Gutachten

Bearbeitet von Max Georg Hügel, Greifswald*

(Original-)Examensklausur im Schwerpunktbereich Gesundheits- und Medizinrecht

Gemeinsamer Grundsachverhalt

A ist verantwortlicher Arzt des Transplantationszentrums eines Universitätsklinikums. Um eine Bevorzugung seines Patienten P bei der Vergabe von Organen Verstorbener zu erreichen, hat A den P gegenüber Eurotransplant[1] wahrheitswidrig als Dialysepatienten bezeichnet und hierdurch bewirkt, dass P aufgrund eines höheren MELD[2]-Scores einen höheren Rangplatz für die Reihenfolge der Organvergabe zugewiesen bekommt. Infolge dieser Manipulation wird dem P tatsächlich eine Spenderleber zugewiesen und von A implantiert. Die Operation verläuft erfolgreich.

I. Teilbereich Medizinrecht (40 %)[3]

1a. (20 %)
Erläutern und begründen Sie die Rechtsverhältnisse an der Spenderleber im vorstehenden Fall vor der Transplantation, während des Transports und nach „der Transplantation", wenn es sich um einen „Leberlappen" bei einer Lebendspende handelt!

1b. (20 %)
Was würde sich ändern, wenn es sich bei der „Leberspende" um eine solche eines „Hirntoten" mit Organspendeausweis handelt?

2. (10 %)
Erläutern Sie die Begriffe „mutmaßliche Einwilligung" und „hypothetische Einwilligung" und stellen Sie den wesentlichen Unterschied klar!

3a. (30 %)
Erläutern Sie den Begriff der „Anfängeroperation" und stellen Sie die rechtlichen Voraussetzungen für deren Zulässigkeit klar!

3b. (10 %)
Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn diese Voraussetzungen einer Anfängeroperation nicht gewahrt werden?

3c. (10 %)
Müssen diese Voraussetzungen auch bei der Organentnahme der Spendenleber eines „Hirntoten" gewahrt werden?

Weiterführender Sachverhalt für den gesundheits- und strafrechtlichen Teil

Im Anschluss an den Ausgangsfall kommt es zu einem Strafverfahren gegen A, in welchem die Staatsanwaltschaft ihm ein vollendetes Tötungsdelikt zur Last legt. Der Verteidiger ist der Auffassung, es komme ohnehin allenfalls ein Versuchsdelikt in Betracht; doch auch insoweit sei ein Tötungsvorsatz zu verneinen, da A angenommen habe, auch für die eigentlich vorrangig zu berücksichtigenden Patienten werde ein geeignetes Organ zur Verfügung stehen. Überdies stehe – nach Ansicht der Verteidiger – einer Strafbarkeit entgegen, dass das System der Organzuteilung insgesamt rechtswidrig, wenn nicht sogar verfassungswidrig sei.

II. Gesundheitsrechtlicher Teil (40 %)

Diskutieren Sie die (verfassungs-)rechtlichen Bedenken, die gegenüber dem Vergabesystem bei der postmortalen Leberspende geltend gemacht werden!

III. Strafrechtlicher Teil (20 %)

Beurteilen Sie die Strafbarkeit des A nach gegenwärtiger Gesetzeslage! Etwaige Straftaten zum Nachteil des P sind nicht zu prüfen.

Bearbeitung

I. Teilbereich Medizinrecht

1a. Rechtsverhältnisse an der Lebendspenderleber

Vor der Transplantation war die Leber Teil des Körpers des Spenders, also Teil einer natürlichen Person (§ 1 BGB). Sie war damit – wie die Parallelität von Abschnitt 1 und 2 im Allgemeinen Teil des BGB zeigt – als natürlicher Körperteil

