

Erfolgsaussicht – ein zulässiges Allokationskriterium?

Maximilian Amos, Bonn*

Der Organmangel in der deutschen Transplantationsmedizin stellt nicht nur Mediziner, sondern auch Juristen vor grundlegende Fragen. Eine ist die Frage nach der Verteilungsgerechtigkeit. Nach dem Transplantationsgesetz erfolgt die Verteilung von Spenderorganen unter anderem nach der Erfolgsaussicht einer möglichen Transplantation. Doch das Kriterium widerspricht grundlegenden Werten der Verfassung. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG wäre der Gesetzgeber gehalten, die Regelung zu überarbeiten.

I. Einführung in die Problematik

Die Verteilung von Spenderorganen ist naturgemäß ein hochsensibles Thema, denn regelmäßig geht es für die betroffenen Patienten um nicht weniger als Leben oder Tod. Viele von ihnen fürchten, beim Warten auf ein passendes Spenderorgan zu versterben, was medial bereits als „Tod auf der Warteliste“ getauft wurde.¹ Grund dafür ist der in Deutschland herrschende Organmangel: Derzeit warten über 10.000 Patienten auf ein Spenderorgan. Die Niere ist mit rund 8.000 bedürftigen Patienten das am häufigsten benötigte Organ. Sie wird etwa drei mal so oft benötigt, wie sie vermittelt werden kann.² Insgesamt versterben somit etwa 30 % der Patienten auf der Warteliste, was der Diskussion um die richtige Verteilung des knappen Guts Spenderorgane erhebliches Gewicht in ethischer und rechtlicher Sicht verleiht.³

Den rechtlichen Rahmen der Transplantationsmedizin in Deutschland bestimmt seit 1997 das Transplantationsgesetz (TPG). Über die Verteilung von Spenderorganen entscheidet danach letztlich die zentrale internationale Vermittlungsstelle „Stichting Eurotransplant International Foundation“ (Eurotransplant/ET) in den Niederlanden.⁴ Dies erfolgt nach den Vermittlungskriterien des § 12 Abs. 3 TPG, wonach die Allokation nach „Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissen-

schaft entsprechen, insbesondere nach Erfolgsaussicht und Dringlichkeit“ zu erfolgen hat. Diese werden gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 5 TPG durch die Richtlinien der Bundesärztekammer (BÄK) konkretisiert. Vor dem Hintergrund der schwierigen Verteilungssituation soll nun die Zulässigkeit des Kriteriums der Erfolgsaussicht untersucht werden.

II. Erfolgsaussicht und Dringlichkeit – zwei gegenläufige Kriterien

Die Erfolgsaussicht tritt in der Praxis in Form von spezifischen Auswahlkriterien wie Vorerkrankungen⁵ oder Kompatibilität⁶ zutage. Laut den Richtlinien der BÄK bestimmt sie sich im Wesentlichen nach der längerfristig ausreichenden Transplantatfunktion (quantitativ) und einer verbesserten Lebensqualität des Empfängers (qualitativ),⁷ deren Beurteilung aber große Schwierigkeiten mit sich bringt, da die Qualität eines Lebens letztlich der subjektiven Wahrnehmung des Betroffenen unterliegt.⁸ Die Dringlichkeit einer Transplantation dagegen richtet sich nach der Schwere des gesundheitlichen Schadens, der durch sie verhindert werden soll.⁹

Die beiden Kriterien widersprechen sich damit strukturell. Insbesondere bei Niere und Leber gelten beispielsweise Transplantationen bei Patienten, die nach der Dringlichkeit hoch einzustufen sind, als wenig erfolgsträchtig.¹⁰ Im Bereich der Leberallokation, welche maßgeblich nach dem die Dringlichkeit abbildenden MELD (Model for Endstage Liver Disease)-Score durchgeführt wird, führt dies zu einer überwiegenden Berücksichtigung von schwerkranken Patienten mit schlechten Erfolgsprognosen.¹¹ Eine konsequente Anwendung des Kriteriums Erfolgsaussicht dürfte dagegen gerade die am wenigsten bedürftigen Pati-

* Der Autor hat Rechtswissenschaften an der Universität Bonn studiert. Der Beitrag entstand anlässlich eines Schwerpunktseminars zum Thema „Aktuelle Fragen des Medizinrechts“.

¹ Ludwig/Hackenbrock, Tod auf der Warteliste, 14.03.2005, Der Spiegel 11/2005.

² www.dso.de/organspende-und-transplantation/warteliste-und-vermittlung.html (Abruf v. 10.02.2017).

³ Oduncu, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, Einleitung Rn. 13.

