

Inhaltsverzeichnis

Beiträge

| | |
|---|-----|
| <i>Prof. Dr. Gunnar Duttge, Georg-August-Universität Göttingen</i> medstra-statement: Not kennt kein Gebot? | 193 |
| <i>Dr. Kurt W. Schmidt, Frankfurt am Main/Prof. i.R. Dr. Gabriele Wolfslast, Universität Gießen/Riedlingen/ Prof. Dr. Bernhard Kretschmer, Universität Gießen/Prof. Dr. Klaus Lewandowski, Berlin/ Prof. Dr. Torsten Verrel, Universität Bonn</i> Patientenverfügungen bei Triage-Entscheidungen | 195 |
| <i>Prof. Dr. Josef Franz Lindner, Universität Augsburg</i> Kann eine Empfehlung des Deutschen Ethikrates einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 Satz 1 StGB begründen? | 199 |
| <i>Prof. Dr. Frank Zieschang, Universität Würzburg</i> Die telefonische Feststellung der Arbeitsunfähigkeit und § 278 StGB | 202 |
| <i>RA Prof. Dr. Michael Tsambikakis, Köln/Universität Passau/RA Markus Gierok, Köln</i> Der Ref-E zur Einführung eines Verbandssanktionengesetzes | 205 |
| <i>Wiss. Mit. Jessica Krüger, LL.B., Bucerius Law School, Hamburg</i> § 323c Abs. 1 StGB in der Pandemie – vom gefährlichen Potential der gemeinen Gefahr und Not in Krisenzeiten | 212 |

Literaturübersicht

| | |
|---|-----|
| <i>Wiss. Mit. Jessica Krüger, LL.B., Bucerius Law School, Hamburg</i> Beitragsübersicht Medizinstrafrecht – Fest- und Gedächtnisschriften 2019 | 218 |
|---|-----|

Entscheidungen

| | | | |
|--------------|-----------------------------------|--|-----|
| BVerfG | 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a. | Verfassungswidrigkeit des Verbotes der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung | 223 |
| BGH | 15.1.2020 – XII ZB 381/19 | Zwangsbehandlung von Schizophrenie durch Elektrokrampftherapie (<i>Anm. Henking</i>) | 247 |
| LG Darmstadt | 30.1.2020– 15 O 25/19 | Keine Irreführung trotz fehlender Wirkstoffnachweisbarkeit in homöopathischem Arzneimittel (<i>Anm. Weiler</i>) | 252 |

medstra aktuell

| | |
|---|------|
| Aktuelle Rechtsprechung in Kürze | II |
| Aktuelle Nachrichten | V |
| Rechtsprechungsvorschau | VII |
| Aus dem Inhalt der nächsten Hefte | VIII |

Aktuelle Rechtsprechung in Kürze

BVerwG

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 23. April 2020 entschieden, dass eine **Präsenzapotheke mit Versandhandelserlaubnis im örtlichen Einzugsbereich ihrer Apotheke eine Einrichtung zum Sammeln von Verschreibungen und Arzneimittelbestellungen betreiben und die bestellten Medikamente durch eigene Boten ausliefern darf**.

Die **Klägerin** ist **Apothekerin** und betreibt in der **beklagten Stadt** u.a. die P-Apotheke. Sie verfügt zudem über eine **Erlaubnis zum Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln**. Seit Ende 2014 unterhält sie im **Eingangsbereich eines Supermarktes** eine Einrichtung zum Sammeln von Verschreibungen und Arzneimittelbestellungen. Die Kunden können ihre Rezepte zusammen mit einem ausgefüllten Bestellschein in einen dafür vorgesehenen Umschlag stecken und in den angebrachten Briefkasten werfen. Der Briefkasten wird von der Klägerin oder einem Mitarbeiter regelmäßig geleert. **Die Auslieferung der Medikamente erfolgt innerhalb des Stadtgebietes (versandkostenfrei) durch Boten der Klägerin. Außerhalb des Stadtgebietes** werden die bestellten Arzneimittel durch einen **externen Dienstleister (kostenpflichtig)** versandt. Durch **Ordnungsverfügung** untersagte die Beklagte der Klägerin den Betrieb der Einrichtung mit der Begründung, es handele sich um eine **unzulässige Rezeptsammelstelle**. Sie sei **von der Versandhandelserlaubnis nicht umfasst**. Die gegen die Ordnungsverfügung gerichtete Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben.

Das Bundesverwaltungsgericht hat der Revision der Klägerin stattgegeben und die Ordnungsverfügung aufgehoben. Zur Begründung führte das Gericht aus, die von der Klägerin betriebene Einrichtung zum Sammeln von Rezepten und Bestellungen von Arzneimitteln sei **von ihrer Versandhandelserlaubnis umfasst**. Die Vorschriften des Apotheken- und des Arzneimittelrechts über den Versand von apothekenpflichtigen Arzneimitteln schlossen eine **Zustellung durch eigene Boten der Apotheke** weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Regelungszweck aus. Dem **Begriff des Versandhandels** unterfalle auch ein Vertriebsmodell, das auf einen **Versand im örtlichen Einzugsbereich der Apotheke** ausgerichtet sei und hierfür **eigene Boten der Apotheke** einsetze. Die Arzneimittelsicherheit sei nicht mehr gefährdet als beim Versand über größere Entfernungen mittels externer Versanddienstleister. Dass eine Zulassung dieses Vertriebsmodells zu einem signifikanten Rückgang der Apothekendichte und einer Gefährdung der Arzneimittelversorgung führen könnte, sei ebenfalls nicht ersichtlich.

(Urteil vom 23.4.2020 – 3 C 16.18)

OLG Frankfurt am Main

Mit Urteil vom 27. Februar 2020 hat das OLG Frankfurt am Main entschieden, dass **ein unzulässiges Erfolgsversprechen im Sinne des Heilmittelwerbegesetzes (HWG) auch dann vorliegen kann, wenn die beworbene Wirkung (hier: perfekte Zähne) zwar nicht vollständig objektivierbar ist, ihr jedoch jedenfalls ein objektiver Tatsa-**

chenkern zu entnehmen ist. Der Verbraucher sei bei Werbeaussagen von Ärzten aufgrund deren Heilauftrages wenig geneigt, von reklamehaften Übertreibungen auszugehen, entschied das Gericht und **untersagte einer Kieferorthopädin die von einem Wettbewerber angegriffenen Werbeaussagen**.

Die Parteien des Rechtsstreits sind **Kieferorthopäden**. Sie streiten im Eilverfahren um **Werbeaussagen der Antragsgegnerin**. Diese bewirbt ein **Zahnschienen-System** auf ihrer Homepage u.a. mit den Aussagen: „x ist eine kostengünstige individuelle Zahnspanne für Leute, die wenig Zeit haben und trotzdem perfekte Zähne haben möchten. Sie sehen sofort beim 1. Termin, welche Ergebnisse sie innerhalb von sechs Monaten erreichen können.“ „... man (erhält) 14 Schienen für jeden Kiefer, die man jeweils zwei Wochen trägt, jede Schiene ist anders und verändert Ihre Zähne Schritt für Schritt... Und bald werden Sie auf Fotos deutlich schöner lächeln.“

Die Antragstellerin hält diese Angaben für unzulässig. Das **Landgericht** hat ihren **Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abgelehnt**. Die hiergegen eingelegte **Berufung hatte vor dem OLG Erfolg**. Dem Antragsteller stehe ein **Unterlassungsanspruch** zu, da die Antragsgegnerin mit den Aussagen fälschlich den Eindruck erwecke, dass **„ein Erfolg der beworbenen Behandlung mit Sicherheit erwartet werden kann.“** Gemäß § 3 S. 2 Nr. 2 a HWG sei es **unzulässig, durch Werbeaussagen den Eindruck her vorzurufen, dass ein bestimmter Erfolg „sicher“ eintrete**. Hintergrund dieser Regelung sei, „dass es aufgrund individueller Disposition beim einzelnen Patienten ... stets zu einem Therapieversagen kommen kann, mit dem eine Erfolgsgarantie unvereinbar ist“.

Ausgehend vom **Verständnis eines durchschnittlichen Werbeadressaten** habe die Antragsgegnerin durch die Werbung mit „perfekten Zähnen“ unzulässig einen **Behandlungserfolg versprochen**. Die Angabe „perfekte Zähne“ sei **kein reines subjektives Werturteil**. „Zwar mag die Perfektion von Zähnen nicht vollständig objektivierbar sein“, konstatiert das OLG. Offensichtlich aber gehe es hier um die **Korrektur von Zahnfehlstellungen**. „Der Umstand, ob Zähne gerade sind oder nicht, lässt sich durchaus vom Standpunkt eines objektiven Betrachters beurteilen und wird in der Werbung auch fotografisch dargestellt,“ führt das OLG weiter aus. Damit enthalte die Werbeaussage einen **objektiven Tatsachenkern**, der zugleich ein Erfolgsversprechen beinhalte.

Der angesprochene Verkehr verstehe das Werbeversprechen der Perfektion im hier gegebenen Kontext auch nicht als bloße reklamehafte Übertreibung. Zwar sei dem Verbraucher geläufig, dass Superlative in der Werbung oft nur als Anpreisungen und nicht als Tatsachenbehauptung verwendet werden. Dies könne hier jedoch nicht angenommen werden, da es sich um den **Werbeauftritt einer Ärztin** handle. Bei Werbemaßnahmen und Internetauftritten von Ärzten bestehe eine andere Verkehrserwartung als bei Werbemaßnahmen „normaler“ Unternehmen. **Der Verbraucher bringe Ärzten aufgrund ihres Heilauftrags ein besonderes Vertrauen entgegen** und gehe daher von einer gewissen Objektivität und Zurückhaltung bei Werbeangaben aus. Folglich sei er **weniger geneigt, von einer bloßen reklame-**

haften Übertreibung auszugehen. „Er nimmt die Angaben in Zweifel ernst“, resümiert das OLG.

(Urteil vom 27.2.2020 – 6 U 219/19)

Ein Ärztebewertungsportal erfüllt eine von der Rechtsordnung gebilligte und gesellschaftlich erwünschte Funktion, sofern der Betreiber als neutraler Informationsmittler auftritt. Nutzerbewertungen in Form von Meinungsäußerungen auf einem solchen Portal sind hinzunehmen, wenn sie auf einer Tatsachengrundlage beruhen und die Grenze zur Schmähkritik nicht überschreiten, entschied das OLG Frankfurt am Main mit Urteil vom 9. April 2020.

Die **Klägerin** ist **Augenärztin** in Hessen. Die **Beklagte** betreibt ein **Arztsuche- und -bewertungsportal**, auf dem Informationen über Ärzte und Träger anderer Heilberufe kostenfrei abgerufen werden können. Die **Beklagte** bietet auf dem Portal als eigene Information sog. **Basisdaten** eines Arztes an (Name, Fachrichtung, Praxis Anschrift, Kontaktdaten ect.). Daneben sind **Bewertungen abrufbar**, die Nutzer in Form eines Notenschemas, aber auch in Form von Freitextkommentaren abgegeben haben. **Gegen Bezahlung** können die Ärzte als Anzeige gekennzeichnete zusätzliche Informationen veröffentlichen lassen, sog. **Premiummitgliedschaft**.

Die Klägerin bat um Löschung der negativen Bewertung und um Mitteilung des Urhebers. Die Bewertung wurde in der Folgezeit zunächst unsichtbar, nach einer Rücksprache mit dem/der Urheber/in des Kommentars jedoch wieder sichtbar gemacht. Der Urheber wurde nicht benannt. Eine Löschung der Basisdaten lehnte die **Beklagte** ebenfalls ab.

Die Klägerin nimmt die Beklagte nunmehr auf Löschung ihrer Basisdaten, hilfsweise auf Löschung des Nutzerkommentars in Anspruch. Das **Landgericht** hatte der Klage stattgegeben. Die hiergegen eingelegte Berufung hatte vor dem **Oberlandesgericht** Erfolg: **Die Klägerin könne nicht die Löschung ihrer Basisdaten verlangen, urteilte das OLG.** Auch ohne Zustimmung der **Klägerin** liege hier eine rechtmäßige Datenverarbeitung vor. Dies sei gem. der DSGVO der Fall, „wenn die Datenverarbeitung zur Wahrnehmung des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen.“ Dritte seien hier die Nutzer des Portals, die sich über Ärzte informieren wollten.

Hier falle die „erforderliche Abwägung zwischen den berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten einerseits und den Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person auf der anderen Seite“ zugunsten der Klägerin aus. Dabei sei zu berücksichtigen, dass das von der **Beklagten** betriebene Ärztebewertungsportal eine **von der Rechtsordnung gebilligte und gesellschaftlich erwünschte Funktion** erfülle, sofern die **Betreiberin** als **neutraler Informationsmittler** auftrete. Dies sei hier der Fall. Anders als in früher vom BGH entschiedenen Konstellationen lägen insbesondere **keine verdeckten Vorteile für die sog. Premiumkunden** (mehr) vor. Für den Nutzer sei vielmehr klar ersichtlich, dass für die **Anzeigen**, die als solche bezeichnet und farblich unterlegt seien, eine Vergütung zu entrichten sei. **Es fehle demnach nicht an der erforderlichen Transparenz.**

Die Klägerin könne auch nicht Löschung der Bewertung verlangen. Das vom Portalbetreiber in derartigen Fällen einzuhaltende **Verfahren** sei hier **durchgeführt** worden. Die bemängelte Kritik sei von der **Klägerin** hinzunehmen, da sie

dadurch **nicht rechtswidrig in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt** werde. Es handele sich um **Meinungsäußerungen, die die Grenze zur Schmähkritik nicht überschritten.** Sie **beruhten auch auf einem Besuch bei der Klägerin** und entbehrten demnach nicht jeder Tatsachengrundlage.

(Urteil vom 9.4.2020 – 16 U 218/18)

Erweckt die Präsentation eines Produktes den Eindruck, dass es heilende Wirkungen im Sinne eines Arzneimittels hat, liegt ein so genanntes Präsentationsarzneimittel (§ 2 Abs. 1 AMG) vor. Weist der Hersteller nicht durch Vorlage eines vollständigen Bescheids des Bundesinstituts für Arzneimittel nach, dass das Produkt behördlicherseits nicht als Arzneimittel eingestuft wird, ist der Vertrieb als bloßes Medizinprodukt zu unterlassen, entschied das OLG Frankfurt am Main mit Urteil vom 22. Mai 2020.

Die Parteien streiten um die **Einordnung des von der Beklagten vertriebenen Hustensafts „Mucosolvan Complete Phyto“ als Arzneimittel oder Medizinprodukt.** Der **Kläger** ist ein Verein, der den unlauteren Wettbewerb bekämpft. Die **Beklagte** vertreibt den Hustensaft als so genanntes Medizinprodukt; sie **verfügt nicht über eine Arzneimittelzulassung für diesen Saft.** Der **Kläger** ist der Ansicht, dass es sich tatsächlich um ein so genanntes **Präsentationsarzneimittel** handele. Das Produkt enthalte als Wirkstoffe die zwei anerkannten und monographierten Arzneipflanzen Spitzwegerich und Thymian. Diese würden seit jeher bei der Behandlung von Husten eingesetzt. Ihre pharmakologische Wirkung sei unbestritten. Die **Beklagte** vertreibe zudem unter der identischen Dachmarke auch zahlreiche als Arzneimittel zugelassene Hustensäfte.

Das **Landgericht** hat der **Beklagten** im Eilverfahren aufgegeben, es zu unterlassen, den Hustensaft als Medizinprodukt in Verkehr zu bringen. Diese Entscheidung wurde durch das **Oberlandesgericht** bestätigt. **Dem Kläger stehe ein Unterlassungsanspruch zu, da die Beklagte ein sog. Präsentationsarzneimittel ohne entsprechende Zulassung vertreibe.**

Die **Beklagte** habe nicht **nachgewiesen, dass der Vertrieb des Hustensaftes als Medizinprodukt von einer behördlichen Erlaubnis gedeckt sei.** Der von ihr vorgelegte **Bescheid** des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte sei **teilweise geschwärzt.** Die maßgeblichen Passagen zur Beurteilung der Reichweite des Bescheids, insbesondere des Vorliegens eines so genannten Präsentationsarzneimittels, seien nicht lesbar gewesen.

Aufgrund der **Aufmachung des Hustensafts** sei davon auszugehen, dass hier ein sog. **Präsentationsarzneimittel** vorliege. Ein Mittel sei nicht nur dann als Arzneimittel anzusehen, wenn es die ihm zugeschriebenen Wirkungen tatsächlich habe, sondern auch dann, wenn es **für einen durchschnittlich informierten und verständigen Durchschnittsabnehmer so dargestellt** werde, **als ob es diese Wirkungen habe.** Für die Erweckung dieses Eindrucks komme es u.a. auf die **Darreichungsform, Dosierung, Primärverpackung, äußere Umhüllung** sowie den **Vertriebsweg** an. Die Vorstellung des Verbrauchers von den zugeschriebenen Wirkungen könne auch durch die **Auffassungen der pharmazeutischen oder medizinischen Wissenschaft** beeinflusst sein sowie durch **Indikationshinweise** oder **Gebrauchsanweisungen.** **Nicht erforderlich** sei die **ausdrückliche Bezeichnung als Arzneimittel** für die Einstufung als so genanntes Präsentationsarzneimittel. Der Verbraucher solle vor Produkten geschützt werden, die für die Erfüllung der erwünschten thera-

peutischen oder prophylaktischen Zwecken nicht oder nicht hinreichend geeignet seien.

Hier werde der **Eindruck erweckt, dass der Hustensaft Krankheiten heilen und lindern könne**. „Die Formulierung ‚bei trockenem Husten und Husten mit Schleim, beruhigt den Hustenreiz und löst zusätzlich den Schleim‘ lasse den Verkehr erwarten, dass die Krankheit Husten gelindert wird,“ begründet das OLG. Dabei erlange auch Bedeutung, dass **dem Verkehr die anderen unter der Dachmarke der Beklagten vermarkteten Produkte als zugelassene, nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel bekannt** seien.

(Urteil vom 22.5.2020 – 6 U 23/20)

OLG Köln

Eine zahnärztliche Gemeinschaftspraxis darf nicht durch Werbung auf einer Internetseite den Eindruck erwecken, bei ihrem eigenen Notdienst handele es sich um den kassenärztlichen Notdienst. Das hat der 6. Zivilsenat des OLG Köln mit Urteil vom 6. März 2020 entschieden.

Die **Klägerin**, die **Zahnärztekammer Nordrhein**, hat eine **Kölner Gemeinschaftspraxis** auf Unterlassung in Anspruch genommen. Die Zahnärzte hatten auf ihrer Webseite einen **eigenen Notdienst in den Abendstunden und an den Wochenenden beworben**. Jeweils am Ende der Seite befand sich der Hinweis, dass es sich dabei nicht um den Notdienst der Klägerin oder der kassenärztlichen Vereinigung handele.

Die **Klägerin** hatte die Auffassung vertreten, die Werbung der Beklagten auf ihren Internetseiten sei irreführend. Sie werde so verstanden, dass es sich bei dem Angebot um einen öffentlich-rechtlich organisierten Notdienst handele. Dieser Eindruck werde auch nicht durch den Hinweis am Ende der Seite ausgeräumt. Dieser werde zudem erst durch „Scrollen“ sichtbar.

