

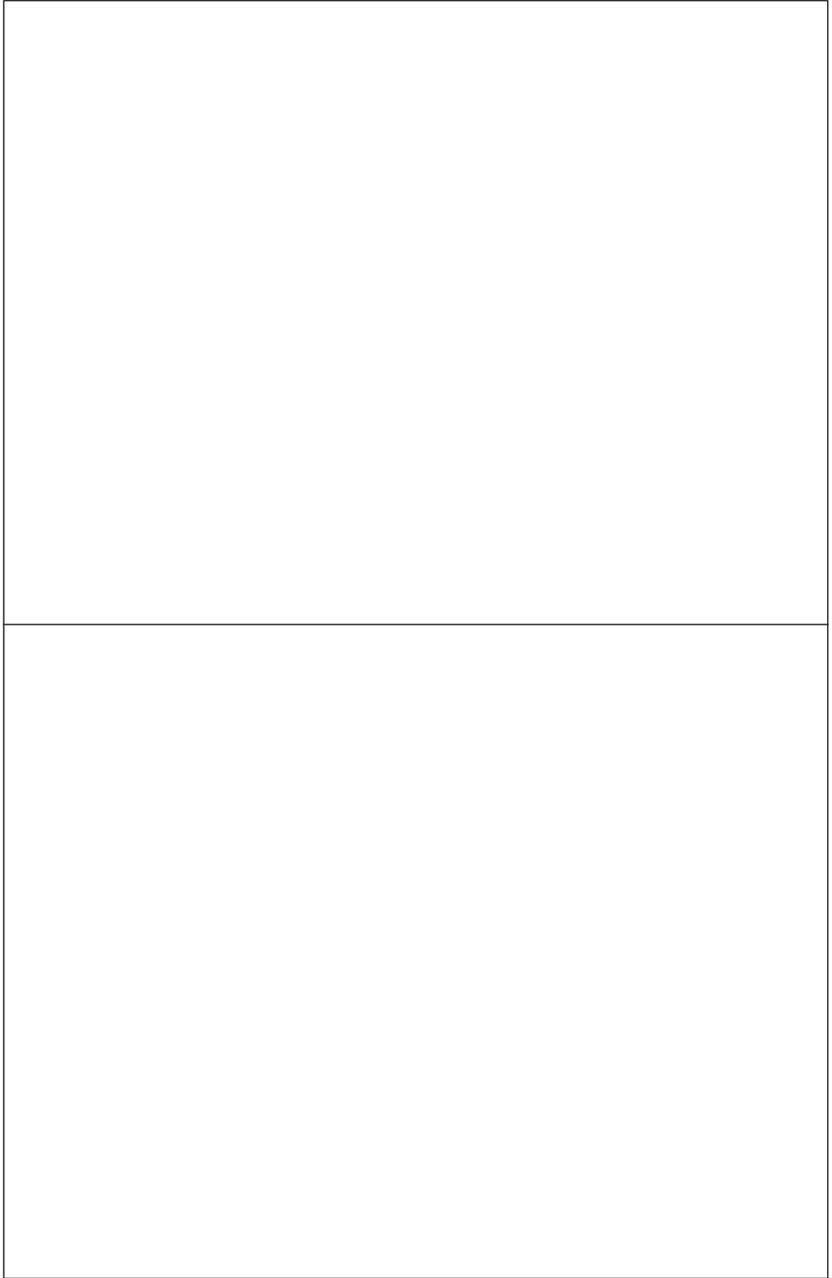
AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.)

Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht

11. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag



Nomos



Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im
Deutschen Anwaltverein, Berlin
Institut für Rechtsfragen der Medizin, Düsseldorf (Hrsg.)

Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht

11. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag



Nomos



Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht



Institut für Rechtsfragen
der Medizin Düsseldorf

Die **Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8398-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-2819-5 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Am 21. November 2020 fand der von der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein (DAV) und dem Düsseldorfer Institut für Rechtsfragen der Medizin (IMR) gemeinsam ausgerichtete 11. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag in virtueller Form statt. Die Referenten widmeten sich aktuellen Brennpunkten des Medizin- und Arztstrafrechts. Die Referate werden auch in diesem Jahr in einem Tagungsband dokumentiert und damit der Fachöffentlichkeit zugänglich gemacht.