---

* Der Autor hat von 2011 bis 2016 an der Universität Greifswald Rechtswissenschaften studiert. Die fünfstündige Klausur wurde im Februar 2016 von den Professoren *Ralph Weber* (medizinrechtlicher Teil), *Heinrich Lang* (gesundheitsrechtlicher Teil) und *Christoph Sowada* (strafrechtlicher Teil) gestellt und mit 13 Punkten bewertet. Die Gesamtnote setzt sich zu 40 % aus der Note des medizinrechtlichen Teils (12 Punkte), zu 40 % aus der des gesundheitsrechtlichen Teils (14,5 Punkte) und zu 20 % aus der des strafrechtlichen Teils (10 Punkte) zusammen. Von den acht Bearbeitungen des Durchgangs wurden drei mit ausreichend, vier mit befriedigend und eine mit gut bewertet. Die kursiven Anmerkungen sowie die erläuternden Fußnoten stammen von der *GreifRecht*-Redaktion.

1 Eine private Stiftung niederländischen Rechts, die als Vermittlungsstelle im Organverteilungsverfahren dient; siehe dazu *Höfling*, in: ders., Kommentar zum Transplantationsgesetz, 2. Aufl. 2013, § 12 TPG Rn. 13-18.

2 *Model for End-stage Liver Disease*; Messeinheit der Schwere einer Lebererkrankung und eine Berechnungsgrundlage für die Wartelistenplatzierung; siehe dazu *Çalışkan*, Die medizinrechtlichen Ordnungsstrukturen, 2014, S. 292-298.

3 Die besondere Schwierigkeit solcher mehrteiliger Klausuren ist eine effiziente Zeiteinteilung. Zu langes Nachdenken über einen frühen Teil kann eine fatale Untergewichtung der späteren Teile bewirken. Dringend anzuraten ist daher eine Orientierung an der Bewertung der Teile; 40 % der Note entsprechen daher einer Bearbeitungszeit von zwei Stunden.

keine Sache iSd § 90 BGB und somit auch nicht eigentumsfähig (vgl. § 903 S. 1 BGB). Das Recht des Spenders an der eigenen Leber war vielmehr ein grundrechtlich (Art. 1 I, 2 II 1 GG) ausgeformtes besonderes Körperpersönlichkeitsrecht. *[Anders der seltener vertretene eigentumsrechtliche Ansatz mit einer Lösung über § 93 BGB.]*

Nach der Entnahme ist jedoch fraglich, welches Recht der Spender am getrennten Körperteil hat. Wegen der psychologischen Verbundenheit mit den eigenen Körperteilen ließe sich vertreten, das Körperpersönlichkeitsrecht bleibe bei Interesse des Spenders bestehen. Gegen diese subjektiv determinierte Zuordnung spricht indes der Grundsatz der Rechtssicherheit im Umgang mit Körperteilen. Dieser lässt sich unschwer erfüllen, indem man der entnommenen Leber Sachqualität zuspricht und sie in zweifacher Analogie zu § 953 BGB als Eigentum ihrem zuvor verbundenen Körperträger zuordnet. Dies dient sowohl dem Publizitätsinteresse des Rechtsverkehrs als auch dem Zuordnungsinteresse des Spenders. Nach der Explantation stand die Leber also analog § 953 BGB im Eigentum des Spenders.

Während des Transports ist fraglich, ob sich diese Eigentumslage geändert hat. Schon jetzt könnte der eigentlich gewünschte Organempfänger nach § 929 S. 1 BGB Eigentum an der Leber erworben haben. Da es sich um eine Lebendspende handelt, die zur Genehmigung eine besondere persönliche Verbundenheit von Spender und Empfänger des Leberteils erfordert (§ 8 I 2 TPG), ist von einer entsprechenden Einigung auszugehen. Indes würde die Annahme einer wirksamen Einigung an dieser Stelle die formelle Einbettung der Organübertragung in das Verteilungssystem des TPG negieren. Dessen Wertungen sprechen dafür, Organe nicht als Gegenstand freier Verfügung (*res extra commercium*) zu betrachten, so dass wegen § 17 TPG eine freie Übereignung nicht möglich ist. § 17 I 1 TPG steht folglich über § 134 BGB einer wirksamen Übereignung nach § 929 S. 1 BGB entgegen.