Der **6. Zivilsenat des OLG Köln** hat die Beklagten nunmehr **zur Unterlassung verurteilt** und die erstinstanzliche Entscheidung des LG Köln damit teilweise abgeändert. Die konkrete Ausgestaltung der Internetseite der Beklagten sei **irreführend i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG**. Auch eine gesetzlich zulässige und damit objektiv richtige Angabe könne irreführend sein, wenn sie bei den angesprochenen Personen zu einer Fehlvorstellung führe, die deren Geschäftsverhalten beeinflussen könne. **Die Werbeangabe der Beklagten richte sich an ggf. unter Schmerzen leidende mögliche Patienten oder Dritte, die auf der Suche nach einem Zahnarztnotdienst seien.** Die von den Beklagten genutzte Internetadresse lasse nicht erkennen, dass es sich um die Internetseite einer Praxis oder einer Zahnklinik handele. Vielmehr sei der **Domainname sehr allgemein gehalten**. Daher liege der Eindruck nicht fern, dass es sich um die

(Zahn-)Ärzte handele, die in der Klägerin organisiert sind und damit auch um den von der Klägerin organisierten Notdienst. **Das Notdienstangebot der Beklagten werde auf der Seite besonders hervorgehoben, ohne dass ersichtlich sei, dass die Beklagten damit allein den von ihnen selbst organisierten Notdienst bewerben.** Die Richtigstellung am Ende der Seite werde nicht im Zusammenhang mit dem Blickfang dargestellt und begründe daher kein anderes Ergebnis.

(Urteil vom 6.3.2020 – 6 U 140/19)

AG Frankfurt am Main

Das AG Frankfurt am Main hat entschieden, dass **durch die Annahme des Angebots zu einer Gewichtsabnahmetherapie im konkreten Fall kein Behandlungs-, sondern (lediglich) ein Dienstleistungsvertrag zustande gekommen** sei, bei dem gerade **keine Ansprüche wegen mangelhafter Leistung** geltend gemacht werden können.

Im Rahmen des zugrundeliegenden Rechtsstreits schloss die **Beklagte** bei der **Klägerin** einen Vertrag über eine **vierwöchige Gewichtsabnahmeberatung** ab, die eine regelmäßige Diätkontrolle unter Gabe von homöopathischen Mitteln (Shakes) umfasste. Den **Pauschalpreis i. H. v. 1.390,00 EUR** zahlte die Beklagte (bis auf 690,00 EUR Anzahlung) nicht. Die Klägerin nahm die Beklagte deshalb auf **Leistung der Restsumme** in Anspruch. Letztere war dabei der Ansicht, wegen **Schlechtleistung** keine weitere Zahlung mehr erbringen zu müssen, da sich durch die eingenommenen Mittel ihr Blutdruck auffällig erhöht habe und sie nicht über die Zusammensetzung und Nebenwirkungen der Präparate aufgeklärt worden sei. Zudem sei der Vertrag wegen **Wuchers** nichtig und er wurde hilfsweise **wegen arglistiger Täuschung angefochten**.

Das **Amtsgericht** hat der Klage – mit Ausnahme der nicht erforderlichen außergerichtlichen Anwaltskosten – **stattgegeben**. **Gegenstand des geschlossenen Vertrages** sei im konkreten Fall **keine „medizinische Behandlung“ i.S.v. § 630a BGB** gewesen, da weder die abstrakte Feststellung von Übergewicht an sich eine fachliche Qualifikation erfordere, noch ein individuelles Beschwerde- oder Leidensbild der Beklagten einer heilkundigen oder ernährungsberatenden Behandlung unterzogen worden sei. Bei dem damit vorliegenden **Dienstleistungsvertrag** sehe das Gesetz den Einwand der Schlechtleistung nicht vor. Die Beklagte sei auf die **Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen** verwiesen, die sie aber im Rechtsstreit nicht anbrachte. Auch sei der Vertrag **wegen Fehlens einer Zwangslage nicht wegen Wuchers nichtig** oder im Rahmen der (zulässigen) Eventualanfechtung eine konkrete Täuschung von der Beklagten vorgetragen worden.

(Urteil vom 22. März 2019 – 31 C 2664/18 (23))

medstra-statement

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Georg-August-Universität Göttingen

Not kennt kein Gebot?

Was ist das Leben des Einzelnen im Ausnahmezustand „wert“?

In einem kürzlich erschienenen Kurzesay gab der französische Schriftsteller Michel Houellebecq, sonst eher mancherlei Provokation zugeneigt, ganz konservativ und geradezu wehmütig ob des zivilisatorischen Verlustes einen pessimistischen Ausblick zur „Zukunft nach Corona“ (FAS v. 10.5.2020, S. 41): „(...) zumindest hat man nie mit einer solchen Schamlosigkeit zum Ausdruck gebracht, (...) dass es ab einem gewissen Alter (70, 75, 80 Jahre) ein bisschen so ist, als sei man schon tot“. Diese Vorstellung offenbart sich freilich nicht allein im alltäglichen Straßen- und TV-Geplapper, sondern neuerdings auch in manchen medizinstrafrechtlichen Ad-hoc-Stellungnahmen. Gewiss mögen „Schnellschüsse“ anderer Art in Notzeiten mitunter unvermeidlich sein, um größeren Schaden abzuwenden; juristische und ethische Stellungnahmen sollten hingegen auch bei akutem Orientierungsbedarf niemals auf eine wissenschaftlich fundierte Analyse und Reflektion verzichten. Das verdammt die Wissenschaften nicht etwa zur Bedeutungslosigkeit, sondern sichert umgekehrt überhaupt erst ihren Status als wohlbegründetes „Wissen“ jenseits der flatternden Fähnchen im wechselhaften Wind des Zeitgeistes.

Lebensrecht/-schutz und Nicht-Diskriminierung – nur etwas für „Normallagen“?

Wer die inzwischen zahlreichen Ad-hoc-Empfehlungen und Stellungnahmen in den Feuilletons rund um die aktuelle Corona-Krise aufmerksam verfolgt, dem wird bei einer Zusammenschau unwillkürlich der gerne zur Selbstlegitimierung benutzte Kalauer in den Sinn kommen, wonach außergewöhnliche Zeiten eben außergewöhnlicher Maßnahmen bedürfen. Zwar basiert die geltende Rechtsordnung auf dem „ewigen“ Bekenntnis zur geschuldeten Achtung gegenüber dem Anderen als einem irreduziblen „Zweck an sich“ unabhängig von „Rasse, (...) einer Behinderung, des Alters...“ (§§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 5, 8 AGG; Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 3 S. 1, 2 GG); wenn aber das Kollektiv schmerzvolle Einbußen – sei es an selbstverwirklichender Lebensqualität oder gar an lebenserhaltenden Ressourcen – hinnehmen müsse, sei eben kein Platz mehr für die „moderne Gefühlsverweichlichung“ einer „Sklavenmoral“ (*Nietzsche, Zur Genealogie der Moral, Vorrede, Ziff. 6 und Jenseits von Gut und Böse, Was ist vornehm?, Ziff. 260*). Dann müsse eben konzediert werden, dass auch das menschliche Leben kein „absolut geschützter Wert“ sei (*Schäuble Tagesspiegel v. 26.4.2020*), sondern mit gegenläufigen – u.a. auch wirtschaftlichen Interessen (die Fußballindustrie eingeschlossen?) – „abgewogen“ werden müsse (*Rosenau MDR v. 28.4.2020*); und im Rahmen der Verteilungsproblematik sei doch bei nüchterner Betrachtung die numerische Lebenserwartung eines jungen Menschen weit wertvoller einzuschätzen als die eines alten, für dessen verbleibenden fünf Jahre jeder Vernünftige sicherlich einen geringeren „Preis“ als für 50 Jahre Lebenszeit des Jungen bezahlen würde (*Hoven JZ 2020, 449, 451*). Ist es das, was mit der hehren Menschenwürdeidee als Basis der fundamentalen Menschenrechte einst gemeint war?

Warum kein Utilitarismus?

Ersichtlich wird im Erschrecken über den Stillstand aller liebgewonnenen Normalität das fundamentale Legitimationsproblem nicht gesehen, das immer dann einer überzeugenden – mit guten Gründen gerechtfertigten – Antwort bedarf, wenn Entscheidungen zu treffen sind, die zu Lasten einer an sich berechtigten Person ergehen – sei es im jeweiligen Einzelfall durch verantwortliche Ärzte oder auf abstrakt-genereller Ebene durch den Gesetzgeber oder durch leitliniengebende Fachgesellschaften. Gesteigert ist diese Legitimationsbedürftigkeit, wenn das „Grundgut“ schlechthin betroffen ist, das die Befriedigung individueller Bedürfnisse entsprechend den je eigenen Lebensplänen überhaupt erst möglich macht (*Rawls*). Denn beim menschlichen Leben gibt es anders als bei allen anderen Gütern keine Quantifizierbarkeit, sondern nurmehr das klassifikatorische Entweder-Oder. Wenn daher dem einzelnen Patienten aufgrund der knappen Ressourcen die ihm an sich geschuldete lebenserhaltende Behandlung zugunsten Anderer vorenthalten bleiben soll, dann kann dies auf dem Boden einer freiheitlich verfassten Rechtsgemeinschaft mit ihren sie überhaupt erst konstituierenden Rechtssubjekten nicht der kollektivistisch größere Nutzen (Maximierungsregel) rechtfertigen. Wenn die „größere Zahl“ zählen soll, müsste hierzu ein über die Personengrenzen hinweg aggregierender Zustand des „Gesamtnutzens“ mitsamt einem entsprechenden Kollektivwert postuliert werden, der die Wertigkeit des einzelnen Individuums jedoch unweigerlich untergraben würde. Wie *Weyma Lübke* zutreffend angemerkt hat, erwartet dementsprechend auch die geltende Rechtsordnung in existentiellen Notlagen nicht etwa eine die eigene Existenz preisgebende „Solidarität“, sondern umgekehrt die lebensrettende Hilfe der Anderen (§§ 13, 323c StGB) – und zwar: je vulnerabler, um so mehr (*MedR 2020, 434, 436*; zuvor bereits *dies. Ethik in der Medizin 2001, 148, 155 ff.*; ebenso *R. Merkel FAZ v. 4.4.2020*).

Wessen Verantwortung?

Dies schließt im Lichte der fundamentalen „gleichen Freiheit“ aller – jedenfalls in Bezug auf existentielle (Teilhabe-)Rechte – Differenzierungen mit abwertender Folge für eine personenbezogen definierte Gruppe von Rechtssubjekten – z.B. für „die Alten“ – zwingend aus. Aber auch dort, wo eine Gruppenzugehörigkeit nicht zum (infolgedessen: diskriminierenden) Anknüpfungspunkt für den Ausschluss von knappen Ressourcen gemacht wird, kann dieser nur durch einen triftigen sachlichen Grund gerechtfertigt werden („Neue Formel“ des BVerfG). Das Faktum der Ressourcenknappheit scheidet dabei aus, weil es zwar das Verteilungsproblem kennzeichnet, nicht aber die gesuchte Lösung. Von vornerein zu konzedieren, dass eine solche gar nicht zu finden sei, die „rechtlich und ethisch umfassend befriedigen“ könne (*Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise (2020), S. 3*), postuliert entweder unausgesprochen ei-

nen (in Wahrheit nicht bestehenden) Rechtsanspruch auf Maximalversorgung für jedermann (der natürlich per se nicht zu allseitiger Zufriedenheit erfüllt werden kann) oder verfehlt die selbstgewählte, eigentlich einzulösende Begründungsaufgabe. Diese merkwürdige Anspruchsarmut verlängert sich bei der Frage nach dem institutionellen Status der unausweichlichen Unterscheidungskriterien, sofern der einzelne Arzt vor Ort nicht nach subjektiver Willkür verfahren können soll: Wenn sich der Bundesgesundheitsminister danach sehnt, die Schutzverantwortung des Gesetzgebers zur Benennung eines (verfassungskonformen) Beurteilungsmaßstabs für die Zuteilung von Lebenschancen lieber übersehen zu wollen (RND v. 21.4.2020), so mag man das ihm vielleicht noch nachsehen; zu dieser Art von Verantwortungsscheu sollte sich jedoch der *Deutsche Ethikrat* – in Kenntnis von § 12 Abs. 3 TPG, § 12 Abs. 1 SGB V (und den einschlägigen verfassungsrechtlichen Debatten hierzu) – nicht als Steigbügelhalter verstehen (zutr. krit. *Gaede/Kubiciel u.a. medstra* 2020, 129, 130 f.; zurückhaltender *Taupitz MedR* 2020, 440, 443: mindestens eine parlamentarische Debatte).

Vorrang der ärztlichen Indikation

Der allgemeine wie ärztliche common sense hat eine deutliche Präferenz für das Kriterium der „Erfolgsaussicht“: Das ist verständlich, denn wo knappe medizinische Ressourcen ohne nutzbringende Effekte eingesetzt werden, handelt es sich um eine sinn- wie verantwortungslose Verschwendung. Doch die eigentliche Frage ist eine andere: Anhand welcher Parameter lässt sich ermesen, bei welchen Krankheitsvarianten eine medizinische Behandlung noch hinreichend oder wenigstens im Minimum aussichtsreich ist, und nach welcher Maxime ist wie zu entscheiden, wenn sich am Ort des Geschehens mehr erfolgsträchtige Patienten einfinden, als selbst bei optimaler Ausschöpfung medizinische Ressourcen zur Verfügung stehen. Klar ist, dass die ärztliche „Indikation“ (vgl. § 1901b Abs. 1 S. 1 BGB) zur Erreichung eines realistischen Therapieziels nach Maßgabe des Schweregrades der akuten Erkrankung, evtl. Komorbiditäten, des allgemeinen körperlichen Zustandes u.a.m. die Untergrenze abbildet: Denn auf eine Therapieoption, die nach ärztlich-professioneller Einschätzung (vgl. § 630a Abs. 2 BGB) für den individuellen Patienten in seiner konkreten Krankheits-situation mehr Schaden als Nutzen verheißt, besteht kein Anspruch auf Gewähr, sondern auf Verzicht (zugunsten der Palliation). Auf die zwingende Notwendigkeit einer sorgfältigen Indikationsstellung zu insistieren, wie es zuletzt auch die „Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie“ getan hat (https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Stellungnahmen/BAEK_Allokationspapier_05052020.pdf), besteht angesichts der bekannten Gefahr einer „Übertherapie“ triftiger Grund (dazu für die Intensivmedizin z.B. *Druml/Druml Medizinische Klinik – Intensiv- und Notfallmedizin* 2019, 194 ff.); damit ist jedoch die Möglichkeit nicht abgewendet, dass sich die Entscheidungsdilemmata selbst bei Beachtung dieser Untergrenze nicht abwenden lassen.

„Erfolgsaussicht“?

Erwähnte „Orientierungshilfe“ bleibt auch insoweit dem Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht verhaftet, doch das erklärt noch längst nicht, wie es interpretiert und operationalisiert werden soll. Die Bundesärztekammer schreibt hierzu:

Die Ressourcen „sollen ... so eingesetzt werden, dass die Erfolgsaussichten mit Blick auf das Überleben und die Gesamtprognose möglichst groß sind und die meisten Menschenleben gerettet werden können“ (ebd.). Möglichst groß ist die Überlebenschance bei einer möglichst großen Anzahl von Patienten aber nur dann, wenn die knappen Ressourcen nicht zugunsten der schwer, sondern der leichter Erkrankten eingesetzt werden, weil sie dann einer größeren Zahl zugutekommen. Auf dieser Basis würden aber – der gesellschaftsvertraglichen Verbundenheit aller Mitglieder der Rechtsgemeinschaft zuwider – gerade jene in ihrer existentiellen Not aufgegeben, die auf medizinische Hilfe am dringendsten angewiesen sind. Ein „bedürfnissensibler Egalitarismus“ (*Gutmann*, in: *Schöne-Seifert/Buyx/Ach* (Hrsg.), *Gerecht behandelt? Rationierung und Priorisierung im Gesundheitswesen* [2006], S. 31, 35) legt hingegen eine Teilhabegerechtigkeit wenigstens in Bezug auf die notwendige Basisversorgung nahe, d.h. eine Grundverpflichtung zur Erhaltung der „Selbstzweckhaftigkeit“ eines Jeden (Art. 1 Abs. 1, 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG). Denn insoweit ist die Betroffenheit beim Einzelnen eine ungleich wesentlichere; es geht gleichsam „um Alles“ (*Fateh-Moghadam/Gutmann*, *Gleichheit vor der Triage*, <https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/>). Diese rechtliche wie ethische Grundintuition zugunsten der Schwächsten ist zentrale Basis des modernen Sozialstaates und einer recht verstandenen „Solidarität“. Soweit es daher bei fachkundiger Einschätzung noch eine Mindest-Überlebenschance gibt, ist relativ zu den vorhandenen Ressourcen nicht die tödliche Exklusion, sondern Wohltun geboten. Deshalb darf auf Basis des Erfolgskriteriums die Priorisierung der Ressourcen nicht bei den am meisten, sondern bei den am wenigsten Bedürftigen beginnen; eben dies war noch Bestandteil in der ersten Auflage der „Klinisch-ethischen Empfehlungen“ der DIVI und weiterer medizinischer Fachgesellschaften gewesen (<https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1540-covid-19-ethik-empfehlung-v2/file>, S. 4: „... nicht eine Entscheidung im Sinne der best choice, sondern vielmehr der Verzicht auf Behandlung derer, bei denen keine oder nur eine sehr geringe Erfolgsaussicht besteht“). Dass diese Maxime folgerichtig auch für den weiteren Behandlungsverlauf gelten muss und neu eintreffende Schwerstkranke nicht dem verantwortungsscheuen Zufall des „first-come-first-serve“ ausliefern darf, sollte sich eigentlich von selbst verstehen (so auch die SAMW-Richtlinien zur Triage von intensivmedizinischen Behandlungen v. 24.3.2020; *Schöne-Seifert*, *FAZ* v. 31.3.2020).

Recht für alle oder alle ohne Recht?

Denn der soziale Rechtsstaat ist keine Institution bloß für Luxuszeiten. Er hat sich gerade in Zeiten besonderer Herausforderungen zu bewähren. Der Ausnahmezustand verlangt nach folgerichtiger Konkretisierung der vorhandenen, nicht aber nach eigenen Regeln oder gar nach einer Abdankung des Rechts, auf dass sich „der Gewalt ein weites Feld öffne“ (*Frankenberg* *Kritische Justiz* 2017, 16). Wollte eine „Not“ von der Geltung des Rechts Dispens erteilen und dasjenige für Recht erklären, was eigentlich Unrecht ist, so läge darin ein Selbstwiderspruch des Rechts (*Kant*). In diesem Lichte versteht sich die Sorge prominenter Persönlichkeiten, darunter auch *Jürgen Habermas*, vor einer Preisgabe der humanitären Ethik und universalen Geltung des Rechts auf Gleichbehandlung: „Der Wert des Lebens muss gleich für alle bleiben. Wer das zerbrechliche und schwache Leben der Älteren abwertet, bereitet einer Entwertung jeden Lebens den Weg“ (*FAZ* v. 23.5.2020, S. 7).