Den Auftakt macht Prof. Dr. *Gunnar Duttge* mit seinem Beitrag „Update im Medizinstrafrecht – Entscheidungen, Tendenzen“, der das Spannungsfeld von Selbstbestimmung und Lebensschutz betrifft. Der Referent widmet sich zunächst dem Themenbereich des assistierten Suizids mit einer Würdigung der Kernaussagen aus der Entscheidung des BVerfG zur Nichtigkeit des § 217 StGB (a.F.). An diese Darstellung knüpft *Duttge* eine kritische Analyse, in deren Rahmen das Bestehen eines Rechtsanspruchs auf rechtssichere Suizidassistenz, die Freiverantwortlichkeit der Suizidentcheidung und die Ausgestaltung der ärztlichen Mitwirkung an der Umsetzung eines Suizidwunsches hinterfragt werden. Anschließend gibt *Duttge* einen Ausblick auf eine mögliche Neuregelung der Suizidhilfe. Im Anschluss folgt eine Betrachtung des strafrechtlichen Lebensschutzes in der Geburtshilfe. Anlass für ein Update zu diesem Themenfeld bot eine – durch den BGH (5 StR 256/20) im Schuldspruch bestätigte – Entscheidung des LG Berlin zur Strafbarkeit der Tötung eines Zwillings durch zwei Ärzte nach Eröffnung des Uterus im Rahmen einer Sectio. Das LG Berlin ist der Argumentation, dass der Beginn der Eröffnungswehen lediglich für Einzelschwangerschaften bzw. nur für den ersten Zwilling als Beginn des Menschseins gälte, nicht gefolgt. *Duttge* setzt sich kritisch mit der Urteilsbegründung auseinander und erläutert den Stand zur Diskussion über die Abgrenzung von Fötus und Mensch. In den Mittelpunkt der Betrachtung stellt *Duttge* die Frage nach dem Rechtsgrund für die Differenzierung, der im geltenden Recht die Äußerlichkeit des Körperbezugs von Einwirkungen betreffe. Eine subjektivierende Interpretation, die den Lebensschutz an den Willen der Beteiligten binde, sei hingegen abzulehnen. *Duttge* thematisiert schließlich die strafrechtliche Einordnung der Triage in Zeiten von COVID-19. Er behandelt die Frage, welche Auswahlkriterien generell herangezogen werden könnten und untersucht, ob auch potenziell diskriminierende Kategorien (etwa das Lebensalter) zulässig sein können. Abschlie-

ßend beleuchtet *Duttge* die Möglichkeit einer Übertragung der zur ex ante-Triage gefundenen Ergebnisse auf die ex post-Triage.

Der „Vertretung von Unternehmen und Zeugen im Medizinstrafverfahren“ widmet sich anschließend Rechtsanwalt Dr. *Ulrich Leimenstoll*. Einleitend skizziert *Leimenstoll* verschiedene Szenarien, in denen ein Unternehmen von Strafverfahren betroffen sein könnte – etwa als Geschädigter oder bei unmittelbarer Beteiligung, wenn die Festsetzung einer Verbandsgeldbuße gemäß § 30 OWiG oder eine Einziehungsbeteiligung (§ 424 StPO) in Betracht käme. Die Frage einer unmittelbaren Beteiligung von Unternehmen am Strafverfahren hänge nach seiner Erfahrung in der Praxis (bislang) stark von der Art der Anknüpfungstat ab (Delikt gegen die Person oder gegen das Vermögen etc.). Sodann richtet *Leimenstoll* den Blick auf die Kernelemente des VerSanG-Entwurfs, der u.a. eine beschuldigtenähnliche Stellung des Verbands vorsehe. Im Hinblick auf das Arztstrafrecht diskutiert er die Erforderlichkeit einer einschränkenden Auslegung des § 3 VerSanG-E. Bezüglich der Ziele der Unternehmensverteidigung seien etwaige außerstrafrechtliche Folgen zu berücksichtigen. In Bezug auf die Ausrichtung der Verteidigungsziele auf das Unternehmensinteresse werden neben Fragen der Kooperation mit Ermittlungsbehörden und Verteidigungsansätzen auch interne Untersuchungen diskutiert. Daran anschließend widmet sich *Leimenstoll* den Zeugenrechten und -pflichten im Strafverfahren. Nach der Skizzierung der Rechtsprechung des BVerfG zum Zeugenbeistand folgt eine Konkretisierung auf das Medizinstrafverfahren. *Leimenstoll* betrachtet weiterhin drohende Interessenkonflikte (bei gleichzeitiger Vertretung von Unternehmen und Zeugen) und verweist auf ein mögliches Spannungsverhältnis von Unternehmensverteidigung und internal investigations.

