

AUSGABE 4/2018

S. 114 - 143

13. Jahrgang

### Inhalt

#### SONDERAUSGABE ZUM GEDÄCHTNIS AN PROF. DR. KNUT AMELUNG

##### *Vorbemerkung und Einführung zur aktuellen Ausgabe*

##### **Vorwort zur ZIS-Sonderausgabe zum Gedächtnis an Prof. Dr. Knut Amelung**

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn 114

##### *Strafrecht*

##### **Überlegungen zum Verhältnis von Zweck und Funktion im Strafrecht**

Von PD Dr. Stephan Ast, Köln 115

##### **Das Rechtsgut der Auslandsbestechung (§ 335a StGB)**

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn 119

##### **Sinn und Grenzen (straf-)gesetzlicher Steuerung im Arztrecht am Beispiel der Organ-Allokation**

Von Prof. Dr. Detlev Sternberg-Lieben, Dresden 130

### Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

### Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo-Sondertribunal, Den Haag

International Advisory Board

### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiterin Diana Karakaplan

Wiss. Mitarbeiter Kevin Kloska

### Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

### Internetauftritt

René Grellert

### ISSN

1863-6470

# Vorwort zur ZIS-Sonderausgabe zum Gedächtnis an Prof. Dr. Knut Amelung

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

Am 2.2.2018 fand in Dresden ein wissenschaftliches Symposium zum Gedächtnis an den am 26.1.2016 verstorbenen Strafrechtswissenschaftler und Strafrechtslehrer *Knut Amelung* statt, zu dem sein langjähriger Dresdener Kollege *Detlev Sternberg-Lieben* und der *Verfasser* eingeladen hatten, um zusammen mit Kollegen, Weggefährten, Schülern und Freunden der Person und des wissenschaftlichen Werkes von *Knut Amelung* zu gedenken. Diese Sonderausgabe der ZIS enthält die ausgearbeitete Fassung von drei Vorträgen, die auf dem Symposium gehalten wurden. Ein weiterer Vortrag wurde von *Knut Amelungs* akademischem Lehrer *Claus Roxin* gehalten, der sich nach einleitenden Gedenkworten über seinen Schüler mit dessen Position zum Ausschluss der objektiven Zurechnung bei freiwilliger Selbstgefährdung auseinandersetzte.

In den an dieser Stelle veröffentlichten Beiträgen greift *Stephan Ast* mit seinem Thema „Überlegungen zum Verhältnis von Zweck und Funktion im Strafrecht“ die für das Werk von *Knut Amelung* charakteristische Verknüpfung von Soziologie, insbesondere der Systemtheorie, und Strafrechtsdogmatik auf, und geht der Unterscheidung von Normfunktion und Normzweck am Beispiel der Strafzwecklehre nach. Der Beitrag des *Verfassers* über „Das Rechtsgut der Auslandsbestechung (§ 335a StGB)“ nimmt die jüngst vom Gesetzgeber vorgenommene Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Bestechung und Bestechlichkeit (§§ 332, 334 StGB) auf ausländische Amtsträger zum Anlass, die Legitimation der Strafvorschriften gegen die Inlands- und Auslands-korruption auf der Grundlage von *Knut Amelungs* Sozialschadenslehre zu diskutieren, die dieser in kritischer Auseinandersetzung mit der Rechtsgutstheorie entwickelt hat. Für das Medizinstrafrecht fragt *Detlev Sternberg-Lieben* auch aus systemtheoretischer Perspektive nach „Sinn und Grenzen (straf-)gesetzlicher Steuerung im Arztrecht am Beispiel der Organ-Allokation“ und stellt eine gesetzliche Regelung zur Diskussion, die nicht mehr auf die (begrenzte) Steuerungsfähigkeit des materiellen Rechts setzt, sondern über das Konzept der staatlich regulierten Selbstregulierung Elemente der prozeduralen Gerechtigkeit einführt.

Person und Werk von *Knut Amelung* sind bereits an anderer Stelle gewürdigt worden.<sup>1</sup> Die Auswahl der auf dem Symposium behandelten Themen erhebt nicht den Anspruch, die Breite seines wissenschaftlichen Werkes auch nur ansatzweise abzudecken, dessen Vielfalt und Reichtum sich in den Beiträgen zu der ihm zum 70. Geburtstag gewidmeten Festschrift<sup>2</sup> widerspiegeln. Die Autoren der nachstehenden Beiträge danken den Herausgebern der ZIS, insbesondere *Thomas Rotsch*, dafür, dass sie diese Sonderausgabe der ZIS zum Gedächtnis an *Knut Amelung* ermöglicht haben, den wir als herausragenden Wissenschaftler, aber auch und vor allem

als akademischen Lehrer und Kollegen in dankbarer Erinnerung behalten werden.

---

<sup>1</sup> Böse, GA 2016, 377.

<sup>2</sup> Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009.

# Überlegungen zum Verhältnis von Zweck und Funktion im Strafrecht

Von PD Dr. **Stephan Ast**, Köln

1. Da sich das Recht auf gesellschaftliche Phänomene bezieht und selbst ein Bestandteil der Gesellschaft ist, liegt es nahe, dass die Rechtswissenschaft soziologische Theorien für die eigene Theoriebildung, aber auch für die Auslegung und Systematisierung des Rechts nutzbar macht. Dieses Unternehmen steht vor dem methodologischen Problem, wie sich funktionalistische und teleologische Annahmen zueinander verhalten. Der Soziologe geht von der Gesellschaft aus, der Rechtswissenschaftler von der Perspektive des Normanwenders. Wo der Soziologe gesellschaftliche Funktionen sieht, sieht der Jurist Zwecke. Trifft er auf überlieferte Normen und Institutionen wie die Strafe, muss er begründen, welchen Zweck man vernünftigerweise mit ihnen verknüpfen kann, wenn man das Recht auslegt und anwendet. Es drängt sich auf, dass derartige „objektive“ Zwecke mit Funktionen im Sinne der Soziologie eng verwandt sind. Inwiefern aber ist ein Schluss von einer Funktion auf einen juristisch relevanten Zweck möglich? Um diese Frage zu beantworten, muss das Verhältnis dieser beiden Beobachtungsweisen geklärt werden. Zunächst wird der Begriff des Zwecks erörtert, um anschließend Ähnlichkeiten und Unterschiede zum Begriff der Funktion aufzuzeigen. Abschließend wird gezeigt, dass die Strafzwecktheorie ein charakteristisches Beispiel für die Verknüpfung von funktionaler und teleologischer Betrachtung ist.

2. Die Fragestellung dieser Überlegungen geht auf *Knut Amelung* zurück.<sup>1</sup> Ihm zum Gedenken ist dieser Beitrag gewidmet.

Für das Werk *Amelungs* sind zwei Aspekte kennzeichnend: Der Brückenschlag zum öffentlichen Recht und zur Soziologie. Ersteres zeigt sich vor allem an den Beiträgen zum Prozessrecht, letzteres in denen zum materiellen Strafrecht, zentral in seiner Dissertation über „Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft“.

Dieses Buch war wirkungsmächtig. Jedoch wird es vor allem als dogmengeschichtliche Darstellung geschätzt. Sein Hauptanliegen war es indessen, eine soziologisch fundierte Alternative zur Rechtsgutslehre anzubieten – eine Lehre vom Sozialschaden. Gerade darin hatte es aber keinen Erfolg. Deshalb hat *Amelung* bis zuletzt ungeachtet reduzierter Möglichkeiten versucht, diesen für ihn so wichtigen Ansatz in der Wissenschaft zur Diskussion zu stellen. Auch darin war ihm kein Erfolg vergönnt. Sein untergegangener Redebeitrag auf der Augsburger Strafrechtslehrrtagung hat dies symbolisch gezeigt.

Da wir nun nicht mehr mit ihm diskutieren können, müssen wir an seiner Stelle versuchen weiterzudenken. Denn hier wurde nicht ein zeitgebundener, sondern ein zukunftsweisender Ansatz entwickelt. Dass er relativ erfolglos blieb, sagt weniger über ihn als über die Strafrechtswissenschaft aus. Eine gewisse Theorieängstlichkeit ist nicht zu leugnen, sofern das ureigene Feld der Begründung normativer Urteile verlassen und der Boden einer deskriptiven Wissenschaft betreten

<sup>1</sup> *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 370 ff.

werden müsste. Lieber bleibt man bei der subjektzentrierten Philosophie der Freiheit und somit in ihrerseits rein normativen Begründungszusammenhängen. Diese versuchen, die Begründung von Verhaltensnormen und Strafe auf die Vernunft von Einzelsubjekten zurückzuführen – bestraft wird, was der Vernunft zuwiderläuft. Es handelt sich von vornherein um Legitimations-, nicht um deskriptive Theorien. Ein Ansatz zur empirischen Erklärung der Entstehung dieser gesellschaftlichen Phänomene lässt sich hieraus nicht entwickeln. Die Gesellschaft ist keine Erfindung eines vernünftigen Subjekts.<sup>2</sup>

Demgegenüber versuchen der soziologische Funktionalismus und die Systemtheorie, Systeme von Handlungen bzw. Kommunikationen mit ihren Strukturen zu beschreiben und letztere aus ihrer Funktion heraus zu erklären. Auch die strafrechtlichen Verhaltens- und Sanktionsnormen sind Strukturelemente der Gesellschaft, die in dieser bestimmte Funktionen erfüllen.

3. An diesen funktionalistischen Ansatz hat *Amelung* angeknüpft. Wichtige strafrechtliche Normen wie die eigentumschützenden Normen sind Bedingungen der Möglichkeit, dass sich gesellschaftliche Funktionssysteme wie das der Wirtschaft überhaupt ausdifferenzieren können. Diese Perspektive auf die Ermöglichung kommt in der Rechtsgutslehre nicht richtig in den Blick, da diese auf die Erhaltung von schon gegebenen Zuständen oder eines bereits als funktionierend vorausgesetzten Systems fokussiert ist.

Die funktionale Analyse zeigt aber auch, dass Normen sich auf die Aufrechterhaltung von gesellschaftlichen Differenzierungsformen beziehen können. In der modernen Gesellschaft ist die Differenzierung in funktionspezifische Teilbereiche wie Politik, Recht, Wirtschaft etc. vorherrschend, die je eigene Strukturen aufweisen und eigenen Gesetzmäßigkeiten unterworfen sind. Entdifferenzierend wirkt dann die der Eigengesetzlichkeit widersprechende Einflussnahme. Dysfunktional ist zum Beispiel, der Kauf von staatlichen Entscheidungen oder Ämtern.<sup>3</sup> Umgekehrt wird die staatliche Einflussnahme auf die Wirtschaft, Wissenschaft etc. durch die Grundrechte reglementiert.<sup>4</sup>

Die funktionale Analyse kann aber nicht nur auf einzelne generelle Normen, sondern auch auf sonstige soziale Tatsachen angewendet werden. Deren Begriff und theoretische Analyse müssen dann von ihrer Funktion ausgehen. *Amelung* hat dies für die Ehre gezeigt.<sup>5</sup> Auch der für das Strafrecht zentrale Begriff der Handlung ist am besten durch die Funktion zu erfassen, welche die Identifikation von Handlungen

<sup>2</sup> Zur Kritik der Lehre vom Gesellschaftsvertrag *Jakobs*, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 37 (40 ff.).

<sup>3</sup> Vgl. den Beitrag von Böse in dieser Ausgabe der ZIS (*Böse*, ZIS 2018, 119).

<sup>4</sup> *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl. 1999, S. 23 ff.

<sup>5</sup> *Amelung*, Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung, 2002, S. 23 ff.

im sozialen Zusammenhang hat.<sup>6</sup> Während die funktionalistische Erklärung von Normen und anderen sozialen Tatsachen der Strafrechtslehre eher fremd blieb,<sup>7</sup> hat mit Blick auf die Strafsanktion eine funktionalistisch begründete Annahme breite Anerkennung gefunden: Die Lehre von der positiven Generalprävention. Zweck der Strafe ist demnach, Verbrechen dadurch vorzubeugen, dass sie die Geltung der Norm bestätigt und die Norm dadurch stabilisiert. Dass die Strafe hierzu dient, ist indes zunächst eine soziologische These über deren Funktion.

4. Wie ist es möglich, dass man Funktionen als Zwecke übernimmt, und was ist dabei vorausgesetzt? Dass dies möglich ist, folgt daraus, dass Zwecke und Funktionen wesentliche Ähnlichkeiten aufweisen. Was vorausgesetzt ist, folgt aus ihren Unterschieden.

Der Begriff des Zwecks bezieht sich auf Handlungen, der der Funktion auf ein System von Handlungen, Kommunikationen oder sonstigen Elementen.<sup>8</sup> Der Zweck hat diesen Bezug auf Handlungen auch dann, wenn es etwa um den Zweck einer generellen Norm geht. Der Zweck der Norm ist der Zweck, den der Normwender seinen Entscheidungen zugrunde legt. Er kann dabei im Rahmen der subjektiv-teleologischen Auslegung den Zweck übernehmen, den der Normgeber verfolgt hat, als er bestimmte Handlungen verboten oder geboten hat. Der Normwender kann der Auslegung aber auch einen Zweck zugrunde legen, den er zum Zeitpunkt der Anwendung für vernünftig hält. Dann spricht man von einer objektiv-teleologischen Auslegung.<sup>9</sup>

Redet man vom Zweck der Norm, ist dies also eine Ableitung aus Handlungszwecken des Normsetzers oder -anwenders. Im Fall einer Funktion verhält es sich genau umgekehrt. Sofern einer Einzelhandlung eine gesellschaftliche Funktion zugewiesen werden kann, ist das nur deshalb möglich, weil diese Handlung an einem entsprechenden (gesellschaftlichen) Handlungszusammenhang teilhat oder weil sich in ihr eine Struktur aktualisiert, die eine für diesen Handlungszusammenhang spezifische Funktion aufweist. Ein Beispiel: Ein einzelnes Strafurteil hat an der Funktion der Aufrechterhaltung der Normgeltung Anteil, es aktualisiert die Funktion im Einzelfall, setzt sie aber nicht selbst (im Gegensatz zum Zweck). Das einzelne Strafurteil kann dabei nur vermittelt über den systemischen Zusammenhang mit anderen Strafurteilen der Aufrechterhaltung einer generellen Norm dienen.

5. Gemeinsam ist den Kategorien Zweck und Funktion, dass sie nicht normativ, sondern beschreibend verwendet werden. Die Frage, ob ein Zweck legitim ist, also verfolgt werden soll, ist von der Frage zu unterscheiden, ob ein Zweck tatsächlich verfolgt wird. Stellt man den Zweck einer

Handlung fest, beschreibt man lediglich den Zweck, den der Handelnde selbst mit seiner Handlung verfolgt.

Der Zweck ist dabei etwas dem Begriff der jeweiligen Handlung Äußerliches: Der Zweck der Handlung, auf jemanden zu schießen, ist es, ihn zu töten.<sup>10</sup> Der Zweck des Tötens wiederum ist nicht das Töten, sondern etwa die Beseitigung eines Mitwissers oder das Erlangen einer Erbschaft. Der Zweck einer Handlung ist demnach für ihren Begriff nicht wesentlich.

Allerdings kann eine Einzelhandlung einen internen Zweck haben. Das Töten kann dadurch verwirklicht werden, dass der Handelnde den Zweck verfolgt zu töten. Wie gezeigt, geschieht das aber durch eine weitere, auf den Tod eines anderen gerichtete Handlung (z.B. das Abfeuern einer Waffe). Diese Handlung kann man als Ausführungshandlung der Tötungshandlung bezeichnen.

Auch dieser inhärente Zweckbezug ist aber für den Begriff des Tötens nicht wesentlich. Wir sprechen auch dann von einem Töten, wenn der Handelnde den Tod der Person nicht beabsichtigt bzw. bezweckt, sondern lediglich wissentlich oder eventualvorsätzlich in Kauf genommen hat.

Zweck und Handlung sind somit weniger eng miteinander verbunden, als man annehmen könnte. Eine Handlung muss weder einen externen Zweck verfolgen, um Handlung zu sein, noch ist handlungsintern eine Zwecksetzung im Hinblick auf das Handlungsergebnis erforderlich.

6. Funktionen und Zwecke sind einander ähnlich, weil sie den oder zumindest einen Grund für die Existenz eines Elements bzw. einer Handlung benennen. Die Gemeinsamkeit zwischen der Feststellung des Zwecks einer Handlung und der Funktion eines Elements ist die Annahme, dass diese Handlung oder jenes Element im Hinblick auf eine bestimmte Wirkung existiert. Die Wirkung eines Elements wird dadurch in gewisser Weise zu dessen Ursache: Weil ein Element – im Fall der Funktion – etwas bewirkt oder eine Handlung – im Fall des Zwecks – bewirken soll, existiert jenes Element bzw. jene Handlung. Diese charakteristische Umkehrung der Ursache-Wirkungs-Relation hat bereits *Aristoteles* beschrieben. Er hat die *causa efficiens* – die Wirkursache – der *causa finalis* – der Zweckursache – gegenübergestellt.<sup>11</sup>

Die *causa finalis* setzt dabei eine Ursache-Wirkungsbeziehung im Sinne einer *causa efficiens* voraus – im Fall des Zwecks als eine projizierte und im Fall der Funktion als eine bereits bewährte. Die Handlung, die Mittel zu einem Zweck ist, soll nach dem Willen des Handelnden eine bestimmte Wirkung verursachen. Ob sie diese Wirkung im Folgenden tatsächlich verursacht, ist für die Erklärung aus dem Zweck gleichgültig.

Die Determination des Früheren durch das Spätere setzt somit voraus, dass das Spätere bereits im Früheren seiner Art nach repräsentiert ist. Diese Repräsentation des Späteren im Früheren ist im Fall der Zwecksetzung die Antizipation der

<sup>6</sup> Ast, *Handlung und Zurechnung*, 2018, im Erscheinen.

<sup>7</sup> Dezidiert ablehnend z.B. *Armin Kaufmann*, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, S. 279 (292 f.).

<sup>8</sup> *Luhmann*, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 6. Aufl. 1999, S. 7, 10 ff. et passim. Vgl. hierzu *Obermeier*, *Zweck – Funktion – System*, *Kritisch konstruktive Untersuchungen zu Niklas Luhmanns Theoriekonzeptionen*, 1988.

<sup>9</sup> *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, § 79.

<sup>10</sup> Im Sinne von *Anscombe* (*Absicht*, 1986, §§ 22 ff., 34 ff.) geht es hier um die Absicht, *mit welcher* eine Handlung vorgenommen wird (im Unterschied zum Begriff der absichtlichen Handlung).

<sup>11</sup> *Aristoteles*, *Physik*, 2. Buch 3. Kapitel.

Wirkung durch den Handelnden. Im Fall der Funktion ist es die evolutionäre Selektion und Stabilisierung einer Art von Elementen aufgrund ihrer bereits bestätigten Wirkung. Wenn ein Element seiner Art nach aufgrund seiner möglichen Wirkung gewählt wird, verweist dies also auf eine Geschichte – sei es des Systems oder der zwecksetzenden Person. In beiden Fällen ist also eine gewisse Wahlfreiheit, Erfahrung, Gedächtnis, Selbstbeobachtung vorausgesetzt.

Die Unterscheidung beider Ursachenarten in dieser Weise leugnet natürlich nicht, dass empirisch im Einzelfall eine Wirkung (im Sinne der *causa efficiens*) immer nur auf die Ursache folgen und ihr als solche nicht vorausgehen kann. Nur in dem erörterten Sinn verursacht im Fall von Zweck und Funktion das Spätere das Frühere. Die *causa finalis* setzt dabei zwar eine *causa efficiens* voraus, ist aber selbst nicht ein Fall dieser, sondern steht gleichberechtigt und von eigener Art neben ihr. Ein Element, das eine *causa finalis* aufweist, kann hinreichend nur unter Angabe dieser *causa* erklärt werden. Eine Erklärung aus der *causa finalis* kann nicht auf eine *causa efficiens* reduziert werden: Im Fall der Funktion kann der evolutionäre Prozess, der zur Stabilisierung des funktionalen Elements geführt hat, nicht im herkömmlichen Sinn als eine Wirkursache aufgefasst werden. Ebenso wäre die Rede davon unangemessen, dass eine Zwecksetzung eine zur Zweckerreichung geeignete Handlung im Sinn einer *causa efficiens* verursacht. Wir fassen nicht den Zweck bzw. die Zwecksetzung allein, sondern höchstens die zwecksetzende Person als Ursache – oder besser Urheber – ihrer Handlungen auf. Eine Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der *causa efficiens* führt hier also letztlich nur in die Trivialität, dass die Existenz der in ihren Handlungen freien Person eben ihre Zwecksetzungen und Handlungen bedingt.<sup>12</sup>

Somit erklären sowohl der Zweck als auch die Funktion die Existenz eines Elements, ohne dass sie eine diesem Element zeitlich vorhergehende Wirkursache sind.

7. Zweck und Funktion unterscheiden sich darin, dass die Funktion eine Wirkung angibt, die ein Element tatsächlich hat oder zumindest einmal hatte. Der Zweck hingegen gibt eine Wirkung an, die eine Handlung, aus der Sicht eines zwecksetzenden Subjekts haben *soll*.<sup>13</sup> Die interne Perspektive eines Zwecks ist quasi normativ, auf Weltgestaltung ausgerichtet. Daher ist der Zweck an ein Subjekt gebunden, das zu derartigen gestaltenden Urteilen in der Lage ist. Dagegen können Funktionen subjektlos gedacht werden – etwa in Bezug auf ein Sozialsystem oder auch biologische Systeme.

Aus diesem Grund setzt die Annahme einer Funktion Wiederholung und Reproduktion und somit eine gewisse Stabilisierung und Gleichförmigkeit voraus, während die Zwecksetzung spontan und kreativ sein kann. Eine zweckbedingte Handlung kann auch experimentell und versuchsweise gewählt sein.

8. Dieser Unterschied hat Konsequenzen für die Möglichkeit, eine Funktion als Zweck zu übernehmen. Zweck und

Funktion können in einer Einzelhandlung oder in einer Menge von gleichartigen Einzelhandlungen konvergieren, sofern funktionale Elemente durch Einzelhandlungen aktualisiert werden.

Ein funktionales Element ist aber einer Zwecksetzung nur begrenzt zugänglich, weil es für das zwecksetzende Subjekt als solches in der Regel nicht disponibel ist. So könnte selbst der Gesetzgeber das Strafrecht als Ganzes kaum abschaffen, weil dies die Struktur der gesamten Gesellschaft in Frage stellen würde und die Abschaffung in ihren Folgen in keiner Weise beherrschbar wäre. Daher ist die Erklärung von Elementen, die sich im Laufe der Evolution aufgrund ihrer Funktion etabliert haben, aus Zwecksetzungen defizitär.

Die rechtswissenschaftliche Diskussion um die Strafzwecke bemüht sich daher auch nicht um eine solche Erklärung der Strafe, sondern betrifft die Frage, welche Zwecke mit der Bestrafung legitimer Weise verfolgt, aus der Perspektive der Rechtsanwender übernommen und der Auslegung der Strafgesetze zugrunde gelegt werden können.

Die Übernahme einer Funktion als Zweck setzt bereits aufgrund der dem Zweck innewohnenden Normativität eine positive Bewertung des zu erreichenden Erfolgs voraus. Schon deshalb können Funktionsannahmen nicht unbesehen in Zweckannahmen transformiert werden. Eine funktionale Erklärung hat zunächst rein deskriptiven Charakter. Sie tritt mit Wahrheitsanspruch auf, enthält aber keine Bewertung. Für die Übernahme einer Funktionsbehauptung als Zweckannahme ist es daher zusätzlich erforderlich, dass die relevante Wirkung des funktionalen Elements als positiv und so sein sollend bewertet wird. Ein naturalistischer Fehlschluss im Sinne *Humes* ist nicht gegeben, sofern die Wertungsprämisse transparent gemacht wird.<sup>14</sup>

9. In Bezug auf Elemente, die durch ihre Funktion zu erklären sind, richten sich aber auch die Zweckannahmen auf diese Funktionen. Das beweist die Strafzwecklehre. Sie zeigt zugleich, dass ein einzelnes funktionales Element wie die Strafe mehrere Funktionen erfüllen kann, ebenso wie eine Handlung mehreren Zwecken dienlich sein kann.

Im Hinblick auf die Frage, welche Funktionen der Strafe als deren Zwecke normativ relevant sind, stehen sich dann monistische und pluralistische Ansätze gegenüber. Monistisch argumentieren vor allem Autoren, die aus der Straftheorie weitreichende Folgerungen für die Auslegung des Strafgesetzes und das Straftatsystem ableiten.<sup>15</sup>

Die Theorie von der positiven Generalprävention stützt sich auf einen basalen Mechanismus jeder normativen Erwartungsbildung. Handelt eine Person der Erwartung einer anderen zuwider, stellt das die Berechtigung der Erwartung in Frage. Die Bestrafung drückt demgegenüber aus, dass nicht

<sup>14</sup> So bei *Amelung* (Fn. 1), S. 369 f.

<sup>15</sup> Im Sinne der positiven Generalprävention: *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 1/4 ff., 14 ff.; *ders.*, Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck, 2004, S. 24 ff. Im Sinne der negativen Generalprävention: *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, 2009, S. 354 ff., 420 ff.

<sup>12</sup> Vgl. *Welzel*, ZStW 51 (1931), 703 (718): Das intendierende Subjekt bestimmt „sein Ursächlichwerden selbst nach dem Sinngehalt der möglichen intendierten Gegenstände“.