Beiträge

Dr. Kurt W. Schmidt, Zentrum für Ethik in der Medizin, Frankfurt am Main
Prof. i.R. Dr. Gabriele Wolfslast, Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Gießen/Riedlingen
Prof. Dr. Bernhard Kretschmer, Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Gießen
Prof. Dr. Klaus Lewandowski, Anästhesie/Intensivmedizin, Berlin
Prof. Dr. Torsten Verrel, Kriminologisches Seminar, Universität Bonn

Patientenverfügungen bei Triage-Entscheidungen

Hilfestellung angesichts strittiger Rechtsfragen

Diskussionspapier zur Ergänzung von Patientenverfügungen unter den aktuellen Bedingungen von COVID-19

Ob im Fall knapper Ressourcen auf einer Intensivtherapiestation triagiert werden darf, und wenn ja, nach welchen Kriterien, ist rechtlich umstritten. Da die derzeitige Diskussion den Aspekt des Selbstbestimmungsrechts nicht ausreichend berücksichtigt, wird das Muster einer ergänzenden Patientenverfügung vorgestellt, in der die Triage-Situation im Rahmen der COVID-19-Pandemie konkret einbezogen ist und verschiedene Entscheidungsoptionen eröffnet werden.

I. Ausgangssituation

Aufgrund der dramatischen Erfahrungen mit Triage-Situationen in Italien, Spanien und Frankreich ist in Deutschland von vielen Seiten sehr intensiv daran gearbeitet worden, einen Ressourcenengpass bei den Intensivtherapie- und Beatmungsplätzen in Deutschland zu vermeiden. Dies ist bisher erfolgreich gelungen, und die derzeitigen Einschätzungen und Erfahrungen geben Grund zur Hoffnung, dass dies so bleiben wird und auch in naher Zukunft keine Triage-Entscheidungen auf den Intensivtherapiestationen getroffen werden müssen.

Gleichwohl hat eine intensive verfassungsrechtliche wie auch straf- und zivilrechtliche Diskussion darüber eingesetzt, nach welchen Kriterien und auf welchen Entscheidungswegen in einer Notlage zu verfahren ist, in der keine ausreichende Zahl an Beatmungsplätzen zur Verfügung steht. Ob überhaupt triagiert werden darf und vor allem, ob die laufende Behandlung eines Patienten zugunsten eines anderen Patienten mit besseren prognostischen Aussichten beendet werden darf, ist umstritten. Ein entscheidender Punkt ist dabei nicht zuletzt das Problem, dass bei Triage-Entscheidungen auf der Intensivtherapiestation der Patient in der Regel selbst nicht mehr direkt befragt werden kann, ob er mit diesem oder einem anderen Vorgehen einverstanden ist. Doch, so soll an dieser Stelle gefragt werden, würde sich in der ethischen und rechtlichen Beurteilung nicht etwas entscheidend verändern, wenn ein Patient zuvor durch eine Patientenverfügung festgelegt hätte, dass er bereit ist, im Falle seiner intensivmedizinischen Behandlung sein Beatmungsgerät einem anderen Patienten mit deutlich besserer Überlebenschance zu überlassen, sofern nicht genügend Beatmungsgeräte zur Verfügung stehen? Zwar wird von vielen Seiten dazu aufgerufen, eine bestehende Patientenverfügung für den Fall einer COVID-19-Erkrankung anzupassen, doch konzentrieren sich diese Vorschläge letztlich auf die „klassischen“ Aspekte des medizinischen Behandlungsumfangs, auch wenn sie im Rahmen des Advance Care Planning sehr umfangreich gestaltet sind.¹ Das vorliegende Papier geht darüber hinaus und stellt das Muster einer ergänzenden Patientenverfügung vor, in der die

besondere Triage-Situation im Rahmen der COVID-19-Pandemie einbezogen ist und dem Verwender verschiedene Entscheidungsoptionen eröffnet.

II. Einbeziehung der Triage in die Patientenverfügung

In Colorado/USA wurde kürzlich auf dem Hintergrund drohender Triage-Entscheidungen das Muster einer Patientenverfügung entwickelt, das den Bürgerinnen und Bürgern anbot festzulegen, im Fall einer notwendig werdenden Triage-Entscheidung auf den eigenen Behandlungsplatz zugunsten eines anderen (ihm unbekannt) Patienten mit besseren Überlebenschancen zu verzichten.² Dass Menschen in Grenzsituationen altruistisch entscheiden, ist nicht ungewöhnlich. Erinnert sei in diesem Zusammenhang an den Fall des an COVID-19 erkrankten, sodann 72-jährig verstorbenen Priesters Guiseppe Beradelli aus Casnigo bei Bergamo, der auf ein spendenfinanziertes Beatmungsgerät zugunsten eines jüngeren – ihm nicht bekannten – Patienten verzichtete, damit dessen Leben erhalten werden konnte.³ Auch in Colorado/USA besteht die Grundannahme, dass manche Menschen durchaus altruistisch entscheiden und es daher möglich sein sollte, dies im Vorfeld zu erfragen. Zudem weisen Studien darauf hin, dass sich die Werteskala von Patienten am Lebensende und in der palliativen Versorgung verändert und sie ihre Entscheidungen mehr am Wohlergehen der Anderen ausrichten, vornehmlich der Bezugspersonen.⁴

Durch die Möglichkeit der Erweiterung der Patientenverfügung sollte den Bürgerinnen und Bürgern respektive Patienten in Colorado/USA offen kommuniziert werden, wer die Triage-Entscheidung trifft und nach welchem Verfahren diese Entscheidungsfindung verläuft. Die Patienten sollen verstehen, dass die medizinische Triage-Entscheidung –

1 DiV-BVP, Ambulante patientenzentrierte Vorausplanung für den Notfall. Leitfaden (2020), verfügbar unter: https://www.dgpalliativmedizin.de/images/Ambulante_patientenzentrierte_Vorausplanung_fuer_den_Notfall_LEITFADEN_20200409_final.pdf (diese und folgende Seiten zuletzt abgerufen am 16.6.2020); DiV-BVP, Ambulante patientenzentrierte Vorausplanung für den Notfall. Dokumentation (2020), verfügbar unter: https://www.dgpalliativmedizin.de/images/Ambulante_patientenzentrierte_Vorausplanung_DOKU_ge_samt_200409_final.pdf.

2 <https://patientdecisionaid.org/wp-content/uploads/2020/04/3-19-2020-COVID19-life-support-machine-V10.pdf>.

3 <https://www.vaticannews.va/de/welt/news/2020-03/italien-coronavir-bergamo-beatmungsgeraet-priester-opfer.html>.

4 Vgl. Fegg/Wasner/Neudert/Borasio (2005) Personal Values and Individual Quality of Life in Palliative Care Patients. *Journal of Pain and Symptom Management* 30 (2), 154-159.

sollte sie notwendig werden – nicht von deren Versicherungsstatus, deren Konfession, dem sozialen Status u.ä. abhängt, vielmehr durch ein Komitee-Modell versucht wird, eine möglichst große Neutralität und Objektivität zu bewahren.⁵ Die besondere Vorgehensweise der Entscheidungsfindung durch ein neutrales Komitee, deren Mitglieder nicht in die direkte Patientenversorgung einbezogen sind, soll hier nicht weiter diskutiert werden, zumal es sich vom vorgeschlagenen Vorgehen der sieben bzw. acht medizinischen Fachgesellschaften in Deutschland mit dem Verweis auf das Mehraugenprinzip der Behandler stark unterscheidet.⁶

Allerdings darf in diesem Zusammenhang nicht außer Acht gelassen werden, dass die Sorgen und Beweggründe für Patienten in einzelnen Ländern auf dem Hintergrund ihrer jeweils unterschiedlichen Gesundheits- und Versicherungssysteme höchst verschieden sind. Wenn jemand – wie das vielerorts der Fall ist – selbst für seine Behandlung (in erheblichem Maße finanziell mit) aufkommen muss, stellt sich für ihn zugleich die Frage, bis zu welcher Grenze er oder sie die eigenen finanziellen Ressourcen bzw. die der Familie beanspruchen und womöglich ausschöpfen kann und will. Unabhängig von diesen kulturellen Unterschieden möchten wir aufzeigen, dass sich mit einer auf die COVID-19-Erkrankung zugeschnittenen Patientenverfügung die derzeitigen ethischen und rechtlichen Probleme einer Triage-Entscheidung in Deutschland zumindest entschärfen lassen. Denn die Diskussion darüber berücksichtigt nach unserem Eindruck nicht ausreichend den Aspekt des Selbstbestimmungsrechts und damit die Möglichkeit, vorsorgliche Entscheidungen für eine Situation zu treffen, in der darüber gestritten wird, wie ohne bekannten Patientenwillen zu entscheiden ist. Das Muster (abgedruckt auf S. 197) ist als ein solcher Diskussionsvorschlag gedacht. Seite 1 ist ein Informationsblatt, das auf die Möglichkeit der Erweiterung der Patientenverfügung hinweist; Seite 2 beinhaltet die eigentliche Erweiterung der Patientenverfügung.

III. Ethische und juristische Erläuterung

Eine nach obigem Muster ausgefüllte und unterschriebene Patientenverfügung ist grundsätzlich eine für die Adressaten (einschließlich der Ärztinnen und Ärzte) verbindliche Willensäußerung des Patienten. Insofern sind die Varianten [A] und [D] bereits aus anderen Verfügungen bekannt, folglich nicht neu und bilden gewissermaßen die Entscheidungspole von Maximaltherapie [A] einerseits und Ablehnung intensivmedizinischer Behandlung ungeachtet der Erfolgsaussichten [D] andererseits.

Die hier entworfene Variante [B] beschreibt den freiwilligen Verzicht auf einen intensivmedizinischen Behandlungsplatz für den Fall, dass bereits alle Plätze belegt sind und unterbindet damit – ungeachtet der rechtlichen Zulässigkeit – eine Umverteilungsentscheidung zu Gunsten des hinzukommenden Patienten. Der diese Variante wählende Patient akzeptiert damit das Vergabeverfahren „first come – first serve“ unabhängig davon, dass dieses Prinzip – wie es teilweise vertreten wird (dazu sogleich) – ohnehin, also auch ohne die selbstbestimmte Verfügung, greifen würde.

Patienten, die sich für Variante [B] entscheiden, machen sich im Ergebnis die Position zu eigen, die der Deutsche Ethikrat in seiner Ad-hoc-Empfehlung „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ vom 27.3.2020⁷ vertreten und die sein jetzt ausgeschiedenes Mitglied *Reinhard Merkel* in der FAZ vom 4.4.2020⁸ näher ausgeführt hat, die aber auch von anderen geteilt wird.⁹ Danach seien Abwägungen zu den Überlebenaussichten von Verfassungen wegen unzulässig,

weil das die Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens in Frage stelle und deshalb mit der Menschenwürde unvereinbar sei. Aufgrund dessen dürfe einem COVID-19-Patienten ein Beatmungsgerät, mit dem er bereits behandelt und versorgt wird, nicht mehr zugunsten eines danach hinzukommenden Patienten entzogen werden, selbst wenn dieser eine bessere Prognose habe.

In der Rechtswissenschaft wird diese Position zunehmend in Frage gestellt. Es wird durchaus für zulässig gehalten, in Triage-Situationen bei der Verteilung nur beschränkt verfügbarer Beatmungsgeräte auf das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht abzustellen.¹⁰ Dadurch würden Eigenwert und Würde der Patienten keineswegs in Zweifel gezogen, sondern vielmehr eine möglichst chancengerechte Verteilung jener Behandlungsressourcen angestrebt, die unter einem Massenansturm an Verletzten [MANV] bzw. Erkrankten nur beschränkt verfügbar sind. Dieser Betrachtung zufolge wäre es folglich ohne Rechtsverstoß möglich, einen später hinzukommenden Patienten bei überlegener Behandlungsaussicht mit einem Gerät zu beatmen, welches einem Patienten mit schlechterer Prognose entzogen wird. Lehnt jedoch der später hinzukommende Patient in altruistischer Weise ab, dass seine Behandlung um den Preis erfolgt, einem bereits beatmeten Patienten das Gerät zu entziehen, ist das von allen Beteiligten zu respektieren.

Mit der Variante [B] entbindet der hinzukommende Patient das Behandlungsteam ungeachtet der rechtlichen Problematik von der belastenden Entscheidung, womöglich (a) einem maschinell beatmeten Patienten das Gerät zugunsten des später eintreffenden Verfügenden zu entziehen, sowie gegebenenfalls (b) festlegen zu müssen, welche Kriterien bei einer solchen Entscheidung anzulegen sind (z.B. klinische Erfolgsaussicht, Überleben des Aufenthalts auf der Intensivtherapiestation).

Schließlich umschreibt Variante [C] die umgekehrte Situation, in welcher der vorausverfügende Patient bereits beatmet wird, aber gewillt ist, „sein“ Beatmungsgerät zugunsten eines später hinzukommenden Patienten mit besserer prognostischer Aussicht freizugeben. Nach der oben genannten Ansicht wäre eine solche Umverteilung unter bestimmten Voraussetzungen ohnehin zulässig, während sich nach der von anderen vertretenen Meinung derjenige, der einen bisher beatmeten Patienten zugunsten eines anderen von der Beatmung nimmt, wegen (versuchten) Totschlags strafbar macht.

5 *Truog/Mitchell/Daley* (2020) The Toughest Triage – Allocating Ventilators in a Pandemic. *The New England Journal of Medicine*, March 24, DOI: 10.1056/NEJMp2005689, verfügbar unter: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp2005689>.

6 DIVI, Entscheidung über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen im Kontext der COVID-19-Pandemie, Version 2 vom 17.4.2020, verfügbar unter: <https://www.divi.de/empfehlungen/publikationen/covid-19/1549-entscheidungen-ueber-die-zuteilung-intensivmedizinischer-ressourcen-im-kontext-der-covid-19-pandemie-klinisch-ethische-empfehlungen/file>.

7 <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlung/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>.

8 *Merkel*, Eine Frage von Recht und Ethik, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, aktualisiert am 4.4.2020; verfügbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/beatmung-in-der-medizin-eine-frage-von-recht-und-ethik-16710882.html#void>.

9 So etwa von *Fateh-Moghadam/Gutmann*, Gleichheit vor der Triage, *Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin* (2020); verfügbar unter: <https://verfassungsblog.de/gleichheit-vor-der-triage/>.

10 *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis* *medstra* 2020, 129 ff.; *Jäger/Gründel* *ZIS* 2020, 151 ff.

Aktuelle Ergänzung zur Patientenverfügung im Rahmen der COVID-19-Pandemie

[MUSTER]

Vor- und Zuname:

Geburtsdatum:

Wohnort:

Sollte ich so schwer an COVID-19 erkranken, dass ich auf die Intensivtherapiestation verlegt werden müsste, dann erkläre ich hiermit: (Zutreffendes bitte ankreuzen)

- [A] Ich möchte alle intensivmedizinischen Maßnahmen einschließlich maschineller Beatmung,** wenn nach Ansicht der behandelnden Ärzt*innen eine realistische Aussicht besteht, dass mein Leben gerettet werden kann.
- [B] Grundsätzlich möchte ich alle intensivmedizinischen Maßnahmen einschließlich maschineller Beatmung. Sollten jedoch alle Beatmungsgeräte bereits belegt und eine Verlegung in andere Krankenhäuser nicht möglich sein, nehme ich dies als tragisches Ereignis hin und bin mit einer palliativen Versorgung einverstanden, d.h. es soll vor allem sichergestellt werden, dass ich keine Schmerzen und keine Atemnot verspüren werde.** Ich habe verstanden, dass ich in einem solchen Fall vermutlich früher versterben werde.
- [C] Grundsätzlich möchte ich alle intensivmedizinischen Maßnahmen einschließlich maschineller Beatmung. Sollte jedoch der Fall eintreten, dass während meiner eigenen intensivmedizinischen Behandlung nicht genügend Beatmungsgeräte für andere Patient*innen zur Verfügung stehen, bin ich bereit, meinen Behandlungsplatz anderen Patient*innen zu überlassen, wenn diese eine deutlich bessere Überlebenschance haben.** Ich bin in einem solchen Fall damit einverstanden, dass meine maschinelle Beatmung beendet wird und „mein“ Beatmungsgerät ein anderer Patient bzw. eine andere Patientin mit besserer Prognose erhält. Ich habe verstanden, dass Grundlage dieser ärztlichen Beurteilung allein das **aktuelle medizinische Gesamtbild** unserer Erkrankungszustände ist mit Blick auf die jeweilige klinische Erfolgsaussicht der intensivmedizinischen Behandlung. Andere Aspekte wie Alter und Behinderung spielen für sich allein keine Rolle. Ebenso bleiben Versicherungsstatus, soziale Stellung, Religionszugehörigkeit oder Nationalität bei dieser Entscheidungsfindung ohne Bedeutung. Ich habe verstanden, dass ich mit großer Wahrscheinlichkeit früher versterben werde, sollte die medizinisch eigentlich indizierte Maßnahme der maschinellen Beatmung zugunsten von anderen Patient*innen beendet werden. Meine Zustimmung hierzu ist jedoch daran gebunden, dass ich eine gute palliative Versorgung erhalte, insbesondere ausreichend Medikamente, damit ich keine Schmerzen verspüren und keine Atemnot erleiden werde.
- [D] Ich lehne ausdrücklich die Verlegung auf die Intensivtherapiestation und die maschinelle Beatmung ab, selbst wenn ausreichend Beatmungsgeräte zur Verfügung stehen.** Ich verstehe, dass dies vermutlich bedeutet, dass ich früher versterben werde.

Ich versichere, dass meine vorstehend getroffene Entscheidung meinen Willen wiedergibt, und erwarte, dass sie nicht in Zweifel gezogen, sondern umgesetzt wird.

Ort / Datum

Unterschrift

Informationsblatt [MUSTER] zur Ergänzung einer Patientenverfügung im Rahmen der COVID-19-Pandemie und für eine Triage-Situation

Die COVID-19-Pandemie stellt uns alle vor besondere Herausforderungen. Manche überprüfen derzeit ihre bereits erstellte Patientenverfügung. Da in vielen Musterformularen die Situation einer COVID-19-Erkrankung nicht konkret erfasst ist, bietet dieses ergänzende Formular die Möglichkeit, eigene Wünsche und Wertvorstellungen für diese neuartige Erkrankung zum Ausdruck zu bringen. Dies geschieht vor dem Hintergrund, dass manche Patient*innen so schwer erkranken, dass sie auf einer Intensivtherapiestation behandelt und maschinell beatmet werden müssen und sichergestellt werden soll, dass diese Behandlung auch dem Willen und den Wertvorstellungen der Patient*innen entspricht.

Die Erfahrungen in allen Ländern zeigen, dass viele Infektionen mit dem Corona-Virus relativ leicht verlaufen, andere jedoch sehr schwer. Von schweren Verläufen besonders betroffen sind vor allem ältere Patient*innen mit Vorerkrankungen, die auf der Intensivtherapiestation lange maschinell beatmet werden müssen und trotz maximaler intensivmedizinischer Behandlung zum Teil auch dort versterben. Manche würden im Falle einer Erkrankung nicht mehr auf eine Intensivtherapiestation verlegt werden wollen, anderen kann es dagegen sehr daran gelegen sein, dass von ärztlicher und pflegerischer Seite alles versucht wird, um ihr Leben zu erhalten.

Zusätzlich aufgenommen ist in diesem Ergänzungsf formular die besondere Situation einer Triage-Entscheidung. In Deutschland sind größte Anstrengungen unternommen worden, um genügend Intensivtherapie- und Beatmungskapazitäten aufzubauen, so dass derzeit niemand befürchten muss, im Erkrankungsfall nicht ausreichend versorgt werden zu können. Für den derzeit also eher unwahrscheinlichen Fall, dass so viele Patient*innen so schwer erkranken, dass nicht genügend Beatmungskapazitäten zur Verfügung stehen, können Sie in diesem Ergänzungsf formular Ihren Behandlungswunsch zum Ausdruck bringen und angeben, welchen Spielraum Sie Ärzt*innen einräumen, wenn nicht genügend Beatmungsgeräte zur Verfügung stehen und unter diesen erschwerten Bedingungen Entscheidungen getroffen werden müssen.