Im Anschluss untersucht Prof. Dr. Dr. *Eric Hilgendorf* „strafrechtliche Risiken im Zusammenhang mit der Digitalisierung der Medizin“. Einleitend verweist *Hilgendorf* auf den Digitalisierungsschub durch die Corona-Pandemie. Unter dem Stichwort „E-Health“ zeichnet der Beitrag die Entwicklung der Digitalisierung im Gesundheitswesen von den Anfängen der Telemedizin bis hin zum Einsatz von Künstlicher Intelligenz nach und gibt einen Ausblick auf zukünftige technische Lösungen und deren Einsatz im Gesundheitswesen. Es folgen zahlreiche Anwendungsbeispiele von der elektronischen Patientenakte bis zum Telemonitoring sowie die Erläuterung des technischen Hintergrunds der Digitalisierung im Gesundheitswesen. Sodann betrachtet *Hilgendorf* spezielle Anwendungen digitaler bzw. technischer Lösungen, etwa die personalisierte Medizin oder den Einsatz medizinischer KI, unter Darstellung der Vorteile solcher Lösungen. Strafrechtlich relevante Themenfelder wie Aspekte der Cyberkriminalität, des Datenschutzes und der Herstellerhaftung bei lernfähigen autono-

men Systemen sowie die Frage nach der Reichweite des strafrechtlichen Vertrauensgrundsatzes werden herausgearbeitet. Abschließend betrachtet *Hilgendorf* anhand eines Fallbeispiels die Strafbarkeit von Anbietern und Abnehmern von Nutzerdaten, die der Betreiber einer zum Austausch insbesondere kranker Menschen dienenden Plattform auswertet und an interessierte Unternehmen veräußert.

Den „Erfahrungen zu dem sozialrechtlichen Verbot der Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten gemäß § 128 SGB V und den Auswirkungen auf Ärzte, Kammern und Ermittlungsbehörden“ widmet sich Prof. Dr. *Karsten Scholz*. *Scholz* stellt zunächst die Reformen des § 128 SGB V im Überblick dar und systematisiert diese in Bezug auf die in der Vorschrift enthaltenen Verbote. Sodann folgt eine Analyse der sog. „Hanserad“-Entscheidung des BGH (5 StR 46/17), in deren Kontext insbesondere die personale Reichweite des § 128 SGB V und der aus Schutzzweckerwägungen resultierende Verlust des Zahlungsanspruchs zu beachten seien. *Scholz* verweist außerdem darauf, dass auch mittelbare, über gesellschaftsrechtliche Beteiligungen entstandene Vorteilsbeziehungen von § 128 SGB V erfasst seien. In der anschließenden Darstellung des Depotverbots des § 128 Abs. 1 SGB V untersucht *Scholz*, unter welchen Voraussetzungen von einem hinreichenden räumlichen Zusammenhang zwischen den Praxisräumlichkeiten und dem Depot auszugehen wäre. Ebenso wird der Begriff der Abgabe eingehend beleuchtet. Einen weiteren Schwerpunkt bildet das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt, das unter Berücksichtigung berufsrechtlicher und sozialrechtlicher Vorgaben konkretisiert wird. *Scholz* untersucht außerdem, inwieweit aus bestehenden Zuwendungsverböten entsprechende Beteiligungsverbote resultierten. *Scholz* macht sodann die Notwendigkeit wertender Konkretisierungsleistungen anhand von § 30 MBO-Ärzte deutlich: Das Verbot der gleichzeitigen Ausübung mehrerer beruflicher Tätigkeiten sei nur zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig, sodass zu berücksichtigen sei, ob begründete Zweifel an der Unabhängigkeit eines Arztes bestünden. Hierbei sei etwa das Verhältnis von Verordnung zu Unternehmergewinn in den Blick zu nehmen. Im Schlussteil befasst sich *Scholz* mit dem Schutz der freien Apothekenwahl durch § 11 ApoG und betrachtet aktuelle, sich aus dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur digitalen Modernisierung von Versorgung und Pflege v. 16.11.2020 ergebende Herausforderungen für die Leistungserbringer im Gesundheitswesen.

Im Anschluss untersucht Rechtsanwalt Dr. *Ingo Pflugmacher* „MVZ-Konstruktionen als Strafbarkeitsrisiko“. Der Vortrag gliedert sich in die Betrachtung der Risiken bei Gründung, im Betrieb und bei Verkauf. Strafbarkeitsrisiken ergäben sich aus der komplexen Binnenstruktur sowie einer

