

## Kapitel 5: Die Offenbarung genetischer Daten aus dem Transplantationsverfahren an Verwandte de lege lata

Im folgenden Kapitel werden die rechtlichen Normen analysiert, die den Umgang mit (genetischen) Daten im Hinblick auf mögliche Drittbetroffene regeln. Dabei wird untersucht, ob der Arzt ein Recht hat, genetische Informationen an Verwandte zu offenbaren bzw. ob er darüber hinaus sogar zu einer Weitergabe der Erkenntnisse verpflichtet ist.

### *A. Bestehen eines Rechts zur Offenbarung genetischer Daten an die Verwandten*

Der Frage nach der Offenbarung möglicherweise drittrelevanter (genetischer) Daten widmen sich Normen verschiedener Regelungswerke. Speziell für den Umgang mit genetischen Daten hat der Gesetzgeber das GenDG geschaffen, das hierzu zwei relevante Regelungen enthält. Da die betreffenden Informationen im Zuge des Transplantationsprozesses bekannt geworden sind, ist zudem das TPG heranzuziehen, das eine spezifische Regelung für den Umgang mit den im Verfahren erhobenen Daten bereithält. Weiterhin ist auf § 203 StGB zu blicken, der exemplarisch für die Regelungen der ärztlichen Schweigepflicht betrachtet werden soll. Schließlich findet sich im Behandlungsvertragsrecht eine Norm, die regelt, unter welchen Voraussetzungen Angehörigen eines Patienten nach dessen Tod Kenntnis von seinen Gesundheitsinformationen erhalten können.

#### **I. § 11 Abs. 3 GenDG**

Zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Erkenntnisse aus genetischen Untersuchungen an Dritte weitergegeben werden dürfen, findet sich eine Antwort in § 11 Abs. 3 GenDG. In der Norm heißt es:

*„Die verantwortliche ärztliche Person darf das Ergebnis der genetischen Untersuchung oder Analyse anderen nur mit ausdrücklicher und schriftlicher oder in elektronischer Form vorliegender Einwilligung der betroffenen Person mitteilen.“*

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Arzt beim Fehlen einer Einwilligung nicht dazu berechtigt ist, die Verwandten der untersuchten Person über die ermittelten genetischen Informationen in Kenntnis zu setzen. Die Norm bezieht sich nur auf genetische Untersuchungen zu medizinischen Zwecken i. S. d. § 3 Nr. 6 GenDG und ist mit diesem eng umfassten Gegenstand eine sehr spezifische Regelung.<sup>665</sup> Sie wird deshalb teilweise als Spezialregelung gegenüber der in § 203 StGB normierten ärztlichen Schweigepflicht und den Verschwiegenheitsverpflichtungen aus dem Datenschutzrecht verstanden.<sup>666</sup> Unabhängig davon, ob man der Norm deshalb eine verdrängende Wirkung zuspricht, unterscheidet sich die Regelung dadurch von den anderen genannten Geheimhaltungspflichten, dass gesetzliche Vorschriften den Arzt nicht dazu legitimieren können, die genetischen Erkenntnisse zu offenbaren.<sup>667</sup>

Für die Fragestellung der Arbeit folgt daraus, dass es dem Arzt im Falle des Fehlens einer Einwilligung untersagt ist, die Verwandten über für sie relevante Erkenntnisse aus der genetischen Untersuchung des Spenders zu informieren. Es ist anzunehmen, dass der Spender sich zu Lebzeiten nicht mit dem Umgang seiner genetischen Daten auseinandergesetzt und deshalb keine ausdrückliche Einwilligung in schriftlicher oder elektronischer Form verfasst hat. Eine Informationsweitergabe wäre deshalb aufgrund dieser Regelung ausgeschlossen.

Unabhängig davon, ob im Einzelfall eine Einwilligung erklärt wurde, stellt sich aber ohnehin die Frage, ob das GenDG und damit § 11 Abs. 3 GenDG überhaupt anwendbar ist, da der Spender bereits verstorben ist.

## 1. Eröffnung des Anwendungsbereichs vom GenDG

Dass Verstorbene aus dem personellen Anwendungsbereich des GenDG ausgenommen sind, beschreibt zum einen der Wortlaut des § 2 Abs. 1 GenDG, nach dem das Gesetz nur für *geborene* Menschen gilt. Zum anderen geht dies aus den Gesetzesmaterialien ausdrücklich hervor.<sup>668</sup> Da sich auf der Grundlage der genetischen Daten neben Erkenntnissen über

---

665 Stockter, in: Prütting-MedR, § 11 GenDG Rn. 9.

666 Auf beide Aspekte wird an späterer Stelle noch eingegangen: Zu den Verschwiegenheitsverpflichtungen aus dem spezialgesetzlichen Datenschutzrecht siehe S. 167 ff.; zur ärztlichen Schweigepflicht siehe S. 216 ff.

667 Stockter, in: Prütting-MedR, § 11 GenDG Rn. 6.

668 BT-Drs. 16/10532, S. 20.

die untersuchte Person bzw. den untersuchten Leichnam auch Aussagen über noch lebende Personen treffen lassen, wird diese strikte Begrenzung des Anwendungsbereichs seit jeher kritisch betrachtet.<sup>669</sup> Kern geht noch darüber hinaus und nimmt eine Anwendbarkeit des GenDG bei genetischen Untersuchungen von Hirntoten an, weil das Schutzniveau der §§ 7-15 GenDG gesichert werden müsse.<sup>670</sup> Der Wortlaut sowie die Gesetzesmaterialien lassen insoweit aber keinen Spielraum. Da das GenDG durch die Regelung des § 25 GenDG auch ein Strafgesetz ist,<sup>671</sup> wirkt der Wortlaut auslegungsbegrenzend, Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>672</sup> Eine direkte Anwendbarkeit sämtlicher Regelungen auf Verstorbene im Wege einer extensiven Auslegung scheidet somit aus.

Neben diesen rechtlichen Erwägungen stehen praktische Aspekte einer umfassenden Übertragung der Regelungen auf genetische Untersuchungen bei Verstorbenen und den Umgang mit den dabei ermittelten Daten entgegen. Ein Verstorbener lässt sich weder im Vorfeld der Untersuchung i. S. d. § 8 GenDG aufklären, noch kann eine Einwilligung i. S. d. § 9 GenDG von ihm eingeholt werden. Zwar könnte § 14 GenDG, der genetische Untersuchungen bei nicht einwilligungsfähigen Personen regelt, möglicherweise darüber hinweghelfen. Die Untersuchung generiert allerdings keinen medizinischen Nutzen mehr für die untersuchte, nicht-einwilligungsfähige Person i. S. d. § 14 Abs. 1 GenDG. Zudem erfolgt die Untersuchung nicht im Zusammenhang mit der Schwangerschaftsplanung einer genetisch-verwandten Person des Verstorbenen i. S. d. § 14 Abs. 2 GenDG. Folglich vermag diese Norm die Problematik nicht zu beseitigen.

## 2. Analoge Anwendbarkeit von § 11 Abs. 3 GenDG

Da § 25 GenDG nur bei einem Verstoß gegen die explizit aufgeführten Normen Sanktionen vorsieht, weisen nicht alle Regelungen einen strafrechtli-

---

669 Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat in seiner Stellungnahme zum GenDG-Entwurf im Gesetzgebungsprozess darauf hingewiesen, dass genetische Untersuchungen bei Verstorbenen verboten werden müssen, DGB, Stellungnahme zum GenDG, Ausschussdrucksache 16(14)0469(20), S. 5; Vossenkuhl, Der Schutz genetischer Daten, S. 139 f., betrachtet die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf lebende Menschen als Defizit des GenDG.

670 Kern, in: Kern-GenDG, § 2 Rn. 7.

671 Linoh/Rosenau, MedR 2020, 1 (3 f.).

672 BVerfG NJW 2004, 1305 (1306); BGHSt 37, 226 (230); Hecker, in: TK-StGB, § 1 Rn. 37; Pohlreich, in: Lackner/Kühl/Heger-StGB, § 1 Rn. 6.

chen Charakter auf. Die Bildung von belastenden Analogien ist deshalb nicht von vornherein aufgrund von Art. 103 Abs. 2 GG ausgeschlossen.<sup>673</sup> Es könnte deshalb eine entsprechende Anwendung einzelner Regelungen auf postmortal durchgeführte genetische Untersuchungen in Betracht kommen. Dazu bedarf es einer planwidrigen Regelungslücke sowie der Vergleichbarkeit der unregelten mit der geregelten Interessenlage und des Fehlens von einschlägigen Analogieverboten.<sup>674</sup>

Bereits die erste Voraussetzung steht aber einem Rückgriff auf § 11 Abs. 3 GenDG im Wege der Analogie entgegen. Neben dem ausdrücklichen Ausschluss genetischer Untersuchungen und dem Umgang mit genetischen Daten von Verstorbenen geht aus den Materialien zum GenDG hervor, dass insoweit Landesrecht bzw. datenschutzrechtliche Bestimmungen gelten sollen.<sup>675</sup> Unabhängig davon, inwieweit die darin enthaltenen Normen die Thematik tatsächlich regeln<sup>676</sup> und ob zumindest teilweise eine Regelungslücke verbleibt, wurde der Umgang mit den genetischen Daten Verstorbener jedenfalls nicht *planwidrig* ausgeklammert. Der Gesetzgeber hat diesen Bereich vielmehr bewusst aus dem GenDG ausgenommen.<sup>677</sup> Der Verweis auf andere Gesetze zeigt, dass er die Gerichte nicht selbst mit der Regelung dieser Fragen durch Rechtsfortbildung beauftragen wollte.

Überdies betrifft die Weitergabe genetischer Informationen von Verstorbenen eine Vielzahl von Grundrechten,<sup>678</sup> sodass zumindest eine teilweise Einschränkung von Freiheiten des Einzelnen zu erwarten ist. Derart grundlegende Fragestellungen in normativen Bereichen hat der Gesetzgeber im Sinne der Wesentlichkeitstheorie selbst zu regeln.<sup>679</sup> Eine entsprechende Anwendung von § 11 Abs. 3 GenDG überschritte somit eine durch das Demokratieprinzip auferlegte Grenze der Rechtsfortbildung.<sup>680</sup> Es verbietet sich deshalb, die Norm analog heranzuziehen.

---

673 Zum aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Analogieverbot siehe BVerfGE 92, 1 (12); BVerfGE 160, 284 (320 f.); *Greco*, GA 2016, 138 (141 ff.).

674 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 191 ff.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 6 Rn. 94 ff., 155 ff.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 562 ff.

675 BT-Drs. 16/10532, S. 20.

676 Zur spezialgesetzlichen datenschutzrechtlichen Regelung des TPG siehe S. 167 ff.

677 Mit vergleichbarer Argumentation zum Geltungsbereich des GenDG für die Forschung *Limoh/Rosenau*, MedR 2020, 1 (8).

678 Siehe dazu im Einzelnen S. 106 ff.

679 BVerfGE 49, 89 (126 f.); BVerfGE 88, 103 (116).

680 *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 13 Rn. 87 ff.; *Wank*, Juristische Methodenlehre, § 15 Rn. 87.

### 3. Relevanz der Regelung für eine mögliche Lösung der Problematik

Die Untersuchung hat gezeigt, dass weder eine direkte noch eine analoge Anwendung von § 11 Abs. 3 GenDG auf Verstorbene in Betracht kommt. Der Norm lässt sich aber eine Wertentscheidung des Gesetzgebers entnehmen, die bei der Auslegung anderer Normen mit Bezug zur Gendiagnostik und bei der Konzipierung einer möglichen Lösung der Problemstellung richtungsweisend berücksichtigt werden kann:

Sinn und Zweck von § 11 GenDG ist es, die Gewährleistung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der untersuchten Person sicherzustellen.<sup>681</sup> Das Einwilligungserfordernis zur Weitergabe der Informationen an Dritte des Abs. 3 bringt zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber dieser Rechtsposition ein höheres Gewicht zuspricht als den Interessen der Personen, die durch diese Daten ebenfalls potenziell betroffen sind.<sup>682</sup> Sofern der Spender vor seinem Ableben also nicht in eine Weitergabe der Informationen eingewilligt hat, darf der Arzt – legt man die Wertentscheidung des § 11 Abs. 3 GenDG zugrunde – die Erkenntnisse den Verwandten nicht offenbaren. Die Berufs- und Therapiefreiheit des Arztes steht somit ebenfalls zum Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts hinter diesem zurück.<sup>683</sup>

## II. § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG

Die Regelung des § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG greift die Drittrelevanz genetischer Daten auf. In der Norm heißt es:

*„Ist anzunehmen, dass genetisch Verwandte der betroffenen Person Träger der zu untersuchenden genetischen Eigenschaft mit Bedeutung für eine vermeidbare oder behandelbare Erkrankung oder gesundheitliche Störung sind, umfasst die genetische Beratung auch die Empfehlung, diesen Verwandten eine genetische Beratung zu empfehlen.“*

Diese Regelung steht im Kontext von § 10 GenDG, der bestimmt, in welchen Fällen genetischer Untersuchungen zu medizinischen Zwecken es einer genetischen Beratung bedarf und welche Anforderungen daran zu

---

681 BT-Drs. 16/10532, S. 29; Stockter, in: Prütting-MedR, § 11 GenDG Rn. 3.

682 So auch Heidenreich, Medizinische Zufallsbefunde in der Diagnostik und Forschung, S. 325.

683 So auch Wollenschläger, AöR 2013, 161 (192).

stellen sind. Die Beratung ist eine eigene ärztliche Leistung, die mehr als eine bloße Informationsvermittlung sein soll und damit inhaltlich über die Aufklärung hinausgeht.<sup>684</sup> Dabei sollen vor allem potenzielle medizinische, psychische und soziale Probleme thematisiert werden, die sich für den Betroffenen aus der Untersuchung oder aus dem Verzicht auf diese ergeben können.<sup>685</sup> Gem. § 10 Abs. 1 GenDG steht es bei *diagnostischen* genetischen Untersuchungen im Ermessen des Arztes, eine Beratung *nach* dem Vorliegen des Untersuchungsergebnisses vorzunehmen. Bei *prädiktiven* genetischen Untersuchungen ist er gem. § 10 Abs. 2 GenDG sowohl *im Vorfeld* der Untersuchung als auch *danach* grundsätzlich zur Durchführung verpflichtet. Teil dieses Gesprächs kann gem. § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG dann mitunter die Empfehlung des Arztes an die untersuchte Person sein, sie solle ihren Verwandten eine eigene genetische Beratung empfehlen.

Mit dieser doppelten Empfehlungslösung verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, sowohl die Rechte der untersuchten Person als auch die Rechte der potenziell betroffenen Verwandten zu wahren.<sup>686</sup> Im Falle einer funktionierenden innerfamiliären Kommunikation mag dieses Ziel erreicht werden. Sollten die Familienverhältnisse jedoch gestört und damit eine Verständigung untereinander nicht gegeben sein, erhalten die Verwandten die für sie möglicherweise interessanten Erkenntnisse nicht.<sup>687</sup> Es besteht keine Verpflichtung zur Aussprache der Empfehlung für die untersuchte Person,<sup>688</sup> sodass ein Zugehen auf die Verwandten in ihrem Ermessen liegt. Daneben ist denkbar, dass die untersuchte Person von ihrem Recht auf Nichtwissen Gebrauch macht und keine Kenntnis von den Untersuchungsergebnissen erhält. Eine Informationsmöglichkeit der Verwandten bleibt in diesen Fällen ebenfalls aus. Die gesetzgeberische Lösung steht nicht nur deshalb mit Recht in der Kritik.<sup>689</sup> Teilweise wird eine Möglichkeit für den Arzt gefordert, selbstständig auf die Verwandten zugehen zu dürfen.<sup>690</sup> Bisher ist eine solche Option im GenDG nicht vorgesehen.

---

684 BT-Drs. 16/10532, S. 28; *Stockter*, in: Prütting-MedR, § 10 GenDG Rn. 3.

685 *Kern*, in: Kern-GenDG, § 10 Rn. 13.

686 BT-Drs. 16/10532, S. 29.

687 Kritisch ebenfalls *Heyers*, MedR 2009, 507 (509).

688 *Fündling*, Recht auf Wissen vs. Recht auf Nichtwissen, S. 352 ff.; *Schillhorn/Heidemann*, in: GenDG-Kommentar, § 10 Rn. 22; *Stockter*, in: Prütting-MedR, § 10 GenDG Rn. 17.

689 *Begemann*, Der Zufallsfund im Medizin- und Gendiagnostikrecht, S. 163; *Heyers*, MedR 2009, 507 (509); *Kohake*, Personalisierte Medizin und Recht, S. 160 ff.

690 *Heyers*, MedR 2009, 507 (509 f.); sofern auch zwischen dem Verwandten und dem Arzt ein Behandlungsverhältnis besteht, hält es die GEKO für denkbar, dass ein

## 1. Probleme der Anwendbarkeit von § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG

Zwar erweckt ein erster Blick auf § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG den Eindruck, die Norm halte eine gesetzgeberische Lösung für die Fragestellung nach der Weitergabe der genetischen Daten des Organspenders bereit. Betrachtet man jedoch den Anwendungsbereich der Regelung, wird dieser vorschnelle Enthusiasmus getrübt. Bereits die Betrachtung von § 11 Abs. 3 GenDG hat ergeben, dass der eng definierte Anwendungsbereich des GenDG einer direkten Anwendung der Normen auf Verstorbene entgegensteht. Eine analoge Anwendung von § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG scheidet ebenfalls mangels planwidriger Regelungslücke und aufgrund der Grenzen der Rechtsfortbildung aus dem Demokratieprinzip aus.<sup>691</sup>

Abseits dieser rechtlichen Betrachtung ist das gesetzgeberische Lösungskonzept im Hinblick auf den Umgang mit Daten von *Verstorbenen* aus praktischer Sicht nicht umsetzbar. So kann im Anschluss an die genetische Untersuchung kein Beratungsgespräch i. S. d. § 10 GenDG mit der untersuchten Person mehr stattfinden. Es fehlt damit der „Mittelsmann“ zwischen Arzt und Verwandten, der die erste Empfehlung hören und die zweite selbst aussprechen würde. Dem regulatorischen Desiderat kann folglich nicht dadurch abgeholfen werden, dass der Gesetzgeber für den Umgang mit den Daten nach dem Tod des Untersuchten an seiner einstigen Idee für die Mitteilung der Informationen an Dritte festhält. Stattdessen bedarf es eines neuen Lösungskonzepts, bei dem die Rechte aller Beteiligten – wie es der Gesetzgeber mit § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG zumindest versucht hat – bestmöglich gewahrt und miteinander in Einklang gebracht werden.

## 2. Relevanz der Regelung für eine mögliche Lösung der Problematik

Im Hinblick darauf ist § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG möglicherweise in zweifacher Hinsicht bedeutsam: Zum einen kann auch die mit dieser Norm zum Ausdruck gebrachte Wertentscheidung zwischen den betroffenen Rechten der Beteiligten wegweisend sein. Da § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG auf die Problematik bei Verstorbenen nicht anwendbar und die Entscheidung somit nicht bindend ist, soll das Abwägungsergebnis und die Konzeption der Norm an dieser Stelle jedoch nicht abschließend bewertet werden. Zum anderen

---

direktes Zugehen des Arztes auf den Verwandten geboten sein kann, *GEKO*, 1. Tätigkeitsbericht, S. 22.

691 Siehe dazu S. 149 f.

könnte sich die Betrachtung der Tatbestandsmerkmale als sachdienlich erweisen. Dadurch lässt sich nachvollziehen, unter welchen Voraussetzungen Dritte bei der Untersuchung von Lebenden Kenntnis von genetischen Informationen erhalten können. Zudem lässt sich dadurch an späterer Stelle an diese Anforderungen anknüpfen.

#### a) Wertentscheidung des Gesetzgebers

Grundgedanke des Gesetzgebers mit der Regelung des § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG ist es, sowohl die Rechte der untersuchten Person als auch die Rechte der potenziell betroffenen Verwandten zu wahren.<sup>692</sup> Dabei fällt auf, dass dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der untersuchten Person ein höheres Gewicht beigemessen wird als sämtlichen Rechtspositionen der anderen Beteiligten. Dadurch, dass die untersuchte Person lediglich die Empfehlung erhält, selbst eine Empfehlung an die Verwandten auszusprechen, liegt es in ihrer Hand, ob und inwieweit sie dieser tatsächlich nachkommt. Eine Verpflichtung besteht für sie in dieser Hinsicht nicht. Dies gilt selbst dann, wenn es sich um eine vermeidbare oder behandelbare Erkrankung handelt und damit anzunehmen ist, dass die Verwandten von den Untersuchungsergebnissen profitieren könnten.

Abgesehen davon geht aus der Norm eine Wertentscheidung hinsichtlich der intrapersonell kollidierenden Rechte der Verwandten hervor. Diese ergibt sich aus der tatbestandlichen Differenzierung zwischen vermeidbaren oder behandelbaren Erkrankungen einerseits und unvermeidbaren, nicht behandelbaren Erkrankungen andererseits. Nur im Falle ersterer Erkrankungen sieht die Norm vor, dass die ärztliche Empfehlung Teil der genetischen Beratung ist. Somit besteht nur dann die Möglichkeit für die Verwandten, Kenntnis von den genetischen Feststellungen zu erhalten und damit ihr Recht auf Wissen wahrzunehmen und ggf. ihr Leben und ihre körperliche Unversehrtheit zu schützen. Der Gesetzgeber hat den intrapersonellen Konflikt zwischen den Rechten der Verwandten bei diesen Erkrankungen somit zulasten des Rechts auf Nichtwissen und zugunsten des Rechts auf Wissen sowie des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit entschieden.

Bei unvermeidbaren, unbehandelbaren Erkrankungen gehört die ärztliche Empfehlung hingegen *nicht* zur genetischen Beratung. Die untersuchte Person weiß somit für gewöhnlich nicht um die konkrete Bedeutung des

---

692 BT-Drs. 16/10532, S. 29.

Untersuchungsergebnisses für ihre Verwandten. Sie wird deshalb zumindest nicht zielgerichtet auf diese zugehen, um sie damit zu konfrontieren. Dass der Gesetzgeber bei diesen Erkrankungen keinen planmäßigen Informationsweg für die Verwandten vorgesehen hat, verdeutlicht die vorrangige Berücksichtigung des Rechts auf Nichtwissen vor den übrigen Rechten der Verwandten.

Weiterhin steht die Berufs- und Therapiefreiheit des Arztes hinter den Rechten der untersuchten Person und der Verwandten zurück. Nachdem § 11 Abs. 3 GenDG eine direkte Kontaktaufnahme untersagt, wird ihm nur im Falle vermeidbarer oder behandelbarer Erkrankungen auferlegt, eine Empfehlung auszusprechen. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass er die Bedeutung für Verwandte bei unvermeidbaren, nicht behandelbaren Erkrankungen zu verschweigen hat. Zwar ist ein Verstoß gegen diese Handlungsanweisungen weder gem. § 25 GenDG mit einer Strafe noch gem. § 26 GenDG mit einem Bußgeld belegt. Der Gesetzgeber schreibt ihm sein Handeln im Hinblick auf die Drittbetroffenheit allerdings vollständig – wenn auch ohne drohende Konsequenzen im Falle einer Nichtbefolgung – vor.

#### b) Voraussetzungen für eine Weitergabe der genetischen Daten an Dritte

Die vorangegangene Betrachtung verdeutlicht, dass die Wertentscheidung des Gesetzgebers grundlegend von der Differenzierung zwischen vermeidbaren bzw. behandelbaren Erkrankungen und unvermeidbaren bzw. unbehandelbaren Erkrankungen abhängt. Überdies ist der Personenkreis gem. § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG auf *genetisch Verwandte* beschränkt, sodass nur deren Rechte Berücksichtigung finden. Nachfolgend wird untersucht, wer zum Personenkreis der genetischen Verwandten gehört und wann eine Erkrankung als „vermeidbar“ und „behandelbar“ einzuordnen ist. Nur mithilfe dieses Verständnisses lässt sich die Wertentscheidung vollends nachvollziehen. Zudem wird bei der Konzipierung eines Lösungsvorschlages auf diese Begriffe zurückzukommen sein.<sup>693</sup>

---

693 Siehe dazu S. 295 ff. sowie zuvor bereits im Rahmen der Interessenabwägung auf den S. 197 ff.

aa) Verwandtschaftsbegriff

Der Begriff der *genetischen Verwandtschaft* wird weder in § 10 GenDG noch an anderer Stelle im GenDG legaldefiniert oder konkretisiert. Sowohl aus der Spezifizierung *genetisch* als auch aus dem Wortlaut und Telos von § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG ergibt sich aber, dass darunter nur Personen zu fassen sind, die ebenfalls Träger der festzustellenden oder bereits identifizierten genetischen Eigenschaft sein können. Die bloße Zugehörigkeit zur Familie genügt somit nicht, sondern es bedarf einer Beziehung im Sinne der Blutsverwandtschaft.<sup>694</sup> Angeheiratete Ehepartner oder adoptierte Kinder, die mit der Annahme zwar gem. § 1754 Abs. 1 BGB die *rechtliche* Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten erhalten, fallen damit aus dem Kreis der zu Informierenden heraus.

Trotz dieser Einschränkung gehören noch immer eine Vielzahl von Personen zum Kreis der Informationsberechtigten. Da sich dem Gesetz und den Gesetzesmaterialien keine Bestimmung zur Reichweite des Verwandtschaftsbegriffs entnehmen lässt, werden nachfolgend die Konturen des Begriffs durch eine teleologische Betrachtung geschärft.

Vor dem Hintergrund des mit § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG verfolgten Zieles, die Rechte der betroffenen Person und seiner Verwandten bestmöglich in Einklang zu bringen, kommt es letztlich darauf an, inwieweit eine Informationsweitergabe die Rechte der Drittbetroffenen beeinträchtigt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nur Informationen weitergegeben werden, bei denen genetische Eigenschaften mit Bedeutung für eine vermeidbare oder behandelbare Erkrankung festgestellt wurden. Es besteht unabhängig vom Verwandtschaftsgrad also immer die Möglichkeit, gegen eine potenzielle Erkrankung vorzugehen und somit das Leben und die körperliche Unversehrtheit zu schützen. Zeitgleich ist zu berücksichtigen, dass unabhängig davon eine psychische Belastung mit derartigen Informationen einhergeht. Es besteht deshalb ein Risiko, dass die körperliche Unversehrtheit mittelbar durch psychische Beeinträchtigungen geschädigt wird.

Die Gefahr psychischer Beeinträchtigungen wird maßgeblich durch das Risiko erhöht, dass medizinische Laien die mitgeteilten Wahrscheinlichkeiten falsch interpretieren oder überbewerten. Da die Informationen nicht von einem Arzt, sondern einem Verwandten – der zumeist keine medizinische Expertise hat – übermittelt werden, fehlt zunächst die Möglichkeit, klärende Rückfragen zu stellen. Zwar soll die untersuchte Person ihren Verwandten nur eine eigene genetische Beratung empfehlen. Es wird für

---

694 So auch *Burgert*, Genetische Beratung, S. 78.

dieses Lösungsmodell jedoch auf eine gute innerfamiliäre Kommunikation gesetzt. Nach lebensnaher Betrachtung ist deshalb davon auszugehen, dass die untersuchte Person im Falle eines Zugehens auf ihre Verwandten auch Informationen über das eigene Untersuchungsergebnis teilt. Daraus möglicherweise fälschlich abgeleitete Erkenntnisse in Bezug auf die eigene Gesundheit können zu Verunsicherungen bei den Verwandten führen.

Diesem Risiko stehen die Vorteile gegenüber, die sich für die Verwandten im Hinblick auf die physische Gesundheit aus den Informationen ergeben. Diese bestehen jedoch nur dann, wenn sich die prognostizierte Erkrankung tatsächlich manifestiert. Je geringer die Wahrscheinlichkeit dafür ist, desto weniger können diese Vorteile die Nachteile für die psychische Gesundheit ausgleichen. Um die körperliche Unversehrtheit bestmöglich zu schützen, sollten die genetischen Daten deshalb nur bei einer hohen Erkrankungs-wahrscheinlichkeit an Dritte weitergegeben werden.

Je entfernter die verwandtschaftliche Beziehung des Verwandten zur untersuchten Person ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Verwandte das gleiche Gen wie die untersuchte Person in sich trägt. Diese Wahrscheinlichkeit gibt der sog. Verwandtschaftskoeffizient an.<sup>695</sup> Bei Verwandten ersten Grades, also Eltern im Verhältnis zu ihren Kindern oder zwei Geschwistern von denselben Eltern, besteht eine Wahrscheinlichkeit von 50 %, dass sie die gleichen Allele tragen. Die Großeltern oder der Onkel bzw. die Tante der untersuchten Person (Verwandte zweiten Grades) haben bereits nur noch eine Wahrscheinlichkeit von 25 % hinsichtlich der Allel-Übereinstimmung. Bei Verwandten dritten Grades (bspw. die Cousins der untersuchten Person) beträgt sie 12,5 %.<sup>696</sup>

Demzufolge wäre es naheliegend, als genetische Verwandte im Sinne von § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG nur Verwandte ersten Grades anzusehen, da bei diesen die noch höchste Wahrscheinlichkeit einer Krankheitsanlage und damit einer tatsächlichen Manifestation der Erkrankung besteht. Dabei würde jedoch unberücksichtigt gelassen, dass das Krankheitsbild bei autosomal-rezessiven Erbkrankheiten in der Regel nicht in aufeinanderfolgenden Generationen auftritt, sodass die Eltern der erkrankten Person gesund sind.<sup>697</sup> Aus diesem Grund ist es sinnvoll, Verwandte zweiten Grades in den Begriff der genetischen Verwandten einzubeziehen.<sup>698</sup> Darüber hinaus ergeben sich keine medizinischen Vorteile daraus, die Reichweite des Begriffs

---

695 *Grimm*, in: Murken/et al., Humangenetik, S. 256.

696 *Grimm*, in: Murken/et al., Humangenetik, S. 257.

697 *Ehrenhofer-Murray*, Genetik, S. 737; *Schaaf/Zschocke*, Humangenetik, S. 100.

698 So auch *Burgert*, Genetische Beratung, S. 80 f.

stärker auszuweiten. Stattdessen sinkt die Wahrscheinlichkeit der Allelüber-einstimmung. Zudem erscheint es in praktischer Hinsicht unzumutbar, von der untersuchten Person zu verlangen, dass sie Personen informiert, die nicht dem engeren Familienkreis angehören.<sup>699</sup>

Genetische Verwandte i. S. d. § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG sind somit Blutsver-wandte ersten und zweiten Grades der untersuchten Person.

#### bb) Vermeidbarkeit oder Behandelbarkeit der Erkrankung

Das Erfordernis einer vermeidbaren oder behandelbaren Erkrankung fin-det sich neben § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG in § 10 Abs. 1 S. 2, § 14 Abs. 1 Nr. 1 und § 16 Abs. 1 GenDG. Eine präzise Definition dieser Begriffe lässt das GenDG jedoch vermissen. Der Gesetzgeber hat sie in den Materialien zu § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG lediglich damit gleichgesetzt, dass Therapie- und Vorbeugemaßnahmen existieren.<sup>700</sup> Aus der Begründung zu § 14 Abs. 1 Nr. 1 GenDG geht ebenfalls hervor, dass darunter Präventions- oder therapeuti-sche Interventionsmöglichkeiten zu verstehen sind.<sup>701</sup> Eine Vermeid- oder Behandelbarkeit sei mit anderen Worten dann anzunehmen, wenn die Un-tersuchung für den Untersuchten mit einem Nutzen einhergeht.<sup>702</sup> Da der Begriff „vermeidbar“ darauf gerichtet ist, dass ein bestimmter Zustand gar nicht erst eintritt, ihm also vorgebeugt wird, sind darunter alle Präventions-bzw. Vorbeugemaßnahmen zu verstehen. Der Begriff „behandelbar“ meint dagegen das Bestehen von Therapiemaßnahmen. Diese Konkretisierung grenzt jedoch nicht abschließend ein, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, damit eine Krankheit diese Kriterien verwirklicht.

Zum einen ist ungeklärt, ob nur Behandlungen, die sich gegen die Ur-sache der Erkrankung richten (kausale Behandlungen), unter den Begriff der Behandelbarkeit fallen oder ob ebenso Maßnahmen darunter zu fassen sind, die lediglich die Symptome der Krankheit bekämpfen (symptomi-sche Behandlungen).<sup>703</sup> Zum anderen stellt sich die Frage, ob es genügt, dass Präventions- und Therapiemaßnahmen in theoretischer Hinsicht exis-tieren oder ob diese darüber hinaus für den jeweiligen Betroffenen auch konkret anwendbar sein müssen.

---

699 *Burgert*, Genetische Beratung, S. 80.

700 BT-Drs. 16/10532, S. 29.

701 BT-Drs. 16/10532, S. 30.

702 BT-Drs. 16/10532, S. 30, 33.

703 Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung findet sich bereits bei *Burgert*, Genetische Beratung, S. 82 ff.

(1) Konturen des Begriffs „behandelbar“

Medizinische Therapien können verschiedene Ziele verfolgen. Dabei lässt sich grob differenzieren zwischen Therapien, die sich gegen die Ursache der Erkrankung richten und damit eine Heilung zum Ziel haben und Behandlungen, deren Zweck es ist, die Symptome zu lindern und ggf. den Krankheitsverlauf zu verlangsamen.

(a) Kausale Therapien

Dass die Existenz *kausaler* Therapien eine Einordnung der Erkrankung als „behandelbar“ i. S. d. § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG zur Folge hat, ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur einhellig anerkannt.<sup>704</sup> Dieser Bewertung ist zuzustimmen. Da negative Beeinträchtigungen von der Gesundheit des Betroffenen abgewendet werden können und sich nach Abschluss der Therapie im besten Fall keine Auswirkungen der Erkrankung mehr zeigen, ergibt sich ein spürbarer Nutzen für ihn. Dieses Verständnis liegt auf einer Linie mit dem Gedanken des Gesetzgebers, den er mit der Aufnahme dieser Begriffe in den Tatbestand verfolgt hat.

Im Kontext genetischer Erkrankungen erscheint es aber fraglich, ob eine kausale Behandlung der Erkrankung in Form der genetischen Disposition selbst möglich ist.<sup>705</sup> Schließlich liegt die Grundursache in der Disposition selbst, sodass folglich gegen sie vorgegangen werden müsste. In dieser Hinsicht vermag die von *Burgert* vorgebrachte Differenzierung zu überzeugen:<sup>706</sup> Danach kommt eine kausale Behandlung abhängig davon in Betracht, ob die Ursache der Erkrankung allein in der genetischen Disposition liegt oder ob es des Hinzutretens weiterer Faktoren bedarf. Bei monogenen Erbkrankheiten wie bspw. *Corea Huntington*, die vollständig aus der erblichen Veranlagung resultieren, kann nur dann gegen die Ursache vorgegangen werden, wenn Einfluss auf die Disposition selbst genommen wird. Bei den übrigen genetisch bedingten Erkrankungen kommt es aber in der Regel nicht allein aufgrund der Erbanlage dazu, dass sich die Krankheit manifestiert. Es besteht die Möglichkeit, dass gesundheitliche Folgen für den

---

704 *Burgert*, Genetische Beratung, S. 83 ff.; *Damm*, MedR 2014, 139 (144); *Hahn*, in: Kern-GenDG, § 1 Rn. 14.

705 *Heyers*, MedR 2009, 507 (509) geht davon aus, dass auf genetischen Dispositionen beruhende Erkrankungen nicht kausal therapierbar sind.

706 *Burgert*, Genetische Beratung, S. 84 f.

Betroffenen trotz genetischer Disposition ausbleiben. Deshalb liegt es nahe, die genetische Disposition von der ausgeprägten Erkrankung zu trennen und die Krankheit nicht in der erblichen Veranlagung selbst zu sehen.<sup>707</sup> Eine kausale Therapie liegt infolgedessen auch dann vor, wenn auf die durch die genetische Disposition mitverursachte körperliche Krankheitsursache eingewirkt wird, aus der die Symptome folgen. Sie erfordert nicht zwingend ein Vorgehen gegen die genetische Disposition selbst. Wenn bspw. bei einer erblich bedingten Krebserkrankung der Tumor bestrahlt wird, bekämpft die Therapie die Ursache für die sich durch den Krebs äußernden Symptome. Sie ist deshalb als kausale Behandlung zu bewerten.

Neben einer Behandlung der manifestierten Erkrankung ist es bei ausgewählten Erbkrankheiten inzwischen möglich, direkt Einfluss auf die genetische Disposition selbst zu nehmen. Mithilfe somatischer Gentherapien wird DNA oder RNA in Körperzellen eingebracht, um die krankheitsverursachenden Teile der DNA des Betroffenen zu verändern.<sup>708</sup> Zudem besteht die Möglichkeit, die mutierten Gene zu reparieren, indem die zelleigenen Reparatursysteme beeinflusst werden.<sup>709</sup> Somit kommt bei monogenen Erbkrankheiten in Einzelfällen eine kausale Behandlung in Betracht. Angesichts der fortschreitenden medizinischen Entwicklung ist davon auszugehen, dass zunehmend mehr erfolgsversprechende Gentherapien etabliert werden und sich damit die Chancen auf eine kausale Behandlung erhöhen. Für die Frage, ob die Erkrankung i. S. d. § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG behandelbar ist, kommt es folglich darauf an, ob für die konkrete Krankheit bereits eine Gentherapie entwickelt und zugelassen wurde, sodass eine Chance besteht, die Krankheit tatsächlich abzuwenden.

## (b) Symptomatische Therapien

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob das Bestehen symptomatischer Therapieoptionen dazu führt, dass es sich um eine behandelbare Erkrankung i. S. d. § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG handelt. Dies wird unterschiedlich betrachtet.

---

707 Ebenso mit weiterführender Argumentation *Burgert*, Genetische Beratung, S. 83 f.

708 Deutsches Referenzzentrum für Ethik in den Biowissenschaften, Somatische Gentherapie, abrufbar unter: <<https://www.drze.de/de/forschung-publikationen/im-blickpunkt/somatische-gentherapie>> (zuletzt abgerufen am 6.5.2026); siehe auch *Dorneck*, Recht der Reproduktionsmedizin, S. 177 m. w. N.; *Ehrenhofer-Murray*, Genetik, S. 784.

709 *Ehrenhofer-Murray*, Genetik, S. 784.

(aa) Bestehendes Meinungsbild

Das OLG Koblenz verneinte für die Krankheit *Corea Huntington* eine Behandelbarkeit, da lediglich symptomatische Therapiekonzepte bestünden.<sup>710</sup> Aus welchen Gründen diese nicht dafür genügend sollen, eine Erkrankung als behandelbar anzusehen, erläuterte es allerdings nicht.

Vertreter aus der Literatur nehmen hingegen an, dass symptomatische Therapiemöglichkeiten zu einer Bewertung der Erkrankung als behandelbar führen.<sup>711</sup> Ein Vergleich mit HIV-Infektionen führt *Heyers* zu der Annahme, dass bei Erbkrankheiten eine kausale Behandlung ausgeschlossen ist.<sup>712</sup> Indem er aber annimmt, dass bei Erbkrankheiten unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG eine Weitergabe der Informationen erfolgen kann, wird deutlich, dass er bloße symptomatische Therapieoptionen für eine Behandelbarkeit als ausreichend erachtet. Eine diesbezügliche Argumentation findet sich in seinen Ausführungen jedoch nicht. Es lässt sich lediglich mutmaßen, dass er der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit der Informationsweitergabe einen Anwendungsbereich zugestehen will. Ein solcher bestünde bei konsequenter Fortführung seiner Auffassung sonst nicht.

*Damm* verweist für die Einbeziehung symptomatischer Therapieoptionen auf die privatversicherungsrechtliche Judikatur des BGH. Nach dieser sei die „Verhinderung der Verschlimmerung einer Krankheit“ als Heilbehandlung zu bewerten.<sup>713</sup> Ebenso entspreche dies dem sozialversicherungsrechtlichen Anspruch auf Krankenbehandlung aus § 27 Abs. 1 Nr. 1 des fünften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V),<sup>714</sup> der sich aus der Notwendigkeit ergibt, eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern.<sup>715</sup>

Ein differenzierender Ansatz findet sich bei *Burgert*. Nach seiner Auffassung führe es zu weit, beim Bestehen jeglicher symptomatischer Therapieoptionen eine Behandelbarkeit begründet zu sehen.<sup>716</sup> Da bei nahezu jeder Krankheit einzelne Symptome behandelt werden könnten, liefe die

---

710 OLG Koblenz, MedR 2014, 168 (173).

711 *Damm*, MedR 2014, 139 (144 f.); *Hahn*, in: Kern-GenDG, § 1 Rn. 14; *Heyers*, MedR 2009, 507 (509).

712 *Heyers*, MedR 2009, 507 (509).

713 *Damm*, MedR 2014, 139 (145) mit Verweis auf BGHZ 133, 208 (211).

714 Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung vom 20.12.1988 (BGBl. I S. 2477, 2482).

715 *Damm*, MedR 2014, 139 (145).

716 *Burgert*, Genetische Beratung, S. 89 ff.

in § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG erstrebte Differenzierung ins Leere.<sup>717</sup> Es könne nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, Erbkrankheiten, die kaum wirksam oder mit Erfolgsaussicht bekämpft werden können, unter diesen Begriff zu fassen.<sup>718</sup> Ebenso wenig zielführend sei es aber, die Behandelbarkeit bei symptomatischen Therapien stets zu verneinen. Sofern sich für den Betroffenen daraus die Möglichkeit ergibt, den Ausbruch tödlicher Krankheiten aufzuschieben oder ihren Verlauf zu mildern, sei es vorteilhaft, frühestmöglich derartige Maßnahmen einzuleiten. In diesen Fällen sei deshalb eine Behandelbarkeit anzunehmen.<sup>719</sup> Entscheidend sei somit nicht, ob die Therapie als kausal oder symptomatisch zu klassifizieren ist, sondern ob sich ein Nutzen für den Betroffenen aus ihr ergibt.<sup>720</sup>

#### (bb) Stellungnahme

Das Meinungsbild verdeutlicht, dass der Begriff der Behandelbarkeit bisher keiner einheitlichen Definition zugänglich ist. Nachfolgend wird das unbestimmte Tatbestandsmerkmal deshalb mithilfe der juristischen Auslegungsmethoden konkretisiert und Stellung zu den Auffassungen aus der Literatur bezogen.

Aus dem Wortlaut „behandelbar“ ergibt sich das Erfordernis einer strikten Trennlinie zwischen kausalen und symptomatischen Therapien nicht. Dies bestätigt ein Blick auf den Wortgebrauch im Kontext chronischer Erkrankungen. Für diese ist charakteristisch, dass eine vollständige Heilung und damit eine Einflussnahme auf die Krankheitsursache nicht möglich ist.<sup>721</sup> Dennoch wird im Zusammenhang mit bei derartigen Erkrankungen durchgeführten symptomatischen Therapien von einer Behandlung der Betroffenen gesprochen.<sup>722</sup> Letztlich liegt der Gedanke des OLG Koblenz, symptomatische Therapien aus dem Begriff der Behandelbarkeit auszuklammern, wohl darin begründet, die Informationsweitergabe nicht ausufern zu lassen und dem Tatbestandsmerkmal eine Existenzberechtigung zu verleihen.