Wie für jede Patientenverfügung, so gilt auch für diese Erweiterung, dass niemand zur Abgabe einer solchen Erklärung verpflichtet werden kann. Die Erstellung einer Patientenverfügung ist ebenso wie die Erstellung dieser zusätzlichen Erklärung freiwillig. Ärzt*innen sind an den darin schriftlich niedergelegten Patientenwillen gebunden. Es ist allein Ihre Entscheidung, ob Sie Festlegungen verfügen wollen und wenn ja, welche. Daraus werden Ihnen keine Nachteile in Ihrer Versorgung durch das Behandlungsteam entstehen.

Bitte bleiben Sie mit Ihren Ärzt*innen und Pflegekräften im Kontakt und sprechen Sie sie an, welche Fragen Sie beschäftigen. Wir werden uns bemühen, Sie hilfreich zu begleiten.

Kontaktadresse: Dr. med. Max Mustermann (Kontakt Daten einfügen)

In dieser rechtlich unklaren Situation ist es für das Behandlungsteam außerordentlich erleichternd, sich nicht für eine Ansicht entscheiden zu müssen, sondern sich auf den vorausverfügten Willen des Patienten berufen zu können.

Folgt das Behandlungsteam einem so vorausverfügten Willen und stellt die maschinelle Beatmung unter palliativen Bedingungen leidensfrei ein,¹¹ liegt darin – wie der Bundesgerichtshof schon vor 10 Jahren entschieden hat – keineswegs eine strafbare Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), sondern lediglich die Nichtweiterführung der zuvor eingeleiteten Behandlung, die nunmehr dem Krankheitsgeschehen seinen Lauf lässt.¹² Gegen den Willen des Patienten darf eine Behandlung weder aufgenommen noch weitergeführt werden. Die Einstellung der Behandlung bzw. die Änderung in ein palliatives Konzept ist daher bei Zustimmung des Patienten nicht nur erlaubt, sondern durch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten geboten. Ungeachtet dessen, dass die altruistische Freigabe des Geräts zugunsten eines anderen Menschen ohnehin ethisch hohen Respekt verdient, ist es anderen Personen zudem verwehrt, über die Motive des Verfügenden in einer die Umsetzung der Verfügung hindernden Weise zu urteilen. Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst noch einmal unterstrichen, dass der selbstbestimmte Wille eines Menschen über sein Lebensende von anderen auch dann hinzunehmen und zu respektieren ist, wenn sie die Entscheidung für sich anders treffen würden.¹³

IV. Grenzen der Patientenverfügung

Nach dem Gesagten ist es für alle Beteiligten in der Regel ausgesprochen hilfreich und entlastend, wenn ein Patient durch eine Patientenverfügung seine Festlegungen und Behandlungswünsche für den Triagefall trifft und dokumentiert. Der Patient ist aber nur befugt, über seine eigene Behandlung und deren mögliche Ablehnung zu verfügen. Er hat kein Recht, über das Behandlungsteam zu verfügen und seine Behandlung bzw. deren Abbruch mit außerhalb der eigenen Behandlung stehenden Bedingungen zu verknüpfen. So wäre es namentlich unwirksam, den Verzicht davon abhängig zu machen, dass das Beatmungsgerät bestimmten anderen Personen wie Verwandten, Landsleuten, Angehörigen derselben Religionsgemeinschaft usw. zugewiesen wird. Hier gilt nichts anderes als bei der (postmortalen) Organspende, die ebenfalls nicht empfängergerichtet erfolgen kann.¹⁴ Sollte eine Verknüpfung gleichwohl (unwirksam) verfügt worden sein, müsste im Einzelfall geprüft werden, ob der Patient bei Kenntnis der Unwirksamkeit nur von der Bedingung oder ganz von der Freigabeverfügung abgesehen hätte.

Die Motive des Verzichts spielen ansonsten aus ethischer und rechtlicher Sicht keine Rolle. Wie schon grundsätzlich für den Behandlungsverzicht gilt auch hier, dass die Gründe und die „Sinnhaftigkeit“ der Entscheidung für den Arzt nicht nachvollziehbar sein müssen.¹⁵ Ob es ein wahrhaft altruistisches Motiv ist, hat der Arzt weder zu beurteilen noch zu bewerten. Entscheidend ist, dass die Verfügung von einer volljährigen und entscheidungsfähigen Person getroffen wurde.¹⁶

Wie auch immer der Patient sich in seiner Patientenverfügung festlegt oder auf eine solche Festlegung verzichtet, darf seine Entscheidung kein diskriminierendes oder sonst zu Nachteilen für ihn führendes Verhalten durch das Behandlungsteam nach sich ziehen. Ein Patient, der eine Maximaltherapie im Sinne der Variante [A] wünscht, darf in seiner selbstbezogenen Entscheidung nicht als „moralisch tieferstehend“ angesehen und behandelt werden als ein Patient, der aus altruistischen Motiven auf eine Folgebehandlung verzichtet und/oder bei Ressourcenknappheit bereit ist, mit seiner Behandlung zurückzutreten.

V. Offene Fragen

Selbstverständlich kann eine Patientenverfügung, die sich konkret auf COVID-19-Erkrankungen erstreckt und mögliche Triagefälle einbezieht, nicht alle ethischen und rechtlichen Fragen lösen, deren Beantwortung schwierig bleiben kann. Das ist freilich ein Problem, das sich bei allen Patientenverfügungen stellt, die aber immerhin bei einigen Entscheidungen helfen können. Gegebenenfalls können allerdings infolge der Verfügung sogar neue Konfliktkonstellationen entstehen wie etwa die nachfolgende:

- o Auf einer voll belegten Intensivtherapiestation mit 10 Plätzen soll als weiterer Patient Herr A aufgenommen werden. Patient Z mit den schlechtesten Erfolgsaussichten, der vermutlich auf der Intensivtherapiestation versterben wird, hat keine Patientenverfügung. Patient Y mit schlechten Erfolgsaussichten hat eine neuartige Patientenverfügung im hier vorgeschlagenen Sinn der Variante [C], die besagt, dass er auf seine maschinelle Weiterbeatmung verzichtet, falls ein Patient neu hinzukommt, der die maschinelle Beatmung dringend benötigt und bessere Erfolgsaussichten hat als er selbst. Patient Y hat jedoch im Vergleich zu Patient Z bessere klinische Erfolgsaussichten. Hier verknüpft sich das genannte Problem, ob dem prognostisch sehr schlechten Patienten (hier: Z) das Beatmungsgerät zugunsten eines prognostisch günstigen Patienten (hier: A) entzogen werden darf, mit der Frage der Vorausverfügung des prognostisch dazwischen positionierten Patienten (hier: Y). Welche Triage-Entscheidung ist zu treffen?

Eine Patientenverfügung, die mögliche Konflikte einer Triage-Entscheidung proaktiv aufgreift und die Wünsche und Wertvorstellungen des Patienten aufnimmt, wird regelmäßig hilfreich sein, wenn schwierige und belastende Entscheidungen getroffen werden müssen. Sie wird aber nichts daran ändern, dass Triage-Entscheidungen in Notlagesituationen aus ethischer Sicht ein Dilemma darstellen und Dilemmata letztlich nie ganz auflösbar sind. Und so verständlich es auch ist, dass sich Ärztinnen und Ärzte ebendies wünschen: Auch der Staat wird im Vorfeld nicht alle Triage-Entscheidungen vorwegnehmen können, um auf diese Weise die Behandlung von schwierigen Entscheidungen zu befreien. Mehr noch: Von Verfassungs wegen ist es sogar sehr zweifelhaft, ob und in welchem Umfang der Gesetzgeber, wenn er dies wollte, überhaupt Kriterien der Triage gesetzlich festlegen dürfte (was überwiegend verneint wird). Es muss daher im Bewusstsein bleiben, dass die Beendigung einer lebenserhaltenden Maßnahme – auch mit dem Ziel, das Leben eines anderen zu retten – stets und erst recht unter den Bedingungen einer Triage immer eine *Grenzsituation* ist und dies auch bleiben wird und bleiben muss.

11 Deutsche Gesellschaft für Palliativmedizin/Deutsche Gesellschaft für Pneumologie und Beatmungsmedizin, Handlungsempfehlung zur Therapie von Patient*innen mit COVID-19 aus palliativmedizinischer Perspektive (2020), verfügbar unter: https://www.dgpalliativmedizin.de/images/200401_DGP_Handlungsempfehlung_palliative_Therapie_bei_COVID-19_2.0.pdf.

12 BGHSt 55, 191.

13 *BVerfG* Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a. (in diesem Heft, S. 223 ff.).

14 Dazu *Schroth* in: *Schroth/König/Gutmann/Oduncu*, Transplantationsgesetz (2005), § 3 Rn. 12.

15 In diesem Sinne auch *BVerfG* a.a.O.

16 Voraussetzungen von Minderjährigen gelten nach dem Willen des Gesetzgebers nicht als Patientenverfügung im Rechtssinne (vgl. § 1901a Abs. 1 BGB), ohne dass daraus zu folgern wäre, dass sie deshalb per se bedeutungslos wären. Diese Frage ist hier aber schon deshalb nicht zu vertiefen, weil schwere Verläufen der COVID-19-Erkrankung bei Minderjährigen ausgesprochen selten sind.

Prof. Dr. Josef Franz Lindner, Universität Augsburg*

Kann eine Empfehlung des Deutschen Ethikrates einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 Satz 1 StGB begründen?

In einer ad hoc-Empfehlung vom 27.3.2020 zur Corona-Pandemie vertritt der Deutsche Ethikrat die Auffassung, Ärzte könnten bei einer ex post-Triage „mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen“. Dieser Beitrag geht der Frage nach, ob Ärzte, die auf diese irreführende Formulierung vertrauen, sich im Falle einer Strafverfolgung wegen Totschlags auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 S. 1 StGB berufen und dadurch der Strafbarkeit entgehen können.

I. Einleitung

Die COVID-19-Pandemie hat das grundsätzliche, unter dem Schlagwort „Triage“ diskutierte Problem der Allokation knapper Rettungsmittel¹ deutlich vor Augen geführt: An COVID-19 erkrankte Menschen können nicht beatmet werden, weil nicht genügend Respiratoren oder die dafür erforderliche intensivmedizinische Infrastruktur zur Verfügung stehen. Wie sind in einem solchen Fall die tatsächlich verfügbaren Rettungsmittel zuzuteilen? „Wer darf überleben?“ ist pointiert gefragt worden.² Mangels spezieller gesetzlicher Regelungen ist diese Frage derzeit nach dem allgemeinen Strafrecht³ zu beurteilen.⁴ Während bei der ex ante-Triage (der Arzt teilt x-n Rettungsmittel x Patienten zu, so dass mindestens ein Patient stirbt) überwiegend eine rechtfertigende Pflichtenkollision⁵ angenommen wird, ist die ex post-Triage (der Arzt nimmt den bereits beatmeten Patienten B vom Beatmungsgerät, um dieses dem A zu dessen Rettung zuzuteilen, B stirbt infolge des Abbruchs der Beatmung) schwieriger zu beurteilen (II.). Der Deutsche Ethikrat hat in seiner ad hoc-Empfehlung vom 27.3.2020 „Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise“ dazu auf S. 4 wie folgt Stellung genommen: „Wer in einer solchen Lage eine Gewissensentscheidung trifft, die ethisch begründbar ist und transparenten – etwa von medizinischen Fachgesellschaften aufgestellten – Kriterien folgt, kann im Fall einer möglichen (straf-)rechtlichen Aufarbeitung des Geschehens mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen. Objektiv rechtens ist das aktive Beenden einer laufenden, weiterhin indizierten Behandlung zum Zweck der Rettung eines Dritten jedoch nicht.“ Ob der Arzt, der den B dem Tod ausliefert, um A zu retten, aber wirklich entschuldigt im strafrechtlichen Sinne handelt, ist alles andere als sicher und eher zu verneinen (III.). Fraglich ist daher, ob der Arzt sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 StGB) mit der Begründung berufen kann, er habe auf die Empfehlung des Deutschen Ethikrates vertraut und sei davon ausgegangen, dass er mit einer „entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung“ rechnen könne und daher nicht bestraft werde (IV.). Unabhängig davon wirft die in die Irre führende Empfehlung des Deutschen Ethikrates erneut⁶ ein grelles Licht auf dessen Rolle und Arbeitsweise.

II. Die „ex post“-Triage aus straf- und verfassungsrechtlicher Perspektive

Die „ex post“-Konstellation der Triage unterscheidet sich von der „ex ante“-Situation grundsätzlich⁷. Bei letzterer kollidieren gleichwertige Handlungspflichten miteinander, von denen angesichts tatsächlich nicht ausreichend zur Ver-

fügung stehender Rettungsmittel mindestens eine nicht erfüllt werden kann. Bei der „ex post“-Situation hingegen kollidieren eine Handlungspflicht (die Rettung des A) und eine Unterlassungspflicht (die Pflicht, die Herbeiführung des Todes des B durch Entzug des Respirators zu unterlassen). Dass der Arzt dadurch, dass er den beatmeten Patienten B vom lebensrettenden Beatmungsgerät trennt, dessen Tod durch ein Tun und nicht lediglich durch ein Unterlassen kausal bewirkt, erscheint auch in einer Parallelwertung in der Laiensphäre evident: Der Arzt unterlässt nicht etwa nur die Weiterbehandlung des B, sondern er führt dessen Tod durch Entfernung des Respirators aktiv herbei, um A zu retten. Handlungs- und Unterlassungspflicht sind auch nicht gleichwertig, so dass der Arzt nicht einfach wählen dürfte, ob er die Handlungspflicht erfüllt (also A rettet und B tötet) oder die Unterlassungspflicht (also A nicht rettet und B nicht tötet). Warum ist das so? Der Grund dafür ist der unsere Rechtsordnung prägende Grundsatz, dass keine Person verpflichtet ist, ihr Leben zu Gunsten des Lebens einer anderen Person zu opfern⁸ - ebenso wie keine Person verpflichtet werden kann, zur Rettung einer anderen Person dieser ein lebensrettendes Organ zu spenden (vgl. § 8 TPG). Daher hat es der bereits beatmete B nicht zu dulden, dass sein Leben zu Gunsten des A, der „sein“ Beatmungsgerät erhalten soll, aktiv beendet wird.⁹ Maßgeblich dafür sind die Wertungen des Verfassungsrechts: Leben und Würde des B sind gleich viel wert wie Leben und Würde des A. Der Staat darf B zu einer Duldung seiner Tötung auch nicht dadurch faktisch zwingen, dass er dem Arzt die Tötungshandlung erlaubt. In der Auferlegung einer derartigen Duldungspflicht läge eine Verletzung der von der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) geschützten und vom BVerfG anerkannten¹⁰ Basisgleichheit

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg sowie Geschäftsführender Direktor des Instituts für Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht (IBGM) der Universität Augsburg.

1 Für den Bereich des Rettungsdienstes s. *Spiegel*, Die Allokation von Rettungsmitteln (2019).

2 So der Untertitel eines Aufsatzes von *Taupitz*, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise – Wer darf überleben? *MedR* 2020, 440 ff.

3 Hierzu ist bereits eine Reihe von Abhandlungen erschienen: vgl. etwa *Hoven JZ* 2020, 449 ff.; *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis medstra* 2020, 129 ff.; *Engländer/Zimmermann NJW* 2020, 1398 ff.

4 Daneben kommen die allgemeinen Regelungen des Medizinrechts zur Anwendung. Dazu gehören auch §§ 630d, 1901a BGB, wonach eine Behandlung gegen den aktuellen oder in einer Patientenverfügung geäußerten Willen oder den mutmaßlichen des Patienten unzulässig ist. Ein Patient, der eine intensivmedizinische Behandlung wirksam ablehnt, ist damit nicht in die Auswahlentscheidung über die Zuteilung eines knappen Rettungsmittels einzubeziehen.

5 *Engländer/Zimmermann NJW* 2020, 1398, 1400; *Merkel*, FAZ v. 4.4.2020, S. 11 f.

6 Vgl. bereits *Lindner ZRP* 2017, 148.

7 Anders *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis medstra* 2020, 129, 134.

8 Deutlich *Merkel*, aaO, S. 11 f. und S. 13: „unter keinem Gesichtspunkt zu legitimieren“; „keine Rechtsordnung kann das als gültige Norm akzeptieren“.

9 A.A. offenbar *Taupitz MedR* 2020, 440, 446.

10 BVerfGE 115, 118 (Luftsicherheitsgesetz).

aller Menschen, weil sie implizierte, dass das Leben des geretteten A in irgendeiner Hinsicht mehr wert sei als das des B (der zu Gunsten des A „geopfert“ würde). Ein Strafrechtssatz, der besagen würde: „Es ist gerechtfertigt, wenn der Arzt den B durch Wegnahme des Beatmungsgerätes tötet, um das Leben des A zu retten“, wäre verfassungsrechtlich unhaltbar. Eben dies bringt § 34 StGB deutlich zum Ausdruck, wonach eine Rechtfertigung des Arztes ausscheidet, weil das Leben des A das des B eben nicht „wesentlich überwiegt“. Die sich in § 34 StGB manifestierende – verfassungsrechtlich jedenfalls für den Fall, dass Leben gegen Leben steht¹¹ – Wertung würde unterlaufen, würde man auch für die ex post-Triage eine rechtfertigende Pflichtenkollision (wie bei der ex ante-Triage) annehmen.

III. Entschuldigung des Arztes bei der „ex post“-Triage?

Nach dem soeben Gesagten muss eine Rechtfertigung des Arztes, der B tötet, um A zu retten, bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen ausscheiden. Das sieht auch der Deutsche Ethikrat so, wenn er schreibt: „Objektiv rechens ist das aktive Beenden einer laufenden, weiterhin indizierten Behandlung zum Zweck der Rettung eines Dritten jedoch nicht.“ Eine Strafbarkeit wegen Totschlages (§ 212 StGB) lässt sich damit nur vermeiden, wenn man auf der Ebene der Schuld einen Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgrund annimmt. Dies tut der Deutsche Ethikrat mit der Wendung, der Arzt könne „mit einer entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen“. Doch woraus sollte sich ein Entschuldigungsgrund ergeben? Der Deutsche Ethikrat nennt keinen. Die Berufung des Arztes auf sein Gewissen oder auf angebliche ethisch begründete Kriterien genügt für eine Entschuldigung im strafrechtlichen Sinne jedenfalls nicht – und der Ethikrat versteht seine Aussage ausdrücklich (auch) als strafrechtliche (im Falle einer „strafrechtlichen Aufarbeitung“).

1. Entschuldigung nach § 35 StGB?

Zu denken wäre an die Notstandsregelung des § 35 Abs. 1 StGB. Danach handelt ohne Schuld, „wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden.“ Wenn der Arzt nicht (zufällig) gerade einen Angehörigen oder eine ihm nahestehende Person vor sich hat, kommt eine Entschuldigung nicht in Betracht. Einen übergesetzlichen Entschuldigungsgrund für tragische Fallgestaltungen kennt das StGB nicht. Er wird zwar von der Literatur teilweise gefordert, ist aber von der Rechtsprechung bislang nicht anerkannt.¹² Auch § 35 Abs. 2 StGB wird dem Arzt regelmäßig nicht weiterhelfen, weil dieser lediglich einen Irrtum über das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 StGB betrifft, der wohl nur im seltenen Ausnahmefall vorliegen wird.