ggf. ungeklärten Rechtslage in Sozial- und Berufsrecht. Vor diesem Hintergrund steht zunächst die Gründereigenschaft gemäß § 95 Abs. 1a SGB V im Mittelpunkt des Vortrags, die auch mit Ausblick auf die Entscheidung des BGH zum „Strohmannesatz“ (5 StR 558/19) betrachtet wird. Hierzu thematisiert *Pflugmacher* die Voraussetzungen und zahlreichen Fallkonstellationen eines Gestaltungsmissbrauchs. Ein Gestaltungsmissbrauch sei bei einem Verstoß gegen den Grundsatz der Verbandssouveränität anzunehmen, der eine Primärzuständigkeit für die Leitung des Verbands durch die Gesellschafter vorsehe. In der Betriebsphase des MVZ könnten sich angesichts der verpflichtenden Angabe der zugemessenen Arbeitszeit bei dem Antrag auf Genehmigung des MVZ strafrechtliche Risiken im Hinblick auf die Arbeitszeitenregelung von angestellten Ärzten stellen. Weiterhin wird das Erfordernis, nach Verzicht auf die Zulassung zugunsten einer Anstellungsgenehmigung den Willen zu dreijähriger angestellter Tätigkeit des Verzichtenden zu belegen, thematisiert. Weitere Fehlerquellen lägen in der Abgabe unrichtiger Sammelerklärungen und in den Modalitäten variabler Vergütungen. Das Stadium des Verkaufs wird abschließend unter dem Gesichtspunkt vertraglicher Garantieerklärungen behandelt.

Zu „Unternehmenssanktionen im Gesundheitswesen“ referiert Rechtsanwalt Dr. med. *Mathias Prieuer*. Nach einem Überblick zur Genese des ein Verbandssanktionengesetz (VerSanG) umfassenden Gesetzgebungsvorhabens widmet sich der Vortrag vertieft den darin vorgesehenen Beendigungsszenarien eines Verbandssanktionsverfahrens. Es wird herausgestellt, dass die Verbandsgeldsanktion nicht alternativlos ist. Davon ausgehend stellt *Prieuer* mögliche Konsequenzen des VerSanG-Entwurfs auf Verbände (u.a. Gemeinschaftspraxen, MVZ und Krankenhäuser) im Gesundheitswesen vor und legt dann den Schwerpunkt auf die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung (§ 14 VerSanG-E). Der Vortrag zeigt mögliche Auslegungen dieser Regelung auf und identifiziert sie anhand einer detaillierten Normanalyse nicht als Sanktion, sondern als neuartiges Regelungskonzept, das eine normspezifische Auslegung erfordert. Anschließend beleuchtet *Prieuer* zahlreiche offene, an § 14 VerSanG-E zu richtende Fragen, wie die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „große Zahl von Geschädigten“ oder mögliche Kriterien für die Ermessensausübung und die Art der Veröffentlichung. Neben der Einbeziehung verfassungsrechtlicher Wertungen verweist *Prieuer* auf bestehende Konzepte des BVerfG zur Öffentlichkeitsinformation. Die Frage, ob die Anordnung der öffentlichen Bekanntmachung der Verurteilung eines Verbands aus dem Gesundheitswesen an besondere Voraussetzungen zu knüpfen wäre, begutachtet er unter Rückgriff auf § 60 Abs. 3 Heilberufsgesetz NRW und unter Einbeziehung

der besonderen Betroffenheit von Heilberufsangehörigen, die sich aus der besonderen Bedeutung von Vertrauen ergibt.

Mit der Publikation dieser Beiträge hoffen die Veranstalter, den Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis über Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts weiter zu fördern.

Düsseldorf, den 04. August 2021



Prof. Dr. Helmut Frister



Prof. Dr. Martin Stellpflug

Inhalt

Update im Medizinstrafrecht - Entscheidungen und Tendenzen - <i>Gunnar Duttge</i>	13
Die Vertretung von Unternehmen und Zeugen im Medizinstrafverfahren <i>Ulrich Leimenstoll</i>	41
Auf dem Weg zu einer digitalen Transformation der Medizin. Rechtlicher Rahmen und strafrechtliche Herausforderungen <i>Eric Hilgendorf</i>	71
Erfahrungen zu dem sozialrechtlichen Verbot der Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten (§ 128 SGB V) <i>Karsten Scholz</i>	97
MVZ als Strafbarkeitsrisiko <i>Ingo Pflugmacher</i>	119
Neues zur Sanktionierung von medizinischen Einrichtungen. Die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung von Gemeinschaftspraxis, MVZ, Krankenhaus & Co. <i>Mathias Prieuer / Jonas C. Schulz</i>	129
Autorenverzeichnis	169

