehen.

Im Einzelnen:

A. Sachverhalt

Der Sachverhalt ist allen Beteiligten bekannt. Herr Basel H. ist aus Syrien geflüchtet und befindet sich mit einem Aufenthaltstitel gemäß § 25 Abs. 2 AufenthG (sog. subsidiärer Schutz nach § 4 Absatz 1 des Asylgesetzes) in der Bundesrepublik. Er leidet an einer chronischen Niereninsuffizienz im Stadium 5. Bei ihm ist die Lebendtransplantation einer Niere indiziert, für die zwei seiner ebenfalls in Deutschland befindlichen Brüder zur Verfügung stehen. Im März 2017 haben Herr H. und seine beiden Brüder das Universitätsklinikum Düsseldorf gebeten, die Möglichkeit einer Lebendnierenspende für Herrn H. zu prüfen. Dieses Ersuchen wurde vom Universitätsklinikum mit Verweis auf den „Flüchtlingsstatus“ der Betroffenen mündlich abgelehnt, obgleich Herr H. als Mitglied der AOK Rheinland/Hamburg über Krankenversicherungsschutz und eine entsprechende Leistungszusage der Krankenkasse verfügt. Die Klinik für Nephrologie des Universitätsklinikums Düsseldorf hat sodann mit Schreiben vom 07.06.2017 die Einleitung der Lebendorgantransplantation vor allem mit folgender Begründung verweigert:

„Vor geplanter Nierentransplantation ist in Deutschland immer eine Aufnahme auf die Eurotransplant-Warteliste obligat. Dies ist unabhängig davon, ob eine postmortale Nierenspende oder eine Lebendnierenspende geplant ist. Unser Transplantationszentrum beruft sich im Fall von Herrn H. auf den Beschluss der Bundesärztekammer vom 26.08.2016, der auf Empfehlung der ständigen Kommission Organtransplantation erstellt wurde. Dieser wurde Ihnen bereits in Kopie zugesandt. In diesem Beschluss ist festgelegt, dass nach dem aktuellen Stand eine Aufnahme auf die Warteliste von Flüchtlingen und Asylbewerbern nur unter der Voraussetzung erfolgen kann, dass keine entsprechende Organersatztherapie zur Verfügung steht bzw. die Organtransplantation aus medizinischen Gründen unerlässlich ist, z.B. bei Patienten, bei denen keine Möglichkeit der Dialyse mehr besteht. Bei Herrn H. gibt es jedoch die Möglichkeit zur Nierenersatztherapie durch die Dialyse, so dass eine Dringlichkeitsprüfung derzeit nicht indiziert ist.“

B. Rechtliche Analyse

I.

Es stellt **keine** rechtliche Voraussetzung einer Lebendorganspende dar, dass der Empfänger eines lebend gespendeten Organs auf die Warteliste für postmortal gewonnene Organe im Transplantationszentrum und bei der Stiftung Eurotransplant aufgenommen sowie bei der Vermittlungsstelle als transplantabel gemeldet wird.

1.

Der Gesetzgeber hat dies im Transplantationsgesetz (TPG) *nicht* angeordnet – weder in § 8 (Lebendorganspende) noch in den §§ 11 ff TPG.

Die in den „Empfehlungen zur Lebendorganspende“¹ der Bundesärztekammer enthaltene Aussage, aus § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG sei zu schließen, der Empfänger müsse „rechtzeitig auf die Warteliste im Transplantationszentrum aufgenommen und bei der Vermittlungsstelle als transplantabel gemeldet werden“, ist unzutreffend.

§ 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG schreibt vor, dass die Entnahme von Organen einer lebenden Person nur zulässig ist, wenn ein geeignetes Organ eines verstorbenen Spenders im Zeitpunkt der Organentnahme nicht zur Verfügung steht. Diese Vorschrift verpflichtet einen Patienten, der eine Lebendorganübertragung durchführen lassen möchte, jedoch schon nach ihrem Wortlaut *nicht*, das „Zur-Verfügung-Stehen“ eines postmortalen Organs herbeizuführen. Ob er auf eine Warteliste angemeldet werden möchte, unterliegt vielmehr sowohl nach allgemeinen medizinrechtlichen Grundsätzen (§ 630d Abs. 1 Satz 1 BGB; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) als auch nach dem Transplantationsgesetz (§ 13 Abs. 3 S. 1 TPG – „Die Transplantationszentren melden die für die Organvermittlung erforderlichen Angaben über die in die Wartelisten aufgenommenen Patienten nach deren schriftlicher Einwilligung an die Vermittlungsstelle“) ausdrücklich *allein* seiner Entscheidung. An die Ausübung dieser Entscheidungsbefugnis wurden durch den Gesetzgeber keinerlei Sanktionen im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Lebendorganübertragung geknüpft.² Weder die Gesetzesmaterialien noch die systematische und zweckorientierte Auslegung des Gesetzes bieten irgendeinen Anhaltspunkt für eine anderslautende Ansicht. Die Aussage der Bundesärztekammer ist völlig aus der Luft gegriffen und als nur Versuch zu werten, sich eine Deutungshoheit über den Bereich der Lebendorganspende zu verschaffen, aus dem der Gesetzgeber des Transplantationsgesetzes die Bundesärztekammer vollständig ausgeschlossen hat.³

¹ DÄBl. 1997, 2000, A-3287; im Anschluss an *Schreiber*, Recht und Ethik der Lebend-Organtransplantation, in: Kirste (Hg.), Nieren-Lebendspende, Band 1, 2000, S. 33, 39.

² Vgl. *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*, Transplantationsgesetz, 2001, § 8 Rn. 11.