2. Entschuldigung nach § 17 S. 1 StGB?

Allerdings wird der Arzt, gerade wenn er die Empfehlung des Ethikrates gelesen hat und diese ernst nimmt, über die Strafbarkeit seines Handelns irren. Der Arzt, dem gesagt wird, dass er mit einer „entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen“ könne, wird jedenfalls annehmen, dass er für sein Handeln im Ergebnis nicht bestraft wird. Ob er sein Handeln nun für erlaubt oder für nur entschuldigt hält, wird man schon deswegen nicht als maßgeblich ansehen können, weil der Arzt regelmäßig nicht der Strafrechts-

dogmatik und der Differenzierung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld mächtig ist. Gleichwohl muss man den durch die Empfehlung des Ethikrates induzierten Rechtsirrtum des Arztes strafrechtsdogmatisch präzisieren: Soweit dieser irrig der Meinung sein sollte, sein Handeln sei erlaubt, nimmt er in der Sache das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes an, der nicht gegeben ist. Weder greift § 34 StGB noch liegt ein Fall einer rechtfertigenden Pflichtenkollision vor (wie bei der ex ante-Triage). Ein diesbezüglicher Irrtum des Arztes wäre also ein „indirekter“ Verbotsirrtum¹³ im Sinne eines Irrtums über die Existenz eines nicht existierenden Rechtfertigungsgrundes oder über die rechtlichen (nicht: tatsächlichen) Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes. Bei einem solchen Irrtum handelt sich um einen Verbotsirrtum nach § 17 S. 1 StGB, da der Arzt meint, er handle gerechtfertigt; ihm fehlt also die Einsicht, Unrecht zu tun. Dieser Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns führt indes nicht seinerseits zur Rechtmäßigkeit der Handlung, sondern „nur“ dazu, dass der Täter „ohne Schuld“ handelt, „soweit er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte“. Soweit der Arzt also – motiviert durch die Empfehlung des Deutschen Ethikrates – irriger Weise meint, kein Unrecht zu tun, also rechtmäßig, gerechtfertigt zu handeln, wenn er B zu Gunsten des A „opfert“, kommt ihm dieser Irrtum im Sinne einer Straflosigkeit nur zu Gute, wenn er ihn nicht vermeiden konnte (dazu unten IV.). Andernfalls kann er nach § 17 S. 2 StGB nur in den Genuss einer Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB kommen.

3. Entschuldigung wegen Irrtums über Existenz und Grenzen eines Entschuldigungsgrundes?

Irrt der Arzt zwar nicht über die Rechtswidrigkeit seines Tuns, so dass § 17 StGB nicht zur Anwendung kommt, geht er aber infolge der Empfehlung des Ethikrates davon aus, dass er wenigstens entschuldigt sei (obwohl er dies nicht ist; s. oben 1.), bezieht sich ein solcher Rechtsirrtum auf die Grenzen eines existierenden oder das Bestehen eines nicht existierenden Entschuldigungsgrundes. Der Arzt könnte irrigerweise der Auffassung sein, der gesetzliche Notstand in § 35 StGB erfasse auch Fälle wie den der ex post-Triage über das Bestehen des in § 35 Abs. 1 StGB geforderten Näheverhältnisses hinaus. Oder er könnte zu seiner Verteidigung vortragen, er sei der irrigen Auffassung gewesen, die Rechtsordnung kenne so etwas wie einen übergesetzlichen Entschuldigungsnotstand, was die Formulierung der „entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung“ zumindest nahelege. Fraglich ist indes, ob dem Arzt ein solcher Irrtum hilft. Dies dürfte nach herrschender Strafrechtsdogmatik zu verneinen sein: § 35 Abs. 2 StGB betrifft nur einen Irrtum über Tatsachen, nicht einen solchen über die rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen des Entschuldigungsgrundes nach § 35 Abs. 1 StGB. Auch § 17 S. 1 StGB ist nicht anwendbar, da sich dieser nur auf einen Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat bezieht, nicht auf einen solchen über die Schuldhaftigkeit. Eine eigene Vorschrift über die (Un-)Beachtlichkeit von Irrtümern über Voraussetzungen oder Existenz von Entschuldigungsgründen enthält das StGB nicht. Daraus zieht die ganz überwiegende Meinung in der strafrechtlichen Literatur den Schluss, dass ein solcher Irrtum unbeachtlich sei und den Täter weder rechtfertigen noch entschuldigen könne.¹⁴ Es sei

11 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. (2019), § 34 Rn. 23: Grundsätzlich keine Rechtfertigung von Tötungshandlungen.

12 Gaedel/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis medstra 2020, 129, 135; Schönke/Schröder (Fn. 11), vor §§ 32 ff. Rn. 115 ff.

13 Schönke/Schröder (Fn. 11), § 17 Rn. 10.

14 Vgl. z.B. Schönke/Schröder (Fn. 11), § 35 Rn. 45 m.w.N.

Sache des Gesetzgebers, eine entsprechende – entschuldigende – Irrtumsregelung zu schaffen. Folgt man dem, so könnte dem Arzt ein Irrtum über das Eingreifen eines Entschuldigungsgrundes nicht helfen, ohne dass es noch auf die Vermeidbarkeit ankäme. Dieses Ergebnis erscheint wenig plausibel. Zwar trifft es zu, dass der Wortlaut des § 17 S. 1 StGB den Irrtum über das Unrecht betrifft, nicht den über die Schuld. Auch klingt es zunächst einleuchtend, daraus, dass der Gesetzgeber zwar den Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB), den Irrtum über das Unrecht (§ 17 StGB) sowie den Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des entschuldigenden Notstandes (§ 35 Abs. 2 StGB), nicht aber den Irrtum über die rechtlichen Voraussetzungen sowie die Existenz eines Entschuldigungsgrundes geregelt habe, zu schließen, der Gesetzgeber wollte einen Entschuldigungsirrtum nicht als strafbarkeitserheblich anerkennen – und dies sei von der Strafrechtsdogmatik und den Strafgerichten zu akzeptieren. Dabei handelt es sich allerdings um eine sehr formalistische Argumentation zu Lasten des Täters. Zudem leuchtet es trotz des scheinbar eindeutigen Wortlautes nicht ohne weiteres ein, dass § 17 S. 1 StGB den Fall des Entschuldigungsirrtums nicht erfassen soll. Denn zumindest dem strafrechtlich Unkundigen ist der Unterschied zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung regelmäßig weder präsent noch bekannt. Die Unterscheidung drängt sich auch nicht aus der Perspektive einer Parallelwertung in der Laiensphäre auf. Der Arzt als strafrechtlicher Laie fragt sich nach der Lektüre der Empfehlung des Ethikrates nicht, ob er bei der ex post-Triage rechtmäßig oder zwar rechtswidrig, aber entschuldigt handelt, sondern ob er sich einem Strafbarkeitsrisiko aussetzt, kurz, ob er sich strafbar macht. Aus dieser Perspektive spricht einiges dafür, entweder den § 17 StGB auch auf den Entschuldigungsirrtum zu erstrecken, den Begriff „Unrecht“ also im Sinne von rechtswidrig oder schuldhaft zu interpretieren, oder § 17 StGB auf diesen Fall zumindest analog (zu Gunsten des Täters) anzuwenden. Dies würde für den Arzt, der auf die Aussage des Deutschen Ethikrates, er könne „mit einer entschuldigenden Nachsicht“ der Rechtsordnung rechnen, bedeuten: Er könnte sich in direkter oder analoger Anwendung des § 17 S. 1 StGB darauf berufen, dass er sich über das Unrecht seiner Handlung im Sinne der Strafbarkeit geirrt habe. Zu einem Schuldausschluss würde aber auch dieser Irrtum nur führen, wenn der Arzt ihn nicht vermeiden konnte.

IV. Vermeidbarkeit des Verbots- oder Strafbarkeitsirrtums?

Sowohl für den Fall, dass der Arzt sich infolge der in die Irre führenden¹⁵ Empfehlung des Deutschen Ethikrates in einem Irrtum über das Eingreifen eines (nicht existierenden) Rechtfertigungsgrundes befunden hat (oben III.2.), als auch bei einem Irrtum über die Existenz oder die Grenzen eines Entschuldigungsgrundes (oben III.3.) handelt der Arzt nach § 17 S. 1 StGB in direkter oder analoger Anwendung jedenfalls nur dann ohne Schuld, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Hierfür ist auf die (strengen) Anforderungen zurückzugreifen, die die Rechtsprechung für die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums verlangt.¹⁶ Danach darf sich die (in der konkreten Rechtsfrage) rechtsunkundige Person nicht auf ihr Rechtsgefühl oder ihr Gewissen oder auf irgendwelche medizinischen Grundsätze verlassen, sondern hat die erforderlichen rechtlichen Auskünfte bei einer *insofern* verlässlichen dritten Person einzuholen. Deren Verlässlichkeit ist dann anzunehmen, wenn sie „sachkundig und unvoreingenommen“ ist und die „Gewähr für eine objektive, sorgfältige, pflichtgemäße und verantwortungsbewusste Auskunftserteilung bietet“¹⁷. An der Unvoreingenommenheit des Deutschen

Ethikrates wird man nicht zweifeln wollen. Anders ist dies für die Sachkundigkeit zu beurteilen. Obwohl im Deutschen Ethikrat nach Maßgabe des Gesetzes über den Deutschen Ethikrat¹⁸ auch Juristinnen und Juristen, deren auch strafrechtliche Expertise nicht im Zweifel steht, vertreten sind, befinden sich diese doch in der Minderheit und können die veröffentlichten Empfehlungen nicht entscheidend beeinflussen.¹⁹ Der Ethikrat als solcher ist mithin kein in Rechts- oder Strafrechtsfragen kundiges Gremium. Die meisten Ethikratsmitglieder sind strafrechtliche Laien, die jedoch auch an strafrechtlichen Passagen von Stellungnahmen oder Empfehlungen mitwirken. Daher sind strafrechtliche Äußerungen des Ethikrates nicht belastbar. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn eine strafrechtliche Aussage einem konkreten Ethikratsmitglied mit strafrechtlicher Expertise zugeordnet werden könnte. Dies ist – abgesehen von der Möglichkeit von Sondervoten (vgl. § 7 Abs. 3 EthRG) – jedoch schon deswegen kaum möglich, da das Zustandekommen von Empfehlungen des Ethikrates weitgehend intransparent ist. Es könnte daher auch vorkommen, dass eine entsprechende Passage trotz erheblicher Widerstände der rechtskundigen Mitglieder des Gremiums zustande kommt, ohne dass dies erkennbar wird. Kurz: Für eine Verlässlichkeit in strafrechtlichen Aussagen kommt dem Ethikrat die für die Annahme einer Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums notwendige Expertise nicht zu. Dies ist für einen Arzt auch ohne Weiteres durch einen Blick auf die Zusammensetzung dieses Gremiums erkennbar. Davon abgesehen nimmt der Ethikrat zumindest in der Empfehlung vom 27.3.2020 eine rechtliche Expertise auch gar nicht für sich in Anspruch, wenn es heißt, dass die Empfehlung eine „ethische Orientierungshilfe in dramatischen Handlungs- und Entscheidungssituationen, vor allem solchen der sogenannten Triage“ bieten solle“ (S. 2 der Stellungnahme). Eine ethische Orientierungshilfe ist indes ohne jegliche rechtliche Relevanz. Die im Ethikrat vertretenen Medizinethikerinnen und -ethiker können den Mangel an strafrechtlicher Sachkunde nicht durch medizinethische Expertise kompensieren, da medizinethische Aussagen nicht in einer Weise objektivierbar sind, dass sie auch nur ein Mindestmaß an strafrechtlicher Belastbarkeit aufweisen könnten. Ethische und medizinethische Stellungnahmen sind maßgeblich vom persönlichen Dafürhalten und Vorverständnis der sie vertretenden Personen abhängig. Von daher ist vom Ethikrat eine die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums begründende Äußerung nicht zu erwarten, was in der Empfehlung vom 27.3.2020 mit der Formulierung „ethische Orientierungshilfe“ auch deutlich zum Ausdruck gebracht wird. Umso erstaunlicher ist es daher, dass die Empfehlungen des Ethikrates nur zwei Seiten später im Kontext der ex post-Triage dann doch eine explizit strafrechtliche Äußerung enthalten, wonach der Arzt bei einer „(straf)rechtlichen Aufarbeitung“ der ex post-Triage mit entschuldigender Nachsicht rechnen könne. Doch auch aus dieser Äußerung wird man noch keine Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums ablei-

15 Kritisch auch *Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis* medstra 2020, 129.

16 *Schönke/Schröder* (Fn. 11), § 17 Rn. 13 ff. m.w.N.

17 *Schönke/Schröder* (Fn. 11), § 17 Rn. 18 m.w.N.

18 Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrates (Ethikratgesetz – EthRG) vom 16.7.2007 (BGBl I S. 1385).

19 Der Deutsche Ethikrat besteht nach § 4 Abs. 1 EthRG aus 26 Mitgliedern, die naturwissenschaftliche, medizinische, theologische, philosophische, ethische, soziale, ökonomische und rechtliche Belange in besonderer Weise repräsentieren. Zu seinen Mitgliedern gehören Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus den genannten Wissenschaftsgebieten; darüber hinaus gehören ihm anerkannte Personen an, die in besonderer Weise mit ethischen Fragen der Lebenswissenschaften vertraut sind.

ten können, da die scheinbare rechtliche Belastbarkeit dieser Textpassage in einem deutlichen Spannungsverhältnis zum zuvor geäußerten Anspruch einer lediglich „ethischen Orientierungshilfe“ steht. Dieses Spannungsverhältnis ist jedenfalls Anlass für ernsthafte Zweifel an der rechtlichen Tragfähigkeit der Aussage zur entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung und für weitere Nachfrage nach der Rechtslage, um zu einer Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums zu gelangen. Auch das wenig transparente Zustandekommen der Empfehlung des Ethikrates und insbesondere die Bezeichnung als „ad hoc-Empfehlung“, die der schwierigen Triage-Konstellation schon von der Kategorisierung her wenig gerecht wird, sind hinreichender Anlass, die Verlässlichkeit der strafrechtlichen Äußerung in Frage zu stellen.

V. Fazit

Auf die Äußerung des Deutschen Ethikrates, man könne bei einer ex post-Triage mit einer „entschuldigenden Nachsicht der Rechtsordnung rechnen“, sollte sich kein Arzt verlassen. Das Strafrecht kennt für die Tötung eines Menschen zur Rettung eines anderen weder eine Rechtfertigung noch eine Entschuldigung. Angesichts der inhaltlichen Fragwürdigkeit der offenbar unter Zeitdruck entstandenen ad hoc-Empfehlung des Ethikrates ist diese auch nicht geeignet, einen schuldausschließenden Verbotsirrtum nach § 17 S. 1 StGB zu begründen. Der Deutsche Ethikrat muss sich vorhalten lassen, Ärzte und Öffentlichkeit in die Irre zu führen.

Prof. Dr. Frank Zieschang, Universität Würzburg*

Die telefonische Feststellung der Arbeitsunfähigkeit und § 278 StGB

Im Zuge der Corona-Krise hat der Gemeinsame Bundesausschuss¹ beschlossen, dass für einen befristeten Zeitraum „die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit bei Versicherten mit Erkrankungen der oberen Atemwege, die keine schwere Symptomatik vorweisen, für einen Zeitraum von bis zu 7 Kalendertagen auch nach telefonischer Anamnese und zwar im Wege der persönlichen ärztlichen Überzeugung vom Zustand des Versicherten durch eingehende telefonische Befragung erfolgen“ darf.² Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob die Attestierung der Arbeitsunfähigkeit lediglich aufgrund telefonischer Befragung ohne unmittelbare persönliche Untersuchung möglicherweise in Konflikt mit § 278 StGB geraten kann, der das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse unter Strafe stellt.

I. Einleitung

Die Strafbestimmung des § 278 StGB hat eine lange Tradition. Sie war tatbestandlich identisch formuliert bereits im RStGB von 1871 enthalten. Die Vorgängerregelung dazu findet sich schon in § 257 prStGB von 1851.³ Zwar bewegt sich nach der Polizeilichen Kriminalstatistik die Anzahl der Tatverdächtigen lediglich im unteren dreistelligen Bereich,⁴ jedoch geht man im Schrifttum davon aus, dass „zumindest in der Lebenswirklichkeit“ Fälle des § 278 StGB „zur Genüge“ vorkommen.⁵

§ 278 StGB bezweckt den Schutz des Vertrauens von Behörden und Versicherungsgesellschaften in die Wahrheitspflicht der mit dem Ausstellen von Gesundheitszeugnissen betrauten Ärzte und anderer approbierter Medizinalpersonen.⁶ Letztlich geht es damit um den Schutz der Beweiskraft der Gesundheitszeugnisse.⁷ Insofern handelt es sich richtiger Ansicht nach um ein Allgemeinrechtsgut, über das der Einzelne nicht disponieren kann, sodass von vornherein eine Rechtfertigung über die Einwilligung ausscheidet.⁸ Maßgeblich ist für die Vorschrift die inhaltliche Richtigkeit des Gesundheitszeugnisses,⁹ mit anderen Worten pönalisiert § 278 StGB schriftliche Lügen.¹⁰

Damit stellt sich die Frage, ob ein Arzt ein unrichtiges Gesundheitszeugnis ausstellt und sich folglich nach dieser Vorschrift strafbar macht, wenn er eine Arbeitsunfähigkeit attestiert, ohne den Patienten zuvor körperlich untersucht zu haben.

Ärzte oder andere approbierte Medizinalpersonen sind taugliche Täter des § 278 StGB. Approbierte Medizinalpersonen sind dabei solche, die in einem Heilberuf tätig sind, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert.¹¹

Fraglich ist, ob die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (der „Krankenschein“) ein Gesundheitszeugnis darstellt. Ein solches ist eine Urkunde im Sinne des § 267 StGB, die eine Gedankenerklärung zur physischen oder psychischen Verfassung eines Menschen enthält, insofern im Rechtsverkehr zum Beweis geeignet und bestimmt ist, und einen Arzt oder eine andere approbierte Medizinalperson als Aussteller erkennen lässt. Die Aussage kann sich dabei auf einen früheren oder den aktuellen Gesundheitszustand eines Menschen beziehen, möglich ist aber auch, dass mit dem Zeugnis eine Erklärung über den zukünftigen Verlauf des Gesundheitszustands (Gesundheitsaussichten) verbunden ist.¹² Dabei be-

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

1 Siehe zum Gemeinsamen Bundesausschuss im Einzelnen §§ 91 ff. SGB V. Er beschließt gemäß § 92 Abs. 1 SGB V die zur Sicherung der ärztlichen Versorgung erforderlichen Richtlinien über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten.

2 § 4 Abs. 1 S. 3 der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie, angepasst durch Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 21.4.2020. Ein Fortdauern der Arbeitsunfähigkeit kann im Wege der telefonischen Anamnese einmalig für einen weiteren Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen festgestellt werden. Zwischenzeitlich konnte die Arbeitsunfähigkeit sogar unmittelbar für bis zu 14 Tage bescheinigt werden. Die Regelung war bis zum 31.5.2020 befristet.

3 BGHSt 10, 157, 159.

4 Laut PKS 2015: 108; 2016: 123; 2017: 103; 2018: 110; 2019: 93.

5 Schumann GS Tröndle, S. 483; ähnlich Gercke MedR 2008, 592.

6 Vgl. auch OLG Stuttgart BeckRS 1988, 07498.

7 BGHSt 10, 157, 160; BGH NStZ-RR 2007, 343, 344.

8 Nicht überzeugend die Dispositionsfreiheit von Behörden und Versicherungsgesellschaften als Individualrechtsgut als geschützt erachtend und damit letztlich den Schutz durch die Vorschrift im Einzelfall relativierend Erb in: MK, 3. Aufl. (2019), § 278 Rn. 1; Hooyer in: SK, 9. Aufl. (2018), § 278 Rn. 1.