Update im Medizinstrafrecht - Entscheidungen und Tendenzen -

*Gunnar Duttge**

I. Die Sonderlage der Corona-Krise

In seinem letztjährigen „Update“ formulierte *Michael Lindemann* für den Nachfolgebund eine Erwartung wie eine konkrete Hoffnung: Es sei angesichts der größten globalen Gesundheitskrise seit Jahrzehnten schlechterdings unvorhersehbar, mit welchen Fragen sich das „Update 2021“ befassen werde – der Inhalt gleiche eher einer „black box“. Es möge jedoch selbst in dunkler Zeit „nicht nur von Schatten, sondern auch von Licht und von Zwischentönen geprägt sein“¹. Dieser letztjährige Ausblick ist angesichts der Ereignisse des vergangenen Jahres, das in der Tat – auch medizinrechtlich – ganz im Banner der Corona-Pandemie stand, Verpflichtung und Herausforderung zugleich: Denn es läge nur allzu nahe, die zahlreichen Judikate eingehend zu beleuchten, die sich vor allem mit der Verhältnismäßigkeit jener beim Kampf gegen den SARS-CoV-2-Virus hoheitlich erzwungenen Eindämmungsmaßnahmen (Lockdown, Ausgangssperren etc.)² befasst haben und die sich neuerdings vermehrt mit den Zweifelsfragen der Impfpriorisierung beschäftigen.³ Damit würden jedoch eher Aspekte jenseits des genuinen strafrechtlichen Interesses aufgerufen, das durch Corona (jenseits der prozessrechtlichen Fragen und diverser Ord-

* Der Verfasser ist Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Georg-August-Universität Göttingen und zugleich Vorstandsmitglied des Göttinger Zentrums für Medizinrecht. Der Text enthält die schriftliche Fassung des am 21. November 2020 anlässlich des 11. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstages präsentierten Vortrages.

1 *Lindemann*, in: AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht 2020, S. 11,41.

2 Statt vieler zuletzt bspw. die Entscheidung des BayVerfGH v. 9.2.2021, Vf. 6-VII-20, <https://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/media/images/bayverfgh/6-vii-20-entscheidung.pdf>.

3 Z.B. BayVGH v. 10.2.2021, 20 CE 21.321 – BayVBl 2021, 321 ff. und v. 29.3.2021, 20 CE 21.830 – BeckRS 2021, 6338; allgemein zur verfassungsrechtlichen Problematik z.B. *Leisner-Egensperger*, NJW 2021, 102 ff.

nungswidrigkeitenverfahren) bislang nur punktuell im Kontext des Subventionsbetruges (§ 264 StGB)⁴ berührt wurde. Im theoretisch⁵ durchaus relevanten Bereich der (fahrlässigen) Tötungs- und Körperverletzungsdelikte wurden Strafverfahren hingegen meist wegen fehlender Nachweisbarkeit der Kausalität wieder eingestellt.

Zugleich wäre es aber nicht sachgerecht, die außergewöhnliche Krisenlage einfach zu ignorieren und gleichsam einen Jahresüberblick „business as usual“ zu präsentieren, d.h. ohne eigene thematische Schwerpunktsetzung nur mehr eine notarielle Beglaubigung der zufällig im letzten Jahr ergangenen Judikate zum klassischen Arzt- und Wirtschaftsstrafrecht samt den medizinstrafrechtlichen Sonderbereichen von Lebensbeginn bis Lebensende.⁶ Vielmehr drängt es sich in der aktuellen Lage geradezu auf und erscheint es im Übrigen aus einem rechtsgrundsätzlichen Erkenntnisinteresse lohnenswert, dem fundamentalen Spannungsverhältnis von Lebensschutz und individueller Selbstbestimmung (wie es im Kontext der Schutzmaßnahmen gegen den Corona-Virus seit März 2020 überaus kontrovers diskutiert wird)⁷ in drei ausgewählten Kontexten nachspüren – und zwar in solchen, in denen der strafrechtliche Lebensschutz (aus heterogenen Gründen) tendenziell geringer gewichtet wird: Dies gilt erstens für die rechtliche Regulierung der Suizidassistenz in der Folge des bundesverfassungsgerichtlichen Urteils vom 26.2.2020⁸ (nachfolgend II., 1.). Hier wie auch – zum zweiten – im Kontext des Schwangerschaftskonflikts hat das Prinzip der Eigenverantwortung in eigenen Angelegenheiten sukzessive eine besondere normative Durchschlagskraft erlangt – allerdings mit fraglichen Limitationen in Relation zu gegenläufigen Rechtsgutsinteressen. Was dabei insbesondere die tradierte Grenzlinie der Eröffnungswehen im Übergang von §§ 218 ff. zu den §§ 211 ff. StGB rechtfertigt, ist zuletzt zentraler Gegenstand des „Berliner Zwilling“-Falls⁹ gewesen (im Anschluss II., 2.). Etwas anders strukturiert ist – schließlich drittens – jedenfalls prima vista die Kollisionslage im Falle der sog. „Triage“, die abzuwenden seit Beginn der Corona-Krise den Fixpunkt aller hoheitlichen Schutzmaßnahmen mit