Auch ist zu diesem Zeitpunkt schon mangels ausgetauschter Erklärungen mit P kein Eigentumserwerb des „falschen“ Patienten eingetreten.

Eine Übereignung der Leber an „das Vergabesystem“ muss schon deshalb scheitern, weil der Wille des Spenders sich nicht auf die Übertragung seines Organs zum dauerhaften Verbleib bei den Verteilungsakteuren richtet. Während des Organtransports zum (falschen) Empfänger verblieb die Leber somit im Eigentum des Spenders.

Nach der Implantation der Leber in den Körper des P wurde sie wiederum zu einem natürlichen Teil in dessen Körper. Als Teil einer natürlichen Person (§ 1 BGB) verlor sie folglich ihre Sachqualität (§ 90 BGB) und das Eigentum des Spenders ging im besonderen Körperpersönlichkeitsrecht des Empfängers P auf. Rechtstechnisch lässt sich dies mit einer zweifachen Analogie zu § 947 II BGB begründen; analog § 949 S. 1 BGB erloschen daher alle Rechte des Spenders. Folglich ist die Leber nunmehr ein Körperteil des P. Dass er der eigentlich „falsche“ Patient war, ändert hieran nichts; § 17 II TPG kann auch als Verbotsgesetz verstanden nicht die Wirkung von Realakten wie der Implantation analog § 947 BGB hindern.

1b. Rechtsverhältnisse an der Totenspenderleber

Vor der Explantation ist die Rechtslage bei der Totenspende (§§ 3 ff. TPG) insoweit abweichend zu beurteilen, als das Organ zunächst als Körperteil nicht in den Nachlass fällt und somit jedenfalls kein Eigentumserwerb der Erben des Spenders (§ 1922 I BGB) stattfindet. *[Fraglich ist aber, ob der nur Hirntote bereits den „Tode einer Person“ iSd § 1922 I BGB gefunden hat, s.u. II.1.]* Die Leber bleibt vielmehr im Schutzumfang des – nur mit der Zeit verblassenden – besonderen postmortalen Körperpersönlichkeitsrechts des Spenders.

Mit der durch den Organspendeausweis gestatteten (§ 3 I Nr. 1 TPG) Explantation erlangt die Leber – parallel zu 1a. – Sachqualität und ist zunächst herrenlos. *[Diskutabel sind eine eventuelle eigentumsrechtliche Bedeutung der Totenfürsorgeberechtigung sowie die Wirkung des § 857 BGB.]* Es kommt allenfalls ein Erwerb durch Aneignung (§ 958 I BGB) des Transplantationszentrums in Betracht. Hiergegen spricht indes wiederum die Schutzintention des TPG, das die Systemakteure mit § 17 TPG nur als unselbständige Vermittler, nicht aber als Eigentümer der Organe vorsieht. Die Aneignung ist folglich kraft gesetzlichen Verbots nicht möglich (§ 958 II 1. Alt. BGB). Während des Transports ist die Leber folglich weiterhin herrenlos.

Nach der Implantation entspricht die Rechtslage der oben 1a.

2. Mutmaßliche/hypothetische Einwilligung

Die mutmaßliche Einwilligung findet gesetzliche Rahmenbedingungen in §§ 630d I 4, 1901a II BGB und dient als subsidiärer Ersatz der ausdrücklichen Einwilligung (§ 630d I 1 BGB) der Legitimation körperlich invasiver Eingriffe am Patienten, wenn seine Entscheidung etwa im Notfall oder aufgrund von Entscheidungsunfähigkeit nicht eingeholt werden kann.

Die hypothetische Einwilligung findet gesetzliche Rahmenbedingungen in § 630h II 2 BGB und dient als Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens dazu, im Prozess die Kausalität einer Aufklärungspflichtverletzung für den Willensentschluss des Patienten zu widerlegen.