9 Gercke MedR 2008, 592; Wolfslast FS Roxin (2011), S. 1121, 1122.

10 Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 278 Rn. 1; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl. (2018), § 278 Rn. 1.

11 Siehe insofern § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

12 Siehe OLG Stuttgart NJW 2014, 482, 483; Erb (Fn. 8), § 277 Rdn. 2; Gercke MedR 2008, 592.

zieht sich das Gesundheitszeugnis inhaltlich nicht nur auf die ärztliche Diagnose, auch gesundheitsrelevante tatsächliche Angaben genügen.¹³ Solche Informationen sind ebenfalls für die von der Norm genannten Behörden und Versicherungsgesellschaften von Relevanz,¹⁴ man denke gerade im Hinblick auf die Corona-Krise an den exakten Tag, an dem eine Untersuchung stattgefunden hat.

Es ist anerkannt, dass auch Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen Gesundheitszeugnisse darstellen.¹⁵ Dem ist beizupflichten, denn sämtliche Voraussetzungen der Definition (Gedankenerklärung zur Verfassung eines Menschen, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und als Aussteller einen Arzt erkennen lässt) sind bei dieser Bescheinigung erfüllt. Folglich ist der entscheidenden Frage nachzugehen, wann davon auszugehen ist, dass ein Gesundheitszeugnis inhaltlich unrichtig ist.

II. Die Unrichtigkeit des Gesundheitszeugnisses

Allgemein kann man davon ausgehen, dass ein Gesundheitszeugnis unrichtig ist, wenn es in einem wesentlichen Punkt Angaben enthält, die nicht der Wahrheit entsprechen. Das Zeugnis mag dabei in Bezug auf tatsächliche Angaben unrichtig sein, aber auch bezogen auf die Diagnose.¹⁶ Letzteres ist der Fall, wenn diese den medizinischen Erfahrungen oder Erkenntnissen widerspricht.¹⁷

Bescheinigt der Arzt also eine Krankheit, an welcher der Betroffene gar nicht leidet, ist das Gesundheitszeugnis unrichtig. Das ist ebenso anzunehmen, wenn in tatsächlicher Hinsicht die Angaben nicht der Wahrheit entsprechen, indem der Patient etwa schon zu einem früheren Zeitpunkt untersucht worden ist als in dem Gesundheitszeugnis angegeben. Zwar findet sich vereinzelt die Auffassung, dass nur unrichtige Angaben in Bezug auf die eigentliche Gesundheit erfassen sein sollen,¹⁸ jedoch engt das den Tatbestand zu weit ein, denn gerade auch im Hinblick auf tatsächliche Angaben hat das Gesundheitszeugnis eine besondere Aussagekraft, so wie insbesondere etwa für die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der Untersuchungszeitpunkt maßgeblich ist.

Gewisse Schwierigkeiten bereitet, dass Angaben in Gesundheitszeugnissen nicht selten prognostischer Natur sind, etwa über die voraussichtliche Dauer und den weiteren Verlauf der Krankheit. Angaben bezogen auf die Zukunft sind nämlich nicht dem Beweis zugänglich und können daher nicht auf ihre Wahrheit überprüft werden. Insofern ist jedoch zu bedenken, dass sich in diesen Konstellationen einmal die Unwahrheit aus einer unzutreffenden Prognosegrundlage ergeben kann, indem etwa der Wahrheit zuwider angegeben wird, der Betreffende leide gegenwärtig an einer bestimmten Krankheit in einem bestimmten Stadium. Zum anderen ist das Gesundheitszeugnis unrichtig, wenn etwa ein Arzt angibt, er gehe davon aus, dass der Heilungsprozess sieben Tage dauern wird, obwohl er davon überzeugt ist, dass der Patient bereits wieder nach zwei Tagen gesund sein wird; dann wird nämlich über eine gegenwärtige innere Tatsache getäuscht.

Zu fordern ist insgesamt für § 278 StGB, dass die unrichtige Angabe einen wesentlichen Bestandteil des Zeugnisses bildet.¹⁹ Dabei hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob die Angabe in diesem Sinne erheblich ist. So kann zum Beispiel eine Falschangabe bezüglich des Orts der Untersuchung unerheblich sein, muss es aber nicht, man denke wiederum an Infektionskrankheiten.

Besonders problematisch und im vorliegenden Zusammenhang von entscheidender Bedeutung ist nun die Frage, ob

ein Gesundheitszeugnis auch dann unrichtig ist, wenn der Befund im Ergebnis zutrifft, jedoch tatsächlich gar keine körperliche Untersuchung stattgefunden hat. So mag bei der Attestierung der Arbeitsunfähigkeit mittels telefonischer Befragung regelmäßig der Befund richtig sein, jedoch findet keine unmittelbare Untersuchung statt. Selbst wenn ein Anrufer dem Arzt eine Krankheit nur vorspiegeln sollte, dies aber so gut, dass der Arzt unter Heranziehung der medizinischen Standards davon ausgeht, dass die Krankheit besteht, ist der Befund nach medizinischen Erkenntnissen richtig. Es bleibt aber bei dem Problem, dass keine persönliche Untersuchung erfolgte.

III. Unrichtigkeit des Gesundheitszeugnisses bei fehlender persönlicher Untersuchung?

Zwar ist die Corona-Krise der aktuelle Grund für den Gemeinsamen Bundesausschuss, die Attestierung der Arbeitsunfähigkeit nach telefonischer Beratung zu regeln, man muss sich jedoch darüber im Klaren sein, dass unabhängig davon die Felder der Fernbehandlung und Telemedizin im Vormarsch sind. In Zukunft wird diese Form mit der fortschreitenden Digitalisierung einen immer bedeutsameren Platz in der Behandlung von Patienten einnehmen. Daher fragt sich, ob und wie dies mit dem geltenden Strafrecht vereinbar ist.

Im Grundsatz gehen Rechtsprechung und überwiegende Ansicht im Schrifttum davon aus, dass ein Gesundheitszeugnis unrichtig ist, falls gar keine persönliche Untersuchung des Betroffenen stattgefunden hat.²⁰ Das gilt selbst dann, wenn der Befund im Ergebnis richtig ist. Die Gegenansicht meint zwar, in Parallele zur Falschbeurkundung im Amt gemäß § 348 StGB werde auch bei § 278 StGB nicht bescheinigt, dass das Verfahren ordnungsgemäß abgelaufen sei.²¹ Dies überzeugt aber schon deswegen nicht, da es auch bei § 348 StGB durchaus Fälle gibt, in denen ebenfalls die Rechtmäßigkeit des Verfahrens beurkundet wird.²² Vielmehr besteht die Beweiskraft eines Gesundheitszeugnisses auch gerade darin, dass ein Befund nach den ärztlichen Standards ordnungsgemäß erhoben worden ist,²³ sodass die vorwiegende Ansicht zu befürworten ist.

Ausgehend von diesen Maßstäben ist folglich festzuhalten, dass eine ohne körperliche Untersuchung attestierte Arbeitsunfähigkeit im Grundsatz das Ausstellen eines unrichtigen

13 BGHSt 10, 157, 158 f.; *OLG Frankfurt* BeckRS 2006, 6301; *OLG Stuttgart* NJW 2014, 482, 483.

14 *OLG Stuttgart* NJW 2014, 482, 483.

15 Siehe BGHSt 6, 90, 92.

16 BGHSt 10, 157, 158 f.; *OLG Frankfurt* BeckRS 2006, 6301; *OLG Zweibrücken* NSTZ 1982, 467, 468.

17 *Joecks/Jäger*, StGB, 12. Aufl. (2018), § 278 Rn. 1; *Lackner/Kühl/Heger* (Fn. 10), § 278 Rn. 2.

18 *Hoyer* (Fn. 8), § 278 Rn. 2.

19 *OLG Frankfurt* BeckRS 2006, 6301.

20 So etwa BGHSt 10, 157, 158; *BGH* NSTZ-RR 2007, 343, 344; *OLG Celle* BeckRS 2015, 2842; *OLG Frankfurt* NJW 1977, 2128, 2129; *OLG Frankfurt* BeckRS 2006, 6301; *Erb* (Fn. 8), § 278 Rn. 4; *Fischer* (Fn. 10), § 278 Rn. 3; *Schönke/Schröder/Heine/Schuster*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 278 Rn. 2; *Wolfslast* FS Roxin (2011), S. 1121, 1122 f.

21 *Puppe/Schumann*, in: NK, 5. Aufl. (2017), § 278 Rn. 2; siehe zur Gegenansicht auch *Hoyer* (Fn. 8), § 278 Rn. 2.

22 Siehe etwa BGHSt 8, 46, 50; BGHSt 63, 182, 185; RGSt 53, 165, 166; *OLG Frankfurt* NSTZ-RR 2020, 44; *OLG Karlsruhe* Die Justiz 1967, 152, 153; *OLG Karlsruhe* medstra 2017, 233, 238.

23 Siehe *OLG Frankfurt* BeckRS 2006, 6301; *OLG München* NJW 1950, 796; *Otto* JR 1982, 296, 297.

Gesundheitszeugnisses darstellt. Davon sind jedoch bedeutende Ausnahmen zu machen. Im Einzelnen:

So ist zunächst zu beachten, dass sich ein Arzt auf einzelne Untersuchungshandlungen beschränken kann, sofern er dadurch eine ausreichende und tragfähige Beurteilungsgrundlage gewinnt.²⁴ Das hilft jedoch in Fällen der „Telefondiagnose“ nicht sehr viel weiter, da in diesen Konstellationen ja keinerlei körperliche Untersuchung stattfindet. Weiterhin ist aber zu bedenken, dass ausnahmsweise eine unmittelbare körperliche Untersuchung sogar vollständig entbehrlich sein kann, falls sich der Arzt auf andere Weise zuverlässig über den Gesundheitszustand informieren kann, etwa durch Befragung von Angehörigen oder anderen Ärzten, die den Patienten bislang behandelt haben.²⁵ Das wird angenommen, wenn es sich um Krankheitsfälle handelt, in denen es sich nach der Art der Erkrankung oder der seelischen Verfassung des Patienten verbietet, eine körperliche Untersuchung oder eine persönliche Befragung des Patienten vorzunehmen.²⁶ Um solche Konstellationen geht es bei der hier in Rede stehenden telefonischen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit zwar in der Regel nicht, jedoch kann der formulierte Gedanke fruchtbar gemacht werden. So wollte man angesichts der Corona-Krise eine persönliche Vorstellung solcher Patienten in den Arztpraxen möglichst vermeiden. Zudem verlangt der Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses, dass „eine eingehende persönliche Befragung“ zu erfolgen hat; der Arzt muss sich vom Zustand des Patienten eine persönliche Überzeugung bilden. Bescheinigungen „ins Blaue hinein“ oder solche, bei denen der Arzt nicht vom Gesundheitszustand des Patienten persönlich überzeugt ist, sind also von vornherein davon nicht gedeckt.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass in der besonderen Situation der Corona-Krise die persönliche Untersuchung dieser Patienten ausnahmsweise entbehrlich ist. Der Arzt kann sich auf andere Weise, nämlich über Kommunikationsmedien, zuverlässig über den Gesundheitszustand informieren.

Damit ist man jedoch noch nicht am Ende der Überlegungen angelangt. Es bleibt nämlich zu erörtern, ob der Umstand, dass keine persönliche Untersuchung erfolgte, auch ausdrücklich in dem Gesundheitszeugnis angegeben werden muss.

Diese Frage beantwortet sich maßgeblich danach, welcher Aussagegehalt nach dem Empfängerhorizont mit einem Gesundheitszeugnis verbunden ist. Insofern ist nun festzustellen, dass ein vernünftiger objektiver Betrachter bei den Erklärungen zum Gesundheitszustand einer Person in einem Gesundheitszeugnis im Grundsatz davon ausgeht, dass dieser Befund im Wege einer persönlichen Untersuchung des Patienten erhoben worden ist. Wenn also aus dem Gesundheitszeugnis keinerlei gegenteilige Anhaltspunkte ersichtlich sind, wird die persönliche Untersuchung seitens des Arztes konkludent miterklärt.²⁷ Das hat zur Konsequenz:

Wird eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung seitens des Arztes ohne persönliche Untersuchung ausgestellt, ist diese unrichtig, wenn nicht ausdrücklich vermerkt ist, dass keine unmittelbare Untersuchung stattgefunden hat. Ist ein solcher Hinweis hingegen vorhanden, ist das Gesundheitszeugnis richtig, falls sich der Arzt vom Zustand des Patienten über die telefonische Befragung eine persönliche Überzeugung gebildet hat, die dann im Gesundheitszeugnis wiedergegeben ist.

IV. Ergänzende Anmerkungen

Voraussetzung für eine Bestrafung nach § 278 StGB ist weiterhin, dass das Gesundheitszeugnis zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft bestimmt ist. Ist dies objektiv nicht der Fall oder vertraut der Arzt darauf, dass es allein dem privaten Arbeitgeber vorgelegt wird, entfällt § 278 StGB. Andererseits genügt es nach zutreffender Auffassung, wenn das Zeugnis für eine Behörde oder Versicherungsgesellschaft in deren Eigenschaft als Arbeitgeber bestimmt ist.²⁸

Schließlich erfordert § 278 StGB in Bezug auf die Unrichtigkeit des Zeugnisses ein Handeln wider besseres Wissen, also *dolus directus* 2. Grades. Geht der Arzt irrtümlich davon aus, dass das Gesundheitszeugnis trotz fehlender Untersuchung richtig ist, da es im Befund zutrifft, berührt dies indes den Vorsatz nicht, vielmehr handelt es sich dann um einen Subsumtionsirrtum.²⁹ Im Einzelfall mag dem Täter jedoch im Sinne des § 17 StGB die Einsicht fehlen, Unrecht zu tun.³⁰

V. Ergebnis

Das Ausstellen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zur Vorlage bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft durch einen Arzt verstößt gegen § 278 StGB, wenn keine körperliche Untersuchung erfolgt, sondern bloß eine telefonische Befragung, dies jedoch nicht in der Bescheinigung vermerkt wird. Das gilt selbst dann, wenn der Befund im Ergebnis richtig ist.

24 Siehe *OLG Zweibrücken* NStZ 1982, 467, 468.

25 *OLG Düsseldorf* MDR 1957, 372; *OLG Frankfurt* BeckRS 2006, 6301.

26 *OLG Düsseldorf* MDR 1957, 372; *OLG Frankfurt* BeckRS 2006, 6301.

27 *OLG Frankfurt* NJW 1977, 2128, 2129; *OLG München* NJW 1950, 796 f.; *Erb* (Fn. 8), § 278 Rn. 4; *Wolfslast* FS Roxin (2011), S. 1121, 1126 f.

28 *Lackner/Kühl/Heger* (Fn. 10), § 277 Rdn. 4; *Peglau* NJW 1996, 1193, 1194. Dies nur bezüglich Behörden annehmend *Erb* (Fn. 8), § 277 Rn. 8; *Gercke* MedR 2008, 592, 594; ablehnend etwa *Schönke/Schröder/Heine/Schuster* (Fn. 20), § 277 Rn. 9; *Hoyer* (Fn. 8), § 277 Rn. 16.

29 Siehe *OLG München* NJW 1950, 796.

30 Vgl. auch *OLG Frankfurt* NJW 1977, 2128, 2129.

RA Prof. Dr. Michael Tsambikakis, Köln/Universität Passau/RA Markus Gierok, Köln *

Der Ref-E zur Einführung eines Verbandssanktionengesetzes

Nachdem bereits im August 2019 eine nicht autorisierte Version¹ aufgetaucht war, stellte das BMJV am 22.4.2020 den Referentenentwurf des „Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ vor. Hinter dieser euphemistischen Bezeichnung versteckt sich eine eigene Form von „Strafrecht“ für Unternehmen. Auch wenn die Verfasser des Entwurfs und seiner Begründung peinlich bemüht sind, den Begriff „Strafe“ durchweg zu umgehen: Mit dem „Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten“ soll die Sanktionierung von Verbänden auf eine eigenständige gesetzliche Grundlage gestellt werden. Betroffen und angesprochen sind damit auch Unternehmen bzw. Verbände des Gesundheitswesens.

Künftig sollen verschiedene Verbandssanktionen verhängt werden können, deren Zumessung sich nach eigens geschaffenen verbandspezifischen Kriterien richtet. Zudem soll in Abkehr vom das Ordnungswidrigkeitenrecht beherrschenden Opportunitätsprinzip die Verfolgung von Unternehmenskriminalität dem Legalitätsprinzip unterworfen werden. Die Akteure des Gesundheitswesens werden von den geplanten Änderungen adressiert, weil das VerSanG die meisten Organisationsformen erfasst (z.B. AG, KGaA, GmbH, KG, oHG, GbR), derer sich Praxisgemeinschaften, MVZ, Krankenhäuser oder Pharmahersteller üblicherweise bedienen.² Dabei kommt der Referentenentwurf (im Folgenden: Ref-E) für die mit der Corona-Pandemie kämpfende Gesundheitsbranche zur Unzeit. Derzeit fehlen der Branche Zeit und Ressourcen, den politischen Prozess aktiv zu begleiten. Zusätzlich müssen sich die Gesundheitsunternehmen nunmehr auf die Anforderungen des VerSanG vorbereiten, das zwei Jahre nach Verkündung in Kraft treten soll.³

I. Voraussetzungen der Sanktionierung

Voraussetzung der Verbandssanktionierung ist die Verbandsverantwortlichkeit gemäß § 3 Abs. 1 VerSanG. Die Begründung der Verbandsverantwortlichkeit folgt dabei weitestgehend den bereits zu §§ 30, 130 OWiG bekannten Strukturen.⁴

1. Der Verband als Adressat der Verbandssanktion

Die wichtigste Weichenstellung für die Unternehmen der Gesundheitsbranche ist die Definition des Verbands. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG sind Verbände juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, nicht rechtsfähige Vereine sowie rechtsfähige Personengesellschaften. Bei ausländischen Gesellschaftsformen ist zu erwarten, dass es auf die rechtliche Vergleichbarkeit ihrer Typologie mit einer deutschen juristischen Person oder Personenvereinigung ankommt.⁵ Sanktionen drohen Verbänden nach § 1 VerSanG allerdings nur dann, wenn ihr Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist.⁶ Berufsständische Kammern oder Kassenärztliche Vereinigungen⁷ müssen daher bspw. keine Verbandssanktionen fürchten. Da das deutsche Gesundheitssystem von gemeinnützigen Verbänden durchzogen ist, wird es an dieser Stelle noch einigen Klärungsbedarf geben.