<sup>13</sup> *Luhmann* (Fn. 8), S. 43 ff., 155.

die Erwartung etwa des Verletzten falsch war, sondern das Handeln des Täters.<sup>16</sup> Sie sichert somit bei generellen Normen das Fortbestehen der Norm und des korrespondierenden Normvertrauens.<sup>17</sup>

Aber auch die Theorie von der negativen Generalprävention zielt auf einen Aspekt der Strafe, der einer funktionalistischen Deutung entspricht. In einem staatlichen Strafrecht sind Strafgesetze mit ihrer Sanktionsdrohung geradezu mustergültige Kommunikationen im Medium der Macht. Diese ist nach *Parsons* und *Luhmann* ein symbolisch generalisiertes Kommunikationsmedium.<sup>18</sup> Die Funktion derartiger Medien ist es, die Annahmewahrscheinlichkeit von Kommunikationen zu erhöhen. Derjenige, dem eine Handlung im Medium der Macht befohlen wird, wird diesem Befehl eher Genüge tun und ihn somit annehmen, als wenn ihm die Handlung bloß empfohlen würde. Macht gründet dabei immer auf eine Drohung mit negativen Sanktionen, insbesondere der Gewalt als Vermeidungsalternative. Sie ist dabei nur erfolgreich, wenn die Drohung nicht verwirklicht wird. Die Straftat fordert daher die staatliche Macht heraus. Das Medium der Macht hat versagt. Daher muss die hinter dem Medium stehende Drohung bestätigt werden.

Diese machtbezogene Erwägung erscheint heute vielleicht veraltet, weil die Macht im Staat nicht mehr so stark symbolisch repräsentiert und eher entpersonalisiert durch eine Verwahrung ausgeübt wird. Dass die Straftat aber die staatliche Macht herausfordert, wird daran deutlich, dass eine Häufung von Straftaten in der öffentlichen Diskussion auch als Schwäche des Staates wahrgenommen wird. Von einem Machthaber wird erwartet, dass die Macht wirksam sei.

10. Gefahren für die Normgeltung und die Macht setzen gewisse Häufungseffekte voraus. Eine einzelne Tat kann die Geltung einer Rechtsnorm kaum ernsthaft in Frage stellen. Nur wenn die Strafverfolgung gar nicht mehr oder partiell eingeschränkt würde, könnte es zu einer Erosion einer generellen Norm kommen. Die Geltungsbestätigung erscheint deshalb im Einzelfall durchaus verzichtbar. Ähnliches gilt für das Funktionieren der Macht. Je mehr ein funktionaler Effekt generalisiert ist, desto unwichtiger wird der Einzelfall, desto mehr kommt es etwa auf das System der Strafverfolgung an.

Daraus folgt für das Strafrecht, dass die auf diese Effekte gestützte Straflagitimation im Einzelfall relativ schwach ist. Es gibt aber eine ergänzende Annahme, die diese Legitimationsprobleme überwinden kann:

Die Ausübung der Strafe ist nicht nur dem Staat, sondern spezifisch dem Recht zugewiesen – und zwar nicht nur in der Kontrollfunktion staatlichen Handelns, sondern als originäre Aufgabe. Mit dieser Zuordnung der Bestrafung an das Rechtssystem ist der Anspruch verbunden, eine gerechte Strafanwendung zu verwirklichen. Wenn es aus den genann-

ten Gründen nicht möglich ist, auf Strafe insgesamt zu verzichten, dürfen die Auswahl der zu Bestrafenden und die Strafhöhe zumindest nicht willkürlich sein.

Die Gerechtigkeit, also der Anspruch, gleiche Fälle gleich zu behandeln, ist auch in soziologischer Sicht ein wesentliches Strukturelement des Rechtssystems. Sie ist nach *Luhmann* dessen Kontingenzformel.<sup>19</sup> Zugleich handelt es sich um einen Zweck, den der Rechtsanwender auch tatsächlich erreichen kann, während er die vorgenannten Funktionen und Zwecke allenfalls als Fernziele seines Handelns auffassen kann, welche er allein nicht wird erreichen können. Dass die Gerechtigkeit zugleich eine Erwartung an das Rechtssystem ist, hat *Armin Kaufmann* in der Frage formuliert: „Wer wollte entscheiden, was überwiegt: der schlechte Eindruck, den eine Straftat macht, oder der schlechte Eindruck, den es macht, sie straflos zu lassen?“<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> *Luhmann*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 1987, S. 53 ff.

<sup>17</sup> Vgl. auch *Amelung*, in: *Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 3.

<sup>18</sup> *Luhmann*, *Macht*, 2. Aufl. 1988, S. 4 ff.; *ders.*, *Die Politik der Gesellschaft*, S. 45 ff.

---

<sup>19</sup> *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 217 ff., 223 ff.

<sup>20</sup> *Armin Kaufmann* (Fn. 7), S. 263 (275).

# Das Rechtsgut der Auslandsbestechung (§ 335a StGB)

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

Mit § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB wird der Anwendungsbereich der Bestechlichkeit (§ 332 StGB) und der Bestechung (§ 334 StGB) auf Bedienstete eines ausländischen Staates erstreckt. Im Schrifttum ist diese Ausdehnung auf heftige Kritik gestoßen, die mit diesem Beitrag auf ihre Tragfähigkeit untersucht werden soll. In einem ersten Schritt werden dazu die Grundlagen für die Legitimation der Strafvorschriften gegen die Korruption deutscher Amtsträger kritisch analysiert, um anschließend in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob und inwieweit eine Kriminalisierung der Auslands-korruption legitimiert werden kann. Ausgangspunkt sind dabei die von *Knut Amelung* entwickelten Ansätze zu einer Theorie der Sozialschädlichkeit, die er in kritischer Auseinandersetzung mit der Rechtsgutslehre entwickelt hat.

## I. Einleitung

„La loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société.“ – „Das Gesetz hat nur das Recht, Handlungen zu verbieten, die der Gesellschaft schädlich sind.“<sup>1</sup> Mit diesem Zitat aus der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte der französischen Nationalversammlung aus dem Jahr 1789 beginnt der Entwurf zu einem Aufsatz mit dem Arbeitstitel „Rechtsgüterschutz und strafbare Bestechung“<sup>2</sup>, an dem *Knut Amelung* bis wenige Wochen vor seinem Tod gearbeitet hat, den er aber nicht mehr vollenden konnte. Mit dem Titel schlägt er einen großen Bogen zu den Anfängen seines wissenschaftlichen Lebenswerkes, nämlich seiner im Jahr 1972 veröffentlichten Dissertation über „Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft“.<sup>3</sup> Diese Arbeit hat die Diskussion der Rechtsgutslehre bis heute maßgeblich geprägt und den Begriff des Sozialschadens wiederbelebt; eines der zahlreichen Beispiele, mit dem *Amelung* seine Theorie der Sozialschädlichkeit veranschaulicht, ist die Korruption.<sup>4</sup>

An diese Ausführungen möchte der folgende Beitrag zur Legitimation und zum Rechtsgut der Strafvorschriften gegen Auslands-korruption (genauer: der Korruption ausländischer Amtsträger) anknüpfen. Mit dem 2. Korruptionsbekämpfungsgesetz<sup>5</sup> hat der deutsche Gesetzgeber die Bestechung und die Bestechlichkeit des Bediensteten eines ausländischen Staates unter Strafe gestellt, der mit der Wahrnehmung öf-

fentlicher Aufgaben beauftragt ist (§ 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a i.V.m. §§ 332, 334 StGB). Im Schrifttum ist dieser Erweiterung der Korruptionsdelikte die verfassungsrechtliche (oder jedenfalls kriminalpolitische) Legitimation mit der Begründung abgesprochen worden, dass die Integrität des öffentlichen Dienstes ausländischer Staaten, insbesondere von Diktaturen und anderen Unrechtsstaaten, kein schutzwürdiges Rechtsgut sei.<sup>6</sup> Der folgende Beitrag geht dieser Kritik nach und fragt in einem ersten Schritt nach dem Rechtsgut und der Legitimation der Strafvorschriften gegen die Bestechlichkeit und Bestechung deutscher Amtsträger (II.). In einem zweiten Schritt soll dann untersucht werden, welche Folgerungen sich daraus für die Legitimation der Ausdehnung dieser Tatbestände auf Bedienstete ausländischer Staaten ergeben (III.).

## II. Die Korruption inländischer Amtsträger (§§ 332, 334 StGB)

Nach der Rechtsgutslehre sind Strafnormen nur legitim, sofern die mit Strafe bedrohte Handlung geeignet ist, ein Rechtsgut zu verletzen oder zu gefährden; als Kriterium für die Strafbarkeit eines Verhaltens wird dieser systemkritische Rechtsgutsbegriff damit zum Maßstab für die kriminalpolitische und verfassungsrechtliche Legitimation einer Strafnorm.<sup>7</sup> Der Rechtsgutsbegriff wird dabei denkbar weit verstanden, indem er jedes strafrechtlich schutzwürdige menschliche Interesse erfasst.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> *Isfen*, JZ 2016, 228 (233 f.); *Kuhlen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 335a Rn. 11; *Papathanasiou*, wistra 2016, 175 (177); *Schünemann*, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 25 (36); siehe auch *Kubiciel*, a.a.O., S. 45 (53), und *Weigend*, a.a.O., S. 109 (119); siehe ferner die Kritik der Sachverständigen *Gaede* (S. 25 f.) und *Walther* (S. 9 f.) im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens bei der öffentlichen Anhörung vor dem Ausschuss des Bundestages für Recht und Verbraucherschutz am 8.6.2015, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/ausschuesse/ausschuesse18/a06/anhoerungen/Archiv/stellungnahmen/377036> (26.3.2018).

<sup>7</sup> *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 110 ff., 119d; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 7 ff., 86 ff.; *Schünemann*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 3), S. 133; zur Kritik jüngst *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616; *Stuckenberg*, ZStW 129 (2017), 349.

<sup>8</sup> *Hassemer/Neumann* (Fn. 7), Vor § 1 Rn. 144; siehe auch *Roxin* (Fn. 7), § 2 Rn. 7: „alle Gegebenheiten und Zwecksetzungen [...], die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind“; siehe auch die Zusammenstellung weiterer Definitionen bei *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (620). Zu den unterschiedlichen Rechtsgutskonzeptionen,

<sup>1</sup> Art. 5 Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte der französischen Nationalversammlung vom 26.8.1789, abgedruckt bei Franz (Hrsg.), Staatsverfassungen, 2. Aufl. 1964, S. 302 ff.; Übersetzung nach Heidelberg (Hrsg.), Die Menschenrechte, 4. Aufl. 1997, S. 57.

<sup>2</sup> Letzte Version vom 28.12.2015 (10 Seiten), Manuskript liegt Verf. vor.

<sup>3</sup> *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; siehe auch *ders.*, in: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 155.

<sup>4</sup> *Amelung*, (Fn. 3 – Rechtsgüterschutz), S. 349, 380 (in Fn. 131).

<sup>5</sup> Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20.11.2015, BGBl. I 2015, S. 2025.

1. Die Korruption als Straftat ohne Rechtsgut

Nach vorherrschender Auffassung schützen die Korruptionsdelikte mit der Sachlichkeit und Lauterkeit der Amtsführung und dem darauf bezogenen Vertrauen der Bevölkerung die inneren und die äußeren Funktionsbedingungen der öffentlichen Verwaltung.<sup>9</sup>

Mit dem ersten Aspekt (Sachlichkeit und Lauterkeit der Amtsführung) wird auf die Pflichten des Amtsträgers Bezug genommen, gegen die er mit der in der Unrechtsvereinbarung enthaltenen pflichtwidrigen Diensthandlung verstößt: Der Amtsträger ist verpflichtet, die Normen des materiellen Verwaltungsrechts und des Verfahrensrechts zu beachten und sich bei Ermessensentscheidungen nicht von sachfremden Erwägungen (dem versprochenen oder gewährten Vorteil) leiten zu lassen (vgl. § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB).<sup>10</sup> In dieser Lesart erschöpft sich die Rechtsgutsverletzung dann allerdings in der Verletzung einer Norm (der jeweiligen Pflicht des Amtsträgers) bzw. eines normativen Prinzips (der Bindung der Exekutive an Recht und Gesetz), so dass Norm und Rechtsgut als Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes zusammenfallen.<sup>11</sup> Ein eigenständiges Rechtsgut könnte in der

insbesondere den monistischen und dualistischen Lehren: *Hassemer/Neumann* (Fn. 7), Vor § 1 Rn. 128 ff.

<sup>9</sup> Siehe zu den §§ 331 ff. StGB: *BGHSt 15*, 88 (96 f.); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 331 Rn. 2; *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2014, § 331 Rn. 1; *Heine/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 331 Rn. 9; *Korte*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 331 Rn. 8; *Kuhlen* (Fn. 6), § 331 Rn. 10; *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 331 Rn. 7; *Stein/Deiters*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, Vor § 331 Rn. 6 ff. In der neueren Rechtsprechung hat sich die Schutzrichtung von der „Reinheit“ der Amtsführung – so noch *BGHSt 10*, 237 (241) – auf das darauf gerichtete Vertrauen in der Bevölkerung verlagert, siehe *BGHSt 47*, 22 (25); für die erstgenannte Schutzrichtung: *Sowada*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, Vor § 331 Rn. 35 f.

<sup>10</sup> Siehe dazu eingehend *T. Zimmermann*, *Das Unrecht der Korruption*, 2018 (im Erscheinen), S. 153 ff., 159 ff., mit dem Hinweis, dass der Amtsträger, der einen Vorteil (oder ein darauf gerichtetes Versprechen) angenommen hat, wegen Besorgnis der Befangenheit an der Entscheidung nicht mehr mitwirken darf (§ 21 VwVfG) und die gleichwohl getroffene Entscheidung daher formell rechtswidrig ist (a.a.O., S. 168 f.).

<sup>11</sup> *Loos*, in: *Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, 1974, S. 879 (887); siehe bereits *Welzel*, *ZStW 58* (1939), 491 (513, in Fn. 30); ähnlich *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 371 f., wonach als geschütztes Rechtsgut das von der verletzten Norm geschützte Interesse der jeweils benachteiligten Partei anzusehen ist.

Lauterkeit der Amtsführung allenfalls dann gesehen werden, wenn man diese als innere Funktionsbedingung der Verwaltung in dem Sinne versteht, dass mit ihr das „Amtsethos“ (d.h. das Pflichtgefühl als innere Einstellung) der Amtsträger bezeichnet wird, das vor schädlichen Einflüssen geschützt werden soll.<sup>12</sup> Ein solcher strafrechtlicher Schutz von Normbefolgungsmotiven geriete jedoch nicht nur in gefährliche Nähe zu einem Gesinnungsstrafrecht, sondern nähme weiterhin auf das pflichtgemäße Verhalten des Amtsträgers Bezug, um die Strafbarkeit der Korruption zu legitimieren.<sup>13</sup> An die Stelle der Pflichtverletzung selbst tritt die Gefahr, dass es infolge der Untergrabung der „Dienstmoral“ zu pflichtwidrigen Diensthandlungen des Amtsträgers kommt.<sup>14</sup> Mit der Reinheit der Amtsführung als innerer Funktionsbedingung der Verwaltung wird daher nur vordergründig ein eigenständiges Rechtsgut benannt.

Als weitere, äußere Funktionsbedingung der Verwaltung schützen die §§ 332, 334 StGB nach h.M. das Vertrauen der Bevölkerung in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes. Dem liegt die Erwägung zu Grunde, dass eine funktionierende Verwaltung auf eine grundsätzliche Akzeptanz („Fügsamkeit“) der Bürger angewiesen ist, da sie heillos überfordert wäre, wenn jede Entscheidung mit staatlichem Zwang durchgesetzt werden müsste.<sup>15</sup> Da Bezugspunkt dieses Vertrauens wiederum die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns ist, stellt sich die Frage, inwieweit sich dieses von dem Vertrauen in die Geltung anderer Verhaltensnormen unterscheidet, das durch einen Normverstoß erschüttert und mit der Verhängung von Strafe wiederhergestellt bzw. stabilisiert werden soll, denn das Vertrauen ist insoweit nichts anderes als die Kehrseite faktischer Normgeltung und scheidet ebenso wie bei anderen Tatbeständen (z.B. Totschlag, Diebstahl etc.) als spezifisches Rechtsgut aus, über das die jeweilige Strafnorm legitimiert werden könnte.<sup>16</sup>

Ein solcher Unterschied wird zum Teil darin gesehen, dass ein Vertrauensverlust in dem erstgenannten Fall das Rechtsgut (Funktionsfähigkeit der Verwaltung) unmittelbar beeinträchtigt, während andere Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, Eigentum, Sicherheit des Straßenverkehrs) durch ein nachlassendes Vertrauen in die Geltung der jeweiligen Strafnorm nicht berührt oder allenfalls mittelbar gefährdet wür-

<sup>12</sup> *Loos* (Fn. 11), S. 889 (mit Fn. 47), unter Hinweis auf *Welzel*, *ZStW 58* (1939), 491 (513, in Fn. 30).

<sup>13</sup> Siehe auch *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 149 f. (Loyalitätsschutz).

<sup>14</sup> In diesem Sinne *Geerds*, *Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung*, 1961, S. 51 f.

<sup>15</sup> *Loos* (Fn. 11), S. 890; zur Kritik an dieser Schutzrichtung eingehend *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 229 ff.

<sup>16</sup> *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgutstheorie), S. 172; zur Unterscheidung von Primärschaden (Rechtsgutsverletzung bzw. -gefährdung) und Sekundärschaden (Normgeltungsschaden): *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, 1989, S. 132 ff.; *ders.*, *JR 1990*, 520 (522).

den.<sup>17</sup> Die Überzeugungskraft dieser Argumentation steht und fällt jedoch mit der Beschreibung des geschützten Rechtsgutes:<sup>18</sup> Verlagert man beispielsweise die Schutzrichtung der Straßenverkehrsdelikte von der Sicherheit (d.h. dem Fehlen von Gefahren, die von Verkehrsverstößen ausgehen)<sup>19</sup> auf die Funktionsfähigkeit des Straßenverkehrs, so lässt sich mit der gleichen Argumentation auch das Vertrauen der Verkehrsteilnehmer in die Geltung der Verkehrsvorschriften zum konstitutiven Bestandteil dieses Rechtsguts erheben: Mit jedem Verkehrsverstoß erodiert dieses Vertrauen und damit auch die im Wortsinne „steuernde“ Wirkung der Verkehrsregeln, bis der Straßenverkehr schließlich im allgemeinen Chaos versinkt.<sup>20</sup> Ähnliche Folgerungen lassen sich für das Eigentumsrecht ziehen, wenn man nicht auf das individuelle Sacheigentum des jeweiligen Opfers, sondern auf dessen institutionelle Gewährleistung abstellt: Wird privatem Sacheigentum nicht ein Mindestmaß an strafrechtlichem Schutz zuteil, so dürfte dies für das Eigentum als soziale Institution und die darüber vermittelte Freiheit über kurz oder lang kaum folgenlos bleiben.<sup>21</sup> Mit den Worten *Amelungs*: Das Eigentumsrecht vermittelt Handlungschancen, die sich im Windschatten der zur Institution erhobenen Verbotsnorm ergeben.<sup>22</sup> Das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der Amtsführung erweist sich damit nur als eine Variante des allgemeinen Normgeltungsvertrauens, das jedem Straftatbestand zu eigen

ist, und scheidet daher ebenfalls als Rechtsgut und Legitimationsgrundlage der §§ 332, 334 StGB aus.<sup>23</sup>

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten: Folgt man der Rechtsgutsbestimmung der h.M., so lassen sich die §§ 332, 334 StGB bei konsequenter Anwendung der Rechtsgutslehre nicht legitimieren. Im Folgenden soll daher die Prämisse der Rechtsgutslehre hinterfragt werden, dass eine Verhaltensnorm als Gegenstand strafrechtlichen Schutzes ausscheide.<sup>24</sup>

## 2. Die soziale Funktion des Korruptionsverbots

In ihrem Kern beruht die Rechtsgutslehre auf dem Grundsatz, dass Strafgesetze die Freiheit des Bürgers nur insoweit beschränken dürfen, als dies für das friedliche und freiheitliche Zusammenleben der Mitglieder einer Gesellschaft notwendig ist.<sup>25</sup> Sie knüpft damit ausdrücklich an die aufklärerische Tradition und den Begriff des Sozialschadens an, aus dem sie das Prinzip des Rechtsgüterschutzes entwickelt.<sup>26</sup> Auf diese Weise verschiebt sich allerdings die Legitimationsfrage von der Organisation menschlichen Zusammenlebens in einer Gesellschaft zum Schutz vorpositiver Güter („Außenweltobjekte“); die soziale Dimension des Verbrechens, d.h. seine Auswirkungen auf die Gesellschaft als Sozialschaden im eigentlichen Sinne, gerät damit aus dem Blickfeld.<sup>27</sup> Auf dieses Defizit hat *Knut Amelung* zuletzt auf der Augsburger Strafrechtslehretagung im Mai 2015 hingewiesen.<sup>28</sup> Der Sozialschaden sei daher nicht über das verletzte Rechtsgut, sondern über die durch das Verbrechen bewirkte Störung menschlichen Zusammenlebens oder, anders gewendet, über die soziale Funktion der strafbewehrten Norm zu bestimmen.<sup>29</sup>

Für die Korruptionsdelikte hat *Knut Amelung* dies in Anlehnung an die Systemtheorie *Niklas Luhmanns* folgendermaßen konkretisiert: In einem differenzierten Gesellschaftssystem hat die Verwaltung als Teil des politischen Systems die Aufgabe, verbindliche Entscheidungen zu vollstrecken; die Erfüllung dieser Aufgabe wird gestört, wenn es durch

<sup>17</sup> *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 125 f., 140 f., 321 f.; *ders.*, GA 2007, 1 (10); *Loos* (Fn. 11), S. 890; *Pragal*, ZIS 2006, 63 (76).

<sup>18</sup> *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 264; allgemein zu den methodisch-begrifflichen Unzulänglichkeiten der Rechtsgutslehre: *Stuckenberg*, ZStW 129 (2017), 349 (357 ff.); siehe bereits *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgutstheorie), S. 166 ff.

<sup>19</sup> Siehe zur entsprechenden Kritik am Rechtsgut „Sicherheit“: *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgutstheorie), S. 172 f.

<sup>20</sup> Nach *Hefendehl* (Fn. 17), S. 140 f., führt der Vertrauensverlust in einen Verzicht auf die Teilnahme am Straßenverkehr oder in die Inkaufnahme der eigenen Gefährdung und somit (im ersten Fall) „allenfalls zu einer Verringerung individueller Mobilität“. Auch mit dieser Folge wird jedoch die Funktionsfähigkeit des Straßenverkehrs beeinträchtigt, siehe auch *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 265, ganz zu schweigen von den sicherheitsrelevanten Folgen einer zunehmenden Erosion der Geltung von Verkehrsvorschriften.

<sup>21</sup> Siehe auch *Kindhäuser* (Fn. 16 – Gefährdung), S. 134; *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 265; vgl. ferner zur Begründung der Eigentumsdelikte aus der Perspektive der Institutionenökonomie: *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, 2011, S. 159 ff.

<sup>22</sup> *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgutstheorie), S. 167; zur sozialen Funktion des Vertrauens in die Geltung tatbestandlicher Verbotsnormen (§§ 211 ff., 223 ff. StGB): *ders.*, in: *Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther* (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 3 (11 f.).

<sup>23</sup> *Schumann*, Prozessuale Verteidigung durch Geheimnisverrat, 2016, S. 196 f.; *Sowada* (Fn. 9), Rn. 35; *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 265; siehe auch *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgutstheorie), S. 176.

<sup>24</sup> Siehe insoweit *Hassemer/Neumann* (Fn. 7), Vor § 1 Rn. 112 m.w.N.

<sup>25</sup> *Roxin* (Fn. 7), § 2 Rn. 8; *Schünemann* (Fn. 7), S. 141 f.; siehe auch *Amelung*, Rechtsgüterschutz (Fn. 3), S. 367, 382.

<sup>26</sup> *Schünemann* (Fn. 7), S. 137 ff.; eingehend zur historischen Entwicklung *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgüterschutz), S. 15 ff.

<sup>27</sup> *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgüterschutz), S. 345.

<sup>28</sup> Siehe den Diskussionsbericht von *Brodowski*, ZStW 127 (2015), 691 (710).