³ Die Bedeutung einer ärztlichen Aufklärung der Betroffenen auch über die relativen Vorteile des Wartens auf die Zuteilung eines Leichenorgans wird hierdurch nicht berührt. Im Fall der Lebendspende eines Leberlappens kann es aus logistischen Gründen anzuraten sein, dass der Empfänger für den Fall des Fehlschlagens der Lebendübertragung bei der Vermittlungsstelle bereits registriert ist; einer Meldung erst bei Misslingen der

Das Transplantationsgesetz enthält im Übrigen auch keine Vorschrift, die es Ausländern (auch aus Ländern außerhalb der Europäischen Union), die nicht im Eurotransplant-Gebiet leben und dort nicht auf der Warteliste geführt werden können, verbieten würde, in Deutschland eine Lebendorganübertragung durchführen zu lassen.⁴

Die jüngste umfassende Kommentierung des Gesetzes fasst die Diskussion deshalb korrekt zusammen:

„Die Norm [§ 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG] enthält schon ihrem Wortlaut nach keineswegs eine Pflicht des Organempfängers, sich auf die Warteliste aufnehmen zu lassen. Soweit dies namentlich von der BÄK gefordert wird, liegt darin nicht nur eine Verkennung des einfachen Rechts, sondern auch der dahinterstehenden verfassungsrechtlichen Positionen.“⁵

2.

Selbst wenn man – was (siehe sogleich) nicht begründbar ist –, annehmen würde, dass § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG einen Patienten, der eine Lebendorganübertragung durchführen lassen möchte, tatsächlich verpflichten würde, das „Zur-Verfügung-Stehen“ eines postmortalen Organs dadurch zu ermöglichen, dass er sich auf die Warteliste für ein postmortales Organ melden lässt, so könnte eine Lebendorganspende jedenfalls in solchen Fällen nicht an dieser Vorschrift scheitern, in denen eine Meldung des Patienten auf die Warteliste aus rechtlichen oder faktischen Gründen gar nicht möglich ist. In diesem Fall ist es von vorneherein ausgeschlossen, dass ein geeignetes Organ eines verstorbenen Spenders im Zeitpunkt der Organentnahme zur Verfügung steht. Die Folge ist, dass § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG keine Wirkung entfalten kann, weil eine Lebendorganspende im Sinne des Gesetzgebers von vorneherein die einzige und „letzte Möglichkeit“⁶ darstellt und deshalb *ohne Weiteres zulässig* ist.

Die Vorstellung, der Deutsche Bundestag hätte anordnen wollen, dass Personen mit einer Indikation zur Organtransplantation, die – wie Herr H. – auf der Grundlage eines ausländerechtlichen Aufenthaltstitels in legaler Weise ihren ständigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben, aber gleichwohl aus irgendeinem Grund nicht auf die Eurotransplant-Warteliste für eine Organübertragung gemeldet werden dürfen, weiter leiden und unter Umständen sterben müssen, weil ihnen *aus diesem Grund* auch die Lebendorganspende rechtlich verwehrt wäre, ist abwegig, ja pervers. Die Forderung, einem potentiellen Empfänger eines lebend gespendeten Organs die Lebendspende zu verweigern, *weil* er nicht auf die Warteliste für ein postmortales Organ gemeldet werden kann, ist widersprüchlich, unter keinen Umständen mit dem Gesetz vereinbar und nicht haltbar. Einem

Lebendspende darf nach den üblichen Abläufen bei der Vermittlungsstelle aber als ausreichend gelten. Auf die Niere, die bei der Lebendspende im Vordergrund steht, trifft eine vergleichbare zeitliche Dringlichkeit ohnehin nicht zu.

⁴ Vgl. auch BT-Drs. 15/4542 (Antwort der Bundesregierung), S. 32.

⁵ *Augsberg*, in: Höfling (Hg.), Transplantationsgesetz, Kommentar, 2013, § 8 Rn. 44.

⁶ Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-DrS. 13/4355, S. 20.

Patienten, der aus Rechtsgründen nicht auf die Warteliste gemeldet werden kann, „die vom Gesetz zugelassene Transplantation lebend gespendeter Organe überhaupt [zu] verweiger[n], widerspräche dem Sinn und Zweck der Vorschrift“⁷ des § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG.

Diese letztgenannte Aussage betrifft jedoch auch solche Personen, die als Asylbewerber und Geflüchtete innerhalb der ersten 15 Monate ihres Aufenthalts in den Anwendungsbereich des § 1 Asylbewerberleistungsgesetz fallen; auch in Bezug auf *diese* Personen ist es nach Wortlaut und Regelungszweck des Gesetzes *schlechthin ausgeschlossen*, ihnen transplantsrechtlich eine Organlebenspende allein deshalb zu verweigern, weil sie nicht auf die Warteliste für ein postmortales Organ gemeldet werden können. Der Umstand, dass die als „juristische Sachverständige der Arbeitsgruppe Richtlinie BÄK ‚Lebenspende‘“ im Namen der Bundesärztekammer auftretende Prof. Dr. Rissing-van Saan in ihrem Schreiben vom 12.07.2017 an die Bevollmächtigten Herrn H.s Letzteres nicht klargestellt hat, ist ein nachhaltig irritierender Vorgang.

Zusammenfassend gilt also:

Bei Patienten, die aus rechtlichen (oder sonstigen) Gründen nicht auf die Warteliste für ein postmortales Organ gemeldet werden können, stellt § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG (demzufolge die Entnahme von Organen einer lebenden Person nur zulässig ist, wenn ein geeignetes Organ eines verstorbenen Spenders im Zeitpunkt der Organentnahme nicht zur Verfügung steht) von vorneherein *kein* rechtliches Hindernis für eine Lebendorganspende dar. Das Universitätsklinikum Düsseldorf hätte die Lebenspende zugunsten Herrn H.s von Anfang an nicht mit dieser Begründung verweigern dürfen.

3.

Der Gesetzgeber hat nicht nur nicht angeordnet, dass potentielle Empfänger eines lebend gespendeten Organs auf die Warteliste für postmortal gewonnene Organe aufgenommen werden müssen. Er hätte dies nach nahezu einhelliger Ansicht in der juristischen Literatur aus verfassungsrechtlichen Gründen auch gar nicht anordnen können.