---

717 Burgert, Genetische Beratung, S. 90.

718 Burgert, Genetische Beratung, S. 91.

719 Burgert, Genetische Beratung, S. 91.

720 Burgert, Genetische Beratung, S. 91; iE ebenso Stockter, in: Prütting-MedR, § 16 Rn. 28, der zusätzlich auf das gesetzgeberische Ziel eines effektiven Gesundheitsschutzes und den Begriff der wirksamen Behandelbarkeit i. S. d. § 25 Abs. 3 Nr. 5 SGB V abstellt.

721 RKI, GEDA 2009, S. 54.

722 RKI, GEDA 2009, S. 54.

Zum Telos von § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG offenbaren die Gesetzesmaterialien das Ziel des Gesetzgebers, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Untersuchten und der potenziell drittbetroffenen Verwandten bestmöglich in Einklang zu bringen.<sup>723</sup> Aufgabe des Tatbestandsmerkmals „behandelbar“ ist es dabei, neben dem Merkmal „vermeidbar“ einzugrenzen, in welchen Fällen der Arzt eine Empfehlung an die untersuchte Person ausspricht und damit den Informationsweg eröffnet. Daraus geht die Wertentscheidung hervor, in bestimmten Konstellationen dem Recht auf Wissen Vorrang zu gewähren und unter anderen Umständen dem Recht auf Nichtwissen zu entsprechen.<sup>724</sup> An welcher Stelle die Zäsur konkret zu setzen ist, lässt sich auch den Materialien zu § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG nicht entnehmen. Aufschluss gibt insoweit aber ein Blick auf die im gleichen systematischen Kontext stehenden § 14 Abs. 1 Nr. 1 und § 16 Abs. 1 GenDG, die ebenfalls an den Begriff „behandelbar“ anknüpfen. In den Materialien zu diesen Normen erläutert der Gesetzgeber, dass er eine Behandelbarkeit begründet sieht, wenn sich ein Nutzen für den Untersuchten aus der Untersuchung ergibt.<sup>725</sup> Dieses Kriterium erscheint für die Bestimmung der Grenzen im Rahmen von § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG ebenfalls als sinnvoll. Nur wenn sich Vorteile aus den Informationen ergeben, erschließt sich der Grund für die Wertentscheidung des Gesetzgebers, dem Wissen eine höhere Bedeutung als dem Nichtwissen zuzugestehen.

Das Auslegungsergebnis entspricht somit der Auffassung von *Burgert* und *Stockter*, eine Behandelbarkeit auch beim Bestehen symptomatischer Therapiemöglichkeiten anzunehmen, wenn für die Verwandten damit ein Nutzen einhergeht. Folglich begründet nicht das Bestehen jedweder (symptomatischen) Therapieoption eine Behandelbarkeit.

### (c) Bedarf eines einheitlichen Bewertungsmaßstabes

Zwar konnte mit der Nützlichkeit der Therapie für die Verwandten ein Kriterium zur Eingrenzung des Begriffs identifiziert werden. Es verbleibt jedoch die Frage, wie hoch der daraus resultierende Mehrwert tatsächlich sein muss, damit die Erkrankung als behandelbar eingeordnet werden kann. Dass eine Beurteilung dieser Frage aus rechtlicher Perspektive schwerlich möglich ist, hat der Gesetzgeber erkannt und die Vermeidbar-

---

723 BT-Drs. 16/10532, S. 29.

724 Siehe dazu bereits S. 154 f.

725 BT-Drs. 16/10532, S. 30, 33.

keit und Behandelbarkeit deshalb im Rahmen von § 10 Abs. 1 S. 2, § 14 Abs. 1 Nr. 1 und § 16 Abs. 1 GenDG unter den Vorbehalt des allgemein anerkannten Standes der Wissenschaft und Technik gestellt. Diesen bestimmt die GEKO gem. § 23 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) GenDG in einer Richtlinie. Mit deren Hilfe sollen genetische Eigenschaften hinsichtlich ihrer Bedeutung für Erkrankungen oder gesundheitliche Störungen sowie die Möglichkeiten, sie zu vermeiden, ihnen vorzubeugen oder sie zu behandeln, beurteilt werden können. In der aktuellen Fassung dieser Richtlinie wird neben weiteren Faktoren auf den (klinischen) Nutzen der Untersuchung bzw. des Untersuchungsergebnisses abgestellt.<sup>726</sup> Die dort aufgestellten Maßstäbe stehen mithin im Einklang mit dem durch die Auslegungsmethoden erarbeiteten Begriffsverständnis.

Problematisch ist aber, dass dieser Verweis auf den allgemein anerkannten Stand der Wissenschaft und Technik in § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG fehlt. Es liegt somit der Gedanke nahe, dass die in der Richtlinie aufgestellten Maßstäbe für diese Norm keine Geltung entfalten. Dass sie dennoch für die Begriffsbestimmung herangezogen werden können, hat *Burgert* überzeugend erörtert: Die Richtlinie spezifiziert, wie die in § 3 Nr. 4 GenDG definierten genetischen Eigenschaften zu beurteilen sind, obwohl in der Definitionsnorm selbst kein Verweis auf einen fachwissenschaftlichen Vorbehalt enthalten ist.<sup>727</sup> Es ist somit nur konsequent und im Sinne eines binnengesetzlich einheitlichen Begriffsverständnisses, die in der Richtlinie aufgestellten Beurteilungsmaßstäbe auch für die Bestimmung der Vermeid- und Behandelbarkeit i. S. d. § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG zugrunde zu legen.<sup>728</sup> Es kann wohl kaum Ziel des Gesetzgebers gewesen sein, die Frage nach der Behandelbarkeit in § 10 Abs. 1 S. 2 GenDG mithilfe interdisziplinärer Expertise beantworten zu lassen und an späterer Stelle innerhalb derselben Norm diese Maßstäbe zu ignorieren. Sachliche Gründe dafür, dass der Gesetzgeber allein in dieser Norm bewusst auf den fachwissenschaftlichen Vorbehalt zur Konkretisierung der Begriffe verzichtet hat, sind nicht ersichtlich. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der fehlende Verweis wohl ein redaktionelles Versehen darstellt.<sup>729</sup>

Letztlich obliegt es damit der medizinischen Fachwissenschaft, anhand der in der Richtlinie aufgestellten Maßstäbe zu beurteilen, ob es sich um

---

726 GEKO, RL-Beurteilung genetischer Eigenschaften, Bundesgesundheitsbl. 2021, 1030 (1031).

727 *Burgert*, Genetische Beratung, S. 96.

728 *Burgert*, Genetische Beratung, S. 96.

729 Ebenso *Burgert*, Genetische Beratung, S. 95.

eine vermeidbare oder behandelbare Erkrankung handelt. Da auf diese Weise eine einheitliche Bewertung der Krankheitsbilder gewährleistet und damit Rechtssicherheit geschaffen wird, ist dies zu begrüßen.

#### (d) Zusammenfassung

Die Untersuchung hat ergeben, dass beim Bestehen kausaler Therapien stets eine Behandelbarkeit anzunehmen ist. Hierzu zählen einerseits somatische Gentherapien, andererseits solche Ansätze, die nicht an der genetischen Anlage selbst ansetzen, sondern die Ursache der manifestierten Krankheit bekämpfen. Hinsichtlich symptomatischer Therapien lässt sich keine derart präzise Aussage treffen. Zwar hat die Analyse mittels der Auslegungsmethoden gezeigt, dass bei einer Nützlichkeit der Untersuchungsergebnisse für den Verwandten von einer Behandelbarkeit auszugehen ist. Dieses Kriterium weist jedoch keine klaren Konturen auf, weshalb es gut-zuheißen ist, dass der Gesetzgeber die Vermeid- und Behandelbarkeit im GenDG unter einen fachwissenschaftlichen Vorbehalt gestellt hat. Dieser gilt für § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG, auch wenn der ausdrückliche Verweis darauf im Wortlaut der Norm fehlt.

Damit ist eine strikte Trennung zwischen kausalen und symptomatischen Therapien letztlich nicht von Nöten. Maßgeblich ist stattdessen, ob die Beurteilung der medizinischen Fachwissenschaft anhand der von der GEKO erarbeiteten Richtlinie zum Ergebnis kommt, dass es sich um eine vermeidbare oder behandelbare Erkrankung handelt.

#### (2) Erfordernis tatsächlicher Verfügbarkeit vs. abstrakter Möglichkeit präventiver und therapeutischer Maßnahmen

§ 10 Abs. 3 S. 4 GenDG lässt sich nur entnehmen, dass es sich um eine vermeidbare oder behandelbare Erkrankung handeln muss. Es erscheint deshalb auf den ersten Blick unklar, ob eine Vermeid- oder Behandelbarkeit nur dann angenommen werden kann, wenn konkret für den jeweiligen Verwandten Präventions- oder Therapiemöglichkeiten bestehen oder ob die bloße Existenz der medizinischen Interventionsoptionen für diese Erkrankung genügt. Bei genauerer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass es nicht erforderlich sein kann, den konkreten Verwandten bzw. dessen Gesundheitssituation mit in die Bewertung der Erkrankung einzubeziehen und damit mehr als die grundsätzliche Etablierung von Präventions- und

Therapieoptionen in der medizinischen Praxis zu verlangen. Zum einen kennt der mit der Frage nach der Erteilung einer Empfehlung befasste Arzt den Verwandten der untersuchten Person und dessen gesundheitliche Konstitution in der Regel nicht. Er kann folglich nicht beurteilen, welche medizinischen Maßnahmen ggf. in Betracht kommen. Zum anderen wird die Vermeid- und Behandelbarkeit anhand fachwissenschaftlicher Kriterien beurteilt und unterliegt damit einem abstrakten Maßstab, der keinen Bezug zur konkreten Person aufweist.

### c) Zusammenfassung

Aus der Untersuchung zu § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG lassen sich folgende Aspekte festhalten: Die vom Gesetzgeber erarbeitete Lösung ist weder direkt noch analog auf die Frage nach der Weitergabe der genetischen Daten des verstorbenen Organspenders anwendbar. Da sie sich abgesehen davon auch in praktischer Hinsicht nicht umsetzen ließe, bedarf es für Konstellationen, in denen die untersuchte Person bereits verstorben ist, eines völlig neuen Lösungskonzepts.

Als Wertentscheidung geht aus der Norm hervor, dass der Gesetzgeber das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der untersuchten Person höher gewichtet als sämtliche Rechtspositionen der anderen Beteiligten. Der intrapersonelle Konflikt zwischen den Rechten des Verwandten wird unterschiedlich in Abhängigkeit davon entschieden, ob es sich um eine vermeidbare oder behandelbare Erkrankung handelt. Liegt eine derartige Erkrankung vor, erhalten das Recht auf Wissen sowie das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit den Vorzug. Bei unvermeidbaren, unbehandelbaren Krankheiten obsiegt hingegen das Recht auf Nichtwissen. Die Berufs- und Therapiefreiheit des Arztes steht unabhängig von der Art der Erkrankung hinter diesen Rechtspositionen zurück.

Darüber hinaus hat die Betrachtung der Tatbestandsmerkmale ergeben, dass genetische Verwandte i. S. d. § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG Blutsverwandte ersten und zweiten Grades der untersuchten Person sind. Die Frage der Vermeid- oder Behandelbarkeit einer Erkrankung ist davon abhängig, ob die medizinische Fachwissenschaft die Krankheit anhand der in der Richtlinie der GEKO aufgestellten Maßstäbe als vermeid- oder behandelbar bewertet. Dabei genügt es, dass Präventions- und Therapiemöglichkeiten zumindest theoretisch für den Verwandten zur Verfügung stehen.

### III. § 14 Abs. 2 TPG

Eine Regelung, die sich konkret zu einer Weitergabe *genetischer* Daten äußert, enthält das TPG nicht. § 14 TPG bestimmt aber, wie mit personenbezogenen Daten im Transplantationswesen umzugehen ist. Hinsichtlich der Frage nach einer Übermittlung von genetischen Informationen des Spenders an dessen Verwandte lassen sich dem zweiten Absatz Vorgaben entnehmen. Nach § 14 Abs. 2 S. 1 TPG ist es dem dort beschriebenen Kreis von Verpflichteten untersagt, personenbezogene Daten zu offenbaren. § 14 Abs. 2 S. 3 TPG ergänzt dies darum, dass die „im Rahmen dieses Gesetzes“ erhobenen personenbezogenen Daten für andere als im TPG genannte Zwecke nicht verarbeitet werden dürfen.<sup>730</sup> Die Einhaltung dieser Vorgaben wird durch § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG strafrechtlich abgesichert. Sinn und Zweck der datenschutzrechtlichen Regelungen im TPG<sup>731</sup> – und damit auch von § 14 Abs. 2 TPG – ist es, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen zu schützen,<sup>732</sup> sowie ein effizientes und effektives Transplantationswesen zu gewährleisten,<sup>733</sup> Chancengleichheit sicherzustellen,<sup>734</sup> Zielkonflikte zwischen transplantationsmedizinischen und therapeutischen Maßnahmen zu verhindern<sup>735</sup> und die Anonymität von Spender und Empfänger zu wahren.<sup>736</sup> Nachfolgend wird untersucht, ob sich diese Regelungen auf genetische Daten erstrecken und dem Arzt somit eine Offenbarung der Informationen verbieten.

#### 1. Personeller Anwendungsbereich

Der Gesetzgeber hat in § 14 Abs. 2 S. 2 TPG den Kreis an Personen, für die das Offenbarungsverbot gilt, abschließend bezeichnet. Da neben weiteren Akteuren dazu alle Personen gehören, die an der Entnahme, der

---

730 Grundlegend zu den datenschutzrechtlichen Prinzipien des Offenbarungsverbots und Zweckbindungsgebots siehe S. 121.

731 Ausführlich zu den einzelnen Zielsetzungen *Stockter*, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 33 ff., § 14 Rn. 25 ff.

732 *Scholz/Middel*, in: Spickhoff-MedR, § 14 Rn. 1; unabhängig von der konkreten Regelung des § 14 TPG ist dies ein allgemeiner Grundgedanke des Datenschutzrechts: BVerfGE 65, 1 (42 f.); *Stockter*, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 34.

733 BT-Drs. 13/4355, S. 11.

734 BT-Drs. 13/4355, S. 21, 27; *Scholz/Middel*, in: Spickhoff-MedR, § 14 Rn. 1.

735 *Stockter*, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 46.

736 BT-Drs. 16/5443, S. 55; *Scholz/Middel*, in: Spickhoff-MedR, § 14 Rn. 1.

Vermittlung und der Übertragung der Organe oder Gewebe beteiligt sind, ist der Kreis sehr weit gefasst.<sup>737</sup> Das Verbot erstreckt sich somit sowohl auf Ärzte als auch auf sonstige medizinische Mitarbeiter, die im Rahmen des Transplantationsprozesses Kenntnis von genetischen Daten des Spenders erhalten.

## 2. Personenbezug der Daten

Neben der DSGVO und dem BDSG knüpft auch das TPG an die datenschutzrechtliche Kernformulierung der „personenbezogenen Daten“ an. Zwar stellt Art. 4 Nr. 13 DSGVO ausdrücklich klar, dass darunter „genetische Daten“ fallen. Nach der Definition der personenbezogenen Daten in Art. 4 Nr. 1 DSGVO handelt es sich dabei aber nur um Informationen, die sich auf eine natürliche Person beziehen. Neben dem Anwendungsbereich des Regelwerks erstreckt sich der Begriff der personenbezogenen Daten also nur auf lebende Personen.<sup>738</sup> Übernähme man dieses Verständnis unmittelbar für das Tatbestandsmerkmal des § 14 Abs. 2 TPG, würde sich das Offenbarungsverbot nicht auf die im Zuge der postmortalen Spende bekanntgewordenen Daten erstrecken. Da die Norm jedoch keinen Verweis auf die DSGVO enthält, stellt sich die Frage, ob der Begriff im Rahmen des TPG und damit der Anwendungsbereich des Verbots nicht weiter zu fassen ist.

### a) Erstreckung des Anwendungsbereichs auf Verstorbene

Das allgemeine Datenschutzrecht hat primär den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bzw. des unionsrechtlich garantierten Rechts auf Schutz der personenbezogenen Daten im Blick.<sup>739</sup> Der Schutzbereich dieses in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Rechts

---

737 Mit dieser Einschätzung ebenfalls *König*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu-TPG, § 14 Rn. 6; *Stockter*, in: Höfling-TPG, § 14 Rn. 34.

738 Siehe dazu bereits S. 119 f.

739 Zur Zielsetzung des unionsrechtlich geregelten Datenschutzes siehe Erwägungsgrund (1) der Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 (DSGVO); zur Zielsetzung des BDSG hieß es in der alten Fassung aus dem Jahr 1990 in § 1 BDSG noch ausdrücklich: „Zweck dieses Gesetzes ist es, den einzelnen davor zu schützen, daß er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird.“

endet aber mit dem Tod eines Menschen.<sup>740</sup> Es ist deshalb konsequent, dass sich die DSGVO nur auf (lebende) natürliche Personen bezieht. Mit dem postmortalen Persönlichkeitsschutz existiert daneben aber eine über den Tod hinaus schützenswerte Rechtsposition, deren Absicherung sich verschiedene Normen, wie bspw. § 203 Abs. 5 StGB,<sup>741</sup> widmen.<sup>742</sup> Da sich der Schutz personenbezogener Daten in anderen Gesetzen auf die Daten von Verstorbenen erstreckt, zieht *Stockter* daraus den Schluss, dass auch im TPG ein Regelungsbedürfnis für den Umgang mit diesen Daten bestehe.<sup>743</sup>

Stärkerer Überzeugungskraft als dieser Wertungsübertragung aus anderen medizinrechtlichen Regelungswerken ist seinen auf das TPG bezogenen Auslegungsergebnissen beizumessen. Zum einen findet der Terminus der „personenbezogenen Daten“ in verschiedenen Kontexten des TPG Verwendung, die im Zusammenhang mit der postmortalen Spende stehen.<sup>744</sup> Beispielhaft führt er § 7 TPG an,<sup>745</sup> der Regelungen zur Datenverarbeitung trifft und sich schon seiner systematischen Stellung nach nur auf postmortale Organspenden bezieht. Er weist richtigerweise darauf hin, dass damit die Daten Verstorbener gemeint sein müssen, da über diese Daten gem. § 7 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 2 TPG erst nach dem Tod des Spenders Auskünfte erteilt bzw. eingeholt werden dürfen und die Norm bei einem (ausschließlichen) Bezug zu möglichen lebenden Spendern sonst funktionslos wäre.<sup>746</sup>

Zum anderen überzeugt seine teleologische Auslegung. Der Sinn und Zweck der Norm liegt darin, die Anonymität von Spender und Empfänger zu wahren und das Ansehen der Betroffenen vor Verletzungen zu schützen.<sup>747</sup> *Stockter* bemerkt korrekt, dass es dieser Intention zuwiderläuft, wenn der durch § 14 Abs. 2 TPG verkörperte Schutz mit dem Tod endet.<sup>748</sup> Zudem befördert eine diskrete Behandlung der Daten Verstorbener eine

---

740 Darauf hingewiesen hat bereits *Stockter*, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 19.

741 Ausführlich zur postmortalen Schweigepflicht aus § 203 Abs. 5 StGB siehe sogleich auf den S. 216 ff.

742 *Stockter*, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 19. Er weist zudem darauf hin, dass teilweise auch die Landeskrankengesetze ausdrücklich den Schutz von Daten Verstorbener herausstellen. Beispielhaft sei dafür § 7 Abs. 1 S. 3 HmbKHG genannt.

743 *Stockter*, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 20.

744 *Stockter*, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 22.

745 *Stockter*, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 22.

746 *Stockter*, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 22.

747 Siehe dazu bereits S. 167.

748 *Stockter*, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 24.

höhere Spendebereitschaft und dient damit dem Ziel, ein effizientes und effektives Transplantationswesen zu gewährleisten.<sup>749</sup>

Entgegenstehende Argumente, die dafür sprechen, das Begriffsverständnis des allgemeinen Datenschutzrechts zugrunde zu legen und somit nur die Daten Lebender zu erfassen, sind nicht ersichtlich. Folglich erstreckt sich das Offenbarungsverbot auf die im Zuge der postmortalen Spende bekanntgewordenen Daten und schützt damit das postmortale Persönlichkeitsrecht des Spenders.<sup>750</sup>

## b) Genetische Daten als personenbezogene Daten

In sachlicher Hinsicht fallen unter personenbezogene Daten alle Daten, die unmittelbar eine Verbindung zum Spender bzw. Empfänger oder eine der sonst in § 14 Abs. 2 TPG genannten Personen herstellen.<sup>751</sup> Diese Definition steht mit dem Telos des Offenbarungsverbots in Einklang, eine Identifikation der an der Organspende beteiligten Personen zu verhindern und somit die Anonymität sicherzustellen. Genetische Daten geben Aufschluss über die biologische Konstitution eines Organismus und stehen in direktem Zusammenhang mit der Person, von der sie stammen. Es besteht somit die Möglichkeit, über die Daten auf diese Person zu schließen und Erkenntnisse über sie daraus abzuleiten. Folglich handelt es sich bei genetischen Daten um personenbezogene Daten.<sup>752</sup>

## 3. Die Handlung des Offenbarens

Untersagt und über § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG strafrechtlich sanktioniert ist das Offenbaren der personenbezogenen Daten. An diese Handlung knüpft auch der Tatbestand des § 203 StGB an. Wie *Stockter* anschaulich herausgestellt hat, unterscheidet sich das Tatbestandsmerkmal im TPG aber in zwei Aspekten von der Norm des StGB: Aus der Systematik des Gesetzes

---

749 *Stockter*, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 25.

750 So ohne argumentative Herleitung aber im Ergebnis auch *Scholz/Middel*, in: Spickhoff-MedR, § 13 Rn. 1; ebenso wohl auch *König*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu-TPG, § 14 Rn. 7.

751 *Stockter*, in: Höfling-TPG, § 14 Rn. 37.

752 Dieses Ergebnis entspricht auch der Begriffsbestimmung der DSGVO, Art. 4 Nr. 13 DSGVO.

ergibt sich, dass der Begriff des Offenbarens nur die *unzulässige* Datenweitergabe erfasst.<sup>753</sup> Das in § 14 Abs. 2 TPG angeordnete Verbot unterliegt dem Wortlaut nach zwar keinen Einschränkungen.<sup>754</sup> Da andere Vorschriften des TPG, wie bspw. § 7 TPG, aber die zulässige Übermittlung von Informationen regeln, ist das Tatbestandsmerkmal so zu interpretieren, dass ein Offenbaren nur im Falle illegitimer Übermittlung vorliegt.<sup>755</sup> Ein anderes Verständnis widerspräche ferner dem Telos der datenschutzrechtlichen Regelungen, weil die Übermittlung von Informationen notwendig für ein funktionierendes Transplantationswesen ist.<sup>756</sup>

Auch die abweichende Handhabung in § 203 StGB steht diesem Verständnis nicht entgegen. Im Wortlaut jener Norm ist ausdrücklich nur die *unbefugte* Offenbarung unter Strafe gestellt. Das Merkmal wird jedoch gemeinhin nicht als eigenes Tatbestandsmerkmal, sondern als bloßer Hinweis darauf verstanden, dass bei dieser Norm häufig Rechtfertigungsgründe einschlägig sind.<sup>757</sup> Dies überzeugt vor dem Hintergrund, dass es sich bei § 203 StGB um eine strafrechtliche Norm handelt, bei deren Prüfung der Ebene der Rechtswidrigkeit nach dem dreigliedrigen Deliktsaufbau eigenständige Bedeutung zugestanden wird. Abweichend davon handelt es sich bei § 14 Abs. 2 TPG nicht um eine strafrechtliche Norm. Erst das Zusammenspiel mit § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG führt zu einer Pönalisierung. Angesichts der grundlegend unterschiedlichen Normcharaktere von § 14 Abs. 2 TPG und § 203 StGB drängt es sich deshalb nicht auf, die Bewertung des Zusatzes „unbefugt“ zwingend für § 14 TPG zu übernehmen.

Überdies besteht der Unterschied, dass eine Einwilligung der betroffenen Person nicht notwendigerweise zu einer Zulässigkeit der Datenübermittlung führt.<sup>758</sup> Dies liegt darin begründet, dass die datenschutzrechtlichen Regelungen des TPG – und damit auch das Offenbarungsverbot – neben individualschützenden Zwecken auch Interessen der Allgemeinheit verfolgen.<sup>759</sup>

Abgesehen davon ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien zum TPG, dass der Gesetzgeber unter einem „Nicht-Offenbaren“ das Geheimhalten von

---

753 Stockter, in: Höfling-TPG, § 14 Rn. 49.

754 Stockter, in: Höfling-TPG, § 14 Rn. 49.

755 Stockter, in: Höfling-TPG, § 14 Rn. 49.

756 Stockter, in: Höfling-TPG, § 14 Rn. 55.

757 RegE des EGStGB BT-Drs. 7/550 S. 236; OLG Köln, NJW 2000, 3656 (3657); Bosch, in: SSW-StGB, § 203 Rn. 32; Kargl, in: NK-StGB, § 203 Rn. 101.

758 Stockter, in: Höfling-TPG, § 14 Rn. 50.

759 Stockter, in: Höfling-TPG, § 14 Rn. 161; zu den Zwecken der datenschutzrechtlichen Regelungen des TPG siehe S. 167.

Informationen versteht.<sup>760</sup> Dies geht mit dem Verständnis des Begriffs innerhalb von § 203 StGB einher,<sup>761</sup> bei dem positiv formuliert ein Offenbaren angenommen wird, wenn einem Dritten Informationen mitgeteilt werden, die dieser bis dahin noch nicht (sicher) kannte.<sup>762</sup> Setzt der Arzt nun einen Verwandten des Spenders über potenzielle genetische Gesundheitsrisiken in Kenntnis, ist davon auszugehen, dass er ihm neue Informationen mitteilt. Zwar besteht die Möglichkeit, dass er durch bei ihm selbst durchgeführte gendiagnostische Untersuchungen bereits um potenzielle Krankheitsanlagen weiß. Da die mitgeteilten Risiken aber primär auf Daten des verstorbenen Verwandten beruhen, erhält er verstärkt Informationen über dessen genetische Konstitution, die er so aller Voraussicht nach noch nicht hatte. Somit ist trotz einer möglichen Vorkenntnis bezüglich eigener Risiken ein Offenbaren seitens des Arztes anzunehmen.

Eine Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals könnte aber dennoch daran scheitern, dass es sich um eine zulässige Datenweitergabe handelt. Zwar lässt sich dem TPG *de lege lata* keine Legitimationsgrundlage zur Offenbarung genetischer Daten entnehmen. Es bestehen darüber hinaus aber Regelungen außerhalb des TPG, aus denen sich die Zulässigkeit einer Weitergabe ergibt. Nachfolgend wird untersucht, ob derartige Legitimationsgrundlagen im Hinblick auf die Weitergabe genetischer Daten an die Verwandten einschlägig sind.

#### a) Offenbarungsbefugnis aufgrund einer Einwilligung

Eine Option, aus der sich eine Befugnis zur Offenbarung ergibt, könnte die Einwilligung darstellen. So ist eine Verarbeitung von genetischen Daten lebender Personen im allgemeinen Datenschutzrecht nach Art. 9 Abs. 1, 2 lit. a) DSGVO beim zusätzlichen Vorliegen weiterer Voraussetzungen möglich, wenn die Person ausdrücklich einwilligt. Grundlegender Gedanke der Einwilligung ist, dass eine Person im Rahmen der ihr zustehenden Dispositionsbefugnis auf den ihr von der Rechtsordnung zugestande-

---

760 BT-Drs. 13/4355 S. 27.

761 So auch *Stockter*, in: Höfling-TPG, § 14 Rn. 51.

762 BGHSt 27, 120 (121); *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 54; *Eisele*, in: TK-StGB, § 203 Rn. 20; *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 203 Rn. 67.

nen Schutz ihrer Rechte verzichtet und damit ihr Selbstbestimmungsrecht ausübt.<sup>763</sup>

Diesem Schutzverzicht stehen in Bezug auf das TPG aber zwei Gründe entgegen:<sup>764</sup> Zum einen verfolgt das Offenbarungsverbot aus § 14 Abs. 2 S. 1 TPG nicht nur den Schutz von Individualrechtsgütern, sondern auch von öffentlichen Schutzgütern wie der Gewährleistung der Chancengleichheit. Hinsichtlich dieser Rechtsgüter fehlt dem Spender die Dispositionsbefugnis, sodass eine Einwilligung nicht in Betracht kommt.<sup>765</sup> Ferner wird auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vom Empfänger geschützt,<sup>766</sup> das ebenfalls nicht der Disposition des Spenders unterliegt. Zum anderen wäre es mit der Systematik des § 14 TPG unvereinbar, eine Offenbarungsbefugnis auf Grundlage einer Einwilligung herzuleiten. § 14 Abs. 3 S. 2 TPG sieht für den Fall der Knochenmarkspende unter der Voraussetzung einer ausdrücklichen Einwilligung eine Ausnahme vom Offenbarungsverbot vor. Diese Vorschrift wäre weitgehend funktionslos, wenn man die Einwilligung generell als Offenbarungsbefugnis i. S. d. § 14 Abs. 2 S. 1 TPG genügen lassen würde.<sup>767</sup> Somit lässt sich aus einer Einwilligung keine Offenbarungsbefugnis begründen.

#### b) Offenbarungsbefugnis aufgrund eines Notstands, § 34 StGB

Im Hinblick darauf, ob der Notstand i. S. d. § 34 StGB eine Offenbarungsbefugnis darstellen kann, ergeben sich einige Fragen, denen im Folgenden nachzugehen ist. Zuerst wird untersucht, ob eine Anwendung dieser Norm neben spezialgesetzlichen Regelungen zum Umgang mit genetischen Daten in Betracht kommt. Anschließend bedarf es der Klärung, ob sie sich trotz ihrer Verortung außerhalb des TPG als Legitimationsgrundlage eignet.

---

763 BGHSt 17, 359 (360); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor §§ 32 ff. Rn. 10; Rönau, in: LK-StGB, Vor §§ 32 ff. Rn. 146.

764 Im Rahmen der Ausführungen zur ärztlichen Schweigepflicht wird zusätzlich auf tatsächliche Hindernisse eingegangen. Diese bestehen ebenfalls hinsichtlich einer Einwilligung im Kontext von § 14 Abs. 2 S. 1 TPG.

765 Scholz/Middel, in: Spickhoff-MedR, § 14 Rn. 1; Stockter, in: Höfling-TPG, § 14 Rn. 161; Schroth, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu-TPG, § 19 Rn. 211 stellt zwar nicht explizit heraus, dass eine Einwilligung in Bezug auf das Offenbarungsverbot aus § 14 Abs. 2 TPG nicht zur Anwendung kommen kann. Indem er sie für § 14 Abs. 2 TPG nicht, für § 13 TPG aber explizit als Legitimationsgrundlage benennt, wird allerdings deutlich, dass er die Einwilligung als Offenbarungsbefugnis ablehnt.

766 Weiterführend dazu S. 196.

767 Stockter, in: Höfling-TPG, § 14 Rn. 162.

Zum Dritten ist einzuordnen, ob eine aus § 34 StGB resultierende Offenbarungsbefugnis im Kontext von § 14 TPG (insb. i. V. m. § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG) auf Ebene des Tatbestands oder der Rechtswidrigkeit wirkt. Schließlich wird auf das Meinungsbild zur Herleitung einer Offenbarungsbefugnis aus § 34 StGB geblickt, bevor anschließend das Vorliegen der einzelnen Voraussetzungen von § 34 StGB geprüft wird.

aa) Anwendbarkeit von § 34 StGB vor dem Hintergrund speziellerer Regelungen

Einer Befugnis zur ärztlichen Informationsweitergabe über § 34 StGB könnte die Existenz spezieller Regelungen entgegenstehen, die sich dieser Problematik widmen. Nach überwiegender Auffassung ist ein Rückgriff auf die Norm ausgeschlossen, wenn dadurch die Wertentscheidungen anderer (Rechtfertigungs-)Normen konterkariert oder unterlaufen würden.<sup>768</sup>

Ein Leitgedanke zum Umgang mit drittrelevanten genetischen Daten lässt sich dem ausdrücklichen Einwilligungserfordernis des § 11 Abs. 3 GenDG entnehmen. Danach werden die Rechte des Drittbetroffenen den Rechten des Untersuchten vollständig untergeordnet, sofern letzterer mit einer Weitergabe nicht einverstanden ist. § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG bekräftigt diese Annahme. Die Norm berechtigt nicht den Arzt selbst, auf die Verwandten zuzugehen. Sie ermächtigt ihn nur, dem Untersuchten eine Empfehlung zu erteilen, die er an seine Verwandten weiterreichen kann. Die finale Entscheidung zur Weitergabe liegt also beim Untersuchten. Somit verkörpert auch diese Norm die Wertentscheidung, dass dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Untersuchten Vorrang gegenüber den Rechten des Drittbetroffenen einzuräumen ist.<sup>769</sup>

Da aber bei der postmortalen Organ- und Gewebespende die Besonderheit besteht, dass der Spender bereits verstorben und damit das GenDG nicht mehr anwendbar ist, können diese Normen keine Sperrwirkung begründen.<sup>770</sup> Hätte der Gesetzgeber dem postmortalen Persönlichkeitsschutz

768 BGHSt 31, 304 (307); BGHSt 34, 39 (51); *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 23; *Perron*, in: TK-StGB, § 34 Rn. 6; *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 34 Rn. 42; *Roxin/Greco*, StrafR AT I, § 16 Rn. 51.

769 BT-Drs. 16/10532 S. 29; siehe dazu bereits S. 154 f.

770 Eine Sperrwirkung annehmend, wenn die untersuchte Person am Leben ist *Burgert*, Genetische Beratung, S. 171; *Corinth*, Ärztliche Schweigepflicht und kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter, S. 159; *Heyers*, MedR 2009, 507 (510); *Meyer*, Genetische Untersuchungen zu medizinischen Zwecken und zu Forschungszwecken an

des Verstorbenen uneingeschränkten Vorrang einräumen wollen, so hätte er den Anwendungsbereich des GenDG auf Verstorbene erstrecken oder andere Spezialregelungen schaffen müssen. Mangels einer entsprechenden Regelung, ist eine Anwendbarkeit von § 34 StGB und damit die Begründung einer Offenbarungsbefugnis möglich.

bb) Eignung von § 34 StGB als Legitimationsgrundlage zur Offenbarung

Weiterhin ist erforderlich, dass eine aus § 34 StGB abgeleitete Offenbarungsbefugnis mit den gesetzessystematischen Erwägungen des TPG, den allgemeinen und bereichsspezifischen Bestimmungen des Datenschutzrechts sowie dem Zweckbindungsgebot aus § 14 Abs. 2 S. 3 TPG vereinbar ist.

(1) Vereinbarkeit mit den gesetzessystematischen Erwägungen des TPG

An einer Vereinbarkeit mit den gesetzessystematischen Erwägungen des TPG könnte es fehlen, wenn die Verwendung der Daten für den infrage stehenden Verwendungszweck bereits durch das Gesetz abschließend geregelt ist.<sup>771</sup> Zwar enthält das TPG keine konkreten Regelungen zum Umgang mit genetischen Daten; gleichwohl finden sich in den § 3 und § 5 TPG Aussagen darüber, inwieweit Dritte, die nicht in den Transplantationsprozess als solchen einbezogen sind, Kenntnis von bestimmten Umständen erhalten sollen bzw. können. Gem. § 3 Abs. 3 S. 1 TPG hat der Arzt den nächsten Angehörigen des Organ- oder Gewebespenders über die beabsichtigte Organ- oder Gewebespende zu unterrichten. § 3 Abs. 3 S. 2, 3 TPG ergänzt dies darum, dass Ablauf und Umfang der Organspende von der entnehmenden Person aufzuzeichnen sind und der nächste Angehörige ein Recht auf Einsichtnahme hat. Daneben ergibt sich aus § 5 Abs. 2 S. 4 TPG das Angehörigenrecht, Einsicht in die Untersuchungsergebnisse zur Feststellung des Todes vom Spender zu nehmen. Zwar kann der Angehörige in diesem Sinne ein Verwandter des Spenders sein, § 1a Nr. 5 TPG. Weder aus der ärztlichen Information über die Spende noch aus der Option zur Einsichtnahme ergibt sich aber für ihn die Möglichkeit der Kenntnisnahme

---

nicht einwilligungsfähigen Personen, S. 169; *Wollenschläger*, AöR 2013, 161 (201); a.A. nach verfassungskonformer Auslegung *Kohake*, Personalisierte Medizin und Recht, S. 179 ff.

771 *Stockter*, in: Höfling-TPG, § 14 Rn. 178.

genetischer Erkenntnisse, die im Transplantationsprozess bekanntgeworden sind. Da neben diesen Normen – abgesehen vom allgemeingültigen Offenbarungsverbot aus § 14 Abs. 2 TPG – keine Sonderregelungen im TPG dazu bestehen, ob und wie Informationen an private Dritte weitergegeben werden können, ist die Herleitung einer Offenbarungsbefugnis aus § 34 StGB mit der Gesetzessystematik des TPG vereinbar.

(2) Vereinbarkeit mit allgemeinen und bereichsspezifischen Bestimmungen des Datenschutzrechts

Darüber hinaus dürfen der Offenbarungsbefugnis keine allgemeinen oder bereichsspezifischen Bestimmungen des Datenschutzrechts entgegenstehen. Aus dem allgemeinen Datenschutzrecht sind weder die DSGVO noch das BDSG für den Umgang mit den Daten Verstorbener anwendbar.<sup>772</sup> Für den Umgang mit genetischen Daten enthält das GenDG mit § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG und § 11 Abs. 3 GenDG allerdings Normen, die den Umgang mit genetischen Daten im Hinblick auf Dritte regeln. Der Anwendungsbereich dieses Gesetzes ist jedoch ebenfalls nicht eröffnet, sodass diese Bestimmungen der Begründung einer Offenbarungsbefugnis aus § 34 StGB nicht entgegenstehen.

(3) Vereinbarkeit mit dem Zweckbindungsgebot des § 14 Abs. 2 S. 3 TPG

Schließlich muss die Offenbarungsbefugnis im Einklang mit dem Zweckbindungsgebot des § 14 Abs. 2 S. 3 TPG stehen. Sie darf also den Zielsetzungen des TPG nicht widersprechen. Weder die Chancengleichheit noch die Gewährleistung eines effizienten und effektiven Transplantationswesens sowie die Verhinderung von Zielkonflikten zwischen transplantationsmedizinischen und therapeutischen Maßnahmen werden durch die Offenbarung von Informationen an die Verwandten des Spenders tangiert. Da diese Datenübermittlung losgelöst von der Erhebung und der sonstigen Verarbeitung innerhalb des Transplantationsprozesses ist, ergeben sich daraus keine Auswirkungen für die aufgezählten Zwecke.

Als weiteren Zweck verfolgt der im TPG verankerte Anonymitätsgrundsatz das Ziel, die *Identität* von Spendern, Empfängern sowie deren Angehör-

---

<sup>772</sup> Siehe dazu S. 119 f.; auf § 203 StGB wird – sofern man diese Norm überhaupt dem allgemeinen Datenschutzrecht zuordnen möchte – an späterer Stelle eingegangen.

rigen geheim zu halten.<sup>773</sup> Dieser Funktion steht eine Weitergabe der genetischen Daten ebenfalls nicht entgegen. Zwar wird manchen Verwandten durch die Information des Arztes möglicherweise erstmals bekannt, dass jemand aus ihrer Familie seine Organe bzw. sein Gewebe gespendet hat. Sie erfahren mit dieser Information einhergehend aber nicht, wer mit der Spende bedacht wurde. Damit werden die hinter dem Anonymitätsgrundsatz stehenden Gründe,<sup>774</sup> wie die Vermeidung von Dankbarkeits- und Schuldgefühlen oder eines Medieninteresses an den Personen sowie die Verhinderung einer Kontaktaufnahme zwischen den beiden Seiten, nicht gefährdet. Überdies ist davon auszugehen, dass die meisten Verwandten, zu denen der Arzt Kontakt aufnimmt, bereits zuvor um die Spende ihres Angehörigen wussten. Neben möglichem Wissen aus der innerfamiliären Kommunikation hängt die Durchführung von Organspenden in einer Vielzahl der Fälle von der Zustimmung der Angehörigen i. S. d. § 4 TPG ab, sodass ihnen bereits daraus dessen Identität als Spender bekannt ist. Somit steht auch der Anonymitätsgrundsatz der Begründung einer Offenbarungsbefugnis aus § 34 StGB nicht entgegen.

Darüber hinaus ist das TPG darauf gerichtet, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen zu schützen. Zwar ist dieses mit dem Ableben des Spenders bereits erloschen. In Betracht käme aber eine Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes. Ansinnen der Begründung einer Offenbarungsbefugnis aus § 34 StGB ist es aber nicht, Tür und Tor für den Arzt zu öffnen, nach freiem Belieben Informationen aus dem Transplantationsverfahren an Dritte weiterzureichen. Eine Offenbarung kommt stattdessen nur in Betracht, wenn die engen Voraussetzungen des § 34 StGB erfüllt sind und sie das Ergebnis der in diesem Zuge durchzuführenden Interessenabwägung ist. Der mit dem TPG intendierte Schutz der Rechtspositionen wird durch eine Offenbarungsbefugnis folglich weiterhin gewährleistet.

#### (4) Zusammenfassung

Die Untersuchung hat ergeben, dass die Begründung einer Offenbarungsbefugnis aus § 34 StGB mit dem TPG und dem Datenschutzrecht vereinbar ist.

---

<sup>773</sup> Stockter, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 48.

<sup>774</sup> Zu den hinter dem Anonymitätsgrundsatz stehenden Gründen Stockter, in: Höfling-TPG, Vor §§ 13 ff. Rn. 50 ff.

cc) Verortung der Offenbarungsbefugnis aus § 34 StGB im Kontext von § 14 TPG i. V. m. § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG

Aus dem Wortlaut der Rechtsfolge von § 34 S. 1 StGB („*handelt nicht rechtswidrig*“) geht hervor, dass es sich bei der Norm um einen Rechtfertigungsgrund handelt. Offenbarungsbefugnisse im Rahmen von § 14 Abs. 2 TPG setzen aber typischerweise auf Ebene des Tatbestandes an. Dies ergibt sich aus dem teleologischen Verständnis der Norm und ihrer systematischen Einbettung im TPG.<sup>775</sup> Somit wäre es konsequent, einer aus § 34 StGB abgeleiteten Offenbarungsbefugnis ebenfalls tatbestandsausschließende Wirkung beizumessen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob dies trotz des Charakters von § 34 StGB als Rechtfertigungsgrund im Zusammenhang von § 14 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG möglich ist.<sup>776</sup>

Im Hinblick auf eine mögliche Strafbarkeit macht es keinen Unterschied, auf welcher Ebene die Wirkung der Befugnis verortet wird.<sup>777</sup> Aus haftungsrechtlicher Perspektive ergibt sich ebenfalls kein Unterschied. Mögliche Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB wegen einer Verletzung von § 14 TPG würden entweder am Fehlen einer Pflicht- bzw. Rechtsgutsverletzung oder am Mangel der Rechtswidrigkeit<sup>778</sup> scheitern. Somit gehen aus praktischer Sicht keine Unterschiede mit der einen oder der anderen Verortung einher.