<sup>29</sup> *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgüterschutz), S. 350 ff.; zustimmend *Schall*, Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch, 1974, S. 68 ff., der diesen Ansatz am Beispiel des § 123 StGB weiterführt und anhand der Analyse einer sozialen Funktion der geschützten Räumlichkeiten die unterschiedlichen Schutzrichtungen dieses Tatbestands aufzeigt (a.a.O., S. 90 ff.).

persönliches Gewinnstreben von Amtsträgern zu einer Verflechtung mit einem anderen Subsystem (Wirtschaft) kommt.<sup>30</sup> Die Korruptionsdelikte sichern also die Verpflichtung der Amtsträger auf das Gemeinwohl und damit den Differenzierungsgrad einer Gesellschaft, die zwischen politischem und wirtschaftlichem Subsystem und den jeweils maßgeblichen Entscheidungsprogrammen unterscheidet.<sup>31</sup>

Mit der sozialen Funktion der jeweiligen Norm ist deren Legitimation noch nicht erwiesen, sondern diese bedarf vielmehr eines eigenständigen Wertungsaktes, der nur anhand der normativen Grundlagen der jeweiligen Gesellschaft (insbesondere der Verfassung) vorgenommen wird.<sup>32</sup> In Bezug auf die Korruptionsdelikte lässt sich diese Legitimation über das verfassungsrechtlich verankerte Rechtsstaatsprinzip und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) ohne Weiteres herstellen.<sup>33</sup> Im Ergebnis entspricht dies den Auffassungen, welche bei der Schutzrichtung auf die Sachlichkeit bzw. Korrektheit der Amtsführung abstellen.<sup>34</sup>

Die §§ 332, 334 StGB können daher über die soziale Funktion der Verbotsnorm, die auf der Grundlage der deutschen Rechts- und Verfassungsordnung als schutzwürdig zu bewerten ist, legitimiert werden. Einer Legitimation dieser Strafnormen steht nicht entgegen, dass sie nicht dem Schutz eines Rechtsgutes, sondern dem Schutz der in den §§ 332, 334 StGB enthaltenen Pflicht des Amtsträgers zu rechtmäßigem Verwaltungshandeln dienen.<sup>35</sup> Die Schutzrichtung bestimmt sich dabei nach der mit der pflichtwidrigen Entscheidung verletzten Norm.<sup>36</sup> Deren Schutzzweck kann auf öffentliche bzw. kollektive Interessen, aber auch auf individuelle Interessen bezogen sein, deren Inhaber durch eine rechtswidrige Entscheidung benachteiligt werden.<sup>37</sup> Dies gilt beispielsweise für die Erteilung einer Baugenehmigung, die gegen drittschützende Vorschriften (Nachbarschutz) verstößt, oder einer Fahrerlaubnis, obwohl deren Inhaber zum Führen eines Kraftfahrzeugs ungeeignet ist und daher die Sicherheit anderer Straßenverkehrsteilnehmer gefährdet.<sup>38</sup> Korruption

richtet sich als Angriffsform daher nicht gegen ein bestimmtes Rechtsgut,<sup>39</sup> sondern gegen das individuelle (oder kollektive) Interesse, das mit der rechtswidrigen Entscheidung verletzt wird.<sup>40</sup>

Mit anderen Worten: Das Korruptionsunrecht besteht nicht darin, dass ein bereits bestehendes Rechtsgut verletzt, sondern ein bestimmter Zustand (rechtmäßiges Verwaltungshandeln) nicht hergestellt wird.<sup>41</sup> Dies bedeutet keineswegs, dass der Staat das Strafrecht zum Schutz jedweder Verhaltensnormen einsetzen darf, um den Gehorsam seiner Bürger zu erzwingen.<sup>42</sup> Auch das Interesse an der Herstellung eines Gutes bzw. am Schutz der betreffenden Norm muss vielmehr als legitim ausgewiesen werden wie ein durch Strafe zu schützendes Rechtsgut.<sup>43</sup> Im Fall der Korruptionsdelikte wird dies über die freiheitssichernde Funktion der Gesetzesbindung der Verwaltung geleistet.<sup>44</sup> Im Ergebnis entspricht dies auch dem Ausgangspunkt der Rechtsgutslehre, die Strafnorm über die Interessen des Individuums zu begründen.<sup>45</sup>

### III. Die Korruption ausländischer Amtsträger (§ 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB)

In einem zweiten Schritt soll nunmehr untersucht werden, ob und inwieweit sich die vorstehenden Erwägungen auf die Auslandskorruption übertragen lassen. Neben der verfassungsrechtlichen bzw. kriminalpolitischen Legitimation einer Kriminalisierung der Auslandskorruption ist dabei auch zu erörtern, ob die Ausdehnung der §§ 332, 334 StGB auf Bedienstete eines ausländischen Staates einen unzulässigen Eingriff in dessen Souveränität darstellt.

<sup>30</sup> *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgüterschutz), S. 349; siehe insoweit *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 4. Aufl. 1999, S. 114 (mit Fn. 19); *ders.*, Das Recht der Gesellschaft, 2. Aufl. 1997, S. 445, 449, 470 f. und passim; siehe ferner *Hiller*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 26 (2005), 57 (60, 62 f.); ähnlich *Pioletti*, NZWiSt 2016, 249 (255 f.).

<sup>31</sup> *Amelung* (Fn. 2), S. 7 f., 9 f.

<sup>32</sup> *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgüterschutz), S. 314 ff., 394.

<sup>33</sup> *Greco*, GA 2016, 249 (252).

<sup>34</sup> *Dölling*, ZStW 112 (2000), 334 (335); *Kindhäuser*, ZIS 2011, 461 (465); *Sowada* (Fn. 9), Rn. 35 f.; eingehend *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 153 ff. m.w.N.

<sup>35</sup> Vgl. allgemein *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 2. Abschn. Rn. 16 ff.; zur Korruption: *Pioletti*, NZWiSt 2016, 249 (255).

<sup>36</sup> *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 369 ff., 719; siehe auch *Kindhäuser*, ZIS 2011, 461 (466).

<sup>37</sup> Eingehend dazu *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 195 ff.

<sup>38</sup> Siehe zu kumulierten Individualrechtsgütern: *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 198.

<sup>39</sup> *Kindhäuser*, ZIS 2011, 461; vgl. zur Gleichsetzung mit Drohung, Täuschung und Kollision § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB; vgl. auch § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 VwVfG.

<sup>40</sup> *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 206, 368.

<sup>41</sup> *Jakobs* (Fn. 35), 2. Abschn. Rn. 17; siehe auch *ders.*, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 37 (46).

<sup>42</sup> *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgutstheorie), S. 169 f.; siehe auch *Jakobs* (Fn. 41 – FS Amelung), S. 47.

<sup>43</sup> Die Rechtsgutslehre wird insoweit zwar als liberaler Gegenentwurf zu einem nationalsozialistischen Verbrechensbegriff verstanden, der das Verbrechen als reine Pflichtverletzung beschreibt (*Hassemer/Neumann* [Fn. 7], Vor § 1 Rn. 112 mit Fn. 200), hat sich aber selbst unter dem Nationalsozialismus als anschlussfähig erwiesen, da die Nationalsozialisten ihre Wertungen in den von *Binding* geprägten positivistischen Rechtsgutsbegriff einfließen lassen konnten, siehe dazu *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgüterschutz), S. 216 ff., 257 f.

<sup>44</sup> *Kargl*, ZStW 114 (2002), 763 (789 f.).

<sup>45</sup> Siehe insbesondere zur personalen Rechtsgutslehre: *Hassemer/Neumann* (Fn. 7), Vor § 1 Rn. 131 ff.; zustimmend *Roxin* (Fn. 7), § 2 Rn. 11.

*1. Schutz ausländischer Rechtsgüter – ein Verstoß gegen das Völkerrecht?*

Die völkerrechtlichen Bedenken gegen § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB werden damit begründet, dass es allein dem betroffenen Staat obliegt zu entscheiden, ob und inwieweit er die Funktionsfähigkeit und Integrität der öffentlichen Verwaltung dadurch gewährleistet, dass er die Korruption unter Strafe stellt. Der Schutz von Rechtsgütern eines ausländischen Staates durch den deutschen Gesetzgeber sei nichts anderes als eine völkerrechtswidrige Manifestation von Strafrechtsimperialismus.<sup>46</sup> In der Sache wird damit auf die völkerrechtliche Regel Bezug genommen, die es den Staaten verbietet, sich in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates einzumischen.<sup>47</sup>

Der völkerrechtliche Nichteinmischungsgrundsatz setzt der extraterritorialen Ausübung deutscher Strafgewalt Grenzen.<sup>48</sup> Die Anwendung deutschen Strafrechts auf Auslandstaaten kann jedoch durch einen legitimierenden Anknüpfungspunkt (z.B. der Staatsangehörigkeit des Täters) gerechtfertigt werden; diese Frage nach der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ist unabhängig von § 335a StGB zu beantworten (vgl. § 5 Nr. 15 StGB).<sup>49</sup> Der Vorwurf des Strafrechtsimperialismus beruht auf der Prämisse, dass der Nichteinmischungsgrundsatz nicht nur Vorgaben zur Begründung von Strafgewalt, sondern auch zum Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes enthält. Die Rechtsgutslehre wird damit gewissermaßen dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatz „aufgepfropft“, indem auch der einem ausländischen Staat aufgedrängte Schutz „seiner“ Rechtsgüter als Souveränitätsverletzung verstanden wird.<sup>50</sup>

Dieses extensive Verständnis des Nichteinmischungsgrundsatzes findet im Völkerrecht keine Stütze.<sup>51</sup> Der Nicht-

einmischungsgrundsatz schützt die territoriale Souveränität des Staates, entzieht aber nicht staatliche Interessen schlechthin der Regelungsgewalt anderer Staaten. Es erscheint schon wenig plausibel, dass der Schutz von Rechtsgütern ausländischer Staaten deren Souveränität verletzt, liegt doch ein solcher Schutz regelmäßig im Interesse des betroffenen Staates.<sup>52</sup> Dies gilt umso mehr, als die deutsche Justiz erst durch eine entsprechende Erweiterung des Schutzbereichs in die Lage versetzt wird, ein Strafverfahren bei einem Auslieferungshindernis (vgl. Art. 16 Abs. 2 GG) selbst durchführen zu können (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB).<sup>53</sup> Anders wäre es auch kaum zu erklären, dass ein ganzer Abschnitt des Besonderen Teils dem Schutz von Rechtsgütern ausländischer Staaten dient (§§ 102 ff. StGB).<sup>54</sup> Die Verfolgung derartiger Straftaten wird zwar von besonderen Verfolgungsvoraussetzungen (insbesondere einem Verfolgungsverlangen des betroffenen Staates) abhängig gemacht (§ 104a StGB), der Schutz der betreffenden Rechtsgüter durch die Androhung von Strafe wird jedoch unabhängig von einer Zustimmung des jeweiligen Staates gewährt. Zum Teil wird sogar davon ausgegangen, dass eine völkergewohnheitsrechtliche Verpflichtung zum Erlass derartiger Strafvorschriften besteht.<sup>55</sup> Wie das Erfordernis der Gegenseitigkeit (§ 104a StGB) zeigt, ist es vielmehr eine vom deutschen Gesetzgeber zu entscheidende kriminalpolitische Frage, ob sich der Schutzbereich des jeweiligen Tatbestands auf Rechtsgüter ausländischer Staaten erstrecken soll.<sup>56</sup> Im vorliegenden Zusammenhang ist überdies auf die UN-Konvention gegen Korruption<sup>57</sup> hinzuweisen, deren Vorgaben zur Kriminalisierung der Auslands-korruption („Bribery of foreign public officials“) nicht danach unterscheiden, ob es sich um den Amtsträger eines anderen Vertragsstaates oder eines Nicht-Vertragsstaates han-

<sup>46</sup> *Schünemann* (Fn. 6), S. 35 f.; siehe auch *Gaede*, in: *Leitner/Rosenau* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2017, § 335a Rn. 2; *Isfen*, *JZ* 2016, 228 (234); *Weigend* (Fn. 6), S. 117, 121; siehe zuvor bereits *Horner*, *Bestechung durch deutsche Unternehmen im Ausland*, 2011, S. 251 f.; *Schünemann*, *GA* 2003, 299 (309).

<sup>47</sup> *Isfen*, *JZ* 2016, 228 (234).

<sup>48</sup> Siehe dazu *Ambos*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor § 3 Rn. 9 ff.; *Böse*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 7), Vor § 3 Rn. 12 ff.; *Jeßberger*, *Der transnationale Geltungsbe- reich des deutschen Strafrechts*, 2011, S. 191 ff.

<sup>49</sup> Die Geltungserstreckung auf Amtsträger eines ausländischen Staates über das aktive Personalitätsprinzip (§ 5 Nr. 15 lit. a StGB) wird insoweit mit Recht kritisiert, siehe *Isfen*, *JZ* 2016, 228 (234); *Kudlich/Hoven*, *ZIS* 2016, 345 (250).

<sup>50</sup> *Ambos* (Fn. 48), Vor § 3 Rn. 83; *Oehler*, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 1983, Rn. 779; siehe auch *BGHSt* 22, 285 (289); 29, 85 (89); *Mankowski/Bock*, *ZStW* 120 (2008), 701 (746).

<sup>51</sup> *Böse* (Fn. 48), Vor § 3 Rn. 58; *Hoven*, *Auslandsbestechung – eine strafrechtsdogmatische und rechtstatsächliche Untersuchung*, 2018 (im Erscheinen), S. 86 f., 527 f.; *Kuhlen* (Fn. 6), § 335a Rn. 13; *Lüttger*, in: *Vogler/Herrmann/Krümpelmann/Moos/Triffterer/Leibinger/Schaffmeister/*

*Meyer/Hünerfeld/Behrendt* (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, 1985, S. 121 (135); *Münkel*, *Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer Amts- träger*, 2013, S. 283 f.; *Nowakowski*, *JZ* 1971, 633 (634); *Obermüller*, *Der Schutz ausländischer Rechtsgüter im deut- schen Strafrecht im Rahmen des Territorialitätsprinzips*, 1999, S. 124.

<sup>52</sup> *Lüttger* (Fn. 51), S. 135.

<sup>53</sup> *Böse* (Fn. 48), Vor § 3 Rn. 58; *Hoven* (Fn. 51), S. 529; *Obermüller* (Fn. 43), S. 124; siehe dagegen *Schünemann* (Fn. 6), S. 36 f.

<sup>54</sup> *Hoven* (Fn. 51), S. 523 f.; *Münkel* (Fn. 51), S. 282; eingehend zur Schutzrichtung der §§ 102 ff. StGB: *Kreß*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 48), Vor § 102 Rn. 5 ff. Staatliches Handeln ist darüber hinaus auch an anderer Stelle Gegenstand strafrechtlicher Bewertung (§§ 234a, 241a StGB; siehe ferner die §§ 6 ff. VStGB).

<sup>55</sup> Siehe insoweit *Kreß* (Fn. 54), Vor § 102 Rn. 2 m.w.N.

<sup>56</sup> *Lüttger* (Fn. 51), S. 135; *Nowakowski*, *JZ* 1971, 633 (634); *Pieth*, *ZStW* 109 (1997), 756 (762); *Werle/Jeßberger*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 3 Rn. 278.

<sup>57</sup> Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 31.10.2003 gegen Korruption, *BGBI.* II 2014, S. 763.

delt (Art. 16). Da die Konvention inzwischen von nahezu sämtlichen Staaten ratifiziert worden ist<sup>58</sup> und zudem auf einer entsprechenden Resolution der Generalversammlung<sup>59</sup> beruht, liegt darüber hinaus die Annahme nahe, dass die darin enthaltenen Pflichten Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts geworden sind; es dürfte daher auch aus diesem Grund nicht die Souveränität eines Nicht-Vertragsstaates verletzen, dessen Amtsträger in den Anwendungsbereich der Korruptionsdelikte einzubeziehen, soweit dieser selbst zur Schaffung entsprechender Strafvorschriften verpflichtet ist.<sup>60</sup>

Einen richtigen Kern hat die oben genannte Auffassung allerdings insofern, als die Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt nicht der Gerichtsbarkeit anderer Staaten unterliegt. Diese völkerrechtliche Immunität beruht auf der souveränen Gleichheit der Staaten (*par in parem non habet imperium*) und schließt eine strafrechtliche Verfolgung der Bediensteten ausländischer Staaten wegen der von ihnen vorgenommenen Amtshandlungen aus.<sup>61</sup> Die Reichweite der funktionellen Immunität ist jedoch auf hoheitliche Maßnahmen (*acta iure imperii*) beschränkt, d.h. nichthoheitliche Maßnahmen (*acta iure gestionis*), insbesondere privatwirtschaftliche Tätigkeiten, werden nicht erfasst.<sup>62</sup>

In Bezug auf die Auslandskorruption ist die Bedeutung der völkerrechtlichen Immunität daher begrenzt, denn sie lässt die Verfolgung von Staatsbediensteten, die nicht hoheitlich handeln (z.B. bei der Vergabe öffentlicher Aufträge), und von privaten Vorteilsgebern unberührt. In Bezug auf hoheitliche Maßnahmen ausländischer Amtsträger begründet die Staatenimmunität hingegen ein Verfolgungshindernis.<sup>63</sup> Dies

schließt aber den Erlass entsprechender Strafvorschriften nicht aus, denn der betroffene Staat kann auf die Immunität seiner Amtsträger verzichten, um deren Strafverfolgung in einem anderen Staat zu ermöglichen.<sup>64</sup> Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die völkerrechtlichen Bedenken gegen eine Kriminalisierung der Auslandskorruption unbegründet sind.

## 2. Verfassungsrechtliche und kriminalpolitische Legitimation

Mit der Feststellung, dass § 335a Abs. 1 Nr. 2 StGB mit dem Völkerrecht vereinbar ist, ist dessen verfassungsrechtliche bzw. kriminalpolitische Legitimation noch nicht dargetan. In dieser Hinsicht ist nunmehr zu klären, ob sich die Erwägungen zu den §§ 332, 334 StGB auf die Auslandskorruption übertragen lassen und die Ausdehnung dieser Strafvorschriften auf Bedienstete eines ausländischen Staates auf diese Weise legitimiert werden kann.<sup>65</sup>

Die Auseinandersetzung mit dem Rechtsgut der Inlandskorruption hat deutlich gemacht, worauf es in diesem Zusammenhang nicht ankommt, nämlich das Amtsethos der Staatsbediensteten und das Vertrauen der Bevölkerung in die Lauterkeit der Verwaltung (siehe oben II. 1.).<sup>66</sup> Entgegen verbreiteter Kritik ist die Kriminalisierung der Auslandskorruption also nicht deshalb illegitim, weil es an einem real vorhandenen Vertrauen der Bevölkerung in die Lauterkeit der Verwaltung des jeweiligen ausländischen Staates fehlt.<sup>67</sup> Dies gilt auch im vorliegenden Zusammenhang; anderenfalls würde die Korruption mit zunehmender Verbreitung immer weniger strafwürdig.<sup>68</sup>

Die Strafvorschriften gegen Amtsträgerkorruption werden vielmehr über ihre soziale Funktion gerechtfertigt, Verwaltungsverfahren und -entscheidungen von Einflüssen des Subsystems Wirtschaft freizuhalten und auf diese Weise die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu gewährleisten (siehe oben II. 2.). Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs

<sup>58</sup> Die Konvention wurde von 183 Staaten ratifiziert und zwei weiteren Staaten (Barbados und Syrien) unterzeichnet; Äquatorial-Guinea, Eritrea, Nordkorea, Somalia, Surinam und der Tschad haben die Konvention weder unterzeichnet noch ratifiziert, siehe

<http://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> (26.3.2018).

<sup>59</sup> UN General Assembly resolution 58/4 of 31.10.2003; zur rechtlichen Bedeutung dieser Resolutionen *F. Meyer*, Strafrechtsgenese in Internationalen Organisationen, 2012, S. 143, 214 f.

<sup>60</sup> Vgl. allgemein zu Nichteinmischungsgrundsatz und Weltrechtsprinzip: *Böse* (Fn. 48) Vor § 3 Rn. 22 und § 6 Rn. 3.

<sup>61</sup> *Ambos* (Fn. 48), Vor § 3 Rn. 105; *Böse* (Fn. 48), Vor § 3 Rn. 35; *Werle/Jeßberger* (Fn. 56) Vor § 3 Rn. 371; eingehend *Kreicker*, Völkerrechtliche Exemtionen, 2007, S. 109 ff.; *Talmon*, Immunität von Staatsbediensteten, Bonn Research Papers on Public International Law. No 6/2014, 22.9.2014, S. 5, 10 f.

<sup>62</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 48; zur Entwicklung *Talmon* (Fn. 61), S. 11 f.

<sup>63</sup> *Münkel* (Fn. 51), S. 285 f.; siehe zu Art. 16 der UN-Konvention gegen Korruption, BGBl. II 2014, S. 763; Report of the Ad Hoc Committee for the Negotiation of a Convention against Corruption on the work of its first to seventh sessions, Addendum Interpretative notes for the official records (*travaux préparatoires*) of the negotiation of the United Nations Convention against Corruption, A/58/422 Add. 1,

S. 4; zu Art. 16 des Strafrechtsübereinkommens des Europarats gegen Korruption, BGBl. II 2016, S. 1322, den erläuternden Bericht (*explanatory report*), Rn. 77; näher zu den völkerrechtlichen Übereinkommen siehe unten 2.

<sup>64</sup> Vgl. den Report of the Ad Hoc Committee (Fn. 63), S. 4.

<sup>65</sup> Auf die Auffassung, wonach § 335a StGB dem Schutz inländischer Institutionen (Funktionsfähigkeit der deutschen Verwaltung) dient, indem eine Erosion des im Inland geltenden Korruptionsverbotes verhindert wird (so *Kubiciel* [Fn. 6], S. 55 ff.; *Papathanasiou*, *wistra* 2016, 175 [177]), kann hier leider nicht näher eingegangen werden, siehe dagegen die Kritik von *Deiters*, in: Herzog/Schlothauer/Wohlers (Hrsg.), Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte, Gedächtnisschrift für Edda Weßlau, 2016, S. 51 (60); *Hoven* (Fn. 51), S. 519 ff.; *T. Zimmermann* (Fn. 10), S. 706 f.

<sup>66</sup> Dies gilt es auch deshalb noch einmal zu betonen, weil die Einführung des § 335a StGB im Gesetzgebungsverfahren (auch) auf diese Rechtsgüter gestützt worden ist, siehe den Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/4350, S. 24.

<sup>67</sup> Siehe die entsprechende Kritik bei *Münkel* (Fn. 51), S. 39 f., 289; *Weigend* (Fn. 6), S. 119.

<sup>68</sup> *Kindhäuser*, ZIS 2011, 461 (465).

der §§ 332, 334 StGB auf Bedienstete eines ausländischen Staates ließe sich daher begründen, wenn ein Korruptionsverbot in ausländischen Gesellschaften ebenfalls eine solche Funktion hat. Umgekehrt könnte ein solches Verbot in einer Gesellschaft ohne funktionale Ausdifferenzierung in die Subsysteme Politik, Wirtschaft, Recht etc. seine Funktion nicht erfüllen, da ihr die diesem Verbot zu Grunde liegende Trennung zwischen persönlichem Gewinnstreben und Ausrichtung auf das Gemeinwohl fehlt.

An dieser Stelle wird eine weitere Variante des Imperialismus-Vorwurfs relevant, die auf die Verbreitung der Korruption in einer Reihe ausländischer Staaten verweist.<sup>69</sup> Mit den internationalen Instrumenten zur Korruptionsbekämpfung würden die soziokulturellen Rahmenbedingungen in dem jeweiligen Land ignoriert und der dortigen Gesellschaft westliche Wertvorstellungen (und damit einhergehende Programme zu Deregulierung, Privatisierung und Freihandel) oktroyiert.<sup>70</sup> Diese Kritik schließt jedoch eine soziale Funktion des Korruptionsverbotes nur dann aus, wenn man davon ausgeht, dass die kulturelle Fundierung der Korruption in der jeweiligen Gesellschaft auf der fehlenden Ausdifferenzierung und der damit einhergehenden Trennung von öffentlichem Amt und privatem Gewinnstreben beruht.<sup>71</sup> Exemplarisch: Die amtliche Bestellung als Polizist wird als Ermächtigung verstanden, bei Verkehrskontrollen ein Schmiergeld für die Gestattung der Weiterfahrt zu verlangen.<sup>72</sup> Ohne die weite Verbreitung der Korruption in manchen Schwellen- und Entwicklungsländern in Abrede stellen zu wollen, sind doch Zweifel angebracht, ob die gesellschaftliche Organisation in diesen Ländern adäquat beschrieben wird, wenn man ihnen eine funktionale Ausdifferenzierung generell abspricht.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Vgl. *Arzt*, in: Jahn/Kudlich/Streng (Hrsg.), *Strafrechtspraxis und Reform*, Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, 2010, S. 15 (19 f., 20 ff.).

<sup>70</sup> Siehe die entsprechende Kritik an der internationalen Korruptionsbekämpfung: *Kennedy*, *Connecticut Journal of International Law* 14 (1999), 455 (458 ff.); *Rajagopal*, *Connecticut Journal of International Law* 14 (1999), 495 (496, 501 ff.); zur Kritik am US-amerikanischen Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) von 1977: *Salbu*, *Michigan Journal of International Law* 20 (1999), 419 m.w.N.; siehe dagegen *Androulakis*, *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, 2007, S. 170 ff.; siehe auch bereits die Zusammenfassung entsprechender Positionen bei *G.E. Caiden/N.T. Caiden*, *Public Administration Review* 37 (1977), 301 (302 ff.).

<sup>71</sup> Vgl. *G.E. Caiden/N.T. Caiden*, *Public Administration Review* 37 (1977), 301 (304 f.); *Pioletti*, *NZWSt* 2016, 249 (255); siehe auch *Luhmann* (Fn. 30 – Grundrechte), 114 (in Fn. 19).

<sup>72</sup> Vgl. das Beispiel bei *Peters*, *JZ* 2016, 217 (227).

<sup>73</sup> *Androulakis* (Fn. 70), S. 172 f.; *Peters*, *JZ* 2016, 217 (228); *Pioletti*, *NZWSt* 2016, 249 (254 f., 256). Die kulturell relativistische Deutung der Korruption wird in diesen Ländern zum Teil heftig zurückgewiesen, siehe *Ala'i*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 33 (2000), 877 (902, 905); siehe dort auch zu den kolonialen Ursprüngen dieser Argumentationsfigur („rule of geographic morality“) im Prozess gegen den briti-

Dagegen spricht nicht nur, dass inzwischen nahezu alle Staaten die UN-Konvention gegen Korruption ratifiziert oder zumindest unterzeichnet haben,<sup>74</sup> sondern auch, dass die meisten dieser Staaten eine entsprechende Gesetzgebung und Rechtsprechung vorweisen können.<sup>75</sup> Die darin zum Ausdruck kommende Ablehnung korruptiven Verhaltens zeigt sich überdies auch in empirischen Erhebungen, die zwar die Verbreitung der Korruption bestätigt, aber zugleich ergeben haben, dass diese von der Bevölkerung als sozialschädlich angesehen wird.<sup>76</sup> Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die soziale Funktion einer nicht von persönlichem Gewinnstreben, sondern am Gemeinwohl ausgerichteten Verwaltung auch in einer Gesellschaft mit hoher Korruptionsbelastung schlechthin inexistent ist.