Die uneingeschränkte Übernahme des Adressatenkreises des § 30 Abs. 1 OWiG ist allerdings rechtspolitisch zu kritisieren und geht weit über das gesetzgeberische Ziel hinaus: So wurde in der Vergangenheit vor allem bemängelt, dass die Höchstgrenze des Ahndungsteils der Verbandsgeldbuße

von zehn Millionen EUR keine empfindlichen Sanktionen gegenüber finanzkräftigen multinationalen Konzernen zulasse.⁸ Hierin liege gar eine Benachteiligung kleinerer und mittelständischer Unternehmen.⁹ Überspitzt formuliert, soll der Ref-E demnach – zumindest auch – dem Schutz der kleinen und mittelständischen Unternehmen dienen. Statt aber das VerSanG ausschließlich auf die bislang vermeintlich bevorteilten und ins Visier genommenen großen Unternehmen zu beschränken, müssen die angeblich benachteiligten kleineren Unternehmen künftig ebenso Verbandssanktionen fürchten. Anstelle der Beseitigung von Ungleichheiten entsteht so ein neues Ungleichgewicht: Aufgrund ihrer eingeschränkten finanziellen und personellen Mittel sind kleinere Verbände regelmäßig weder zum Aufbau von Compliance-Strukturen in der Lage, noch können sie sich interne Untersuchungen leisten, die ihnen den Genuss einer Straf-milderung verschaffen können¹⁰. Konsequenz wäre es, „kleine“ Verbände weiterhin ausschließlich dem flexibleren Regime des § 30 OWiG unterfallen zu lassen.¹¹

§ 7 VerSanG sieht die Ausfallhaftung übergeordneter Verbände vor, wenn gegen den betroffenen Verband eine angemessene Verbandsgeldsanktion nicht verhängt oder voraussichtlich nicht vollständig vollstreckt werden kann. Mit diesen umfassenden Haftungsregelungen will der Ref-E gewährleisten, dass sich der Verband der Verbandssanktion nicht durch gesellschaftliche Umstrukturierung oder faktische Vermögensverschiebung entziehen kann.¹² Eine tragfähige Begründung für die Weiterreichung der Sanktion an einen übergeordneten Verband sucht man im Ref-E indes vergebens.¹³ Das Phänomen selbst ist aber gerade aus Kartellordnungswidrigkeitenverfahren hinlänglich bekannt.

* Prof. Dr. Michael Tsambikakis und Markus Gierok sind Rechtsanwälte der auf Wirtschafts-, Steuer und Medizinstrafrecht spezialisierten Kanzlei Tsambikakis & Partner, Köln, Frankfurt/M., Berlin, Stuttgart, Frankfurt/O.

1 Diese trug noch den Namen eines „Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität“.

2 Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG; *Dann/Warntjen* MedR 2020, 94, 95.

3 Art. 15 Ref-E. Der Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens noch in diesem Jahr erscheint nicht ausgeschlossen.

4 Ref-E, S. 77.

5 So zu § 30 Abs. 1 OWiG *Gürtler* in: Göhler, OWiG, 17. Aufl. (2017), § 30 Rn. 1; Ref-E, S. 72 m.w.N.

6 Bei der Feststellung, ob ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb bezweckt ist, sollen die Grundsätze zu §§ 21 f. BGB maßgeblich sein, Ref-E, S. 71 mit Verweis auf *BGH* medstra 2017, 233.

7 Anders noch der inoffizielle Entwurf, s. *Dann/Warntjen* MedR 2020, 94, 95.

8 Ref-E, S. 1. Diese Auffassung ist angesichts der in jüngerer Zeit verhängten Geldbußen, bspw. den Geldbußen gegen VW (1 Mrd. EUR), Daimler (870 Mio. EUR), Audi (800 Mio. EUR) oder Porsche (535 Mio. EUR) mehr als zweifelhaft. Ähnlich *Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber*, Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, S. 36 m.w.N. Vgl. auch die weitergehenden Bedenken des *DAV* NZG 2020, 298, 299 f.

9 Ref-E, S. 1.

10 Vgl. § 17 Abs. 1 VerSanG.

11 So auch der Münchner Entwurf in § 1 Abs. 2 S. 2, zur Begründung s. *Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber*, Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, S. 40, 45 f.

12 Vgl. Ref-E, S. 80.

13 Weitere Kritik an der Ausfallhaftung übt der *DAV* NZG 2020, 298, 300 f.

2. Die Verbandstat als Auslöser der Verbandsverantwortlichkeit

Grundlage der Verbandsverantwortlichkeit ist die Verbandstat. Als solche definiert § 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG eine Straftat, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte. Abgesehen davon, dass Ordnungswidrigkeiten die Verbandsverantwortlichkeit nicht begründen können,¹⁴ ist die Legaldefinition der Verbandstat mit der Formulierung in § 30 Abs. 1 OWiG identisch. Zur Auslegung des Begriffs der Verbandstat bzw. seiner Elemente bietet es sich daher an, auf die zu § 30 Abs. 1 OWiG entwickelten Grundsätze zurückzugreifen.

Der Ref-E beschränkt die potenziellen Verbandstaten aus unionsrechtlichen Gründen nicht von vornherein auf bestimmte Deliktgruppen wie Vermögens- oder Steuerstraftaten.¹⁵ Stattdessen werden die dem Verband zuzurechnenden Straftaten dadurch begrenzt, dass durch die Straftat Verbandspflichten verletzt worden oder der Verband (rechtswidrig¹⁶) bereichert worden sein muss oder jedenfalls bereichert werden sollte. Als potenzielle Verbandstaten für Gesundheitsunternehmen kommen damit sämtliche Delikte aus dem Medizinstrafrecht in Betracht, wobei stets die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Eine (erstrebte) Bereicherung des Verbands durch die Straftat ist insbesondere gegeben bei Vermögensdelikten wie bspw. Abrechnungsbetrug¹⁷ oder Vertragsarztuntreue¹⁸. Dabei tritt eine Bereicherung des Verbands durch jede – auch nur mittelbare – Erhöhung des wirtschaftlichen Wertes des Vermögens des Verbands ein. Eine (erstrebte) Bereicherung liegt auch vor, wenn dem Verband für die Begehung der Straftat eine Vergütung versprochen oder gezahlt wird, bspw. bei der gegen Entgelt vorgenommenen Übertragung einer fremden unbefruchtete Eizelle auf eine Frau gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG. Die Ersparnis von Aufwendungen ist ebenso ausreichend wie eine durch Bestechung herbeigeführte Verbesserung der Wettbewerbssituation.¹⁹ Der Kreis potenzieller Verbandstaten ist damit denkbar weit gezogen.

Die Feststellung der Verbandstat richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des Strafgesetzbuches und des jeweils begangenen Tatbestandes.²⁰ Unerheblich ist, ob der konkrete Täter der Verbandstat feststeht, solange nur die tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft²¹ Begehung einer Verbandstat nachgewiesen werden kann.²² Hinsichtlich der Verfolgbarkeit der Verbandstat bestimmt § 5 Nr. 1 VerSanG, dass eine Verbandssanktion nicht verhängt wird, wenn die Verbandstat nicht verfolgt werden kann, weil eine Strafe – bspw. wegen Rücktritts nach § 24 StGB – ausgeschlossen oder – bspw. wegen einer Selbstanzeige gemäß § 371 AO – aufgehoben ist.²³

3. Täter der Verbandstat

Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen der Verbandsverantwortlichkeit unterscheidet § 3 Abs. 1 VerSanG danach, ob jemand

- die Verbandstat als Leitungsperson des Verbands begangen (Nr. 1) oder
- sonst in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbands eine Verbandstat begangen hat, wenn Leitungspersonen des Verbands die Straftat durch angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten wie insbesondere Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht hätten verhindern oder wesentlich erschweren können (Nr. 2).

Die Verbandsverantwortlichkeit knüpft also entweder an eine persönliche Verfehlung (**aa**) oder an ein Organisationsverschulden (**bb**) einer Leitungsperson an.²⁴ Der in § 2 Abs. 2 Nr. 2 VerSanG definierte Begriff der Leitungsperson deckt sich inhaltlich mit den in § 30 Abs. 1 OWiG aufgeführten Personen.²⁵ Erfasst werden insbesondere Mitglieder vertretungsberechtigter Organe, vertretungsberechtigte Gesellschafter rechtsfähiger Personengesellschaften und Prokuristen bzw. Handlungsbevollmächtigte, soweit diese eine leitende Stellung innehaben. Der Kreis der Leitungspersonen wird daneben durch den Auffangtatbestand in § 2 Abs. 2 Nr. 2 lit. e) VerSanG weit gezogen: Sonstige Personen sind Leitungspersonen, wenn sie für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens eines Verbands verantwortlich handeln. Zu den Leitungspersonen zählen somit insbesondere der ärztliche Direktor sowie ggf. der Chefarzt.²⁶

a) Begehung der Verbandstat als Leitungsperson

Bei der Fassung der Nummer 1 orientiert sich der Ref-E abermals an § 30 Abs. 1 OWiG, indem er die Verbandsverantwortlichkeit an die Begehung einer Verbandstat durch eine Leitungsperson des Verbands in seiner Eigenschaft als solcher koppelt. Die Begehung „als“ Leitungsperson erfordert einen inneren Zusammenhang mit der Stellung als Leitungsperson, wobei einerseits unerheblich sein soll, ob die Leitungsperson den ihr gesetzten Zuständigkeitsbereich einhält oder überschreitet oder sie ihr Handeln für den Verband mit der Wahrnehmung eigener Interessen verknüpft. Andererseits soll dieses Tatbestandsmerkmal die Verbandsverantwortlichkeit für Straftaten ausschließen, die außerhalb des nach der Lebenserfahrung Erwartbaren liegen und bei denen die Möglichkeit der Verhinderung oder Erschwerung ihrer Begehung nicht realistisch erscheint (sog. Exzesstaten).²⁷

b) Begehung der Verbandstat durch sonstige Personen

Im Falle der Nummer 2 ist Täter der Verbandstat nicht die Leitungsperson selbst, sondern eine sonstige Person, die in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbands eine Verbandstat begangen hat. Hierfür genügt es, wenn die Person nur vorübergehend mit Aufgaben der Wahrnehmung von Angelegenheiten des Verbands betraut wurde, sodass es sich nicht zwingend um einen Betriebsangehörigen handeln muss. Die Person muss allerdings in einem Subordinationsverhältnis zur Leitungspersonen des Verbands stehen und

14 Anders § 2 Abs. 1 des Münchner Entwurfs.

15 Ref-E, S. 74. Vgl. *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop* wistra 2018, 27, 28.

16 Vgl. *Rübenstahl* ZWH 2019, 233, 236.

17 Zur im Weiteren erforderlichen Differenzierung *Dann/Warntjen* MedR 2020, 94, 96.

18 Zur umstr. Vermögensbetreuungspflicht des Kassenarztes vgl. *Tsambikakis/Kessler*, in: Prütting, *Medizinrecht*, 5. Aufl. (2019), § 266 StGB Rn. 7 ff.

19 Ref-E, S. 75; zustimmend *Dann/Warntjen* MedR 2020, 94, 96.

20 Ref-E, S. 75.

21 Zum abgestuften System betreffend des schuldhaften Verhaltens des Münchner Entwurfs vgl. *Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber*, Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, S. 48 und 51 ff.

22 Ref-E, S. 75.

23 Dies entspricht der zu § 30 OWiG weitestgehend vertretenen Ansicht, vgl. *Meyberg* in: BeckOK OWiG, 24. Ed., Stand: 15.9.2019, § 30 Rn. 62 m.w.N.; *Bohnert* in: *Krenberger/Krumm*, OWiG, 5. Aufl. (2018), § 30 Rn. 7.

24 *Geiger* medstra 2019, 321.

25 Ref-E, S. 73.

26 Vgl. *Dann/Warntjen* MedR 2020, 94, 97.

27 Ref-E, S. 78.

deren Direktions- und Weisungsrechten unterliegen.²⁸ Als sonstige Personen kommen beispielsweise das ärztliche und nichtärztliche Personal einer Klinik in Betracht.

Die Begehung einer Verbandstat durch diese Person ist jedoch nur notwendige, nicht aber hinreichende Voraussetzung der Verbandsverantwortlichkeit nach Nummer 2. Hinzukommen muss, dass Leitungspersonen des Verbands die Begehung der Verbandstat durch angemessene Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht hätten verhindern oder wesentlich erschweren können. Die Verbandsverantwortlichkeit scheidet also von vornherein aus, wenn die Leitungsperson ein angemessenes²⁹ Compliance-System installiert hat.

Die Verbandsverantwortlichkeit setzt nicht voraus, dass die Leitungsperson die erforderlichen Vorkehrungen vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat. Das Unterlassen der Vorkehrungen muss lediglich objektiv pflichtwidrig und die dadurch geschaffene Gefahr einer Straftat objektiv erkennbar sein.³⁰ Diese bewusste Abkehr von dem restriktiveren § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG, der einen vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen die Aufsichtspflicht verlangt, ist aus dogmatischer Sicht kritisch zu bewerten. Hiermit wird die aus dem Zivilrecht bekannte Haftung nach objektiven Maßstäben auf das Strafrecht bzw. das Sanktionenrecht übertragen, das (bislang) zu Recht die subjektive Vorwerfbarkeit der Verfehlung verlangt. Zur Legitimation oder Motivation dieser Ausweitung der strafrechtlichen Verbandshaftung machen die Entwurfsverfasser keine Angaben. Aufgrund dieses Paradigmenwechsels ist damit zu rechnen, dass in der Praxis aus der Begehung einer Verbandstat regelmäßig der unzulässige Schluss auf eine lückenhafte Aufsicht gezogen wird.³¹ Dies wird allemal gelten, wenn die Staatsanwaltschaften über das Vorliegen eines Anfangsverdachts entscheiden.

In § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG offenbart sich erstmals der besondere Fokus, den der Entwurf auf die sorgfältige Erarbeitung und Umsetzung von Compliance-Maßnahmen richtet, deren Ausgestaltung in der Entwurfsbegründung jedoch allenfalls oberflächlich konkretisiert wird. Hierdurch besteht zwar einerseits Raum, die an die Compliance-Maßnahmen zu stellenden Anforderungen aus den jeweiligen Gegebenheiten des Einzelfalls zu entwickeln und dynamisch anzupassen. Dem berechtigten Bedürfnis von Leitungspersonen und Verbänden nach hinreichend bestimmten Vorgaben, deren vollständige Umsetzung eine Verbandsverantwortlichkeit ausschließt, wird der Entwurf so indessen nicht gerecht. Die Möglichkeit, im Wesentlichen die zu § 130 OWiG entwickelten Grundsätze³² bei der Auslegung heranziehen zu können, mildert die bestehenden Unklarheiten allenfalls, vermag sie aber nicht annähernd zu beseitigen. Offen bleibt zudem, welche Bedeutung das VerSanG dem Erfordernis der Begehung der Verbandstat „in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbands“ beimisst, etwa ob dies allein dem Ausschluss der Verbandsverantwortlichkeit für Exzesstaten dienen oder als weiterreichende Beschränkung der Verbandsverantwortlichkeit fungieren soll.³³

4. Verhältnis zwischen Verbandssanktion und Verbandsgeldbuße

Die Verbandstat grenzt künftig das Verbandssanktionengesetz gegenüber der Anwendung des § 30 OWiG ab: Anknüpfungstaten, die zugleich eine Verbandstat als auch eine Ordnungswidrigkeit darstellen, führen nach dem neu einzufügenden § 21 Abs. 3 OWiG zur ausschließlichen Anwendung des Verbandssanktionengesetzes. Lediglich dann, wenn eine Verbandssanktion nicht verhängt wird, kann eine Ahndung nach § 30 OWiG erfolgen.³⁴

II. Die Rechtsfolgen der Verbandsverantwortlichkeit

Folgt der Entwurf bei der Begründung der Verbandsverantwortlichkeit noch weitgehend dem zu § 30 Abs. 1 OWiG Bekannten, so finden sich mit den Rechtsfolgen der Verbandsverantwortlichkeit erste wesentliche Besonderheiten bzw. Eigenarten.

1. Arten der Verbandssanktionen

Verbandssanktionen sind nach § 8 VerSanG die Verbandsgeldsanktion sowie die Verwarnung mit Verbandssanktionsvorbehalt. Die im inoffiziellen Entwurf aus August 2019 noch vorgesehene Verbandsauflösung wurde infolge berechtigter Kritik ersatzlos gestrichen.³⁵

a) Verbandsgeldsanktion

Primäre Sanktionsmöglichkeit ist die Verbandsgeldsanktion, wobei die Rechtsnatur dieser „eigenständigen Sanktionsart“³⁶ zwischen Geldstrafe und Geldbuße ungeklärt ist.³⁷

aa) Sanktionsrahmen

Abgestuft nach der bzgl. der Verbandstat festgestellten Schuldform beträgt die Verbandsgeldsanktion nach § 9 Abs. 1 VerSanG im Falle von Vorsatz mindestens tausend und höchstens zehn Millionen EUR, bei Fahrlässigkeit mindestens fünfhundert und höchstens fünf Millionen EUR. Insofern übernimmt der Ref-E – abgesehen vom erhöhten Mindestsanktionsmaß – den Sanktionsrahmen des § 30 Abs. 2 S. 1 OWiG.

Besonderheiten hält § 9 Abs. 2 VerSanG für „große“ Verbände bereit. Hiernach beträgt die Mindestsanktion für Verbände mit durchschnittlichem Jahresumsatz von mehr als einhundert Millionen EUR bei vorsätzlichen Verbandstaten zehntausend EUR, bei fahrlässigen fünftausend EUR. Die empfindliche Erhöhung des Mindestsanktionsmaßes wird begleitet von einem drakonischen³⁸ Anstieg des Höchstmaßes, dessen Grenze für vorsätzliche Verbandstaten erst bei einem Betrag von 10 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes und bei fahrlässiger Begehung bei einem Betrag von 5 % des durchschnittlichen Jahresumsatzes gezogen wird.³⁹ Die Bemessung der Sanktion nach dem Umsatz – zumal dem Konzernumsatz – statt bspw. dem Gewinn sieht sich gewichtigen Bedenken ausgesetzt, da dieser nichts über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verbands aussagt.⁴⁰ Dies

28 Ref-E, S. 78.

29 Das Vorhandensein irgendeines Compliance-Systems führt also nicht automatisch zur Sanktionslosigkeit, Ref-E, S. 79.

30 Ref-E, S. 78.

31 Ebenso der *DAV NZG* 2020, 298, 200.

32 So der Ref-E, S. 78, mit Verweis auf *Rogall* in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 5. Aufl. (2018), § 130 Rn. 39 ff.

33 Der Münchner Entwurf fordert mit der beinahe wortgleichen Wendung in § 3 Abs. 2 S. 1 einen (inneren) Zusammenhang, also ein Handeln im Geschäfts- und Wirkungskreis des Verbandes, *Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber*, Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, S. 52 f.

34 Die Wirkung der Rechtskraft regelt § 49 VerSanG.

35 Bereits der Kölner Entwurf, der in vielen Abschnitten als „Blaupause“ für den Ref-E diente, verzichtete bewusst aus spezialpräventiven Erwägungen auf eine Verbandsauflösung *Henssler/Hoven/Kubicziel/Weigend NZWiSt* 2018, 1, 10

36 Ref-E, S. 56.

37 Vgl. *Achenbach ZIS* 2020, 1.

38 Vgl. *Ott/Lüneborg NZG* 2019, 1361, 1362.

39 Ausführliche Kritik an der pauschalen Übertragung des Sanktionsrahmens aus § 81 Abs. 4 GWB übt *Rübenstahl ZWH* 2019, 233, 238 ff.

40 Hierzu *DAV NZG* 2020, 298, 301; *Rübenstahl ZWH* 2019, 233, 238.

zeigt sich oftmals besonders deutlich an Klinik-Verbänden: Diese erwirtschaften zwar nicht selten beachtliche Umsätze im hohen dreistelligen, teils vierstelligen Millionen-Bereich. Als Gewinn verbleibt oftmals aber nur ein Betrag im niedrigen zweistelligen Millionen-Bereich.