Ein Unterschied ergibt sich jedoch aus straftheoretischer Betrachtung. Während ein Tatbestandsausschluss bereits den fehlenden Rechtsunwert

775 Siehe dazu bereits S. 170 ff.

776 Dies Möglichkeit einer tatbestandsausschließenden Wirkung ist auch im Kontext des § 203 StGB umstritten. *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 203 Rn. 187 geht davon aus, dass § 34 StGB iRv § 203 StGB als Rechtfertigungsgrund anzusehen ist.

777 Bei einem Irrtum des Arztes in tatsächlicher Hinsicht würde bei einer Zuordnung des Merkmals zum Tatbestand ein Tatumstandsirrtum i. S. d. § 16 StGB vorliegen und eine Strafbarkeit somit ausscheiden. Würde der Notstand hingegen erst als Rechtfertigungsgrund begriffen, wäre ein Erlaubnistatumstandsirrtum einschlägig, der zumindest nach der überzeugenden rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie auf Ebene der Rechtsfolgen auch zu einer Anwendung von § 16 StGB kommt. Ein Irrtum auf rechtlicher Ebene wäre entweder als Verbots- oder als Erlaubnisirrtum zu bewerten, für dessen Bewertung es nach § 17 StGB auf die Vermeidbarkeit des Irrtums ankäme.

778 Auch im Rahmen eines Anspruchs aus § 280 Abs. 1 BGB ist es erforderlich, dass die Pflichtverletzung rechtswidrig ist. Da innerhalb der vertraglichen Haftung aber selten Rechtfertigungsgründe einschlägig sind, wird diese Voraussetzung in der Regel zumeist unproblematisch bejaht, *Spickhoff*, JuS 2016, 865 (866). Ein Notstand kann aber der Sache nach dazu führen, dass die Rechtswidrigkeit fehlt und damit die Pflichtverletzung entfällt, *Pfeiffer*, in: Soergel-BGB, § 276 Rn. 37.

der Handlung widerspiegelt, führt eine Einordnung als Rechtfertigungsgrund lediglich dazu, dass ein grundsätzlich bestehendes Unwerturteil gerechtfertigt wird. Die Übermittlung von Informationen an Dritte weist keinen Rechtsunwert auf, wenn sie zum Zweck erfolgt, ihre Rechtsgüter zu schützen. Da eine konsequente Verortung von Offenbarungsbefugnissen im Rahmen von § 14 Abs. 2 TPG zu begrüßen ist und im Übrigen keine Gründe gegen diese Verortung sprechen, ist einer aus dem Notstand resultierenden Offenbarungsbefugnis in diesem Kontext tatbestandsausschließende Wirkung beizumessen.

#### dd) Meinungsbild in Rechtsprechung, Literatur und Fachkreisen

Bisher finden sich weder in der Rechtsprechung noch in der rechtswissenschaftlichen Literatur oder in Fachkreisen Auseinandersetzungen mit der Frage, wie im Hinblick auf das Offenbarungsverbot mit den genetischen Daten *Verstorbener* umzugehen ist. Über die Frage, ob der Arzt nach einer genetischen Untersuchung *bei Lebenden* auf dessen Verwandte zugehen darf, um ihnen für sie relevante Informationen mitzuteilen, besteht in Zusammenhang mit der in § 203 StGB normierten ärztlichen Schweigepflicht aber seit Jahren eine rege Diskussion im Schrifttum. Zudem hatten sich einige Gerichte mit der Frage der Datenoffenbarung zugunsten des Schutzes von Rechtsgütern Dritter zu beschäftigen.

Zwar unterscheidet sich das aus § 14 Abs. 2 TPG resultierende Offenbarungsverbot in gewissen Punkten von der Regelung des § 203 StGB. Der Ausgangspunkt beider Regelungen ist jedoch zumindest in Teilen gleich: Die Normen dienen neben anderen Regelungszwecken dem Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bzw. dem postmortalen Persönlichkeitsschutz. Aus diesem Grund wird nachfolgend ein Überblick über die in diesem Kontext entschiedenen Fälle sowie die vorgebrachten Argumente und Lösungsansätze gegeben.<sup>779</sup> Anschließend wird dazu Stellung genommen und selbstständig untersucht, ob der Arzt über § 34 StGB zur Offenbarung der Erkenntnisse befugt ist.

---

<sup>779</sup> Eine ausführliche Darstellung der einzelnen vertretenen Positionen findet sich bei *Burgert*, *Genetische Beratung*, S. 154 ff.

(1) Fälle aus der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hatte sich in unterschiedlichen Fällen mit der Frage zu beschäftigen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein Bruch der Schweigepflicht zur Wahrung der Rechtsgüter und Interessen Dritter gerechtfertigt ist. Besondere Beachtung in der Literatur erhielten vor allem ein Urteil des LG Braunschweig<sup>780</sup> und ein Beschluss des OLG Frankfurt a.M.<sup>781</sup> Die Gerichte hatten in diesen Fällen zu entscheiden, ob der Arzt dazu berechtigt ist, den Sexualpartner des Patienten über dessen Infektion mit dem HI-Virus<sup>782</sup> zu informieren.

(a) LG Braunschweig, Urteil vom 2.11.1989

Ausgangspunkt für die Entscheidung des Landgerichts war, dass ein Arzt den Dienstvorgesetzten seines Patienten eigenmächtig über das positive Ergebnis einer HIV-Untersuchung informierte, noch bevor er seinen Patienten darüber in Kenntnis gesetzt hatte. Dem Patienten, der als Krankenpfleger im selben Krankenhaus wie der Arzt tätig war, wurde aufgrund der Diagnose ein Arbeitsverbot verhängt. Das Gericht urteilte, dass der Arzt durch die Offenbarung der Informationen gegen seine Schweigepflicht verstoßen hat. Eine Rechtfertigung durch Notstand scheide aus. Der Arzt habe seinem Patienten durch die Weitergabe der Diagnose die Möglichkeit genommen, potenziell gefährdete Dritte selbst über die Erkrankung und das damit einhergehende Infektionsrisiko aufzuklären. Die Gefahr i. S. d. § 34 StGB sei deshalb anders abwendbar gewesen wäre.

Bedeutsam ist die Entscheidung vor allem aufgrund der Äußerung, die das Gericht zur Rechtfertigung eines Bruches der Schweigepflicht traf: Eine solche komme dann in Betracht, wenn für nicht Informierte eine unmittelbare Gefahr von der HIV-Infektion ausgehe. Die Offenbarung dürfe aber nur die letzte Option sein, um die Gefährdung Dritter auszuschließen.

(b) OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 8.7.1999

Beklagter in diesem Fall war ein Arzt, der zwei Lebenspartner als Hausarzt betreute. Im Zuge einer Krebsdiagnose des Mannes erhielt er Kenntnis von

---

780 LG Braunschweig, Urt. v. 2.11.1989 – 4 O 240/89, NJW 1990, 770.

781 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.7.1999 – 8 U 67/99, NJW 2000, 875.

782 Engl. Abkürzung für „human immunodeficiency virus“; *Psyhyrembel/Zink*, Klinisches Wörterbuch, S. 708.

dessen HIV-Infektion. Der Erkrankte untersagte ihm, diese Information weiterzugeben, woran sich der Arzt hielt. Erst nach dem Ableben des Mannes, etwas über zwei Jahre später, teilte er der hinterbliebenen Partnerin die Todesursache mit. Die anschließende Blutuntersuchung der Frau ergab ebenfalls einen positiven HIV-Befund. Während letztere angab, der Geschlechtsverkehr mit dem ehemaligen Lebenspartner sei auch im Zeitraum nach der Diagnose ungeschützt erfolgt, brachte der Arzt vor, dass sich für ihn keine Anhaltspunkte eines verantwortungslosen Sexualverhaltens des Mannes dargestellt hätten.

Zwar lehnte das Gericht im Ergebnis die beantragte Prozesskostenhilfe ab. Es äußerte sich aber zu den Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht. Der Arzt sei zur Offenbarung der Erkrankung gegenüber der Partnerin befugt, wenn für ihn Anlass zu Zweifeln bestünde, dass der Sexualpartner die Bereitschaft zum Infektionsschutz hat. Rechtlich resultiere dies aus einer Abwägung i. S. d. § 34 StGB, in der die Intimsphäre des Patienten dem Lebens- und Gesundheitsschutz des durch die Infektion bedrohten Geschlechtspartners unterliege.<sup>783</sup> Ausschlaggebend sei vor allem, dass seitens des Patienten keine Maßnahmen zur Verhinderung einer Ansteckung zu erwarten gewesen waren. Infolgedessen bestand ein hohes und konkretes Ansteckungsrisiko.

### (c) Vergleichbarkeit der Fälle zum Umgang mit genetischen Daten

In der Betrachtung dieser Entscheidungen fällt auf, dass sich die Gerichte im Grunde mit der gleichen Konfliktsituation des Arztes auseinanderzusetzen hatten, in der er sich befindet, wenn ihm im Zuge der Transplantation drittrelevante Informationen bekannt werden. In beiden Konstellationen unterliegen die Daten grundsätzlich der Schweigepflicht.<sup>784</sup> Eine unterlassene Weitergabe kann aber Folgen für das Leben und die körperliche Unversehrtheit Dritter haben. Trotz dieser Gemeinsamkeit gibt es aber Unterschiede, die einer Vergleichbarkeit entgegenstehen könnten.<sup>785</sup>

---

783 Das Gericht ging im konkreten Fall noch darüber hinaus und nahm eine Offenbarungspflicht an. Diese begründete es damit, dass die Partnerin des infizierten Patienten ebenfalls als Patientin in einem Behandlungsverhältnis zum Arzt stand; OLG Frankfurt, NJW 2000, 875 (867).

784 Dazu sogleich auf den S. 216 ff.

785 Mit ähnlicher Argumentation *Kohake*, Personalisierte Medizin und Recht, S. 175 ff.

Zum einen besteht das Risiko einer genetischen Erkrankung unabhängig davon, ob der Arzt die Information an den Verwandten weitergibt, da die krankheitsursächlichen Gene als Teil der DNA beim Verwandten veranlagt sind. Eine HIV-Infektion lässt sich hingegen von Grund auf vermeiden, wenn der Arzt den Sexualpartner des Infizierten rechtzeitig über die Gefahr in Kenntnis setzt und infolgedessen Schutzmaßnahmen ergriffen werden oder auf den Geschlechtsverkehr verzichtet wird.<sup>786</sup> Diese unterschiedliche Entstehung der Erkrankungen führt aber nicht zu einer Gefährdung unterschiedlicher Rechtsgüter. Das Interesse der Verwandten, Kenntnis von der Erkrankungsanlage bzw. dem Infektionsrisiko zu erhalten, ist deshalb gleichartig. Letztlich lässt sich in beiden Konstellationen eine Gefährdung des Lebens bzw. der körperlichen Unversehrtheit bestenfalls ausschließen, wobei es für den Verwandten insoweit keinen Unterschied macht, woraus das Risiko konkret resultiert.<sup>787</sup>

Zum anderen geht das Erkrankungsrisiko in den HIV-Fällen von der Person aus, deren Rechtsgüterschutz die ärztliche Schweigepflicht dient. Im Falle eines genetisch veranlagten Erkrankungsrisikos besteht die Gefahr dagegen bereits und wird nicht – sollten die Daten im Zuge der Transplantation bekannt werden – durch den Spender hervorgerufen.<sup>788</sup> Dem ist jedoch mit *Kohake* entgegenzuhalten, dass Ausgangspunkt des Notstandsrechts – anders als beim Notwehrrecht – nicht die Verantwortlichkeit der Person ist, deren Rechte eingeschränkt werden.<sup>789</sup> Stattdessen wird der Notstand – betrachtet man die herrschenden Auffassungen zur Debatte um die rechtsphilosophische Grundlage – durch das Utilitaritäts- oder das Solidaritätsprinzip begründet.<sup>790</sup> Somit steht die unterschiedliche Entstehung der Notlage einer Vergleichbarkeit nicht entgegen.

Ein wesentlicher Unterschied besteht zu den Konstellationen der postmortalen Organtransplantation aber doch: Während das Risiko einer Virusübertragung nur bei einer noch lebenden infizierten Person existiert, ist der Organspender, von dem die genetischen Daten stammen, bereits ver-

---

786 *Kohake*, Personalisierte Medizin und Recht, S. 176; *Schröter*, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 154.

787 *Kohake*, Personalisierte Medizin und Recht, S. 176; *Schröter*, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 155.

788 Diesen Unterschied thematisiert ebenfalls *Kohake*, Personalisierte Medizin und Recht, S. 176.

789 *Kohake*, Personalisierte Medizin und Recht, S. 176 f.

790 *Roxin/Greco*, StrafR AT I, § 16 Rn. 9 ff. m. w. N.; übersichtlich zu den einzelnen rechtsphilosophischen Positionen *Linoh*, Der rechtfertigende Notstand im Medizinrecht, S. 59 ff.

storben. Dieser Unterschied wirkt sich darauf aus, welche Individualrechtsgüter in der jeweiligen Konstellation durch die Schweigepflicht geschützt werden können. Damit beeinflusst sie die im Rahmen von § 34 StGB durchzuführende Interessenabwägung. Auch wenn im Sinne des postmortalen Persönlichkeitsschutzes anzunehmen ist, dass der Verstorbene nach dem Ableben ein Interesse an der Geheimhaltung seiner persönlichen Daten hat, unterscheidet sich die Konstellation dadurch von den HIV-Fällen, dass die weitere Lebensgestaltung durch die Weitergabe von Informationen *nicht* negativ beeinflusst werden kann. Dem Geheimhaltungsinteresse kommt somit im Vergleich zu den HIV-Fällen ein geringeres Gewicht zu, sodass für eine Rechtfertigung insgesamt niedrigere Anforderungen zu stellen sind. Während die Gerichte eine Offenbarungsbefugnis angenommen haben, wenn eine *unmittelbare Gefahr* aufgrund der Infektion besteht und eine Mitteilung der Information die *letzte Möglichkeit ist, um deren Realisierung zu vermeiden*, wird – ohne die Anforderungen an dieser Stelle zu konkretisieren – für die Offenbarung der genetischen Daten des Organspenders ein niedrigerer Maßstab anzusetzen sein.

Festzuhalten bleibt, dass angesichts der Vergleichbarkeit der Konfliktsituationen in den von den Gerichten entschiedenen Fällen und der Frage nach der Offenbarung genetischer Daten des Spenders an dessen Verwandte, eine ähnliche Lösung naheliegt. Der rechtfertigende Notstand i. S. d. § 34 StGB erscheint als dogmatische Grundlage für eine Offenbarung mit hin geeignet. Dadurch, dass aber zumindest in Teilen unterschiedliche Rechtsgüter betroffen sind, lässt sich die Bewertung in der Interessenabwägung nicht ohne Weiteres auf diese Fragestellung übertragen.

## (2) Lösungsansätze aus der Literatur und von Fachorganisationen

Von Fachorganisationen und in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird sowohl gegen als auch für ein Offenbarungsrecht argumentiert. In letzterem Fall werden dabei unterschiedliche Lösungswege aufgezeigt und dementsprechend verschiedene Voraussetzungen verlangt. Nachfolgend werden überblicksartig<sup>791</sup> die Auffassungen mit den wesentlichen Argumenten dargestellt. Die Verfasser hatten dabei stets vor Augen, dass die Informationen einer noch *lebenden* Person weitergegeben werden. Insoweit besteht bereits im Ansatz ein Unterschied zur Frage nach der Offenbarung von Daten

---

791 Ein tiefergehender Überblick zu den von den einzelnen Autoren vertretenen Auffassungen und Argumenten findet sich bei *Burgert*, Genetische Beratung, S. 157 ff.

eines verstorbenen Organ- bzw. Gewebespenders. Bedeutung hat dieser Unterschied zum einen hinsichtlich der betroffenen Rechtsgüter. Zum anderen ist auf jene Konstellationen das GenDG anwendbar, sodass sowohl § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG als auch § 11 Abs. 3 GenDG einschlägig sind und somit eine legislative Wertentscheidung gegeben ist. Für eine dezidierte Auseinandersetzung mit der Frage erscheint es dennoch unabdingbar, bereits konzipierte Ansätze in den Blick zu nehmen und zu bewerten, inwieweit sich diese auf die Situation im Rahmen der postmortalen Organspende übertragen lassen.

#### (a) Gegner einer Offenbarungsbefugnis

Einige Stimmen aus der rechtswissenschaftlichen Literatur lehnen die Annahme einer Offenbarungsbefugnis von Grund auf ab. Zum einen wird mit den Rechten der untersuchten Person und deren Berücksichtigung in den einschlägigen Regelungen argumentiert. Eine eigenmächtige Übermittlung der genetischen Daten durch den Arzt laufe in Einzelfall dem Willen des Untersuchten zuwider und verkörpere somit eine Form des Neopaternalismus.<sup>792</sup> Das Gesetz äußere sich mit § 11 Abs. 3 GenDG ausdrücklich dazu, dass der Arzt die Informationen nur mit einer Einwilligung weitergeben dürfe.<sup>793</sup> Liegt diese nicht vor, bestehe im Umkehrschluss mangels Verwirklichung der gesetzlichen Voraussetzungen kein Raum für eine Weitergabe.<sup>794</sup> Überdies habe der Gesetzgeber die Drittrelevanz der Daten durch die Regelung des § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG berücksichtigt und die Problematik damit umfassend geregelt, sodass ein Rückgriff auf § 34 StGB wie bei den HIV-Fällen aus systematischen Erwägungen ausgeschlossen sei.<sup>795</sup>

Zum anderen spreche das Recht auf Nichtwissen des Untersuchten gegen eine Weitergabe der Daten.<sup>796</sup> Dabei wird jedoch richtigerweise eingeräumt, dass die Gefährdung dieses Rechts in jedem Fall der ungefragten Informationsübermittlung an Dritte besteht – also auch dann, wenn der Untersuchte i. S. d. § 11 Abs. 3 GenDG eingewilligt hat.<sup>797</sup>

---

792 Damm, DuD 2011, 859 (866); Damm, in: FS Rüßmann, S. 428.

793 Kern, in: Kern-GenDG, § 11 Rn. 8.

794 Kern, in: Kern-GenDG, § 11 Rn. 8.

795 Stockter, in: Prütting-MedR, § 11 GenDG Rn. 23.

796 Kern, in: Kern-Rechtsfragen der Humangenetik, S. 43.

797 Kern, in: Kern-Rechtsfragen der Humangenetik, S. 43.

Ferner wird darauf hingewiesen, dass die Daten Verwandte betreffen, zu denen der Arzt bisher kein Verhältnis im Sinne einer Arzt-Patienten-Beziehung hat.<sup>798</sup> Zwar wird nicht dargelegt, worin dabei das konkrete Problem liegt. Es lässt sich lediglich die Befürchtung mutmaßen, der Arzt könne nicht alle potenziell Betroffenen informieren und es fehle bei der Informationsvermittlung mangels bisherigen Kontakts an der nötigen Sensibilität. Dass sich dennoch Vorteile für betroffene Dritte ergeben könnten, die er – sei es durch Zufall – doch kennt, wird dabei übersehen.

Schließlich wird statuiert, dass der Schweigepflicht in einer Abwägung ein höheres Gewicht zukomme als der ärztlichen Fürsorgepflicht für die Verwandten.<sup>799</sup> Begründet wird dieses Ergebnis allerdings nicht, sodass offenbleibt, woraus die besondere Relevanz der Schweigepflicht resultieren soll. Überdies äußerte der Verfechter dieses Arguments einige Jahre zuvor an anderer Stelle – so viel sei bereits im Hinblick auf die postmortale Konstellation gesagt – dass nach dem Ableben des Untersuchten das Interesse des lebenden Verwandten überwiege.<sup>800</sup>

#### (b) Stellungnahme

Blickt man darauf, inwieweit diese Argumente gegen eine Weitergabe nach dem Tod der untersuchten Person fruchtbar gemacht werden können, ist den Gegnern einer Offenbarungsbefugnis Folgendes entgegenzuhalten: Es besteht zwar die aufgezeigte Gefahr, dass eine Weitergabe der Informationen dem Willen des Untersuchten zuwiderlaufen kann, auch wenn diese Person bereits verstorben ist. Sofern nicht ausnahmsweise noch zu Lebzeiten ausdrücklich in die Offenbarung eingewilligt wurde, ist nicht grundsätzlich davon auszugehen, dass der verstorbene Spender durch die Einwilligung in die Organspende zeitgleich einer Weitergabe der Informationen zugestimmt hat.<sup>801</sup> Aus der über den Tod des Patienten hinausreichenden Wirkung der Schweigepflicht i. S. d. § 203 Abs. 5 StGB geht hervor, dass die Realisierung dieser Gefahr im Grundsatz vermieden werden soll. *De lege lata* ist deshalb nur im Ausnahmefall eine Informationsübermittlung zu erwägen. Da aber nur in seltenen Fällen eine Weitergabe der Informationen gegen den Willen des Spenders in Betracht kommt, erscheint es zu hoch gegriffen, aufgrund der bloßen Existenz dieser Möglichkeit von

---

798 Damm, DuD 2011, 859 (866); Damm, in: FS Rüßmann, S. 428.

799 Kern, in: Kern-GenDG, § 11 Rn. 8.

800 Kern, in: Dierks et al., Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, S. 68.

801 Siehe dazu S. 172 f.

einem „Neopaternalismus“ zu sprechen. Dass es im Einzelfall geboten sein kann, Verwandte über genetische Risiken in Kenntnis zu setzen, ist das Ergebnis einer Interessenabwägung im Einzelfall und nicht Ausdruck einer bevormundenden Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers.

Das gegen eine Offenbarung angeführte Recht auf Nichtwissen der Verwandten stellt ebenso keinen überzeugenden Ausschlussgrund einer Offenbarungsbefugnis dar. Dem Verwandten steht dieses Recht gleichermaßen in positiver Ausprägung als Recht auf Wissen zu, wonach ihm in isolierter Betrachtung die Informationen des Spenders mitzuteilen wären. Ziel muss es sein, den intrapersonellen Konflikt zwischen diesen beiden grundsätzlich gleichwertigen Rechten in einem möglichst schonenden Ausgleich zu lösen. Eines der gegenüberstehenden Rechte aber vollständig auszublenden, um eine Offenbarung genetischer Informationen von vornherein abzulehnen, würde die Rechtspositionen der Verwandten nur lückenhaft berücksichtigen und seine Interessen unzureichend abdecken.

Festzuhalten ist somit, dass die Begründung einer Offenbarungsbefugnis aus § 34 StGB nicht aufgrund der vorgebrachten Argumente scheitert.

### (c) Verfechter eine Offenbarungsbefugnis

Hinsichtlich der Frage nach der dogmatischen Grundlage einer Offenbarung der genetischen Daten werden unterschiedliche Ansätze ins Feld geführt. Im Kern besteht bei einem Großteil der Autoren aber Einigkeit, dass dem Arzt dieses Recht *de lege lata* bereits zukommt oder *de lege ferenda* zustehen muss.<sup>802</sup>

Die meisten Verfechter eine Offenbarungsbefugnis nehmen eine Rechtfertigung über § 34 StGB an, wobei sie entweder eine Differenzierung nach der Vermeidbarkeit und Behandelbarkeit der Erkrankung fordern<sup>803</sup> oder auf eine solche Unterscheidung verzichten.<sup>804</sup> Teilweise wird ein Rückgriff auf den rechtfertigenden Notstand *de lege lata* aufgrund der Sperrwirkung

802 Gretter, ZRP 1994, 24 (28); Henn, ZfmE 2002, 343 (347 f.); Heyers, MedR 2009, 507 (510); Wollenschläger, AöR 2013, 161 (200 f.).

803 Corinth, Ärztliche Schweigepflicht und kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter, S. 176 ff.; Schröter, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 186.

804 BÄK, RL-Prädiktive genetischen Diagnostik, DÄBl. 2003, A 1297 (1303); Cramer, Genom- und Genanalyse, S. 257; Deutscher Ethikrat, Zukunft der genetischen Diagnostik, S. 175; Henn, ZfmE 2002, 343 (348); Regenbogen, Ärztliche Aufklärung und Beratung, S. 266.

von § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG<sup>805</sup> oder § 11 Abs. 3 GenDG<sup>806</sup> als Spezialregelungen abgelehnt. Die Normen werden insoweit als verfassungswidrig<sup>807</sup> oder gesetzgeberisch misslungene Abwägungsentscheidung zwischen den tangierten Rechten<sup>808</sup> angesehen, sodass eine Möglichkeit der Unterrichtung von Verwandten geschaffen werden müsse.<sup>809</sup> Überdies wird vorgeschlagen, die Entscheidung *de lege ferenda* an eine Ethik-Kommission zu übertragen<sup>810</sup> oder eine allgemeine Regelung zu schaffen, nach der die Offenbarung an die Verwandten im Wege einer staatlichen Informationspflicht durch eine Behörde unter bestimmten Voraussetzungen sichergestellt und der Arzt nicht mit der Ermessensentscheidung alleingelassen wird.<sup>811</sup> Daneben wird vorgebracht, dass es einer Rechtfertigung nach § 34 StGB nicht bedürfe, da es sich bei den genetischen Daten um eine Art gemeinsames Rechtsgut handle.<sup>812</sup> Nach einem anderen Ansatz seien die Verwandten direkt in die genetische Beratung einzubeziehen, um ihr Recht auf Nichtwissen bestmöglich zu wahren.<sup>813</sup>

Begründet wird der Bedarf dieser Lösungsansätze zum einen damit, dass der Staat einen gesellschaftlichen und verfassungsrechtlichen Auftrag habe, seine Bürger vor Krankheiten zu bewahren und durch Erkrankungen verursachte Leiden zu vermeiden oder zumindest zu vermindern.<sup>814</sup> Zum anderen überwiege das Interesse der genetisch Verwandten an der Abwendung eigenen Leides das Selbstbestimmungsrecht der genetisch Untersuchten, da es sich bei Ersterem um ein „elementares Bedürfnis bzw. eine essentielle Lebensnotwendigkeit“ handle.<sup>815</sup>

---

805 Heyers, MedR 2009, 507 (510); *Leopoldina*, Stellungnahme: Individualisierte Medizin, S. 68.

806 Wollenschläger, AöR 2013, 161 (200 f.); Burgert, Genetische Beratung, S. 169 ff.

807 Wollenschläger, AöR 2013, 161 (201).

808 Heyers, MedR 2009, 507 (510); daran anknüpfend *Leopoldina*, Stellungnahme: Individualisierte Medizin, S. 68.

809 Burgert, Genetische Beratung, S. 209 ff. schlägt als Reform eine Anapassung von § 11 GenDG vor.

810 Sperling, Humangenetische Beratung im Rahmen prädiktiver Gendiagnostik, S. 32.

811 Gretter, ZRP 1994, 24 (25, 28).

812 Spann/Liebhardt/Penning, Spann/Liebhardt/Penning, in: FS-Narr, S. 33.

813 Begemann, Der Zufallsfund im Medizin- und Gendiagnostikrecht, S. 135; Duttge, DuD 2010, 34 (36); Duttge, in: Duttge/Engel/Zoll, Das Gendiagnostikgesetz im Spannungsfeld von Humangenetik und Recht, S. 8; Hildt, in: Hirschberg/et al., Ethische Fragen genetischer Beratung, S. 237.

814 Gretter, ZRP 1994, 24 (28).

815 Heyers, MedR 2009, 507 (510).

(d) Stellungnahme

Ziel der Untersuchung ist es nicht, die gesetzgeberische Lösung zum Umgang mit der Drittrelevanz genetischer Daten und die dazu verfasste Kritik sowie die alternativ unterbreiteten Lösungsvorschläge abschließend zu bewerten.<sup>816</sup> Stattdessen ist darauf zu blicken, inwieweit sich diese auf die Konstellationen übertragen lassen, in denen die untersuchte Person bereits verstorben ist.

Nicht zu überzeugen vermag der Ansatz, genetischen Daten als eine Art gemeinsames Rechtsgut aller betroffenen Verwandten zu betrachten.<sup>817</sup> Diese Sichtweise hätte zur Folge, dass die Schweigepflicht im Umgang mit genetischen Daten *innerhalb* gesamter Familien weitgehend ausgesetzt und damit ein tragender medizinethischer Grundsatz in einem zentralen Bereich des Medizinrechts faktisch außer Kraft gesetzt wird.<sup>818</sup> Zugleich bliebe die besondere Sensibilität genetischer Daten unbeachtet – gerade sie spricht jedoch dafür, solche Informationen mit besonderem Vertrauen zu behandeln und dem Schutz durch Verschwiegenheit zu unterstellen.<sup>819</sup> Zudem ergäbe sich das Folgeproblem, bis zu welchen Grad genetischer Übereinstimmung die Daten als gemeinsames Rechtsgut zu betrachten sind und an welcher Stelle die Grenze zu ziehen ist, ab der eine Schweigepflicht besteht. Angesichts dessen, dass mit der Antwort auf diese Frage eine Strafbarkeit verknüpft ist, gebietet es das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG, dass eine eindeutige Festlegung getroffen wird. Da der Grad an genetischer Übereinstimmung zwischen den Familienmitgliedern zufällig ist, erschiene die Begründung einer Zäsur allerdings willkürlich. Abgesehen davon, dass sich dieser Ansatz darüber hinaus nicht mit den Regelungen des GenDG – insb. § 11 Abs. 3 GenDG – verträgt, ergäbe sich zum anderen das Problem, dass die Durchführung einer genetischen Untersuchung nur noch möglich wäre, wenn zuvor alle potenziell betroffenen Verwandten als Rechtsgutsinhaber in diese eingewilligt hätten.<sup>820</sup> Dies erscheint schon aus

---

816 Zu ausgewählten Lösungsansätzen, die möglicherweise einen Mehrwert im Hinblick auf die in der Arbeit beleuchtete Problematik bieten können, siehe S. 287 ff.

817 Diesen Ansatz ausdrücklich ablehnend *Begemann*, Der Zufallsfund im Medizin- und Gendiagnostikrecht, S. 135; *Corinth*, Ärztliche Schweigepflicht und kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter, S. 174 ff.; *Schröter*, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 183.

818 *Begemann*, Der Zufallsfund im Medizin- und Gendiagnostikrecht, S. 135.

819 Tiefergehend dazu *Corinth*, Ärztliche Schweigepflicht und kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter, S. 174 ff.

820 *Begemann*, Der Zufallsfund im Medizin- und Gendiagnostikrecht, S. 135.

praktischen Gesichtspunkten nicht umsetzbar, sodass dem Einzelnen eine Inanspruchnahme seines Rechts auf Wissen unmöglich gemacht würde und es damit zu einer schwerwiegenden Verkürzung seiner Rechte käme.<sup>821</sup>

Überdies steht einer Anwendbarkeit von § 34 StGB nicht entgegen, dass die Normen des GenDG aufgrund ihrer Spezialität eine Sperrwirkung entfalten.<sup>822</sup> Stattdessen ist bereits *de lege lata* ein Rückgriff auf den Notstand möglich. Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine Rechtfertigung davon abhängig zu machen ist, ob es sich um eine vermeidbare und behandelbare Erkrankung handelt.

Für diese Differenzierung wird angeführt, dass abhängig von der Vermeidbarkeit oder Behandelbarkeit der Erkrankung unterschiedliche Rechtspositionen einschlägig sind. Beim Bestehen präventiver und kurativer Behandlungsmöglichkeiten sei das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit bei den Verwandten im Rahmen einer Abwägung in Stellung zu bringen, wohingegen sich bei unheilbaren Erkrankungen lediglich die verschiedenen Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüberstünden.<sup>823</sup> Die sichere Verletzung des Verschwiegenheitsinteresses vom Untersuchten überwiege bei unvermeidbaren bzw. nicht behandelbaren Erkrankungen das möglicherweise betroffene Recht auf Wissen bzw. Recht auf Nichtwissen der Verwandten, weshalb eine Rechtfertigung über § 34 StGB ausscheide.<sup>824</sup> Zudem stehe das Recht auf Nichtwissen des Verwandten einer Rechtfertigung entgegen, weil beim Fehlen von Behandlungsmöglichkeiten höhere Risiken für die psychische Gesundheit der Verwandten bestünden. Diese könnten durch das Recht auf Wissen nicht kompensiert werden.<sup>825</sup>

In der Konstellation der postmortalen Organspende sind aufgrund des Ablebens des Spenders als untersuchte Person zumindest teilweise andere Rechtspositionen betroffen, sodass sich das Ergebnis dieser Interessenabwägung nicht ohne Weiteres auf diese Konstellationen übertragen lässt. Ob die Vermeidbarkeit und Behandelbarkeit dennoch eine Differenzierung begründen, ist im nächsten Schritt zu untersuchen, bei dem eine Rechtfertigung nach § 34 StGB für die konkrete Situation geprüft wird.<sup>826</sup> Zu-

---

821 Begemann, Der Zufallsfund im Medizin- und Gendiagnostikrecht, S. 135.

822 Siehe dazu bereits S. 174 f.

823 Begemann, Der Zufallsfund im Medizin- und Gendiagnostikrecht, S. 176 ff.

824 Begemann, Der Zufallsfund im Medizin- und Gendiagnostikrecht, S. 176 f.

825 Corinth, Ärztliche Schweigepflicht und kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter, S. 177 ff.

826 Siehe dazu S. 196 ff.

dem wird an späterer Stelle darauf eingegangen, ob und ggf. inwieweit eine Übertragung der Entscheidung an eine Ethik-Kommission sinnvoll erscheint.<sup>827</sup>

### (3) Zusammenfassende Bewertung des Meinungsbildes

Betrachtet man die aufgeführten Entscheidungen, Lösungsansätze und Argumente in einer Gesamtschau, erscheint § 34 StGB auch nach dem Ableben der untersuchten Person als geeignete dogmatische Grundlage einer Offenbarungsbefugnis. Festzuhalten ist aber, dass sich die betroffenen Rechtsgüter durch den Tod des untersuchten Organspenders in Teilen ändern, sodass sich die aufgestellten Voraussetzungen und Abwägungsergebnisse nicht unmittelbar übertragen lassen.

#### ee) Verwirklichung der Voraussetzungen von § 34 StGB

Für die Herleitung einer Offenbarungsbefugnis aus § 34 StGB müssen die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes erfüllt sein. Dafür bedarf es einer gegenwärtigen Gefahr für zumindest eines der notstandsfähigen Rechtsgüter der Verwandten. Die Informationsweitergabe durch den Arzt muss geeignet, erforderlich und angemessen sein, um diese abzuwenden. Zudem bedarf es in einer Abwägung des wesentlichen Überwiegens der dadurch geschützten Interessen der Verwandten gegenüber den beeinträchtigten Interessen des Spenders. Schließlich muss der Arzt zumindest Kenntnis von den rechtfertigenden Umständen haben.

#### (1) Notstandsfähiges Rechtsgut

In § 34 StGB werden einige Rechtsgüter aufgezählt, wobei der Katalog mit der Formulierung „oder ein anderes Rechtsgut“ abgeschlossen wird. Schützenswert i. S. d. Notstands ist somit jedes beliebige Rechtsgut, das die Rechtsordnung in irgendeiner Form schützt.<sup>828</sup> Die Mitteilung des Risikos einer genetischen Erkrankung versetzt den Verwandten zumindest bei ver-

---

827 Siehe dazu S. 281 f.

828 Ganz h.M. *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski-StGB*, § 34 Rn. 16; *Erb*, in: *MüKo-StGB*, § 34 Rn. 65; *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer-StGB*, § 34 Rn. 5; *Perron*, in: *TK-StGB*, § 34 Rn. 9; *Zieschang*, in: *LK-StGB*, § 34 Rn. 48.

meidbaren und behandelbaren Krankheiten in die Lage, bestenfalls präventiv tätig zu werden oder zumindest frühzeitig Behandlungsmaßnahmen zu ergreifen. Die Abwendung einer Erkrankung betrifft somit das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Verwandten. Überdies werden mit dem Recht auf Wissen und dem Recht auf Nichtwissen auch bei unvermeidbaren und unbehandelbaren Krankheiten zwei weitere notstandsfähige Individualrechtsgüter tangiert.<sup>829</sup>

## (2) Gefahr

Unter einer Gefahr ist ein Zustand zu verstehen, in dem aufgrund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht.<sup>830</sup> Hinsichtlich dieser Definition besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit. Es ist aber umstritten, aus welcher Perspektive die Verwirklichung der Voraussetzung zu bestimmen ist und wie hoch der Wahrscheinlichkeitsgrad des Schadenseintritts zu sein hat.<sup>831</sup>

Ersterer Streitpunkt ist für die konkrete Fragestellung allerdings nicht entscheidungserheblich. Solange die Krankheit nicht ausgebrochen ist, besteht unabhängig davon, ob man eine Bewertung der Risikofaktoren zum Zeitpunkt der erbrachten Rettungshandlung (*ex ante-Betrachtung*)<sup>832</sup> oder zum Zeitpunkt der Urteilsfindung (*ex post-Betrachtung*)<sup>833</sup> vornimmt, zu beiden Zeitpunkten ein vergleichbar großes Risiko eines Schadenseintritts. Die genetische Konstitution des Verwandten selbst ändert sich nicht, so dass lediglich die zwischenzeitliche Einwirkung externer Faktoren einen Unterschied begründen kann. Da bei den meisten multifaktoriellen Erkrankungen die einzelnen krankheitsauslösenden bzw. -begünstigenden Faktoren aber nicht bekannt sind, lässt sich eine Veränderung des Risikos aufgrund eines bspw. unterschiedlichen Lebensstils an den verschiedenen

---

829 Siehe insgesamt zu den betroffenen Rechtsgütern der Verwandten auf den S. 124 ff.

830 RGSt 10, 173 (176); BGHSt 18, 271 (272 f.); BGHSt 48, 255 (258); BGHSt 61, 202 (202 f.); *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 74; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 34 Rn. 10; *Fischer/Anstötz*, in: Fischer-StGB, § 34 Rn. 4; *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 39; *Zieschang*, in: LK-StGB, § 34 Rn. 57.

831 Übersichtl. dazu *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 74 ff.; *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 39 ff.

832 BGHSt 48, 255 (258 f.); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger-StGB, § 34 Rn. 2; *Kretschmer*, Jura 2005, 662 (663) *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 34 Rn. 9.

833 *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 81; *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 45.

Zeitpunkten nicht feststellen. Es kann deshalb dahinstehen, welche Perspektive für die Beurteilung heranzuziehen ist.<sup>834</sup>

Entscheidend ist aber die Frage, welche Eintrittswahrscheinlichkeit ein Schaden aufweisen muss, um eine Gefahr i. S. d. § 34 StGB zu begründen. Ursprünglich hat die Rechtsprechung gefordert, dass es eines sicheren oder höchst wahrscheinlichen Schadenseintritts bedarf.<sup>835</sup> Diese Anforderungen hat sie später etwas abgesenkt.<sup>836</sup> Verlangt wird nun, dass die Möglichkeit der Schädigung naheliegt oder begründete Besorgnis hinsichtlich ihres Eintritts besteht.<sup>837</sup> In der Literatur ist dieser Maßstab weitgehend auf Anklang gestoßen.<sup>838</sup> Teilweise wird ergänzend darauf hingewiesen, dass die Wahrscheinlichkeit das allgemeine Lebensrisiko übersteigen muss.<sup>839</sup> Zudem wird – auch vom BGH – richtigerweise herausgestellt, dass eine Festlegung von Prozentwerten verfehlt wäre, da der Wortlaut von § 34 StGB keine Konkretisierungen zum Ausmaß der Gefahr enthält, sondern diese erst innerhalb der Interessenabwägung gewürdigt wird.<sup>840</sup>

Für den Arzt stellt sich die Frage nach der Offenbarung der genetischen Daten des Spenders, wenn diese bei den Verwandten auf eine mögliche genetische Disposition hinweisen, aus der sich eine Erkrankung und damit ein schädigendes Ereignis entwickeln könnte. Da die meisten Verwandtschaftsbeziehungen nicht durch Erbkrankheiten geprägt sind und diese Wahrscheinlichkeit im Verhältnis zur gesamten Menschheit insgesamt nur wenige Menschen trifft, übersteigt sie das allgemeine Lebensrisiko.<sup>841</sup> Zudem besteht jedenfalls bei erblichen Erkrankungen, deren Eintrittswahrscheinlichkeit bei mindestens 50 % liegt, ein hinreichender Grund zur Besorgnis, dass sich die Schädigung realisiert. Da sich dem Arzt vor allem bei derart hohen Risiken die Frage nach dem Umgang mit den Informationen aufdrängt und er sie ggf. weitergibt, ist das Vorliegen einer Gefahr somit zu bejahen.

---

834 So i. E. auch *Burgert*, Genetische Beratung, S. 173.

835 RGSt 66, 222 (225); BGH NJW 1951, 769.

836 BGHSt 18, 271 (272).

837 BGHSt 19, 371 (373); BGHSt 26, 176 (179).

838 *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski-StGB*, § 34 Rn. II; *Rosenau*, in: *SSW-StGB*, § 34 Rn. 8.

839 *Erb*, in: *MüKo-StGB*, § 34 Rn. 85; *Perron*, in: *TK-StGB*, § 34 Rn. 15.

840 BGHSt 18, 271 (272); *Erb*, in: *MüKo-StGB*, § 34 Rn. 84; *Perron*, in: *TK-StGB*, § 34 Rn. 15; *Zieschang*, in: *LK-StGB*, § 34 Rn. 59.

841 So i. E. auch *Burgert*, Genetische Beratung, S. 173 f.; *Schröter*, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 128.

### (3) Gegenwartigkeit

Eine Gefahr wird dann als gegenwärtig angesehen, wenn der Schadenseintritt bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge sicher oder höchst wahrscheinlich ist, sofern nicht zeitnah Abwehrmaßnahmen eingeleitet werden oder wenn die außergewöhnliche Situation nach menschlicher Erfahrung und bei gewöhnlicher Weiterentwicklung der Gegebenheiten jederzeit in einen Schaden umschlagen kann.<sup>842</sup> Neben der Unsicherheit, ob die beim Spender festgestellte Disposition ebenso beim Verwandten vorliegt, besteht die Möglichkeit, dass die Erkrankung nicht ausbricht und sich die Veranlagung nicht ausprägt. Selbst wenn aber feststeht, dass sich die Erkrankung manifestieren wird, lässt sich nicht sicher bestimmen, zu welchem Zeitpunkt sich dies ereignet. Somit kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Situation jederzeit in einen Schaden umschlägt. Die Gefahr ist deshalb nach dieser Definition nicht gegenwärtig.