Der Hinweis auf den soziokulturellen Kontext ist allerdings insofern berechtigt, als das Ausmaß, in dem eine Vermengung privater und öffentlicher Interessen akzeptiert wird, von Gesellschaft zu Gesellschaft unterschiedlich ist.<sup>77</sup> Auch in den Ländern der westlichen Welt ist diese Trennung nicht absolut, sondern lässt in einer Grauzone bestimmte Spielräume für Politik und Verwaltung.<sup>78</sup> Diesen Unterschieden hat der deutsche Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er nur den Anwendungsbereich der §§ 332, 334 StGB auf Bedienstete ausländischer Staaten ausgedehnt hat, während die Tatbestände der Vorteilsgewährung bzw. -annahme (§§ 331, 333 StGB) weiterhin keine Anwendung finden; die Bestechung bzw. Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger muss sich damit auf eine pflichtwidrige Diensthandlung beziehen.<sup>79</sup> Die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung bestimmt sich nach dem Recht des ausländischen Staates, d.h. die Strafbarkeit setzt eine Unrechtsvereinbarung voraus, die auch nach dem Recht des betroffenen Staates auf ein rechtswidriges Verwal-

schen Gouverneur *Warren Hastings* im 18. Jahrhundert und deren ambivalenten Auswirkungen auf die heutige Diskussion (883 ff., 929 ff.); zur eingehenden Kritik der These von der kulturellen Bedingtheit von Korruption: *Hoven* (Fn. 51), S. 214 ff., 239 ff.

<sup>74</sup> Siehe oben Fn. 56.

<sup>75</sup> Siehe die Nachweise zu den Länderprofilen („country profiles“) unter <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/country-profile/index.html> (26.3.2018); siehe aus der Rechtsprechung: Constitutional Court of South Africa, 17.3.2011, CCT 48/10 [2011] ZACC 6 (Rn. 177); Supreme Court of India, Criminal Appeal No 1648/2012, 15.10.2012, [2012] 9 Supreme Court Reports 601 (602; Leitsatz 2).

<sup>76</sup> Siehe die Nachweise bei *Hoven* (Fn. 51), S. 215 ff., 240.

<sup>77</sup> *Gephart*, *GIGA Working Papers* No. 15/2009, S. 29; *Kennedy*, *Connecticut Journal of International Law* 14 (1999), 455 (460 f.); *Salbu*, *Michigan Journal of International Law* 20 (1999), 419 (423 f.).

<sup>78</sup> *Haller/Shore*, in: *Haller/Shore* (Hrsg.), *Corruption – Anthropological perspectives*, 2005, S. 1, 5 f. (mit Beispielen aus Deutschland).

<sup>79</sup> Siehe die Begründung des Regierungsentwurfes, BT-Drs. 18/4350, S. 24.

tungshandeln bezogen ist.<sup>80</sup> Dies entspricht der Akzessorietät der §§ 332, 334 StGB, wonach die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung nicht eigenständig, sondern über die jeweils geltenden Entscheidungsregeln zu bestimmen ist.<sup>81</sup> Soweit die ausländischen Bediensteten bei der Ausübung ihres Amtes rechtlichen Bindungen unterliegen, hat das Korruptionsverbot daher auch insoweit die soziale Funktion, die pflichtgemäße Aufgabenerfüllung zu gewährleisten. Die Sorge, dass das deutsche Strafrecht dabei die in dem ausländischen Staat geltenden Normen ignoriert,<sup>82</sup> wird also durch die Anknüpfung an das ausländische Recht dieses Staates ausgeräumt.<sup>83</sup>

Dass das Korruptionsverbot damit auch in einer ausländischen Gesellschaft, in der staatliche Bedienstete an Rechtsnormen gebunden sind, eine soziale Funktion hat, heißt allerdings noch nicht, dass der Schutz dieser sozialen Funktion durch den deutschen Strafgesetzgeber auch legitim ist. Kehreseite der Akzessorietät zum ausländischen Recht ist nämlich, dass das deutsche Strafrecht damit die Bindung einer ausländischen Verwaltung an eine Normenordnung schützt, die

<sup>80</sup> Fischer (Fn. 9), § 335a Rn. 9; Gaede (Fn. 46), § 335a Rn. 15; Kuhlen (Fn. 6), § 335a Rn. 33; Rosenau (Fn. 9), § 331 Rn. 5; siehe auch (zu § 1 IntBestG) BGH NStZ 2014, 469 (473); Korte (Fn. 9), § 334 Rn. 19; Sowada (Fn. 9), § 334 Rn. 5; einschränkend Hoven (Fn. 51), S. 83 ff.; a.A. Münkel (Fn. 51), S. 141 ff. (für eine autonome Auslegung der Pflichtwidrigkeit).

<sup>81</sup> Eingehend zur Akzessorietät der Korruptionsdelikte: T. Zimmermann (Fn. 10), S. 163 ff.

<sup>82</sup> Vgl. Deiters (Fn. 65), S. 61; Kubiciel, ZStW 120 (2008), 57 (70 ff.); Weigend (Fn. 6), S. 121.

<sup>83</sup> Dabei ist einzuräumen, dass der Verweis auf die Pflichtwidrigkeit nach ausländischem Recht zum Teil durch völkerrechtliche Vorgaben überlagert wird, die eine allgemeine Pflicht zur Unparteilichkeit postulieren, siehe Dann, NJW 2016, 203 (206); siehe insoweit zum UN-Übereinkommen gegen Korruption (Fn. 57): Report of the Ad Hoc Committee for the Negotiation of a Convention against Corruption on the work of its first to seventh sessions, Addendum Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Corruption, A/58/422 Add. 1, S. 5; zum entsprechenden Übereinkommen des Europarats (Fn. 95): Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, Rn. 141. Der Wortlaut der §§ 332, 334 i.V.m. § 335 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB setzt jedoch „Dienstpflichten“ des ausländischen Bediensteten voraus, die sich weder über das deutsche Recht (§ 335a StGB) noch unmittelbar über das Völkerrecht, sondern allenfalls über eine völkerrechtskonforme Auslegung des insoweit maßgeblichen ausländischen Rechts begründen lassen. Die in § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB vorausgesetzte Pflicht zur Unparteilichkeit muss daher auch nach der ausländischen Rechtsordnung bestehen, wovon allerdings in der Regel auszugehen sein wird, da anderenfalls das Korruptionsverbot keine soziale Funktion hätte (siehe oben im Text ab II. 2.), vgl. auch Hoven (Fn. 51), S. 84; siehe auch zur entsprechenden Indizwirkung der Ratifikation der einschlägigen völkerrechtlichen Abkommen: BGH NStZ 2014, 469 (473).

unter Umständen von den Inhalten der deutschen Rechtsordnung erheblich abweicht oder diesen sogar – man denke an Diktaturen und andere Unrechtsregime – diametral widerspricht.<sup>84</sup> Dementsprechend wird der Strafbarkeit der Auslandskorruption entgegengehalten, dass diese nur zum Schutz demokratischer Institutionen und rechtsstaatlicher Verwaltungsstrukturen legitim sei; diese Voraussetzung sei aber entweder von vornherein nicht gegeben oder könne aufgrund ihrer politischen Implikationen nicht im Rahmen eines Strafprozesses geklärt werden.<sup>85</sup>

Unter den Vorzeichen der Rechtsgutslehre verschiebt sich die Legitimationsfrage damit vom Schutz ausländischer Normen zum Schutz der ausländischen Verwaltung als rechtsstaatlicher Institution und verengt sich dadurch auf die Alternative, dass die Einbeziehung der Bediensteten eines ausländischen Staates in die Tatbestände der §§ 332, 334 StGB entweder legitim oder illegitim ist.<sup>86</sup> Dieses grobe Raster geht jedoch darüber hinweg, dass die Gewährleistung rechtmäßigen Verwaltungshandelns auch in Staaten, die nicht in jeder Hinsicht unseren Vorstellungen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit entsprechen, im Einzelfall ein legitimes und schutzwürdiges Ziel sein kann.<sup>87</sup> Die Legitimation der Strafandrohung hängt dann davon ab, ob die ausländische Rechtsnorm, deren Verletzung Bestandteil der Unrechtsvereinbarung ist, aus deutscher Sicht legitim ist oder nicht.

So lässt sich beispielsweise auf der Grundlage der deutschen Rechtsordnung nicht rechtfertigen, dass sich wegen Bestechung (§ 334 StGB) strafbar macht, wer den Polizisten eines ausländischen Staates durch Zahlung eines Schmiergeldes dazu bringt, einem politischen Gefangenen zur Flucht zu verhelfen.<sup>88</sup> Dieses Ergebnis lässt sich jedoch bereits dadurch vermeiden, dass man eine pflichtwidrige Diensthandlung verneint, wenn die betreffende Pflicht mit wesentlichen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung nicht vereinbar ist (vgl. § 73 S. 1 IRG).<sup>89</sup> Die Akzessorietät zum ausländischen Recht wird damit im Rahmen des § 335a StGB der gleichen Schranke (ordre public-Vorbehalt) unterworfen wie in anderen Konstellationen, in denen das deutsche Strafrecht auf ausländische Rechtsnormen verweist.<sup>90</sup>

Die Bedenken gegen eine Strafbarkeit der Auslandskorruption erscheinen hingegen weniger schwerwiegend, wenn die vom Amtsträger verletzte Dienstpflicht nicht gegen den

<sup>84</sup> Isfen, JZ 2016, 228 (234).

<sup>85</sup> Kuhlen (Fn. 6), § 335a Rn. 12; Meißner, StV 2017, 128 (129); Münkel (Fn. 51), S. 39 f.; siehe auch Androulakis (Fn. 70), S. 402 f.; vgl. dagegen für eine Lösung über das Opportunitätsprinzip (§ 153c StPO): Deiters (Fn. 65), S. 64 f.

<sup>86</sup> In diesem Sinne Kuhlen (Fn. 6), § 335a Rn. 12; siehe auch (für einen Schutz ausländischer Verwaltungen): Deiters (Fn. 65), S. 60.

<sup>87</sup> Ähnlich Hoven (Fn. 51), S. 530.

<sup>88</sup> Vgl. auch die Beispiele bei Hoven (Fn. 51), S. 83.

<sup>89</sup> Hoven (Fn. 51), S. 83; Kuhlen (Fn. 6), § 335a Rn. 33 (mit Fn. 73); Münkel (Fn. 51), S. 151; Schuster/Rübenstahl, wistra 2008, 201 (204).

<sup>90</sup> Siehe zur Rechtfertigung von Straftaten ausländischer Amtsträger: Böse (Fn. 48.) Vor § 3 Rn. 64 m.w.N.

deutschen *ordre public* verstößt. Wird beispielsweise gegen Zahlung eines Schmiergeldes der Import giftiger Abfälle und deren Lagerung in unmittelbarer Nachbarschaft zu einer Wohnsiedlung genehmigt,<sup>91</sup> so erschließt sich nicht, warum es dem deutschen Gesetzgeber verwehrt sein sollte, dies als Korruption unter Strafe zu stellen, wenn sich die Unrechtsvereinbarung auf ausländische Umweltvorschriften bezieht, die auch aus der Perspektive der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich legitim sind. Die vorherrschende Gegenansicht, welche die Korruption als ein Delikt gegen den Staat bzw. seine Institutionen begreift,<sup>92</sup> verkürzt das Korruptionsunrecht auf die Gefährdung des staatlichen Machtanspruchs, die von einem illoyalen Staatsdiener ausgeht. Die Bedeutung der Bindung des Amtsträgers an normative Vorgaben geht jedoch darüber hinaus, indem sich in ihr die Ausrichtung der Verwaltung auf das Gemeinwohl manifestiert und zugleich ein allgemeiner Maßstab für das Verwaltungshandeln definiert wird.

Diese Sichtweise spiegelt sich auch in der Entwicklung der internationalen Abkommen zur Korruptionsbekämpfung wider:<sup>93</sup> Während sich das OECD-Übereinkommen von 1997<sup>94</sup> noch auf den Schutz des Wettbewerbs bezog und ausschließlich die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr erfasste, hat das Strafrechtsübereinkommen des Europarats gegen Korruption von 1999<sup>95</sup> auf einen solchen Wettbewerbsbezug verzichtet (Art. 5) und damit zum Ausdruck gebracht, dass nicht mehr allein der freie Wettbewerb, sondern vor allem die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz („rule of law“) geschützt werden soll.<sup>96</sup> Die UN-Konvention gegen Korruption<sup>97</sup> aus dem Jahr 2003 hält zwar für die Bestechung ausländischer Amtsträger noch an diesem Erfordernis fest (Art. 16 Abs. 1; siehe dagegen Art. 16 Abs. 2 zur – freilich nur fakultativ vorgesehenen – Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger), formuliert in der Präambel aber einen ähnlich weiten Schutzzweck wie das Europarats-Übereinkommen.<sup>98</sup> Diese

Verschiebung der Schutzrichtung wurde dadurch weiter befördert, dass die Korruptionsbekämpfung international zunehmend als Gebot eines wirksamen Menschenrechtsschutzes angesehen wird.<sup>99</sup> Korruption kann nicht nur im Einzelfall unmittelbar zu Menschenrechtsverletzungen führen (z.B. die Vertreibung von Einwohnern, um die Ausbeutung der Ressourcen eines bestimmten Gebietes durch das „bestechende“ Unternehmen zu ermöglichen),<sup>100</sup> sondern leistet vor allem einer Erosion der Gesetzesbindung der Verwaltung Vorschub und begründet damit eine strukturelle Gefahr für die Gewährleistung grundlegender Menschenrechte.<sup>101</sup> Der Schutzzweck des Korruptionsverbotes, eine rechtmäßige Amtsausübung zu gewährleisten, ist daher nicht allein auf Interessen des jeweiligen Staates (Loyalität seiner Staatsdiener), sondern auch und vor allem auf die Interessen seiner Bürger bezogen („rule of law“, Menschenrechte).<sup>102</sup>

Dieser Begründung wird entgegengehalten, das deutsche Strafrecht könne allenfalls rechtsstaatliche Verwaltungsstrukturen in Staaten westlicher Prägung schützen, aber aus sich heraus nicht auf eine Entstehung derartiger Strukturen in Staaten hinwirken, in denen diese bislang fehlten.<sup>103</sup> Dieser Einwand verliert an Überzeugungskraft, wenn man anstelle der Makro- die Mikroebene in den Blick nimmt und nicht auf die ausländische Verwaltung als Institution eines funktionierenden Rechtsstaates, sondern auf die im konkreten Einzelfall rechtmäßige Amtsausübung abstellt, soweit die dabei zu beachtenden Rechtsnormen auch nach Maßgabe der deutschen Rechtsordnung als legitim anzusehen sind. Dass die ausländische Rechtsordnung nicht in jeder Hinsicht den Anforderungen an einen freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat entspricht, sollte kein Grund sein, die Rechtsbindung seiner Amtsträger per se als nicht schutzwürdig einzustufen<sup>104</sup> und das ausländische Verwaltungshandeln korrumpierenden Einflüssen deutscher Unternehmen preiszugeben.<sup>105</sup> Das deutsche Strafrecht soll (und kann) nicht aus eigener Kraft eine rechtsstaatliche Verwaltung in anderen Staaten hervorbringen, sondern seine Aufgabe besteht vielmehr darin, die Ent-

<sup>91</sup> Vgl. das Beispiel in: Human Rights Council – Advisory Committee on the issue of the negative impact of corruption and the enjoyment of human rights, UN General Assembly, 5.1.2015, A/HRC/28/73, S. 10.

<sup>92</sup> *Kuhlen* (Fn. 6), § 335a Rn. 9; siehe auch *Hoven* (Fn. 51), S. 522 f.

<sup>93</sup> Eingehender Überblick bei *Androulakis* (Fn. 70), S. 251 ff.

<sup>94</sup> Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.12.1997, BGBl. II 1998, S. 2329.

<sup>95</sup> Strafrechtsübereinkommen über Korruption vom 29.1.1999 (SEV Nr. 173), BGBl. II 2016, S. 1322.

<sup>96</sup> Erläuternder Bericht zum Strafrechtsübereinkommen über Korruption (explanatory report), Rn. 49.

<sup>97</sup> Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 31.10.2003 gegen Korruption, BGBl. II 2014, 763.

<sup>98</sup> „Concerned about the seriousness of problems and threats posed by corruption to the stability and security of societies, undermining the institutions and values of democracy, ethical values and justice and jeopardizing sustainable development and the rule of law [...]“.

<sup>99</sup> Final Report of the Human Rights Council – Advisory Committee on the issue of the negative impact of corruption on the enjoyment of human rights, UN General Assembly, 5.1.2015, A/HRC/28/73; *Sepúlveda Carmona/Bacio-Terracino*, in: Boersma/Nelen (Hrsg.), *Corruption & Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*, 2010, S. 25 ff.; *Peters*, JZ 2016, 217.

<sup>100</sup> Vgl. Final Report (Fn. 99), S. 7; siehe auch die weiteren Beispiele bei *Hensgen*, *Korruption: ein ungerechtfertigter Eingriff in international Menschenrechte*, 2017, S. 67 ff., 73 ff.

<sup>101</sup> *Peters*, JZ 2016, 217 (220); siehe auch die Rechtsprechung der obersten Gerichte Indiens und Südafrikas (Fn. 75); vgl. ferner *Schefer*, *Rechtswissenschaft* 2010, 397 (411 ff.).

<sup>102</sup> *Peters*, JZ 2016, 217 (224).

<sup>103</sup> *Kubiciel* (Fn. 6), S. 53.

<sup>104</sup> Siehe auch *Deiters* (Fn. 65), S. 61 f. (allerdings unter Verweis auf das deutsche Interesse an intakten zwischenstaatlichen Beziehungen).

<sup>105</sup> Ähnlich *Maas*, *NStZ* 2015, 305 (308).

stehung solcher Strukturen und bereits vorhandene Ansätze einer Gesetzesbindung durch einen flankierenden strafrechtlichen Schutz zu ergänzen.<sup>106</sup> Der deutsche Gesetzgeber nimmt insoweit seine Verantwortung wahr, schädliche Auswirkungen der Geschäftstätigkeit im Inland ansässiger Unternehmen auf das Gemeinwesen anderer Staaten zu unterbinden.<sup>107</sup> Diese Verantwortung kommt auch in neueren völkerrechtlichen Instrumenten zum Ausdruck, mit denen sichergestellt werden soll, dass international agierende Unternehmen auch im Ausland menschenrechtliche Mindeststandards einhalten („Ruggie Principles“).<sup>108</sup> Soweit die Bundesrepublik Deutschland den Aufbau rechtsstaatlicher Strukturen durch Entwicklungshilfe fördert, liegt eine Flankierung durch das Strafrecht überdies auch im deutschen Interesse.<sup>109</sup> Der strafrechtliche Schutz der Gesetzesbindung ausländischer Verwaltungen ist damit grundsätzlich legitim; menschenrechtliche Mindeststandards sind nicht weniger schutzwürdig als der faire Wettbewerb im internationalen Geschäftsverkehr (vgl. § 1 IntBestG a.F.).

#### IV. Fazit

Das Beispiel der Korruptionsdelikte zeigt, dass sich die Frage nach der Legitimation einer Strafnorm mit der Rechtsgutslehre nicht abschließend beantworten lässt. Bei der Bewertung eines Verhaltens als sozialschädlich (und damit strafwürdig) kommt es vielmehr maßgeblich auf die soziale Funktion der strafbewehrten Norm an. Bei der Legitimation der Korruptionsdelikte ist daher weder auf ein Amtsethos der Amtsträger noch auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Lauterkeit der Verwaltung abzustellen, sondern auf die soziale Funktion des Korruptionsverbotes. Diese besteht darin sicherzustellen, dass die Verwaltung ihre Aufgaben erfüllen kann und ihre durch die Bindung an Recht und Gesetz gewährleistete Ausrichtung am Gemeinwohl nicht durch wirtschaftliches Gewinnstreben gestört wird.

<sup>106</sup> Hoven (Fn. 51), S. 530 f.

<sup>107</sup> Hoven (Fn. 51), S. 535 f.; Pieth, in: Hoven/Kubiciel (Fn. 6), S. 19 (22 f.); siehe auch Maas, NStZ 2015, 305 (308); T. Zimmermann (Fn. 10), S. 707 ff.; vgl. ferner bereits zur OECD-Konvention: Androulakis (Fn. 70), S. 400 f.

<sup>108</sup> Human Rights Council, Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie – Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations „Protect, Respect and Remedy“ Framework, A/HRC/17/31; siehe auch die diesbezügliche Resolution des Human Rights Council, A/HRC/RES/17/4; siehe dazu Spießhöfer, NJW 2014, 2473; siehe auch zur weiteren Konkretisierung in den OECD-Leitsätzen für Multinationale Unternehmen: Krajewski/Bozozorgzad/Heß, ZaöRV 2016, 309; zu möglichen Auswirkungen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit: Saage-Maaß, Neue Kriminalpolitik 2014, 228 (236); Zerbes, in: Jeßberger/Kaleck/Singelstein (Hrsg.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2015, S. 205 (226).

<sup>109</sup> Hoven (Fn. 51), S. 536.

Die Sozialschädlichkeit der Auslandskorruption kann im Ausgangspunkt mit den gleichen Erwägungen begründet werden wie bei der Bestechung und Bestechlichkeit deutscher Amtsträger, nämlich über die qua Dienstpflicht vermittelte Bindung der Verwaltung an Rechtsnormen. Indem die Legitimation einer Strafnorm nicht mehr an ein schutzwürdiges Rechtsgut (Amtsethos, Vertrauen) geknüpft wird, wird zugleich verbreiteten Fehlannahmen, die zum Teil auf die Rechtsgutslehre zurückgeführt werden, die Grundlage entzogen.

Dies gilt zunächst für das Postulat, dass es dem deutschen Gesetzgeber versagt sei, Strafnormen zum Schutz von Rechtsgütern ausländischer Staaten zu erlassen. Völkerrechtliche Grenzen ergeben sich insoweit allein aus den Grundsätzen der Staatenimmunität. Gleiches gilt für die verfassungsrechtliche bzw. kriminalpolitische Legitimation, die dem § 335a StGB nicht bereits deshalb abzuspochen ist, weil Institutionen ausländischer Staaten als schutzwürdiges Rechtsgut ausscheiden oder allenfalls dann in Betracht kommen, wenn es sich bei dem betreffenden Land um einen freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat westlicher Prägung handelt. Die Legitimationsfrage stellt sich nämlich nicht mit Blick auf den Schutz einer ausländischen Institution (Verwaltung), sondern auf die Gewährleistung normgemäßen Verwaltungshandelns. Ausländische Normen des Verwaltungsrechts mögen im Einzelfall aus deutscher Sicht illegitim sein (siehe oben zum Verstoß gegen den *ordre public*), ihnen kann jedoch nicht von vornherein jede Legitimität abgesprochen werden, denn sie schützen nicht ausschließlich staatliche Interessen, sondern auch, wenn nicht sogar in erster Linie kollektive und individuelle Interessen der Bevölkerung. Die völkerrechtliche Pflicht der Staaten zur Korruptionsbekämpfung findet ihre Grundlage dementsprechend nicht allein in den einschlägigen Abkommen, sondern auch in den allgemeinen menschenrechtlichen Schutzpflichten. Dieser Zusammenhang wird bereits in der Präambel der eingangs zitierten Erklärung der Menschenrechte aus dem Jahr 1789 beschworen, deren Autoren die Korruptheit der Regierungen auf deren Ignoranz gegenüber den Menschenrechten zurückführen.<sup>110</sup>

Wenngleich die Staaten damit in erster Linie aufgerufen sind, gegen die Korruption in der eigenen Verwaltung vorzugehen,<sup>111</sup> wird mit der Verankerung der Korruptionsbekämpfung im Menschenrechtsschutz ein legitimes Interesse an der Kriminalisierung der Auslandskorruption benannt. Neben den bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen (siehe oben III. 2.) ist es diese Bedeutung der Korruptionsbekämpfung für einen effektiven Menschenrechtsschutz, welche die Aus-

<sup>110</sup> „Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l’ignorance, l’oubli ou le mépris des droits de l’Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, [...]“, zitiert nach Franz (Fn. 1); siehe auch Peters, JZ 2016, 217.

<sup>111</sup> Peters, JZ 2016, 217 (219 f.), insbesondere mit Blick auf die Korruptionsprävention (Art. 5 ff. UN-Konvention gegen Korruption).

landskorruption von Straftaten gegen andere öffentliche Interessen ausländischer Staaten (Schutz von Staatsgeheimnissen oder des Steueraufkommens) abhebt und eine entsprechende Ausdehnung des strafrechtlichen Schutzes rechtfertigt.<sup>112</sup> Dem Gesetzgeber verbleibt damit immer noch ein breiter kriminalpolitischer Spielraum. Auf den ersten Blick könnte man dazu neigen, die Strafbarkeit der Auslandskorruption auf Fälle zu beschränken, in denen mit der pflichtwidrigen Diensthandlung zugleich Menschenrechte verletzt werden. Dies würde jedoch dem Umstand nicht gerecht werden, dass mit der Korruption über den Einzelfall hinaus eine strukturelle Gefahr für die Menschenrechte besteht, der umgekehrt die freiheitssichernde Funktion einer an Recht und Gesetz gebundenen Verwaltung entspricht. Mit dem Erfordernis einer pflichtwidrigen Diensthandlung wird die Strafbarkeit zugleich auf besonders schwerwiegende Korruptionsfälle beschränkt (§§ 332, 334 StGB).