⁴ Ulrich, Die Durchbrechung der Allokationskriterien des § 12 Abs. 3 TPG, S. 72.

⁵ http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf.

⁶ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 383.

⁷ http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Niere_0912013.pdf, II. 1. d) (Abruf v. 10.02.2017).

⁸ Ulrich, Die Durchbrechung der Allokationskriterien des § 12 Abs. 3 TPG, S. 38; Skeptisch zur Messung von Lebensqualität auch Lang, MedR 2005, 269 (277).

⁹ http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/Niere_0912013.pdf, II. 1. e) (Abruf v. 10.02.2017).

¹⁰ Gutmann, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Hrsg.), TPG, § 12 Rn. 24.

¹¹ Dannecker/Streng, JZ 2012, 444 (444).

enten bevorzugen und birgt die Gefahr sozialer Selektion.¹² Die Abwägung zwischen diesen Kriterien, welche mit rein medizinischen Parametern nicht zu treffen ist, wurde vom Gesetzgeber unterdessen ignoriert¹³ und in § 16 TPG auf die Bundesärztekammer abgewälzt.

III. Recht auf ein Organ

Aufgrund des Mangels an Spenderorganen und der Tragweite von Allokationsentscheidungen sind verfassungsrechtlich hohe Anforderungen an ihre Legitimation zu stellen.¹⁴ Die maßgeblichen Akteure sind auf unterschiedliche Weise dem deutschen Grundgesetz unterworfen. Gesetzgeber und die Bundesärztekammer als Beliehene¹⁵ sind durch Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Verfassung gebunden. Die Bindung von Eurotransplant an deutsches Recht ergibt sich mittelbar aus dem der Zusammenarbeit zugrunde liegenden Vertragswerk.¹⁶

Ein originärer Anspruch auf ein Spenderorgan folgt indes nicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Sowohl vom BVerfG¹⁷ als auch in der Literatur¹⁸ wird keine Grundlage gesehen, konkrete Ansprüche des Einzelnen auf staatliche Leistungen abzuleiten. Schon aufgrund der mangelbedingten Grenzen, die der Zuteilung von Organen in der Praxis gesetzt sind, ist es dem Staat auch gar nicht möglich, jeden bedürftigen Patienten angemessen zu versorgen.

IV. Das Recht auf Teilhabe am Auswahlverfahren

In der Literatur wird aber mittlerweile recht einhellig die Auffassung vertreten, dass dem einzelnen Patienten, sofern eine Organtransplantation bei ihm medizinisch indiziert ist, ein Teilhabeanspruch am Allokationsverfahren zusteht.¹⁹ Dieser Anspruch steht allen geeigneten Patienten zu, unabhängig von Kriterien wie Alter oder sozialer Stellung.²⁰

1. Rechtsprechung des BVerfG

Der Idee des Teilhabeanspruchs liegt das „Numerus Clausus“-Urteil des BVerfG zugrunde, welches die Zulässig-

keit eines absoluten Numerus Clausus für Studienanfänger betraf.²¹ In diesem Urteil befasste sich das Gericht mit der Verteilung knapper Ressourcen unter mehreren Bewerbern, weshalb sich der Vergleich zur Situation in der Organallokation aufdrängt, welche ebenfalls eine solche „Mangelverwaltung“ darstellt.²² Das Gericht leitete hier ein derivatives Teilhaberecht der Bewerber um Studienplätze aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip ab. Ein solches Recht bestehe immer dann, wenn der Staat eine Monopolstellung für sich in Anspruch nehme und „die Beteiligung an staatlichen Leistungen zugleich notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten ist“.²³ Während die Freiheitsgrundrechte primär Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe darstellen, leitete das Gericht damit aus Art. 12 Abs. 1 GG ein subjektives Leistungsrecht ab.²⁴ Eine solche Monopolstellung ergibt sich auch im Bereich der Organallokation, welche der Gesetzgeber mittels des TPG an sich gezogen hat.²⁵ Sie ist auch notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG,²⁶ da eine Transplantation häufig die einzige Lebensrettungschance für die Patienten darstellt.²⁷ Somit ergibt sich in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz ein Recht auf sachgerechte Teilhabe an der staatlichen Leistung.²⁸

2. Inhalt des Anspruchs

Daraus folgt zunächst ein Recht des Patienten auf Zugang zur Warteliste inklusive eines Anspruchs auf ein chancen gleiches und gerechtes Verteilungsverfahren.²⁹ Innerhalb der Rechtfertigung eines Eingriffs sind neben dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG die Besonderheiten des Freiheitsrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu berücksichtigen.³⁰

V. Rechtliche Voraussetzungen für Allokationskriterien aus dem Teilhaberecht

Somit stellt sich die Frage, welchen Voraussetzungen ein Allokationskriterium im Hinblick auf das Teilhaberecht zu genügen hat und wie sich diese auf die Zulässigkeit des Erfolgskriteriums auswirken.