Wesentlicher Unterschied ist also, dass die mutmaßliche Einwilligung mittels einer *ex-ante*-Betrachtung das Selbstbestimmungsrecht des Patienten sichert, während die hypothetische Einwilligung mittels einer *ex-post*-Betrachtung die Ausuferung vorgebrachter Autonomiemissachtung einschränken will.

3a. Anfängeroperation

Der Begriff der „Anfänger-OP“ meint, dass der Behandelnde für die von ihm vorgenommene Behandlung – eigentlich – nicht befähigt ist (§ 630h IV 1. HS BGB); die Maßnahme wird also personell insoweit unterhalb des Facharztstandards (§ 630a II BGB) ausgeführt.

Zulässig ist eine Anfänger-OP somit nur, wenn der Standard der Behandlungsmaßnahme insgesamt materiell gewahrt bleibt; etwa wenn während der OP eines PJlers oder Assistenzarztes während der gesamten Zeit ein Facharzt Aufsicht führt und eingriffsbereit ist, oder wenn

ein Assistenzarzt bereits – ohne formal die Bezeichnung „Facharzt" zu führen – den Eingriff theoretisch und praktisch auf Facharztniveau beherrscht.

3b. Rechtsfolgen unzulässiger Anfänger-OP

Eine unzulässige Anfänger-OP ist als Standardunterschreitung ein Verstoß gegen § 630a II BGB und somit ein Behandlungsfehler; für den Anfänger in Gestalt eines Übernahmefehlers und für den Delegierenden in Gestalt eines Organisationsfehlers.

Da sich mit einer schädigenden Anfänger-OP ein voll beherrschbares Organisationsrisiko des Behandelnden verwirklicht, wird der Behandlungsfehler nach § 630h I BGB vermutet, darüber hinaus wegen der mangelnden Befähigung auch seine Ursächlichkeit für den Schaden des Patienten (§ 630h IV BGB). Deliktisch wird ferner das Verschulden des delegierenden Geschäftsherrn vermutet (§ 831 BGB).

Eine missglückte Anfänger-OP ist also eines der schärfsten Schwerter der Behandlungsfehlerhaftung. Immerhin aber ist über eine Anfängerbehandlung nach dem System der Arzthaftung nicht aufzuklären, da Gegenstand der Selbstbestimmungsaufklärung nur die Risiken einer fehlerfreien Behandlung sind; vor den Risiken fehlerhafter Behandlung, wie sie bei der Anfänger-OP möglich sind, bietet die Behandlungsfehlerhaftung genügenden Schutz.

3c. Facharztstandard bei Totenspende

Die Voraussetzungen des Facharztstandards bzw. einer zulässigen Anfängerentnahme müssen auch bei der Explantation bei Hirntoten gewahrt werden, § 3 I Nr. 3 und § 3 I 2 TPG (materieller Facharztstandard). *[Wer den Hirntoten nicht als tot ansieht, kann § 630a II BGB anwenden.]*

II. Gesundheitsrechtlicher Teil

Das Vergabesystem des TPG bei der postmortalen Lebendspende ist in höchstem Maße verfassungssensibel. Zum einen stellt sich die Regulierung der Allokation von Lebenschancen als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in das Grundrecht auf Leben (Art. 2 II 1 GG) dar, zum anderen erfordert das „Steuerungskonzept" der Einbeziehung vielfältiger nichtstaatlicher Entscheidungsträger (§§ 11, 12, 16 TPG) eine sorgfältige Beachtung des Demokratieprinzips (Art. 20 II GG). Ausgehend von diesen grund- und staatsrechtlichen Rahmenbedingungen sind drei Themenbereiche im System des TPG besonders bedenklich: die Todesdefinition für die postmortale Spende (1.), die Ausfüllung der Vermittlungsregeln durch nichtstaatliche Akteure (2.) und der defizitäre Rechtsschutz im System (3.).