§ 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG schreibt vor, dass die Entnahme von Organen einer lebenden Person nur zulässig ist, wenn ein geeignetes Organ eines verstorbenen Spenders im Zeitpunkt der Organentnahme nicht zur Verfügung steht. Hintergrund dieser Bestimmung ist der Grundsatz, demzufolge die Organspende von Toten insgesamt „klaren Vorrang gegenüber der Lebenspende“ habe⁸ und letztere „im Interesse des Lebendspenders [...] nur die letzte Möglichkeit“ sein dürfe. Der Gesetzgeber wollte deshalb mit dieser Norm betonen, dass „die Lebenspende [...] nicht dazu führen [soll], dass das Bemühen um Organspender nach § 3 oder § 4 [postmortale Organspender] vernachlässigt wird.“⁹

⁷ Zwischenbericht „Organlebenspende“ der Enquete-Kommission ‚Ethik und Recht der modernen Medizin‘ des Deutschen Bundestag (BT-DrS. 15/5050 v. 17. 03. 2005), S. 50.

⁸ Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-DrS. 13/4355, S. 14.

⁹ Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-DrS. 13/4355, S. 20.

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion ist weitgehend geklärt, dass diese sogenannte Subsidiaritätsregel allenfalls im Hinblick darauf hinzunehmen ist, dass sie vor allem eine politische Appellfunktion erfüllt, in der Praxis jedoch konkreten Lebendorganspenden keine nennenswerten Hindernisse in den Weg legt.¹⁰

Erstens ist angesichts der überlegenen Ergebnisse der Lebendorgantransplantation zu bezweifeln, dass jedes angebotene Leichenorgan im Sinne der Norm „geeignet“ ist; das Merkmal der „Geeignetheit“ ist jedenfalls streng zu interpretieren.¹¹ Zweitens bezieht sich die Vorschrift, an die keine strafrechtliche Sanktion geknüpft ist, gemäß einer durch die Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses¹² aus Gründen der Rechtssicherheit eingefügten Konkretisierung ausdrücklich nur auf den „Zeitpunkt der Organentnahme“ beim lebenden Spender, der rechtlich eng zu verstehen und faktisch flexibel ist. Das Gesetz verbietet es dem Patienten und dem ihn behandelnden Arzt nach seinem Wortlaut und seinem Regelungssinn also nicht, die Organentnahme zu verschieben oder ein von der Vermittlungsstelle angebotenes Leichenorgan abzulehnen, wenn dieses während der Vorbereitung auf die Lebendspende, aber vor dem geplanten „Zeitpunkt der Organentnahme“ angeboten wird.

Die Norm wäre in verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu rechtfertigen, soweit sie – was sie nicht tut – anordnen würde, im konkreten Fall Personen, die zur Lebendorgantransplantation entschlossen sind, diese zu untersagen und den potentiellen Lebendorganempfänger auf ein postmortal gewonnenes Organ zu verweisen.¹³

- Die Entscheidung darüber, was ein wesentlicher Teil des eigenen Körpers werden soll, unterfällt dem Kernbereich des grundrechtlich geschützten Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrechts des Empfängers (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG), seinem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG), das auch ein Freiheitsrecht darstellt, unter Umständen auch seiner Religions- und Weltanschauungsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG). Eine echte Subsidiaritätsregel, die die Patienten vor die Wahl stellen würde, entweder anstelle eines vom Lebenden zu spendenden Organs das Organ eines Toten zu akzeptieren oder aber auf die heilende oder gar lebensrettende Transplantation gänzlich zu verzichten, könnte einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standhalten.¹⁴ Es steht deshalb außer Streit, dass der Patient im Rahmen seiner grundrechtlich geschützten Entscheidungsfreiheit einfach erklären kann, dass er aus

¹⁰ So die beiden führenden Kommentare: *Augsberg*, in: Höfling (Hg.), Transplantationsgesetz, Kommentar, 2013, § 8 Rn. 42; *Gutmann*, in: Schroth et al., Transplantationsgesetz, Kommentar, 2005, § 8 Rn. 23.

¹¹ Vgl. *Koch ZentrBlChir* 124, 1999, 718, 722.

¹² BT-Drs. 13/8017, S. 11, 42

¹³ *Augsberg*, in: Höfling (Hg.), Transplantationsgesetz, Kommentar, 2013, § 8 Rn. 43; vgl. *Gutmann/Schroth*, Organlebendspende in Europa. Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, 2002, 25 ff, 76 ff.

¹⁴ Im Ergebnis auch *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*, Transplantationsgesetz, 2001, § 8 Rn. 11; *Esser*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende von Organen, 2000, 196.

persönlichen Gründen nicht auf die Warteliste aufgenommen werden möchte, und dass eine Lebendspende in einem solchen Fall ohne Weiteres zulässig bleibt.¹⁵

- Jedenfalls bei der Niere ist der zu erwartende medizinische Erfolg der Transplantation bei Verwendung eines Organs vom lebenden Spender statistisch erheblich höher als bei Verwendung eines postmortalen Organs. Die Subsidiaritätsklausel stellt deshalb den wohl einzigartigen Fall dar, dass durch Gesetz Patienten eine medizinisch eindeutig schlechtere Therapie aufgezwungen wird.¹⁶ Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit wird als *Abwehrrecht* beeinträchtigt, wenn einem terminal niereninsuffizienten Patienten aufgrund der Subsidiaritätsregel des § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG eine medizinisch indizierte Lebendorgantransplantation verunmöglicht wird. Entsprechend hielt das Bundesverfassungsgericht bei der Lebendorganspende (mit Blick auf § 8 Abs. 1 Satz 2 TPG) die abwehrrechtliche Verbürgung des Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG (Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) für „berührt, wenn staatliche Regelungen dazu führen, dass einem kranken Menschen eine nach dem Stand der medizinischen Forschung prinzipiell zugängliche Therapie, mit der eine Verlängerung des Lebens, mindestens aber eine nicht unwesentliche Minderung des Leidens verbunden ist, versagt bleibt“.¹⁷ Die Subsidiaritätsregel des § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG ist deshalb verfassungskonform *eng auszulegen* und kann auch deshalb unter keinen Umständen so verstanden werden, dass sie einen Patienten, der eine Lebendorganübertragung durchführen lassen möchte, tatsächlich verpflichten würde, das „Zur-Verfügung-Stehen“ eines postmortalen Organs dadurch zu ermöglichen, dass er sich auf die Warteliste für ein postmortales Organ melden lässt. Schon gar nicht könnte sie so verstanden werden, dass sie die Lebendorganspende für Patienten verbietet, die aus rechtlichen (oder sonstigen) Gründen gar nicht auf die Warteliste für ein postmortales Organ gemeldet werden können.
- Schließlich wäre es unter dem Gesichtspunkt der Organallokation unter Bedingungen einer sich ständig verschärfenden Knappheit an Transplantaten auch mit Blick auf die Schutzpflicht des Staates für Leben und Gesundheit der Wartelistenpatienten kaum zu rechtfertigen, dass ein postmortal entnommenes Organ einem Patienten, der ein Lebendorgan erhalten könnte und möchte, aufgedrängt und damit zugleich dem nächstplatzierten Anwärter auf der Eurotransplant-Warteliste vorenthalten wird.