¹² Höfling, in: Höfling (Hrsg.), TPG, § 12 Rn. 33.

¹³ Gutmann, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Hrsg.), TPG, § 12 Rn. 24; So wohl auch Schroth, NSStZ 2013, 437 (441).

¹⁴ Gutmann, Für ein neues TPG, S. 131/132.

¹⁵ Middel/Scholz, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, § 16 Rn. 2.

¹⁶ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 293; Opper, Die gerechte und rechtmäßige Verteilung knapper Organe, S. 55.

¹⁷ BVerfG NJW 1952, 297.

¹⁸ Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Art. 2 GG, Rn. 94.

¹⁹ Gutmann, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Hrsg.), TPG, § 12 Rn. 43; Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 300; Bausch/Kohlmann, NJW 2008, 1562 (1567); Höfling, JZ 2007, 481 (486); Opper, Die gerechte und rechtmäßige Verteilung knapper Organe, S. 231.

²⁰ Bausch/Kohlmann, NJW 2008, 1562 (1567).

²¹ BVerfG NJW 1972, 1561.

²² Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 298.

²³ BVerfG NJW 1972, 1561 (1564).

²⁴ Junghanns, Verteilungsgerechtigkeit, S. 41.

²⁵ Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann et al. (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung (i. F.: Grundlagen), S. 69/70.

²⁶ Clement, Der Rechtsschutz, S. 127.

²⁷ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 299.

²⁸ Clement, Der Rechtsschutz, S. 127.

²⁹ Gutmann, Für ein neues TPG, S. 133.

³⁰ Ulrich, Die Durchbrechung der Allokationskriterien des § 12 Abs. 3 TPG, S. 64; Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 299.

1. Prüfung

Geprüft wird das Gleichbehandlungsrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG nach der „neuen Formel“ des BVerfG,³¹ nach welcher eine besonders intensive Ungleichbehandlung mehrerer Gruppen nur zulässig ist, wenn zwischen ihnen „Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können“.³² Bei der Allokation wird, wie vom BVerfG für deren Anwendung gefordert, an Eigenschaften der Person (Alter, Vorerkrankungen, etc.) angeknüpft. Zudem wirkt sie sich negativ auf den Gebrauch von Freiheitsrechten, hier des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, aus.³³ Letztlich ist daher die o. g. Abwägung in Form einer Verhältnismäßigkeitsprüfung angezeigt.³⁴

a) Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 GG liegt hier vor, da die Patientengruppen aufgrund der bereits überschrittenen Eingangsschwelle der Eignung grundsätzlich miteinander vergleichbar und damit nicht wesentlich ungleich sind.³⁵ Soweit manchen Patienten aufgrund einer besseren Erfolgsaussicht ein Organ zugeteilt wird, während andere keines erhalten, wird folglich wesentlich Gleiches ungleich behandelt.

b) Sachlicher Grund

Die Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Personengruppen lässt sich nur mittels eines sachlichen Grundes rechtfertigen,³⁶ der einen inneren Bezug zur Sache aufweist,³⁷ d. h. es muss einen inneren Zusammenhang zwischen den Verschiedenheiten der Personengruppen und der differenzierenden Regelung geben.³⁸ Der Grund für die Ungleichbehandlung von Patienten, bei denen eine Organtransplantation indiziert ist, aufgrund ihrer Erfolgsaussicht ist in einem effektiven Einsatz der Ressourcen zur Maximierung der Organfunktionsraten zu sehen.³⁹ Diese lässt sich naturgemäß durch eine möglichst lange Organfunktion beim einzelnen Patienten erreichen. Wie oben dargelegt, ist eine wesentliche Voraussetzung für eine gute Erfolgsaussicht die voraussichtlich lange Funktionsdauer

des Transplantats. Somit ist der geforderte innere Zusammenhang gegeben.

c) Zulässiges und verhältnismäßiges Kriterium

Es stellt sich aber die Frage, ob die Differenzierung nach der Erfolgsaussicht verfassungsrechtlich zulässig ist. In Art. 3 Abs. 3 GG sind einige grundsätzlich unzulässige Differenzierungskriterien aufgezählt. Die Zulässigkeit von Differenzierungskriterien bezüglich der Inhaber des Teilhabeanspruchs richtet sich darüber hinaus nach dem jeweils im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz einschlägigen Grundrecht, es geht um „grundrechtsspezifische Chancengleichheit“.⁴⁰ Aufgrund der zu berücksichtigenden Besonderheiten des hier einschlägigen Freiheitsrechts des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ergeben sich somit zusätzliche Diskriminierungsverbote.⁴¹

aa) Lebenswertindifferenz

In Betracht kommt bei dieser Frage der Grundsatz der Lebenswertindifferenz.⁴² Dieser ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Danach ist das Recht auf Leben in höchstem Maße egalitär.⁴³ Es beinhaltet ein absolutes Gleichheitsrecht, indem es die Abwägung von Leben gegen Leben strikt untersagt. Dies rührt vom Kern der Menschenwürde her.⁴⁴