4 Vgl. LG Augsburg v. 2.11.2020, 10 Qs 1054/20 – BeckRS 2020, 31517; LG Hamburg NJW 2021, 707 ff.

5 Dazu etwa *Hotz*, NStZ 2020, 320 ff.; eingehend *Esser/Tsambikakis*, Pandemiestrafrecht, 2020.

6 Vgl. *Kraatz*, NStZ-RR 2021, 97 ff.; *Spickhoff*, NJW 2020, 1720 ff.

7 Dazu eingehend *Duttge*, in: Schockenhoff-GS 2021 [im Erscheinen], m.w.N.

8 BVerfGE 153, 182 ff. = MedR 2020, 563 ff. m. Anm. *Duttge* und Anm. *Kreß*.

9 LG Berlin MedR 2020, 844 ff. m. Anm. *Duttge*; inzwischen (im Wesentlichen) bestätigt durch BGH NJW 2021, 645 ff. m. Anm. *Grünwald*.

Blick auf die begrenzten Ressourcen der Notfallversorgung vor allem auf den Intensivstationen bildete: Erkennt man im Prinzip der „Patientenautonomie“ nicht bloß ein subjektives Partizipationsrecht („Selbstbestimmung“), sondern den menschenwürdefundierten Anspruch auf gleichen (Art. 3 Abs. 1 GG) bzw. bei „Behinderten“ womöglich sogar vorrangigen hoheitlichen Schutz (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG)¹⁰ insbesondere in existentiellen Bedrohungslagen, so versteht sich der strafrechtliche Raum der Beliebigkeit im Gewande der „rechtfertigenden Pflichtenkollision“ nicht mehr von selbst.

II. Spannungsfelder des strafrechtlichen Lebensschutzes

1. Assistierter Suizid

In der Vergangenheit galten suizidale Personen per se als solche, die angesichts der „Anormalität“ ihrer beabsichtigten Selbsterstörung zur „freien“ Willensbildung *generell* außerstande seien. Die klinische Praxis scheint im Kontext der Landesunterbringungs- bzw. Psychisch-Kranken-Gesetze noch heute regelmäßig – jedenfalls zunächst – nach dieser Maxime zu verfahren. Die Problematik wird nicht darin gesehen, bereits vor einer Unterbringungsentscheidung die psychiatrisch relevante Pathologie eines (mutmaßlichen) Suizidentschlusses verlässlich zu diagnostizieren,¹¹ sondern vielmehr in der Reichweite der eigenen Sorgfaltsanforderungen zugunsten einer Suizidverhinderung während der Unterbringung.¹² Zugleich wirkte über lange Zeit hinweg auch ein kategorischer moralischer Vorbehalt fort, der den „Selbstmord“ per definitionem als anmaßende „Hybris“ und „elementare Sünde“ (*Wittgenstein*), als „Selbstwiderspruch der menschlichen Freiheit“ und „Vernichtung der Sittlichkeit in der eigenen Person“ (*Kant*)¹³ oder als „Verbrechen gegen die Gemeinschaft“ betrach-

10 Dazu die (freilich in der Sache unentschiedene) Eilentscheidung des BVerfG in: NJW 2020, 1353 f.

11 Näher *Wolfslast*, NStZ 1984, 105 ff.; aus psychiatrischer Perspektive noch heute *Wolfsdorf*, Notfall + Rettungsmedizin 2016, 172 f.; eher singular die klare Wegweisung des OLG Zweibrücken NJOZ 2006, 3173, 3176: „Der in freier Selbstbestimmung geplante oder versuchte Suizid rechtfertigt keine Unterbringung.“

12 Z.B. OLG Oldenburg MedR 2012, 332 ff.: keine ständige Begleitung oder Videoüberwachung bei jedem Toilettengang.

13 Dazu eingehend *Lohmar*, Zeitschrift für philosophische Forschung 60 (2006), 59, 67 ff. und 80 ff.; *Schöne-Seifert*, in: Kaminsky/Hallich (Hrsg.), Verantwortung für

tete.¹⁴ Der BGH in Strafsachen erkannte noch im Jahr 2001 im Suizid eine – „von äußersten Ausnahmefällen abgesehen – [...] rechtswidrig[e]“ Tat, so dass auch die Mitwirkung eines anderen hieran von der Rechtsordnung „grundsätzlich missbilligt“ werde.¹⁵ Erst in jüngerer Vergangenheit hat sich sukzessive die Überzeugung Bahn gebrochen, dass sich ein striktes Selbsttötungsverbot selbst moralphilosophisch nicht begründen lassen dürfte,¹⁶ mag die externe Beurteilung des individuellen Suizidentschlusses als ein hinreichend „kompetenter“ auch noch so große Schwierigkeiten bereiten.