¹⁵ Dies räumt auch der ansonsten restriktive Zwischenbericht „Organlebendspende“ der Enquete-Kommission ‚Ethik und Recht der modernen Medizin‘ des Deutschen Bundestag (BT-DrS. 15/5050 v. 17. 03. 2005, S. 50) ein: „Die Subsidiarität findet jedoch, hier besteht weitgehender Konsens, ihre Grenze bei Patienten, die aus psychischen, religiösen oder moralischen Gründen ausschließlich ein lebend gespendetes Organ als Transplantat akzeptieren würden. Bei absoluter Geltung des Prinzips des Vorranges würde einem Patienten, der postmortal gespendete Organe definitiv ablehnt, die vom Gesetz zugelassene Transplantation lebend gespendeter Organe überhaupt verweigert. Dies widerspräche dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Vor allem in diesen Fällen wäre daher die Transplantation des Organs von einem Lebendspender auch ohne Registrierung auf der Warteliste möglich“ (unter Verweis auf *Nickel/Schmidt-Preisigke/Sengler*, Kommentar zum TPG, 2001, § 8 TPG Rn. 11).

¹⁶ *Augsberg*, in: Höfling (Hg.), Transplantationsgesetz, Kommentar, 2013, § 8 Rn. 42; *Esser*, in: Höfling (Hg.), Transplantationsgesetz, Kommentar, 2003, § 8 Rn. 55; *Gutmann* MedR 1997, 147, 152; *Edelmann* VersR 1999, 1065, 1068; *Höfling*, Stellungnahme vor der Enquete-Kommission, Kom.-Drs. 15/143, S. 5.

¹⁷ BVerfG NJW 1999, 3399, 3400 mit Anm. *Gutmann* NJW 1999, 3387.

4.

Umso weniger kann ein grundrechtseinschränkendes Verbot der Lebendorganspende für Patienten, die nicht auf der Warteliste gemeldet sind, durch einen nicht rechtsfähigen Verein des Privatrechts wie die Bundesärztekammer ausgesprochen werden. Potentielle Empfänger eines lebend gespendeten Organs können nicht vermittels standesrechtlicher oder -ethischer Vorschriften für den transplantierenden Arzt gezwungen werden, sich auf die Warteliste setzen zu lassen und auf dieser zu verbleiben. Noch weniger wäre die Bundesärztekammer (oder eine Landesärztekammer) dazu legitimiert, ohne spezielle gesetzliche Ermächtigung in die verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen eines potentiellen Empfängers einer Organlebendspende einzugreifen.

Der Gesetzgeber hat der Bundesärztekammer *keinerlei* Befugnisse, Auslegungs- oder Richtlinienkompetenzen auf dem Gebiet der Lebendorganspende verliehen. Die Bundesärztekammer verfügt darüber hinaus über keine privilegierte Position zur Interpretation des Gesetzes auf diesem Gebiet.

Abgesehen davon, dass es sich bei den „Empfehlungen zur Lebendorganspende“ der Bundesärztekammer insgesamt ohnehin um bloße „Empfehlungen“ handelt, die als solche keinerlei berufsrechtliche Verbindlichkeit beanspruchen¹⁸, handelt es sich bei der rechtlichen Interpretation, aus § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG sei zu schließen, der Empfänger müsse „rechtzeitig auf die Warteliste im Transplantationszentrum aufgenommen und bei der Vermittlungsstelle als transplantabel gemeldet werden“, um die bloße Privatsicht der Autoren eines Papiers, das, wie dargelegt, den fachlichen Anforderungen an die Auslegung des Gesetzes nicht genügt.

Hinsichtlich der in den „Empfehlungen zur Lebendorganspende“ der Bundesärztekammer enthaltene Aussage, aus § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TPG sei zu schließen, der Empfänger müsse „rechtzeitig auf die Warteliste im Transplantationszentrum aufgenommen und bei der Vermittlungsstelle als transplantabel gemeldet werden“, gilt deshalb der Hinweis aus der juristischen Kommentarliteratur:

„Im Hinblick auf die geschützten Rechtspositionen der betroffenen Empfänger ist es den behandelnden Ärzten untersagt, diese ‚Empfehlung‘ der BÄK gegen den erklärten Willen des Patienten umzusetzen.“¹⁹

¹⁸ „Empfehlungen lenken die Aufmerksamkeit der Ärzteschaft und der Öffentlichkeit auf bestimmte Themen oder Sachverhalte, indem umfassende Informationen und Anregungen, Ratschläge oder Hinweise sowie konsenterte Lösungsstrategien zu ausgewählten Fragestellungen vermittelt werden“, vgl. „Richtlinien, Leitlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen der Bundesärztekammer“, <http://www.bundes-aerztekammer.de/richtlinien/> (24.07.2017).

¹⁹ Gutmann, in: Schroth et al., Transplantationsgesetz, Kommentar, 2005, § 8 Rn. 24.

II.

1.

Im Übrigen kann und muss Herr H. ohne Weiteres auf die Warteliste für Nieren gemeldet werden, sofern er dies wünscht. Die Stiftung Eurotransplant ist verpflichtet, ihn dort zu führen.