(1) Die Würde des Menschen

Das BVerfG bezeichnet die Würde des Menschen als „das oberste Prinzip der verfassungsmäßigen Ordnung“.⁴⁵ In ihrer langen Entwicklungsgeschichte hatte zuletzt Kants Moralphilosophie den größten Einfluss auf die Deutung der Menschenwürde im GG.⁴⁶ Nach Kant ist die Würde etwas, was sich von allem abgrenzt, was einen Preis hat, da es zu ihr kein Äquivalent gibt.⁴⁷ Hinsichtlich des Schutzbereichs der Menschenwürde führt das BVerfG aus, es widerspreche „der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staat zu machen“⁴⁸, womit es die auf Dürig zurückgehende „Objektformel“ in der Rechts-

³¹ BVerfG NJW 1981, 271 (272).

³² BVerfG NJW 1990, 2246 (2246).

³³ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 302/303.

³⁴ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 307; Junghanns, Verteilungsgerechtigkeit, S. 63.

³⁵ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 335.

³⁶ BVerfGE 1, 14; Zustimmend Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Art. 3 Rn. 15.

³⁷ BVerfG NJW 1969, 2191 (2191).

³⁸ BVerfG NVwZ 1986, 735 (737).

³⁹ Junghanns, Verteilungsgerechtigkeit, S. 45; Ulrich, Die Durchbrechung der Allokationskriterien des § 12 Abs. 3 TPG, S. 30.

⁴⁰ So benannt von Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann et al. (Hrsg.), Grundlagen, S. 78.

⁴¹ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 311/315.

⁴² Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 315.

⁴³ Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann et al. (Hrsg.), Grundlagen, S. 78.

⁴⁴ Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 159; Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann et al. (Hrsg.), Grundlagen, S. 79.

⁴⁵ BVerfG NJW 1977, 1525 (1525).

⁴⁶ Herdegen, in: Maunz/Düring (Hrsg.), Art. 1, Rn. 12.

⁴⁷ Kant, AA IV, GMS, S. 434.

⁴⁸ BVerfG NJW 1969, 1707 (1707).

sprechung begründete.⁴⁹ Eine Verletzung liege dann vor, wenn die Subjektqualität des Einzelnen prinzipiell verneint werde. Letztlich hänge ein Verstoß aber immer von der konkreten Fallbetrachtung ab.⁵⁰ Die „Objektformel“ ist gegenüber anderen Ansätzen in der Literatur vorzugswürdig, da sie die effektivste und umfassendste Grundlage für eine Auslegung bietet.

(2) Die Lebenswertindifferenz in anderen Bereichen

Die Problematik der Vereinbarkeit der Würde des Menschen und dem Schutz des menschlichen Lebens mit utilitaristischen Erwägungen hat das BVerfG in der Vergangenheit in mehreren Entscheidungen unterstrichen.

In seinem Urteil zum Schwangerschaftsabbruch hat das Gericht festgestellt, dass jedes Leben gleich wertvoll und somit einem Vergleich zur Wertigkeit eines anderen Lebens nicht zugänglich sei.⁵¹ Die „pauschale Abwägung von Leben gegen Leben“ sei somit nicht mit der staatlichen Verpflichtung zum Schutz eines jeden Lebens vereinbar, auch wenn eine geringere Zahl von Leben zugunsten einer größeren geopfert werde.⁵² In eine ähnliche Richtung ging auch das Urteil zur Verfassungsmäßigkeit von § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes, in der das BVerfG die Norm für mit Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar erklärte.⁵³

Auch im Strafrecht wird von der h. M. ebenfalls die Opferung weniger zur Rettung mehrerer Personen als rechtswidrig und im Rahmen des rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB nicht tragfähig angesehen.⁵⁴ Auch die künftige Lebensfähigkeit des Opfers darf bei der strafrechtlichen Beurteilung keine Rolle spielen, ebenso wenig wie die Qualität des Lebens, beispielsweise bemessen nach sozialem Wert oder Anerkennung.⁵⁵ Im Bereich der Organallokation hat das OLG Braunschweig die Unabwägbarkeit von Leben aufgrund besserer Überlebenschancen eines Patienten gegenüber einem anderen ebenfalls betont. Aus diesem Grund scheide eine Rechtfertigung von Manipulationen durch einen Arzt am Transplantationszentrum zugunsten seiner Patienten nach § 34 StGB aus.⁵⁶

bb) Bedeutung für die Organallokation

Die Rechtsprechung des BVerfG und die strafrechtlichen Beurteilungen weisen einen klaren Weg im Umgang mit