Vor dem Hintergrund dieser fundamentalen Ambivalenzen lag es auf der Hand, das in mancherlei Hinsicht intransparente Wirken von Suizidhilfeorganisationen, wie des deutschen Ablegers von „Dignitas“¹⁷ und des Hamburger Vereins „Sterbehilfe Deutschland“¹⁸, nicht einfach sehenden Auges hinzunehmen. Die besondere Herausforderung für die Regulierungsaufgabe bestand und besteht bis heute aber in dem Umstand, dass die Möglichkeit eines „freiverantwortlichen“ (sog. Bilanz-) Suizids – und sei es auch nur als empirischer Ausnahmefall – mittlerweile nicht mehr ernstlich bestritten wird und daher auch normativ Beachtung finden muss. Schon bisher war die liberale strafrechtliche Tradition in Deutschland von dem Gedanken geprägt, im Suizidgeschehen kein strafwürdiges Unrecht, sondern nurmehr einen „Unglücksfall“ (vgl. § 323c StGB) zu sehen. Dementsprechend kannte bereits das RStGB 1871 weder ein rechtliches Verbot zum Suizid(-versuch) noch zur Suizidbeihilfe durch einen Dritten.¹⁹ Strafrechtsdogmatisch ergab sich dies umstandslos aus dem Akzessorietätsprinzip, wonach bei Fehlen einer rechtswidrigen Haupttat auch eine darauf bezogene Hilfeleistung nicht rechtswidrig (i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) sein

die Zukunft (= Birnbacher-FS), 2006, S. 163 ff; Wittwer, Kant-Studien 92 (2001), 180 ff. sowie zuletzt Lücke, Kant über Suizid, 2020.

14 Zum sog. „Soziale-Folgen-Argument“ im Überblick Ach, *Autonomer Suizid?*, Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics, Münster 2011, S. 11 f.

15 BGHSt 46, 279, 285 f. m. krit. Anm. Duttge, NStZ 2001, 546 ff. und Sternberg-Lieben, JZ 2002, 153 ff.

16 Eingehende Problemanalyse bei Wittwer, *Selbsttötung als philosophisches Problem*, 2003, S. 297 ff.

17 <http://www.dignitas.de/>.

18 <https://www.sterbehilfe.de/>.

19 Näher zur strafrechtsgeschichtlichen Entwicklung B. Heinrich, in: Tröndle-GS 2019, S. 545 ff.; generell zu den „Wandlungen des strafrechtlichen Lebensschutzes“ Eser, in: *Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät 1977*, S. 377 ff.

konnte (§§ 26 f. StGB).²⁰ Nachdrückliche Stärkung erfuhr diese liberale Haltung im letzten Jahrzehnt durch eine ungeahnte Aufwertung des Selbstbestimmungsrechts am Lebensende (z.B. durch §§ 1901a ff. BGB mit dem Institut der Patientenverfügung) mit der Folge, dass eine Rechtspflicht zum Weiterleben gegenüber dem Mündigen heute allgemein als illegitim angesehen wird.

Dies hat auch der Gesetzgeber bei Schaffung der Strafnorm zur „geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“ (§ 217 StGB a.F.) nicht in Frage stellen wollen. Tragend für die gleichwohl befürwortete Teilkriminalisierung war die Sorge, dass sich professionelle Unterstützungsangebote in Bezug auf Selbsttötungen sukzessive ausbreiten und sich im Sinne einer „normalen Dienstleistung“ etablieren könnten.²¹ Schutzzweck war damit die Erhaltung menschlichen Lebens, aber ebenso die freie Willensbestimmung insofern, als die Mehrheit der Abgeordneten eine Sogwirkung insbesondere für Ältere und Schwerkranke befürchteten. Zugleich sollte insbesondere unterbunden werden, dass mit menschlichem Leid „Geschäfte“ gemacht werden könnten.²² Die Umsetzung dieses Gedankens hätte allerdings nahegelegt, allein die kommerzielle Suizidbeihilfe – d.h. also die „gewerbsmäßige“ – mit Strafe zu bedrohen. Man wollte sich aber – wiederum mit Blick auf „Dignitas“ – nicht auf das Risiko einlassen, dass sich am Ende die Gewinnerzielungsabsicht der einschlägigen Organisationen (oder Einzelpersonen) womöglich nicht nachweisen lässt. Denn die Schweiz bestraft seit langem die Suizidbeihilfe „aus selbstsüchtigen Motiven“ (Art. 115 StGB) – und hat dennoch keinen Weg gefunden, das Wirken von „Dignitas“ zu unterbinden. § 217 StGB hatte deshalb nicht die „Gewerbsmäßigkeit“, sondern die „Geschäftsmäßigkeit“ zum maßgeblichen Grenzkriterium zwischen kriminellern Unrecht und erlaubtem Tun gemacht; die Geschäftsmäßigkeit verlangt aber nicht mehr als ein Handeln mit Wiederholungsabsicht bzw. ein solches, das nach seinem Gepräge auf Wiederholung angelegt ist.²³ Umgekehrt sollte somit die Unterstützung des Suizidenten in einer singulären Konfliktlage (etwa durch Angehörige) ausdrücklich erlaubt bleiben.²⁴