An § 335a StGB sollten allerdings keine zu hohen Erwartungen gerichtet werden. In erster Linie wird es weiterhin auf die Maßnahmen ankommen, welche der ausländische Staat selbst zur Bekämpfung der Korruption ergreift.<sup>113</sup> Der strafrechtliche Schutz durch die deutsche Justiz ist subsidiär und soll eine Strafverfolgung in den Fällen ermöglichen, in denen ein Strafverfahren im Ausland nicht geführt wird bzw. geführt werden kann. Die gegen eine solche Möglichkeit gerichtete Kritik, wonach die deutsche Justiz mit einer Vielzahl komplexer Verfahren strukturell überfordert und damit eine selektive Verfolgung befördert werde,<sup>114</sup> dramatisiert in ihrem Kern Probleme, mit denen jedwede grenzüberschreitende Strafverfolgung zu tun hat (vgl. insbesondere §§ 5–7 StGB),<sup>115</sup> und muss sich ihrerseits fragen lassen, ob derartige Schwierigkeiten Grund genug sind, von einer Kriminalisierung der Auslandskorruption generell abzusehen und damit sehenden Auges in Kauf zu nehmen, dass ein deutscher Täter auf entsprechendes Ersuchen weder an den betroffenen ausländischen Staat ausgeliefert (Art. 16 Abs. 2 GG) noch in Deutschland verfolgt werden kann (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB).<sup>116</sup>

§ 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB liegt damit jedenfalls innerhalb des kriminalpolitischen Spielraums, über den das Parlament bei der Strafgesetzgebung verfügt. *Knut Amelung* hat die Notwendigkeit eines solchen Spielraums darauf zurückgeführt, dass sich in einer pluralistischen Gesellschaft ein allgemeiner gesellschaftlicher Konsens über das, was durch Strafe zu schützen ist, kaum herstellen lässt, sich aber zugleich über die (vermeintliche) Rationalität des Gesetzge-

bungsverfahrens keine Illusionen gemacht.<sup>117</sup> Umso mehr werden wir seine Beiträge zu diesen Fragen vermissen.

---

<sup>112</sup> Vgl. die entsprechende Kritik bei *Androulakis* (Fn. 70), S. 403.

<sup>113</sup> *Weigend* (Fn. 6), S. 121.

<sup>114</sup> *Brockhaus/Haak*, HRRS 2015, 218 (223); *Gaede* (Fn. 6), S. 26.

<sup>115</sup> Siehe auch den Vergleich zum Sextourismus (siehe insoweit § 5 Nr. 8 StGB): *Pieth* (Fn. 107), S. 22.

<sup>116</sup> Siehe auch *Deiters* (Fn. 65), S. 62; *Hoven* (Fn. 51), S. 544.

---

<sup>117</sup> *Amelung* (Fn. 3 – Rechtsgutstheorie), S. 163 f. (mit dem Vorschlag, den Erlass von Strafgesetzen an eine qualifizierte Mehrheit zu knüpfen); zu den Hindernissen wissenschaftlich beratener Strafgesetzgebung: *Amelung*, ZStW 92 (1980), 19 (47 ff.).

# Sinn und Grenzen (straf-)gesetzlicher Steuerung im Arztrecht am Beispiel der Organ-Allokation\*

Von Prof. Dr. Detlev Sternberg-Lieben, Dresden\*\*

## I. Einleitung

Gesetzgeberisches Handeln im Bereich des Arztrechts sieht sich vor folgende Schwierigkeit gestellt: Ärzten und Juristen ist eine unterschiedliche Sichtweise eigen, die Auslöser eines mitunter gespannten Verhältnisses ist. Der Arzt ist auf den hilfsbedürftigen Patienten fokussiert (*salus aegroti suprema lex*). Sein Wille, ihm zu helfen, ist auf den zukünftigen, häufig genug nur unter Inkaufnahme von Risiken erreichbaren Heilungserfolg gerichtet, ist also primär prognostisch geprägt. Ein Fehlschlag der Behandlung wird dann von ihm rasch als „Resultat der Komplexität des Lebens“ eingestuft. Der Jurist hingegen rückt den Patienten als freiverantwortlich entscheidendes Individuum, dessen Wille zu respektieren ist (*voluntas aegroti suprema lex*), in den Mittelpunkt. Sein Blick ist berufsbedingt eher auf Steuerung und Kontrolle sowie Risiko-Minimierung gerichtet. Bei einem Fehlschlag ärztlicher Bemühungen steht für den Juristen Vergangenheitsbewältigung an, etwa die Frage nach einem Behandlungsfehler.

Fortschritte der Medizin – die Organtransplantation bietet hierfür ein gutes Beispiel – bringen gerade auch bei technikunterstützter Behandlung neue Heilungschancen, aber auch erhöhte Behandlungsrisiken mit sich. Aus neu erschlossenen Aufgabenfeldern resultiert ein Zuwachs an Verantwortlichkeit:<sup>1</sup> Aus Schicksal des Betroffenen kann Schuld des Arztes werden, die dann (richter-)rechtlicher Erfassung offen steht; aus schicksalhaftem Unglück wird vorwerfbares Unrecht. Des Weiteren beinhaltet eine Überbetonung naturwissenschaftlich-technisch geprägter Medizin die Gefahr, den Patienten nicht mehr als hilfsbedürftigen Menschen, sondern als bloßen Informationsträger medizinisch relevanter Daten und Objekt ärztlichen Tuns zu begreifen. Umgekehrt verfallen Patienten mitunter in eine „Konsumentenhaltung“, wenn Gesundheit als käufliches (und noch dazu teuer bezahltes) Gut erlebt wird.<sup>2</sup>

Eine zunehmende Verrechtlichung des Arzt-Patienten-Verhältnisses hat Auswüchse gezeitigt. Ich erinnere nur an die Überdehnung ärztlicher Aufklärungspflichten durch die zivilrechtliche Rechtsprechung mit dem Ziel, bei nicht be-

weisbarem Behandlungsfehler doch noch eine Schadensersatzpflicht des Arztes zu erreichen. Generell ist eine übermäßige Verrechtlichung dieses Bereiches aber nicht nur positiv (Stichwort: rechtlicher Schutz des Schwachen) zu bewerten. Es droht nämlich auch eine Beeinträchtigung der Arzt-Patienten-Beziehung, die sich ja nicht auf das rechtlich Regelbare beschränkt. So hat das Bundesverfassungsgericht schon 1979 erkannt, dass das Verhältnis von Arzt und Patient weit mehr ist als eine juristische Vertragsbeziehung.<sup>3</sup> Insofern sei auch *Radbruch* zitiert, wonach das „Recht [...] der Abwicklung enttäuschter Erwartungen [dient], nur freundet dabei Recht nicht, es scheidet.“<sup>4</sup> Von einer verrechtlichten Medizin ist der Weg nicht weit zur sog. „Defensivmedizin“:<sup>5</sup> Nichtstun (etwa zu geringe Schmerzmittelgaben) oder zu viel Tun (bspw. eine Weiterbehandlung um jeden Preis oder Überdiagnostik), beides, um auf jeden Fall auf der sicheren Seite zu sein; Formulare und Dokumentation statt Gespräch und Konsil, fehlende Verantwortungsbereitschaft, Risikoscheuheit als Folge tatsächlicher oder auch nur befürchteter Sanktionen des Rechts usw. All dies geht letztlich zu Lasten des Patienten, denn was er durch (straf-)rechtlichen Schutz gewönne, würde sich dann gegen ihn kehren, wenn überzogene (straf-)rechtliche Anforderungen seinem Arzt nahelegen, sich primär an eigenen, als solchen ja durchaus legitimen Bedürfnissen einer Sicherheit vor (auch straf-)rechtlicher Sanktionierung zu orientieren.

Ich will hier nicht die Bedeutung des Rechts in seiner Schutz- und Missbrauchsabwehrfunktion zugunsten des Patienten in Abrede stellen. Der Zugriff der Ärzte auf fundamentale Rechtsgüter der Patienten verlangt nach rechtlicher Rahmensetzung, ist doch der Rechtsstaat durch eine Herrschaft des Rechts über menschliche Macht und Willkür gekennzeichnet. Bei der Frage, ob überhaupt ärztliches Eingreifen zulässig ist, wird man einen ärztlichen Freierraum nicht anerkennen können: Der Erweiterung ärztlicher Freiheit entspreche ja eine Rechtseinbuße bei ihren Patienten. Bei der Organ-Allokation geht es aber nicht um den Schutz eines Patienten vor eigenmächtiger Heilbehandlung, sondern um die gleich-

\* Um einen Fußnotenapparat ergänzter Vortrag, der in abgekürzter Form auf dem von *Martin Böse* und dem *Verfasser* veranstalteten Symposium zum Gedenken an *Knut Amelung* am 2.2.2018 an der Juristischen Fakultät der Technischen Universität Dresden gehalten wurde.

\*\* Der *Verf.* ist Senior-Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Technischen Universität Dresden sowie Leiter der Forschungsstelle Medizinstrafrecht ebenda.

<sup>1</sup> Etwa ein Schadensersatzanspruch wegen „wrongful birth“ erst ab Möglichkeit pränataler Diagnostik.

<sup>2</sup> Zu den Auswirkungen veränderter ökonomischer und juristischer Rahmenbedingungen und gesellschaftlichen Wandels auf das Arzt-Patienten-Verhältnis *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 10 ff.; sowie zuletzt *Miranowicz*, *MedR* 2018, 131.

<sup>3</sup> BVerfGE 52, 131 (169 f.): „Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ist, so Eberhard Schmidt (*Der Arzt im Strafrecht*, in: *Ponsold*, *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, 2. Aufl. 1957, S. 2) weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung. „Die Standesethik steht nicht isoliert neben dem Recht. Sie wirkt allenthalben und ständig in die rechtlichen Beziehungen des Arztes zum Patienten hinein. Was die Standesethik vom Arzte fordert, übernimmt das Recht weithin zugleich als rechtliche Pflicht. Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen des Menschen fließt im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen.“

<sup>4</sup> *Radbruch*, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. 1973, S. 155.

<sup>5</sup> Krit. *Ulsenheimer*, *MedR* 1987, 207 (215 f.); *ders.*, *MedR* 1992, 127 (133 f.).

heitsgerechte Teilhabe am knappen Gut „Organ“. Bei Entscheidungen innerhalb einer konsentierten Behandlung (also beim Wie) sollte sich jedenfalls das Strafrecht grundsätzlich eher auf die bloße Rahmensetzung einer Grenzkontrolle, die nur bei Beurteilungsfehlern greift, beschränken.

## II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Organ-Allokation

Als erstes ist der Blick auf die Anforderungen zu richten, die sich dem Grundgesetz für die Verteilung des knappen Gutes der zu transplantierenden Organe entnehmen lassen.

### 1. Organ-Allokation und Lebenswertindifferenz

#### a) Unzulänglichkeit eines rein utilitaristischen Ansatzes

Bei der Zuteilung von Organen für Transplantationen besteht sicherlich das Dilemma, dass der Gesetzgeber in §§ 10 Abs. 2 Nr. 2, 12 Abs. 3 TPG die Verteilungsparameter „Erfolgsaussichten“ und „Notwendigkeit/Dringlichkeit“ der Organübertragung zwar benannt, deren Spannungsverhältnis aber nicht gelöst hat: Die Patienten mit der höchsten Dringlichkeitsstufe sind zumeist gerade diejenigen, die wegen des fortgeschrittenen Verlaufs ihrer Erkrankung besonders schlechte Erfolgsaussichten (zumindest auf ein längerfristiges Überleben, häufig aber auch auf das Überstehen der Operation bezogen) bieten; umgekehrt würde ein Abstellen auf die Erfolgsaussichten der Transplantation gerade die eben genannten Risiko-Patienten mit höchster Dringlichkeitsstufe in der Regel von einer Transplantation ausschließen.<sup>6</sup>

Gesellschaftlich sinnvoll unter einem utilitaristischen Blickwinkel wäre es, die Organverteilung danach auszurichten, bei welchen Patienten die Organübertragung zumindest längerfristige, besser noch: gesellschaftsnützliche, Folgen nach sich zöge. Dies hätte dann zur Folge, dass Schwerst- kranke, bei denen infolge ihres krankheitsgeschwächten Gesundheitszustandes eine Transplantation mutmaßlich nur eine gewisse Verlängerung ihrer Lebensspanne zur Folge hätte, hinter Patienten mit höherer Lebenserwartung bzw. höherer gesamtgesellschaftlicher Nützlichkeit zurückzutreten hätten, und zwar auch dann, wenn die Nicht-Transplantation bei ihnen mit hoher Wahrscheinlichkeit den alsbaldigen Tod zur Folge hätte.

Ginge man von einer rein ökonomischen Betrachtungsweise des Rechts aus, wonach soziale Systeme auch durch Ressourcenknappheit beeinflusst sind, mithin auch hier die knappen Ressourcen möglichst effizient eingesetzt werden sollten, so wäre dies vom Ansatz durchaus plausibel (allokative Effizienz als Richtschnur normativer Ökonomik: „Effizienz als Rechtsprinzip“ – so der programmatische Titel der Standardschrift von *Eidenmüller*<sup>7</sup>). Sollen aber hieraus more geometrico normative Vorgaben entwickelt werden, so würde das Recht als bloße Sozialtechnologie begriffen, das sich nur

an der ökonomischen Logik<sup>8</sup> orientiert. Dies würde glücklicherweise angesichts der grundgesetzlichen Vorgaben rasch an die Begrenzung für eine derart utilitaristische Herangehensweise stoßen: Als normativer Ansatz ist diese allgemeine Wohlfahrtsökonomie ja an den Maßstäben der Verfassung, namentlich dem der Grundrechte des Einzelnen, zu messen.<sup>9</sup> Es sind also die Grundrechte, die einer einfachgesetzlichen Aufwertung des Effizienzziels Grenzen ziehen. Entsprechendes gilt dann auch für die Rechtsanwendung.

#### b) Prinzip der Lebenswertindifferenz als Schranke aller utilitaristischen Ansätze für die Organ-Allokation

Alle Regelungen, die – egal auf welcher Normierungsebene – im Bereich der Organallokation getroffen werden, haben dem Gesichtspunkt der sog. Lebenswertindifferenz Rechnung zu tragen: Das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG), die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) verbieten jede unmittelbare oder auch nur mittelbare Differenzierung nach dem Lebenswert des Einzelnen,<sup>10</sup> aber auch ein Abstellen auf die zu erwartende Dauer oder Qualität seines Lebens.<sup>11</sup>

Vom rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) her ist uns allen ja ein Bewertungsverbot menschlichen Lebens bekannt (Grundsatz der Unabwägbarkeit des Lebens): Ein Leben darf bei der Abwägung der betroffenen Interessen nicht rechtlich höher gewertet werden, weil es kollektiv betrachtet nützlicher für die Gesellschaft erscheint. Die Überlebensinteressen dürfen mithin nicht nach persönlichen Eigenschaften des Rechtsgutsträgers bewertet werden (Studentin, Professor, Nobelpreisträgerin oder Mörder). Man kann dies als Eigenschaftsbewertungsverbot bezeichnen. Die Lebensinteressen dürfen aber auch nicht danach gewichtet werden, ob das Leben der Betroffenen mit Sicherheit oder Wahrscheinlichkeit kurz oder lang dauern wird (Dauerbewertungsverbot: Jede Lebensverkürzung stellt ein Tötungsdelikt dar). Seine

<sup>8</sup> Im Sinne einer Steigerung des gesellschaftlichen Wohlstands im Allgemeinen, der dann eintritt, wenn die Gesamtvorteile der von einer Entscheidung profitierenden Personen den Gesamtnachteil aller hiervon mit „Kosten“ belasteter Individuen überwiegen (hierzu am Beispiel des deliktsrechtlichen Schadensersatzes *Faltmann*, ZJS 2017, 10 [10 f.]).

<sup>9</sup> *Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 108.

<sup>10</sup> *Dannecker/Streng*, in: Lüderssen/Volk/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag am 12. Januar 2014, 2014, S. 127 (141): Auch jede utilitaristisch an der Maximierung des aggregierten Gesamtnutzens des Patientenkollektivs orientierte Organverteilung sei unzulässig; allerdings sei ein die Zahl der überlebenden Organempfänger maximierender Verteilungsmodus nicht von vornherein ausgeschlossen (*dies.*, JZ 2012, 444 [449 ff.] im Zusammenhang mit einer denkbaren Ergänzung des MELD-Score).

<sup>11</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam*, in: Gutmann (Hrsg.), Grundlagen einer gerechten Organverteilung, 2003, S. 59 (78 ff.); für zumindest relativen Vorrang des individuellen Dringlichkeits- gegenüber dem utilitaristischen Erfolgsaussichtskriterium auch *Höfling*, JZ 2007, 481 (487); siehe auch BVerfG 115, 118 (158) zu § 14 Abs. 3 LuftSiG i.d.F. vom 11.1.2005.

<sup>6</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam*, NJW 2002, 3365 (3368 f.).

<sup>7</sup> *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl. 2015.

Grundlage findet dieses Prinzip der Lebenswertindifferenz schon darin, dass eine Entziehung des Lebens gleichzeitig die Entziehung aller anderen möglichen Interessen des Betroffenen darstellt. Das Leben ist die unerlässliche Basis für alle individuellen Rechtsgüter.

*Wiltenmann* hat nun kürzlich zurecht darauf aufmerksam gemacht, dass diese mehr ontologische Begründung allein nicht genügt, da sie nicht die Begründung dafür liefert, dass die Perspektive des Einzelnen maßgeblich sein soll und nicht die Perspektive der Gesellschaft, wie dies bei einer utilitaristischen Betrachtung der Fall wäre.<sup>12</sup> Die entscheidende Begründung ist aber aus dem Grundgesetz zu gewinnen, das in Art. 1 Abs. 1 GG die Menschenwürde an die Spitze der Verfassungspyramide stellt. Der Staat ist nach dieser Leitentscheidung, die auch die Auslegung der Grundrechte prägt, um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates oder der Gemeinschaft willen.<sup>13</sup> So ist das Leben des Einzelnen deswegen unabwägbar, weil der Staat die Perspektive des Einzelnen für prinzipiell maßgeblich hält.<sup>14</sup> Mit *Reinhard Merkel*<sup>15</sup> kann gesagt werden, dass der Staat als Rechtsstaat die Primäraufgabe hat, eine Grundordnung zu garantieren, die eine Rechtspflicht des Einzelnen zur Lebensaufopferung ausschließt.

In Bezug auf die Allokation der zu transplantierenden Organe ist hieraus mit *Bader*<sup>16</sup> und *Dannecker/Streng*<sup>17</sup> zu folgern, dass das grundgesetzliche Gebot der Lebenswertindifferenz bereits das Recht jedes einzelnen Patienten schützt, Zugang zur Warteliste zu erhalten, sofern überhaupt ein gewisser Transplantationserfolg erwartet werden kann;<sup>18</sup> lediglich eine – eng zu bemessende und ärztlicherseits festzulegende – Minimalnutzenschwelle<sup>19</sup> ist zulässig, also ein Kriterium, das auf die generelle Eignung der Transplantation zur Lebenserhaltung und gerade nicht auf mittel- bis langfristige Erfolgsresultate abstellt. Hiermit ist keine quantitative oder qualitative Bewertung des Lebensrechts des Übergangenen verbunden: Das Organ wird dem Patienten nicht vorenthalten, weil es einem anderen Patienten besser, sondern weil es dem Übergangenen gar nicht helfen kann (etwa wegen Blutgruppen-Unverträglichkeit).<sup>20</sup> Unzulässig sind hingegen utilitaristische Verteilungsmodelle, die an der Maximierung des aggregierten Gesamtnutzens des Patientenkollektivs ausgerichtet sind (also etwa an höherer Lebenserwartung oder

größerer Lebensqualität);<sup>21</sup> sie verfehlen das Gebot eines lebenschancengleichen Zugangs zu den knappen Ressourcen der Transplantationsmedizin. Dies gilt nicht nur für die unmittelbare Zuteilung von Lebenschancen durch den Staat, sondern auch bei einer Verteilung durch von ihm legitimierte Institutionen wie die Transplantation-Zentren: Immerhin hat der Gesetzgeber durch das Transplantationsgesetz mit seinem Ausschluss privater Organvermittlung normative Verteilungsregeln im grundrechtsrelevanten Bereich etabliert.

Hieraus folgt beispielsweise, dass an die Listenaufnahme als erstem „Nadelöhr“ zur Organzuteilung nicht zu hohe Anforderungen (z.B. „längerfristige Funktion des transplantierten Organs“) gestellt werden dürfen. Eine grundgesetzkonforme Interpretation entsprechender, die Erfolgsaussichten i.S.v. § 10 Abs. 2 Nr. 2 TPG konkretisierender ärztlicher Richtlinien gebietet die Aufnahme aller Kranken, bei denen die indizierte Transplantation überhaupt einen Erfolg erwarten lässt.<sup>22</sup> Diese „Mindestnutzenschwelle“ steht nicht im Widerspruch zum Prinzip der Lebenswertindifferenz, da sie bereits dann erreicht ist, wenn im Einzelfall die generelle Eignung einer Transplantation gegeben ist: Die Transplantation muss also lediglich medizinisch indiziert sein und nicht nur einen kurzen Aufschub des Leidens versprechen;<sup>23</sup> auch können perioperative Risiken, die ein Nichtüberleben der Operation befürchten lassen, als Kontraindikation berücksichtigt werden.<sup>24</sup> Mit der Versagung eines Organs infolge mangelnder Eignung (bspw. bei fehlender Blutgruppenkompatibilität<sup>25</sup>) ist eben keine qualitative oder quantitative Bewertung des Lebensrechts des nicht berücksichtigten Patienten verbunden.<sup>26</sup> Es ist einzuräumen, dass die Grenze zwischen minimaler Erfolgsaussicht und nicht akzeptabler größerer (bzw. optimaler Erfolgsaussicht) fließend ist. Die von *Bader*<sup>27</sup> vorgeschlagene zu prognostizierende Mindestfunktionsdauer des Transplantats von drei Monaten scheint mir als ein den „Schmerz der Grenze“ allerdings – wie auch sonst im arzt(straf-)rechtlichen Bereich – nur lindernder Richtwert

<sup>12</sup> *Wiltenmann*, ZStW 127 (2015), 888 (902).

<sup>13</sup> Vgl. die ursprüngliche Formulierung von Art. 1 Abs. 1 GG im Herrenchiemseer Verfassungsentwurf, JöR 1 (1951), 48 (allerdings mit ausschließlich staatsgerichtetem Bezug).

<sup>14</sup> *Wiltenmann*, ZStW 127 (2015), 888 (905 f.). Den Menschenwürde-Bezug betont auch *Gutmann*, in: *Gutmann/Schmidt* (Hrsg.), *Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen*, 2003, S. 179.

<sup>15</sup> *Merkel*, JZ 2007, 373 (381).

<sup>16</sup> *Bader*, *Organmangel und Organverteilung*, 2010, S. 377.

<sup>17</sup> *Dannecker/Streng* (Fn. 10), S. 141.

<sup>18</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 84.

<sup>19</sup> So auch *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 81.

<sup>20</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 344.

<sup>21</sup> So auch *Gutmann*, in: *Gutmann/Schmidt* (Fn. 14), S. 204; *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 81.

<sup>22</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 376 f.; *Dannecker/Streng* (Fn. 10), S. 141 m.w.N. in Fn. 66; *Dannecker/Streng/Ganten*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier* (Hrsg.), *Priorisierung in der Medizin*, 2013, S. 147 (157): aber nicht bspw. bei völlig unzureichender Compliance des Patienten (hierzu *Dannecker/Streng*, JZ 2012, 444 [451: sofern hierdurch das zu erwartende Transplantatüberleben nennenswert gemindert würde]); *Weigel*, *Organvermittlung und Arzthaftung*, 2017, S. 59 (88).

<sup>23</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 82 im Anschluss an *Schott*, *Patientenauswahl und Organallokation*, 2001, S. 361.

<sup>24</sup> *Weigel* (Fn. 22), S. 88.

<sup>25</sup> Hierzu *M. Schneider*, *Verfassungsmäßigkeit des Rechts der Organallokation*, 2015, S. 166 ff.

<sup>26</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 344: Das Organ wird dem Patienten nicht vorenthalten, weil es einem anderen Patienten besser, sondern weil es ihm selbst gar nicht helfen kann.