1. Die Todesdefinition, § 3 I Nr. 2 TPG

Als legislatorischen Kompromiss hat das TPG eine zentrale Voraussetzung der Totenspende – den Tod – nicht getroffen, sondern setzt sowohl die Feststellung des „Todes" (§ 3 I Nr. 2 TPG) als auch die des Gesamthirntodes (§ 3 II Nr. 2 TPG) voraus. Die ausformungsbefugte Bundesärztekammer (BÄK) setzt über § 16 I Nr. 1 TPG indes den Hirntod mit dem Tod gleich. Dabei steht diesem Schluss zwar die Mehrheit des deutschen Ethikrates zur Seite, die Gleichsetzung von Hirntod und „Tod des Menschen" bleibt indes wegen des von Verfassungs (Art. 2 II 1 GG) wegen gebotenen Lebensschutzes auch am Lebensende höchst zweifelhaft.

Als Begründung des Hirntodkonzepts finden sich immer wieder die zwei wesentlichen Argumentationswege der mentalistischen Geistigkeitstheorie und der organismischen Integrationslehre. Hiernach ist das Hirn der zentrale biologische Integrator des menschlichen Organismus als unentbehrliche „Steuerungseinheit"; ferner als Sitz der Persönlichkeit des Menschen erst Merkmal des Menschseins überhaupt. Mit dem Erlöschen des Hirns ende folglich der Mensch, sterbe also.

Hiergegen – und für die Maßgeblichkeit des irreversiblen Herz-Kreislauf-Stillstands als Todeszeitpunkt – spricht jedoch einerseits, dass die Vitalfunktionen des Körpers auch ohne Hirntätigkeit mithilfe maschineller Assistenz erhalten bleiben (zB bei der Mutter des „Erlanger Babys"[4]). Zudem gerät die Geistigkeitstheorie in Konflikt mit der gerade persönlichkeitsunabhängigen Garantie der Menschenwürde, sofern sie nicht zugleich nichtäquivalenztheoretischen Mustern[5] zuspricht. Ein weiterer Widerspruch zeigt sich zum Lebensbeginn – dieser ist unstreitig nicht von einer etwaigen Hirntätigkeit abhängig.

Diese Debatte ist mittlerweile derart ethisch und anthropologisch durchdrungen, dass eine rein juristische Lösung nicht möglich ist. *[Sie ist dennoch für die Rechtsanwendung erforderlich.]* In der Frage „Was ist der Mensch?" lassen sich die Positionen derer, die seinen Organismus für entscheidend halten, und derer, die dies von seinem Hirn denken, schlicht nicht vereinbaren. Sicher ist freilich, dass die derzeitige Hirntoddiagnose vielfach unsicher vollzogen wird und der Gesetzgeber in diesem Bereich erhebliches Vertrauen in die Organspende enttäuscht hat.

2. Nichtstaatliche Allokationsentscheidung

Neben der Beteiligung der Deutschen Stiftung Organtransplantation als Koordinierungsstelle (§ 11 TPG) und der niederländischen Stiftung Eurotransplant als Vermittlungsstelle (§ 12 TPG) stößt vor allem die Regelungstätigkeit der BÄK (§ 16 TPG) auf Bedenken. Von ihr aufgestellte Richtlinien zur Kontraindikation von Empfängereigenschaften greifen in Art. 2 II 1 GG ein, so dass die solchermaßen beliehene BÄK auch unter Beachtung des Wesentlichkeitsgrundsatzes hinreichend demokratisch legitimiert sein muss.

Das Prinzip der Wesentlichkeit erscheint im TPG jedoch in umgekehrter Form: Das Gesetz stellt für die

4 Fall einer mehrwöchigen medizinischen Versorgung einer hirntoten Schwangeren im UK Erlangen 1992, um das ungeborene Kind zu retten. Als das Kind letztlich doch starb, wurden die lebenserhaltenden Maßnahmen abgebrochen. Näher dazu *Hilgendorf*, Zwischen Humanexperiment und Rettung ungeborenen Lebens, JuS 1993, 97-103.