Konfliktsituationen, in welchen zwischen der Rettung von Leben entschieden werden muss. Das Recht auf Leben steht zwar unter einem Gesetzesvorbehalt (Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG), es ist dem Staat aber untersagt, darein einzugreifen, wenn dadurch die Menschenwürde missachtet wird.⁵⁷ Eine Abwägung von Leben gegen Leben, sei es zahlenmäßig oder nach der Qualität, ist nicht denkbar und mit dem Leitprinzip der menschlichen Würde, welches der Verfassung zugrunde liegt, nicht vereinbar. Auch für den Bereich der Organallokation ist die Bedeutung dieser Thematik offensichtlich. Der Mangel an Spenderorganen macht eine Rettung des Einen zu Lasten des Anderen unausweichlich. Die Verteilung von Spenderorganen gestaltet sich somit als eine „Entscheidung über Leben und Tod“.⁵⁸ Damit ist das Rechtsgut Leben und seine dargelegte egalitäre Ausrichtung direkt betroffen. Insofern stellt sich also die Frage, wie mit dieser Situation umgegangen werden kann. Das Kriterium der Erfolgsaussicht, welches bereits begrifflich, sowie im Zusammenspiel mit der Dringlichkeit erhebliche Probleme bereitet, ist daher auf seine Vereinbarkeit mit dem Prinzip der Lebenswertindifferenz und der Menschenwürde zu untersuchen.

2. Streitstand

In der Literatur ist umstritten, inwiefern die oben geschilderten Voraussetzungen, insbesondere der Grundsatz der Lebenswertindifferenz, der Zulässigkeit und Angemessenheit des Kriteriums Erfolgsaussicht in der Organallokation entgegenstehen.

a) Verfassungswidrigkeit der Erfolgsaussicht

Eine starke Strömung in der Literatur sieht die Berücksichtigung des Erfolgskriteriums kritisch. So vertritt Bader die Auffassung, dass das Kriterium verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig sei.⁵⁹ Dabei nimmt er Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG zur Abtreibung und zum Luftsicherheitsgesetz und folgert daraus das Verbot sowohl der Unterscheidung von Leben nach ihrer Qualität, als auch der zahlenmäßigen Abwägung von Leben, was zu einer „antiutilitaristischen Stoßrichtung des Grundgesetzes“ führe,⁶⁰ wie es auch Gutmann/Fateh-Moghadam formulieren.⁶¹ Dem stehe die nach dem Kriterium der Erfolgsaussicht vorgenommene unterschiedliche Bewertung von Leben nach ihrer Dauer und Qualität entgegen. Zudem widerspreche das Kriterium der Erfolgsaussicht auch der vom BVerfG verwendeten „Objektformel“, da die Subjektqualität des Individuums hierdurch in Frage gestellt werde. Der einzelne Patient werde nur noch als Organträger

⁴⁹ Kersten, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Art. 102 Rn. 21.

⁵⁰ BVerfG NJW 1971, 275 (279).

⁵¹ BVerfG NJW 1975, 573 (573).

⁵² BVerfG NJW 1975, 573 (579).

⁵³ BVerfG NJW 2006, 751 (751).

⁵⁴ Erb, in: MüKo, § 34, Rn. 118; Perron, in: Schönke/Schröder (Hrsg.) StGB, § 34 Rn. 23; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.) StGB, § 34 Rn. 74.

⁵⁵ Eser, in: Schönke/Schröder (Hrsg.) StGB, Vor § 211 Rn. 14.

⁵⁶ OLG Braunschweig NSTZ 2013, 593 (596).

⁵⁷ BVerfG NJW 2006, 751 (757).

⁵⁸ Junghanns, Verteilungsgerechtigkeit, S. 2.

⁵⁹ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 345.

⁶⁰ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 341.