Von § 34 StGB erfasst sind nach einhelliger Auffassung allerdings auch sog. *Dauergefahren*. Darunter versteht man einen gefahrdrohenden Zustand von längerer Dauer, der jederzeit in einen Schaden umschlagen kann, sodass ein sofortiges Eingreifen nötig ist, um den Schaden wirksam abzuwenden, auch wenn dieser erst in einer gewissen Zeit eintreten wird.<sup>843</sup> Eine Gegenwartigkeit lässt sich in diesen Fällen damit begründen, dass ohne eine alsbaldige Handlung das Risiko einer irreversiblen Verschlechterung der Lage in Aussicht steht.<sup>844</sup> Abzugrenzen davon sind Konstellationen, in denen der Schaden *mit Sicherheit* erst zu einem späteren Zeitpunkt eintreten wird.<sup>845</sup>

Abhängig davon, welche genetische Disposition festgestellt wurde, kann eine Aussage dazu getroffen werden, zu welchem Lebenszeitpunkt sich die Erkrankung voraussichtlich manifestiert. So prägt sich bspw. die erbliche Erkrankung *Chorea Huntington* in der Regel zwischen dem dreißigsten und fünfzigsten Lebensjahr aus.<sup>846</sup> Somit kann – wenn dem Verwandten das Erkrankungsrisiko etwa in einem Alter von zwanzig Jahren mitgeteilt wird – mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass

---

842 BGHSt 5, 373 (373); BGHSt 61, 202 (203); *Fischer/Anstötz*, in: *Fischer-StGB*, § 34 Rn. 7; *Perron*, in: *TK-StGB*, § 34 Rn. 17; *Rosenau*, in: *SSW-StGB*, § 34 Rn. 11; *Zieschang*, in: *LK-StGB*, § 34 Rn. 69.

843 BGHSt 5, 371 (373); BGHSt 48, 255 (258); *Erb*, in: *MüKo-StGB*, § 34 Rn. 97; *Perron*, in: *TK-StGB*, § 34 Rn. 17; *Rosenau*, in: *SSW-StGB*, § 34 Rn. 12.

844 *Erb*, in: *MüKo-StGB*, § 34 Rn. 98.

845 *Erb*, in: *MüKo-StGB*, § 34 Rn. 98.

846 *Psyhyrembel/Zink*, *Klinisches Wörterbuch*, S. 285.

die Gefahr erst zu einem späteren Zeitpunkt eintritt. Zwar existieren zu dieser Erkrankung bisher keine kausalen Therapien oder effektive Präventionsmaßnahmen, sodass eine irreversible Verschlechterung nicht vollständig abgewendet werden kann. Die Verwandten könnten dennoch ein Interesse daran haben, möglichst frühzeitig über die Erkrankung in Kenntnis gesetzt zu werden, um sie in ihrer weiteren Lebensplanung zu berücksichtigen. Je später den Betroffenen das Risiko mitgeteilt wird, desto weniger Lebenszeit verbleibt ihnen, in der sie ohne die Erkrankung planen können. Es steht somit eine irreversible Verkürzung des Rechts auf Wissen in Aussicht, sodass eine Gegenwärtigkeit der Gefahr auch bei unvermeidbaren und unbehandelbaren Erkrankungen anzunehmen ist.

Bei vermeidbaren und behandelbaren Erkrankungen ist es sinnvoll, frühestmöglich Maßnahmen zu ergreifen, um einen Ausbruch der Krankheit ggf. zu verhindern oder zumindest einen möglichst milden Verlauf und eine alsbaldige Heilung zu erwirken. Damit kann das Umschlagen des gefährdenden Zustands der genetischen Disposition in einen Schaden durch ein sofortiges Handeln bestenfalls vermieden werden. Es handelt sich bei der Veranlagung also um eine gegenwärtige Dauergefahr.<sup>847</sup>

#### (4) Notstandshandlung: Fehlen einer anderweitigen Abwendbarkeit

Aus der gesetzlichen Formulierung „nicht anders abwendbaren Gefahr“ folgt, dass die Weitergabe der genetischen Erkenntnisse *geeignet* sein muss, um die Gefahr abzuwenden und das *mildeste zur Verfügung stehende Mittel* darstellt.<sup>848</sup>

Als geeignet ist das Mittel anzusehen, wenn die Chance der Gefahrenbeseitigung nicht oder nur ganz geringfügig erhöht wird, die Gefahrenabwendung also nicht ganz unwahrscheinlich ist.<sup>849</sup> Durch die Informationsweitergabe versetzt der Arzt den Verwandten in die Lage, sein genetisches Risiko differentialdiagnostisch bestmöglich abzuklären und im Falle von vermeidbaren bzw. behandelbaren Erkrankungen präventiv oder frühzeitig kurativ tätig zu werden. Da sich in der Regel bisher keine konkreten Symptome gezeigt haben, hätte es ohne die ärztliche Mitteilung keinen Anlass

---

847 So mit ähnlicher Argumentation ebenfalls *Burgert*, Genetische Beratung, S. 174 ff.; *Schröter*, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 129 f.

848 BGHSt 61, 202 (203 f.); OLG Karlsruhe NJW 2004, 3645 (3646); *Zieschang*, in: LK-StGB, § 34 Rn. 90; *Kindhäuser/Zimmermann*, StrafR-AT, § 17 Rn. 22.

849 OLG Naumburg, NStZ 2013, 718 (720); *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 34 Rn. 13; *Zieschang*, in: LK-StGB, § 34 Rn. 91.

gegeben, derartige Maßnahmen zu ergreifen. Sollten sich doch bereits Auffälligkeiten gezeigt haben, könnte die Mitteilung einen bereits bestehenden Befund bestätigen und zu einer zielgenauen Therapie beitragen. Folglich wird die Wahrscheinlichkeit einer Erhaltung des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit bei derartigen Krankheitsbildern erheblich erhöht, sodass die Informationsweitergabe als geeignet anzusehen ist.

Bei unvermeidbaren und nicht behandelbaren Erkrankungen kann zwar die Gefahr für das Leben und die körperliche Unversehrtheit nicht gesenkt werden. Für den Verwandten besteht aber der Vorteil, dass er sein Recht auf Wissen ausüben und die Erkrankung in seiner zukünftigen Lebensplanung berücksichtigen kann. Somit wird die Gefahr einer Beeinträchtigung dieses Rechtsguts reduziert, sodass die Weitergabe der Informationen auch bei derartigen Krankheiten als geeignetes Mittel anzusehen ist. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass dadurch zeitgleich das Recht auf Nichtwissen beeinträchtigt werden kann. Dieser intrapersonelle Interessenskonflikt schließt aber eine Geeignetheit nicht aus, sondern ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

Neben der ärztlichen Informationsweitergabe darf darüber hinaus kein schonenderes Mittel in Betracht kommen, mit dem die Gefahr ebenso aussichtsreich abgewendet werden könnte.<sup>850</sup> Ein Vorgehen, das dem gesetzlichen Lösungsweg i. S. d. § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG entspricht, kommt bei einer postmortalen Organspende aufgrund des Ablebens des Untersuchten nicht in Betracht. Aus diesem Grund scheidet auch die Einholung einer Einwilligung aus.<sup>851</sup> Denkbar wäre allenfalls, dass der Verwandte selbst gendiagnostische Untersuchungen vornehmen lässt und daraus Erkenntnisse über Krankheitsanlagen und bestehende Risiken erhält. Da ohne die ärztliche Information über die bei der Organspende bekanntgewordenen Daten aber – zumindest, wenn bislang keine Krankheitssymptome aufgetreten sind und kein familiär erhöhtes Risiko bekannt ist – für den Verwandten kein Anlass für solche Untersuchungen besteht, wird die Gefahr mit diesem Mittel nicht aussichtsreich abgewendet.<sup>852</sup> Andere Mittel sind nicht ersichtlich, sodass die Informationsweitergabe das mildeste Mittel darstellt.

---

850 BGHSt 3, 7 (9); BGH NSTZ 1988, 558 (559); *Zieschang*, in: LK-StGB, § 34 Rn. 94.

851 Zur Offenbarungsbefugnis aus einer Einwilligung siehe bereits S. 172 f.

852 So wird von gendiagnostischen Maßnahmen ohne hinreichend konkreten Anlass schon mangels Kostentragung abgesehen werden. Gem. § 12 Abs. 1 SGB V können Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung nur „notwendige Leistungen“ beanspruchen. Bestehen keine Symptome oder familiäre Risiken, dürfte es schwerfal-

## (5) Interessenabwägung

Aus § 34 StGB ergibt sich das Erfordernis einer „Abwägung der widerstrebenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren“, wobei es im Ergebnis darauf ankommt, dass das „geschützte Interesse das Beeinträchtigte wesentlich überwiegt“. Die Formulierung gibt damit eine Prüfungsreihenfolge vor, die sich von einer abstrakten Bewertung hin zur konkreten Würdigung des Einzelfalls erstreckt: Nachdem zunächst das abstrakte Rangverhältnis der betroffenen Rechtsgüter zu bestimmen ist, bedarf es im nächsten Schritt einer Betrachtung der Intensität der Beeinträchtigung sowie des Grades der konkreten Gefahr, die diesen Rechtsgütern droht. Zudem sind alle weiteren tangierten Interessen in die Gesamtbewertung einzubeziehen, sodass auf dieser Grundlage schlussendlich beurteilt werden kann, ob das geschützte Interesse das beeinträchtigte überwiegt und ob dieses Überwiegen auch wesentlich ist.<sup>853</sup>

### (a) Abstraktes Rangverhältnis der betroffenen Rechtsgüter

In die Interessenabwägung sind einerseits die Rechtsgüter einzubeziehen, deren Schutz § 14 TPG dient. Dieser wird durch die Offenbarung der Informationen aufgegeben. Andererseits sind die Rechtsgüter zu berücksichtigen, die durch die Offenbarung geschützt werden. Letztere Positionen haben bereits die Notstandslage begründet, da ihnen eine gegenwärtige Gefahr droht. Zu berücksichtigen sind somit die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit sowie das Recht auf Wissen und Nichtwissen der Verwandten.<sup>854</sup> Diesen steht der postmortale Persönlichkeitsschutz des Spenders gegenüber. Zudem ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Empfängers zu berücksichtigen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 14 Abs. 2 S. 1 TPG, nach dem sich das Offenbarungsverbot explizit

---

len, diese Notwendigkeit zu begründen. Zur medizinischen Notwendigkeit human-genetischer Leistungen siehe *Schmidtke*, ZVersWiss 2020, 267 (268 ff).

853 Zu dieser Prüfungsreihenfolge ausdrücklich *Zieschang*, in: LK-StGB, § 34 Rn. 102, 150 mit Verweis auf *Hirsch*; in LK-StGB (11. Auflage), § 34 Rn. 53; ein ähnliches Vorgehen ergibt sich auch aus dem Aufbau der Kommentierung, auch wenn es dort nicht ausdrücklich beschrieben wird, bei *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 130 ff.; *Perron*, in: TK-StGB, § 34 Rn. 22 ff.

854 Tiefergehende Ausführungen zu diesen Rechtspositionen finden sich auf den S. 124 ff.

auf die „personenbezogene[n] Daten der Spender und der Empfänger“ erstreckt.

(aa) Abstrakte Gewichtung intrapersonell kollidierender Rechtsgüter

Die abstrakt verfassungsrechtliche Betrachtung sowie die Beurteilung nach den juristischen Auslegungsmethoden haben eine Gleichwertigkeit zwischen dem Recht auf Wissen und dem Recht auf Nichtwissen ergeben.<sup>855</sup> Da der Arzt sich jedoch nur entweder für oder gegen eine Offenbarung der Informationen entscheiden und damit nur einem der Rechte nachkommen kann, ist eine parallele Ausübung beider Rechte ausgeschlossen. Eines der beiden Rechte muss somit hinter dem anderen zurücktreten.<sup>856</sup>

Eine abstrakte Entscheidung, welchem der beiden Rechte Vorrang zu gewähren ist, könnte aus den Konsequenzen folgen, die im Falle einer Weitergabe bzw. unterlassenen Weitergabe der Informationen in Aussicht stehen. Dabei ist – wie bereits an anderen Stellen schon – zwischen vermeidbaren oder behandelbaren Krankheiten auf der einen Seite und unvermeidbaren und unbehandelbaren Krankheiten auf der anderen Seite zu differenzieren. Während bei ersteren Präventions- und frühzeitige Behandlungsmöglichkeiten durch die rechtzeitige Informationsweitergabe bestehen und sich die Offenbarung somit positiv auf die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit auswirkt, sind vergleichbare Vorzüge bei Erkrankungen letzterer Art nicht zu erwarten. Zwar kann es für die Betroffenen vorteilhaft sein, ihre zukünftige Lebensgestaltung vor dem Hintergrund des Erkrankungsrisikos zu überdenken und möglicherweise anzupassen. Aufgrund der fehlenden Handlungsoptionen und den mit der Wahrscheinlichkeitsprognose einhergehenden Unsicherheiten besteht jedoch ein nicht unerheblich hohes Risiko, dass sich negative Folgen für die psychische Gesundheit der Verwandten ergeben.

Es zeigen sich also in beiden Fällen Auswirkungen für die körperliche Unversehrtheit und ggf. das Leben der Verwandten. Dass insbesondere letz-

---

855 Siehe dazu S. 133 f.

856 Ob § 34 StGB auf intrapersonelle Interessenkollisionen anwendbar ist, wird unterschiedlich beurteilt. Da weder der Wortlaut noch der Gesetzeszweck des § 34 StGB dies untersagen, wird die Rechtfertigungsnorm nachfolgend auch für diese Abwägung herangezogen. Ebenfalls für eine Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonelle Interessenskollisionen plädierend *Kühl*, *StrafR AT*, § 8 Rn. 34 m. w. N.; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger-StGB*, § 34 Rn. 4; a.A.: *Engländer*, *GA* 2010, 15 (21 f.); *Roxin/Greco*, *StrafR AT I*, § 16 Rn. 101 f.

terem Rechtsgut als verfassungsrechtlicher „Höchstwert“<sup>857</sup> ein besonderer Rang zuzusprechen ist, ergibt sich nicht zuletzt aus dem Katalog der in § 34 S.1 StGB aufgezählten Rechtsgüter. Dass der Gesetzgeber Leben und Leib noch vor den Rechtsgütern Ehre, Freiheit und Eigentum explizit aufgezählt und sich nicht nur damit begnügt hat, allgemein von einer Gefahr für ein Rechtsgut zu sprechen, bringt deren gehobene Bedeutung zum Ausdruck.<sup>858</sup> Vor- und Nachteile für die Gewährleistung dieser Rechtsgüter vermögen deshalb Aufschluss darüber zu geben, welches der intrapersonell kollidierenden Rechtsgüter bevorzugt zu berücksichtigen und damit abstrakt höher zu gewichten ist.

In Bezug auf *vermeidbare oder behandelbare Erkrankungen* ist anzunehmen, dass eine Informationsweitergabe primär Vorteile für das Leben und die körperliche Unversehrtheit mit sich bringt. Auch in diesen Fällen können zwar Risiken für negative psychische Auswirkungen bestehen. Diese sind im Vergleich zu den potenziellen Vorteilen aber als geringfügig einzustufen. Daher überwiegt bei diesen Erkrankungen eine Berücksichtigung des Rechts auf Wissen eine Gewährleistung des Rechts auf Nichtwissen. Bei *unvermeidbaren und nicht behandelbaren Erkrankungen* bestehen hingegen nur die Gefahren für die psychische Gesundheit, die nicht durch Vorteile für die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit kompensiert werden können. Folglich ist bei diesen Krankheitsbildern dem Recht auf Nichtwissen Vorrang zu gewähren.<sup>859</sup>

#### (bb) Abstrakte Gewichtung interpersonell kollidierender Rechtsgüter

Bei der Gewichtung der interpersonell kollidierenden Rechtsgüter bedarf es ebenso einer Differenzierung danach, ob die genetischen Erkenntnisse auf eine vermeidbare bzw. behandelbare Erkrankung hinweisen oder nicht. Nur bei einer vermeidbaren bzw. behandelbaren Erkrankung kann das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit für eine Offenbarung der Informationen in Stellung gebracht werden. Bei anderen Erkrankungen bringt eine Weitergabe der Daten ein erhöhtes Risiko psychischer Belastungen mit sich, das nicht durch vorteilhafte Präventions- und Behandlungsmöglichkeiten kompensiert wird.

---

857 BVerfGE 39, 1 (42); BVerfGE 46, 160 (164).

858 Erb, JuS 2010, 108 (110); Kühl, StrafR AT, § 8 Rn. 108; Perron, in: TK-StGB, § 34 Rn. 43; Zieschang, in: LK-StGB, § 34 Rn. 104.

859 Mit dieser Differenzierung im Ergebnis auch Burgert, Genetische Beratung, S. 180.

Folglich sind bei *unvermeidbaren und nicht behandelbaren Erkrankungen* lediglich Persönlichkeitsrechte der Verwandten zu berücksichtigen. Die intrapersonelle Gewichtung der Rechtsgüter hat dabei einen Vorrang des Rechts auf Nichtwissen vor dem Recht auf Wissen ergeben. Folglich zielen neben den Rechtspositionen des Spenders und des Empfängers auch die Rechte der Verwandten auf eine Geheimhaltung der Informationen, sodass es keiner Interessenabwägung bedarf und eine Rechtfertigung der Offenbarung über § 34 StGB ausscheidet. Derartige Krankheitsdispositionen finden deshalb nachfolgend keine weitere Berücksichtigung in der Interessenabwägung.

Bei *vermeidbaren oder behandelbaren Erkrankungen* stehen sich in interpersoneller Hinsicht das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie das Recht auf Wissen auf Seiten der Verwandten und der postmortale Persönlichkeitsschutz des Spenders sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vom Empfänger gegenüber. Zu betrachten ist mithin, ob sich ein Rangverhältnis zwischen dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit einerseits und den Persönlichkeitsrechten von Spender und Empfänger andererseits ergibt und ob die sich gegenüberstehenden Persönlichkeitsrechte abstrakt unterschiedlich zu gewichten sind.

In verfassungsrechtlicher Hinsicht wird der Höchstwert des Lebens damit begründet, dass dieses die „vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte“ ist.<sup>860</sup> Auch das Strafrecht bildet diese herausragende Bedeutung ab.<sup>861</sup> Neben der exponierten Stellung des Lebens und Leibs in der Aufzählung von § 34 StGB spricht die Ausgestaltung der Strafraumen von den jeweiligen Normen, die sich dem Schutz dieser Rechtsgüter widmen, für ein gegenüber den Persönlichkeitsrechten höheres Gewicht.<sup>862</sup> So ist der dem Lebensschutz gewidmete Totschlag gem. § 212 StGB mit einer Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren sanktioniert. Eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit wird als Körperverletzung gem. § 223 StGB mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Eine Missachtung des Geheimhaltungsinteresses ist hingegen über § 203 Abs. 1 StGB lediglich mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe belegt. In einer abstrakten Gewichtung

---

860 BVerfGE 39, 1 (42).

861 *Schröter*, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 148 f.

862 *Burgert*, Genetische Beratung, S. 182; *Schröter*, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 148 f.; zum Strafraumenvergleich als Abwägungsgesichtspunkt i. R. v. § 34 StGB: *Roxin/Greco*, StrafR AT I, § 16 Rn. 27 f.

überwiegen somit die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit die Persönlichkeitsrechte von Spender und Empfänger.<sup>863</sup>

Die Kollision des Rechts auf Wissen mit dem postmortalen Persönlichkeitsschutz des Spenders und dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Empfängers lässt auf den ersten Blick keine unterschiedliche Bewertung in abstrakter Hinsicht vermuten. Es bestehen jedoch feine Unterschiede, die auf ein Rangverhältnis hinweisen: Sämtliche der kollidierenden Persönlichkeitsrechte haben ihren verfassungsrechtlichen Ursprung in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Das Recht auf Wissen resultiert darüber hinaus aus Art. 2 Abs. 2 GG.<sup>864</sup> Es besteht somit neben dem Bezug zur Menschenwürde eine Verbindung zu deren vitaler Basis in der Form des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Diese Beziehung zu einem weiteren tragenden Grundrecht spricht für eine abstrakt höherwertigere Gewichtung dieser Ausprägung des Persönlichkeitsrechts.

Hinzu kommt, dass es sich beim Persönlichkeitsschutz des Spenders um eine *postmortale* Gewährleistung handelt, deren Einschränkung keine Auswirkung mehr auf die weitere Lebensgestaltung des betroffenen Menschen haben kann. Im Gegenzug dazu bringt die Wahrnehmung des Rechts auf Wissen für die Verwandten konkrete Handlungsmöglichkeiten mit sich, durch die sie ihr weiteres Leben mithilfe von Präventions- und Behandlungsmöglichkeiten im Falle einer Krankheitsdisposition positiv beeinflussen können. Mittelbar wird darüber das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit geschützt. Der Schutzzweck des postmortalen Persönlichkeitsschutzes in Gestalt des Geheimnis- und Ehrschutzes verfolgt verglichen damit ein in verfassungsrechtlicher Hinsicht minderwertigeres Ziel.<sup>865</sup>

---

863 Roxin/Greco, StraFR AT I, § 16 Rn. 29 sehen dies als allgemeine Regel für das Wertverhältnis jener Rechtsgüter.

864 Siehe dazu S. 128.

865 Eine ähnliche Wertung zeigt sich auch bei der Anordnung einer Obduktion im Falle des Verdachts eines unnatürlichen Todes i. S. d. § 159 i. V. m. § 87 StPO. Wenn im Raum steht, dass eine Straftat verübt wurde, tritt der postmortale Persönlichkeitsschutz hinter dem Interesse an der Beweismittelsicherung bzw. insgesamt dem Strafverfolgungsinteresse zurück. Vergleicht man nun dieses Interesse mit dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, deutet schon die direkte verfassungsrechtliche Verankerung letzteren Rechts in Art. 2 Abs. 2 GG auf ein Überwiegen dieses Schutzgutes hin. Das Interesse an der Beweismittelsicherung gründet hingegen auf dem in Art. 20 Abs. 3 verbürgten Rechtsstaatsprinzip und allenfalls mittelbar auf Art. 2 Abs. 2 GG. Auch wenn zurecht angenommen wird, dass die Leichenschau i. S. d. § 79 StPO dem besonderen Stellenwert des Rechtsguts Leben Rechnung trägt, bezieht sich dieser Gedanke primär auf die verstorbene Person und nicht darauf, lebende Personen zu schützen. Die Offenbarung der genetischen Informationen ist

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass in der interpersonellen Kollision die Rechtsgüter der Verwandten ein abstrakt höheres Gewicht haben als die Rechtsgüter von Spender und Empfänger.

(b) Würdigung der konkreten Umstände

Darüber hinaus sind die Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen. Das Erfordernis dieser Einzelfallbetrachtung geht auch aus der historischen Entwicklung des § 34 StGB hervor. In den Beratungen zur Fassung der Notstandsnorm ersetzte die umfassende Interessenabwägung die zunächst geplante Abwägung der Rechtsgüter.<sup>866</sup> Nachfolgend ist deshalb zu untersuchen, ob eine Offenbarung der genetischen Daten an die Verwandten im Lichte der Anforderungen des § 34 StGB, insbesondere der Intensität der Beeinträchtigung (aa), des Grades der den Rechtsgütern drohenden Gefahr (bb), der individuellen Bedeutung der betroffenen Interessen (cc) sowie vor dem Hintergrund möglicher besonderer Gefahrtragungspflichten (dd) das Geheimhaltungsinteresse von Spender und Empfänger überwiegt und somit eine Offenbarung rechtfertigt. Da es Ziel dieser Arbeit ist, eine abstrakt formulierte Problemstellung zu analysieren und zu lösen, lassen sich in diesem Abwägungspunkt keine Besonderheiten eines Einzelfalls berücksichtigen. Stattdessen sollen an dieser Stelle die transplantationspezifischen Besonderheiten der Konstellation Beachtung finden. Die Überlegungen widmen sich dabei nur einer Offenbarung im Falle einer Krankheitsdisposition für eine *vermeidbare oder behandelbare Erkrankung*.

---

hingegen darauf gerichtet, das Leben und die körperliche Unversehrtheit weiterhin zu erhalten. In Bezug auf das abstrakte Rangverhältnis zwischen den in der Arbeit betrachteten Rechtsgütern lässt sich daraus Folgendes schlussfolgern: Wenn der postmortale Persönlichkeitsschutz bereits bei § 159 StPO sowie bei § 87 StPO zugunsten des Interesses an der Beweismittelsicherung zurücktritt, muss er erst recht zugunsten des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit zurücktreten; zum Schutzgut des § 87 StPO siehe *Trück*, in: MüKo-StPO, § 87 Rn. 1; zum Schutzgut des § 159 StPO siehe *Kölbel/Ibold*, in: MüKo-StPO, § 159 Rn. 1.

866 *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 12; *Roxin/Greco*, StrafR AT I, § 16 Rn. 26.

(aa) Intensität der Beeinträchtigung

Im Zuge der Abwägung ist einerseits die Beeinträchtigung für das gefährdete, andererseits für das durch die Notstandshandlung eingeschränkte Interesse zu bestimmen. Es bedarf somit einer hypothetischen Bewertung, worauf sich der Schaden für das durch die Offenbarung beschränkte Geheimhaltungsinteresse von Spender und Empfänger beläuft und welchen Schaden die Interessen der Verwandten im umgekehrten Falle einer unterlassenen Offenbarung nehmen würden. Da sich – anders als bei Vermögensinteressen – die jeweiligen Beeinträchtigungen mangels einheitlichen Maßstabs nur bedingt miteinander vergleichen lassen, sind bei der Abwägung auch die unterschiedlichen Dimensionen wie das Ausmaß des Schadens und dessen Dauer und Nachhaltigkeit zu berücksichtigen.<sup>867</sup>

Für den *Spender* würde sich im Falle der Offenbarung der Informationen mit Sicherheit eine Beeinträchtigung seines Geheimhaltungsinteresses ergeben, so denn ein solches bei ihm besteht. Es stellt sich jedoch die Frage, welche Konsequenzen dies mit sich bringt. Da er bereits verstorben ist, können sich keine für ihn spürbaren Auswirkungen auf sozialer Ebene, wie bspw. die Ausgrenzung aus Gruppen oder eine Diskriminierung aufgrund der genetischen Veranlagung, ergeben. Zwar kann losgelöst vom konkreten Willen des jeweiligen Spenders nicht bestimmt werden, woraus das postmortale Geheimhaltungsinteresse resultiert. Die Folgen einer Verletzung sind verglichen mit einer Weitergabe der Daten zu seinen Lebzeiten aber insgesamt als gering einzuschätzen. So ist nicht zu erwarten, dass auf der Grundlage der genetischen Informationen sein Ruf oder das Andenken an ihn geschädigt wird. Zum einen können die weitergegebenen Daten die Verwandten selbst betreffen, sodass sie bei einer missbräuchlichen Nutzung der Informationen eine eigene Diskriminierung zu befürchten hätten. Zum anderen konnte der Spender die Daten nicht selbst beeinflussen, sondern war den darin verkörperten Anlagen ausgesetzt. Dadurch, dass die Informationen bereits seit der Geburt veranlagt sind und – anders als bspw. HIV-Infektionen – nicht im Laufe des Lebens durch bestimmte Verhaltensweisen erworben wurden, besteht somit keine aus sozialer Perspektive fragwürdige Angriffsfläche, auf deren Grundlage ein negatives Bild über die Person nach ihrem Ableben gezeichnet werden könnte.

Zwar kann die Offenbarung der Informationen nicht rückgängig gemacht werden und wirkt somit nachhaltig. Da der Schaden jedoch ohnehin

---

867 Erb, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 142; Hoyer, in: SK-StGB, § 34 Rn. 61.

nur als sehr gering einzuschätzen ist, vermag dieser Umstand die Intensität der Beeinträchtigung nicht wesentlich zu verstärken.

Das Geheimhaltungsinteresse des *Empfängers* wird durch die Weitergabe ebenso mit Sicherheit beeinträchtigt. Es stellt sich jedoch in diesem Kontext die Frage, wie hoch dieses Interesse bei ihm überhaupt ist. Er ist in der Regel eine von mehreren Personen, die ein Organ oder ein Teil des Gewebes vom Spender mit exakt dieser genetischen Veranlagung erhalten haben. Er kann die damit verknüpften Informationen folglich von vornherein nicht exklusiv für sich beanspruchen. Aller Voraussicht nach wird es ihm nicht darauf ankommen, dass niemand sonst Kenntnis von diesen Daten erhält. Als Begünstigter im Transplantationsprozess muss ihm bewusst sein, dass auch andere Personen von der altruistischen Handlung des Spenders profitieren. Dass es für ihn darauf ankommt, ob dies nun andere Empfänger oder die Verwandten des Spenders sind, ist nicht zu erwarten. Auch wenn dem Grunde nach der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hinsichtlich der Informationen eröffnet ist und diese Informationen über § 14 Abs. 2 TPG geschützt werden, ist im Ergebnis somit anzunehmen, dass in den meisten Fällen wohl kein Geheimhaltungsinteresse des Empfängers – zumindest hinsichtlich einer Offenbarung an andere Personen, die von der Spende profitieren können – besteht. Folglich ist unabhängig davon, ob die Daten an die Verwandten weitergegeben werden, nicht von einer Beeinträchtigung des Empfängers auszugehen.

Auf Seiten der *Verwandten* kommt es dann zu einer Beeinträchtigung, wenn die Weitergabe unterbleibt und der jeweilige Drittbetroffene tatsächlich ebenso Träger der krankheitsursächlichen Anlage ist. Dabei ist zugrunde zu legen, dass er ohne die ärztliche Information mangels Symptomen bisher sonst keinen Anlass gehabt hat, von sich aus eine gendiagnostische Untersuchung durchführen zu lassen. Ihm blieben somit Präventions- oder frühzeitige Behandlungsmöglichkeiten verwehrt, mithilfe derer die Erkrankung möglicherweise vermieden oder zumindest erfolgsversprechender hätte behandelt werden können. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die Ursache der Erkrankung im Laufe des Krankheitsverlaufs diagnostiziert und letztlich erfolgreich therapiert wird. Es handelt sich aber im Hinblick auf die Erhaltung der Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit um eine verpasste Chance, aus der sich schwerwiegende und nachhaltige Folgen für die Betroffenen ergeben können.

Daneben wird dem Verwandten die Ausübung seines Rechts auf Wissen durch eine unterlassene Offenbarung der Erkenntnisse verwehrt. Zwar könnte man diesbezüglich auf die Möglichkeit verweisen, der Verwandte

könnte unabhängig von einer Weitergabe der im Transplantationsprozess gewonnenen Erkenntnisse selbst gendiagnostische Untersuchungen vornehmen lassen. Mangels eines anderweitig begründeten Anlasses überzeugt dieser Vorwand jedoch nicht. Folglich liegt im Hinblick auf die Ausprägung dieses Persönlichkeitsrechts eine nachhaltige Beeinträchtigung.

Nach alledem lässt sich festhalten, dass die Schädigung der Interessen der Verwandten deutlich intensiver ist, wenn eine Offenbarung der Informationen unterbleibt, als die Beeinträchtigung der Interessen vom Spender und dem Empfänger wäre, wenn die Daten den Verwandten weitergegeben werden.

#### (bb) Grad der den Rechtsgütern drohenden Gefahr

Während im Falle einer Weitergabe der Informationen eine hundertprozentige Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass es zu einer Beeinträchtigung des Geheimhaltungsinteresses vom Spender und Empfänger kommt, steht auf der anderen Seite hinsichtlich der Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit nicht fest, dass diese tangiert werden. Dies folgt daraus, dass die Manifestation der Erkrankung trotz der Feststellung eines krankheitsassoziierten Gens in doppelter Hinsicht mit Unsicherheiten belastet ist: Zum einen liegen die beim Spender festgestellten Gene bzw. die entsprechende Genkombination nicht notwendigerweise auch beim Verwandten vor.<sup>868</sup> Zum anderen lässt sich anhand der Feststellung bestimmter Gene bzw. Genkombinationen lediglich eine Wahrscheinlichkeit hinsichtlich des Eintritts der Erkrankung errechnen.<sup>869</sup> Es ist also unsicher, ob es überhaupt zu einem Schaden kommt, sodass die Weitergabe der Informationen beim Ausbleiben einer Beeinträchtigung nicht geeignet ist, eine solche sicher zu verhindern. Nähme man hingegen an, dass die Erkrankung beim Verwandten zwingend ausbräche, würde eine im Vorfeld erfolgte Informationsübermittlung, diesen auf jeden Fall dazu in die Lage versetzen, Präventions- und frühzeitige Behandlungsmaßnahmen wahrzunehmen. Auch diesbezüglich lässt sich aber nicht konkret vorhersagen, ob bzw. mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Schaden verhindert werden würde, weil diese Handlungsoptionen nicht mit Sicherheit ein Ausbleiben des Erkrankungseintritts oder eine Heilung bewirken. Es besteht also lediglich eine – von der konkreten Erkrankung und den damit verknüpften Handlungsoptionen abhängige

---

<sup>868</sup> Siehe insoweit zu den Grundlagen des Vererbungsprozesses auf S. 36 ff.

<sup>869</sup> Zur Aussagekraft der Ergebnisse genetischer Untersuchungen siehe S. 65 ff.

– Chance, dass eine Schädigung des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit der Verwandten abgewendet werden kann.

Eine Beeinträchtigung des Rechts auf Wissen ist im Vergleich dazu nur mit der Unsicherheit belastet, dass die beim Spender festgestellten Gene nicht ebenso beim Verwandten vorliegen. Geht man jedoch davon aus, dass beide Träger dieser Erbinformationen sind, steht mit Sicherheit fest, dass bei einer unterlassenen Weitergabe das Recht auf Wissen des jeweiligen Verwandten verletzt wird. Ihm würde die Möglichkeit verwehrt bleiben, Kenntnis von den Umständen zu erhalten, die Einfluss auf seinen weiteren Lebensverlauf und damit auf seine weitere Lebensplanung haben können.

Festzuhalten bleibt somit, dass es beim Spender und Empfänger mit Sicherheit zu einer Beeinträchtigung bestehender Geheimhaltungsinteressen durch eine Weitergabe der Informationen kommt. Dass durch die Offenbarung eine Verletzung der Rechtsgüter von den Verwandten abgewendet werden kann, ist hingegen von unterschiedlichen Faktoren abhängig und damit vergleichsweise unsicher. Ergebnis dieser Gegenüberstellung ist folglich, dass bei einer isolierten Betrachtung des Grades der den geschützten Interessen drohenden Gefahren, eine Offenbarung der Informationen zu unterbleiben hätte.

#### (cc) Individuelle Bedeutung der betroffenen Interessen

Ausschlaggebend für die Gewichtung sind weiterhin Umstände, die dazu führen, dass die Beeinträchtigung der Interessen des Betroffenen besonders gravierend ist. An dieser Stelle sind auch mittelbar beeinträchtigte Interessen der Betroffenen zu berücksichtigen, die mit der unmittelbaren Einschränkung des Rechtsgutes einhergehen.<sup>870</sup> Beispielsweise kann neben dem Sachwert eines zerstörten Gegenstandes der Erinnerungswert dieser Sache für den Eigentümer als besondere individuelle Wertschätzung auf dieser Ebene Beachtung finden.<sup>871</sup> Individuelle Umstände sind aber nicht nur dazu geeignet, die Bedeutung eines Interesses im Einzelfall zu erhöhen, sondern können diese auch herabsenken.<sup>872</sup> Lässt das Verhalten des Betroffenen darauf schließen, dass er der Wahrung seiner tangierten Interessen

---

870 *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 178; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 34 Rn. 66; *Perron*, in: TK-StGB, § 34 Rn. 33; *Zieschang*, in: LK-StGB, § 34 Rn. 119.

871 *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 179.

872 *Engländer*, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 34 Rn. 29; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 180; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 34 Rn. 68.

einen geringeren Wert beimisst, ist dies unabhängig davon zu beachten, ob diese Gewichtung objektiv nachvollziehbar ist.<sup>873</sup>

Dass beim *Spender* nach seinem Ableben weitere Interessen bestehen, die über das grundlegende Anliegen am sensiblen Umgang und einer nur beschränkten Offenbarung seiner medizinischen Daten hinausgehen, ist nicht ersichtlich. Hingegen verdeutlicht seine Entscheidung für eine Organspende, dass er der Bedeutung dieses Geheimhaltungsinteresses einen geringeren Wert zuschreibt. Er bringt damit zum Ausdruck, dass ihm daran gelegen ist, anderen Menschen zu helfen. Dabei nimmt er zeitgleich zumindest in Kauf, dass nach seinem Ableben medizinische Daten erhoben sowie verarbeitet werden und ordnet damit die Geheimhaltung der Informationen dem altruistischen Gedanken unter. Zumindest hypothetisch wäre es – wenn auch nicht im Sinne einer zielgerichteten Spende<sup>874</sup> – möglich, dass ein Verwandter ein Organ bzw. Gewebe von ihm empfängt. Da die Allokation erst nach seinem Ableben erfolgt, besteht für ihn keine Möglichkeit, diese noch zu beeinflussen. Selbst wenn familiäre Zerwürfnisse den Spender in sonstiger Hinsicht von einer Hilfeleistung an Verwandte abgehalten haben, bleiben diese im Rahmen des Transplantationsverfahrens *post mortem* unberücksichtigt. Wenn dies schon hinsichtlich seiner Organe und seines Gewebes gilt, ist nicht ersichtlich, weshalb dies nicht auch in Bezug auf seine Daten gelten sollte.

Bei dieser Argumentation ist aber zu berücksichtigen, dass die Entscheidung für eine Organspende in nicht unerheblich vielen Fällen *nicht* auf einer ausdrücklichen Willenserklärung des Spenders selbst beruht.<sup>875</sup> Die Entscheidung gründet allerdings überwiegend zumindest auf seinem mutmaßlichen Willen. Nur ausnahmsweise treffen entscheidungsbefugte Dritte diese selbst, sodass sie bloß in Einzelfällen seinen Ansichten widerspre-

---

873 *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 180; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 34 Rn. 68.

874 Während bei der Lebendspende die Übertragung des Organs bzw. Gewebes gem. § 8 Abs. 1 S. 2 TPG zielgerichtet an einen bestimmten Personenkreis im Falle einer medizinischen Indikation erfolgt, richtet sich die Vermittlung postmortal gespendeter (vermittlungspflichtiger) Organe gem. § 12 Abs. 3 S. 1 TPG nach den Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen. Die in diesem Zuge erstellen Wartelisten können nicht dadurch umgangen werden, dass der Spender nur bestimmte Personen mit seiner Spende bedenken möchte. Ziel dieses Vorgehens ist die Wahrung der Chancengleichheit aller Patienten, die auf ein Spendeorgan angewiesen sind, BT-Drs. 13/4355 S. 26; *Scholz/Middel*, in: *Spickhoff-MedR*, § 12 Rn. 8.

875 Siehe dazu auch an späterer Stelle auf den S. 228 ff.

chen wird.<sup>876</sup> Aufgrund dessen lässt sich aus dem Verhalten des Spenders schließen, dass sein Interesse an der Geheimhaltung der genetischen Daten zumindest insoweit herabgesenkt ist, als andere Menschen durch die Weitergabe gesundheitlich profitieren können.

Beim *Empfänger* sind ebenfalls keine weiteren Interessen zu berücksichtigen. Typischerweise gibt der Spender nicht nur ein Organ bzw. ein bestimmtes Gewebe zur Spende frei, sodass neben ihm in der Regel weitere Personen Organe oder Gewebe mit der gleichen genetischen Konstitution empfangen. Er muss deshalb ohnehin davon ausgehen, dass andere Menschen die Daten zur Erhaltung der Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit – wenn auch nicht ausdrücklich mitgeteilt, sondern nur in Form des Organs bzw. Gewebes selbst – bekommen. Ob diese Verbreitung der Daten zum Schutz dieser Rechtsgüter anderer mit der Übertragung des Organs oder Gewebes einhergeht oder ob eine dritte Person unabhängig davon die Daten erhält, wird für ihn aller Voraussicht nach keinen Unterschied darstellen.

Neben dem Interesse der *Verwandten* am Schutz der eigenen Rechtsgüter ist anzunehmen, dass ihnen aus einem weiteren Grund am Erhalt der Informationen gelegen sein dürfte. Sie erhalten damit die Möglichkeit, diese an eigene Nachfahren bzw. andere Verwandte mit einem möglichen genetischen Risiko im Sinne einer familiären Fürsorge weiterzugeben und sie damit in die Lage zu versetzen, Präventions- und Früherkennungsmaßnahmen wahrzunehmen.<sup>877</sup>

Während auf Seiten der Verwandten also ein weiteres schützenswertes Interesse besteht, sprechen die Umstände der Transplantation und die damit einhergehenden Einstellungen im Hinblick auf die Interessen des Spenders und Empfängers insgesamt für ein reduziertes Geheimhaltungsinteresse, neben das keine weiteren Interessen treten. Mithin führt die Würdigung der transplantationsspezifischen Umstände zu einem Überwiegen der Verwandteninteressen und spricht damit für eine Offenbarungsbefugnis.

---

876 Im Jahr 2023 basierten 40,9 % der Entscheidungen für oder gegen eine Organspende auf dem von dem bzw. den Angehörigen vermuteten Willen des Verstorbenen. Eine eigene Entscheidung durch die Angehörigen wurde in 22,1 % getroffen.; DSO Jahresbericht-2023, 2024, S. 53.

877 *Burgert*, Genetische Beratung, S. 194; *Schröter*, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 175.

(dd) Besondere Gefahrtragungspflichten aus Pflichtenstellungen

Prägend für die Interessenabwägung können weiterhin besondere Gefahrtragungspflichten sein, die sich aus Pflichtenstellungen der Beteiligten ergeben können.<sup>878</sup> Zwar enthält § 34 StGB keinen mit § 35 Abs. 1 S. 2 StGB vergleichbaren Passus, aus dem sich dieses Abwägungskriterium ergibt.<sup>879</sup> Der Gesetzgeber hat jedoch erkannt, dass die Ausübung der Tätigkeit bestimmter Pflichtenträger nahezu zwingend mit bestimmten Risiken einhergeht,<sup>880</sup> weshalb sie im Rahmen von § 34 StGB berücksichtigt werden sollen.<sup>881</sup> Zwar führen Gefahrtragungspflichten nicht dazu, dass dem Rechtsgut eine geringere Wertigkeit zuzusprechen ist.<sup>882</sup> Aufgrund der erhöhten Opfergrenze sind die Güter des Betroffenen jedoch weniger schutzwürdig, sodass der Rechtsgutsinhaber höhere Risiken oder Beeinträchtigungen akzeptieren muss.<sup>883</sup>

Die Verwandten des Spenders und die Organ- bzw. Gewebeempfänger haben weder in beruflichem Kontext miteinander zu tun noch stehen sie in sonstiger Weise zueinander in Beziehung. Eine Gefahrtragungspflicht des einen Beteiligten gegenüber dem jeweils anderen besteht folglich nicht. Aus der beruflichen Stellung des Spenders lassen sich ebenso nach seinem Ableben keine Pflichten ableiten. Nach überwiegender Auffassung sind jedoch Garantenpflichten dazu geeignet, dem Garanten eine erhöhte Gefahrtragung aufzubürden.<sup>884</sup> Die im Vergleich zur allgemeinen Hilfeleistungspflicht aus § 323c StGB erhöhte Schutzpflicht müsse sich in einer

---

878 *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 34 Rn. 29 m. w. N.; nach a.A. sind diese Pflichten nicht im Rahmen der Interessenabwägung, sondern erst innerhalb der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski-StGB*, § 34 Rn. 39; *Neumann*, in: *NK-StGB*, § 34 Rn. 100. Der dogmatischen Verortung soll mangels Relevanz für das Ergebnis der Rechtfertigung an diese Stelle jedoch nicht weiter nachgegangen werden.