5 Die (wenigen) Nichtäquivalenztheoretiker unterscheiden den Speziesbegriff „Mensch" und den Normbegriff „Person". Letztere zeichneten sich durch ein bewusstes Interesse an ihrer Existenz aus, und nur ihnen gebühre daher ein subjektiv-rechtlicher Würdeschutz. Näher *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 156-172, 333-335.

Allokationsentscheidungen nur den groben Rahmen, überlässt die eigentliche Entscheidung aber den BÄK-Richtlinien nach § 16 TPG. Vor dem Hintergrund tendenziell widersprüchlicher Allokationskriterien (Erfolgsaussicht und Dringlichkeit, § 12 III TPG) ist die BÄK hierbei sehr frei und somit schon sachlich-inhaltlich nur schwach legitimiert. Als Vereinszusammenschluss der Landesärztekammern (LÄK) mangelt es ihr zudem an der Rückkopplung zum gesamten deutschen Volk (personell-organisatorisch). Auch der Gedanke einer modifiziert-funktionalen Selbstverwaltung kann dies nicht kompensieren, da die BÄK gegenüber den Organempfängern eher eine Fremdverwaltung betreibt.

Die drastischen Kompetenzüberschreitungen der BÄK treten am deutlichsten zutage, wenn auf der Grundlage der „medizinischen Wissenschaft" (§ 16 I TPG) für die Kontraindikation Kriterien wie Sprache und Compliance aufgestellt werden; diese sind schon wegen ihrer Nähe zu Art. 3 III GG keine medizinischen, sondern rechtlich-wertende Kriterien. Die jüngst eingeführte Genehmigungspflicht (§ 16 III TPG) schwächt diese Bedenken zwar etwas ab, beseitigt aber nicht den erheblichen Rechtsetzungsfreiraum der BÄK.

3. Defizitärer Rechtsschutz

Wegen Art. 19 IV GG sind die Grundrechte aus Art. 2 II 1 GG auch verfahrensrechtlich abzusichern; ansonsten wäre der durch § 10 II TPG implizierte Teilhabeanspruch am Vergabesystem allzu zahnlos. Hier besteht vor allem in Bezug auf die Entscheidung zur Wartelistenaufnahme durch die Transplantationszentren noch Verbesserungsbedarf. Mangels gesetzlicher Vorsteuerung sind die Gerichte hier noch sehr frei und ggf. mit den Systembesonderheiten nicht vertraut. *[Insbesondere sind Rechtsweg und Streitgegenstand unklar.]* Wenn ein Gericht etwa monatelang seine Zuständigkeit prüft, kann diese Verfahrensverzögerung im schlimmsten Fall den Tod des wartenden Patienten zur Folge haben.

4. Schluss

Durch die Strategie des TPG, sich der wesentlichen Entscheidungen seines eigenen Ziels zu enthalten, verfehlt es die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Allokation von Lebenschancen. Nötig ist Transparenz in allen Stadien des Verfahrens, damit die Spendebereitschaft wie gewünscht durch mehr Vertrauen steigt (§ 1 I TPG). *[Auch bei einer – wie hier – sehr offenen Fragestellung ist ein Ergebnis der Erörterungen wünschenswert und oft gefordert. Diese Bearbeitung hat eine gute Tendenz; der Mut zur eigenen Stellungnahme wird durchaus honoriert.]*

III. Strafrechtlicher Teil

1. § 212 I StGB

Durch die Manipulation des MELD-Scores könnte A einen Totschlag begangen haben. Der Tod eines – irgendeines – Wartelistenpatienten ist mittlerweile eingetreten. *[Das lässt der Sachverhalt offen.]*