⁶¹ Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann et al. (Hrsg.), Grundlagen, S. 73.

ger behandelt.⁶² Bader kommt somit zu dem Schluss, dass die Erfolgsaussicht als Allokationskriterium nicht gerechtfertigt werden könne, sofern es nicht lediglich als Eignung verstanden werde.⁶³

Ähnlich hält es Gutmann, der in Dringlichkeit und Erfolgsaussicht keine gleichrangigen Allokationskriterien sieht,⁶⁴ letzterer aber noch eine subsidiäre Bedeutung einräumt.⁶⁵ Aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folge jedenfalls die Pflicht, für den einzelnen Patienten einen optimalen Transplantationserfolg anzustreben.⁶⁶ Höfling verweist ausdrücklich auf die „strikt anti-utilitaristische Deutung des Lebensgrundrechts und der Menschenwürdegarantie der Verfassung“ durch das BVerfG und lässt jedenfalls Zweifel anklingen, ob diese mit einer auf die Maximierung von Organfunktionsraten gerichteten Allokationspraxis vereinbar ist.⁶⁷

b) Begrenzung der Erfolgsaussicht durch die Menschenwürde und das Sozialstaatsprinzip

Nach anderer Ansicht ist die Allokation nach der Erfolgsaussicht verfassungsrechtlich geboten und in der Praxis auch umsetzbar.⁶⁸ Junghanns zufolge steht nur die kollektive Nutzenmaximierung der staatlichen Pflicht zum Schutz des Lebens und der Menschenwürde entgegen, da diese sich auf individuelle Rechte beziehe und die Interessen der Gemeinschaft nicht umfasst seien. Die Ausrichtung der Verteilung von Spenderorganen nach Organfunktionsraten hält er daher nicht für problematisch, sofern diese der individuellen Nutzenmaximierung diene.⁶⁹ In einem „moralischen Dilemma“, in dem die zur Verfügung stehenden Mittel nicht zur Rettung aller ausreichen und daher das Interesse des Einen zugunsten des Anderen „geopfert“ werden muss, sei die Maximierung der Effizienz der möglichen Rettungsmaßnahme geboten.⁷⁰ Dann sei der Mensch nicht nur Mittel, sondern Zweck an sich selbst.⁷¹

c) Erfolgsaussicht als Kriterium zur Maximierung der Anzahl der überlebenden Organempfänger

Dannecker/Streng unterscheiden ebenfalls verschiedene Erfolgsdefinitionen. Auf der einen Seite stehe der auf die Maximierung des aggregierten Gesamtnutzens gerichtete Begriff der Erfolgsaussicht. Hier stimmen die Autoren Gutmann/Fateh-Moghadam zu, dass eine solche Sichtweise den individuellen Charakter des Abwehrrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verkenne.⁷² Für verfassungsrechtlich zulässig, ja sogar geboten erachtet wird dagegen die Differenzierung nach der Erfolgsaussicht zum Zwecke der Maximierung der absoluten Anzahl der überlebenden Organempfänger. Es soll also nicht auf die Gesamtorganfunktionsrate aller Empfänger abgestellt werden, sondern nur auf die Anzahl derer, welche durch die Transplantation überleben. Gerade aus dem oben dargelegten derivativen Teilhabeanspruch entspringe der Anspruch des berechtigten Patienten auf optimale Ausschöpfung der Ressourcen.⁷³ In der „Numerus Clausus“-Entscheidung des BVerfG hatte das Gericht die erschöpfende Nutzung der vorhandenen Studienplatzkapazitäten zur Voraussetzung für die Einführung einer Zulassungsbeschränkung gemacht.⁷⁴ In Analogie dazu sei somit bei der Organallokation die Anzahl der geretteten Patienten zu maximieren, also die Kapazitäten der Organvermittlung auszuschöpfen.⁷⁵ Demnach sei das Kriterium der Erfolgsaussicht also zulässig, da die Bevorzugung von Patienten mit besseren Überlebenschancen langfristig zu einer Erhöhung der Anzahl von überlebenden Organempfängern führe.⁷⁶

d) Stellungnahme

Einig sind sich alle genannten Vertreter hinsichtlich der Unzulässigkeit der Erfolgsaussicht zur Erhöhung der Gesamtorganfunktionsraten des Patientenkollektivs. Hierin liegt demnach ein klarer Verstoß gegen die Menschenwürde und das vom BVerfG statuierte Prinzip der Lebenswertindifferenz.⁷⁷

aa) Verstoß von Effizienzmaximierungszielen gegen die Lebenswertindifferenz

Die letztgenannte Auffassung nimmt für sich in Anspruch, mit der Forderung nach der Anwendung des Kriteriums

⁶² Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 342/343.

⁶³ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 350.

⁶⁴ Gutmann, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Hrsg.), TPG, § 12 Rn. 43/44; Augsberg, Novellierungsbedarf des Transplantationsrechts, S. 165; Zustimmend auch: Taupitz, ZEFQ, 2010, S. 403, der dies für den Schutz der „nackten Existenz“ aus dem „Höchstwert“ des menschlichen Lebens im Grundgesetz herleitet. Jenseits dessen müssten Art. 3 und die „Gleichwertigkeit“ jedes Lebens herangezogen werden.