<sup>27</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 325 f.

akzeptabel.<sup>28</sup> Demgegenüber würden Krankheiten, die mit dem Transplantat nichts zu tun haben, die aber generell lebensverkürzend wirken (können), also etwa eine Krebserkrankung, die zu fordernde „Erfolgsaussicht“ nicht entfallen lassen, da es sich nicht um eine der Organübertragung unmittelbar entgegenstehende medizinische Kontra-Indikation handelt.<sup>29</sup>

Verstoßen die Vorgaben – namentlich die von der Bundesärztekammer erlassenen Richtlinien zur Aufnahme in die Warteliste oder zur Organ-Zuteilung (etwa dadurch, dass sie auf einen längerfristigen Transplantationserfolg abstellen<sup>30</sup>) – gegen diese soeben skizzierte Vorgabe, so sind sie aus verfassungsrechtlichen Gründen (Lebenswertindifferenz) unbeachtlich. Hält sich ein Arzt nicht an entsprechende Vorgaben und verfälscht beispielsweise die für die Führung der Warteliste anzugebenden Kriterien für die langfristigen Erfolgsaussichten einer Transplantation zugunsten seines Patienten, so begründet dies keine Strafbarkeit wegen eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts<sup>31</sup> an demjenigen, der hierdurch auf der Warteliste „überholt“ wird: Angesichts der verfassungsrechtlichen Vorgabe fehlt es an einer unerlaubten Gefahrschaffung und damit an der objektiven Zurechnung des Taterfolgs.<sup>32</sup>

Insoweit abschließend sei darauf hingewiesen, dass das Prinzip der Lebenswertindifferenz keineswegs überhaupt der Zuteilung eines lebenswichtigen Organs an einen Patienten entgegensteht, auch wenn hiermit zwangsläufig die Konsequenz verbunden ist, dass ein auf der Warteliste hinter ihm platzierter anderer Patient verstirbt: Kann nur ein Mensch von mehreren gerettet werden, so ist eine Entscheidung durchaus rechtlich zulässig. Sie muss aber das Gebot willkürfreier Sachgerechtigkeit erfüllen und einen chancengleichen Zugang garantieren;<sup>33</sup> mithin darf sie nicht an Lebenswert oder Lebenssinn anknüpfen.<sup>34</sup> Mit den Worten von *Claus Roxin* (im Zusammenhang mit der Interessenabwägung bei § 34 StGB): „Es darf also auch nicht der Schwachsinnige zur Rettung des Nobelpreisträgers, der welche Greis zur Erhaltung des kraftvollen Jünglings, der sozialschädliche Kriminelle zur

Bewahrung wertvollen Lebens geopfert [ich ergänze: oder bei der Organallokation übergangen] werden.“<sup>35</sup>

## 2. Einzelfragen am Beispiel von Ausschluss-Kriterien sowohl für eine Aufnahme auf die Warte-Liste als auch für die Organzuteilung

### a) Lebensalter

In der Transplantationsmedizin hat eine Altersrationierung durchaus Tradition: So wurden bis in die 80er Jahre keine lebenswichtigen Organe an Patienten über 50 Jahre übertragen.<sup>36</sup> Heute spielt das Lebensalter – jedenfalls in den Richtlinien – sowohl bei der Aufnahme in die Warteliste als auch regelmäßig bei der Allokation im eigentlichen Sinne<sup>37</sup> keine Rolle.

Für eine Berücksichtigung des Lebensalters spräche zwar die durchschnittlich geringere Restlebenszeit älterer Patienten. Dies lässt eine Organzuteilung an sie als suboptimal erscheinen, da nicht auszuschließen ist, dass die Organ-Funktionsdauer die restliche Lebenszeit des Patienten übersteigt,<sup>38</sup> mithin eine utilitaristische Begründung. Denkbar wäre aber auch ein eher egalitärer Ansatz: Älteren Patienten wurde ja bereits das Privileg eines langen Lebens zuteil; somit wäre es gerecht, Organe Jüngeren zur Verfügung zu stellen, die sonst dieses Privileg gar nicht erreichen könnten.<sup>39</sup>

Letztendlich verbirgt sich hinter diesen Überlegungen die Grundüberzeugung, dass das Leben im Alter weniger wert sei als in der Jugend (womit letztlich ein sozialer Allokationsgedanke am Horizont erscheint, nämlich die Überlegung bzw. Unterstellung geringerer gesellschaftlicher Produktivität älterer Menschen).<sup>40</sup> Das Grundgesetz mit seinem Gebot der Hilfsbedürftigen Menschen in den Blick, dem unabhängig von seinem Lebensalter das gleiche Lebensrecht zusteht wie jedem anderen, auch jüngeren, Menschen.<sup>41</sup>

Kurz erwähnt werden soll hier aber auch eine umgekehrte Fallgestaltung, nämlich eine unzulässige<sup>42</sup> Benachteiligung jüngerer Patienten zugunsten Älterer, nämlich durch das Eurotransplant-„Senior Programm“ (Old for Old): Danach sind Nieren von Spendern, die über 65 Jahre alt sind, aus-

<sup>28</sup> Siehe aber auch *Schott* (Fn. 23), S. 360 f.

<sup>29</sup> *M. Schneider* (Fn. 25), S. 189; ebenso *Bader* (Fn. 16), S. 377 f.

<sup>30</sup> Nachw. bei *Bader* (Fn. 16), S. 376.

<sup>31</sup> In der Regel infolge Nachweisschwierigkeiten in Bezug auf die Erfolgskausalität nur als versuchtes Delikt.

<sup>32</sup> *I. Sternberg-Lieben/D. Sternberg-Lieben*, JZ 2018, 32. Umgekehrt könnte im Falle richtlinienkorrekter Angabe der wartelistenrelevanten Parameter im eben erwähnten Fall der Arzt möglicherweise infolge des Ausschlusses dieses Patienten ein wegen fehlenden Kausalitätsnachweises in der Regel nur versuchtes Tötungs- oder Körperverletzungsdelikt verwirklichen, doch dürfte seiner Bestrafung ein regelmäßig unvermeidbarer Verbotsirrtum entgegenstehen.

<sup>33</sup> Vgl. allgemein zu den rechtlichen Voraussetzungen bei der „Verwaltung“ knapper Güter: *Badura*, in: *Wend/Höfling/Karpen* (Hrsg.), *Staat – Wirtschaft – Steuern*, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, 1996, S. 529.

<sup>34</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 80.

<sup>35</sup> *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 16 Rn. 33; so auch in Bezug auf das menschliche Leben *Eser*, JZ 1986, 786 (795): „Ablehnung jeder Differenzierung nach seinem ‚Wert‘“.

<sup>36</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 435.

<sup>37</sup> Zulässig ist aber die Berücksichtigung der Alterskompatibilität von Spenderorgan und Empfängerorganismus zur Steigerung der Erfolgsaussichten i.S.e. Mindestnutzens (*Bader* [Fn. 16], S. 436).

<sup>38</sup> Nachw. bei *Bader* (Fn. 16), S. 438.

<sup>39</sup> Nachw. bei *Bader* (Fn. 16), S. 439.

<sup>40</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 444 f.; abl. auch *Schott* (Fn. 23), S. 318 ff.

<sup>41</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 445 ff.

<sup>42</sup> So auch *Bader* (Fn. 16), S. 389; *Weigel* (Fn. 22), S. 104. Anders *M. Schneider* (Fn. 25), S. 215.

schließlich Empfängern anzubieten, die ihrerseits das 65. Lebensjahr vollendet haben. Dies hat sicherlich den Nutzen, dass die generellen Erfolgsaussichten von Nierentransplantationen erhöht werden: Da ältere Nieren regelmäßig eine kürzere Funktionsdauer erwarten lassen, sollen sie dem Patientenkollektiv zugutekommen, das hieraus den größeren Nutzen ziehen dürften: Die verkürzte „Restlaufzeit“ der übertragenen Niere dürfte sich häufig genug mit der kürzeren Lebensspanne decken, die älteren Patienten noch verbleibt, während bei einer Übertragung auf jüngere Patienten erhöhte Retransplantationsraten zu erwarten sind. Diese auf eine Optimierung der Funktionsraten abhebende Überlegung ist aber mit dem Prinzip der Lebenswertindifferenz nicht vereinbar. Es kann auch keineswegs das zulässige Ausschlusskriterium mangelnder Erfolgsaussichten hierfür angeführt werden, da Nieren älterer Spender ja auch bei jüngeren Empfängern funktionieren, die Hürde des Mindestnutzens also überwunden ist.<sup>43</sup>

#### b) Wartezeit

Der bis zur möglichen Zuteilung eines Organs verstreichenen Wartezeit kommt keine eigenständige Bedeutung neben dem Kriterium der Dringlichkeit zu. Sicherlich nimmt der Zustand des zu ersetzenden Organs Schaden, wodurch auch Sekundärschäden an anderen Organen eintreten; der psychische Zustand des Betroffenen verschlechtert sich, auch unter dem Eindruck von Nebenwirkungen von Ersatz-Therapien, die ggf. allmählich an Wirksamkeit nachlassen. Dies allein vermag aber die am konkreten Ersatzbedarf, also der Dringlichkeit der Transplantation, zu orientierende Organ-Zuteilung nicht zu überspielen: Die Zuteilung hat sich am höchsten Bedarf zu orientieren, sie muss nicht durch eine längere Wartezeit „ersessen“ werden. Selbstredend kann eine erhöhte Transplantationsdringlichkeit im Verlauf der Wartezeit infolge der erwähnten Nebenfolgen eintreten.<sup>44</sup>

#### c) Vorverschulden am Beispiel des Schmerzmittel-, Alkohol- und Nikotinabusus

Nach ernstzunehmenden Schätzungen beruhen 20 % der Fälle von Nieren-Insuffizienz auf Schmerzmittelmissbrauch, 60 % der Leber-Insuffizienzen auf Alkoholismus und Herz- und Lungenversagen vielfach auf übermäßigem Rauchen.<sup>45</sup> Für einen Ausschluss entsprechender Patienten von der Warteliste spräche immerhin die Erwägung, dass die Betroffenen die Konsequenzen eines von ihnen frei gewählten Lebensstils tragen sollten, anstatt sie durch die Verknappung medizinischer Ressourcen anderen Patienten aufzubürden.<sup>46</sup> Hierbei

handelt es sich dann nicht um eine medizinische Überlegung, sondern um ein Gerechtigkeitsargument, wie es auch vom rechtfertigenden Notstand her bekannt ist:<sup>47</sup> Die Hinnahme wesentlicher Freiheitsverluste kann vom Bürger nicht verlangt werden kann, es sei denn, er ist dafür verantwortlich.

Nun sind im Gesundheitsrecht durchaus Regelungen vorhanden, die auf ein Selbstverschulden der Gesundheitsbeeinträchtigung abstellen. Diese haben aber nur pekuniäre Nachteile einer Kostenbeteiligung zur Folge, nicht etwa einen Behandlungsausschluss.<sup>48</sup> Zwar basiert unsere Rechtsordnung auf der Idee eines selbstverantwortlich agierenden Einzelnen. Die Realität entspricht aber keineswegs immer dieser Idealvorstellung. Konsequenterweise werden Schmerzmittel-, Alkohol- und Nikotin-Abusus inzwischen in der Medizin als suchtbedingte Krankheiten verstanden.<sup>49</sup> Verfassungsrechtlich betrachtet verstößt die Berücksichtigung des Kriteriums „Vorverschulden“ jedenfalls gegen das Prinzip der Lebenswertindifferenz,<sup>50</sup> da mit einer derart begründeten Vorrangentscheidung ja letztlich die Abwertung des Lebensrechts dieser Patienten verbunden wäre (mitunter überspitzend als *de facto*-Todesstrafe bezeichnet).<sup>51</sup> Einfachgesetzlich ist ergänzend anzumerken, dass derartiges „Selbstverschulden“ keineswegs ein medizinisches, sondern ein ethisch begründete Zuteilungskriterium darstellen würde, das damit von vornherein schon nicht als „Regel der medizinischen Wissenschaft“ i.S.v. § 10 Abs. 2 Nr. 2 sowie § 12 Abs. 3 S. 1 TPG anzusehen ist.<sup>52</sup>

#### d) Drittverschulden

Aus den beiden eben unter c) genannten Gründen wäre umgekehrt eine Bevorzugung wegen eines Organverlusts infolge eines Drittverschuldens nicht zulässig,<sup>53</sup> auch nicht im Falle des Drittverschuldens durch den Leistungserbringer selbst (also etwa bei einem Kunstfehler im Transplantationszentrum, der zum Organverlust führt).

#### e) Zu erwartende mangelnde Compliance (auch: Compliance-Mangel infolge fehlender Sprachkenntnisse)

Sicherlich hängt der Erfolg einer Organtransplantation angesichts der erforderlichen Langzeit-Therapie (Stichwort: Einnahme von Medikamenten zur Immunsuppression, um eine Abstoßung des Organs zu verhindern) entscheidend auch davon ab, dass der Patient nicht durch Unzuverlässigkeit den Behandlungserfolg gefährdet. Die Bandbreite möglichen Fehlverhaltens des Patienten reicht von der Nichteinnahme von Medikamenten zur Immunsuppression über das Versäu-

<sup>43</sup> Weigel (Fn. 22), S. 104; so auch Bader (Fn. 16), S. 280, der dieses Programm aber unter dem Gesichtspunkt der Herstellung von Chancengleichheit für eine strukturell benachteiligte Gruppe für zulässig erachtet. Eine derartige Gerechtigkeitsüberlegung vermag aber das Verbot der Altersdiskriminierung (Art. 3 Abs. 3 GG) nicht zu überspielen (Weigel [Fn. 22], S. 104).

<sup>44</sup> So auch Schott (Fn. 23), S. 311.

<sup>45</sup> Bader (Fn. 16), S. 460.

<sup>46</sup> Entsprechende Nachw. bei Bader (Fn. 16), S. 461.

<sup>47</sup> Wilenmann, ZStW 127 (2015), 888 (909).

<sup>48</sup> Bader (Fn. 16), S. 462.

<sup>49</sup> Bader (Fn. 16), S. 465.

<sup>50</sup> Anders nur dann, wenn der Abusus zu einer derartigen körperlichen Schwächung geführt hat, dass die „Mindestnutzenschwelle“ voraussichtlich nicht zu erreichen ist.

<sup>51</sup> Bader (Fn. 16), S. 467; ebenso M. Schneider (Fn. 25), S. 210 f.; Schott (Fn. 23), S. 336.

<sup>52</sup> Bader (Fn. 16), S. 466.

<sup>53</sup> Schott (Fn. 23), S. 338.

men von Kontrollterminen und Ignorieren von Abstoßungsreaktionen bis hin zur Missachtung von Diätempfehlungen.<sup>54</sup> Dieses denkbare Ausschlusskriterium bereits für die Aufnahme in eine Warteliste weckt nicht nur wegen seiner Unbestimmtheit und der Schwierigkeit, die Kooperationsbereitschaft, aber auch -fähigkeit des Patienten vorab zuverlässig einschätzen zu können, Bedenken. Es ist offensichtlich, dass durch dieses nur scheinbar rein medizinische Tor einer entsprechenden Kontra-Indikation sachfremde Erwägungen in den Entscheidungsprozess einzufließen drohen:<sup>55</sup> Es ist nicht gerade unwahrscheinlich, dass bewusst oder unbewusst Wertungen einfließen, die von der Ablehnung eines bestimmten Lebensstils getragen werden (etwa desjenigen von Drogenabhängigen, aber auch von Ausländern allgemein), so dass es zu einer (schleichenden) Diskriminierung bestimmter sozialer Gruppen kommt, deren sozialer Wert als geringerwertig eingestuft wird. Umgekehrt wird aus den USA berichtet, dass im Gegenzug Patienten der eigenen sozialen Schicht („People like Us“) bevorzugt werden.<sup>56</sup> Angesichts des Prinzips der Lebenswertindifferenz dürfen aber unter dem Gesichtspunkt sicher zu prognostizierenden Fehlens von Compliance nur Patienten abgewiesen werden, bei denen anhand objektiv festzustellender Merkmale die Schwelle des Mindestnutzens nicht zu erreichen wäre, bei denen mithin infolge mangelnder Kooperation des Patienten schon kurzfristig mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer Abstoßung bzw. sonstigen Zerstörung des Transplantats zu rechnen ist.<sup>57</sup> Um einer verkappten Heranziehung von Bewertungen des Lebensrechts gemäß sozial-nützlichem bzw. -schädlichem Verhalten von vornherein entgegenzutreten, ist zu verlangen, dass nach medizinischen Erfahrungssätzen (etwas anderes dürfte nach § 16 Abs. 1 S. 1 TPG in den Richtlinien ohnehin nicht entscheidungsleitend sein!) der Behandlungserfolg mit hoher Wahrscheinlichkeit gänzlich ausgeschlossen ist. Dies kann bei Drogenabhängigen, denen es infolge ihres Drogenkonsums an jeglicher Kooperationsfähigkeit bzw. -bereitschaft fehlt, im Einzelfall gegeben sein. Die Aufnahme in die Warteliste bzw. die spätere Organ-Zuteilung darf aber keineswegs mit der Begründung verweigert werden, dass infolge des Drogenkonsums der langfristige Transplantationserfolg ohnehin gefährdet sei. Dann würde nämlich letztlich nicht mehr auf die Behandlungsfähigkeit des Patienten, sondern unzulässiger Weise auf eine ärztlicherseits konstatierte fehlende Behandlungswürdigkeit abgestellt.

Mitunter kommt der Gesichtspunkt fehlender Compliance unter einem ganz speziellen Aspekt zum Tragen, nämlich dem mangelnder Kooperationsfähigkeit infolge fehlender Sprachkenntnisse.<sup>58</sup> Es sei hier dahingestellt, ob es sich in diesem Fall bereits um eine angesichts der Vorgabe von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (Niemand darf wegen [...] seiner Spra-

che [...] benachteiligt [...] werden) absolut unzulässige Erwägung handelt.<sup>59</sup> Immerhin könnte insoweit diese Passage des speziellen Gleichbehandlungsgebots als Verbot einer Diskriminierung infolge der Zugehörigkeit zu einem geburtsbedingten Sprach- und Kulturkreis zu verstehen sein, wofür immerhin eine Gemeinsamkeit mit den ebenfalls geburtsbedingten Kriterien Rasse, Geschlecht, Abstammung und Herkunft spräche.<sup>60</sup> Dies ist aber letztlich unerheblich, da eine vermeintliche Kontra-Indikation infolge fehlender Sprachkenntnisse sich aus folgendem Grunde als unverhältnismäßiger (da nicht erforderlicher) und damit gegen Art. 3 GG verstoßender Eingriff in die Überlebenschancen des Betroffenen darstellt: Diesem Compliance-Mangel könnte nämlich durch das Überwinden der Verständigungsprobleme mittels eines Dolmetschers abgeholfen werden. Dass die Hinzuziehung eines Dolmetschers zur Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht gem. § 630c BGB geboten sein kann,<sup>61</sup> sei hier nur am Rande bemerkt. Insoweit abschließend sei darauf hingewiesen, dass ein Ausschluss von Personen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, auch nicht damit begründet werden kann, dass es nicht machbar bzw. zumutbar sei, eine 24-stündige Übersetzungsmöglichkeit durch einen ggf. hoch spezialisierten Dolmetscher über die Gesamtdauer der medizinischen Behandlung vorzuhalten. Eine derartige, jederzeitige verbale Kommunikationsmöglichkeit ist aber keineswegs zu fordern. Täte man dies (schon um infolge praktischer Unmöglichkeit von vornherein organisatorischen Schwierigkeiten oder dem Problem der Finanzierung der Dolmetscherkosten aus dem Wege zu gehen), so würde man ja auch Körperbehinderte, die gehörlos oder stumm sind, mangels jederzeitiger Kommunikationsmöglichkeit dauerhaft von Organtransplantationen auszuschließen haben,<sup>62</sup> ein Verhalten, das mit Sicherheit gegen das absolute Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden) verstieße. Das Bundesverfassungsgericht<sup>63</sup> hat – auch dies sei erwähnt – in einer Entscheidung über eine nach Auffassung des Gerichts zu Unrecht verweigerte Prozesskostenhilfe ausgeführt, dass es sich bei der Nichtaufnahme in eine Warteliste für eine Herztransplantation mangels hinreichender Erfolgsaussicht infolge fehlender Sprachkenntnisse um schwierige Rechtsfragen handele, die gegenwärtig noch nicht geklärt seien.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> So *Bader* (Fn. 16), S. 381.

<sup>60</sup> So etwa *Weigel* (Fn. 22), S. 93 m.w.N. in Fn. 367 ff.

<sup>61</sup> *Spickhoff*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 630e BGB Rn. 7; *ders.*, *ZMGR* 2016, 21 (26); siehe auch OLG Köln GesR 2016, 518 = BeckRS 2016, 06133.

<sup>62</sup> Hierauf macht *Weigel* (Fn. 22), S. 95, aufmerksam.

<sup>63</sup> BVerfG NJW 2013, 1727.

<sup>64</sup> BVerfG NJW 2013, 1727, 1. LS: „Es ist mit dem aus Art. 3 I i. V. mit Art. 20 III GG folgenden Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit unvereinbar, Prozesskostenhilfe für eine Schmerzensgeldklage wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts infolge Nichtaufnahme in die Warteliste für eine Organvermittlung [hier: für eine Herztransplantation] durch Anwendung des Merkmals der „Compliance“ im Sinne einer Richtlinie der Bundesärztekammer (Mitwirkung

<sup>54</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 208.

<sup>55</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 210 f.; *Weigel* (Fn. 22), S. 89.

<sup>56</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 380.

<sup>57</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 379; siehe auch *M. Schneider* (Fn. 25), S. 178 ff.; *Weigel* (Fn. 22), S. 88 ff.

<sup>58</sup> Hierzu *Bader* (Fn. 16), S. 209, 381 f.; *M. Schneider* (Fn. 25), S. 181; *Weigel* (Fn. 22), S. 90 ff.

f) Benachteiligung bzw. Bevorzugung infolge fehlender oder vorhandener Organspende-Bereitschaft

Unzulässig ist auch die Benachteiligung von Personen, die ein Organ-Spende ablehnen bzw. umgekehrt eine Bevorzugung von Personen, die zur Organspende bereit sind (sog. Solidar-Modell):<sup>65</sup> Kein soziales Vorverhalten kann die Vorenthaltung elementarer Gesundheits- und Lebenschancen rechtfertigen: Die Grundlagen menschenwürdigen Daseins stehen jedem Menschen voraussetzungslos zu, sie müssen nicht verdient werden.<sup>66</sup>

### III. Weitere Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Organ-Allokation

Nun soll der Blick auf die weiteren Anforderungen gerichtet werden, die sich dem Grundgesetz für die Verteilung des knappen Gutes zu transplantierender Organe entnehmen lassen.

#### 1. Wesentlichkeitstheorie

Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen (so die sog. Wesentlichkeits-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>67</sup>). Die Erfüllung dieser Vorgabe könnte in Bezug auf die Regelungen zum Wartelistenzugang sowie zur Organverteilung an die auf der Warteliste geführten Patienten deshalb zweifelhaft sein, da in den §§ 10 Abs. 2 Nr. 2, 12 Abs. 3 TPG lediglich die – ohnehin gegenläufigen<sup>68</sup> – Kriterien von Notwendigkeit bzw. Dringlichkeit und Erfolgsaussicht einer Organübertragung benannt sind.<sup>69</sup> So macht etwa *Höfling*<sup>70</sup> geltend, bei der Regelung der Organ-Verteilung

des Patienten bei der Vor- und Nachbehandlung) und insbesondere durch das Abstellen auf fehlende Sprachkenntnisse mangels hinreichender Erfolgsaussicht zu versagen, obwohl damit zusammenhängende schwierige Rechtsfragen gegenwärtig noch nicht geklärt sind.“

<sup>65</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 87 f.; abl. zur „Klub-Lösung“ bereits *Schreiber*, in: *Dierks/Neuhaus/Wienke* (Hrsg.), *Die Allokation von Spenderorganen*, 1999, S. 65, 67.

<sup>66</sup> *Schott* (Fn. 23), S. 352; siehe auch *Bader* (Fn. 16), S. 468 ff., 495 f. – Im Extremfall würde also auch einem Täter, durch dessen versuchtes Tötungsdelikt das Opfer die Funktionsfähigkeit seiner Leber einbüßte, bei höherer medizinischer Dringlichkeit Vorrang gegenüber seinem Tatopfer zukommen.

<sup>67</sup> BVerfGE 83, 130 (142), 98, 218 (251 m.w.N.).

<sup>68</sup> Siehe Text nach Fn. 87.

<sup>69</sup> Gemäß § 16 TPG hat dann die Bundesärztekammer den Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft in Richtlinien festzustellen.

<sup>70</sup> *Höfling*, JZ 2007, 481 (482). Einen Verstoß gegen die „Wesentlichkeitsrechtsprechung“ des BVerfG nehmen auch an: *Bader* (Fn. 16) S. 194 f.; *Dannecker/Streng* (Fn. 10), S. 138 f.; *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 38 ff.; *dies.*, NJW 2003, 3365 (3372); *Fateh-Moghadam*, MedR

handele es sich um eine „umgekehrte Wesentlichkeitstheorie“, da alles Wesentliche gerade nicht im Gesetz stehe.