879 In § 35 Abs. 1 S. 2 StGB heißt es ausdrücklich: „[...] weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen [...]“.

880 So heißt es in BT-Drs. IV/650, S. 159 f. „Der Soldat oder der Feuerwehrmann wird in manchen Fällen auch um des Schutzes und der Rettung von Sachwerten willen Leib- oder Lebensgefahren auf sich nehmen müssen.“

881 *Erb*, in: *MüKo-StGB*, § 34 Rn. 196; *Kühl*, *StrafR AT*, § 8 Rn. 147; *Roxin/Greco*, *StrafR AT I*, § 16 Rn. 65; *Zieschang*, in: *LK-StGB*, § 34 Rn. 120.

882 *Perron*, in: *TK-StGB*, § 34 Rn. 34.

883 *Neumann*, in: *NK-StGB*, § 34 Rn. 100; *Perron*, in: *TK-StGB*, § 34 Rn. 34.

884 *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski-StGB*, § 34 Rn. 40; *Erb*, in: *MüKo-StGB*, § 34 Rn. 199; *Perron*, in: *TK-StGB*, § 34 Rn. 34; *Roxin/Greco*, *StrafR AT I*, § 16 Rn. 66; *Zieschang*, in: *LK-StGB*, § 34 Rn. 121.

höheren Opferpflicht auswirken.<sup>885</sup> Denkbar wäre deshalb, aus der „engen persönlichen Verbundenheit“<sup>886</sup> vom Spender zu seinen Verwandten eine familiäre Fürsorgepflicht abzuleiten, aus der heraus die Verpflichtung erwächst, eine Einschränkung seines Geheimhaltungsinteresses zugunsten der Rechte und Interessen der Verwandten hinzunehmen. Unabhängig von der Frage, welche Personen zu diesem Kreis zählen bzw. bis zu welchem Verwandtschaftsgrad eine familiäre Verbundenheit vorliegt,<sup>887</sup> erscheint die Annahme einer besonderen Gefahrtragungspflicht aufgrund einer Garantenstellung des Spenders zu seinen Verwandten in der konkreten Situation aber unpassend.

Die Garantenstellung ist originär in der Formulierung des „rechtlichen dafür Einstehens, dass der Erfolg nicht eintritt“ in § 13 StGB verortet. Sie ist Bedingung dafür, dass sich eine Person wegen eines unechten Unterlassungsdelikts strafbar macht. Unter dem Hinzutreten weiterer Voraussetzungen wird dann das unterlassene Handeln einer Person dem tatbestandsmäßigen Tun gleichgestellt. Abgesehen davon, dass sich eine verstorbene Person nicht mehr bestrafen lässt, ist es nicht sinnvoll, eine Verhaltenspflicht für sie zu begründen, da sie dieser ohnehin nicht mehr nachkommen kann. Ein strafbarer Unterlassensvorwurf kann folglich nur lebenden Personen gemacht werden. Für die Garantenstellung bedeutet dies, dass sie mit dem Ableben des Garanten erlischt, da der Zweck ihres Bestehens weggefallen ist. Folglich lässt sich keine besondere Gefahrtragungspflicht daraus ableiten, die einen reduzierten Schutz der Geheimhaltungsinteressen des Spenders nahelegen würde.<sup>888</sup> Somit bestehen insgesamt keine

---

885 *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 105; *Perron*, in: TK-StGB, § 34 Rn. 34.

886 *Lilie*, JZ 1991, 541 (544 ff.); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 17 ff.; vgl. BGHSt 19, 167 (168); BGHSt 48, 301 (303).

887 *Lilie*, JZ 1991, 541 (545 f.) spricht sich für eine Rückgriff auf den Begriff der „nahestehenden Personen i. S. d. § 35 StGB aus.

888 Eine besondere Gefahrtragungspflicht ließe sich selbst dann nicht aus der durch die familiäre Beziehung begründeten Garantenpflicht ableiten, wenn der Spender noch am Leben wäre. Aus § 11 Abs. 3 GenDG geht hervor, dass eine Einschränkung des Geheimhaltungsinteresses nur aufgrund der Einwilligung des Betroffenen erfolgen darf. Die Weitergabe dürfte aber vor allem für genetisch Verwandte der untersuchten Person interessant sein – dies geht aus dem Zusammenhang mit § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG hervor – und es dürfte regelmäßig ein familiäres Fürsorgeverhältnis bestehen. Trotz der daraus resultierenden Garantenstellung hat sich der Gesetzgeber entschieden, diese Daten besonders zu schützen und hat keine Ausnahme aufgrund einer besonderen Gefahrtragungspflicht begründet. Im Ergebnis auch *Burgert*, Genetische Beratung, S. 195.

besonderen Gefahrtragungspflichten, die eine geringere Schutzwürdigkeit eines der Beteiligten begründen.

(ee) Zusammenfassung

Die Betrachtung der transplantationsspezifischen Besonderheiten hat Folgendes ergeben: Ein isolierter Blick auf den Grad der den geschützten Rechtsgütern drohenden Gefahren, spricht gegen eine Offenbarung der genetischen Informationen an die Verwandten. Sowohl die Intensität der Beeinträchtigung als auch die individuelle Bedeutung der betroffenen Interessen steht dem jedoch entgegen und legt somit eine Offenbarungsbefugnis zugunsten der Wahrung der Verwandteninteressen nahe. Pflichtenstellungen, aus denen sich besondere Gefahrtragungspflichten ableiten lassen, bestehen nicht. In der Gesamtschau sprechen somit mehr Umstände für eine Offenbarung der genetischen Daten an die Verwandten, um ihre Interessen zu wahren.

(c) Wesentliches Überwiegen der Verwandteninteressen

Nach § 34 S.1 StGB ist es erforderlich, dass das geschützte Interesse das Beeinträchtigte *wesentlich* überwiegt. An dieses Kriterium werden unterschiedliche Anforderungen gestellt. Teilweise wird verlangt, es bedürfe eines qualitativen Übergewichts, das im Anschluss an die Interessenabwägung – gewissermaßen als zweite Prüfungsstufe – eigenständig ermittelt werden müsse.<sup>889</sup> Dabei wird eine Parallele zur zivilrechtlichen Notstandsvorschrift des § 904 BGB hergestellt, die verlangt, dass der drohende Schaden im Vergleich zum tatsächlich entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist.<sup>890</sup> Von anderen wird es als ausreichend erachtet, dass eindeutig und zweifelsfrei ein Interessenübergewicht besteht, da die Wesentlichkeit bereits im Rahmen der bisherigen Abwägung hinreichend Berücksichtigung gefunden habe.<sup>891</sup>

---

889 Engländer, GA 2010, 15 (18); Neumann, in: NK-StGB, § 34 Rn. 67; Rosenau, in: SSW-StGB, § 34 Rn. 31; Zieschang, in: LK-StGB, § 34 Rn. 149 f.

890 Zieschang, in: LK-StGB, § 34 Rn. 149.

891 Baumann/Weber/Mitsch/et al., StrafR-AT, § 15 Rn. 107; Sinn, StrafR-AT, § 5 Rn. 250; Küper, GA 1983, 289 (296 ff.); Perron, in: TK-StGB, § 34 Rn. 45; Roxin/Greco, StrafR AT I, § 16 Rn. 90.

Zwar überzeugt die Erwägung, die Rechtsordnung könne nur dann von einem Einzelnen bei der Einschränkung seiner Interessen Solidarität verlangen, wenn ein deutliches Übergewicht aus dem Rechtsgütervergleich hervorgehe.<sup>892</sup> Die Bemessung eines qualitativen Überwiegens gestaltet sich aber dann als schwierig, wenn keine materiellen Güter betroffen sind, sodass keine konkrete Höhe des Schadens ermittelt werden kann. Auch im Zivilrecht lässt sich bei derartigen Kollisionen teilweise kein konkreter Schaden im Sinne einer unfreiwilligen Vermögenseinbuße<sup>893</sup> bestimmen, weshalb bspw. auf den Rang der betroffenen Rechtsgüter abgestellt und keine qualitative Gegenüberstellung vorgenommen wird.<sup>894</sup> Zumindest bei immateriellen Gütern wie Persönlichkeitswerten und den Rechtsgütern Leben und körperliche Unversehrtheit erweist es sich deshalb als praktisch nicht handhabbar, ein qualitatives Überwiegen zu verlangen.<sup>895</sup> Aus diesem Grund ist nachfolgend lediglich zu bewerten, ob ein *eindeutiges* Übergewicht der Interessen von den Verwandten besteht.

Bereits bei der Beurteilung des abstrakten Rangverhältnisses der betroffenen Rechtsgüter und bei der Würdigung der konkreten Umstände wurden die Folgen im Falle einer Weitergabe der Informationen mit den Folgen beim Unterlassen einer Datenübermittlung verglichen. Dabei hat sich ergeben, dass im Falle von vermeidbaren oder behandelbaren Erkrankungen die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit intrapersonell das Recht auf Nichtwissen und interpersonell den postmortalen Persönlichkeitsschutz des Spenders sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Empfängers abstrakt überwiegen. In quantitativer Hinsicht bestätigt die Würdigung der konkreten transplantationsspezifischen Umstände dieses Ergebnis. Letztlich steht nur der Grad, der den Rechtsgütern drohenden Gefahren einer Einstimmigkeit der Bilanz für eine Weitergabe entgegen. Dass dieser Abwägungspunkt zulasten einer Offenbarung ausfällt, ist Ausdruck der mit genetischen Daten stets einhergehenden Unsicherheiten und der Individualität des menschlichen Körpers, aufgrund derer sich nicht mit Sicherheit vorhersagen lässt, ob und wie der Einzelne

---

892 Neumann, in: NK-StGB, § 34 Rn. 67; Rosenau, in: SSW-StGB, § 34 Rn. 31; Zieschang, in: LK-StGB, § 34 Rn. 149.

893 Zum natürlichen Schadensbegriff Grüneberg, in: Grüneberg-BGB, Vor § 249 Rn. 9.

894 Brückner, in: MüKo-BGB, § 904 Rn. 9 f.; Fritzsche, in: BeckOK-BGB, § 904 Rn. 14.

895 So i. E. auch Burgert, Genetische Beratung, S. 196; Schröter, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 178; auf die Frage, ob das Erfordernis eines qualitativen Übergewichts auch bei materiell bezifferbaren Beeinträchtigungen abzulehnen ist, kommt es in der konkreten Interessenkollision nicht an, sodass ihr im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter nachgegangen wird.

auf eine medizinische Behandlung anschlagen wird.<sup>896</sup> Es handelt sich also nicht um eine Besonderheit der konkreten Problematik, sondern um ein mit medizinischen Behandlungen regelmäßig einhergehendes Phänomen. Würde dies dazu führen, dass die Wesentlichkeit eines Überwiegens innerhalb der Interessenabwägung abzulehnen wäre, müsste eine Rechtfertigung durch Notstand in Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen konsequenterweise immer zumindest von Grund auf fraglich sein. Damit würden jedoch die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit einen nur unzureichenden Schutz erfahren. Dies würde ihrer hohen verfassungsrechtlichen Bedeutung nicht gerecht werden.

Angesichts dieser Erwägung und dem Umstand, dass alle sonstigen Punkte bei vermeidbaren bzw. behandelbaren Erkrankungen für eine Offenbarung der Informationen an die Verwandten sprechen, besteht ein Interessenübergewicht. Die Interessen der Verwandten überwiegen somit wesentlich.

#### (6) Angemessenheit

Nach § 34 S. 2 StGB ist es erforderlich, dass die Tat ein angemessenes Mittel ist, um die Gefahr abzuwenden. Da bereits im Rahmen der Interessenabwägung die Rechtsgüter abstrakt gewichtet und die konkreten Umstände umfassend gewürdigt wurden, stellt sich die Frage, welche Bedeutung dieser Klausel daneben noch zukommt. Teilweise wird der Angemessenheit keine tragende Funktion zugestanden, da sie bereits als Faktor in der Interessenabwägung berücksichtigt werde, sodass sie darüber hinaus allenfalls eine Art Kontrollinstanz darstellen könne.<sup>897</sup> Andere sehen die Klausel hingegen als zweite Wertungsstufe mit eigener Bedeutung an.<sup>898</sup> Im Ergebnis stellen beide Auffassungen jedoch die gleichen Anforderungen,<sup>899</sup> sodass sich in praktischer Hinsicht kein Unterschied für die im Rahmen der Arbeit betrachtete Problematik ergibt. Aus diesem Grund soll an dieser Stelle keine dezidierte Ausein-

---

<sup>896</sup> Zur den mit genetischen Daten einhergehenden Unsicherheiten siehe S. 65 ff.

<sup>897</sup> *Roxin/Greco*, StraFR AT I, § 16 Rn. 100; *Perron*, in: TK-StGB, § 34 Rn. 46; *Zieschang*, in: LK-StGB, § 34 Rn. 152 f.

<sup>898</sup> BGH NJW 1976, 680 (681); OLG Stuttgart DVBl. 1976, 798 (800); *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 244; *Joerden*, GA 1991, 411 (411 ff.); *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 117; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, S. 247 ff.; *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 34 Rn. 32.

<sup>899</sup> So auch *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 21a; *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 34 Rn. 32.

andersetzung mit den in der Debatte vorgebrachten Argumenten erfolgen.<sup>900</sup> Im Sinne einer grundlegenden Positionierung sei lediglich erwähnt, dass angesichts des Wortlautes, der isolierten systematischen Stellung der Angemessenheitsklausel in einem eigenen Satz und der Entstehungsgeschichte viel dafür spricht, das Kriterium als eine eigene Wertungsstufe zu begreifen.<sup>901</sup>

In inhaltlicher Hinsicht kommt es für eine Rechtfertigung nun im letzten Schritt darauf an, dass die Informationsweitergabe nicht im Widerspruch zur Gesamtrechtsordnung sowie den sie prägenden Prinzipien und anerkannten Verfahrensgrundsätzen steht.<sup>902</sup> Dies könnte einerseits der Fall sein, wenn sich aus der Rechtsordnung bereits Lösungen bspw. in Form eigener Verfahren ergeben, die eine eigenmächtige Einwirkung auf die Rechtsgüter des Betroffenen verhindern würden.<sup>903</sup> Andererseits ist zu überprüfen, ob bspw. das Freiheitsprinzip als grundlegender Ausgangspunkt der Rechtsordnung dem Ergebnis der Interessenabwägung entgegensteht.<sup>904</sup>

#### (a) Widerspruch zu bestehenden Verfahren

Ein Verfahren, mithilfe dessen die Gefahrenlage für die Verwandten bewältigt werden könnte, steht durch die Rechtsordnung nicht zur Verfügung. Die in § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG normierte Lösung stellt sowohl aufgrund des Anwendungsbereichs des GenDG als auch aus praktisch handhabbarer Perspektive kein Verfahren für die Konstellation der postmortalen Organspende dar, das eine Einwirkung auf die Rechtsgüter von Spender und Empfänger verhindern würde. Andere Verfahren stehen seitens der Rechtsordnung *de lege lata* nicht zur Verfügung. Aus dieser Perspektive ist das Abwägungsergebnis somit als angemessen zu bewerten.

---

900 Eine gelungene Auseinandersetzung mit der Problematik findet sich bei *Linoh*, Der rechtfertigende Notstand im Medizinrecht, S. 123 ff.

901 Mit dieser Argumentation und weiteren Nachweisen zur Historie der Norm *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 21a; *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 34 Rn. 32.

902 *Kühl*, StrafR AT, § 8 Rn. 166; *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 117; *Stratenwert/Kuhlen*, StrafR-AT, § 9 Rn. 116.

903 *Kühl*, StrafR AT, § 8 Rn. 168; *Linoh*, Der rechtfertigende Notstand im Medizinrecht, S. 154 ff.

904 *Kühl*, StrafR AT, § 8 Rn. 168 ff.

(b) Vereinbarkeit mit den Prinzipien der Gesamtrechtsordnung

Nach dem in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Freiheitsprinzip hat jeder Mensch das Recht, seine Persönlichkeit frei zu entfalten, indem er so handelt, wie er es für richtig hält.<sup>905</sup> Eine Offenbarung von Informationen, die der Betroffene geheim halten wollte, würde somit seinem Willen und damit dem Freiheitsprinzip zuwiderlaufen. Dieses Prinzip wird jedoch nicht grenzenlos gewährleistet. Aus Art. 2 Abs. 1 GG ergibt sich, dass eine Ausübung der darin verankerten Rechte nur dann in Betracht kommt, wenn dadurch nicht gegen die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen wird. Zudem wird das Prinzip unter bestimmten Voraussetzungen von Solidaritätserwägungen wie bspw. der Hilfeleistungspflicht aus § 323c StGB überlagert.<sup>906</sup>

Die Offenbarung der genetischen Erkenntnisse ermöglicht den Verwandten, sich der Gefahr des Todes oder Gesundheitseinschränkungen zu entziehen. Damit schafft die Solidarität des Spenders – insbesondere im Falle einer sonst bestehenden Todesgefahr durch die Erkrankung – erst die Möglichkeit, einen vollständigen oder zumindest tiefgreifenden Freiheitsverlust abzuwenden, sodass es auch innerhalb einer freiheitlichen Rechtsordnung legitim ist, diese Aufopferung zu fordern.<sup>907</sup>

Berücksichtigt man darüber hinaus die Bedeutung des Datenschutzes und der ärztlichen Schweigepflicht für das Gesundheitssystem, ergibt sich kein anderes Ergebnis. Da es *de lege lata* nur im Falle von konkreten Vorteilen für den Gesundheitszustand der Verwandten und somit nur in Einzelfällen zu einer Offenbarung der genetischen Daten an einen beschränkten Personenkreis kommt, ist *nicht* davon auszugehen, dass dies zu einem Vertrauensverlust innerhalb der Arzt-Patientenbeziehungen führt. Stattdessen ist angesichts der für den Einzelnen potenziell selbst in Aussicht stehenden Vorteile zu erwarten, dass die Annahme einer Offenbarungsbefugnis auf Zustimmung trifft.

Das Abwägungsergebnis steht ferner im Einklang mit den Wertungen der Gesamtrechtsordnung. Der hohe Stellenwert des menschlichen Lebens und der körperlichen Unversehrtheit kommt an verschiedenen Stellen – nicht

---

905 In diesem Sinne auch BVerfGE 6, 32 (36) mit Verweis auf die ursprüngliche Gesetzesfassung „Jeder kann tun und lassen was er will“ aus der 42. Sitzung des Hauptausschusses vom Parlamentarischen Rat.

906 Heger, in: Lackner/Kühl/Heger-StGB, § 323c Rn. 1; Kühl, StrafR AT, § 8 Rn. 172.

907 Hassemer, in: FS-Maihofer, S. 202; Kühl, StrafR AT, § 8 Rn. 172.

zuletzt in der Verfassung – zum Ausdruck,<sup>908</sup> sodass das Abwägungsergebnis auch vor diesem Hintergrund als angemessen zu bewerten ist.

### (c) Zusammenfassung

Eine Offenbarung der genetischen Daten an die Verwandten des Spenders ist im Falle der Disposition vermeidbarer oder behandelbarer Erkrankungen angemessen i. S. d. § 34 S. 2 StGB.

### (7) Subjektives Rechtfertigungselement

Die Formulierung „um [...] abzuwenden“ bringt das Erfordernis eines subjektiven Rechtfertigungselements zum Ausdruck. Welche Anforderungen daran zu stellen sind, wird unterschiedlich beurteilt. Nach dem BGH und einem Teil der Lehre ist es erforderlich, dass der Täter bei seiner Handlung die Absicht der Gefahrenabwehr in Form eines sog. Rettungswillens gehabt hat.<sup>909</sup> Von einem Großteil der Literatur wird hingegen das Wissen um die Gefahrensituation und das Bewusstsein, sein Handeln würde das mildeste Mittel darstellen, als ausreichend erachtet.<sup>910</sup>

Da der Arzt bei der Offenbarung der Informationen in aller Regel die Absicht haben wird, den Verwandten zu helfen und genetisch veranlagte Gefahren von ihnen abzuwenden bzw. zu reduzieren, bedarf es für die konkrete Problematik keiner Entscheidung zwischen den unterschiedlichen Auffassungen. Die Mitteilung genetischer Informationen an die Verwandten des Spenders ist nicht Teil des gewöhnlichen Transplantationsprozesses, sodass diese Kontaktaufnahme zusätzlichen Aufwand für den Mediziner bedeutet. Zudem stehen für ihn grundsätzlich straf- und berufsrechtliche Konsequenzen durch die Verletzung der Schweigepflicht in Aussicht, sodass sich aus einer abstrakten Betrachtung heraus keine anderweitige Motivation aufdrängt, aus der heraus er die Daten weitergeben sollte. Es ist mithin anzunehmen, dass der Arzt das subjektive Rechtfertigungselement in Form eines Rettungswillens aufweist.

---

908 Siehe dazu bereits auf S. 198.

909 BGHSt 2, III (114); BGH NJW 1979, 2621 (2622); *Rengier*, StrafR-AT, § 19 Rn. 63; *Zieschang*, in: LK-StGB, § 34 Rn. 80 ff.

910 *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 289 f.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger-StGB, § 34 Rn. 5; *Hoyer*, in: SK-StGB, § 34 Rn. 111 ff.; *Momsen/Savić*, in: BeckOK-StGB, § 34 Rn. 20; *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 106 f.; *Rosenau*, in: SSW-StGB, § 34 Rn. 35.

### c) Zusammenfassung

Die Untersuchung hat ergeben, dass der Arzt zur Offenbarung der genetischen Erkenntnisse an die Verwandten befugt ist, wenn aus diesen eine Disposition für eine vermeidbare bzw. behandelbare Erkrankung hervorgeht. Sollte sich aus den genetischen Daten hingegen die Anlage für eine unvermeidbare und unheilbare Krankheit ergeben, ist eine Weitergabe der Informationen nicht von § 34 StGB erfasst.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit den Entscheidungen der Rechtsprechung in Fällen mit vergleichbarer Problematik und den Lösungsansätzen von Verfechtern einer Offenbarungsbefugnis aus der rechtswissenschaftlichen Literatur. Zwar hatten sowohl die Gerichte als auch die Autoren vor Augen, dass die untersuchte Person noch am Leben ist. Das Ableben dieser Person bzw. der Umstand, dass die Daten erst *post mortem* ermittelt werden, ändert jedoch nichts an einer Anwendbarkeit von § 34 StGB und der Verwirklichung der einzelnen Voraussetzungen. Die Weitergabe der genetischen Daten ist unter diesen Voraussetzungen somit zulässig und stellt kein Offenbaren i. S. d. § 14 Abs. 2 S. 1 TPG dar.

### 4. Zusammenfassung

Genetische Daten, die im Transplantationsprozess ermittelt werden, unterliegen im Grundsatz dem Offenbarungsverbot aus § 14 Abs. 2 S. 1 TPG und dürfen somit vom Arzt nicht an die Verwandten weitergegeben werden. Eine Ausnahme besteht jedoch, wenn aus den Informationen hervorgeht, dass bei den Verwandten eine mögliche Disposition für eine vermeidbare bzw. behandelbare Erkrankung vorliegen könnte. Da in diesem Fall die Voraussetzungen des § 34 StGB erfüllt sind, ist eine Weitergabe der Daten an die Verwandten zulässig. Es fehlt dadurch an einem Offenbaren i. S. d. § 14 Abs. 2 S. 1 TPG und damit an einer Tatbestandsverwirklichung.

## IV. § 203 Abs. 1 i. V. m. Abs. 5 StGB

### 1. Herkunft und Inhalte

Die Schweigepflicht ist eine der höchsten Tugenden des ärztlichen Standes, da sie essenziell für das Zustandekommen einer Vertrauensbeziehung zwi-

schen Arzt und Patient und damit bedeutend für die Gestaltung einer effektiven Gesundheitsvorsorge und -versorgung ist.<sup>911</sup> Ihre historischen Ursprünge liegen viele Jahrhunderte zurück.<sup>912</sup> So sind bereits aus der Zeit um 800 v. Chr. erste Ansätze überliefert<sup>913</sup> und auch der Hippokratische Eid enthält Ausführungen dazu.<sup>914</sup> Ihre hohe Bedeutung im Gesundheitswesen veranlasste die Verfasser des „Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten“ bereits im Jahr 1794 dazu, einen Verstoß strafrechtlich zu sanktionieren.<sup>915</sup> *De lege lata* wird eine Missachtung der Pflicht durch § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB pönalisiert.

Originäre Rechtsgrundlage ist das in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte allgemeine Persönlichkeitsrecht, sowie das daraus resultierende Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>916</sup> Zudem stellt die Wahrung des Berufsgeheimnisses eine Nebenpflicht aus dem Behandlungsverhältnis dar,<sup>917</sup> sodass sich der Arzt im Falle eines Verstoßes möglicherweise einer zivilrechtlichen Haftung aus §§ 280, 630a BGB oder aus § 823 Abs. 2 i. V. m. § 203 Abs. 1 S. 1 StGB ausgesetzt sieht. Daneben ist die ärztliche Verbindlichkeit im Berufsrecht in § 9 MBO-Ä bzw. den jeweiligen Ärzteordnungen der Landesärztekammern ausdrücklich normiert.<sup>918</sup>

---

911 BVerfGE 32, 373 (380); *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern/Rehborn-ArztR-HdB, § 139 Rn. 16 ff.

912 Ausführlich zur historischen Entwicklung der ärztlichen Schweigepflicht m. w. N. *Corinth*, Ärztliche Schweigepflicht und kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter, S. 5 ff.; *Lang*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 44.

913 Zit. nach *Sauter*, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, S. 1 ff. mit weiteren Ausführungen zur historischen Entwicklung der ärztlichen Schweigepflicht.

914 In der heutigen Formulierung heißt es dazu: „Was immer ich sehe und höre bei der Behandlung oder außerhalb der Behandlung im Leben der Menschen, so werde ich von dem, was niemals nach draußen ausgeplaudert werden soll, schweigen, indem ich alles Derartige als solches betrachte, das nicht ausgesprochen werden darf“; zit. nach *Katzenmeier/Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp-ArztR, Vor Kap. I.

915 *Lang*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 45 m. w. N.; *B. Lilie*, Medizinische Datenverarbeitung, S. 53 m. w. N.

916 BGH NJW 1995, 2915 (2916); *Burgert*, Genetische Beratung, S. 121; *Corinth*, Ärztliche Schweigepflicht und kollidierende Gesundheitsinteressen Dritter, S. 8 ff.; *Ulsenheimer/Gaede* in: *Ulsenheimer/Gaede-ArztStR*, Rn. 1034.

917 *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp-ArztR, Kap. IX Rn. 6; *Kern/Rehborn*, in: Laufs/Kern/Rehborn-ArztR-HdB, § 15 Rn. 18; *Scholz*, in: *Spickhoff-MedR*, § 9 MBO-Ä Rn. 1.

918 Den Vorschlag der BÄK haben sämtliche Landesärztekammern mit ähnlichem Wortlaut übernommen (Stand: 6.5.2026).

Die Schweigepflicht umfasst sämtliche Tatsachen, die dem Arzt im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit bekanntgeworden sind.<sup>919</sup> Dazu gehören nicht nur Informationen, die den Gesundheitszustand des Patienten betreffen, sondern auch erteilte Auskünfte über familiäre, berufliche oder wirtschaftliche Situationen.<sup>920</sup> Damit sie entsteht, bedarf es nicht zwingend eines Behandlungsvertrages.<sup>921</sup> Zudem entfaltet sie grundsätzlich Wirkung gegenüber jedermann, sodass andere Ärzte oder Angehörige des Patienten nicht über die mitgeteilten Informationen in Kenntnis gesetzt werden dürfen.<sup>922</sup> In zeitlicher Hinsicht geht die Pflicht über den Tod des Patienten hinaus und gilt damit grundsätzlich unbegrenzt.<sup>923</sup> Für das Straf- und das Berufsrecht ergibt sich dies explizit aus § 203 Abs. 5 StGB und aus § 9 Abs. 1 MBO-Ä. Zivilrechtlich besteht nur noch ein limitierter Schutz, da der Behandlungsvertrag und die mit ihm einhergehende Verschwiegenheitspflicht kein vererbbares Rechtsverhältnis darstellen.<sup>924</sup>

## 2. Entstehung der ärztlichen Schweigepflicht an post mortem bekanntgewordenen Daten

In der betrachteten Konstellation erhält der Arzt die Kenntnis von den genetischen Daten im Zuge der Transplantation und damit – sofern es nicht bereits im Vorfeld ein Behandlungsverhältnis zwischen Spender und Arzt gab – erst nach dessen Tod. Es besteht also nicht bereits eine Pflicht, die sich über den Tod hinaus fortwirkt. Stattdessen stellt sich die Frage, ob die Verschwiegenheitspflicht nach dem Tod erstmalig entstehen kann. Dies wird meist im Kontext von § 203 StGB am Beispiel von Sektionen debattiert, wobei verschiedene Auffassungen vertreten werden.

---

919 Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp-ArztR, Kap. IX Rn. 12.

920 Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp-ArztR, Kap. IX Rn. 12.

921 OLG München, MedR 2010, 645, (647); Ulsenheimer/Gaede, in: Ulsenheimer/Gaede-ArztStR, Rn. 1050.

922 Dochow/Dörfer/Halbe/et al., Datenschutz in der ärztlichen Praxis, Kap. 11.3; Roebel/Wenk/Parzeller, Rechtsmedizin 2009, 37 (39).

923 Dochow/Dörfer/Halbe/et al., Datenschutz in der ärztlichen Praxis, Kap. 11.3.

924 Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp-ArztR, Kap. IX Rn. 16 mit weitergehenden Ausführungen.

### a) Meinungsbild in Literatur und Rechtsprechung

Teilweise wird die postmortale Begründung einer Schweigepflicht abgelehnt, da zwischen Arzt und Patient kein schützenswertes Vertrauensverhältnis bestehe bzw. zukünftig aufkommen könne.<sup>925</sup> Dem wird entgegengehalten, dass der Tatbestand des § 203 StGB kein Vertrauen verlange, sodass dies einer Begründung der Schweigepflicht nach dem Tod nicht zuwiderlaufe.<sup>926</sup> Zudem könne bspw. durch eine Sektion etwas bekannt werden, das er zu Lebzeiten hätte geheim halten wollen, sodass unabhängig von der Arzt-Patienten-Beziehung möglicherweise ein Geheimhaltungsinteresse bestehe.<sup>927</sup> Schließlich wird von *Schönberger* ein differenzierender Ansatz vorgeschlagen.<sup>928</sup> Die Bekanntgabe von Informationen des ehemaligen Patienten an unbeteiligte Dritte sei durch eine Schweigepflicht untersagt. Gegenüber anderen Ärzten, Angehörigen oder Dritten mit einem legitimen Interesse sei der Arzt jedoch befugt, die Informationen weiterzugeben. Erkenntnisse aus einer Sektion könnten sonst nicht verwertet werden, da eine fehlende Einwilligung des Verstorbenen nicht durch die Zustimmung der Angehörigen ersetzt und der Arzt damit nicht von seiner Schweigepflicht entbunden werden könnte.<sup>929</sup>

### b) Stellungnahme

Der Blick auf die vorgebrachten Argumente zeigt, dass die Diskussion im Lichte des von der Schweigepflicht zugrundeliegenden Schutzgutes geführt wird. Dabei ist – unabhängig von der zuvor dargestellten Debatte – umstritten, welche Rechtsgüter die Schweigepflicht schützt und ob sie überhaupt dem vorgebrachten Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und

---

925 LG Berlin, NStZ 1999, 86; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 634; *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 203 Rn. 93.

926 *Jähnke*, in: LK-StGB (10. Aufl.), § 203 Rn. 54.

927 *Bender*, Das postmortale Einsichtsrecht in Krankenunterlagen, S. 307 ff.; *Eisenmenger/Betz/Penning*, Der Pathologe 1991, 182 (184); i. E. für die Entstehung einer Schweigepflicht, wenn auch ohne Begründung *Cierniack/Niehaus*, in: MÜKo-StGB, § 203 Rn. 172; *Eisele*, in: TK-StGB, § 203 Rn. 108; *Kargl*, in: NK-StGB, § 203 Rn. 23; *Kern*, MedR 2006, 205 (208); *Roebel/Wenk/Parzeller*, Rechtsmedizin 2009, 37 (40).

928 *Schönberger*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, S. 207.

929 *Schönberger*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz, S. 207.

Patient dient.<sup>930</sup> Diejenigen, die das Vertrauensverhältnis als Schutzgut des § 203 StGB ansehen, gehen davon aus, dass der Patient dem Arzt nur dann alle für eine erfolgsversprechende Behandlung erforderlichen Informationen mitteilt, wenn er von einem diskreten Umgang mit seinen Daten ausgehen kann.<sup>931</sup> Indem § 203 StGB diese Verschwiegenheit absichert, schützt er die Entstehung vertrauensvoller Arzt-Patienten-Verhältnisse und damit das Gemeinschaftsinteresse der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems.<sup>932</sup>

Letztlich kommt es darauf für die in der Arbeit untersuchte Frage aber nicht an. Der Arzt, der im Zuge der Transplantation die Informationen über den Patienten erhält, stand mit dem Spender vor dessen Ableben regelmäßig noch nicht in einem Behandlungsverhältnis. Folglich existierte bisher keine Beziehung, die durch die Gefahr beeinträchtigt werden könnte, der Arzt gebe nach dem Tod des Spenders Informationen an Dritte weiter.

Entscheidend ist stattdessen, ob die ärztliche Schweigepflicht zumindest auch dem Schutz von Individualrechtsgütern, konkret dem Geheimhaltungsinteresse des Spenders, dient. Dies wird von einigen unter Bezugnahme auf die in § 203 Abs. 1 StGB enthaltene Aufzählung von Personengruppen abgelehnt.<sup>933</sup> Da ein Individualschutz gegenüber jedermann bestehe, könne der Sinn dieses Katalogs nur darin liegen, den Verstoß einer der genannten Berufsgruppen gegen eine ihrer Berufspflichten zu sanktionieren.<sup>934</sup> Dagegen – und damit für einen Schutz des individuellen Geheimhaltungsinteresses durch die ärztliche Schweigepflicht – spricht aber die systematische Einordnung von § 203 StGB im 15. Abschnitt des StGB, der sich der Verletzung des *persönlichen* Lebens- und Geheimnisbereichs widmet.<sup>935</sup> Zudem deutet das Strafantragserfordernis aus § 205 StGB auf den Schutz individueller Interessen hin.<sup>936</sup> Würde die Schweigepflicht ausschließlich Gemeinschaftsinteressen dienen, wäre § 203 StGB als Official-

---

930 Zur Debatte um das von § 203 StGB geschützte Rechtsgut siehe Hilgendorf, in: LK-StGB, § 203 Rn. 23 ff.; Kargl, in: NK-StGB, § 203 Rn. 6 ff. jeweils m. w. N.

931 Arloth, MedR 1986, 295 (296); Kaufmann, NJW 1958, 274 (274).

932 Arloth, MedR 1986, 295 (296); Eser, ZStW 1985, 1 (41); Henssler, NJW 1994, 1817 (1820); Lenckner, NJW 1964, 1186 (1190); Schlund, JR 1977, 265 (269); Klein, Die ärztliche Schweigepflicht, S. 39.

933 OLG Köln, NStZ 1983, 412 (413); Arloth, MedR 1986, 295 (296); Schlund, JR 1977, 265 (269).

934 OLG Köln, NStZ 1983, 412 (413).

935 Hoyer, in: SK-StGB, § 203 Rn. 3; Rogall, NStZ 1983, 1 (4); Vahlenkamp, Ärztliche Schweigepflicht im Strafverfahren, S. 24; Zander, Ärztliches Berufsgeheimnis, S. 59.

936 BGH NJW 1991, 2955 (2956).

delikt ausgestaltet worden.<sup>937</sup> Es ist deshalb davon auszugehen, dass die ärztliche Schweigepflicht zumindest auch dem Geheimhaltungsinteresse des Einzelnen dient.

Hinsichtlich der Frage nach der Entstehung einer Schweigepflicht *post mortem* hat dies zur Folge, dass auch dann ein schutzwürdiges Interesse besteht, wenn der Arzt den Patienten zu Lebzeiten nicht kannte und nach dessen Ableben erstmals Informationen über ihn erhält. Die Informationen, die der Arzt nach dem Tod des Spenders bekommt, können mitunter genauso sensibel sein wie die, die er potenziell zu Lebzeiten über ihn hätte erfahren können. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die Schweigepflicht zum Schutz dieses Interesses nur i. S. d. § 203 Abs. 5 StGB fortwirken, nicht aber neu entstehen können sollte.

Auch wenn es sich weniger um ein Argument als um eine rechtspolitisch begrüßenswerte Folge handelt, ist diesem Ergebnis zugute zu halten, dass es zur Funktionsfähigkeit des Transplantationssystems beiträgt. Die Bereitschaft der Menschen zur Spende ihrer Organe wird zumeist nur dann gegeben sein, wenn sie die Sicherheit haben, dass ihre gesundheitlichen, möglicherweise sehr intimen Informationen nicht verbreitet, sondern lediglich für die erfolgreiche Durchführung der Transplantation genutzt werden.

### c) Zusammenfassung

Dies bedeutet im Ergebnis, dass *post mortem* im Transplantationsprozess ermittelte Daten grundsätzlich der ärztlichen Schweigepflicht unterliegen.

## 3. Verhältnis von § 203 StGB zu § 14 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG

Aus dem Wortlaut des § 19 Abs. 3 TPG a.F. ging noch ausdrücklich hervor, dass ein Verstoß gegen das Offenbarungsverbot nur dann i. V. m. § 19 Abs. 3 TPG a.F. als Straftat sanktioniert werden soll, wenn die Tat nicht in § 203 StGB mit Strafe bedroht ist. Diese Subsidiaritätsklausel hat der Gesetzgeber

---

937 Hoyer, in: SK-StGB, § 203 Rn. 3; Michalowski, ZStW 109 (1997), 519 (520); Raschke, Der intensivpflichtige Patient und die ärztliche Schweigepflicht, S. 8; Vahlenkamp, Ärztliche Schweigepflicht im Strafverfahren, S. 24 ff; Zander, Ärztliches Berufsgeheimnis, S. 62 ff.

im Jahr 2007 aber aus dem Gesetz gestrichen.<sup>938</sup> Seitdem enthält das TPG kein Hinweis mehr darauf, wie das Verhältnis der beiden Tatbestände zueinander ist. Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit § 203 StGB neben § 14 Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG noch Bedeutung zukommt.<sup>939</sup>

Ein Blick in die Gesetzesmaterialien zum Gewebegesetz lässt erkennen, dass der Gesetzgeber eine Streichung der Klausel aufgrund des gleichen Strafrahmens der Normen als geboten erachtete.<sup>940</sup> Ahndungslücken seien nicht zu befürchten, da die transplantationsrechtliche Regelung inhaltlich über den Anwendungsbereich des § 203 StGB hinausgehe.<sup>941</sup> Aus dieser Begründung ergibt sich aber nicht eindeutig, welche Norm vorrangig anzuwenden ist. Der gesetzgeberische Hinweis könnte darauf hindeuten, dass § 19 Abs. 3 TPG der im StGB normierten Schweigepflicht vorgeht, da der Anwendungsbereich explizit auf das Transplantationsverfahren zugeschnitten ist. So ist typischerweise ein Spezialitätsverhältnis zwischen zwei Normen anzunehmen, wenn beide die gleichen Voraussetzungen verlangen, eine Norm im Vergleich zur anderen aber die Verwirklichung eines weiteren Tatbestandsmerkmals fordert.<sup>942</sup> Eine vergleichende Gegenüberstellung von § 19 Abs. 3 TPG und § 203 Abs. 1 StGB lässt allerdings erkennen, dass die kernstrafrechtliche Regelung strengere Anforderungen stellt und die transplantationsrechtliche Norm somit einen weiteren Anwendungsbereich hat. Neben dem Unterschied beim in Betracht kommenden Täterkreis geht § 203 StGB in einem weiteren Punkt über die transplantationsrechtliche Regelung hinaus. Gem. § 203 Abs. 1 StGB ist es erforderlich, dass dem

---

938 Gesetz über Qualität und Sicherung von menschlichen Geweben und Zellen (Gewebegesetz) vom 20.7.2007, BGBl. I (Nr. 35), S. 1574 (1585).

939 Da beide Normen ein Strafmaß von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe anordnen, dürfte diese Frage weniger praktisch relevant als in dogmatischer Hinsicht interessant sein. Da § 19 Abs. 3 TPG in der Literatur aber *ohne Begründung* zumeist als subsidiär zu § 203 StGB angesehen wird, erscheint an dieser Stelle eine kurze Auseinandersetzung geboten, woraus dieses Verhältnis resultiert. Für eine verdrängende Wirkung des § 203 StGB gegenüber § 19 Abs. 3 TPG *Cierniack/Niehaus*, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 177; *Gaede*, in: Ulsenheimer/Gaede-ArztStR, Rn. 905; *Gercke/Leimenstoll/Stirner*, HndB-MedStR, Rn. 632; *Pohlitz*, in: Graf/Jäger/Wittig-WiSteuStR, § 19 TPG Rn. 14; hingegen § 19 TPG als ergänzende Vorschrift des § 203 StGB ansehend: *Kraatz*, ArztStR, Rn. 225; *Rostalski*, in: Tsambikakis/Rostalski-MedStR, § 19 TPG Rn. 14; *Scholz/Middel*, in: Spickhoff-MedR, § 19 TPG Rn. 5; § 19 Abs. 3 TPG als *lex specialis* gegenüber § 203 StGB annehmend: *Bernsmann/Sickor*, in: Höfling-TPG, § 19 Rn. 106.

940 BT-Drs. 16/5443, S. 56.

941 BT-Drs. 16/5443, S. 56.

942 *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 4 Rn. 138 m. w. N.; *Roxin*, StrafR AT II, § 33 Rn. 177 m. w. N.; *Vogel*, Juristische Methodik, S. 63.

Tatsubjekt das Geheimnis in seiner *beruflichen Funktion* anvertraut oder sonst bekanntgeworden ist. Eine vergleichbare Einschränkung enthält § 19 TPG nicht. Zwar dürfte dieser Unterschied aus praktischer Sicht kaum von Bedeutung sein. Da eine anderweitige Kenntnisnahme aber unwahrscheinlich ist, spricht dies aus rechtlicher Perspektive im Ergebnis dafür, einen Vorrang im Wege der Spezialität von § 203 StGB anzunehmen.

Trotz des nebenstrafrechtlichen Charakters und der damit einhergehenden speziellen Ausrichtung des § 19 Abs. 3 TPG auf das Transplantationswesen ist eine Verletzung von § 203 StGB also vorrangig zu verfolgen. Bedeutung kommt dem transplantationsrechtlichen Offenbarungsverbot nur zu, wenn der nach § 205 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche Strafantrag von den Angehörigen nicht gestellt wurde, da dieses Erfordernis für eine Strafverfolgung wegen eines Verstoßes gegen § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG nicht besteht.<sup>943</sup> Dies steht im Einklang damit, dass § 14 Abs. 2 S. 1 TPG nicht nur darauf gerichtet ist, die Verletzung von Individualrechtsgütern zu verhindern, sondern auch den Schutz von öffentlichen Interessen intendiert. Durch den Verzicht auf das Strafantragserfordernis hat die Regelung nicht nur deklaratorischen Charakter, indem sie die am Transplantationsverfahren Beteiligten auch im TPG auf ein Verbot der Offenbarung von Informationen hinweist. Sie erweitert zudem die Möglichkeiten, die unbefugte Offenbarung von Daten als Officialdelikt zu verfolgen.