Fraglich ist indes, ob die Handlung des A für diesen Todesfall auch ursächlich war. Hierfür dürfte seine Manipulation nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Todesfall in seiner konkreten Gestalt entfiele. Dieser Zusammenhang ist zur Überzeugung des Gerichts (§ 261 StPO), also vernünftige Zweifel ausschließend, nachzuweisen. Diese Kausalität ist hier höchst fraglich, da der konkrete Todesfall jenes Patienten ebenso gut ohne Zutun des A krankheitsbedingt oder aus anderen Gründen möglich war. Im mehrstufigen und diffizilen Allokationsverfahren, das von ständiger Listenaktualisierung (§ 12 III TPG) und lückenlosem Datenschutz (§§ 13 ff. TPG) bestimmt wird, ist dieser Ursachenzusammenhang somit unmöglich nachzuweisen. *[Zudem fehlt es – außer für die Risikoerhöhungslehre – am Pflichtwidrigkeitszusammenhang der objektiven Zurechnung, da eine Lebensverlängerung des vorgesehenen Empfängers durch die vereitelte Transplantation nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen ist.]* A ist daher nicht wegen Totschlags strafbar.

2. §§ 212 I, 22 StGB

A könnte aber einen versuchten Totschlag begangen haben. Für den Tatentschluss ist dabei zunächst Tötungsvorsatz des A erforderlich, also Wissen und Wollen einer Tötung (§§ 15, 16 I 1 StGB). Eine zielgerichtete Absicht kann dem A ebenso wenig wie ein sicheres Wissen um einen Tod vorgeworfen werden.

Fraglich bleibt damit, ob er mit bedingtem Vorsatz oder lediglich bewusst fahrlässig handelte. Ersteres wäre der Fall, wenn der A den Tod eines anderen Patienten für möglich gehalten und zugunsten der Rettung des P billigend in Kauf genommen bzw. sich hiermit abgefunden hat. *[Hier fehlt die abgrenzende Definition der bewussten Fahrlässigkeit.]* Nach der Beweisaufnahme hat A voluntativ „angenommen", es gäbe weitere Rettungschancen; dies entkräftet aber nicht den Umstand, dass ein möglicher fremder Todesfall als Teil der Rettung des P objektiv nötig und von A damit in Kauf genommen war; da A um das System wusste, liegt ein Sich-Abfinden mit den Folgen seiner Manipulation nahe. Der Hilfsethos der Ärzte (§ 1 II MBO-Ä) kann diese Beurteilung nicht umkehren. A handelte also bedingt vorsätzlich. *[Das unmittelbare Ansetzen liegt unproblematisch in der Eingabe der manipulierten Daten.]*

Eine Rechtfertigung seiner versuchten Tat nach § 34 S. 1 StGB kommt wegen der Gleichwertigkeit der Lebensrechte nicht in Betracht. Fraglich bleibt auf Schuldebene, ob A die Einsicht fehlte, Unrecht zu tun (§ 17 S. 1 StGB). Versteht man „Unrecht" hier als Verstoß gegen bestehende Rechtsnormen, so hatte A diese Einsicht. Da im Rechtsstaat auch zweifelhafte Normen verbindlich sind, verbietet sich wegen der Steuerungsfunktion des Rechts eine überpositive Betrachtung. Solange das TPG also nicht gegen elementares Recht verstößt und damit „gesetzliches Unrecht" iSd *Radbruch'schen* Formel darstellt, entlasten A seine Bedenken am System nicht. *[Unklar ist, ob dies den Verbotsirrtum oder die Vermeidbarkeit betrifft.]* A ist daher wegen versuchten Totschlags strafbar.

3. § 278 StGB

Da der Adressat der Manipulation (Eurotransplant) keine deutsche Behörde (vgl. § 11 I Nr. 2 StGB) ist, muss § 278 StGB scheitern.

4. § 19 IIa TPG

A hat jedoch – tateinheitlich – durch seine Falschangaben gegen § 10 III 2 TPG verstoßen und sich daher auch nach § 19 IIa TPG strafbar gemacht. *[Umstritten ist, ob dies eine die Tötungsdelikte sperrende Sonderregelung ist.]*

5. Ergebnis

A ist strafbar nach

- §§ 212 I, 22 StGB (§§ 223 II, 22 StGB konsumierend)
- § 19 IIa TPG.