Es wird vertreten, dass bei Personen, die als Geflüchtete und/oder Asylbewerber unter den Anwendungsbereich des § 1 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) fallen und gemäß § 4 Abs. 1 AsylbLG grundsätzlich nur Anspruch auf die „Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände“ haben, eine Organtransplantation nur in Akut- bzw. *high urgency*-Fällen in Betracht kommt, d.h. nur in Fällen, in denen die Transplantation nicht mehr aufschiebbar ist, weil eine alternative Behandlung nicht mehr in Betracht kommt oder die Erkrankung in ein lebensbedrohliches Stadium eintritt. Diese Ansicht, nach der in der Regel kein Anspruch auf die *sozialrechtliche*²⁰ Gewährung einer Nierentransplantation – also die Übernahme der hierdurch entstehenden Kosten – besteht, wenn und soweit noch eine Dialyse möglich ist, wird u.a. in einem Beschluss des Vorstands der Bundesärztekammer vom 26.08.2016²¹ und in einer kurzen rechtswissenschaftlichen Analyse von Huster/Ströttchen²² vertreten.

Es kann an dieser Stelle offenbleiben, ob diese Position (und der verfassungsgerichtlich insoweit noch nicht überprüfte § 4 AsylbLG) im Hinblick auf den Charakter des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) als Jedermann-Grundrecht überzeugen kann, denn diese Einschränkungen sind gemäß § 2 Abs. 1 AsylbLG jedenfalls *auf die ersten 15 Monate des Aufenthalts befristet*.

Außerdem fallen gemäß § 1 Abs. 2 AsylbLG Ausländer, denen ein *anderer Aufenthaltstitel* als in § 1 Abs. 1 Nr. 3 AsylbLG bezeichnet mit einer Geltungsdauer von mehr als sechs Monaten erteilt worden ist – also neben anerkannten Asylberechtigten (§ 25 Abs. 1 AufenthG) vor allem auch Ausländer, die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 AufenthG besitzen, weil ihre *Flüchtlingseigenschaft* im Sinne des § 3 Abs. 1 des Asylgesetzes anerkannt wurde, weil ihnen *subsidiärer Schutz* im Sinne des § 4 Abs. 1 des Asylgesetzes zuerkannt wurde, oder weil ein *Abschiebungsverbot* (§ 25 Abs. 3 AufenthG) vorliegt – auch schon vor Ablauf dieser 15-Monatsfrist aus dem Anwendungsbereich des AsylbLG heraus und erhalten stattdessen

²⁰ Das Asylbewerberleistungsgesetz ändert nichts daran, dass transplantationsrechtlich ein Anspruch auf Aufnahme auf die Warteliste auch in diesen Fällen besteht. Die Beschränkungen des § 4 Abs. 1 AsylbLG geben – wenn überhaupt – den Transplantationszentren das Recht, Organtransplantationen zu verweigern, sofern niemand für die Kosten aufkommt. Personen, die als Geflüchtete und/oder Asylbewerber unter den Anwendungsbereich des § 1 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) fallen, bei denen aber die Kostenübernahme beispielsweise von privater Seite gesichert ist und die insoweit als Selbstzahler auftreten, können nicht von Organtransplantationen ausgeschlossen werden, sei es von der Übertragung des Organs eines Toten oder einer Lebendorganspende.

²¹ „Grundsätze zur Aufnahme von Flüchtlingen und Asylbewerbern in die Warteliste zur Organtransplantation in Deutschland“.

²² Huster/Ströttchen, Aufnahme von Flüchtlingen auf die Warteliste zur Organtransplantation, MedR 34 (2016), 415-417.

Leistungen nach dem SGB XII (Sozialhilfe) und dem SGB II (Grundsicherung für Arbeitssuchende).²³

Solche geflüchteten Personen haben – wie vorliegend Herr H. – über § 48 SGB XII einen sozialhilferechtlichen Anspruch auf die üblichen Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung (§§ 27-43c SGB V) einschließlich medizinisch indizierter Organübertragungen.

Das behandelnde Transplantationszentrum wäre deshalb, sofern Herr H. dies wünscht, gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG verpflichtet, über seine Aufnahme in die Warteliste *allein* nach Regeln zu entscheiden, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, insbesondere nach Notwendigkeit und Erfolgsaussicht der Organübertragung. Die Möglichkeit einer Differenzierung nach Nationalität oder Aufenthaltsstatus sieht das Transplantationsgesetz für die Wartelistenmeldung nicht vor; in „transplantationsrechtlicher Hinsicht besteht für eine Beschränkung des Zugangs zur Warteliste anhand von Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltsstatus derzeit keine Rechtsgrundlage“.²⁴ Herr H. müsste demnach ohne Weiteres auf die Warteliste für Nieren gemeldet werden, sofern er dies wünscht.

Die Stiftung Eurotransplant wäre verpflichtet, ihn dort zu führen. Eine Beschränkung des Zugangs von Ausländern mit einer Indikation zur Organtransplantation, die – wie Herr H. – auf der Grundlage eines ausländerrechtlichen Aufenthaltstitels in legaler Weise ihren ständigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben, zur Warteliste könnte *alleine* der deutsche Gesetzgeber verfügen. Er hat eine solche Beschränkung jedoch gerade nicht getroffen. Die Stiftung Eurotransplant und die Bundesärztekammer wären unter keinen Umständen legitimiert, einen solchen Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG aus eigenem Recht anzuordnen. Die Stiftung Eurotransplant ist im Übrigen gemäß § 12 Abs. 3 des Transplantationsgesetzes sowie gemäß §§ 2 und 5 des nach § 12 Abs. 4 TPG geschlossenen „Vermittlungsstellenvertrags“ verpflichtet, bei der Führung der Warteliste für aus Deutschland gemeldete Patienten und bei der Vermittlung von Organen das deutsche Transplantationsgesetz anzuwenden. Es kommt deshalb vorliegend nicht mehr auf die Feststellung an, dass das Regelwerk der Stiftung Eurotransplant eine solche Zugangsbeschränkung gegenwärtig auch nicht vorsieht.²⁵

2.

Dem Beschluss „Grundsätze zur Aufnahme von Flüchtlingen und Asylbewerbern in die Warteliste zur Organtransplantation in Deutschland“ des Vorstands der Bundesärztekam-

²³ Vgl. *Korff*, in: BeckOK SozR, Stand 01.06.2017, § 1 AsylbLG Rn. 21.