#### 4. Tatbestandsverwirklichung von § 203 StGB durch die Offenbarung genetischer Informationen an Verwandte des Spenders

Angesichts des dargelegten Normverhältnisses werden sich Strafverfolgungsbehörden im Falle eines Strafantrags mit § 203 StGB und nicht mit § 14 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG beschäftigen müssen. Aus diesem Grund wird nachfolgend untersucht, ob der Tatbestand durch eine Weitergabe der genetischen Erkenntnisse an die Verwandten verwirklicht, möglicherweise aber durch eine Offenbarungsbefugnis gerechtfertigt ist.

---

943 So i. E. auch *Cierniack/Niehaus* in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 177; *Pohlitz*, in: Graf/Jäger/Wittig-WiSteuStR, § 19 TPG Rn. 14.

a) Tatsubjekt i. S. d. § 203 Abs. 1 StGB

§ 203 Abs. 1 StGB ist als echtes Sonderdelikt ausgestaltet, sodass nur die explizit genannten Personengruppen als *taugliche Täter* in Betracht kommen.<sup>944</sup> Da Organe gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 TPG nur von Ärzten entnommen werden dürfen und Personen, die mit der Übertragung befasst sind, zur Wahrung des medizinischen Standards ebenfalls diese Qualifikation aufweisen, sind Ärzte als die Hauptakteure im Umgang mit den medizinischen Informationen anzusehen. Darüber hinaus erstreckt sich die Pflicht auf Angehörige eines anderen Heilberufs, die für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatliche Ausbildung erfordert. Der Schweigepflicht unterliegen deshalb auch Krankenpfleger und medizinisch-technische Assistenten, die möglicherweise Kontakt mit den Daten haben.<sup>945</sup> Folglich fallen sämtliche Personen, die im Zuge der Transplantation Kenntnis von den genetischen Daten erhalten, unter den beschränkten Täterkreis.<sup>946</sup>

b) Tatobjekt

Daneben muss es sich bei den genetischen Daten um ein *fremdes Geheimnis* handeln, das dem Arzt *anvertraut* wurde oder *sonst bekanntgeworden* ist. Geheimnisse sind nach überwiegender Auffassung<sup>947</sup> Tatsachen, die nur einem Einzelnen oder einem beschränkten Personenkreis bekannt oder zugänglich sind und an denen der Betroffene ein sachlich begründetes Interesse der Geheimhaltung hat oder haben würde, wenn ihm die Tatsachen bekannt wären.<sup>948</sup> Es ist zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, dass die Verwandten bereits Kenntnis von den genetischen Daten des Spenders haben. Dennoch ist davon auszugehen, dass der Personenkreis, der um diese Daten weiß, aufgrund ihrer Höchstpersönlichkeit beschränkt ist. Dieser

---

944 Cierniak/Niehaus, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 32; Hilgendorf, in: LK-StGB, § 203 Rn. 98.

945 Hilgendorf, in: LK-StGB, § 203 Rn. 101; Kargl, in: NK-StGB, § 203 Rn. 48.

946 Der Einfachheit halber wird nachfolgend lediglich auf die Ärzte Bezug genommen, da sich vor allem für diese die Frage nach dem Umgang mit den Daten stellt.

947 Die begrifflichen Feinheiten und die Reichweite des Geheimnisbegriffs sind umstritten, sollen an dieser Stelle mangels Relevanz für die Fragestellung der Arbeit jedoch nicht im Einzelnen diskutiert werden.

948 BGHSt 41, 140 (142); Cierniak/Niehaus, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 13; Eisele, in: TK-StGB, § 203 Rn. 5; Hilgendorf, in: LK-StGB, § 203 Rn. 32.

Umstand und die unveränderliche Verknüpfung der genetischen Information mit dem Spender deuten darauf hin, dass er ein sachlich begründetes Interesse an der Geheimhaltung der Daten hat. Folglich sind die bekanntgewordenen Informationen ein Geheimnis i. S. d. § 203 StGB.

Dass die Daten durch den Drittbezug neben dem Spender auch die Verwandten betreffen und dadurch mit dem Geheimnis einer anderen Person verknüpft sind (sog. verknüpftes Drittgeheimnis), ändert daran nichts.<sup>949</sup> Abgesehen davon, dass sich im Wortlaut des § 203 StGB kein Anhaltspunkt für eine Einschränkung des Schutzes von Drittgeheimnissen findet,<sup>950</sup> beziehen sich die Informationen primär auf den Spender. Lediglich sekundär lassen sie Schlüsse auf den Gesundheitszustand der Verwandten zu. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb das Geheimhaltungsinteresse und die Schutzwürdigkeit des Spenders geringer als bei einem Eigengeheimnis sein sollte.

Da die genetischen Daten den verstorbenen Spender und durch ihre Drittelevanz dessen Verwandte betreffen, ist dieses Geheimnis für den Arzt fremd.<sup>951</sup> Zudem erfährt er die genetischen Informationen im Zuge des Transplantationsprozesses und damit während seiner Berufsausübung,<sup>952</sup> sodass ihm die Daten i. S. d. § 203 StGB sonst bekannt geworden sind.

### c) Tathandlung

Schließlich kommt es darauf an, dass der Arzt dieses Geheimnis *offenbart*. Dies liegt vor, wenn die Informationen einem Dritten mitgeteilt werden, der diese bis dahin noch nicht (sicher) kannte.<sup>953</sup> Dass der Verwandte zu diesem Zeitpunkt möglicherweise bereits Vorkenntnisse bezüglich eigener

---

949 So auch *Burgert*, Genetische Beratung, S. 151 f.; *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 27; *Kargl*, in: NK-StGB, § 203 Rn. 32; *Schröter*, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 95 f.; für eine restriktive Bestimmung des Drittgeheimnisschutzes *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 203 Rn. 64 f.

950 *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 27 f.

951 *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 29; *Eisele*, in: TK-StGB, § 203 Rn. 8; *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 203 Rn. 53.

952 Über dieses Tatbestandsmerkmal werden sämtliche Möglichkeiten erfasst, durch die der Berufsträger Kenntnis vom Geheimnis erhält. Erforderlich ist lediglich, dass ein innerer Zusammenhang zwischen der Berufsausübung und der Kenntniserlangung besteht; *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 52; *Eisele*, in: TK-StGB, § 203 Rn. 15.

953 BGHSt 27, 120 (121); *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 54; *Eisele*, in: TK-StGB, § 203 Rn. 20; *Hilgendorf*, in: LK-StGB, § 203 Rn. 67.

genetischer Risiken hatte, schließt eine Verwirklichung des Merkmals nicht aus.<sup>954</sup>

Der Wortlaut fordert zudem, dass die Offenbarung des Geheimnisses *unbefugt* erfolgt. Ob diese Formulierung dazu führt, dass eine vom Betroffenen erteilte Befugnis tatbestandsausschließend wirkt<sup>955</sup> oder ob sie in Form einer Einwilligung erst die Rechtswidrigkeit entfallen lässt,<sup>956</sup> ist umstritten.<sup>957</sup> Eine Einwilligung des Betroffenen liegt – was sogleich zu sehen sein wird – aber ohnehin nicht vor. Es wird deshalb auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Frage verzichtet.

#### d) Subjektiver Tatbestand

Erforderlich ist zudem, dass der Arzt mit Vorsatz handelt. Dazu genügt es, dass er *dolus eventualis*, also Kenntnis von den Umständen des objektiven Tatbestands hat und die Verwirklichung der Tat für möglich hält, sie aber dennoch zumindest billigend in Kauf nimmt.<sup>958</sup> Das Bewusstsein des Arztes, dass ihm die genetischen Daten im Zuge des Transplantationsprozesses und damit während seiner Berufsausübung bekannt geworden sind, ist anzunehmen. Indem er die aus diesen Daten erlangten Erkenntnisse an die Verwandten weitergibt, nimmt er zumindest billigend in Kauf, dass er höchstpersönliche Daten und damit ein fremdes Geheimnis offenbart. Somit ist regelmäßig von einer Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes auszugehen.<sup>959</sup>

---

954 Siehe dazu bereits im Kontext von § 14 Abs. 2 TPG S. 170 ff.

955 Cierniak/Niehaus, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 62; Kessler, in: Prütting-MedR, § 203 StGB Rn. 50.

956 OLG Köln, NJW 2000, 3656; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger-StGB, § 203 Rn. 18.

957 Ausführlich m. w. N. zu beiden Auffassungen Hilgendorf, in: LK-StGB, § 203 Rn. 139 f.; für eine Doppelfunktion Eisele, in: TK-StGB, § 203 Rn. 29.

958 BGH NSTZ 1981, 22 (23); BGH NSTZ 2008, 451; BGH NSTZ 2014, 35; Schuster, in: TK-StGB, § 15 Rn. 84; die Anforderungen an das *kognitive* und *voluntative* Element sind im Einzelnen umstritten. Mangels Relevanz für die in der Arbeit zu lösende Problematik, wird jedoch von einer Auseinandersetzung damit abgesehen. Eine übersichtliche Darstellung der unterschiedlichen Auffassungen findet sich bei Schuster, in: TK-StGB, § 15 Rn. 72 ff.

959 So auch Burgert, Genetische Beratung, S. 153; Schröter, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 97.

e) Zusammenfassung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass ein Arzt durch die Offenbarung der genetischen Daten des verstorbenen Spenders an dessen Verwandte den Tatbestand des § 203 Abs. 1 StGB verwirklicht. In Einzelfällen ist denkbar, dass einzelne Tatbestandsmerkmale abzulehnen sind. So kann der Arzt bspw. Kenntnis davon haben, dass der Verwandte bereits um die genetischen Erkrankungen des Verwandten wusste, sodass er ihn mit der Mitteilung lediglich erneut auf diese aufmerksam macht. Da ihm in diesem Falle die Informationen bereits bekannt waren, würde der Arzt ihm gegenüber kein Geheimnis offenbaren und somit den Tatbestand nicht verwirklichen.<sup>960</sup> Diese Konstellationen stellen aber die Ausnahme dar, weshalb sie nicht mit in die weitere Betrachtung einbezogen werden.

5. Ausnahmen von der ärztlichen Schweigepflicht

Die Schweigepflicht gilt nicht absolut, sondern wird in verschiedenen Konstellationen eingeschränkt. Hinsichtlich der Weitergabe drittrelevanter genetischer Daten könnte deshalb eine Ausnahme bestehen. Anerkannt ist die Durchbrechung der Pflicht aufgrund gesetzlich bestimmter Ausnahmen und durch die Einwilligung des Patienten.<sup>961</sup> Darüber hinaus kommen andere Rechtfertigungsgründe, insbesondere ein Notstand i. S. d. § 34 StGB, in Betracht.<sup>962</sup> Da eine explizite gesetzliche Ausnahme *de lege lata* nicht existiert, ist nachfolgend zu untersuchen, ob eine solche durch Einwilligung oder rechtfertigenden Notstand begründet wird.

a) Offenbarungsbefugnis durch Erteilung einer Einwilligung

Unabhängig davon, ob man eine vom Spender erteilte Berechtigung zur Weitergabe der genetischen Daten als tatbestandsausschließendes Einverständnis oder als rechtfertigende Einwilligung bewertet,<sup>963</sup> könnte diese die Strafbarkeit des Arztes nach § 203 Abs. 1 StGB verhindern. Da der Spender im Zeitpunkt der Weitergabe bereits verstorben ist, kommt die Erteilung

---

960 So auch *Kart/Hennig/Schneider/et al.*, MedR 2021, 775 (776).

961 *Begemann*, Der Zufallsfund im Medizin- und Gendiagnostikrecht, S. 69 ff.; *Burgert*, Genetische Beratung, S. 122; *Henn*, ZfmE 2002, 343 (344).

962 *Henn*, ZfmE 2002, 343 (344 f.).

963 Siehe in gebotener Kürze zum Meinungsstreit mit m. w. N. auf S. 178 f.

einer ausdrücklichen Einwilligung nicht in Betracht. Denkbar wäre lediglich, dass er bereits zu Lebzeiten – bspw. im Zuge der Erstellung einer Patientenverfügung – schriftlich festgehalten hat, dass potenziell ermittelte genetische Daten nach dem eigenen Ableben seinen Verwandten mitgeteilt werden sollen. Menschen, die keinen Bezug zur Transplantationsmedizin haben, ist aber regelmäßig nicht bewusst, welche Daten in diesem Zuge bekannt werden können. Eine Aufzeichnung des Willens wird deshalb nur in absoluten Einzelfällen vorliegen.

Es drängt sich stattdessen der Gedanke auf, dass eine konkludente oder eine mutmaßliche Einwilligung des Spenders vorliegen könnte.<sup>964</sup> Seine altruistische Entscheidung, anderen Menschen durch die Spende der eigenen Organe zu helfen, verdeutlicht, dass ihm das Wohlergehen anderer Menschen ein Anliegen ist. Damit liegt der Schluss nahe, dass er auch ein Interesse daran hat, seinen Verwandten die größtmöglichen Chancen auf ein gesundes Leben zu verschaffen. Die Entscheidung zur Organspende ließe sich somit zeitgleich als konkludente Einwilligung in die Weitergabe der Informationen verstehen.

#### aa) Einwände gegen eine Offenbarungsbefugnis durch Einwilligung

Dieser Betrachtung stehen jedoch einige Einwände entgegen: Zum einen bedeutet die altruistische Zustimmung zur Organspende nicht zwangsläufig, dass der Spender eine karitative Haltung gegenüber seinen Verwandten hat. Man denke an zerrüttete Familienverhältnisse, in denen untereinander kein Kontakt besteht, sondern vielmehr gegenseitige Abneigung und fehlendes Interesse am Wohlergehen der Angehörigen. Dass der Spender der Weiterverwendung seiner Organe zustimmt, bedeutet nicht zwingend, dass er nach seinem Ableben von seiner bisherigen Meinung abrückt und den eigenen Verwandten eine positive Perspektive wünscht.

Zum anderen kommt es in vielen Fällen nur durch die Entscheidung der Angehörigen zur Organspende, sodass deren Durchführung nicht

---

964 Angesichts der im Rahmen dieser Arbeit vertretenen Auffassung, dass der postmortale Persönlichkeitsschutz aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abzuleiten ist, bestehen gegen diese Überlegung keine grundrechtsdogmatischen Einwände. Eine ausschließliche Herleitung dieser Rechtsposition aus Art. 1 Abs. 1 GG könnte einer Einwilligung hingegen von Grund auf entgegenstehen, da eine Einwilligung in die Einschränkung der Menschenwürde nach überwiegender Ansicht als ausgeschlossen angesehen wird, *Sauer*, in: Dreier-GG, Vorb. Rn. 153 m. w. N.

zwingend den Spenderwillen verkörpert. Gem. § 4 Abs.1 S.1 TPG hat der Angehörige zunächst über den vermuteten Willen des Verstorbenen Auskunft zu geben. Sofern ihm dieser nicht bekannt ist, hat er nach eigenen Wertvorstellungen über die Durchführung der Spende zu entscheiden, § 4 Abs.1 S.2 TPG. Die Zahlen der vergangenen Jahre verdeutlichen, dass durchschnittlich lediglich in ca. einem Drittel der Fälle ein schriftlicher oder mündlicher Wille des Verstorbenen vorlag.<sup>965</sup> In den übrigen Konstellationen wurde die Entscheidung durch die Angehörigen getroffen.<sup>966</sup> Zwar wurde diese in vielen Fällen durch den vermuteten Willen des Verstorbenen geprägt.<sup>967</sup> Letztlich besteht aber keine Gewissheit, dass die getroffene Entscheidung seinem tatsächlichen Willen entsprach. Von der Vermutung darauf zu schließen, dass er in die Weitergabe seiner genetischen Daten eingewilligt hätte, ist somit nicht zweifelsfrei möglich und steht einer konkludenten Einwilligung entgegen.<sup>968</sup>

Überdies läuft es der Wertung des GenDG zuwider, eine Offenbarungsbefugnis auf der Grundlage einer *konkludenten* Einwilligung anzunehmen. Gem. § 11 Abs.3 GenDG bedarf es der *ausdrücklichen* und *schriftlich oder in elektronischer Form* vorliegenden Einwilligung der betroffenen Person, damit der Arzt zur Weitergabe genetischer Daten an Dritte berechtigt ist. Eine konkludente oder mutmaßliche Einwilligung erachtet der Gesetzgeber nicht als ausreichend.<sup>969</sup> Zwar entfaltet das GenDG mangels Anwendbarkeit auf Verstorbene insoweit keine Bindungswirkung. Angesichts dessen, dass eine einschlägige Regelung fehlt, der Gesetzgeber im Hinblick auf dem Umgang mit genetischen Daten aber einen Exzeptionalismus zugrunde

---

965 Im Jahr 2023 basierten 33,3 % der Entscheidungen für oder gegen eine Organspende auf dem schriftlichen oder mündlichen Willen des Verstorbenen, DSO, Jahresbericht-2023, 2024, S.53; im Jahr 2022 waren es 32,9 %, DSO, Jahresbericht-2022, 2023, S. 56; im Jahr 2021 waren es 30,4 %, DSO; Jahresbericht 2021, 2022, S. 62.

966 Eine Übertragung der Entscheidung i. S. d. § 4 Abs. 3 TPG erfolgte im Jahr 2023 nur in zwei Fällen; DSO, Jahresbericht-2023, 2024, S. 52; im Jahr 2022 in nur einem Fall, DSO, Jahresbericht-2022, 2023, sodass diese Möglichkeit der Entscheidungsfindung in diesem Kontext unberücksichtigt bleibt.

967 Im Jahr 2023 basierten 40,9 % der Entscheidungen für oder gegen eine Organspende auf dem von dem/den Angehörigen vermuteten Willen des Verstorbenen, DSO, Jahresbericht-2023, 2024, S.53; im Jahr 2022 waren es 42,3 %, DSO, Jahresbericht-2022, 2023, S. 56; im Jahr 2021 waren es 46,6 %, DSO, Jahresbericht 2021, 2022, S. 62.

968 Sofern Zweifel verbleiben, kommt der (postmortalen) Schweigepflicht Vorrang zu. Siehe dazu OLG München, Urt. v. 9.10.2008 – 1 U 2500/08, MedR 2009, 49 (50); Ulsenheimer/Gaede, in: Ulsenheimer/Gaede-ArztStR, Rn. 1096.

969 So auch Begemann, Der Zufallsfund im Medizin- und Gendiagnostikrecht, S. 70.

legt, ist davon auszugehen, dass *post mortem* eine vergleichbare Wertentscheidung in seinem Sinne läge.

## bb) Zusammenfassung

Die dargelegten Einwände sprechen im Ergebnis *gegen* eine aus der Einwilligung resultierende ärztliche Offenbarungsbefugnis. Eine Ausnahme von der ärztlichen Schweigepflicht wird dadurch folglich nicht begründet.

## b) Offenbarungsbefugnis durch rechtfertigenden Notstand i. S. d. § 34 StGB

Eine Offenbarungsbefugnis und damit eine Ausnahme von der ärztlichen Schweigepflicht könnte sich aus einem rechtfertigenden Notstand ergeben.<sup>970</sup> Überlegungen zu dieser Rechtfertigungsnorm wurden bereits im Kontext des Offenbarungsverbots aus § 14 Abs. 2 S. 1 TPG angestellt. Dabei hat die Prüfung der einzelnen Voraussetzungen ergeben, dass der Arzt zur Weitergabe der genetischen Daten an die Verwandten befugt ist, wenn aus diesen die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer Disposition für eine vermeidbare oder behandelbare Erkrankung beim Verwandten hervorgeht. § 203 StGB verfolgt ebenfalls das Ziel, den postmortalen Persönlichkeitsschutz des Spenders sicherzustellen. Dieser Position stehen in einer Abwägung die gleichen Rechtsgüter wie bei der im Rahmen von § 14 Abs. 2 S. 1 TPG vorgenommenen Abwägung gegenüber.

Im Unterschied zum transplantationsrechtlichen Offenbarungsverbot enthält § 203 StGB aber keinen expliziten Hinweis darauf, ob neben dem postmortalen Persönlichkeitsschutz die Geheimhaltungsinteressen Dritter und somit das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Empfängers zu berücksichtigen ist. Der Wortlaut verlangt nur, dass es sich um ein fremdes Geheimnis handelt. Da jedoch keine Anforderungen daran gestellt werden, auf welche Person sich dieses inhaltlich bezieht, ist anzunehmen, dass

---

970 Auch nach dem ärztlichen Berufsrecht ist ein Bruch der ärztlichen Schweigepflicht zur Wahrung eines höherwertigen Rechtsgutes rechtlich gestattet. Gem. § 9 Abs. 2 MBO-Ä sind die Ärzte zur Offenbarung befugt, soweit die Offenbarung zum Schutze eines höherwertigen Rechtsguts erforderlich ist. Diesen Regelungsvorschlag haben sämtliche der Landesärztekammern in ihren Berufsordnungen übernommen.

sich der Schutz der Norm auf Drittgeheimnisse erstreckt.<sup>971</sup> Dabei ist es unerheblich, ob die Geheimnisse in einem unmittelbaren Zusammenhang zu einem Geheimnis des Spenders stehen (verknüpfte Drittgeheimnisse) oder nicht (isolierte Drittgeheimnisse).<sup>972</sup> Folglich ist die Rechtsposition des Empfängers ebenfalls zu berücksichtigen.

Eine Prüfung der Anforderungen des § 34 StGB würde keine bedeutsamen Unterschiede zur Untersuchung dieser Norm im Rahmen von § 14 Abs. 2 S. 1 TPG aufweisen, da die gleichen Rechtsgüter betroffen und gegeneinander abzuwägen sind.<sup>973</sup> Im Ergebnis ist deshalb anzunehmen, dass der Arzt im Falle einer vermeidbaren bzw. behandelbaren Erkrankung zur Offenbarung der genetischen Erkenntnisse an die Verwandten über § 34 StGB befugt ist.

## 6. Zusammenfassung

Die genetischen Daten unterliegen grundsätzlich der ärztlichen Schweigepflicht. Eine Offenbarung ist allerdings gerechtfertigt, wenn aus den Daten hervorgeht, dass eine Disposition für eine vermeidbare bzw. behandelbare Erkrankung bestehen könnte.

## V. § 630g Abs. 3 S. 2 BGB

Aus § 630g Abs. 3 S. 2 BGB ergibt sich für die nächsten Angehörigen eines Patienten nach dessen Tod das Recht, Einsicht in die vollständige Patientenakte zu erhalten, soweit sie immaterielle Interessen geltend machen und weder erhebliche therapeutische Gründe noch sonstige erhebliche Rechte Dritter entgegenstehen. Wie aus der Formulierung des „Einsicht-Nehmens“ hervorgeht, ist diese Regelung nicht darauf gerichtet, dem Arzt zu ermöglichen, dass er selbstständig auf die Angehörigen zugeht. Stattdessen ist darunter das visuelle In-Augenschein-Nehmen zu verstehen, bei dem die Urkunde bzw. das sonstige Augenscheinsobjekt der Person mit dem Einver-

---

971 Siehe dazu bereits S. 224 f.

972 Hilgendorf, in: LK-StGB, § 203 Rn. 64.

973 Die Auseinandersetzung mit § 34 als Offenbarungsbefugnis im Kontext von § 14 Abs. 2 S. 1 TPG findet sich auf den S. 173 ff.

ständnis der aufbewahrenden Person vorgelegt wird.<sup>974</sup> Die Norm berechtigt also nicht die Ärzte, sondern die Angehörigen des Patienten, sich eigeninitiativ über die Inhalte der Patientenakte und über darin möglicherweise aufgezeichnete genetische Erkenntnisse zu informieren. Wie sich ein Arzt zu verhalten hat, wenn er durch das Transplantationsverfahren Kenntnis von genetischen Daten des Spenders erhält, lässt sich daraus jedoch nicht ableiten. Aus diesem Grund unterbleibt eine tiefergehende Untersuchung der Norm.<sup>975</sup>

## VI. Zusammenfassung

Die Untersuchung der einschlägigen Regelungen hat ergeben, dass der Arzt zur Offenbarung der genetischen Erkenntnisse befugt ist, wenn aus diesen eine mögliche Disposition des Verwandten für eine vermeidbare bzw. behandelbare Erkrankung hervorgeht. Die Regelungen des GenDG, die ein direktes Zugehen des Arztes auf den Verwandten untersagen, sind nicht anwendbar. Die datenschutzrechtliche Regelung des § 14 Abs. 2 TPG wäre dem Grunde nach einschlägig. Da in dieser Konstellation aber die Voraussetzungen des § 34 StGB verwirklicht sind, handelt es sich nicht um ein Offenbaren i. S. d. Vorschrift. Im Hinblick auf die in § 203 Abs. 1 StGB normierte ärztliche Schweigepflicht entfaltet § 34 StGB rechtfertigende Wirkung. Somit kommt dem Arzt in der entsprechenden Situation das Recht zu, auf die Verwandten zuzugehen. Besteht hingegen eine mögliche Disposition für eine unvermeidbare, unheilbare Erkrankung, ist er nicht zur Offenbarung der Informationen befugt.

### *B. Bestehen einer Pflicht zur Offenbarung genetischer Daten an die Verwandten*

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob der Arzt in den Fällen, in denen ihm ein Recht zur Offenbarung zukommt, nicht nur dazu befugt, sondern

---

974 Bayer, Ärztliche Dokumentationspflicht und Einsichtsrecht in Patientenakten, S. 94; Lafontaine, in: jurisPK-BGB, § 630g Rn.123, Weidenkaff, in: Grüneberg-BGB, § 630g Rn.1.

975 Eine ausführliche Untersuchung des postmortalen Einsichtsrechts aus § 630g BGB findet sich bei Bayer, Ärztliche Dokumentationspflicht und Einsichtsrecht in Patientenakten, S. 126 ff.

möglicherweise dazu verpflichtet ist. Während es bei einem Offenbarungsrecht in seiner Hand liegt, ob die Verwandten von den sie betreffenden Informationen erfahren, stünde ihm eine derartige Entscheidungskompetenz dann nicht zu. *Von Bar* hat zu Recht angemerkt, dass bei Informationsempfängern möglicherweise Unsicherheiten entstehen können, wenn für diese unklar ist, ob der Arzt sich für oder gegen eine Weitergabe der Erkenntnisse entscheidet.<sup>976</sup> Diese gar nicht erst aufkommen zu lassen, könnte im Ergebnis dafür sprechen, eine Pflicht anzunehmen. Für den Arzt würde dies bedeuten, dass straf- und haftungsrechtliche Konsequenzen drohen.<sup>977</sup> Im Falle einer unterlassenen Weitergabe der genetischen Erkenntnisse käme mitunter eine Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 13 StGB oder wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 229, 13 StGB in Betracht. Im Falle einer zum Tode führenden Disposition könnte sich der Arzt möglicherweise wegen einer fahrlässigen Tötung durch Unterlassen gem. §§ 222, 13 StGB oder wegen vorsätzlicher Tötung durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 StGB strafbar machen.

Nachfolgend werden verschiedene dogmatische Anknüpfungspunkte darauf untersucht, ob aus ihnen ein Offenbarungsgebot resultiert. Ausgehend von den Gedanken zu einer ähnlichen Konstellation in einer bereits thematisierten Entscheidung des OLG Frankfurt a.M.,<sup>978</sup> wird dabei zunächst beleuchtet, ob der rechtfertigende Notstand oder eine mögliche Garantenstellung des Arztes eine Verpflichtung begründen. Anschließend wird geprüft, ob die ärztliche Aufklärungspflicht, vertragliche Pflichten, die Grundsätze eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder eine deliktsrechtliche Verkehrssicherungspflicht die Grundlage für ein Offenbarungsgebot verkörpern.

## I. Offenbarungspflicht aus rechtfertigendem Notstand, § 34 StGB

Den Gedanken, einen Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht über § 34 StGB nicht nur zu rechtfertigen, sondern darüber hinaus eine Pflicht

---

<sup>976</sup> *von Bar*, Ärztliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten, S. 149.

<sup>977</sup> Darauf weisen auch *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern/Rehborn-ArztR-HdB, § 141 Rn. 19, *Linoh*, Der rechtfertigende Notstand im Medizinrecht, S. 207 hin. So öffnet, die Begründung einer Garantenpflicht die Tür für die Strafbarkeit des Arztes wegen eines Unterlassungsdelikts.

<sup>978</sup> Siehe dazu bereits S. 180 f.

aus dieser Norm abzuleiten, prägte das OLG Frankfurt a.M. in seinem Beschluss vom 8.7.1999<sup>979</sup> sowie in seinem Urteil vom 5.10.1999<sup>980</sup> in derselben Sache. Zwar hatte sich das Gericht nicht explizit mit dem Umgang genetischer Daten zu beschäftigen. Der Sache nach ging es aber ebenfalls um die Frage, wie sich der Arzt bei der Kenntnis von medizinischen Daten seines Patienten im Hinblick auf möglicherweise drittbetroffene Personen zu verhalten hat. Während es im Prozesskostenbeschluss noch maßgeblich mit einer Garantenpflicht argumentierte,<sup>981</sup> bezog es sich im anschließenden Urteil ausschließlich auf § 34 StGB. Das ärztliche Schweigegebot dürfe nicht nur, sondern *müsse* zum Schutz höherwertiger Rechtsgüter durchbrochen werden.<sup>982</sup> Dem Schutz vor einer HIV-Infektion komme Vorrang vor allen übrigen insoweit betroffenen Rechtsgütern zu.<sup>983</sup> Das Ergebnis der Interessenabwägung begründe unter zwei Voraussetzungen eine Pflicht für den Arzt: Zum einen bedarf es eines Behandlungsverhältnisses zwischen dem Arzt und dem zu informierenden Dritten. Zum anderen muss dem Erkrankten die Einsicht fehlen, den Dritten selbst über seine Krankheit und das damit für ihn einhergehende Risiko aufzuklären.

Letztere Voraussetzung wird bei drittrelevanten genetischen Daten aus dem Transplantationsverfahren stets zu bejahen sein, da der Spender bereits verstorben und somit keine Weitergabe der Erkenntnisse durch ihn an seine Verwandten zu erwarten ist. Die Verwirklichung der anderen Voraussetzung erscheint aus praktischer Sicht aber eher unwahrscheinlich. Bei einem Transplantationsmediziner handelt es sich nicht um einen Hausarzt, der die gesamte Familie betreut. Stattdessen ist er in der Regel in einem Transplantationszentrum als speziell ausgebildeter Facharzt mit chirurgischen Aufgaben betraut und steht nicht mit ein und demselben Stamm von Patienten in Kontakt. Unabhängig davon soll nachfolgend dennoch in *rechtlicher* Hinsicht untersucht werden, ob über die rechtfertigende Wirkung hinaus eine Offenbarungspflicht aus § 34 StGB resultiert.<sup>984</sup>

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde diese „bahnbrechende“<sup>985</sup> Annahme des OLG stark kritisiert. Nachfolgend sind die dabei vorgebrachten Argumente in den Blick zu nehmen. Anschließend wird bewer-

979 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.7.1999 8U – 67/99, NJW 2000, 875.

980 OLG Frankfurt a.M., Ur. v. 5.10.1999 8U – 67/99, NSTZ 2001, 149.

981 Dazu sogleich auf den S. 237 ff.

982 OLG Frankfurt a.M., Ur. v. 5.10.1999 8U – 67/99, NSTZ 2001, 149 (150).

983 OLG Frankfurt a.M., Ur. v. 5.10.1999 8U – 67/99, NSTZ 2001, 149 (150).

984 Zur generellen Kritik am Erfordernis eines Behandlungsverhältnisses zur Begründung einer Offenbarungspflicht siehe S. 263 f.

985 von Bar, Ärztliche Auskunft- und Offenbarungspflichten, S. 152.

tet, ob § 34 StGB als dogmatische Grundlage für eine Offenbarungspflicht in Betracht kommt.

## 1. Meinungsbild in der Literatur

Die Ausführungen des OLG Frankfurt a.M. lassen eine dezidierte Herleitung der Pflicht zur Offenbarung der Informationen aus § 34 StGB vermissen. Es verwundert deshalb nicht, dass dieses Vorgehen in der Literatur keinen Rückenwind erfahren hat. Der rechtfertigende Notstand wird stattdessen aus verschiedenen Gründen als ungeeigneter dogmatischer Anknüpfungspunkt für die Begründung einer Offenbarungspflicht bewertet.

Zum einen beruhe der Wortlaut des § 34 StGB keine Anhaltspunkte zur Herleitung einer Verpflichtung. Die Norm sei als Ausnahme zu einem Verbot formuliert und enthalte keine für ein Gebot typischen Formulierungen wie „muss“, „hat“ oder „ist verpflichtet“.<sup>986</sup> Zudem nehme der Wortlaut auf den Terminus der „Tat“ Bezug, die in § 12 Abs. 1 StGB als Verbrechen oder § 12 Abs. 2 StGB als Vergehen definiert ist.<sup>987</sup> Die Ableitung eines Gebots aus § 34 StGB hieße folglich, dass man den Arzt dazu verpflichten würde, ein Verbrechen oder ein Vergehen zu verüben.<sup>988</sup> Es sei schwer vorstellbar, dass dies die Intention des Gesetzgebers mit dieser Norm gewesen ist.<sup>989</sup>

Zum anderen widerspräche die Begründung einer Offenbarungspflicht dem Charakter bzw. dem Telos der Norm: § 34 StGB sei als Erlaubnisnorm darauf gerichtet, ein im Grunde verbotenes Verhalten zu rechtfertigen, könne aber nicht im gleichen Atemzug zu einem Verhalten verpflichten.<sup>990</sup> Niemand könne dazu gezwungen werden, einen Rechtfertigungsgrund zu gebrauchen.<sup>991</sup> Eine Abgrenzung zwischen der Funktion als Erlaubnis- und Gebotsnorm sei nicht trennscharf möglich, sodass dadurch Rechtsunsicherheit begründet werde.<sup>992</sup> Es obliege stattdessen dem Gesetzgeber, eine selbstständige Gebotsnorm zu schaffen.<sup>993</sup>

---

986 von Bar, Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten, S. 154 f.

987 von Bar, Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten, S. 155.

988 von Bar, Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten, S. 155.

989 von Bar, Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten, S. 155.

990 Bender, VersR 2000, 323 (323); Engländer, MedR 2001, 143 (143 f.); Schröter, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 188; von Bar, Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten, S. 155 f.

991 Lilie, NStZ 1984, 314 (314).

992 von Bar, Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten, S. 156.

993 von Bar, Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten, S. 156.

Überdies wird kritisiert, dass bei einer aus § 34 StGB hergeleiteten Pflicht ungeklärt bliebe, wer Adressat der ärztlichen Offenbarung ist.<sup>994</sup> Einerseits fordere das OLG, dass ein Behandlungsverhältnis zwischen dem Arzt und der zu informierenden Person besteht.<sup>995</sup> Auf der anderen Seite komme es auf ein derartiges Verhältnis im Rahmen der Interessenabwägung des Notstands aber nicht an.<sup>996</sup> Entscheidend seien einzig die Gefahren, die den Partnern des HIV-Infizierten drohen würden.<sup>997</sup> Deren Bestehen sei aber unabhängig von einer Arzt-Patienten-Beziehung.<sup>998</sup> Die konsequente Fortführung dieses Gedankens hätte zur Folge, dass der Arzt zu einer Offenbarung gegenüber jedem Partner des HIV-Infizierten verpflichtet ist, wenn durch letzteren ein rücksichtsloses Verhalten in Aussicht stehe.<sup>999</sup>

Schließlich wird der Norm die Eignung als Grundlage einer Verpflichtung deshalb abgesprochen, weil sie mit dem Kriterium des *wesentlichen Überwiegens*<sup>1000</sup> eine weitere Wertungskomponente enthalte. Diese verhindere eine Bestimmung, wann von einem Handlungsrecht und unter welchen Umständen von einem Handlungsgebot auszugehen sei.<sup>1001</sup>

## 2. Stellungnahme

Die geübte Kritik verdient Zustimmung. Weder bietet der Gesetzeswortlaut Grund zur Annahme, dass eine Person im Falle des Überwiegens der zu schützenden Interessen zu einer Handlung verpflichtet ist, noch verträgt sich die Begründung einer Pflicht aus § 34 StGB mit dem Telos dieser Norm. Der Arzt muss im Grundsatz davon ausgehen, dass ihm eine Offenbarung der Informationen aufgrund von § 14 Abs. 2 i. V. m. § 19 Abs. 3 Nr. 3 TPG und durch die ärztliche Schweigepflicht verboten ist. Schon mit der Ausübung des aus § 34 StGB resultierenden Offenbarungsrechts geht er ein persönliches Risiko ein, da unsicher ist, inwieweit die Staatsanwaltschaft und die Gerichte bei der Interessenabwägung zum gleichen Ergebnis kommen. Ihn darüber hinaus in diese Abwägung zu drängen, indem man ihm zusätzlich eine Strafbarkeit und haftungsrechtliche Konsequenzen im Falle

---

994 Engländer, MedR 2001, 143 (143).

995 Engländer, MedR 2001, 143 (143).

996 Engländer, MedR 2001, 143 (143).

997 Engländer, MedR 2001, 143 (143).

998 Engländer, MedR 2001, 143 (143).

999 Engländer, MedR 2001, 143 (143).

1000 Zu diesem Kriterium siehe bereits S. 210 ff.

1001 von Bar, Ärztliche Auskunftspflicht und Offenbarungspflichten, S. 158.

eines Unterlassens in Aussicht stellt, gestaltet einen Zustand vollständiger Rechtsunsicherheit. Er stünde damit bildlich gesprochen zwischen den Stühlen, da er einerseits mit Konsequenzen rechnen muss, wenn er die Informationen weitergibt, andererseits davon auszugehen hat, dass ihm ein Untätigbleiben unter bestimmten Voraussetzungen zum Vorwurf gemacht wird.<sup>1002</sup> Diese Voraussetzungen ergeben sich *de lege lata* weder aus § 34 StGB noch explizit aus einer anderen Norm. Sie sind stattdessen das Ergebnis einer Abwägung, die abhängig von der eingenommenen Perspektive durchaus unterschiedlich ausfallen kann. Es erscheint deshalb nicht hinnehmbar, den Arzt aus der rechtfertigenden Generalklausel in die Pflicht zu nehmen.

## II. Offenbarungspflicht aus Garantenstellung

Die Stellung des Arztes als Garant für die Angehörigen eines Patienten, die ebenfalls bei ihm in Behandlung sind, begründet sowohl nach der Auffassung des OLG Frankfurt a.M.<sup>1003</sup> als auch nach einigen Stimmen in der Literatur<sup>1004</sup> eine Offenbarungspflicht. Nach der heute vorherrschenden Funktionslehre wird differenziert zwischen sog. *Überwachungsgaranten*, die sicherzustellen haben, dass sich von einer bestimmten Quelle ausgehende Gefahren nicht realisieren, und sog. *Beschützergaranten*, deren Aufgabe es ist, den Schutz eines bestimmten Rechtsguts zu gewährleisten.<sup>1005</sup> Dass dem Arzt gegenüber seinen Patienten die Stellung eines Beschützergaranten zukommt, sei an dieser Stelle unbestritten.<sup>1006</sup> Sie wird entweder durch den

---

1002 Hirthammer-Schmidt-Bleibtreu/Wiese, MedR 2017, 199 (203) bringen an, dass es sich um eine Pflichtenkollision handelt, sodass zunächst an eine Rechtfertigung über die Grundsätze der rechtfertigenden Pflichtenkollision nachgedacht werden könnte. Wie Engländer, MedR 2001, 143 (144) aber bereits richtig klargestellt hat, trifft in dieser Konstellation eine Handlungspflicht mit einer Unterlassungspflicht zusammen, sodass letztlich doch auf § 34 StGB zurückzukommen ist. Siehe zu dieser Lösung auch Roxin/Greco, StrafR AT I, § 16 Rn. 117.

1003 OLG Frankfurt a.M. Beschl. v. 8.7.1999 – 8U 67/99, NJW 2000, 875 (876).

1004 Cierniak/Niehaus, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 97; Hoyer, in: SK-StGB, § 203 Rn. 109; Kargl, in: NK-StGB, § 203 Rn. 119; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern/Rehborn-ArztR-HdB, § 141 Rn. 19; Vogels, MDR 1999, 1445 (1445); von Bar, Ärztliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten, S. 161 ff.

1005 Freund/Rostalski, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 92 m. w. N.; Gaede, in: NK-StGB, § 13 Rn. 32 m. w. N.; Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S. 283.

1006 Gegenüber Dritten, mit denen er in beruflichem Kontext nicht in Kontakt steht, nimmt er hingegen keine Stellung als Garant ein. Die nachfolgenden Ausführun-

Behandlungsvertrag<sup>1007</sup> oder die tatsächliche Übernahme der Behandlung bzw. Beratung<sup>1008</sup> begründet. Ihn trifft danach die Pflicht, Schäden von der Gesundheit seines Patienten durch drohende Beeinträchtigungen abzuwenden.<sup>1009</sup>

Untersuchungsbedürftig ist jedoch, ob aus dieser Garantenstellung die Pflicht folgt, einen Patienten über genetische Daten aufzuklären, die aus der Untersuchung einer anderen, mit ihm verwandten Person stammen. Sofern aus den genetischen Erkenntnissen hervorgeht, dass eine Bedrohung für das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit besteht, sehen viele Stimmen aus der Literatur ohne tiefergehende Argumentation eine Verpflichtung zur Mitteilung der Informationen begründet.<sup>1010</sup> Und in der Tat legt ein Blick ins Sozialrecht nahe, dass der Arzt umfassend für die medizinische Betreuung seines Patienten verantwortlich ist, §§ 73 Abs. 1, 73b SGB V.<sup>1011</sup> Im Hinblick auf die Problematik, die im Rahmen dieser Arbeit beleuchtet wird, vermögen diese Regelungen die Auffassung allerdings nicht zu stützen. In diesen Normen werden die Aufgaben der *hausärztlichen* Versorgung beschrieben. Die Untersuchung widmet sich jedoch der Fragestellung, wie Transplantationsmediziner, die der *fachärztlichen* Versorgung zuzuordnen sind, mit genetischen Daten in Bezug auf Dritte umzugehen haben.

Abgesehen davon ist grundlegend zwischen den sozialrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des kassenärztlichen Versorgungssystems einerseits und der zivil- und strafrechtlichen Haftung des einzelnen Arztes im Hinblick auf ihn persönlich treffende Pflichten andererseits zu differenzieren. So kann auch von Hausärzten vor dem Hintergrund zivil- und strafrechtlicher Haftung nicht erwartet werden, dass sie ihren Patienten in jeglicher Hinsicht vor Beeinträchtigungen schützen. Die Bestimmung des ärztlichen Pflichtenkreises ist hingegen abhängig von der konkret

---

gen sind mithin nur von Relevanz, sofern eine Arzt-Patienten-Beziehung zwischen dem Arzt und den Verwandten des Spenders besteht.