⁶⁵ Gutmann, Für ein neues TPG, S. 134.

⁶⁶ Gutmann/Fateh-Moghadam, in: Gutmann et al. (Hrsg.), Grundlagen, S. 98.

⁶⁷ Höfling, JZ 2007, 481 (486).

⁶⁸ So wohl auch Hufen, der, wenngleich ohne nähere Erläuterung, die Erfolgsaussicht für verfassungsrechtlich zulässig hält (Hufen, Staatsrecht II, § 10, Rn. 57).

⁶⁹ Junghanns, Verteilungsgerechtigkeit, S. 58.

⁷⁰ Junghanns, Verteilungsgerechtigkeit, S. 58/59.

⁷¹ Junghanns, Verteilungsgerechtigkeit, S. 60.

⁷² Dannecker/Streng, JZ 2012, 444 (446); zustimmend Schroth, NStZ 2013, 437 (440).

⁷³ Dannecker/Streng, JZ 2012, 444 (447).

⁷⁴ BVerfG NJW 1972, 1566.

⁷⁵ Dannecker/Streng, JZ 2012, 444 (447).

⁷⁶ Dannecker/Streng, JZ 2012, 444 (451).

⁷⁷ Dannecker/Streng, JZ 2012, 444 (446); Junghanns, Verteilungsgerechtigkeit, S. 58; Gutmann, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Hrsg.), TPG, § 12 Rn. 43/44; Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 350.

der Erfolgsaussicht zur Erhöhung der Anzahl der überlebenden Organempfänger nicht nur nicht gegen die Lebenswertindifferenz zu verstoßen, sondern gerade einem verfassungsrechtlichen Gebot zur Effizienzmaximierung nachzukommen.

(1) Unvergleichbarkeit der „Numerus Clausus“-Entscheidung mit der Organallokation

Der Vergleich zur „Numerus Clausus“-Entscheidung trägt allerdings schon insofern nicht, als hier zwei verschiedene und damit auch unterschiedlich zu bewertende Grundrechte einschlägig sind. Wie oben dargestellt, ist das Recht auf Leben in besonderer Weise egalitär und somit keiner Kosten/Nutzen-Abwägung zugänglich. Der Schutz des Lebens ist zudem ein individueller und kann nicht auf die Allgemeinheit bezogen werden, wie die Autoren selbst anerkennen.⁷⁸ Die Feststellung, daraus folge ein Anspruch, einen möglichst großen Teil des Kollektivs zu retten, passt indes nicht dazu. Die besondere Egalität des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in Verbindung mit der Menschenwürde verpflichtet den Gesetzgeber gerade dazu, den individuellen Schutz des Einzelnen nicht gegenüber dem Nutzen für das Kollektiv abzuwägen.⁷⁹ Dies hat das BVerfG in seinen Entscheidungen zum Luftsicherheitsgesetz und zum Schwangerschaftsabbruch klargemacht, in der es ausdrücklich festhielt, das Grundrecht auf Leben könne „keiner irgendwie gearteten unterschiedlichen Bewertung oder gar zahlenmäßigen Abwägung unterworfen werden“.⁸⁰ Würde man nun aber einem Patienten mit schlechten Erfolgsaussichten die Transplantation versagen, läge darin ein Eingriff in sein Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zugunsten der Erhöhung der Anzahl der geretteten Patienten.

(2) Keine „Rettung“ vieler auf Kosten eines Einzelnen

Die Autoren argumentieren zwar, ein Verstoß gegen die Lebenswertindifferenzkonzeption liege nicht vor, da nicht ein Leben über das andere gestellt werde. Tatsächlich würde eine Verteilung zur Maximierung der Zahl der Überlebenden der Egalität des Rechts auf Leben mehr gerecht werden, als ein anderes System, da andernfalls auf die Rettung von Patienten bewusst verzichtet werde.⁸¹ Diese Argumentation würdigt aber das Individuum wieder zu einem Objekt in einem effizienzbasierten Modus herab, welches nur als Faktor in der Gesamtrechnung relevant wird. Die Vorstellung, es würde durch die Rettung eines Patienten mit hoher Dringlichkeitsstufe bewusst auf die Rettung anderer verzichtet, ist im Übrigen eine Fiktion. Zum einen verkennt sie die Prognoseunsicherheiten der

Erfolgsaussicht,⁸² zum anderen zeichnet sie sich durch eine inflationäre Verwendung des Begriffs „Rettung“ aus, da eine solche im Wortsinn gar nicht vorliegt, wenn ein Organempfänger einen niedrigen Dringlichkeitsstatus hat. „Gerettet“ wird dagegen der, der akut in der Gefahr ist, zu sterben oder einen schweren irreparablen Gesundheitsschaden zu erleiden.