²⁴ *Huster/Ströttchen*, Aufnahme von Flüchtlingen auf die Warteliste zur Organtransplantation, MedR 34 (2016), 415-417, 416 mit weiterführendem Verweis auf *Lautenschläger*, Der Status ausländischer Personen im deutschen Transplantationssystem, 2009, 149ff, 171 ff.

²⁵ Eurotransplant spricht seinen Überlegungen auf diesem Gebiet zu Recht selbst jede Rechtskraft ab, vgl. Eurotransplant Manual (Stand 15.06.2017; <https://www.eurotransplant.org/cms/mediaobject.=/H2+The+Recipient+June+20171.pdf> (24.07.2017), Chapter 2, p. 11: “The policy is [...] not a legal rule, for which reason it cannot be legally enforced“, und p. 12: „The respective national regulations apply concerning the access to the waiting list of non-residents. ET can and will not have its own rules concerning this aspect.“

mer vom 26.08.2016“ ist vorzuwerfen, dass er irreführend wirkt. Nicht nur erscheint es befremdlich, dass die Bundesärztekammer einen Text, der sich im Wesentlichen auf eine – ungenaue und nicht mit Nachweisen versehene – juristische Interpretation der einschlägigen sozial- und transplantationsrechtlichen Normen beschränkt, mit der Weihe eines „Beschlusses“ und dem Anspruch versieht, eigene „Grundsätze“ zu postulieren, obgleich die Bundesärztekammer auf diesem Gebiet über *keinerlei* Regelungs- oder auch nur Interpretationsbefugnisse verfügt. Insbesondere gegenüber Ärztinnen und Ärzten wird so der falsche Eindruck erweckt, die „Grundsätze zur Aufnahme von Flüchtlingen und Asylbewerbern in die Warteliste zur Organtransplantation in Deutschland“ seien als „Beschluss“, d.h. aus sich selbst heraus verbindlich. Dies sind sie nicht.

Sodann ist – wie nicht zuletzt der vorliegende Fall belegt – schon der Bezug auf „Flüchtlinge und Asylbewerber“ im Titel des „Beschlusses“ irreführend, weil der Eindruck erzeugt wird, dass sich die Ausführungen schlechthin auf diesen Personenkreis beziehen. Es fehlt ein klarer Hinweis darauf, dass Geflüchtete und/oder Asylbewerber (a) dann, wenn ihnen (z.B. nach Anerkennung ihrer Flüchtlingseigenschaft im Sinne des § 3 Abs. 1 AsylG oder nach Zuerkennung des subsidiären Schutzes im Sinne des § 4 Abs. 1 AsylG) eine Aufenthaltserlaubnis beispielsweise nach § 25 Abs. 2 AufenthG erteilt wird, (b) spätestens jedoch nach Ablauf von 15 Monaten vermittle § 48 SGB XII einen nicht beschränkten sozialhilferechtlichen Anspruch auf das Leistungsspektrum der Gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V) einschließlich medizinisch indizierter Organübertragungen haben. Der unklare und letztlich rechtlich unzutreffende Hinweis auf Seite 2 des Beschlusses („Mit der Anerkennung als Asylberechtigter, oder nach Ablauf von 15 Monaten, gelten die Bestimmungen des Sozial- und Ausländerrechts“) leistet dies – wie auch der vorliegende Fall belegt – nicht.

Im Ergebnis verleiten die „Grundsätze“ der Bundesärztekammer durch ihre unscharfe Verwendung des Begriffs „Flüchtlinge“ die Ärzteschaft dazu, die (vermeintlichen) Leistungseinschränkungen des Asylbewerberleistungsgesetzes auch auf diese – zahlenmäßig erhebliche – Gruppe der nach Deutschland Geflüchteten anzuwenden und diesen die ihnen zustehenden Behandlungen unrechtmäßig zu verweigern.

III.

Die Klinik für Nephrologie des Universitätsklinikums Düsseldorf hat in ihrem Schreiben vom 07.06.2017 die Einleitung der Lebendorgantransplantation für Herrn H. zudem mit folgender Begründung verweigert:

„Zudem ist es nicht möglich, dass eine Nierenspende bei einem Asylbewerber oder Flüchtling erfolgt, da mit der Nierenspende ein operativer Eingriff beim Spender vorgenommen wird, der für die Erhaltung seiner eigenen Gesundheit nicht erforderlich ist, und er möglicherweise auch eine Komplikation dadurch erleiden kann. Zudem muss eine lebenslange und regelmäßige Nachsorge beim Spender gewährleistet sein. Da beide Brüder, die Herr H. genannt hat, ebenfalls Asylbewerber sind, ist eine Evaluation zur Lebendnierentransplantation derzeit nicht möglich, was wir sehr bedauern.“

Diese Begründung ist ebenfalls nicht haltbar.

1.

Der Hinweis darauf, dass „mit der Nierenspende ein operativer Eingriff beim Spender vorgenommen wird, der für die Erhaltung seiner eigenen Gesundheit nicht erforderlich ist, und er möglicherweise auch eine Komplikation dadurch erleiden kann“, ist unverständlich, weil dies bei *jedem* Lebendorganspender und nicht lediglich „bei einem Asylbewerber oder Flüchtling“ der Fall ist und nach dem Transplantationsgesetz gerade keinen Grund dafür darstellt, von Lebendorgantransplantationen abzusehen.