20 Zur (fehlenden) „materiellen Akzessorietät“ näher *Fateh-Moghadam*, Suizidbeihilfe: Grenzen der Kriminalisierung, Reprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics, 2015/79, S. 6 f.

21 BT-Drucks. 18/5373, S. 1 ff.

22 So z.B. der frühere Bundesgesundheitsminister *Gröhe*, in: FAZ v. 19.1.2014.

23 Dazu statt vieler Prütting/*Duttge*, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 5. Aufl. 2019, § 217 Rn 13 f.

24 So ausdrücklich BT-Drucks. 18/5373, S. 12, 19 f.

Das hat in der folgenden strafrechtswissenschaftlichen Debatte, nachdem sich die Mehrheit der deutschen Strafrechtslehrer/Innen schon zuvor in einer Resolution gegen den neuen § 217 StGB ausgesprochen hatte,²⁵ nicht nur fundamentale Bedenken mit Blick auf die Kriminalisierung der („geschäftsmäßigen“) Unterstützung auch freiverantwortlich handelnder Suizidenten provoziert („Paternalismus“)²⁶; beanstandet wurde zugleich die Reichweite der Strafbarkeit nach Maßgabe des unbestimmten Geschäftsmäßigkeitskriteriums²⁷ mit daraus resultierenden Strafbarkeitsrisiken für Ärzte/Innen, Pflegekräfte und alle weiteren Personen, die von Berufs wegen mit Todeswünschen konfrontiert sein können.²⁸ Ein intensiv diskutiertes Beispiel rechtlicher Unsicherheit war die Unterstützung von Patienten bei dem freiwilligen Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit („Sterbefasten“)²⁹ – ein Szenario, das von der Palliativmedizin über die nationalen Grenzen hinweg als ethisch grundsätzlich akzeptierbarer Modus des „selbstbestimmten Sterbens“ verstanden wird.³⁰ Vor allem dieser Folgen für das Selbstbestimmungsrecht wegen kreisten viele straf- und verfassungsrechtliche Argumentationen um das Ultima-ratio-Prinzip und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ebenso aber um die naheliegende praktische Frage, ob sich Menschen durch § 217 StGB nicht erst recht zum „letzten Ausweg nach Zürich“ gedrängt fühlen mussten. Eine Strategie der kriminalrechtlichen Tabuisierung nach Maßgabe des Sankt-Florians-Prinzips verspricht selbstredend keine sozialkonstruktive Suizidprävention in Form echter Lebenshilfe.

Vor diesem Hintergrund erklärte im Februar des vergangenen Jahres auch das BVerfG³¹ die Strafvorschrift für verfassungswidrig: weil es *erstens* zum Kern der menschenwürdefundierten „personalen Freiheit, Identität und Integrität“ (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zähle, auch über das eigene Ableben – soweit nicht durch die Natur eines tödlichen Krankheits-

25 *Hilgendorf/Rosenau*, medstra 2015, 129 ff.

26 Z.B. *Duttge*, NJW 2016, 120 ff. und ZStW 129 (2017), 448 ff. (jew. m.w.N.).

27 Verfassungsrechtliche Zweifel mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG hatte bemerkenswerterweise bereits der *Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages*: Ausarbeitung v. 24.08.2015, WD 3 – 3000 – 188/15, S. 11.

28 Ausführliche strafrechtliche Analyse bei *Hilgendorf*, *Comparative Law Review* Vol. LI-1 (2017), S. 31 ff. (<https://core.ac.uk/download/pdf/229779699.pdf>).

29 Näher zur Problematik *Duttge/Simon*, NStZ 2017, 512 ff.; s.a. *Huber/Lindner*, NJOZ 2019, 1489 ff.

30 Dazu näher die Beiträge in *Coors/Simon/Alt-Epping* (Hrsg.), *Freiwilliger Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit. Medizinische und pflegerische Grundlagen – ethische und rechtliche Bewertungen*, 2019.

31 Oben Fn 8.