Junghanns begründet die Forderung nach der Effizienzmaximierung, ebenso wie Dannecker und Streng,⁸³ damit, dass in einer Situation, in der ohnehin nicht alle gerettet werden können, zwangsläufig eine Abwägung getroffen werden müsse. Dem ist aber mit Bader entgegenzuhalten, dass eine solche gerade nicht prinzipiell vom Grundsatz der Lebenswertindifferenz ausgeschlossen ist. Vielmehr existieren andere Kriterien, wie Dringlichkeit und Chancengleichheit, welche keine unterschiedliche Bewertung von Leben vornehmen und zur Abwägung herangezogen werden können.⁸⁴

bb) Reduktion des Erfolgskriteriums auf ein Minimum

Somit bleibt lediglich die erstgenannte Ansicht, welche die Priorisierung von Patienten nach der Erfolgsaussicht im Wesentlichen ablehnt. Hinsichtlich der Frage, ob dem Kriterium der Erfolgsaussicht noch eine subsidiäre Rolle zugestehen ist, ist dabei Bader zu folgen, der nur das Abstellen auf eine grundsätzliche Eignung für zulässig hält.⁸⁵ Diese steht nicht im Widerspruch zum derivativen Teilhabeanspruch, da schon keine wesentlich gleichen Personengruppen vorliegen. Schließlich ist eine Transplantation an völlig ungeeignete Patienten für diese sinnlos. Zudem ist die Eignung als Eingangskriterium gerade geboten, da sie erst die Voraussetzung für den Anspruch auf Teilnahme an einem bestimmten Allokationsverfahren bildet.⁸⁶

cc) Ergebnis

In einer nach der Erfolgsaussicht ausgerichteten Allokation liegt demnach ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Prinzip der Lebenswertindifferenz und eine Verletzung des Rechts der Patienten auf gleichberechtigte Teilhabe am Allokationsverfahren. Die Erfolgsaussicht kann daher kein Allokationskriterium sein, sofern man ihr einen Wert jenseits des Eingangskriteriums der Eignung zumisst. Für die Unterscheidung bietet sich eine Aufteilung in akzept-

⁷⁸ Dannecker/Streng, JZ 2012, 444 (446).

⁷⁹ Insoweit kongruent: Junghanns, Verteilungsgerechtigkeit, S. 58.

⁸⁰ BVerfG NJW 1975, 573 (580).

⁸¹ Dannecker/Streng, JZ 2012, 444 (449).

⁸² Zur Unsicherheit von Prognosen des Transplantationserfolgs siehe u. a. Feuerstein, in: Höfling (Hrsg.), TPG (1. Aufl.), Anhang 2 zu § 16 Rn. 5.

⁸³ Dannecker/Streng, JZ 2012, 444 (447), die Autoren verwenden dabei a. a. O. auch den Grundsatz „impossibilium nulla obligatio est“ vor dem Hintergrund der Unmöglichkeit, alle Patienten zu retten.

⁸⁴ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 346.

⁸⁵ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 344; Zur Unterscheidung zwischen minimalen, akzeptablen und optimalen Erfolgsaussichten s. Lachmann/Meuter, Medizinische Gerechtigkeit, S. 68/69.

⁸⁶ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 334/335.

blen bis optimalen Erfolg (Erfolgsaussicht) und minimalen Erfolg (Eignung) an.⁸⁷ Eine genaue Grenzziehung mag schwierig sein und bedarf sicher Unterstützung durch die medizinische Wissenschaft.

VI. Schlussbemerkung

Nichtsdestotrotz wird sich die unbefriedigende Situation, nicht allen Patienten ein Organ zur Verfügung stellen zu können, in naher Zukunft nicht auflösen lassen. Bei allen Bestrebungen, ein möglichst gerechtes Verteilungssystem zu etablieren, kann nicht außer Acht bleiben, dass der Gerechtigkeit in einer Situation wie dieser nicht immer zur Zufriedenheit aller Genüge getan werden kann.⁸⁸ Es gilt daher, sich auf die Mindestanforderungen zu beschränken, welche die Vorschriften der Verfassung darstellen. Dies ist der Beitrag, den die Rechtswissenschaft zu dem Thema leisten kann.

⁸⁷ Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 324.

⁸⁸ Im Kern auch anerkannt von Lachmann/Meuter, Medizinische Gerechtigkeit, S. 121, wenngleich die Autoren die Tragik von Allokationsentscheidungen nicht in ausreichendem Maße anerkennen.