Gemeint ist offensichtlich, dass für den operativen Eingriff beim Spender und die Behandlung möglicher Komplikationen kein Krankenversicherungsschutz besteht. Diese Annahme ist jedoch in doppelter Hinsicht falsch.

a) Erstens verfügen die Brüder Herrn H.s ebenso wie Herr H. selbst vermittelt § 48 SGB XII über einen nicht beschränkten sozialhilferechtlichen Anspruch auf das Leistungsspektrum der Gesetzlichen Krankenversicherung.

b) Sodann wäre letzteres, wie man am Universitätsklinikum Düsseldorf wissen müsste, gar nicht nötig. Seit dem 01.08.2012 haben Lebendorganspender gemäß § 27 Abs. 1a SGB V einen *eigenen* Anspruch auf Leistungen der Krankenbehandlung. Dazu gehören die ambulante und stationäre Behandlung des Spenders, seine medizinisch erforderliche Vor- und Nachbetreuung, die Behandlung von Folgeerkrankungen, Leistungen zur medizinischen Rehabilitation sowie die Erstattung des Ausfalls von Arbeitseinkünften als Krankengeld und erforderlicher Fahrkosten. Zuzahlungen sind von den Spendern nicht zu leisten. Zuständig für diese Leistungen ist gemäß § 27 Abs. 1a Satz 4 SGB V die Krankenkasse des *Organempfängers*.²⁶ Zudem besteht gem. § 27 Abs. 1a Satz 7, 2. Hs. SGB V i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. b, § 7 Abs. 1 und § 12a SGB VII bei Komplikationen ein Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung.

2.

Der Satz „Zudem muss eine lebenslange und regelmäßige Nachsorge beim Spender gewährleistet sein“ kann sich nur auf § 8 Abs. 3 Satz 1 TPG beziehen („Die Entnahme von Organen bei einem Lebenden darf erst durchgeführt werden, nachdem sich der Organspender und der Organempfänger zur Teilnahme an einer ärztlich empfohlenen Nachbetreuung bereit erklärt haben“).

Auch diese Aussage beruht auf einem Missverständnis. Zunächst fordert das Gesetz nur, dass sich Organspender und Organempfänger zur Teilnahme an der Nachbetreuung „*bereit erklären*“ und nicht, dass diese Nachbetreuung „gewährleistet“ ist bzw. tatsächlich durchgeführt wird.²⁷ Umso weniger wird verlangt, dass diese Nachbetreuung in Deutschland oder

²⁶ Vgl. zum Ganzen *Lang*, in: Becker/Kingreen, SGB V, ⁵2017, § 27 Rn. 73 ff. und *Knispel* in: Beckscher Online-Kommentar SozR, Stand 01.06.2017, § 27 SGB V Rn. 60 ff.

²⁷ Vorgaben zu Art und Umfang der Nachbetreuung enthält das Transplantationsgesetz nicht (vgl. *Angsberg*, in: Höfling [Hg.], Transplantationsgesetz, Kommentar, ²2013, § 8 Rn. 104). § 10 Abs. 2 Ziffer 6 TPG verpflichtet die Transplantationszentren lediglich, nach Maßgabe der Vorschriften des SGB V Maßnahmen zur

gar am Standort des Transplantationszentrums gewährleistet ist bzw. durchgeführt wird.²⁸ Stammt der Organspender aus dem Ausland, kann sich die ärztliche Empfehlung vielmehr von vorneherein auch auf eine im Ausland durchzuführende Nachbetreuung beziehen.²⁹ Wie bereits ausgeführt, enthält das Transplantationsgesetz keine Vorschrift, die es Ausländern (auch aus Ländern außerhalb der Europäischen Union) verbieten würde, in Deutschland eine Lebendorganübertragung durchführen zu lassen. Auch stellt das bloße „Sich-Bereit-Erklären“ des Lebendspenders und -empfängers selbstverständlich auch noch keine vorab erteilte Einwilligung (§ 630d BGB) in konkrete medizinische Maßnahmen dar. Schließlich zieht die Missachtung einer nach § 8 Abs. 3 Satz 1 TPG eingegangenen Verpflichtung durch die Patienten keinerlei Sanktion nach sich.³⁰ Dies könnte angesichts des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts der Patienten über ihren Körper (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) auch nicht der Fall sein.

Aus all dem ergibt sich, dass ein Transplantationszentrum gegenüber *keinem* Lebendorganspender und -empfänger – auch nicht im Falle deutscher Staatsbürger – rechtlich und faktisch in der Lage ist, die (in aller Regel natürlich medizinisch sinnvolle) Nachbetreuung „gewährleisten“, garantieren oder gar durchsetzen zu können. An der Frage mangelnder „Gewährleistung“ einer langfristigen Nachbetreuung von Empfänger und/oder Spender eine Lebendorganspende gerade zugunsten einer geflüchteten Person scheitern zu lassen, wäre bei genauerer Betrachtung deshalb nicht nur rechtswidrig, sondern zynisch.

Zusammenfassend gilt: In Fällen wie dem vorliegenden stellt § 8 Abs. 3 Satz 1 TPG *kein Zugangshindernis* zur Lebendorganspende auf.

Vorliegend können sich Herr H. und sein Spender ohne Weiteres zur Teilnahme an einer ärztlich empfohlenen Nachbetreuung bereit erklären; mehr verlangt das Gesetz nicht. Kommt es zu einer Nachbetreuung, so besteht für beide insoweit auch Krankenversicherungsschutz. Wie bereits ausgeführt, hat der Lebendorganspender seit der zum 01.08.2012 erfolgten Klarstellung gemäß § 27 Abs. 1a SGB V gegenüber der Krankenkasse des *Organempfängers* einen eigenen, zuzahlungsfreien Anspruch auf Leistungen der Krankenbehandlung unter ausdrücklichem Einschluss einer medizinisch erforderlichen Nachbetreuung bzw. einer Behandlung von Folgeerkrankungen und von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation; zudem besteht gem. § 27 Abs. 1a Satz 7, 2. Hs. SGB V i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr.

Qualitätssicherung auch für die Nachbetreuung von Lebendspendern durchzuführen. Dies bezieht sich allein auf eine Erhebung und Verarbeitung von Daten. Auch die entsprechende, auf der Grundlage des § 16 Abs. 1 Nr. 6 TPG erlassene Richtlinie der Bundesärztekammer (Richtlinie „Anforderungen an die im Zusammenhang mit einer Organentnahme und -Übertragung erforderlichen Maßnahmen zur Qualitätssicherung“ vom 20.04. 2001, DÄBl. 98, 2001, A-2207, v.a. 39 ff., 64 ff.) enthält keine entsprechenden Anforderungen an die Nachbetreuung. Die Richtlinie könnte solche Anforderungen auch gar nicht aufstellen. *Vor allem könnten aus § 10 Abs. 2 Ziffer 6 TPG, aus § 16 Abs. 1 Nr. 6 TPG und aus dieser Richtlinie in keinem Fall Zugangshindernisse zur Lebendorganspende resultieren.* Aus dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft [...] für Anforderungen an die im Zusammenhang mit einer Organentnahme und -übertragung erforderlichen Maßnahmen zur Qualitätssicherung“ (§ 16 Abs. 1 Nr. 6 TPG) können sich keine Voraussetzungen für die *Zulässigkeit* von Lebendorganspenden ergeben.