Im Zusammenhang mit der Organallokation als Zuteilung knapper, elementarer Lebenschancen liegt es nahe, auf die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum hochschulrechtlichen Numerus-Clausus zu rekurrieren. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht ja entschieden, dass eine (hinreichende) gesetzliche Grundlage schon deshalb erforderlich sei, weil die Beteiligung am knappen Gut „Ausbildungsplatz an der Hochschule“ die notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten (Art. 12 GG) darstelle.<sup>71</sup> Wenn eine Regelung in den Grundrechtsbereich des Art. 12 GG eingreift „und sich hier als Zuteilung von Lebenschancen auswirken kann, dann kann in einer rechtsstaatlich-parlamentarischen Demokratie der Vorbehalt, daß in den Grundrechtsbereich lediglich durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden darf, nur den Sinn haben, daß der Gesetzgeber die grundlegenden Entscheidungen selbst verantworten soll.“<sup>72</sup>

Einem Erst-recht-Schluss<sup>73</sup> von der Notwendigkeit hinreichender gesetzgeberischer Grundlegung bei Eingriffen in die Berufsfreiheit auf die Konstellation der im unmittelbaren Sinne überlebenswichtigen Organzuteilung kann zwar nicht entgegeng gehalten werden, dass ärztliches Handeln auch im Falle der Organzuteilung keine originäre staatliche Aufgabe darstellt: Etabliert der Gesetzgeber wie im Falle des Transplantationsgesetzes mit einem Ausschluss privater Organvermittlung normative Verteilungsregeln im grundrechtsrelevanten Bereich, dann unterliegt sein Handeln dem Vorbehalt des Gesetzes.<sup>74</sup>

Hier darf aber – und hierauf hat *Rosenau*<sup>75</sup> bereits 2009 aufmerksam gemacht – nicht außer Acht gelassen werden, dass die „Wesentlichkeitstheorie“ stets vor der Folie des konkreten Regelungsgegenstands zu sehen ist. Wenn sich der Umfang des parlamentarischen Regelungsvorbehalts auch nach der Intensität der Grundrechtsbetroffenheit richtet, so ist doch zusätzlich in den Blick zu nehmen, dass eine inhaltlich

2014, 665 (666) in abl. Besprechung von OLG Braunschweig NStZ 2013, 593; *Höfling*, in: *Höfling* (Hrsg.), *Transplantationsgesetz*, Kommentar, 2. Aufl. 2013, § 16 Rn. 23 ff.; *Lang*, MedR 2005, 269 (275 ff.); *M. Schneider* (Fn. 25) S. 76; *Schroth*, NStZ 2013, 437 (440 f.); *Schroth/Hofmann*, medstra 2018, 3 (7 f.). Anders *Rissing-van Saan*, NStZ 2014, 233 (236 ff.); sowie *Hess*, in: *Katzenmeier/Ratzel* (Hrsg.), *Festschrift für Franz-Josef Dahm: Glück auf! Medizinrecht gestalten*, 2017, S. 231 (240 f.); *Mohammadi-Kangari*, *Die Richtlinien der Organverteilung im Transplantationsgesetz – verfassungsgemäß?*, 2011, S. 139.

<sup>71</sup> BVerfGE 33, 303 (337).

<sup>72</sup> BVerfGE 33, 303 (346 im Anschluss an BVerfGE 33, 125 [158]); zuletzt BVerfG NJW 2018, 361 (364).

<sup>73</sup> So etwa *Bader* (Fn. 16), S. 190.

<sup>74</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 40 im Anschluss an *Badura* (Fn. 31), S. 529.

<sup>75</sup> *Rosenau*, in: *Ahrens/v. Bar/Fischer/Spickhoff/Taupitz* (Hrsg.), *Medizin und Haftung*, Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, 2009, S. 435 (442).

möglichst richtige Entscheidung von der Stelle getroffen wird, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügt.<sup>76</sup> Hiermit wächst dem Gesetzgeber ein durchaus breiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>77</sup> Gesetzliche Feinsteuerung wird dann umso weniger in Betracht kommen, als ein schneller Wandel des entscheidungsrelevanten Stands der Fachkenntnisse – wie dies im Bereich ärztlichen Handelns zumeist der Fall ist – nach einem flexiblen und zügigen Verfahren der Normierung verlangt.<sup>78</sup> Ich erinnere insoweit an die sog. Kalkar-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>79</sup> zum Recht der technischen Sicherheit: „Die gesetzliche Fixierung eines bestimmten Sicherheitsstandards durch die Aufstellung starrer Regeln würde [...] die [...] Sicherung der Grundrechte eher hemmen als fördern. Sie wäre ein Rückschritt auf Kosten der Sicherheit.“

Hierbei handelt es sich nicht um ein bloßes Praktikabilitätsargument, sondern um die gebotene Reaktion auf die Notwendigkeit, den erforderlichen dynamischen Grundrechtsschutz gerade dadurch zu ermöglichen, dass relativ grob zugeschnittene gesetzliche Vorgaben (Notwendigkeit bzw. Dringlichkeit und Erfolgsaussicht einer Organübertragung) durch Einbindung medizinischen Sachverständes überhaupt erst ihre sinnvoll steuernde Wirkung entfalten können und damit praktikabel werden. Deshalb bestehen aus meiner Sicht letztlich keine durchschlagenden Bedenken, sowohl den Zugang zur Warteliste als auch die Reihenfolge auf der Liste an Kriterien auszurichten, die sich nicht aus dem TPG, sondern erst aus dessen Konkretisierung durch Richtlinien der Bundesärztekammer ergeben.

<sup>76</sup> Vgl. BVerfGE 98, 218 (252 [im Zusammenhang mit dem Verhältnis von Exekutive und Parlament: Warnung vor andernfalls drohendem Gewaltenmonismus in Form eines umfassenden Parlamentsvorbehalts; dieser Gedanke ist auch für die vorliegende Konstellation nutzbar zu machen]).

<sup>77</sup> *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesens, 2001, S. 59 ff. Auch *Çalışkan* (Die medizinrechtlichen Ordnungsstrukturen, 2014) nimmt letztlich keinen Verstoß der TPG-Richtlinien gegen die Wesentlichkeitsrechtsprechung an (S. 220 ff., 231); seine Forderung nach hinreichender gesetzlicher Steuerung im Bereich organisatorisch-verfahrensrechtlicher Fragen (S. 225) – ebenso *Mohammadi-Kangari* (Fn. 70), S. 112 – dürfte durch die Vorgaben von § 16 Abs. 2 S. 3 und 4 TPG sowie durch den 2013 eingeführten Genehmigungsvorbehalt der BÄK-Richtlinien durch das Bundesministerium für Gesundheit hinreichend Rechnung getragen sein (anders *Çalışkan*, a.a.O., S. 308).

<sup>78</sup> *Rosenau* (Fn. 75), S. 447 unter Bezugnahme auf BVerfGE 49, 89 (137).

<sup>79</sup> BVerfGE 49, 89 (137). Auch *Schmidt-Aßmann* (Fn. 77), S. 60, betont den insoweit zu gewährleistenden „dynamischen Grundrechtsschutz“; siehe auch *Schultze-Fielitz*, in: Schulte/Schröder (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl. 2010, S. 455 (464); sowie *Schröder*, a.a.O., S. 237 (249): Rechtsetzungsauftrag der Exekutive für Regelungsgegenstände mit einer hohen Änderungsfrequenz).

## 2. Hinreichende Bestimmtheit der Vorgaben aus TPG und ärztlichen Richtlinien<sup>80</sup>

Die durch diverse Richtlinien der Bundesärztekammer konkretisierten Vorgaben für die Organ-Allokation stehen durchaus mit dem für strafrechtliche Normierungen geltenden Bestimmtheitsgebot in Einklang. Dies wurde bekanntlich vom 2. Strafsenat des BGH bei seiner Entscheidung zum Göttinger Organ-Allokationskandal in Zweifel gezogen.<sup>81</sup> In einer Entscheidungsbesprechung in der Juristenzeitung haben meine Frau und ich dargelegt, dass eine Sanktionierung wegen (versuchten) Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts keineswegs im Widerspruch zu Art. 103 Abs. 2 GG stünde.<sup>82</sup> Ein Argument insoweit ist ein Vergleich mit der ärztlichen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bei einem Behandlungsfehler:<sup>83</sup> Der insoweit für ärztliches Handeln und seine zivil- und strafrechtliche Beurteilung richtungweisende Maßstab des medizinischen Standards ist ja offen und als solcher keineswegs hinreichend bestimmt ist. Gleichwohl entscheidet über ärztliche Strafbarkeit bei einem möglichen Behandlungsfehler regelmäßig die Einhaltung dieses durch Leitlinien medizinischer Fachgesellschaften konkretisierten Facharztstandards;<sup>84</sup> die Heranziehung der Vielzahl zur Fixierung dieses Standards geschaffenen Richt- und Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften ist bislang nicht in Zweifel gezogen worden.<sup>85</sup> Auch bei Verstößen gegen die in den BÄK-

<sup>80</sup> Um für strafrechtliche Sanktionierungen – §§ 212, 223 StGB – an sie anschließen zu können.

<sup>81</sup> BGH NJW 2017, 3249 (3251), der i.Ü. § 212 StGB als ein gleichsam durch die Richtlinienbestimmung ausgefülltes Blankett ansieht.

<sup>82</sup> *D. Sternberg-Lieben/I. Sternberg-Lieben*, JZ 2018, 32 (34).

<sup>83</sup> So auch *Rosenau*, MedR 2016, 706 (711).

<sup>84</sup> *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 15 Rn. 212 ff. Zum Verhältnis von Standard und Richtlinien im Bereich der Krankenbehandlung siehe *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2015, Rn. 61 ff.

<sup>85</sup> Somit kommt es nicht darauf an, ob bei etwaiger Unwirksamkeit der Vorgaben von § 10 Abs. 3 S. 2 TPG i.V.m. den BÄK-Richtlinien diese dann doch wegen ihrer faktischen Beachtung schon deshalb als maßgebend anzusehen sind, um einem „Naturzustand“ zu wehren, in dem jedes Mittel „Recht“ i.S.v. von wenigstens nicht verboten wäre (OLG Braunschweig MedR 2014, 661 [664]; *Böse*, ZJS 2013, 117 [121]; abl. *Schroth*, NSTZ 2013, 437 [444]). Hierfür könnte immerhin sprechen, dass auch das Bundesverfassungsgericht (z.B. BVerfGE 61, 319 [356]; siehe auch BSG, Urt. v. 7.12.2004 – B 2 U 42/03 R = BeckRS 2005, 41416) es zulässt, eine grundgesetzwidrige Vorschrift vorübergehend weiter anzuwenden, um einen Zustand zu verhindern, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt wäre. Diesem plausiblen Ansatz – mitunter auch auf den Gedanken einer „Schicksalsgemeinschaft“ aller gelisteten Patienten gestützt (*Rissing-van Saan*, NSTZ 2014, 233 [244]; abl. *Schroth/Hofmann*, in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner [Hrsg.], Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 523 [540]: bloße Unglücksgemeinschaft mangels

Transplantationsrichtlinien enthaltenen Vorgaben kommt es als mittelbare Gefährschaffung für eine Strafbarkeit des Arztes auf die Verletzung dieser in den Richtlinien zur Ausführung von § 12 Abs. 3 S. 1 TPG niedergelegten, potentielle Organempfänger schützenden<sup>86</sup> Verhaltensvorgaben, die unmittelbar das ärztliche Handeln steuern sollen, an.<sup>87</sup>

Sicherlich besteht zwischen den beiden vom Gesetzgeber gewählten Fixpunkten (Dringlichkeit/Erfolgsaussicht einer Organverpflanzung) ein struktureller Widerspruch:<sup>88</sup> Die Patienten mit der höchsten Dringlichkeitsstufe sind zumeist gerade diejenigen, bei denen wegen des fortgeschrittenen Verlaufs ihrer Erkrankung besonders schlechte Erfolgsaussichten (zumindest auf ein längerfristiges Überleben, häufig aber auch auf das Überstehen der Operation bezogen) bestehen. Umgekehrt würde ein Abstellen auf die Erfolgsaussichten der Transplantation gerade Risiko-Patienten mit höchster Dringlichkeitsstufe in der Regel von einer Transplantation ausschließen. Auch wenn diese Vorgaben von Dringlichkeit und Erfolgsaussicht – die als solche ja durchaus hinreichend bestimmt sind<sup>89</sup> – miteinander nicht bruchlos in Einklang gebracht werden können, so zwingt dies nicht dazu, eine Unwirksamkeit dieser Vorgaben anzunehmen:<sup>90</sup> Angesichts

---

freiwilligen Zusammenschlusses) – kann nicht entgegeng gehalten werden, dass diese Gerechtigkeitsüberlegung (kein Verschaffen „unlauterer Vorteile“) nicht zu strafrechtlichen Sanktionen führen könne (so aber *Schroth/Hofmann*, a.a.O., S. 542: Immerhin bestehen mit den §§ 212, 223 StGB Sanktionsnormen, zu deren Konkretisierung (unerlaubte Gefährschaffung) auf das eingespielte Organverteilungssystem unter dem Dirigat des § 10 Abs. 3 S. 2 TPG i.V.m. den BÄK-Richtlinien zurückgegriffen werden kann.

<sup>86</sup> Ein Verstoß gegen diese Verhaltensvorgaben stellt auch keine – seit 2013 von § 19 Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 S. 2 TPG inkriminierte – bloße Wettbewerbsverzerrung zulasten anderer Patienten beim Konkurrieren um Organe dar: Die Verteilungsvorgaben begründen auch als „bloßes“ Teilhabe-recht am Organ-Verteilungsverfahren ein auf Schutz menschlichen Lebens bezogenes subjektives Recht des Patienten. Verteilungsnormen schützen in Mangelsituationen nicht nur ein überindividuelles Interesse an gerechter Verteilung, sondern vor allem die Rechtsposition potentieller Empfänger (*Böse*, ZJS 2013, 117 [120]; *Haas*, HRRS 2016, 384 [390 ff.]; *Rissing-van-Saan*, NStZ 2014, 233 [240 f.]; *dies.*, NStZ 2018, 57 [62 f.]; *D. Sternberg-Lieben/I. Sternberg-Lieben*, JZ 2018, 32 [33]; anders insbesondere *Bader* (Fn. 15), S. 295 ff.; *Bülte*, StV 2013, 753 [755]; *Schroth*, NStZ 2013, 437 [443]; *Schroth/Hofmann*, [Fn. 83], S. 537 f.; *dies.*, medstra 2018, 3 [8 f.]; *Verrel*, MedR 2013, 464 [467 f.].

<sup>87</sup> *Schroth/Hofmann* (Fn. 85), S. 534; *D. Sternberg-Lieben/I. Sternberg-Lieben*, JZ 2018, 32 (33 am Beispiel der Manipulationen von Wartelisten).

<sup>88</sup> *Gutmann/Fateh-Moghadam*, NJW 2002, 3365 (3368 f.).

<sup>89</sup> *Rosenau* (Fn. 75), S. 449.

<sup>90</sup> So auch *Rosenau* (Fn. 75), S. 449 f.: Herstellung praktischer Konkordanz geboten. Die Einschätzung, § 12 Abs. 3 S. 1 TPG sei (auch) deshalb insgesamt als nicht grundgesetzkonforme Regelung anzusehen (*Sternberg-Lieben*, in: Hein-

des verfassungsrechtlichen Höchstwerts menschlichen Lebens stehen diese beiden Parameter keineswegs gleichberechtigt nebeneinander. Die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG für den Höchstwert Leben gebietet, bei der – durchaus ja möglichen – Auslegung der einschlägigen, den BÄK-Richtlinien übergeordneten Normen des TPG Dringlichkeit und Erfolgsaussicht keineswegs gleichgewichtig nebeneinander anzusetzen. Es besteht vielmehr – sofern nach ärztlicher Erkenntnis eine Minimalnutzenschwelle (s.o.) überschritten werden kann – ein strikter Vorrang der Dringlichkeit.<sup>91</sup>

#### IV. Ärztliche Moral/Arztethik<sup>92</sup> als Ersatz oder Ergänzung (straf-)rechtlicher Regulierung

Recht und Ethik befassen sich mit dem gleichen Thema, nämlich dem richtigen Verhalten von Menschen. Beide verlangen mitunter nach einer Abwägung gegenläufiger Interessen. Als Beispiel sei hier die „Heiligkeit“, also Unantastbarkeit des Lebens im Spannungsverhältnis zur Qualität des Lebens genannt, eine Problematik, die sich insbesondere im Zusammenhang mit lebensbeendenden Maßnahmen stellt.

Waren noch im Mittelalter Recht/Moral/Ethik Teil einer einheitlichen Sollensordnung, so zerbrach diese Einheit durch Religionsspaltung und Aufklärung.<sup>93</sup> Das Recht verselbständigte sich, um das Zusammenleben von Menschen unterschiedlicher Glaubens- und Moralrichtungen organisieren zu können; Recht blieb als der einzig verbindliche gemeinsame Rahmen. Es ist originäre Funktion der Rechtsordnung als der für alle Bürger gemeinsamen Friedensordnung, die Grenzen zulässigen Verhaltens zu bestimmen, sofern Rechte Dritter betroffen sind. Folglich ist auch im Arzt-Patienten-Verhältnis staatlich gesetztes und angewandtes Recht unerlässlich. Auch dann, wenn man angesichts des Rückgriffs des (Straf-)Rechts auf ethisch bedeutsame Sachgehalte wie die Rechtsgüter Leben und Gesundheit ein beziehungsloses Nebeneinander von Recht und Ethik ablehnt, so bildet doch nur das staatlich gesetzte Recht angesichts der Pluralität der Lebensverhältnisse und der höchstpersönlichen Entwürfe eines guten Lebens einzig die noch allen Bürgern gemeinsame Handlungsanleitung. Wenn auch die Basis rechtsgüterschützenden Strafrechts im ethisch-moralischen Bereich anzusiedeln ist (Verbrechen als sozialetisch unerträgliche Tat, die Tadel ver-

---

rich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben [Hrsg.], Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 69 [74]), wird aufgegeben.

<sup>91</sup> So auch *Gutmann/Fateh-Moghadam* (Fn. 11), S. 93 sowie 105, 106.

<sup>92</sup> Moral wird hier als die in einer bestimmten Gruppierung oder allgemein in der Gesellschaft tatsächlich vorhandenen und dort grundsätzlich anerkannten Wertvorstellungen in Bezug auf menschliches Verhalten verstanden, während (normative) Ethik sich damit auseinandersetzt, welche Wertvorstellungen gruppenspezifisch oder allgemein Gültigkeit beanspruchen sollten. Zur unterschiedlich verwandten Terminologie: *Vöneky*, Recht, Moral und Ethik, 2010, S. 24 ff.

<sup>93</sup> *Böckenförde*, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht, 2001, S. 14 ff.

dient), so handelt es sich bei der Strafrechtsanwendung vorliegend aber eben nicht um die Umsetzung arztethischer Vorgaben, sondern um die Anwendung von der Gemeinschaft positiv gesetzten Rechts. Werden ethische Regeln in die Rechtsordnung übernommen, so verlieren ethische Postulate durch diese Einkleidung in die Form des Rechts zwar nicht ihre ethische Rückbezüglichkeit. Sie werden aber zu Teilen der Rechtsordnung, die als für alle Bürger gemeinsame Friedensordnung dann aus sich heraus auszulegen ist.<sup>94</sup>

Dass Recht und Ethik verschieden sind, ändert aber nichts daran, dass sie nicht im Sinne völliger Unabhängigkeit voneinander geschieden sind. So hat das Bundesverfassungsgericht 1979<sup>95</sup> (eine Formulierung *Eberhard Schmidts* aus dem Jahre 1957<sup>96</sup> aufgreifend) im Zusammenhang mit den Anforderungen an die ärztliche Patientenaufklärung die gemeinsame Schnittmenge der zwei sich schneidenden Kreise von Recht und Ethik hervorgehoben: „Das Verhältnis von Arzt und Patient ist weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung. Die Standesethik steht nicht isoliert neben dem Recht. Sie wirkt allenthalben und ständig in die rechtlichen Beziehungen des Arztes zum Patienten hinein. Was die Standesethik vom Arzt fordert, übernimmt das Recht weithin zugleich als rechtliche Pflicht. Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen der Menschen fließt im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen.“ Im Bereich ärztlichen Verhaltens werden die von rechtlichen Regelungen betroffenen Akteure in der Regel auch mit anderen Erwartungen als denen des Rechts konfrontiert sein; sie können ferner persönliche Interessen haben, deren Befriedigung mit der Erfüllung der normativen Verhaltenserwartung kollidieren kann. Somit gibt es keine Garantie dafür, dass eine staatlich gesetzte Norm als solche bereits auch ihre Befolgung sichert. Die Rechtsordnung ist für ihren Vollzug auf weitere Faktoren neben der Norm selbst angewiesen, welche die Einlösung der normativen Erwartung unterstützt.<sup>97</sup> Der Steuerungserfolg des Rechts hängt maßgebend davon ab, welche weiteren, außerrechtlichen handlungsleitenden Faktoren, für die Rechtsbetroffenen in ihrem Verhalten maßgebend werden. Ohne ergänzende medizinische Ethik und hierauf basierender ärztlicher Moral könnte letztlich das (Straf-)Recht seine steuernde Wirkung nicht oder zumindest nur eingeschränkt entfalten. So heben auch *Duttge/Simon* die besondere Fruchtbarkeit des interdisziplinären Zusammenwirkens von (Straf-)Recht und Medizinethik hervor:<sup>98</sup> Letzte-

re weiß um die zentralen materiellen Wertgesichtspunkte aus dem betreffenden Sozialbereich, zu dem Ersteres keinen originären Zugang hat; doch erst die strafrechtsdogmatische Analyse vermag es, die medizinethische Wertung an einem konkreten rechtssystematischen Standort verlässlich festzumachen.

Auch würde die Festlegung von konkreten Handlungsvorgaben für jeden Einzelfall mit seiner Fülle aktueller Entscheidungssituationen das Recht überfordern. Auch im Bereich ärztlichen Handelns gilt die Feststellung von *Stolleis*, dass im Wettrennen von Hase (Naturwissenschaft) und Igel (Recht) anders als in Grimms Märchen dem Igelehepaar die Rolle des strukturell bedingten Verlierers zukommt.<sup>99</sup> So hat 1982 auch *Schreiber*<sup>100</sup> (im Zusammenhang mit Sterbehilfe) die normausfüllende und konkretisierende Funktion arztethischer Prinzipien hervorgehoben: „Die Konflikte und Aporien ärztlicher Tätigkeit kann der Jurist ohne Rückgriff auf den Sinn des ärztlichen Berufs und dessen Ethos nicht entscheiden.“ Wenn das (Straf-)Recht nur ein grobmaschiges Netz an Handlungsvorgaben zur Verfügung stellen kann, dann bleibt der Rechtsunterworfenen im insoweit „rechtsfreien Raum“ zu moralisch verantwortlichem Handeln aufgerufen,<sup>101</sup> so dass ihm dann allerdings auch die Last selbstverantworteter Entscheidungen auferlegt ist.<sup>102</sup>

Aus Sicht des Rechts verdient ferner auch die Entlastungsfunktion von Standesethik festgehalten zu werden: Je besser ärztliche Binnensteuerung (ausgerichtet an ärztlicher Ethik) funktioniert (also sorgfältiges Handeln infolge persönlichen Pflichtgefühls geübt wird), desto mehr kann auf Sanktionen des Straf- oder Haftungsrechts verzichtet werden. Recht und Ethik/Moral verhalten sich wie kommunizierende Röhren: Was an bindenden Handlungsvorgaben auf der einen Seite (Ethik/Moral) herausfließt, muss auf der anderen Seite (Recht) gesteigert vorhanden sein. Allerdings dürfte letztlich die medizinische Steuerung des Rechts (etwa durch dessen unerlässliches Anknüpfen im haftungsrechtlichen Rekurs auf ärztliche Leitlinien) größer sein als umgekehrt die rechtliche Feinsteuerung ärztlicher Praxis.

Umgekehrt unterstützen aber – wie bereits erwähnt – ärztliche Moral und Ethik das Recht, wenn sie eine Rechtsgesinnung begründet, die für die Wirksamkeit des Rechts unerlässlich ist.<sup>103</sup> Ohne hinreichende ethische Fundierung und Verinnerlichung läge nur eine taktische ärztliche Anpassung an staatlichen Normbefehl vor, um Sanktionen zu vermeiden.

<sup>94</sup> *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 139 f. m.w.N. Allerdings dürfte letztlich die medizinische Steuerung des Rechts (etwa durch dessen unerlässliches Anknüpfen im haftungsrechtlichen Rekurs auf ärztliche Leitlinien) größer sein als umgekehrt die rechtliche Feinsteuerung ärztlicher Praxis.

<sup>95</sup> BVerfGE 52, 131 (169 f.); dass es sich hierbei um ein Minderheiten-Votum handelte, ist vorliegend ohne Belang.

<sup>96</sup> *Eb. Schmidt*, in: Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Aufl. 1957, S. 1 (2).

<sup>97</sup> *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 373.

<sup>98</sup> *Duttge/Simon*, NStZ 2017, 512 (516).

<sup>99</sup> *Stolleis*, FAZ v. 30.12.2003, S. 7.

<sup>100</sup> *Schreiber*, in: Doerr/Jacob/Laufs (Hrsg.), Recht und Ethik in der Medizin, 1982, S. 15 (21).

<sup>101</sup> *Arth. Kaufmann*, in: Herzberg (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 649 (654).

<sup>102</sup> *Sternberg-Lieben*, NStZ 1988, 1 (6 in Bezug auf Fortpflanzungsmedizin und Strafrecht).

<sup>103</sup> Siehe *Schmidt-Jortzig*, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 20 (2016), 127 (135): ethische Konkordanz des Rechts eine pragmatische, die Regelungsakzeptanz bei den Normadressaten bestärkende Notwendigkeit; ähnlich *Vöneky* (Fn. 92), S. 99: faktische Wirksamkeit des Rechts kann von bestehenden Moralnormen abhängen.

Für die Patienten deutlich schutzwirksamer ist jedoch eine von moralbildender Arztethik beförderte und vom Arzt verinnerlichte Respektierung seiner schutzbedürftigen Belange. Das Recht sichert also eine Freiheitssphäre, in der sittliche Entscheidungen überhaupt erst getroffen werden können. (z.B. Behandlungsabbruch bei Koma-Patienten ohne erkennbare Vorabentscheidung für oder gegen eine Weiterbehandlung).