1007 Hager, in: Staudinger-BGB, § 823 Rn. H 11; Spickhoff, in: Soergel-BGB, § 823 Rn. 16; Weigend, in: LK-StGB, § 13 Rn. 34.

1008 Roxin, StrafR AT II, § 32 Rn. 70; Lilie, NStZ 1984, 314 (314).

1009 RGSt 74, 350 (353 f.); BGH, MedR 2001, 310 f.; BGH NJW 1990, 2929 (2930); Gaede, in: NK-StGB, § 13 Rn. 32; Bosch, in: TK-StGB, § 13 Rn. 10.

1010 Hilgendorf, in: LK-StGB, § 203 Rn. 194 m. w. N.; Hoyer, in: SK-StGB, § 203 Rn. 109; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern/Rehborn-ArztR-HdB, § 141 Rn. 19.

1011 Burgert, Genetische Beratung, S. 206; Heyers, MedR 2009, 507 (510).

übernommenen Behandlung.<sup>1012</sup> Andernfalls würde man dem (Haus-)Arzt aufbürden, dass er seinen Patienten vor jeglichen außerhalb des Behandlungsverhältnisses stehenden Gefahren bewahrt. Wüsste der Arzt bspw. aus Beobachtungen bei privaten Spaziergängen, dass sein Patient regelmäßig einsturzgefährdete Ruinen zum Fotografieren (sog. „Lost places“) aufsucht, wäre er verpflichtet, ihn vor den damit einhergehenden Gesundheitsgefahren zu warnen.<sup>1013</sup>

Das genannte Beispiel unterscheidet sich zwar insoweit von den genetischen Risiken, dass diese nicht von außen auf den Patienten einzuwirken drohen, sondern seit der Geburt bei ihm veranlagt sind. Die Auseinandersetzung mit diesen Gefahren steht – mit Ausnahme von Beratungen und Behandlungen durch einen Facharzt für Humangenetik – in der Regel aber auch nicht im Zusammenhang mit den vereinbarten Leistungen eines Behandlungsverhältnisses.<sup>1014</sup> Es handelt sich somit ebenfalls um Pflichten, die außerhalb des vereinbarten Behandlungsgegenstands liegen. Würde man also eine Pflicht zur Mitteilung über genetische Risiken als begründet ansehen, wäre konsequenterweise eine Aufklärung über alle übrigen, dem Arzt bekannten, seinem Patienten drohenden Gefahren zu fordern. Das Haftungsrisiko des Arztes durch eine Verletzung seiner Pflichten im Wege des Unterlassens würde damit unermesslich ausgedehnt. Es erscheint mithin zu weit, aus der Garantenstellung ein Gebot für den Arzt abzuleiten.

### III. Offenbarungspflicht aus ärztlicher Aufklärungspflicht

Eine Offenbarungspflicht des Arztes könnte weiterhin aus einer seiner Hauptpflichten, der ärztlichen Aufklärungspflicht, folgen. Nachdem zunächst einige Grundlagen dieser Pflicht erläutert werden, ist darauf einzugehen, welchem Bestandteil der Aufklärungspflicht die Mitteilung genetischer Daten zuzuordnen ist. Es schließt sich eine Untersuchung an, ob möglicherweise Ausnahmen von der Pflicht bestehen, bevor die Aufklärungspflicht als Grundlage eines Offenbarungsgebots schließlich einer kri-

---

1012 Engländer, MedR 2001, 143 (144); Kulesza, in: Swarc, AIDS und Strafrecht, S. 156; Schröter, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 189 f.; Wolfslast, NSTZ 2001, 151 (152).

1013 Weitere eindruckliche Beispiele finden sich bei: Kulesza, in: Swarc, AIDS und Strafrecht, S. 156; Wolfslast, NSTZ 2001, 151 (152).

1014 Auf die Frage, ob es aus der ärztlichen Aufklärungspflicht oder aus einer über § 242 BGB begründeten vertraglichen Nebenpflicht eine Verpflichtung zur Offenbarung folgt, sogleich im nächsten Gliederungspunkt.

tischen Betrachtung unterzogen wird. Dabei ist zugrunde zu legen, dass es für die Entstehung einer Aufklärungspflicht nicht zwingend eines Behandlungsvertrages zwischen Arzt und Patient bedarf. Sofern nachfolgend auf die Normen des Behandlungsvertragsrechts eingegangen wird, können die daraus abgeleiteten Erkenntnisse wertungsmäßig auf die Konstellationen übertragen werden, in denen kein Behandlungsvertrag geschlossen wurde. So besteht weitgehend ein Gleichlauf zwischen vertrags- und deliktsrechtlicher Haftung, sodass die in den §§ 630a ff. BGB normierten Aufklärungsobliegenheiten beim Fehlen eines Behandlungsvertrages über § 823 Abs. 1 BGB ebenfalls zu berücksichtigen sind.<sup>1015</sup>

## 1. Herkunft und Inhalte der Aufklärungspflicht im Medizinrecht

Die ärztliche Aufklärungspflicht folgt aus dem ethischen Grundsatz „*Salus et voluntas aegroti suprema lex*“<sup>1016</sup> und dem Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen eigenen Körper.<sup>1017</sup> Um diesem gerecht zu werden, bedarf es grundsätzlich der Zustimmung des Patienten vor einer ärztlichen Behandlung. Diesen Kerngedanken bildet auch das Strafrecht ab. Seit einer Entscheidung des Reichsgerichts im Jahr 1894, dass es sich auch bei einem *lege artis* durchgeführten ärztlichen Eingriff tatbestandlich um eine strafbare Körperverletzung i. S. d. § 223 Abs. 1 StGB handelt,<sup>1018</sup> wird an dieser Rechtsprechung festgehalten.<sup>1019</sup> Eine Strafflosigkeit des Arztes wird in der Regel durch eine Einwilligung erreicht, die zum Entfallen der Rechtswidrigkeit der Handlung führt.<sup>1020</sup> Damit der Patient wirksam einwilligen kann, müssen ihm verschiedene Aspekte der Behandlung wie bspw. der Grund in Form des Befundes, die Art der Behandlung sowie mit ihr einhergehende Risiken bekannt sein. Da ihm selbst dieses medizinische

---

1015 Spickhoff, in: Spickhoff-MedR, § 630a Rn. 3; Wagner, in: MüKo-BGB, § 630a Rn. 30; konkret zu einer Parallelität der Anforderungen an die Aufklärungspflicht im Vertrags- und Deliktsrecht vor der Kodifizierung des Patientenrechtegesetzes BGH NJW 1990, 2929 (2930).

1016 Übersetzt aus dem Lateinischen: „Die Gesundheit und der Wille des Patienten sind das oberste Gesetz“.

1017 Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 243.

1018 RGSt 25, 375 (377 f.).

1019 BGHSt 35, 246 (250); BGH NJW 2000, 885 (886); BGH NJW 2005, 1718 (1719); BGH NJW 2011, 1088 (1089); BGH NJW 2019, 3253 (3253).

1020 BGH NJW 1956, 1106 (1107); Gropp, GA 2015, 5 (15); Rosenau, JRE 2016, 265 (272); Sternberg-Lieben, in: TK-StGB, Vor §§ 32 ff. Rn. 51.

Fachwissen in der Regel fehlt, bedarf es grundsätzlich einer Aufklärung durch den Arzt, um den Patienten in die Lage zu versetzen, eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen.<sup>1021</sup> Die Anforderungen an dieses, unter der englischen Bezeichnung *informed consent* bekannte Konzept, wurden sowohl durch die zivil- als auch durch die strafrechtliche Rechtsprechung geprägt.<sup>1022</sup>

Nachdem sich das Erfordernis von Aufklärung und Einwilligung lange Zeit nur aus dem verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper aus dem Gesetz herleiten ließ,<sup>1023</sup> wurden die wesentlichen Anforderungen mit dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes im Jahr 2013 inzwischen in § 630c und § 630e BGB normiert.<sup>1024</sup> Daneben lässt sich dem ärztlichen Berufsrecht eine Regelung zur Aufklärungspflicht entnehmen.<sup>1025</sup> Für bestimmte medizinische Teilbereiche sind darüberhinausgehende Anforderungen bspw. in § 9 GenDG (Aufklärung bei genetischen Untersuchungen zu medizinischen Zwecken) und § 8 Abs. 2 TPG (Entnahme von Organen und Gewebe im Zuge einer Lebendspende) enthalten. Da das GenDG jedoch nur auf lebende Personen anwendbar ist,<sup>1026</sup> in der Arbeit aber ausschließlich postmortale Organspenden in die Untersuchung einbezogen werden, lässt sich aus diesen Normen keine Aufklärungspflicht des Arztes ableiten. Stattdessen ist auf die allgemeinen medizinrechtlichen Regelungen bzw. die zur Aufklärungspflicht entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung zu blicken.

Im Rahmen der Aufklärungspflicht wird häufig zwischen der sog. Selbstbestimmungsaufklärung und der Sicherungs- bzw. therapeutischen Aufklä-

---

1021 *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 265; *Kern*, in: Laufs/Kern/Rehborn-ArztRHdB, § 63 Rn. 1.

1022 BGHZ 29, 46 (49 ff.); BGHZ 29, 49 (60 f.); BGHSt 11, 111 (113 f.).

1023 Als verfassungsrechtliche Grundlage zieht das BVerfG dafür Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG heran, BVerfG NJW 2011, 2113 (2114); a.A. nach der auf für diese Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts auf das allgemeine Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zurückgegriffen wird: *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 248.

1024 BGBl. 2013 Teil I Nr. 9, S. 277 ff.

1025 In der MBO-Ä ist die Aufklärungspflicht in § 8 normiert. Diesen Vorschlag der BÄK haben 15 der Landesärztekammern mit (nahezu) identischem Wortlaut übernommen. Die Ärztekammer Rheinland-Pfalz und die Ärztekammer Sachsen-Anhalt haben ihren Paragraphen etwas kürzer gefasst. Dass es einer Aufklärung bedarf, geht aber auch aus diesen Berufsordnungen eindeutig hervor (Stand: 6.5.2026).

1026 Zur Eröffnung des personellen Anwendungsbereichs vom GenDG im Hinblick auf Verstorbene siehe S. 148 f.

rung differenziert.<sup>1027</sup> Erstere findet ihre gesetzliche Grundlage in § 630e BGB und ist – wie der Name schon erahnen lässt – darauf gerichtet, dass der Patient sein Selbstbestimmungsrecht ausüben kann.<sup>1028</sup> Innerhalb dieses Aufklärungszweigs wird in der juristischen Literatur teilweise weitergehend zwischen Diagnose, Verlaufs- und Risikoaufklärung unterschieden. Dabei wird aber eingeräumt, dass die einzelnen Bereiche in der medizinischen Praxis nicht trennscharf voneinander abgegrenzt werden können.<sup>1029</sup> Der Sicherungsaufklärung werden klassischerweise die Informationen zugeordnet, die der Patient benötigt, um selbst am Erreichen eines Behandlungserfolgs mitwirken zu können.<sup>1030</sup> Dieser Teil der Aufklärung ist in § 630c Abs. 2 verankert und wird dort abgrenzend zur Selbstbestimmungsaufklärung als (therapeutische) Informationspflicht bezeichnet.

## 2. Ärztliche Pflicht zur Aufklärung der Verwandten über genetische Risiken

Im Hinblick auf die Frage des Umgangs mit den im Transplantationsprozess erhobenen genetischen Daten, ist das Augenmerk auf die Aufklärung über die Diagnose zu richten. Durch die Untersuchungen im Transplantationsprozess erhält der Arzt Informationen, die ihn in die Lage versetzen, eine Diagnose zu stellen bzw. zumindest eine Aussage zur Eintrittswahrscheinlichkeit der assoziierten Erkrankung zu treffen. Während in der Literatur<sup>1031</sup> und vereinzelt in der Rechtsprechung<sup>1032</sup> bisher überwiegend davon ausgegangen wurde, dass die Aufklärung über die Diagnose ein Teil der Selbstbestimmungsaufklärung ist, geht diese ausschließliche Verortung seit der Einführung des Patientenrechtegesetzes nicht mehr mit dem Gesetzeswortlaut einher.

---

1027 Begemann, Der Zufallsfund im Medizin- und Gendiagnostikrecht, S. 67 f.; Quaas/Zuck/Clemens/et al., *Medizinrecht*, § 14 Rn. 88; Rosenau, JRE 2016, 265 (273 ff.).

1028 Rosenau, JRE 2016, 265 (274); Valerius, in: Saliger/Tsambikakis-Strafrecht der Medizin, § 1 Rn. 238.

1029 Hoyer, in: Igl/Welti-Gesundheitsrecht, § 54 Rn. 17; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp-ArztR, Kap. V Rn. 14 f.; Prütting/Heyn, in: Soergel-BGB, § 630e Rn. II; Rosenau, JRE 2016, 265 (274).

1030 Quaas/Zuck/Clemens/et al., *Medizinrecht*, § 14 Rn. 79; Rosenau, JRE 2016, 265 (273 f.); Valerius, in: Saliger/Tsambikakis-Strafrecht der Medizin, § 1 Rn. 314.

1031 Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp-ArztR, V. Rn. 14; Quaas/Zuck/Clemens/et al., *Medizinrecht*, § 14 Rn. 88 f.; Spickhoff, in: Spickhoff-MedR, § 630e Rn. 3; wohl auch Valerius, in: Saliger/Tsambikakis-Strafrecht der Medizin, § 1 Rn. 314 f.

1032 BGH NJW 2005, 1718 (1719); bereits nach Einführung der §§ 630a ff. BGB, OLG Frankfurt, Beschl. v. 29.1.2015 – 8 U 25/14 (juris Rn. 50 f.).

Sowohl § 630c BGB als auch § 630e BGB knüpfen an die Diagnose an. In § 630c Abs. 2 S.1 BGB heißt es: „Der Behandelnde ist verpflichtet, dem Patienten [...] sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern, insbesondere die Diagnose [...]“. In § 630e Abs. 1 S. 2 BGB nimmt der Gesetzgeber bei der Aufzählung der für die Einwilligung wesentlichen Umstände auf die Diagnose Bezug: „Dazu gehören insbesondere [...] Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose [...]“. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Mitteilung der Diagnose Teil der therapeutischen Informationspflicht, der Selbstbestimmungsaufklärung oder beider Bestandteile der Aufklärung ist. Zwar ist anzunehmen, dass sich eine trennscharfe Abgrenzung in der medizinischen Praxis als diffizil erweisen dürfte. Angesichts dessen, dass der Gesetzgeber strikt zwischen den beiden Informationsteilen differenziert und sie in unterschiedlichen Normen geregelt hat, sollte sich der juristische Blick dieser Unterscheidung aber annehmen.

Bedeutung hat die Zuordnung zum einen für die Frage, ob der Anwendungsbereich der jeweiligen Aufklärungs- bzw. Informationspflicht eröffnet ist. Die Verpflichtung zur Erteilung der therapeutischen Information beginnt nach dem Wortlaut des § 630c Abs.2 S.1 BGB „zu Beginn der Behandlung“ und erstreckt sich „soweit erforderlich“ auf die Zeit „in deren Verlauf“. Folglich besteht sie über den gesamten Zeitraum der Behandlung.<sup>1033</sup> Hinsichtlich der Selbstbestimmungsaufklärung lässt sich der Anwendungsbereich in zeitlicher Hinsicht aus dem Zusammenspiel mit der Einwilligung ableiten. So legt der Zweck der Erteilung einer selbstbestimmten Einwilligung nahe, dass die Aufklärung über „sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände“ im Vorfeld des Einverständnisses zu erfolgen hat. Die Einwilligung selbst wiederum ist gem. § 630d Abs.1 S.1 BGB „vor Durchführung einer [konkreten] medizinischen Maßnahme [...] einzuholen“. Während die therapeutische Information beim Bestehen eines Behandlungsverhältnisses also losgelöst von einer konkreten Behandlung zu erteilen ist, bedarf es der Selbstbestimmungsaufklärung nur bei einer konkret geplanten medizinischen Maßnahme oder wenn eine solche zumindest in Aussicht steht.

Zum anderen ist die Zuordnung entscheidend für die Frage, wer im gerichtlichen Verfahren die Erbringung bzw. das Fehlen der ordnungsge-

---

1033 J. Prütting/Friedrich, in: Prütting-MedR, § 630c BGB Rn. 9; Prütting/Heyn, in: Soergel-BGB, § 630c Rn. 13 f.

mäßen Aufklärung zu beweisen hat.<sup>1034</sup> Gem. § 630h Abs. 2 S. 1 BGB ist die Durchführung der Selbstbestimmungsaufklärung vom Arzt darzulegen. Die therapeutische Information ist hingegen Bestandteil der ärztlichen Behandlung *lege artis*, sodass die Beweislast beim Patienten bzw. Untersuchten liegt.<sup>1035</sup>

a) Diagnoseaufklärung im Spannungsfeld von therapeutischer Information und Selbstbestimmungsaufklärung

Betrachtet man den Gesetzeswortlaut des § 630c Abs. 2 BGB, so lässt sich diesem entnehmen, dass die Diagnoseaufklärung Teil der therapeutischen Informationspflicht ist.<sup>1036</sup> Dort heißt es ausdrücklich: „Der Behandelnde ist verpflichtet, dem Patienten [...] sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände zu erläutern, insbesondere die Diagnose [...]“. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Diagnoseaufklärung – wie in der Literatur teilweise angenommen<sup>1037</sup> – zusätzlich Bestandteil der Selbstbestimmungsaufklärung ist und es somit zu einer mehrfach kritisierten Pflichtendopplung kommt.<sup>1038</sup>

In der Diskussion um diese Frage wird seitens der Befürworter lediglich darauf hingewiesen, dass eine Doppelung der Pflicht zur Aufklärung bzw. Information über die Diagnose keine praktischen Probleme mit sich bringe<sup>1039</sup> und eine Überschneidung grundsätzlich möglich sei.<sup>1040</sup> Bereits vor Einführung der §§ 630a ff. BGB hätten sich therapeutische Sicherungsaufklärung und Eingriffs- sowie Risikoaufklärung bspw. dann überlappt, wenn der Hinweis auf eine den Patienten belastende Behandlung ein Bestandteil

---

1034 Wever, in: NK-Ges.MedR, § 630c BGB Rn. 3.

1035 Kern, in: Laufs/Kern/Rehborn-ArztR-HdB, § 64 Rn. 5; Wever, in: NK-Ges.MedR, § 630c BGB Rn. 3.

1036 So auch Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 245; davon geht auch der BGH aus, ohne sich explizit mit dem Wortlaut auseinanderzusetzen, BGH NJW 2018, 3382 (3383).

1037 Hoyer, in: Igl/Welti-Gesundheitsrecht, § 54 Rn. 17; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp-ArztR, Kap. V. Rn. 14 f.; Prütting/Heyn, in: Soergel-BGB, § 630e Rn. 11; Rosenau, JRE 2016, 265 (274).

1038 Spickhoff, ZRP 2012, 65 (67); Katzenmeier, MedR 2012, 576 (580); Katzenmeier, NJW 2013, 817 (818); die Doppelung hingegen als unproblematisch und haftungsrechtlich folgenlos ansehend Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, Rn. 244.

1039 Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, Rn. 244.

1040 Prütting/Heyn, in: Soergel-BGB, § 630c Rn. 15; Reuter/Hahn, VuR 2012, 247 (250).

der Sicherungsaufklärung war.<sup>1041</sup> Zudem war die Vermittlung therapeutischer Informationen bisher nur dann möglich, wenn zuvor eine Aufklärung über die Diagnose und Therapie erfolgt ist.<sup>1042</sup>

Die Vertreter dieser Auffassung legen als Ausgangspunkt letztlich ohne Begründung zugrunde, dass die Aufklärung über die Diagnose Teil der Selbstbestimmungsaufklärung ist. Darüber hinaus erkennen sie diese aufgrund des Wortlautes von § 630c Abs. 2 BGB auch als Bestandteil der therapeutischen Information an, mit der Folge, dass seit der Normierung unabhängig von der konkreten Behandlungssituation eine allgemeine Informationspflicht besteht.

Angesichts des Wortlauts der gesetzlichen Normen vermag dieser Ausgangspunkt nicht zu überzeugen. Aus der Formulierung „im Hinblick auf die Diagnose“ in § 630e Abs. 1 S. 2 BGB geht nur hervor, dass vor Diagnosemaßnahmen eine Aufklärung zu erfolgen hat.<sup>1043</sup> Dass die Diagnose selbst darzulegen ist, ergibt sich daraus nicht.<sup>1044</sup> Dieses Ergebnis wird – wie von *Hegerfeld* überzeugend dargelegt – durch die Gesetzessystematik und eine Betrachtung der Gesetzgebungshistorie gestützt.<sup>1045</sup> Die beiden Normen wurden in *einem* Gesetzgebungsprozess gemeinsam entwickelt und stehen durch ihre numerisch nahe Verortung und ihren inhaltlichen Bezug zum Behandlungsvertrag in engem Zusammenhang. Da der Gesetzgeber die Pflicht zur Aufklärung über die Diagnose aber nur in § 630c Abs. 2 BGB aufgenommen hat, muss davon ausgegangen werden, dass er eine strikte Abgrenzung intendierte und sie nicht als Teil der Selbstbestimmungserklärung ansieht. In Anbetracht dessen, dass die Normen das Ergebnis eines einheitlichen Gesetzgebungsverfahrens sind, erscheint es äußerst unwahrscheinlich, dass die unterlassene Aufzählung der Diagnose selbst als für die Einwilligung wesentlicher Umstand i. S. d. § 630e Abs. 1 S. 1 BGB auf ein gesetzgeberisches Versehen zurückzuführen ist.

Schließlich spricht der Sinn und Zweck der verschiedenen Aufklärungsformen dafür, die Diagnosemitteilung der therapeutischen Informationspflicht zuzuordnen.<sup>1046</sup> Ziel der Selbstbestimmungsaufklärung ist es, den

---

1041 *Frahm/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 244; *Gehrlein*, GesR 2016, 127 (129).

1042 *Frahm/Walter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 244.

1043 *Gutmann*, in: *Staudinger-BGB*, § 630e Rn. 27; *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 245.

1044 *Gutmann*, in: *Staudinger-BGB*, § 630e Rn. 27.

1045 *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 245.

1046 Mit ähnlicher Argumentation ebenfalls bereits *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 245 f.

Patienten in die Lage zu versetzen, eine selbstbestimmte Entscheidung darüber zu treffen, ob und ggf. welche medizinische Maßnahme durchgeführt werden soll.<sup>1047</sup> Eine solche Maßnahme kommt aber erst in Betracht, nachdem bereits eine Diagnose besteht und dem Betroffenen darauf gründend ein Therapievorschlagn unterbreitet wurde. Die Informationen zur Durchführung, den erwarteten Folgen und den bestehenden Risiken einer spezifischen Maßnahme begründen letztlich erst dann einen Mehrwert für den Patienten, wenn er weiß, weshalb es dieser überhaupt bedarf. Aufgrund dieser (denk-)logischen Reihenfolge ist die Information über die Diagnose und die vorgeschlagene Therapie der Aufklärung über alle Aspekte der angestrebten Maßnahme und damit der Selbstbestimmungsaufklärung vorgelagert. Die Mitteilung der Diagnose ist aus den dargelegten Gründen somit ausschließlich Teil der therapeutischen Informationspflicht.

#### b) Konsequenzen der Zuordnung

Aus dieser Zuordnung folgt zum einen, dass der Arzt den Betroffenen bereits mit Beginn des Behandlungsverhältnisses über die Diagnose zu informieren hat, wenn sie ihm bereits zu diesem Zeitpunkt vorliegt. Erhält er die Daten erst später, hat er sie sodann dem Verwandten mitzuteilen. Darauf, dass eine konkrete medizinische Maßnahme in Aussicht steht, über die eine Selbstbestimmungsaufklärung zu erfolgen hat, kommt es allerdings nicht an. Zum anderen bedeutet dies, dass die Beweislast für eine fehlende oder mangelhafte Information beim Patienten bzw. Untersuchten unterliegt.

### 3. Ausnahmen von der Mitteilung der Diagnose

Grundsätzlich ist also anzunehmen, dass die Offenbarung bekanntgewordener genetischer Erkenntnisse als Diagnoseaufklärung unter die Informationspflicht des § 630c Abs. 2 BGB fällt. Aufgrund der Tragweite genetischer Informationen und den damit möglicherweise verbundenen psychischen Auswirkungen beim Betroffenen könnte es aus ärztlicher Sicht aber angezeigt sein, zum Schutz der (psychischen) Gesundheit auf eine Aufklärung zu verzichten. Es stellt sich somit die Frage, ob eine Sonderbehandlung aus „therapeutischen“ Gründen gerechtfertigt sein kann. Nach § 630c Abs. 4 BGB bedarf es *„der Information des Patienten [über die Diagnose] [...] nicht,*

---

1047 Siehe dazu bereits S. 240 ff.

soweit diese aufgrund besonderer Umstände entbehrlich ist [...]“.<sup>1048</sup> Nachfolgend wird untersucht, ob therapeutische Gründe besondere Umstände in diesem Sinne verkörpern. Darüber hinaus wird beleuchtet, ob eine Sonderbehandlung daraus folgt, dass sich auf der Grundlage der genetischen Veranlagung lediglich Wahrscheinlichkeitsaussagen im Hinblick auf zukünftige Erkrankungen treffen lassen. Die zwangsläufig bestehenden Unsicherheiten in der ärztlichen Mitteilung an die Verwandten könnten ebenfalls dafür sprechen, dass von einer Aufklärung abzusehen ist.

#### a) Ausnahme aus therapeutischen Gründen

Die zumeist unter der unglücklichen Formulierung „therapeutisches Privileg“<sup>1048</sup> diskutierte Ausnahme von der Aufklärungspflicht wird seit jeher kritisch betrachtet.<sup>1049</sup> Die Rechtsprechung hat sie in der Vergangenheit aber unter engen Voraussetzungen als zulässig anerkannt.<sup>1050</sup> Sie verlangt, dass die Aufklärung zu einer ernsthaft begründeten Gefahr für Leib oder Leben des Patienten führen würde.<sup>1051</sup> Bloße negative Auswirkungen auf die Stimmung oder das Allgemeinbefinden des Patienten<sup>1052</sup> oder eine vermutete „psychische Labilität“ reichen hingegen nicht aus.<sup>1053</sup>

Da der Gesetzgeber erst im Jahr 2013 eine gesetzliche Grundlage für die ärztliche Aufklärungspflicht schuf, wurde die Diskussion um die Zulässigkeit dieser Ausnahme bis dahin losgelöst von einem Normbezug geführt. Inzwischen muss eine Bewertung, ob therapeutische Gründe einen Verzicht von der Mitteilungspflicht begründen können, aber unter Einbeziehung der dafür geschaffenen Regelung vorgenommen werden. Die Norm ist deshalb unabhängig von der grundsätzlichen Debatte auszulegen.

---

1048 Kritisch zur Formulierung BGH NJW 1983, 328 (329); Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 174 ff.; Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB, § 228 Rn. 79; da die Problematik jedoch unter diesem Terminus die größte Bekanntheit erlangt hat, wird er nachfolgend dennoch benutzt.

1049 Siehe zum sog. therapeutischen Privileg bereits S. 130; zu dieser Ausnahmekonstellation siehe auch Lilie, Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte des Patienten, S. 171 ff.

1050 BGH NJW 1959, 811 (814); BGH NJW 1983, 328 (329); BGH NJW 1984, 1397 (1398).

1051 BGH NJW 1959, 811 (814).

1052 BGH NJW 1959, 811 (814).

1053 BGH NJW 1989, 2318 (2319).

aa) Wortlaut und Systematik

Betrachtet man den Wortlaut von § 630c Abs. 4 BGB, ergibt sich auf den ersten Blick, dass hohe Anforderungen an das Absehen von einer Mitteilung der therapeutischen Information gestellt werden. Dies verdeutlicht einerseits die Formulierung „ausnahmsweise“ und andererseits die Konkretisierung, dass es sich um „besondere Umstände“ handeln muss. Welcher Art diese Umstände sein müssen, lässt sich dem gesetzlichen Wortlaut nicht entnehmen, sodass danach auch medizinische Gründe in Betracht kommen können. Dies wird in systematischer Hinsicht durch die ausdrücklich genannte Fallgruppe der *unaufschiebbaren Behandlung* gestützt, die ein Absehen von der Aufklärung dann ermöglicht, wenn andernfalls Gefahren für die Gesundheit oder das Leben der Patienten – also medizinische Konsequenzen – durch einen Aufschub entstehen würden.<sup>1054</sup>

bb) Historie

In der Auseinandersetzung mit der Gesetzgebungshistorie fällt auf, dass die Ausnahme von der Informationspflicht „soweit erhebliche therapeutische Gründe der Information des Patienten entgegenstehen“ im Referentenentwurf abweichend von der letztlich erlassenen Gesetzesfassung noch enthalten war.<sup>1055</sup> Der Gesetzgeber hat sich also offensichtlich gegen eine ausdrückliche Erwähnung dieser Fallgruppe entschieden. Dass sie ihm dennoch bewusst war und er sich einer Ausnahme nicht gänzlich versperrt, geht aus der Gesetzesmaterialien hervor. Dort weist er „erhebliche therapeutische Gründe“ explizit als besondere Umstände i. S. d. § 630c Abs. 4 BGB aus. Als Ursache für die Streichung aus dem Gesetzeswortlaut wurde bereits die überzeugende Vermutung geäußert, dass ein therapeutisches Privileg zunehmend restriktiver anerkannt wird.<sup>1056</sup> Letztendlich deutet dies aber *nicht* darauf hin, dass therapeutische Gründe keine Ausnahme begründen können. Der Hinweis in den Gesetzesgründen verdeutlicht vielmehr, dass der Gesetzgeber auch dieses Motiv als legitim ansieht.

---

1054 Gutmann, in: Staudinger-BGB, § 630c Rn. 169.

1055 § 630c Abs. 4 Nr. 2 RefE, abrufbar unter: <[https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17\\_wp/Patientenr/refer.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/Patientenr/refer.pdf?__blob=publicationFile&v=1)> (zuletzt abgerufen am 6.5.2026).

1056 Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 186.

cc) Telos

Gegenwind erhalten Befürworter eines therapeutischen Privilegs primär aufgrund der Gefahr einer Verkürzung des Selbstbestimmungsrechts. Die paternalistische Schutzintention des Arztes könne keine Entbehrlichkeit der Informationsvermittlung nach sich ziehen.<sup>1057</sup> Dieser Gedanke ist auf das Telos der Aufklärung zurückzuführen, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu wahren.

Den Kritikern ist zuzugestehen, dass der Arzt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten durch ein Vorenthalten der Diagnose beschneidet. An dieser Stelle erlangt jedoch die Differenzierung zwischen therapeutischer Informationspflicht und Selbstbestimmungsaufklärung Bedeutung. Sinn und Zweck der therapeutischen Informationspflicht ist es, den Patienten in die Lage zu versetzen, alles Erforderliche zu tun, um seine Gesundheit zu erhalten bzw. soweit wie möglich wiederherzustellen.<sup>1058</sup> Sie dient somit primär dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des menschlichen Lebens. Zwar bildet die Information über die Diagnose daneben auch die Grundlage dafür, entscheiden zu können, welche medizinischen Maßnahmen im Hinblick auf dieses Ziel durchzuführen sind und ermöglicht mittelbar die Selbstbestimmungsaufklärung. Dem Grunde nach rückt der Schutz des Selbstbestimmungsrechts an dieser Stelle aber in den Hintergrund. Steht der Arzt nun in einem Entscheidungskonflikt, ob er dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit durch Nichtmitteilung der Diagnose oder dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts durch Unterrichtung über das Untersuchungsergebnis den Vorrang gibt, entspricht es dem Telos der therapeutischen Information, in diesen Fällen eine Mitteilung zu unterlassen. Eine Ausnahme aus therapeutischen Gründen ist danach also in Einzelfällen anzuerkennen.

dd) Zusammenfassende Bewertung

Die Auslegung hat ergeben, dass in Einzelfällen eine Ausnahme von der Pflicht zur Mitteilung der Diagnose aus therapeutischen Gründen bestehen

---

1057 Gutmann, in: Staudinger-BGB, § 630c Rn. 44, 173; i. E. ebenso Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, S. 186 f.; Prütting/Heyn, in: Soergel-BGB, § 630c Rn. 103.

1058 BT-Drs. 17/10488, S. 21.

kann.<sup>1059</sup> Angesichts des vom Gesetzgeber in § 630c Abs. 4 BGB gewählten Wortlauts, sind jedoch hohe Anforderungen daran zu stellen. Wenn in der Literatur als Beispielsgrund eine konkrete Suizidgefahr<sup>1060</sup> genannt wird, verdeutlicht dieses die Schwere der drohenden Konsequenzen der Aufklärung und kann als Orientierungsmaßstab gelten. Festzuhalten ist damit, dass es für den Arzt unter strengen Voraussetzungen möglich ist, von der Aufklärung abzusehen. Dies kommt bspw. in Betracht, wenn für ihn die begründete Sorge besteht, dass sich beim Verwandten durch die Mitteilung eines genetischen Risikos schwerste psychische Folgen ergeben.

Befürchtungen, dass die Ausnahme mit ihrer Anerkennung zum Regelfall avancieren könnte und dass ein hohes Missbrauchsrisiko bestehe,<sup>1061</sup> lassen sich Haftungsrisiken des Arztes entgegenhalten. Es obliegt ihm, das Vorliegen der therapeutischen Gründe zu beweisen, die für ein Absehen von der Aufklärung gesprochen haben.<sup>1062</sup> Er wird sich deshalb nur dann zu einer Vorenthaltung der Diagnose berufen sehen, wenn er sich nachweisbar sicher ist, dass er damit zum Wohle des Patienten handelt.<sup>1063</sup> Die Ausnahme ist folglich – entgegen der geläufigen Bezeichnung als therapeutisches *Privileg* – keine Begünstigung des Arztes, auf die Aufklärung verzichten zu können. Der Verzicht geht aufgrund der sorgfältigen Abwägung stattdessen vielmehr mit einem Mehraufwand für ihn einher, der im Ergebnis nicht die Rechte des Patienten verkürzt, sondern im Sinne der Zielsetzung des Patientenrechtegesetzes<sup>1064</sup> seinen Rechten dient.<sup>1065</sup>

Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerfG, der Patient habe als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts und seiner personalen Würde einen Anspruch auf Unterrichtung über Befunde und Prognosen, da er sonst im Rahmen der Behandlung als Objekt behandelt würde.<sup>1066</sup> Indem der Arzt sich mit dem konkreten Einzelfall auseinandersetzt und in absoluten Ausnahmesituationen nach einer Abwä-

---

1059 Ebenso im Ergebnis für eine Ausnahme aufgrund therapeutischer Gründe *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB, § 630c Rn. 22; *Rehborn*, GesR 2013, 257 (260); *Siqueira*, medstra 2018, 153 (155 ff.); *Spickhoff*, JZ 2015, 15 (23); *Trost*, in: jurisPK-BGB, § 630c Rn. 65.

1060 *Spickhoff*, JZ 2015, 15 (23); *Trost*, in: jurisPK-BGB, § 630c Rn. 65.

1061 Ausführlich dazu *Roßner*, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes, S. 198 ff.

1062 *Gutmann*, in: Staudinger-BGB, § 630c Rn. 168; *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB, § 630c Rn. 22.

1063 So auch schon vor Einführung der §§ 630a ff. BGB, BGHZ 29, 46 (57); *Roßner*, Begrenzung der Aufklärungspflicht des Arztes, S. 202.

1064 BT-Drs. 17/10488, S. 1, 9 f.

1065 So auch *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB, § 630e Rn. 58.

1066 BVerfG NJW 2005, 1103 (1104).

gung zu dem Ergebnis kommt, dass der Schutz des Rechts auf körperliche Unversehrtheit das Selbstbestimmungsrecht überwiegt, behandelt er den Patienten gerade nicht als Objekt. Vielmehr setzt er sich mit der Persönlichkeit seines Gegenübers auseinander und handelt zu dessen Wohl.

## b) Ausnahme bei Verdachtsdiagnosen

Anlass für eine mögliche weitere Ausnahme von der Aufklärungspflicht gibt die Rechtsprechung. Das OLG Köln entschied im Jahr 1988, dass unter drei Voraussetzungen von einer Aufklärung abzusehen ist: Erforderlich dafür ist, dass lediglich eine Verdachtsdiagnose auf der Grundlage ungesicherter Tatsachen gestellt werden kann (1), die Nicht-Fachkundigen den Eintritt einer schweren, ggf. lebensgefährdenden Krankheit befürchten lässt (2) und beim Patienten das realistische Risiko einer psychischen Überreaktion besteht (3).<sup>1067</sup> Dieser Auffassung haben sich einige Stimmen in der Literatur angeschlossen, wobei teilweise nicht nur eine Ausnahme,<sup>1068</sup> sondern darüber hinausgehend eine Pflicht zum Schweigen angenommen wurde.<sup>1069</sup>

Stellt man sich die Frage, ob nach dieser Auffassung ein Ausschluss von der Aufklärungspflicht über genetische Risiken besteht, so erweist sich die erste Voraussetzung als durchgängig gegeben. Die Besonderheit, dass lediglich Wahrscheinlichkeitsaussagen im Hinblick auf den möglichen Eintritt zukünftiger Erkrankungen getroffen werden können, ist eine prägende Eigenschaft genetischer Daten. Der Arzt ist deshalb gar nicht in der Lage, mehr als einen ersten Verdacht zu äußern und die Durchführung weiterführender Diagnosemaßnahmen anzuregen. Die Unsicherheit der Informationsgrundlage wird zusätzlich dadurch verstärkt, dass die erhobenen Daten nicht vom zu Informierenden selbst, sondern von seinem verstorbenen Verwandten stammen. Das Vorliegen der zweiten und dritten Voraussetzung lässt sich abstrakt jedoch nicht vorhersagen. Zwar werden die Verwandten in den meisten Fällen medizinische Laien sein. Es kann aber nicht losgelöst vom konkreten Einzelfall beurteilt werden, ob sie durch die Mitteilung der genetischen Informationen tatsächlich den Eintritt einer schweren Erbkrankheit befürchten oder lediglich ihr allgemeines Lebensri-

---

1067 OLG Köln, MedR 1988, 184 (185).

1068 Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rn. 888; Martis/Winkhard-Martis, Arzthaftungsrecht, A 570b.

1069 Quaas/Zuck/Clemens/et al., Medizinrecht, § 14 Rn. 89; Wever, in: NK-Ges.MedR, § 630e Rn. 2.

siko als erhöht betrachten. Dies hängt unter anderem davon ab, welche potenzielle Erkrankung dem Verwandten in Aussicht gestellt wird. Zudem wird der Transplantationsmediziner kaum einschätzen können, ob beim Verwandten das Risiko einer psychischen Überreaktion besteht, da er im Regelfall bisher noch keinen Kontakt zu ihm hatte. Eine grundsätzliche Ausnahme von der Aufklärungspflicht lässt sich demzufolge nicht begründen.

Unabhängig davon wird der Grundsatzidee, dass Verdachtsdiagnosen zum Ausschluss der Aufklärungspflicht führen können, überzeugend der Wortlaut von § 630c Abs. 2 BGB entgegengehalten. Die Formulierung „sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände“ erfasse auch Verdachtsdiagnosen, die noch nicht differenzial-diagnostisch bekräftigt wurden.<sup>1070</sup> Insbesondere ein Verdacht kann wesentlich dafür sein, weitere Diagnosemaßnahmen durchzuführen und somit eine Behandlung überhaupt zu beginnen. Darüber hinaus entspricht es dem Sinn und Zweck der therapeutischen Information, den Verwandten auch über einen bloßen Verdacht aufzuklären. Nur so wird der zu Behandelnde in die Lage versetzt, weitere Diagnosemaßnahmen vorzunehmen und alles Erforderliche zu tun, um seine Gesundheit zu erhalten bzw. soweit wie möglich wiederherzustellen. Um die Information korrekt einordnen zu können, sollte aus dieser Mitteilung aber hervorgehen, dass es sich lediglich um einen Verdacht und noch nicht um einen erhärteten Befund handelt.<sup>1071</sup>

Denkbar ist, dass im Einzelfall die mit der Mitteilung einhergehenden Unsicherheiten ein hohes Risiko für den Verwandten begründen, psychisch schwerste Folgen zu erleiden. In diesem Fall kann es geboten sein, von einer Aufklärung abzusehen. Entscheidendes Kriterium dafür ist dann aber nicht die Besonderheit der genetischen Daten, sondern das Risiko einer psychischen Schädigung. Dabei handelt es sich aber letztlich um einen therapeutischen Grund, sodass die Ausnahme von der Pflicht "aufgrund besonderer Umstände" im Sinne des § 630c Abs. 4 BGB besteht.

### c) Zusammenfassung

Festzuhalten ist, dass therapeutische Gründe im Einzelfall unter strengen Voraussetzungen eine Ausnahme von der Aufklärungspflicht i. S. d. § 630c

---

1070 Gutmann, in: Staudinger-BGB, § 630c Rn. 42; Rehborn/Gescher, in: Erman-BGB, § 630c Rn. 5; für eine Mitteilung des Verdachts unabhängig von § 630c BGB auch BGH MedR 2005, 226 (227).

1071 OLG Stuttgart, VersR 1988, 695; OLG Frankfurt, VersR 1991, 101.

Abs. 4 BGB begründen können. Die mit der Information einhergehenden Unsicherheiten, die aus der Besonderheit der genetischen Daten resultieren, verhindern die Entstehung einer Aufklärungspflicht hingegen nicht.

#### 4. Gründe gegen eine aus der Aufklärungspflicht folgenden Offenbarungspflicht über genetische Risiken

Nachdem herausgearbeitet wurde, dass sich aus dem Gesetz und der Rechtsprechung keine grundsätzliche Ausnahme von der Aufklärungspflicht für die im Transplantationsprozess bekanntgewordenen genetischen Daten ergibt, drängt es sich auf, dass sich die Pflicht zur Aufklärung über die Diagnose i. S. d. § 630c Abs. 2 BGB auf diese Erkenntnisse erstreckt. Schließlich sind die gewonnenen Informationen das Ergebnis medizinischer Untersuchungen, die Aufschluss über den Gesundheitszustand eines Menschen geben. Dieser Annahme stehen jedoch zwei Gründe entgegen:

##### a) Telos der therapeutischen Information

Sinn und Zweck der therapeutischen Information ist es, den Patienten in die Lage zu versetzen, alles Erforderliche zu tun, um seine Gesundheit zu erhalten bzw. soweit wie möglich wiederherzustellen.<sup>1072</sup> Aufgrund der nicht unerheblichen Risiken in Bezug auf die psychische Konstitution des Verwandten, lässt sich die Gesundheit in manchen Fällen aber nur erhalten, wenn der Arzt ihm diese Informationen nicht mitteilt. Zwar besteht die Chance, dass der Verwandte die Informationen für sich nutzt und bspw. Vorsorgeuntersuchungen wahrnimmt oder Präventionsmaßnahmen ergreift, mithilfe derer er die Erkrankung vollständig abwenden oder zumindest der Schwere ihrer Ausprägung entgegenwirken kann. Diese Möglichkeiten können abhängig von der jeweiligen Erkrankung aber eingeschränkt sein, sodass es immer auf das jeweilige Krankheitsbild, die diesbezüglich existierenden Behandlungs- und Präventionsmaßnahmen und die konkrete Eintrittswahrscheinlichkeit ankommt. Schließlich besteht immer die Möglichkeit, dass sich das Erkrankungsrisiko nicht realisiert.