²⁸ Vgl. BT-Drs. 15/4542 (Antwort der Bundesregierung), S. 32.

²⁹ BT-Drs. 15/4542 (Antwort der Bundesregierung), S. 32.

³⁰ *Gutmann*, in: Schroth et al., Transplantationsgesetz, Kommentar, 2005, § 8 Rn. 51; *Augsberg*, in: Höfling (Hg.), Transplantationsgesetz, Kommentar, 2013, § 8 Rn. 103.

13 lit. b, § 7 Abs. 1 und § 12a SGB VII bei Komplikationen nach Lebendorganspende ein Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung.

3.

Wiederum ist der Umstand irritierend, dass die als „juristische Sachverständige der Arbeitsgruppe Richtlinie BÄK ‚Lebendspende‘“ im Namen der Bundesärztekammer auftretende Prof. Dr. Rissing-van Saan in ihrem Schreiben vom 12.07.2017 an die Bevollmächtigten Herrn H.s auch diese rechtlich verfehlten Hinweise der Klinik für Nephrologie des Universitätsklinikums Düsseldorf nur zustimmend wiederholt hat, anstatt sie klarzustellen.

IV.

Das Universitätsklinikum Düsseldorf ist gemäß §§ 2 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 4 des Krankenhausgestaltungsgesetzes Nordrhein-Westfalen verpflichtet, alle, die seine Leistungen benötigen, nach Art und Schwere der Erkrankungen zu versorgen. Die Verzögerung oder gar Verweigerung einer medizinisch indizierten Lebendorgantransplantation bei einem Patienten mit der unzutreffenden Begründung, der Lebendspende stehe das rechtliche Hindernis entgegen, dass der Patient nicht auf die Warteliste für postmortal gewonnene Organe gemeldet werden könne, ist rechtswidrig.

Ein solches Vorgehen gegenüber einem bereits im Klinikum in Behandlung befindlichen Patienten würde, sobald eine hierdurch verursachte weitere Gesundheitsschädigung des Patienten eintritt, Schadenersatzansprüche aus Vertrag (§ 630a BGB) und Delikt (§ 823 Abs. 1 und 2 BGB) gegen den Träger des Krankenhauses bzw. die verantwortlichen Ärztinnen und Ärzte auslösen.

Zugleich würde in einer solchen Konstellation eine Strafbarkeit der behandelnden Ärzte wegen Körperverletzung durch Unterlassen aus §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB bzw. wegen versuchter Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 2, 23 Abs. 1 StGB im Raum stehen, soweit diese eine gebotene Transplantation nicht oder nicht rechtzeitig vornehmen.³¹ Dem behandelnden Arzt kommt nach allgemeiner Auffassung durch die Übernahme der Behandlung eine Garantenstellung zu, aus der er auch für ein Unterlassen einzustehen hat (§ 13 StGB).³² Neben dem objektiven Tatbestand der Körperverletzung läge in einer solchen Konstellation auch der subjektive Tatbestand ohne Weiteres vor.

Die Möglichkeit der behandelnden Ärzte und der sie beratenden Personen, sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB berufen zu können, dürfte ausscheiden. Ein Verbotsirrtum ist nach Auffassung der Rechtsprechung vermeidbar, „wenn dem Täter

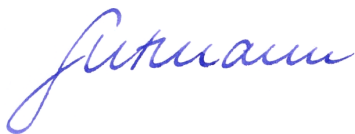
³¹ Unter einer Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen, Verlängern oder Steigern eines krankhaften Zustands zu verstehen (OLG München NStZ 2008, 632; *Paeffgen*, in: Nomos Kommentar zum StGB, § 223 Rn. 14; *Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2014, StGB § 223 Rn. 3). Mithin genügt bereits die Verschlimmerung oder Aufrechterhaltung einer bereits vorhandenen Krankheit (*Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 292014, § 223 Rn. 5.) Indem einem Patienten die medizinisch erforderliche Transplantation zumindest vorübergehend verweigert wird, wird ein krankhafter Zustand jedenfalls verlängert.

³² *Freund*, in: MüKo StGB, 32017, § 13 Rn. 173; *Kühl*, in: Lackner, StGB, 282014, § 13 Rn. 9.

sein Vorhaben unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse hätte Anlass geben müssen, über dessen Rechtswidrigkeit nachzudenken oder sich zu erkundigen, und er auf diesem Wege zu Unrechtseinsicht gekommen wäre.“³³ Bei der Prüfung muss der Täter alle seine Erkenntniskräfte einsetzen und auftauchende Zweifel erforderlichenfalls durch Einholung von Rat beseitigen.³⁴ Der Täter darf folglich weder vorschnell auf die Richtigkeit des ihm günstigen Standpunkts vertrauen noch seine Augen vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen.³⁵ Vor diesem Hintergrund würde es angesichts des hinreichend eindeutigen Gesetzeswortlauts und der nahezu einhelligen Ansicht der Fachliteratur nicht ausreichen, dass die behandelnden Ärzte sich allein bei den Hausjuristen ihres Klinikums informieren oder auf eine unverbindliche, nicht begründete und in rechtlicher Hinsicht offensichtlich unzutreffende „Empfehlung“ der Bundesärztekammer vertrauen.

Dieses Gutachten wurde pro bono und auch deshalb, soweit gesetzlich möglich, unter Ausschluss der Haftung insbesondere gegenüber Dritten erstellt.

Münster, den 30. Juli 2017



Prof. Dr. Thomas Gutmann

³³ BayObLG NJW 1989, 1744.

³⁴ BayObLG NJW 1989, 1744.

³⁵ *Fischer*, StGB, ⁶⁴2017, § 17 Rn. 8.