Ärztliches Handeln entzog sich angesichts des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient ursprünglich dem objektivierenden Zugriff des Rechts. Infolge einer zunehmend naturwissenschaftlich-rational ausgerichteten Medizin geriet dieser zunächst tabuisierte Bereich in den Fokus staatlicher Reaktionen, nicht zuletzt durch die bekannte Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen vom 31.5.1894,<sup>104</sup> in der ärztliche Heileingriffe als tatbestandsmäßige Körperverletzung im Sinne des Strafgesetzbuches gewertet wurden.<sup>105</sup> Diese rechtliche Umgrenzung ärztlicher Tätigkeit wird vom Ansatz her nicht mehr bestritten, folgt sie doch im Rechtsstaat des Grundgesetzes aus den von der Verfassung vorgegebenen staatlichen Schutzpflichten für die Grundrechtsgüter Menschenwürde, Leben, körperliche Unversehrtheit und freie Entfaltung der Persönlichkeit.<sup>106</sup> Somit ist auch die heilbehandelnde ärztliche Tätigkeit einer nicht-ärztlichen Außenkontrolle zu unterwerfen.<sup>107</sup> Wenn staatlich gesetztes Recht ein wesentliches Mittel zur Reduktion sozialer Komplexität darstellt, kann es – in richtiger Dosierung – auf dem Gebiet der Heilbehandlung das für die Arzt-Patienten-Beziehung unerlässliche Vertrauen stabilisieren.<sup>108</sup>

Wenn hier die unentbehrliche Ergänzungsfunktion medizinischer Ethik betont wurde, ohne die letztlich das Recht seine steuernde Wirkung nicht oder zumindest nur eingeschränkt entfalten könnte, so ist es doch die originäre Funktion der Rechtsordnung als der für alle Bürger gemeinsamen Friedensordnung, die Grenzen zulässigen Verhaltens zu bestimmen, sofern Rechte Dritter betroffen sind. Folglich ist auch im Arzt-Patienten-Verhältnis staatlich gesetztes und angewandtes Recht unerlässlich.

<sup>104</sup> RGSt 25, 375 (377 f.); nach Rückverweisung an das Landgericht sprach i.Ü. die dortige Strafkammer den Arzt frei, da Gefahr im Verzuge bestanden habe; instruktiv zu den Protagonisten dieses Strafverfahrens: *Noack*, Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, 2004, S. 29 ff.

<sup>105</sup> Das Reichsgericht ging in diesem bahnbrechenden Urteil, in dem zusätzlich im Gegensatz zur damals herrschenden Rechtslehre (vgl. die Nachweise bei *Noack* [Fn. 104], S. 20 ff.) einer Einwilligung des Rechtsgutsträgers rechtfertigende Wirkung zugesprochen wurde, allerdings noch davon aus, dass ohne weitere Aufklärung allein durch das Aufsuchen des Krankenhauses durch den Kranken eine präsumtive Zustimmung vorgelegen habe, die aber wirksam widerrufen worden sei (RGSt 25, 375 [383]).

<sup>106</sup> Hierzu *Hollenbach*, Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis, 2003.

<sup>107</sup> *Schreiber*, in: *Kamp/Schreiber* (Hrsg.), Göttinger Universitätsreden, Bd. 71, 1984, S. 29 (34).

<sup>108</sup> *Schreiber* (Fn. 107), S. 35.

Ergänzend ist noch hinzuzufügen, dass auch im Bereich ärztlichen Handelns eine persönliche Gewissensentscheidung – wie auch sonst im Recht – keine Übergriffe in Rechtspositionen Dritter legitimiert; ein „Gewissensvorbehalt“ zu Gunsten ärztlicher Behandlung gegen den Willen des Patienten (bspw. zugunsten des Personals eines Pflegeheims<sup>109</sup>) ist nicht anzuerkennen: Ihre Gewissensentscheidung erhebt die Akteure nicht über die verfassungsmäßige Ordnung. Somit bleiben sie sehr wohl verpflichtet, eine vom Patienten unerwünschte Heil- oder Pflegebehandlung (z.B. eine künstliche Ernährung) abubrechen; anders ist es hingegen, wenn es nicht um die Abwehr eines Eingriffs, sondern umgekehrt um den Wunsch hierzu geht, etwa nach einer künstlichen Befruchtung: Gemäß § 10 ESchG ist ja kein Arzt verpflichtet, an einer künstlichen Befruchtung mitzuwirken.

## V. Systemtheorie Luhmanns, „regulierter Selbstregulierung“ und prozedurales Recht im Bereich der Organtransplantation

*Knut Amelung* legte sein Augenmerk bekanntlich auf das Nutzbarmachen der *Luhmannschen* Systemtheorie des Rechts<sup>110</sup> für das Strafrecht und wusste dies auch in seine Vorlesungen einzubeziehen. Deshalb sei hier folgender „Seitenblick“ gewagt:

Ärztliches Handeln (ausgerichtet an den Leitgrößen „krank/gesund“) und das Recht, das sich an den Kriterien „richtig/falsch“ bzw. „Recht/Unrecht“ ausrichtet, bilden zwei unterschiedliche Subsysteme der Gesellschaft mit jeweils eigenen Zielvorgaben. Berühren sich diese Subsysteme, so kommt es zu Irritationen/Störungen, wie dies auch im Verhältnis von ärztlichem Handeln (orientiert an den Topoi „krank/gesund“) und Ökonomie (orientiert an „Gewinn/Verlust“) zu beobachten ist: Ich erinnere nur an die Problematik von Kosteneinsparungen bis hin zur Priorisierung oder gar Rationierung von Leistungen oder an das kostenbedingte Unterschreiten des ärztlichen Standards. Die notwendige strukturelle Koppelung von ärztlicher Selbststeuerung und Arzt(straf-)recht erfolgt durch den Rechtsanwender bei Anwendung des Rechts der unerlaubten Handlung (§ 823 BGB) bzw. der Tötungs- und Körperverletzungstatbestände. Die ausdifferenzierten gesellschaftlichen Subsysteme sind nach *Luhmann* auf Grund ihrer Geschlossenheit nicht empfänglich für gesetzgeberische Direktintervention. Organisation und Steuerung dieser Bereiche sollten deshalb im Wege der Selbstregulierung den gesellschaftlichen Subsystemen überlassen werden. Diese rechtssoziologische Auffassung wurde rechtswissenschaftlich dann durch Überlegungen eines eher prozeduralen Rechts aufgegriffen.

In vielen gesellschaftlichen Bereichen wird die Anwendung der im Subsystem des Strafrechts geltenden Primär-Codes „Recht/Unrecht“ zunehmend schwieriger. Stehen materielle Wertungen nicht zur Verfügung, so sollte auch das Strafrecht zu anderen Formen der Bewertung greifen, so dass

<sup>109</sup> So verfehlt OLG München NJW 2003, 1743 (1745); anders aber BGH NJW 2005, 2385 (2386).

<sup>110</sup> Zu Folgendem *Francuski*, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 83 ff.; *Steinbach* (Fn. 9), S. 164 ff.

prozedurales Recht auch hier an Bedeutung gewinnt.<sup>111</sup> Zwar wirkt dieser Ansatz im gegenwärtigen Strafrecht eher wie ein Fremdkörper, da ein Verfahren an die Stelle materieller Regelungen tritt mit der Folge, dass eine Entscheidung anerkannt wird, weil eine bestimmte Prozedur sie hervorgebracht hat.<sup>112</sup> Das Strafrecht stellt sich dann nicht mehr unmittelbar vor die eigentlich zu schützenden Rechtsgüter, sondern sichert stattdessen nur noch präventiv im Vorfeld Prozeduralien ab. Eine derart begründete Straffreistellung ist allerdings nur dann akzeptabel, wenn eine materielle Wertung nicht greifbar ist. Dann muss sich das Strafrecht darauf zurückziehen, nur noch das Einhalten eines Verfahrens abzusichern; die strafrechtliche Sanktion wird dann an die Verletzung von Prozeduralien geknüpft.

Außerhalb des Arztstrafrechts ist dies mehrfach zu beobachten: Ich erinnere hier an § 266 StGB, bei dem das Überschreiten des rechtlichen Dürfens beim Missbrauchstatbestand mitunter (zumindest indiziell) an Verfahrensfehler, insbesondere an mangelnde Transparenz, geknüpft wurde; Stichwort „Sponsoring-Entscheidung SSV Reutlingen“.<sup>113</sup> Auch kann die Annahme strafbaren Korruptionsunrechts durch das Einhalten bestimmter Verfahrensschritte ausgeschlossen sein. Insoweit sei nicht nur an die BGH-Entscheidung „EnBW-Logenplätze für Fußball-WM“,<sup>114</sup> sondern auch an die strafrechtliche (Nicht-)Sanktionierung von Drittmitteleinwerbungen durch ärztliche Klinik-Direktoren bei einem ihrer Lieferanten erinnert,<sup>115</sup> ein Verhalten, das ja im Spannungsverhältnis von universitärer Dienstpflicht und strafbarer Korruption steht. Auch das Umweltstrafrecht verdient im Falle seiner Verwaltungsaktsakzessorietät Erwähnung.

Aber auch im Arztstrafrecht könnte prozedurales Recht zum Einsatz kommen. Ich denke hier an die strafgesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs, bei dem sich der Gesetzgeber außerstande sah, eine Entscheidung im Sinne von Höherwertigkeit eines der konfligierenden Interessen von Schwangerer und ihrer Leibeshaut zu treffen, so dass dann die Einhaltung des Beratungsverfahrens zur zentralen Bedingung für die Straffreiheit wurde: Bei Unentscheidbarem, das notwendig entschieden werden muss, wird angesichts fehlender inhaltlicher Vorgaben dann jedes prozedural ordentlich erlangte Ergebnis vom Recht akzeptiert.<sup>116</sup>

<sup>111</sup> *Francuski* (Fn. 110), S. 77 ff., 502.

<sup>112</sup> Zur prozeduralen Rechtfertigung vgl. *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2018, Vor §§ 32 ff. Rn. 7a ff.

<sup>113</sup> BGHSt 47, 187 (199).

<sup>114</sup> BGHSt 53, 6 (16 f.).

<sup>115</sup> BGHSt 47, 295 (303).

<sup>116</sup> Zu denken wäre auch an den Bereich des einseitigen Behandlungsabbruchs, wenn bei einem irreversibel Bewusstlosen keine belastbaren Anhaltspunkte für seinen (mutmaßlichen) Willen zur Weiter- oder Nichtbehandlung eruierbar sind: Vorrang des Rechtsguts Leben oder Präferenz für das ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Recht auf menschenwürdigen Tod? Auch wenn man insoweit auf das Nichtvorliegen einer ärztlichen Indikation zur Weiterbehand-

lung darstellen, wenn es an einer materiellen Bewertung des Einzelfalls durch das Recht fehlt. Sollte hingegen eine inhaltliche Bewertung vorhanden sein, dann wäre eine hierdurch als unzulässig bewertete Verhaltensweise auch bei Einhalten der formellen Vorgaben keineswegs als straffrei einzustufen. Umgekehrt gilt sinngemäß Entsprechendes: Ein bloßer Formverstoß (etwa ein Behandlungsabbruch bei einem nicht ansprechbaren Patienten auf Grundlage einer eindeutigen Patientenverfügung ohne Einschalten eines Patienten-Betreuers oder -Bevollmächtigten) zieht keine Strafbarkeit nach sich,<sup>117</sup> es sei denn, dieser Verstoß wäre als solcher ausdrücklich inkriminiert oder die vom Täter für sein Verhalten als gegeben eingeschätzte materielle Berechtigung würde in Wahrheit fehlen.

Bei der Organ-Allokation handelt es sich nun um einen Lebensbereich, in dem materielle Verteilungsgerechtigkeit weder allumfassend noch letztlich inhaltlich allseits überzeugend erreichbar ist. Dies könnte eine gesetzgeberische Zurückhaltung unter dem Leitgedanken regulierter Selbstregulierung nach sich ziehen, also das Überlassen von Regelbildungen an fachkompetente gesellschaftliche Gruppen, wobei der Staat angesichts seiner Garantenstellung für grundgesetzlich geschützte Güter allerdings nicht außen vor bleiben kann, sich aber auf eine Grenzkontrolle beschränkt. Regulierte Selbstregulierung geht im Gegensatz zu ausschließlich gesellschaftlicher Selbstregulierung von einer staatlichen Regelungsverantwortung aus.<sup>118</sup> Bei ihrer Ausfüllung werden aber im Zuge von Verantwortungsteilung das Wissen und der Selbstgestaltungswille der durch die Regulierung Betroffenen aktiviert, wobei bei der Selbstregulierung stets die allgemeine Rechtsordnung zu beachten ist.<sup>119</sup> Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht<sup>120</sup> eine Wechselbezüglichkeit zwischen materieller und prozeduraler Program-

lung abhebt und die Entscheidung dann nur auf Beurteilungsfehler für rechtlich überprüfbar hält (*Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder [Fn. 112], Vor §§ 211 ff. Rn. 29 f.), so könnte doch ein Konsil aller an der Behandlung und Pflege Beteiligten und eine Einbeziehung von Angehörigen und nahestehenden Personen, denen allesamt dann aber keine Entscheidungsfunktion zuwächst, als Verfahrensschritt zu fordern sein, um sicherzustellen, dass alle einschlägigen Gesichtspunkte des Für und Wider eines Behandlungsabbruchs zur Geltung kommen. Zur denkbaren Prozeduralisierung in diesem ärztlichen Tätigkeitsbereich auch *Saliger*, JuS 1999, 16 (21), der zurecht auch die Regelungen der §§ 1901a ff. BGB hierzu zählt (*ders.*, in: Herzog/Neumann [Hrsg.], Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 599 (608); siehe auch *Hassemer*, in: Däubler-Gmelin/Kinkel/Meyer/Simon (Hrsg.), Gegenrede, Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit, Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, 1994, S. 731 (743).

<sup>117</sup> Vgl. *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 116), Vor §§ 211 ff. Rn. 28j.

<sup>118</sup> Zum Folgenden siehe *Hoffmann-Riem* (Fn. 97), S. 371 ff.

<sup>119</sup> Hierzu *Hoffmann-Riem* (Fn. 97), S. 382 ff.

<sup>120</sup> BVerfGE 111, 191 (218).

mierung erkannt und entschieden, dass „die Anforderungen an materiell-rechtliche Regelungen im Gesetz entsprechend verringert [werden, wenn] durch [...] verfahrensrechtliche Bestimmungen für eine angemessene Interessenberücksichtigung gesorgt [wird].“ Imperative staatliche Steuerung durch Ge- oder Verbote mag sich zwar auf dem Rückzug befinden. Ihr kommt aber durchaus Bedeutung zum Rechtsgüterschutz zu, da im Bereich gesellschaftlicher Selbstregulierung keine hinreichende Garantie einer quasi-automatischen angemessenen Berücksichtigung aller betroffenen Interessen besteht, insbesondere nicht von Interessen derjenigen Betroffenen, die an der Selbstregulierung nicht beteiligt sind.<sup>121</sup> Das Vertrauen auf die Problemlösungskapazität privater Akteure kann nicht unbegrenzt sein, da Vertrauen in die Funktionsfähigkeit dieser Aufgabenlösung auch auf der ergänzenden staatlichen Garantenstellung beruht.<sup>122</sup>

Dieses Zusammenspiel zwischen unmittelbarer staatlicher Regulierung und indirekter Steuerung durch Nutzbarmachen gesellschaftlicher Selbststeuerungskräfte hat sich als Form der Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft im Bereich des Technikrechts durchaus bewährt.<sup>123</sup> Dort erfolgt die grundrechtlich gebotene Sicherheitsgewährleistung für Dritte im kooperativen Verfahren von technischer Normung seitens Privater und steuernder Rezeption z.B. durch kontrollierende und ggf. von dieser „Privatnormierung“ abweichende gerichtliche Rezeption.<sup>124</sup> Die Thematik fügt sich also ein in die vom Technik- und Umweltrecht her bekannte Diskussion um die abnehmende Steuerungsfähigkeit des materiellen Rechts, die durch Einführung prozeduraler Regelungen ausgeglichen werden soll.<sup>125</sup>

Die staatliche Schutzverantwortung für grundrechtlich geschützte Positionen beschränkt die Zulässigkeit von Selbstregulierung. Nach der insoweit nicht verhandelbaren grundgesetzlichen Vorgabe gilt dies auch für Bereiche, in denen dezentralisiertes Wissen in den subgesellschaftlichen Einheiten verankert ist und deshalb eine Regulierungsentscheidung grundsätzlich besser dort getroffen werden sollte.<sup>126</sup> Hierdurch darf sich – ebenso wie beim Anknüpfen des rechtlich geboten Behandlungsstandards an den medizinischen Standard<sup>127</sup> – das Recht nicht aus der Verantwortung stehlen; diese ist vielmehr kompetenziell sinnvoll zu verteilen.

Die Rechtsordnung kann – entsprechend zur Rezeption der von Technikanwendern aufgestellten „Normierungen“,

also privatautonom gesetzten Standards, durch das staatliche Recht – in zulässiger Weise nur in zwei Formen an die von der medizinischen Profession eigenständig entwickelten Regulierungen anschließen.<sup>128</sup> Entweder unterliegen jene Vorgaben einer vom Rechtsanwender kontrollierten Rezeption, wie dies beim ärztlichen Standard als Vorgabe für die vom Arzt einzuhaltenden Sorgfaltsanforderungen der Fahrlässigkeit der Fall ist. Des Weiteren ist eine rechtsverbindliche Inkorporation der Resultate dieser Form gesellschaftlicher Selbstregulierung dann möglich, wenn durch vom Recht garantierte prozedurale Absicherungen<sup>129</sup> (namentlich hinreichende Beteiligungsrechte von Vertretern der Interessen von Drittbetroffenen, hier also: der Patienten) hinreichende Gewähr dafür besteht, dass bei Aufstellung dieser primär auf eine Handlungsanleitung der ärztlichen Profession ausgerichteten und deshalb in ihrer verhaltenssteuernden Kraft grundsätzlich hoch wirksamen „Regelwerke“ Belange der Allgemeinheit in hinreichendem Maße berücksichtigt werden. Dies dürfte durch die Beteiligung von „Personen aus dem Kreis der Patienten“ bei der Erstellung der Richtlinien zur Organverteilung gemäß § 16 Abs. 2 S. 3 TPG der Fall sein. Die staatliche Garantenstellung für die involvierten nichtärztlichen Interessen ist seit 2013 ja dadurch gewahrt, dass die Richtlinien sowie deren Änderungen dem Bundesministerium für Gesundheit zur Genehmigung vorzulegen sind. Im Bereich der Patientenbehandlung, hier also der Organtransplantation, ist eine staatlich regulierte Selbstregulierung schon deshalb zulässig, weil die Rechtsordnung zwar Grenzen zu ziehen vermag (ich erinnere an das Prinzip der Lebenswertindifferenz, aus dem konkrete Ableitungen zu ziehen waren), aber ansonsten keine materiell hinreichend steuernden Detailvorgaben entfalten kann.<sup>130</sup>

<sup>128</sup> Ärztliche Standesauffassung kann mit dem gebotenen Pflichtenstandard korrelieren, ihn aber nicht allein determinieren (*Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 1162). Andernfalls wäre eine mit der Schutzpflicht des Staates für grundrechtlich geschützte Güter des Einzelnen nicht mehr vereinbare Kompetenzübertragung an Private gegeben, vor der *Schünemann*, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 366 (377, 391) für den vergleichbaren Bereich der Regeln der Technik nachdrücklich gewarnt hat; entsprechend *Taupitz*, a.a.O., S. 523.

<sup>129</sup> Hierzu (im Zusammenhang mit Ethik-Gremien) *Vöneky* (Fn. 92), S. 217, 628 ff.

<sup>130</sup> Zu der somit gebotenen Entwicklung von Verfahrensweisen und -abläufen, mittels derer Entscheidungsprozesse vorbereitet, strukturiert, dokumentiert und kontrolliert werden können, bereits *Schmidt-Aßmann* (Fn. 77), S. 22, 61 ff., 104 ff.; *Taupitz*, in: Nagel/Fuchs (Hrsg.), Rationalisierung und Rationierung im deutschen Gesundheitswesen, 1998, S. 86 (98); *ders.*, in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliches Recht und Strafrecht, 1999, S. 113 (124). Damit würden Vorgaben aufgegriffen, die aus dem Sicherheitsrecht der Technik bekannt sind, vgl. nur *Kloepfer* und *Schultze-Fielitz*, in: Schulte/Schröder (Fn. 79), S. 189 ff. bzw. S. 497 ff.; sowie *Schulte*

<sup>121</sup> *Hoffmann-Riem* (Fn. 97), S. 375 f.

<sup>122</sup> *Hoffmann-Riem* (Fn. 97), S. 375 f.

<sup>123</sup> *Kloepfer*, in: Schulte/Schröder (Fn. 79), S. 151 (166 ff., 187 ff.); *Schultze-Fielitz* (Fn. 79), S. 463 f., 473 f., 490.

<sup>124</sup> Siehe nur *Kloepfer*, Technik und Recht im wechselseitigen Werden, 2002, S. 45 ff.; *ders.*, Informationsrecht, 2002, § 4 Rn. 57 ff., 78 ff.; *Schulte*, in: Kloepfer (Hrsg.), Technikentwicklung und Technikrechtsentwicklung, 2001, S. 59 (66).

<sup>125</sup> Siehe nur *Schulte*, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2003, S. 497 (501, 542).

<sup>126</sup> Siehe *Steinbach* (Fn. 9), S. 179 f., 324.

<sup>127</sup> Hierzu *Katzenmeier* (Fn. 2), S. 277 ff.; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 84), § 15 Rn. 212.

## VII. Schluss: Losverfahren bei der Organ-Allokation?

Da materielle Verteilungsgerechtigkeit bei der Organ-Allokation weder allumfassend noch letztlich inhaltlich allseits überzeugend erreichbar ist, könnte de lege ferenda das Losverfahren als Instrument formaler Chancengleichheit zur Verwirklichung unparteiischer Verfahrensgerechtigkeit in Betracht kommen. Sicherlich irritiert es auf den ersten Blick, sozusagen Glücksspiele auf den Intensivstationen zu veranstalten. Auch steht dem de lege lata entgegen, dass das Losverfahren nicht als „Regel der medizinischen Wissenschaft“ i.S.d. Transplantationsgesetzes angesehen werden kann. Verfassungsrechtlich wäre ein Losverfahren aber keineswegs unzulässig,<sup>131</sup> da das ihm immanente Zufallsprinzip die Idee der Lebenswertindifferenz, also das Gebot eines „statusblinden“<sup>132</sup> absolut gleichwertigen Lebensschutzes aller Patienten, perfekt umsetzt:<sup>133</sup> Alle Patienten haben ja die gleiche Zuteilungschance inne. Über Einzelheiten wäre sicherlich zu diskutieren: Die Eignung des Organs für jeden im „Lospf“ befindlichen Patienten muss als Geschäftsgrundlage jeder Organ-Allokation gegeben sein; auch dürfte die staatliche Schutzpflicht für das Leben des Einzelnen es verlangen, dass – wie bereits heute praktiziert – in hochdringlichen Fällen Organe vorab zugeteilt werden.

Sicherlich könnte die Einführung eines Losverfahrens als weise materiell-normative Zurückhaltung des Gesetzgebers einzustufen sein,<sup>134</sup> wenn er sich auf eine bloß prozedurale Regelung der Organisation dieses Losverfahrens beschränken würde.<sup>135</sup> Allerdings würde ein Losverfahren dann doch dem Zufall allzu viel Raum geben und letztlich mit grundgesetzlichen Schutzpflichten jedenfalls dann nicht zu vereinbaren sein, solange medizinische Parameter plausibel den Vorrang eines Patienten zu begründen vermögen.

---

(Fn. 124), S. 497 (541 f.); siehe auch *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002, S. 453 f. (im Zusammenhang mit strafrechtlicher Bewältigung betrieblichen Organisationsverschuldens).

<sup>131</sup> Siehe *Giesen*, JZ 1990, 929 (942); *Herb*, Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin, 2002, S. 176 (aber auch S. 151); *Nettesheim*, VerwArch 93 (2002), 315 (343); *Taupitz*, (Fn. 130 – Rationalisierung), S. 98; *ders.*, (Fn. 130 – Einwirkungen), S. 127. Abl. *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 90; *Oelert*, Allokation von Organen in der Transplantationsmedizin, 2002, S. 53 f.; *M. Schneider* (Fn. 25), S. 142 ff.

<sup>132</sup> *Taupitz* (Fn. 130 – Rationalisierung), S. 100; *ders.* (Fn. 130 – Einwirkungen), S. 127.

<sup>133</sup> *Bader* (Fn. 16), S. 511; *Gutmann* (Fn. 14), S. 195 ff.; zust. auch *Schott* (Fn. 23), S. 358, 394: Nur das Los garantiere in Fällen gleichrangigen Bedarfs eine rechtsgleiche Beachtung gleichrangiger Bedürfnisse.

<sup>134</sup> Eine derartige Zurückhaltung fällt allerdings mittlerweile dem Strafgesetzgeber auch im Bereich des Arztrechts i.w.S. schwer, denkt man nur an die unsägliche Inkriminierung geschäftsmäßiger Förderung der Selbsttötung durch den neu eingestellten § 217 StGB.

<sup>135</sup> Hierzu *Bader* (Fn. 16), S. 511.

Mithin ist – so mein Fazit für die Organ-Allokation allgemein – vom Gesetzgeber lediglich klarstellend zu verlangen, dass er im Transplantationsgesetz das unter dem Gesichtspunkt der Lebenswertindifferenz obsolete, erheblich zu „weiche“ Verteilungskriterium der Erfolgsaussichten streicht und durch das Kriterium einer Mindestnutzenschwelle ersetzt.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> Klarstellend könnten darüber hinaus diejenigen Parameter benannt werden, auf die es nach dem verfassungsverankerten Maßstab der Lebenswertindifferenz bei der Organ-Allokation ohnehin nicht ankommen darf (siehe oben im Text unter II. 2.).