Abhängig von diesen Faktoren wäre es möglich, dass eine Aufklärung bzw. Information der Verwandten also der Erhaltung bzw. Wiederherstel-

---

1072 BGHZ 162, 320 (323); Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp-ArztR, Kap. V Rn. 17.

lung der Gesundheit dient und damit dem Zweck der therapeutischen Information entspricht. Es könnte jedoch auch angezeigt sein, den psychisch labilen Verwandten in Unkenntnis zu belassen, um ihn nicht mit der Information zu belasten und damit die Gefahr schwerwiegender psychischer Folgen zu vermeiden.

Teilweise entspräche eine Pflicht zur Informationsweitergabe also dem Telos der therapeutischen Information, teilweise widerspräche sie ihm. Sie würde also zumindest in einigen Fällen ihr eigenes Ziel verfehlen und kann der Komplexität, der aus den genetischen Daten resultierenden Erkenntnisse schlichtweg nicht gerecht werden.

#### b) Wertungen des GenDG, insbesondere das Recht auf Nichtwissen

Eine der therapeutischen Information vergleichbare Regelung enthält das GenDG nicht. Der Diagnoseaufklärung wurde mit § 11 GenDG aber eine eigene Norm zur Mitteilung der Ergebnisse genetischer Untersuchungen und Analysen gewidmet.<sup>1073</sup> Obgleich diese Regelung auf Verstorbene nicht anwendbar ist, sollte der in der Norm zum Ausdruck kommende Wertungsgedanke berücksichtigt werden.

Aus § 11 Abs. 4 GenDG ergibt sich, dass die Entscheidung, ob der Arzt der untersuchten Person das Untersuchungsergebnis mitteilt, vollständig in der Hand des Betroffenen liegt. Die Einwilligung im Vorfeld der Untersuchung bezieht sich nicht nur auf deren Durchführung, sondern gem. § 8 Abs. 1 S. 2 GenDG auch darauf, ob und inwieweit das Untersuchungsergebnis im Nachgang zur Kenntnis zu geben ist. Diese Einwilligung kann jederzeit gem. § 8 Abs. 2 S. 1 GenDG widerrufen werden, woraus gem. § 11 Abs. 4 GenDG das Verbot für den Arzt folgt, der untersuchten Person das Ergebnis mitzuteilen. Abhängig davon, ob die untersuchte Person ihre Einwilligung erteilt oder sie möglicherweise später widerruft, ist der Arzt an diese Entscheidung gebunden.

Bei Diagnosen auf der Grundlage genetischer Daten formuliert der Gesetzgeber also *keine* Aufklärungspflicht. Er berücksichtigt stattdessen die Risiken, die sich aus genetischen Daten ergeben können, indem er die untersuchte Person selbst einschätzen lässt, wie sie mit den Informationen umgehen wird. Sie kann eigenständig beurteilen, ob sie das Risiko psychischer Folgen zugunsten möglicher Vorteile in Kauf nimmt, oder ob sie es vorzieht, in Unwissenheit zu bleiben.

---

1073 Siehe dazu bereits S. 147 ff.

Die Annahme einer ärztlichen Aufklärungspflicht aus § 630c Abs. 2 BGB würde dieser Wertung zuwiderlaufen. Statt dem Verwandten selbst die Entscheidung zu überlassen, wie er mit den Erkenntnissen umgeht, würden ihm diese aufgedrängt werden. Sein Recht auf Nichtwissen, das bspw. im Widerruf der Einwilligung bis zur Mitteilung der Erkenntnisse Ausdruck findet, würde damit vollständig unberücksichtigt bleiben. Es widerspräche somit den speziell für genetische Daten getroffenen Wertungen des Gesetzgebers, ein Offenbarungsgebot aus der Aufklärungspflicht des Arztes herzuleiten.

## 5. Zusammenfassung

Es sprechen im Ergebnis die besseren Gründe dafür, dass sich aus der allgemein-medizinrechtlichen Informations- bzw. Aufklärungspflicht – insbesondere aus § 630c und § 630e BGB – *keine* Pflicht für den Arzt ergibt, Verwandte über drittrelevante genetische Erkenntnisse zu informieren.

## IV. Offenbarungspflicht aus sonstigen vertraglichen Pflichten

Denkbar wäre weiterhin, dass sich eine Offenbarungspflicht aus einem Behandlungsvertrag zwischen dem Arzt und dem betroffenen Verwandten ergeben könnte. Notwendige Prämisse für die Ausführungen dieses Abschnitts ist, dass ein solches Vertragsverhältnis besteht.

### 1. Offenbarungspflicht als Hauptleistungspflicht

Erster Anknüpfungspunkt für die Grundlage einer Offenbarungspflicht könnte die vertragliche Hauptleistungspflicht sein. So ist der Schuldner aus dem Umkehrschluss von § 241 Abs. 1 BGB verpflichtet, die vom Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses geforderte Leistung zu erbringen. Für den Behandlungsvertrag ergibt sich der Inhalt dieser (Haupt-)Leistung aus § 630a Abs. 1 BGB. Danach ist der Behandelnde verpflichtet, die versprochene Behandlung vorzunehmen. Den zugehörigen Gesetzesmaterialien lässt sich entnehmen, dass dazu alle Diagnose- und Therapiemaßnahmen gehören, die das Ziel verfolgen, „Krankheiten, Leiden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen nicht körperlicher Natur zu verhüten, zu erkennen, zu

heilen oder zu lindern.“<sup>1074</sup> Eine Offenbarung potenzieller Krankheitsrisiken, die aus den genetischen Daten einer anderen Person abgeleitet werden, stellt keine eigene Maßnahme in diesem Sinne dar. Eine Verpflichtung zur Weitergabe der Informationen folgt somit nicht aus den Hauptleistungspflichten des Behandlungsvertrages. Überdies scheidet die Erwägung des Zustandekommens eines eigens auf die Offenbarung gerichteten Vertrages *sui generis* aus.<sup>1075</sup> Eine solche Vereinbarung hätte – ausgehend davon, dass eine Offenbarung nicht im Sinne des Spenders ist – die Beeinträchtigung seiner Rechtspositionen zum Ziel und würde damit einen unzulässigen Vertrag *zulasten* Dritter darstellen.<sup>1076</sup>

## 2. Offenbarungspflicht als Nebenleistungspflicht

Es ließe sich jedoch erwägen, eine Offenbarungspflicht als vertragliche Nebenleistungspflicht aus dem Kontrakt abzuleiten. Derartige Pflichten stehen in Bezug zur Hauptleistungspflicht und sind darauf gerichtet, diese zu ergänzen und ihr Erreichen zu fördern.<sup>1077</sup> Sie ergeben sich entweder aus dem Gesetz oder aus dem Schuldverhältnis, zumeist über eine (ergänzende) Vertragsauslegung i. S. d. § 157 BGB bzw. aus dem Prinzip von Treu und Glauben, § 242 BGB.<sup>1078</sup> Es bedarf somit nicht zwingend einer Absprache, damit eine solche Pflicht entsteht.

Mit Blick auf die ermittelten Erkenntnisse aus den genetischen Daten gilt es zu bedenken, dass die Diagnosemaßnahmen nicht selbst beim Verwandten durchgeführt werden. Die aus dem Transplantationsverfahren vom Spender bekanntgewordenen Daten könnten aber eine Diagnosevermutung beim Verwandten nahelegen. Damit könnte ein Einbringen dieser Informationen in das bestehende Behandlungsverhältnis dem mit der konkreten Behandlung verfolgten Ziel dienen, bereits bestehenden Beschwerden entgegenzuwirken oder potenziell entstehenden Krankheiten vorzubeugen. Der Eintritt der Hauptleistungspflicht würde dadurch gefördert werden,

---

1074 BT-Drs. 17/10488 S. 17.

1075 *von Bar*, Ärztliche Auskunftspflichten und Offenbarungspflichten, S. 132.

1076 Zur Unzulässigkeit von Verträgen *zulasten* Dritter siehe BVerfGE 73, 261 (Rn. 31); *Klumpp*, in: Staudinger-BGB, Vor §§ 328 ff. Rn. 54 m. w. N.

1077 *Looschelders*, SchuldR-AT, § 1 Rn. 12; *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, § 13 Rn. 11; *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 151.

1078 *Looschelders*, SchuldR-AT, § 1 Rn. 12; *Mansel*, in: Jauernig-BGB, § 241 Rn. 9; *Medicus/Lorenz*, SchuldR-AT, § 13 Rn. 11; *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 164 ff.

sodass es naheliegt, die Offenbarung der Informationen als Nebenleistungspflicht aufzufassen.

### 3. Offenbarungspflicht als Nebenpflicht

In Betracht käme zudem, die Offenbarungspflicht mit *Spickhoff* und *von Bar* als *Nebenpflicht* i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB aufzufassen.<sup>1079</sup> Jeder Teil des Vertrages ist danach zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet. Während (Neben-)Leistungspflichten im Zusammenhang mit der konkret vereinbarten Vertragsleistung stehen, ist dieser Bezug bei Nebenpflichten nicht erforderlich. Sie können deshalb bereits im Vorfeld des Vertragsschlusses und nach der Erfüllung bestehen und haben das Integritätsinteresse der Parteien im Blick.<sup>1080</sup> Bedeutsam ist diese Abgrenzung vor allem hinsichtlich der Rechtsfolgen bei eintretenden Leistungsstörungen.<sup>1081</sup>

Vertragliche Nebenpflichten, die häufig auch als Schutz- oder Rücksichtnahmepflichten bezeichnet werden, weisen verschiedene Ausprägungen auf. Zu ihnen gehören unter anderem Informationspflichten.<sup>1082</sup> Diese zeichnen sich dadurch aus, dass dem Empfänger im Falle einer unterbliebenen Mitteilung nicht nur die relevante Information vorenthalten wird, sondern auch sein Recht auf Aufklärung darüber.<sup>1083</sup> Die Mitteilung der Informationen hat also unaufgefordert zu erfolgen und ist im Unterschied zu Pflichten aus § 241 Abs. 1 BGB nicht einklagbar.<sup>1084</sup> Sie verfolgen den Zweck, Ungleichgewichte hinsichtlich der Wissensstände von den Vertragspartnern

---

1079 *Spickhoff*, NJW 2000, 848 (848); *von Bar*, Ärztliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten, S. 132 ff.; *Spickhoff* verweist in diesem Zusammenhang als gesetzliche Grundlage für das Bestehen von Nebenpflichten auf § 242 BGB. Dies ist dem geschuldet, dass im Vorfeld der Schuldrechtsreform noch kein expliziter Verweis auf die Existenz derartiger Obliegenheiten im Gesetz enthalten war. Ihr grundsätzliches Bestehen war jedoch bereits zuvor anerkannt, wobei – wie auch durch *Spickhoff* – auf § 242 BGB als gesetzliche Grundlage rekuriert wurde. Siehe dazu: *Bachmann*, in: MüKo-BGB, § 241 Rn. 55.

1080 *Bachmann*, in: MüKo-BGB, § 241 Rn. 61; *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 153.

1081 *Looschelders*, SchuldR-AT, § 1 Rn. 24 f.; *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 157.

1082 BGH NJW 1997, 3230 (3231); BGH NJW 2010, 3362; diese Pflichten werden teilweise auch als Aufklärungs-, Hinweis-, Offenbarungs-, Anzeige-, Warn- und Überwachungspflichten bezeichnet, *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 437 m. w. N.

1083 *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 439; *Pohlmann*, Aufklärungspflichten, S. 29.

1084 BGH NJW 2021, 2023 (2025); *Bachmann*, in: MüKo-BGB, § 241 Rn. 78; *Olzen*, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 439.

auszugleichen und sollen es der benachteiligten Partei ermöglichen, ihre Interessen zu wahren.<sup>1085</sup> Dieses Bestehen eines *erkennbaren Informationsgefälles*, ist eine der Voraussetzungen für die Entstehung einer Informationspflicht aus § 241 Abs. 2 BGB.<sup>1086</sup> Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Information für die unwissende Partei *entscheidungserheblich* und sie selbst *schutzwürdig* ist. Zudem muss die Auskunftserteilung für die wissende Partei *zumutbar* sein.

Wenn sich aus den Patientenunterlagen für den Arzt nicht ergibt, dass bereits genetische Daten beim Verwandten erhoben wurden, muss er davon ausgehen, dass dieser bisher keine Kenntnis von den bekanntgewordenen Informationen hat. Damit ist für ihn erkennbar, dass er einen Wissensvorsprung vor ihm hat. Dass die Erkenntnisse für den Verwandten entscheidungserheblich sind, folgt aus den mit ihnen verknüpften Handlungsmöglichkeiten. Dabei ist die Bedeutung der Information umso höher einzuordnen, je stärker sie die Rechtsgüter der unwissenden Partei berührt.<sup>1087</sup> Je höher also die aus den Daten abgeleitete Erkrankungswahrscheinlichkeit ist, desto stärker muss der Arzt davon ausgehen, dass die Information für den Verwandten von Belang sein könnte. Problematisch ist insoweit das Recht auf Nichtwissen, das darauf abzielt, die Erkenntnisse gerade nicht zu erfahren. Insoweit sei allerdings auf die obige intrapersonelle Interessenabwägung verwiesen, dass jedenfalls bei vermeidbaren oder behandelbaren Erkrankungen von einem Überwiegen des Informationsinteresses auszugehen ist.<sup>1088</sup> Bei derartigen Krankheitsbildern wird der Arzt also bei einer signifikanten Wahrscheinlichkeit von einer Entscheidungserheblichkeit auszugehen haben. Die Schutzwürdigkeit der unwissenden Partei ist durch das Informationsgefälle grundsätzlich gegeben. Sie kann aber entfallen, wenn Rechtspositionen der anderen Vertragspartei oder Dritter einer Informationserteilung entgegenstehen.<sup>1089</sup> Sofern die tangierten Rechte der

---

1085 Olzen, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 441.

1086 Ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen Olzen, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 447 ff.; Siehe dort auch weitere Nachweise zur Rechtsprechung, die keinen systematisierten Anforderungskatalog aufgestellt hat, sondern unkonkret verlangt, dass die Informationen für den Vertragsschluss der anderen Partei von wesentlicher Bedeutung sind und ihre Mitteilung nach Treu und Glauben erwartbar ist, BGH NJW 2021, 2023 (2025).

1087 Olzen, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 452; explizit bezogen auf das Vermögen des Vertragspartners Pohlmann, Aufklärungspflichten, S. 106.

1088 Siehe dazu S. 197 ff.

1089 Olzen, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 453; Pohlmann, Aufklärungspflichten, S. 106 f.; Stürner, Aufklärungspflicht, S. 368 ff.

unwissenden Vertragspartei jedoch in einer Interessenabwägung überwiegen, kann die Schutzwürdigkeit trotz des Entgegenstehens dieser Rechte gegeben sein.<sup>1090</sup> Auch insoweit lässt sich auf die bereits durchgeführte interpersonelle Interessenabwägung rekurren.<sup>1091</sup> Besteht eine Wahrscheinlichkeit für eine vermeidbare oder behandelbare Erkrankung, überwiegen die Rechtspositionen der Verwandten die übrigen betroffenen Rechte, so dass ein schutzwürdiges Informationsinteresse des Verwandten gegeben ist.

Für die Frage der Zumutbarkeit einer Pflichtenbegründung ist schließlich zwischen der Hinnehmbarkeit einer Haftung für den Arzt im Falle einer Pflichtverletzung und dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit abzuwägen.<sup>1092</sup> Dabei spricht es für die Begründung einer Informationspflicht, wenn die Information Umstände betrifft, die für die unwissende Partei besonders bedeutsam sind. Je gravierender der Umstand und je ausgeprägter der Informationsvorsprung ist, desto eher ist eine Verpflichtung des Arztes anzunehmen.<sup>1093</sup> Betrachtet man die betroffenen Rechtsgüter der Verwandten, ist festzustellen, dass mit dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit im Falle einer unterbliebenen Offenbarung eine besonders bedeutsame Rechtsposition vernachlässigt wird. Diese bestmöglich zu wahren, ist Sinn und Zweck des abgeschlossenen Behandlungsvertrages. Auch wenn die Informationserteilung nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Hauptleistungspflicht in Form einer konkreten Maßnahme steht, betrifft sie aber dieselben Rechtsgüter, denen die Durchführung jener dient.<sup>1094</sup> Es sprechen somit die besseren Gründe dafür, das Haftungsrisiko des Arztes auf die Offenbarung der Informationen zu erstrecken und diese damit als zumutbar anzusehen. Die Voraussetzungen für die Entstehung einer Informationspflicht als vertragliche Nebenpflicht sind damit gegeben.

#### 4. Einordnung der Offenbarungspflicht als Nebenleistungs- oder Nebenpflicht

Wie gezeigt ist es sowohl denkbar, die Offenbarungspflicht als Nebenleistungspflicht oder als Nebenpflicht einzuordnen. Aufgrund der damit ein-

---

1090 von Bar, Ärztliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten, S. 137 f.

1091 Siehe dazu S. 198 ff.

1092 Olzen, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 454.

1093 Bachmann, in: MüKo-BGB, § 241 Rn. 204; Olzen, in: Staudinger-BGB, § 241 Rn. 455.

1094 Teichmann, JA 1984, 545 (547) stellt im Rahmen der Bewertung der Zumutbarkeit ebenfalls auf eine mögliche Gefährdung des Vertragszwecks ab.

hergehenden haftungsrechtlichen Unterschiede sowie den differierenden Möglichkeiten einer Einklagbarkeit, bedarf es jedoch einer konkreten Zuordnung im Einzelfall. Diese sollte sich daran orientieren, welchem Interesse die Erfüllung der Pflicht dient. Stehen die Informationen in konkretem Zusammenhang mit der nach dem Vertrag geschuldeten Maßnahme und der dadurch zu ermittelnden oder bereits behandelten Erkrankung, besteht ein Zusammenhang zur vertraglichen Hauptleistungspflicht. Folglich ist die Verpflichtung in diesen Konstellationen als *Nebenleistungspflicht* anzusehen. Fehlt es hingegen an einem solchen Zusammenhang, dient die Offenbarung nicht der vertraglich vereinbarten Behandlung, sondern dem Integritätsinteresse der Verwandten an der Erhaltung der Gesundheit. Unter diesen Umständen ist sie als Nebenpflicht einzuordnen.

## 5. Kritik: Wertungswiderspruch zu § 11 GenDG

Der Begründung einer Verpflichtung aus dem Behandlungsvertrag steht jedoch zumindest teilweise der in § 11 GenDG zum Ausdruck kommende Wertungsgedanke entgegen.<sup>1095</sup> Aus der Norm ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Mitteilung der Ergebnisse genetischer Untersuchungen und Analysen nur unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig erachtet. So wird in § 11 Abs. 1 GenDG bestimmt, dass nur die verantwortliche ärztliche Person – also gem. § 3 Nr. 5 GenDG der Arzt, der die genetische Untersuchung vorgenommen hat – oder der Arzt, der die genetische Beratung i. S. d. § 10 GenDG durchgeführt hat, zur Mitteilung berechtigt ist. Zudem ist der Adressatenkreis der Offenbarung beschränkt. Grundsätzlich darf nur der betroffenen Person, ausnahmsweise gem. § 11 Abs. 3 GenDG im Falle einer ausdrücklichen und schriftlichen oder in elektronischer Form vorliegenden Einwilligung auch anderen Personen, das Untersuchungsergebnis mitgeteilt werden. Würde man nun annehmen, dass für Ärzte allgemein aus einer Nebenleistungs- bzw. Nebenpflicht ein Gebot zur Offenbarung folgt, wenn sie Kenntnis von möglicherweise drittrelevanten genetischen Daten haben, würden diese in § 11 GenDG aufgestellten Anforderungen regelmäßig umgangen werden. Eine Nebenleistungspflicht zur Offenbarung lässt sich – unabhängig vom aus § 34 StGB folgenden Offenbarungsrecht – unter Wahrung der in § 11 GenDG bestimmten Grenzen allenfalls für die in

---

1095 Eine Bindungswirkung für Konstellationen, in denen die untersuchte Person bereits verstorben ist, besteht allerdings nicht. Siehe dazu bereits S. 147 ff.

dieser Norm berechtigten Ärzte annehmen. In diesen Fällen erscheint eine vertragliche Nebenleistungs- bzw. Nebenpflicht als dogmatische Grundlage einer Offenbarungspflicht denkbar. Dem Gedanken der Begründung einer ärztlichen Offenbarungspflicht stehen aber – so viel sei an diesem Punkt vorweggenommen – grundsätzliche Erwägungen entgegen, auf die an späterer Stelle eingegangen wird.<sup>1096</sup>

#### V. Offenbarungspflicht aus den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Sofern zwischen dem Arzt und dem potenziell drittbetroffenen Verwandten kein Behandlungsverhältnis besteht, könnte eine Offenbarungspflicht möglicherweise aus der Beziehung zwischen Arzt und Spender über die Grundsätze eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (VSD) folgen.<sup>1097</sup> Diese zivilrechtliche Konstruktion<sup>1098</sup> führt zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs der vertraglichen Haftung, indem sie in den Vertrag einbezogenen Dritten aufgrund von Sorgfaltspflichtverletzungen eigene Ansprüche zugesteht.<sup>1099</sup>

Als problematisch erweist sich dabei bereits das dafür erforderliche Vertragsverhältnis zwischen Spender und Arzt. Zum einen erscheint das Bestehen eines über den Tod hinauswirkenden (Behandlungs-)vertrags im Vorfeld der Transplantation zu einem Transplantationsmediziner äußerst unwahrscheinlich.<sup>1100</sup> Zum anderen kommt ein Vertragsschluss nach dem Tod des Spenders nicht mehr in Betracht. Es fehlt jedenfalls an der Abgabe einer Willenserklärung von Seiten des Spenders. Selbst falls eine solche bereits zuvor abgegeben worden sein sollte und i. S. d. § 153 BGB der Vertrag noch nach dem Tod zustande kommt, erschließt sich nicht, welchen Inhalt

---

1096 Siehe dazu sogleich auf den S. 263 ff.

1097 Dazu in ähnlichem Zusammenhang bereits *Burgert*, Genetische Beratung, S. 207; *Heyers*, MedR 2009, 507 (510 f.); *Schröter*, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 191 f.

1098 Woraus die Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter resultieren, ist umstritten. Hinsichtlich der Anerkennung des Konstrukts besteht jedoch Einigkeit; *Gottwald*, in: MüKo-BGB, § 328 Rn. 174 ff. m. w. N.

1099 BGH, NJW 2004, 3035 (3037); *Stadler*, in: Jauernig-BGB, § 328 Rn. 19.

1100 Selbst wenn ein solches Vertragsverhältnis bestehen sollte, würde sich die Fortwirkung über den Tod hinaus schwierig gestalten. Der Arzt kann seiner Verpflichtung zur Behandlung nicht mehr sinnvoll nachkommen, wenn der Patient bereits verstorben ist.

dieser sinnvollerweise noch haben sollte. Es liegt somit kein Vertrag vor, in den der Spender einbezogen werden könnte.

Sollte im Einzelfall doch ein Vertrag zu Lebzeiten bestanden haben, dessen Fortwirkung über den Tod hinaus angenommen würde, scheitert die Begründung einer Offenbarungspflicht aus den Grundsätzen des VSD an einer Verwirklichung der dazu entwickelten Voraussetzungen. Erforderlich ist, dass der Verwandte bestimmungsgemäß in gleicher Weise wie der Gläubiger mit den Leistungen des Vertrages in Kontakt kommt (sog. Leistungsnähe).<sup>1101</sup> *Cramer* hat ein Vorliegen dieser Voraussetzung damit begründet, dass bei anderen Familienmitgliedern die genetische Disposition ebenfalls vorliegen könne, sodass die Erkenntnisse sie in vergleichbarer Weise betreffen.<sup>1102</sup> Weder die Besonderheit der Drittwirkung genetischer Daten noch die bloße Familienzugehörigkeit weist aber einen Bezug zur vertraglich vereinbarten Behandlungsleistung zwischen Spender und Arzt auf, weshalb sie die erforderliche Leistungsnähe nicht zu begründen vermag.<sup>1103</sup> Aus den Grundsätzen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter folgt somit keine Offenbarungspflicht für den Arzt.

## VI. Offenbarungspflicht aus deliktsrechtlicher Verkehrssicherungspflicht

Als dogmatische Grundlage eines Offenbarungsgebots könnte daneben eine Verkehrssicherungspflicht in Betracht kommen. Deren Entstehung ist nicht gesetzlich festgeschrieben. In Rechtsprechung und Literatur ist aber anerkannt, dass jemand, der innerhalb seines Verantwortungsbereichs eine Gefahrenquelle schafft, alle ihm zumutbaren Vorkehrungen und Maßnahmen treffen muss, um eine Schädigung Dritter zu vermeiden.<sup>1104</sup> So hat der BGH bspw. entschieden, dass der Arzt durch eine starke Sedierung und die daraus folgende Fahruntüchtigkeit eines Patienten eine Gefahrenquelle

---

1101 BGHZ 49, 350 (354); BGH NJW 2001, 3115 (3116); *Gottwald*, in: MüKo-BGB, § 328 Rn. 188; *Stadler*, in: Jauernig-BGB, § 328 Rn. 24.

1102 *Cramer*, Genom- und Genanalyse, S. 242.

1103 So im Ergebnis auch *Bender*, VersR 2000, 323 (323); *Burgert*, Genetische Beratung, S. 207; *Schröter*, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 191.

1104 BGH VersR 2023, 858 (859 Rn. 13); BGH NJW 2020, 3106 (3107 Rn. 24); BGH NJW 2014, 2104 (2015 Rn. 8); *Ahrens/Spickhoff*, Deliktsrecht, § 14 Rn. 7; *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 823 Rn. 506 m. w. N.

geschaffen hat, sodass er ihn nach einer ambulanten Behandlung daran hindern muss, wieder vorzeitig am Straßenverkehr teilzunehmen.<sup>1105</sup>

Anders verhält es sich beim Umgang mit den genetischen Daten des Spenders. Die Kenntniserlangung des Arztes von diesen Informationen führt nicht dazu, dass er in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft, auf die er Einfluss nehmen kann. Die aus den Erbinformationen potenziell folgenden Erkrankungen sind stattdessen beim Spender bzw. dessen Verwandten seit der Geburt veranlagt, was sich seinem Einfluss entzieht. Somit entsteht schon keine Verkehrssicherungspflicht, aus der sich eine Offenbarungspflicht ableiten lassen könnte.

## VII. Allgemeine Gründe gegen das Bestehen einer Offenbarungspflicht

Neben den bereits erläuterten Gesichtspunkten zu den einzelnen Begründungsansätzen sprechen weitere Aspekte gegen die Herleitung einer Offenbarungspflicht des Arztes.

### 1. Kritik am Erfordernis eines Behandlungsverhältnisses

Für einige der Begründungsansätze kommt es darauf an, dass ein Behandlungsverhältnis zwischen dem Arzt und den Verwandten besteht. Gegen dieses Erfordernis richtet sich grundsätzliche Kritik. Problematisch ist zum einen, dass die Begründung der Pflicht von der zufälligen Arztwahl des Verwandten abhinge.<sup>1106</sup> Zum anderen wird insbesondere in der Transplantationsmedizin nur in Einzelfällen ein Behandlungsverhältnis oder zumindest eine tatsächliche Behandlungsübernahme vorliegen.<sup>1107</sup> Schon deshalb würde eine Offenbarungspflicht nur ausnahmsweise entstehen und damit

---

1105 BGH, VersR 2003, 1126.

1106 *Burgert*, Genetische Beratung, S. 207; *Engländer*, MedR 2001, 143 (144); *Schröter*, Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten, S. 190.

1107 Vorstellbar wäre dies bspw. im Bereich der Ophthalmologie. Während bei der Transplantation von Organen die Ärzte in der Regel Chirurgen sind, die parallel zur Operationspraxis meist keine Arztpraxis mit über längere Zeit bestehenden Arzt-Patienten-Beziehungen führen, nehmen auch niedergelassene Augenärzte mit eigener Praxis Hornhauttransplantationen vor. Es wäre daher nicht von vornherein ausgeschlossen – wohl aber dennoch selten –, dass Verwandte des Spenders zufällig ebenfalls beim transplantierenden Augenarzt in Behandlung sind und somit ein Arzt-Patientenverhältnis und damit einhergehend ein Behandlungsvertrag besteht.

eine Sonderbehandlung von Einzelkonstellationen verlangen. Für den Arzt stellt sich dadurch die Herausforderung, einzuschätzen, ob das Verhältnis zu einer Person bereits als Behandlungsverhältnis zu bewerten ist oder ob es sich dabei lediglich um einen vorgelagerten, generell sporadischen oder einmaligen Kontakt wie bspw. bei der Befragung des Angehörigen nach der Organspenderbereitschaft des potenziellen Spenders i. S. d. § 4 Abs. 1 TPG handelt. Zusätzlich zu der für ihn mit Unsicherheiten belasteten Frage, ob die Voraussetzungen von § 34 StGB in der konkreten Situation vorliegen, müsste er im Falle einer Pflicht auch die Form bzw. Intensität des Verhältnisses zum jeweiligen Verwandten bewerten. Dies mag beim eindeutigen Bestehen eines Behandlungsvertrages keine Herausforderung darstellen. In Grenzfällen, in denen die Sachlage weniger offensichtlich ist, kann dies aber zu Unsicherheiten führen und Angst im Hinblick auf eine mögliche Haftung begründen.

## 2. Abweichung von der üblichen Regelungssystematik

Weiterhin spricht gegen die Begründung einer Pflicht, dass ärztliche Offenbarungspflichten, bei denen aus ärztlicher Sicht die Verletzung der Schweigepflicht zumindest anzunehmen ist, üblicherweise gesetzlich festgeschrieben sind.<sup>1108</sup> So ergibt sich bspw. aus §§ 6, 7 IfSG, bei welchen Krankheiten der Arzt zu einer Meldung an das Gesundheitsamt verpflichtet ist oder aus § 11 Abs. 4 S. 4 TPG, dass die Entnahmekrankenhäuser Daten an die Koordinierungsstelle weitergeben müssen. Im Rahmen des Strafrechts hat der Gesetzgeber mit den §§ 138, 139 Abs. 3 S. 2 StGB enge Grenzen dafür gesetzt, in welchen Fällen der Arzt eine Information preisgeben muss und damit von der Schweigepflicht befreit ist. Dieser Umstand schließt nicht von vornherein aus, dass ungeschriebene Offenbarungspflichten begründet werden können. Versetzt man sich jedoch in die Perspektive des Arztes, bedeutet die Annahme einer Offenbarungspflicht, die nicht auf einer ausdrücklichen Norm beruht, enorme Rechtsunsicherheit. Im Grunde wird er von seiner Gebundenheit an die ärztliche Schweigepflicht ausgehen. Von ihm zu fordern, dass er sich in Ausnahmefällen der Entstehung einer diametral in die andere Richtung weisenden Offenbarungspflicht gewahrt wird, würde in praktischer Hinsicht kaum erfüllbare Erwartungen an ihn stellen.

---

<sup>1108</sup> So bereits *Vogels*, MDR 1999, 1445 (1445).

### 3. Vollständiges Zurücktreten der ärztlichen Berufs- und Therapiefreiheit

Eine Offenbarungspflicht würde dem Arzt grundlegend vorschreiben, wie er sich bei der Kenntniserlangung von genetischen Daten im Hinblick auf die Verwandten zu verhalten hat. Dies würde ihm die Ausübung seiner aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Berufs- und Therapiefreiheit vollständig verwehren. Eine Einschränkung der Rechtsposition ist zwar gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch oder aufgrund eines Gesetzes möglich. Der darin angeordnete, einfache Gesetzesvorbehalt<sup>1109</sup> verlangt aber ein formell sowie materiell verfassungsmäßiges Gesetz,<sup>1110</sup> das *de lege lata* im Hinblick auf die konkrete Fragestellung nicht besteht.

### 4. Risiko der Konfrontation des Arztes mit Schmerzensgeldansprüchen

Hinzu kommt das Risiko für den Arzt, trotz einer durchgeführten Offenbarung wegen einer Verletzung des Rechts auf Nichtwissen mit Schmerzensgeldansprüchen konfrontiert zu werden.<sup>1111</sup> Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist als „sonstiges Recht“ i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt,<sup>1112</sup> womit anzunehmen ist, dass seine Ausprägung im Recht auf Nichtwissen ebenfalls deliktsrechtlichen Schutz erfährt. Obwohl § 253 Abs. 2 BGB Persönlichkeitsrechte nicht explizit aufführt, ist nach ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass eine Verletzung dieser Rechtsposition zu immateriellen Ersatzansprüchen führen kann.<sup>1113</sup> Explizit zu einer Ersatzpflicht bei der Verletzung des Rechts auf Nichtwissen hat sich der BGH bisher nicht geäußert.<sup>1114</sup> Es bleibt aber zumindest zu befürchten, dass derartige Ansprüche auf den Arzt zukommen könnten, wenn der Verwandte eine Information

---

1109 BVerfGE 54, 237 (246); *Wollenschläger*, in: Dreier-GG, Art. 12 Rn. 95.

1110 BVerfGE 130, 131 (142); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth-GG*, Art. 12 Rn. 39; *Wollenschläger*, in: *Dreier-GG*, Art. 12 Rn. 96.

1111 *Burgert*, *Genetische Beratung*, S. 206.

1112 BGHZ 13, 334 (338); *Retzlaff*, in: *Grüneberg-BGB*, § 823 Rn. 19; *Wagner*, in: *MüKo-BGB*, § 823 Rn. 465 ff.

1113 BGHZ 35, 363 (366 ff.); BGHZ 39, 123 (133); BGHZ 128, 1 (15); BVerfGE 34, 269.

1114 In der zum Recht auf Nichtwissen prominenten Entscheidung hat er mangels Betroffenheit der Klägerin in eigener Rechtsposition offengelassen, ob ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB wegen einer Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Ausprägung des Rechts auf Nichtwissen besteht; BGH NJW 2014, 2190 (2149 f.).

nicht gewünscht hat und sie ihm damit vom Arzt, in dem Bestreben, seiner Offenbarungspflicht nachzukommen, aufgedrängt worden ist.<sup>1115</sup>

## 5. Mögliche Verpflichtung zulasten des Verwandten

Daneben erscheint es im Hinblick auf die betroffenen Rechtspositionen problematisch, einen Arzt zu einer Handlung zu verpflichten, die mitunter zu einer Verletzung des Rechts auf Nichtwissen und damit zu Nachteilen bei einer anderen Person führen kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn man bei der Begründung einer Pflicht von einer Differenzierung nach der Vermeidbarkeit und Behandelbarkeit der Erkrankung absehen würde.<sup>1116</sup>

## 6. Erhöhte Gefahr negativer Auswirkungen auf die psychische Gesundheit des Verwandten

Eine weitere Problematik ergibt sich daraus, dass dem Arzt mit der Begründung einer Pflicht die Möglichkeit genommen würde, selbst einzuschätzen, ob er dieser Aufgabe gewachsen ist und ggf. fundierte Auskünfte zu Rückfragen seines Patienten geben kann. Unsicherheiten und daraus resultierende Ängste können möglicherweise Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit nach sich ziehen. Diese lassen sich am besten dadurch vermeiden, dass die betroffene Person unmittelbar bei der Mitteilung genetischer Risiken sämtliche für sie relevante Informationen erhalten kann. Weniger spezifisch aber mit einer vergleichbaren Begründung liegt es bei der ärztlichen Aufklärungspflicht: Diese muss gem. § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB mündlich durch einen Arzt erfolgen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Patient die Möglichkeit hat, Rückfragen zu stellen sowie Einwände vorzubringen und zu diskutieren.<sup>1117</sup>

Dem Problem könnte damit begegnet werden, dass der Arzt die Aufgabe der Ergebnisoffenbarung einem spezialisierten Arzt überträgt. Ob er damit seiner Offenbarungspflicht nachkommen würde, bliebe mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung aber unklar. Zudem stand der Arzt, der über den Umgang mit den genetischen Daten entscheiden muss, in der Regel

---

1115 So bereits *Burgert*, Genetische Beratung, S. 206.

1116 *Burgert*, Genetische Beratung, S. 206.

1117 BT-Drs. 17/10488 S. 24; *Gutmann*, in: Staudinger-BGB, § 630e Rn. 105; *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 630e Rn. 62; *Weidenkaff*, in: Grüneberg-BGB, § 630e Rn. 11.

bisher *nicht* mit den Verwandten in Kontakt. Es lässt sich für ihn deshalb nicht einschätzen, wie der jeweilige Angehörige die erteilten Informationen aufnehmen wird. Denkbar ist, dass der Verwandte die Information ohne Auswirkungen auf seine Psyche auffasst und zu seinem Vorteil nutzt. Es besteht aber auch die gegenteilige Option, dass die Informationen zu psychischen Belastungen führen und das zukünftige Leben und die Gesundheit des Verwandten negativ prägen. Die Unsicherheit, die mit Aussagen auf der Grundlage (nicht eigener) genetischer Daten einhergeht, führt eher noch zu einer Steigerung dieses Risikos, da der Verwandte die Erkrankungswahrscheinlichkeiten in seiner Zukunftsplanung nicht mehr ausblenden, sie aber auch nicht sicher mit einkalkulieren kann. Es kann somit sowohl ein schützenswertes Interesse bestehen, die Informationen zu erhalten als auch vor ihrer Kenntnis bewahrt zu werden. Letzteres Interesse ist in dieser Konstellation höher einzuschätzen als bei typischen Aufklärungssituationen in einem bestehenden Arzt-Patienten-Verhältnis. Zu dem Umstand, dass die Informationen eine hohe Tragweite haben, kommt hinzu, dass der Verwandte keinerlei Vorahnung hat und die Erkenntnisse für ihn mangels eigener vorhergehender Untersuchung gewissermaßen „aus dem Nichts“ kommen. Es erscheint aus diesen Gründen nicht sachgerecht, mit der Begründung einer Offenbarungspflicht nur das Interesse an einer Informationsmitteilung zu erfassen, das gegenteilige Interesse aber vollständig auszublenden.

## 7. Widerspruch zum intendierten Rechtsgüterschutz

An früherer Stelle wurde bereits gezeigt, dass die ärztliche Schweigepflicht zumindest auch dem Individualrechtsschutz dient.<sup>1118</sup> Darüber hinaus ist anzunehmen, dass sie zumindest reflexartig Allgemeininteressen schützt. Die Geheimhaltung von persönlichen Informationen ermöglicht die Entstehung einer Vertrauensbasis zwischen dem Arzt und seinen Patienten, die grundlegend für das ärztliche Handeln ist.<sup>1119</sup> Nur so wird der Arzt alle für eine zielgerichtete Behandlung erforderlichen Informationen erhalten, sodass die Heilungschancen erhöht werden und damit aus gesamtgesellschaftlicher Sicht eine leistungsfähige Gesundheitsfürsorge besteht.<sup>1120</sup> Eine Offenbarungspflicht würde diese Vertrauensbeziehung gefährden bzw.

---

1118 Siehe dazu S. 220 f.

1119 BVerfGE 32, 373 (380).

1120 BVerfGE 32, 373 (380).

bereits ihrer Begründung im Wege stehen und damit sowohl im Hinblick auf die geschützten Individualrechtsgüter als auch hinsichtlich der Allgemeininteressen zu negativen Auswirkungen führen.<sup>1121</sup> Da der Patient damit rechnen muss, dass von ihm an den Arzt erteilte Informationen von diesem ggf. weitergegeben werden *müssen*, ist es aus seiner Sicht naheliegend, besonders sensible und intime Informationen nicht in das Behandlungsverhältnis einzubringen.

Im Hinblick auf eine *postmortal* durchgeführte Transplantation besteht eine Gefährdung der Vertrauensbeziehung mit Auswirkungen auf den Heilungsprozess zwar nicht mehr. Da der Arzt aber Zugriff auf bestehende Patientenakten erhält, verbleibt aus Spendersicht das Risiko, dass ehemals erhobene Daten gegen seinen Willen an Dritte weitergegeben werden müssen. Dieser Gedanke könnte potenzielle Spender dazu bewegen, von ihrer Spendebereitschaft Abstand zu nehmen, sodass sich die Anzahl an zur Verfügung stehenden Organen verringern würde. Im Hinblick auf das Allgemeininteresse an einem funktionierenden Transplantationswesen würden sich durch die Begründung einer Pflicht somit negative Auswirkungen ergeben.

Zeitgleich würde eine geringere Spenderanzahl bedeuten, dass weniger Spender untersucht und infolgedessen weniger drittrelevante genetische Daten in diesem Zuge ermittelt werden. Viele Menschen würden gar nicht erst in die Position gebracht, dass sie Verwandte eines Spenders sind, in dessen Transplantationsverfahren sie betreffende Daten ermittelt wurden. Die Begründung einer Pflicht würde damit in quantitativer Hinsicht mittelbar zu einem geringeren Schutz von Individualinteressen führen.

## VIII. Zusammenfassende Bewertung

Abschließend ist festzuhalten, dass sämtliche Lösungsansätze zur Begründung einer Pflichtenstellung des Arztes konstruiert wirken und den Eindruck erwecken, dass vom Ergebnis her argumentiert wird. So lassen sich dem Gesetz keine konkreten Rechtsgrundlagen entnehmen, sondern es werden Rechtsgrundsätze oder Generalklauseln herangezogen. Problematisch daran ist, dass der Arzt die ihn treffende Verpflichtung aus dem Gesetz selbst nicht ohne Weiteres entnehmen kann. Angesichts dessen, dass für ihn persönlich aber harte Konsequenzen bei einer Pflichtverletzung drohen, erscheint dies nicht hinnehmbar. Stattdessen bedarf es – sofern man

---

1121 So bereits *Linoh*, Der rechtfertigende Notstand im Medizinrecht, S. 207 f.

den Arzt in die Pflicht nehmen möchte – einer ausdrücklichen Regelung, deren Missachtung man dem Arzt ggf. aufrichtig vorwerfen könnte. Solange eine solche nicht besteht, erscheint es aufgrund des Überwiegens der Rechtsgüter von den Verwandten zwar nachvollziehbar, eine Information durch den Arzt zu verlangen. Es verkörpert jedoch ein unzumutbares Übel, letzteren zivil- und strafrechtlichen Haftungsrisiken auszusetzen, die für ihn selbst durch bloße Gesetzeslektüre nicht ersichtlich sind. Eine Offenbarungspflicht besteht somit *de lege lata* nicht.

### C. Ergebnis

Als Ergebnis der Analyse ist festzuhalten, dass der Arzt *de lege lata* dazu berechtigt ist, den Verwandten die genetischen Erkenntnisse zu offenbaren, wenn aus ihnen die Möglichkeit einer Disposition des Verwandten für eine vermeidbare oder behandelbare Erkrankung hervorgeht. Eine diesbezügliche Pflicht besteht für ihn nicht. Bei allen übrigen Dispositionen gilt die datenschutzrechtliche Regelung des § 14 Abs. 2 TPG sowie die ärztliche Schweigepflicht, insbesondere aus § 203 Abs. 1 StGB. Eine Offenbarung der genetischen Erkenntnisse ist dem Arzt dadurch untersagt.