Der Jahresumsatz kann nach § 9 Abs. 2 S. 3 VerSanG geschätzt werden. Zu begrüßen ist, dass die Schätzung erst dann erlaubt sein soll, wenn nach Ausschöpfung der vorhandenen Erkenntnismöglichkeiten der maßgebliche Jahresumsatz nicht sicher feststeht. Eine Schätzung aus prozessökonomischen Gründen zur Umgehung aufwendiger Ermittlung wäre damit ausgeschlossen. Allerdings müsste dies noch seinen Niederschlag im Gesetzestext finden – andernfalls besteht das Risiko, dass sich die Praxis über diese Vorgabe hinwegsetzen wird.⁴¹

Die Verbandsgeldsanktion dient nicht der gleichzeitigen Abschöpfung des erlangten wirtschaftlichen Vorteils.⁴² Stattdessen tritt neben die Verbandsgeldsanktion die – materiell rechtlich zwingende – Einziehung des aus der Verbandstat Erlangten nach den §§ 73 ff. StGB.⁴³

Leider hat man sich bei der Ausgestaltung der Verbandsgeldsanktion am Vorbild der Verbandsgeldbuße orientiert⁴⁴ und sich damit für ein Geldsummensystem statt des Tagesatzsystems entschieden.⁴⁵ Damit sagt die Höhe der Verbandsgeldsanktion nichts über das Maß der „Schuld“ aus, da diese von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Verbands (§ 15 Abs. 3 S. 1 VerSanG) bzw. dessen Jahresumsatz (§ 9 Abs. 2 VerSanG) abhängt.⁴⁶

bb) Sanktionszumessung

Als eines der wesentlichen Motive wird in der Begründung angegeben, dass es bislang an konkreten und nachvollziehbaren Zumessungsregeln für Verbandsgeldbußen fehle.⁴⁷ Die §§ 15 ff. VerSanG sollen Abhilfe schaffen.

(1) Die Sanktionszumessungsumstände

Zumessungsgrundlage ist nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 VerSanG die Bedeutung der Verbandstat. In den Fällen, in denen die Begehung der Verbandstat zwar nicht durch eine Leitungsperson selbst erfolgte, diese aber keine angemessenen Vorkehrungen traf (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG), basiert die Zumessung zusätzlich auf der Schwere und dem Ausmaß des Unterlassens der Leitungsperson.⁴⁸ Zur Konkretisierung der Bedeutung der Verbandstat beinhaltet § 15 Abs. 3 S. 2 VerSanG eine nicht abschließende Liste an – in der Entwurfsbegründung weiter vertieften⁴⁹ – Umständen, die das Gericht bei der Bemessung abzuwägen hat. Neben den in Anlehnung an § 46 Abs. 2 StGB vorgegebenen und teils weiter spezifizierten Bemessungsumständen wirken insbesondere vorausgegangene Verbandstaten, für die der Verband verantwortlich ist, sanktionsschärfend. Umgekehrt ist eine verbandssanktionsfreie Historie zu Gunsten des Verbands zu berücksichtigen. Dies gilt auch für die vor der Verbandstat getroffenen Vorkehrungen zur Vermeidung und Aufdeckung von Verbandstaten. Vorausgegangene Compliance-Maßnahmen des Verbandes werden also bei der Sanktionszumessung honoriert. Hier bleibt der Ref-E indessen noch nicht stehen. Um einen zusätzlichen Anreiz für Compliance-Maßnahmen zu liefern, mildern auch erst nach der Verbandstat getroffene Vorkehrungen die zu verhängende Sanktion. Ferner findet das Bemühen des Verbandes, die Verbandstat aufzudecken und den Schaden wiedergutzumachen, Berücksichtigung.

(2) Sonderfall: Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung

Die Aufarbeitung der Verbandstat durch den Verband wird besonders belohnt, wenn er – bspw. zur Aufklärung von Korruptionsvorwürfen gemäß §§ 299a, 299b StGB – eine verbandsinterne Untersuchung („internal investigation“) durchführt. Diese sind in der Praxis zwar schon aus unterschiedlichen Gründen üblich, aber bislang noch nicht kodifiziert.⁵⁰ Nach § 16 VerSanG können sie sowohl durch den Verband selbst, aber auch durch von ihm beauftragte Dritte durchgeführt werden. Verbandsinterne Untersuchungen stellen nach § 17 Abs. 1 VerSanG einen Sanktionsmilderungsgrund dar, sofern die dort niedergelegten, zahlreichen Voraussetzungen⁵¹ kumulativ beachtet werden. Hierzu zählt u.a., dass der mit der Untersuchung Beauftragte nicht personenidentisch mit dem Verteidiger des Verbands oder eines der Begehung einer Verbandstat Beschuldigten sein darf. Künftig ist also eine strenge Funktionstrennung zu beachten, soll die Aussicht auf die Strafmilderung nicht verspielt werden.⁵² Dies hindert den Verband indessen nicht, eine Kanzlei mit der verbandsinternen Untersuchung zu beauftragen, der auch sein Verteidiger angehört, sofern die Berufsträger getrennt voneinander arbeiten.⁵³ Die notwendige Funktionstrennung und damit erforderliche „doppelte“ Beauftragung kann für den Verband zu nicht unerheblichen Mehrkosten führen, wobei zweifelhaft ist, ob diese insbesondere von kleineren Verbänden zu stemmen sind. Sind die Anforderungen des § 17 Abs. 1 VerSanG erfüllt und entschließt sich das Gericht zur Milderung, so reduziert sich das jeweils anwendbare Höchstmaß nach § 18 VerSanG um die Hälfte und das vorgesehene Mindestmaß entfällt – bei vollständiger Kooperation dauerhaft⁵⁴ von der Verfolgung abzusehen und dem Verband Straffreiheit zu gewähren, erlaubt der VerSanG indessen nicht.⁵⁵

41 Zur ähnlichen Problematik der Schätzklauseln des Strafgesetzbuchs vgl. *Hellmann* GA 1997, 503.

42 Ref-E, S. 57.

43 Ref-E, S. 57; *Baur/Holle* ZRP 2019, 186, 187.

44 Ref-E, S. 57.

45 So auch der Kölner Entwurf in § 4 Abs. 2.

46 Ausführlich zu dieser Kritik *Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber*, Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, S. 38 ff. sowie *Görden*, Konstruktionsprobleme einer Verbandsgeldstrafe, S. 105 f.

47 Ref-E, S. 1.

48 Dies ist konsequent, da das Verbandsunrecht im Unterlassen der erforderlichen Aufsichtsmaßnahme liegt, *Görden*, Konstruktionsprobleme einer Verbandsgeldstrafe, S. 173.

49 Ref-E, S. 92 ff.

50 Umfassend zum *status quo* *Knieriem/Rübenstahl/Tsambikakis*, Internal Investigations, 2. Aufl. (2016).

51 Zu diesen im Einzelnen sowie mit kritischen Anmerkungen *Schmitz* WiJ 2019, 154, 157 ff. sowie *Ott/Lüneborg* NZG 2019, 1361, 1365 ff.

52 Hintergrund der Funktionstrennung soll ein angeblicher Interessenkonflikt sein, Ref-E, S. 99. Zur naheliegenderen Motivation s. *DAV* NZG 2020, 298, 303.

53 Es müssen dann allerdings Vorkehrungen getroffen werden, die für eine hinreichende Funktionstrennung innerhalb der Kanzlei sorgen. Insbesondere muss gewährleistet sein, dass der Verteidiger keinen Zugriff auf die Erkenntnisse aus der internen Untersuchung hat, vgl. Ref-E, S. 100.

54 Lediglich bis zum Abschluss der verbandsinternen Untersuchung kann von der Verfolgung gemäß § 41 VerSanG abgesehen werden.

55 Möglich erscheint lediglich, dass Staatsanwaltschaften die Durchführung einer verbandsinternen Untersuchung bei der Entscheidung über die Einstellung des Sanktionsverfahrens nach §§ 35, 36 VerSanG zugunsten des Verbands berücksichtigt, sodass auf diesem Weg in manchen Fällen Straffreiheit erreicht werden könnte, vgl. Ref-E, S. 98, sowie *Ott/Lüneborg* NZG 2019, 1361, 1364. Wünschenswert wäre eine Regelung wie § 11 Abs. 2 des Münchner Entwurfs, wonach bei internen Untersuchungen unter Umständen von einer Verbandssanktion gänzlich abzusehen ist.

Zunächst ist es richtig, eine verbandsinterne Untersuchung als gewichtigen Milderungsgrund anzuerkennen. Anlass zur Kritik bietet die teils unscharfe Formulierung der Anforderungen, die der Verband erfüllen muss, um in den Genuss der Milderung zu kommen. Was beispielsweise unter einer „ununterbrochenen und uneingeschränkten“ Zusammenarbeit mit den Verfolgungsbehörden⁵⁶ (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG) zu verstehen ist, bleibt offen.⁵⁷ Die damit verbundenen Unwägbarkeiten für den Verband verstärkt der Ref-E noch, indem er die konkrete Ausgestaltung der Zusammenarbeit dem Ermessen der Staatsanwaltschaft überlässt.⁵⁸

Verfehlt ist des Weiteren, dass das Gericht die Sanktion nicht zu mildern hat, sondern nur „soll“. Da die Anforderungen an die interne Untersuchung zahlreich und für den Verband nur mit äußersten Anstrengungen zu erfüllen sind, wäre die Milderung *ipso iure* vorzugswürdig. Ohnehin lässt sich der Begründung nicht entnehmen, wann es gerechtfertigt sein könnte, eine Milderung zu versagen. Die nach § 17 Abs. 3 S. 1 VerSanG zu berücksichtigenden Umstände sollen nach der Entwurfsbegründung lediglich den Umfang der Milderung bestimmen.⁵⁹ Bei verspäteter Offenbarung ist die Milderung nach § 17 Abs. 3 S. 2 VerSanG ausgeschlossen, sodass dem Gericht kein Raum mehr für die Betätigung seines (gebundenen) Ermessens nach § 17 Abs. 1 VerSanG bleibt.

Dieses Manko wird nicht ausreichend dadurch kompensiert, dass das Gericht die Aufklärungsbemühungen des Verbands bei Verfehlung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 VerSanG oder der Versagung der Milderung dennoch nach § 15 Abs. 2 Nr. 7 VerSanG zu seinen Gunsten zu berücksichtigen hat.⁶⁰ Ausmaß und Gewicht dieser Berücksichtigung bleiben hierbei dem kaum justiziablen Ermessen des Gerichts überlassen.

cc) Regressausschluss

Anders als bspw. der Kölner⁶¹ und der Münchner Entwurf⁶² verbietet der Ref-E nicht den Regress des Verbands bei den seine Verantwortlichkeit auslösenden Leitungspersonen bzw. Mitarbeiter. An dieser Stelle wäre die Klarstellung wünschenswert gewesen, dass es mit dem Sanktionszweck einer Verbandsgeldsanktion unvereinbar ist, wenn das Unternehmen sich diese von Organen, Geschäftsleitern oder Mitarbeitern zurückerstatten lässt.⁶³

b) Verwarnung mit Verbandssanktionsvorbehalt

Analog zur Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB erlaubt § 10 Abs. 1 VerSanG dem Gericht, den Verband unter näher geregelten Voraussetzungen⁶⁴ zu verwarnen und die Verhängung einer zu bestimmenden Verbandsgeldsanktion (auch nur teilweise, vgl. § 11 VerSanG) vorzubehalten, wobei es die Verwarnung mit Auflagen i.S.d. § 12 VerSanG und Weisungen i.S.d. § 13 VerSanG verbinden kann. Als Weisung kann das Gericht – vergleichbar dem aus den USA und Großbritannien bekannten Monitoring⁶⁵ – den Verband anweisen, bestimmte Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten zu treffen und die getroffenen Vorkehrungen durch Bescheinigung einer sachkundigen Stelle gegenüber dem Gericht nachzuweisen (§ 13 Abs. 2 S. 1 VerSanG).⁶⁶

In Betracht kommt eine Verwarnung mit Sanktionsvorbehalt, wenn u.a. zu erwarten ist, dass sie ausreicht, um zukünftig Verbandstaten zu vermeiden, bspw. weil es sich um einen für den Verband untypischen Einzelfall handelt („Ausreißer“) und der Verband Maßnahmen trifft oder getroffen hat, um gleichartige Verbandstaten in Zukunft zu vermeiden.⁶⁷ Die Verwarnung mit Sanktionsvorbehalt ähnelt damit

den aus dem angelsächsischen Rechtsraum bekannten „Deferred Prosecution Agreements“.

2. Öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung

Neben der Verbandsgeldsanktion bietet § 14 VerSanG bei einer großen Zahl von Geschädigten die fakultative Möglichkeit der öffentlichen Bekanntmachung der Verurteilung des Verbands. Hierbei handelt es sich – anders als nach der Vorstellung der Verfasser des Münchner Entwurfs⁶⁸ – nicht um eine Verbandssanktion.⁶⁹ Mit der aus anderen Rechtsgebieten⁷⁰ geläufigen Bekanntmachung ist ausweislich der Entwurfsbegründung nicht bezweckt, den betroffenen Verband an den Pranger zu stellen („Naming and Shaming“). Vielmehr sollen die von der Verbandstat betroffenen Personen über die für sie relevanten Tatsachen informiert werden,⁷¹ etwa um beurteilen zu können, ob ihnen durch die Tat Ansprüche gegen den Verband entstanden sind. Die Prangerwirkung sowie damit verbundene empfindliche Reputationsschäden treten selbstverständlich gleichwohl ein und sind daher vom Gericht bei der vorzunehmenden Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Bekanntmachung zu berücksichtigen. Inwiefern der Verband die öffentliche Bekanntmachung mit eigenen Maßnahmen zugunsten der Betroffenen abwenden kann, bleibt abzuwarten.⁷²

3. Verbandssanktionenregister

Rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen über die Verhängung von Verbandssanktionen sowie rechtskräftige Entscheidungen über die Festsetzung von Geldbußen über dreihundert EUR nach § 30 OWiG sollen im Verbandssanktionenregister zentral erfasst werden. Die Einzelheiten des verbandsrechtlichen Pendant zum Bundeszentralregister regeln die §§ 54 ff. VerSanG. Zusätzlich sieht Art. 2 Ref-E die Eintragung der Verbandssanktion in das Wettbewerbsregister vor, wenn sie auf einer der dort einzeln aufgeführten Verbandstaten beruht.

III. Das Sanktionsverfahren

Für das Sanktionsverfahren gelten nach § 24 Abs. 1 VerSanG die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz.

56 Zuständige Verfolgungsbehörde ist nach § 23 VerSanG die für die Verfolgung der Verbandstat zuständige Behörde, d.h. grundsätzlich die jeweils zuständige Staatsanwaltschaft.

57 Hierzu sowie zu weiteren Auslegungsschwierigkeiten ausführlich *Schmitz* WiJ 2019, 154, 157 ff.

58 Ref-E, S. 99.

59 Ref-E, S. 103.

60 Vgl. Ref-E, S. 98.

61 Dort § 10.

62 Dort § 16.

63 Zur parallelen Problematik des Regresses wegen einer Verbandsgeldbuße vgl. *Labusga* VersR 2017, 394.

64 Diese entsprechen im Wesentlichen den Voraussetzungen der Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 Abs. 1 StGB.

65 Hierzu vgl. *Ott/Lüneborg* NZG 2019, 1361, 1362 f.

66 Zur Kritik an dieser Regelung *DAV* NZG 2020, 298, 302.

67 Ref-E, S. 86.

68 Vgl. *Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber*, Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, S. 65.

69 Dies folgt aus dem Umkehrschluss zu § 8 VerSanG, der die Verbandssanktionen abschließend aufzählt.

70 Bspw. in §§ 165, 200 StGB oder § 57 GwG. Vgl. auch § 12 Abs. 3 UWG.

71 Ref-E, S. 90.

72 Vgl. *Schmitz* WiJ 2019, 154, 157.

gesetz entsprechend, soweit nicht anders bestimmt.⁷³ Die Anwendbarkeit des Strafprozessrechts führt zu einer ganz erheblichen Verbesserung des beschuldigten Verbands im Vergleich zu dem bislang geltenden Verfahrensrecht des Ordnungswidrigkeitengesetzes.⁷⁴

1. Legalitätsprinzip

Dieser unscheinbare allgemeine Verweis auf die Strafprozessordnung birgt die wohl bedeutendste verfahrensrechtliche Änderung gegenüber dem geltenden Recht: Hiermit werden die §§ 152, 160 StPO aktiviert, weshalb das Sanktionsverfahren dann dem Legalitätsprinzip folgt. Dies stellt eine adäquate, ebenso von den sonstigen Entwürfen⁷⁵ vorgesehene Reaktion auf die vielfach kritisierten⁷⁶ Unzulänglichkeiten des Ordnungswidrigkeitenrechts, namentlich die durch das Opportunitätsprinzip bedingte inhomogene Verfolgungspraxis dar.⁷⁷ Durch den Verfolgungszwang soll eine gleichmäßige Anwendung des Verbandssanktionengesetzes sichergestellt werden.

2. Verfahrenseinstellung aus Opportunitätsgründen

Der Verfolgungszwang gilt allerdings nicht ausnahmslos. Zunächst umfasst der Verweis auf die Strafprozessordnung die entsprechende Anwendbarkeit der Einstellungsmöglichkeiten aus Opportunitätsgründen (§§ 153 ff. StPO).⁷⁸ Ergänzend hält der Ref-E in §§ 35 ff. VerSanG verbandsspezifische Einstellungsgründe bereit. Die Einführung des Legalitätsprinzips führt in der Praxis daher nicht zwangsläufig zur beabsichtigten gleichmäßigen Anwendung des Verbandssanktionengesetzes, sondern hängt letztlich von der Handhabung der Einstellungsoptionen durch die verschiedenen Staatsanwaltschaften ab.⁷⁹ Angesichts fortdauernder Ressourcenknappheit bei Staatsanwaltschaften und Gerichten, welche durch die Einführung des Verbandssanktionengesetzes und den damit zusätzlich auf die Justiz zukommenden Aufgaben noch verschärft würden, ist außerhalb des Bereichs gravierender Verbandstaten und Wiederholungsfällen mit einer großzügigen Anwendung der Einstellungsregeln zu rechnen.

Bei der Verfahrenseinstellung wegen geringer Bedeutung der Verbandstat nach § 153 Abs. 1 StPO i.V.m. § 35 VerSanG ist zu beachten, dass diese lediglich das Sanktionsverfahren betreffen und die Verhängung einer Geldbuße gegen den Verband wegen einer gleichzeitig verwirklichten Ordnungswidrigkeit nicht hindern soll, sofern die Staatsanwaltschaft die Einstellung nicht zugleich auf die Ordnungswidrigkeit erstreckt.⁸⁰ Die unterschiedliche Reichweite von Einstellungen gilt es hervorzuheben, da im Falle der Verbandsverantwortlichkeit i.S.d. § 3 Abs. 1 VerSanG zugleich der Tatbestand der Verletzung einer Aufsichtspflicht gemäß § 130 OWiG verwirklicht wird. Diese dient wiederum als Anknüpfungstat i.S.d. § 30 OWiG, sodass bei einer Einstellung des Sanktionsverfahrens, die Ordnungswidrigkeiten nicht explizit einbezieht, stets eine Verbandsgeldbuße verhängt werden könnte. Dementsprechend wird es Aufgabe der Verteidigung sein, auf eine umfassende Einstellung durch die Staatsanwaltschaft hinzuwirken, um Ahndungsrisiken für den Verband vollständig zu bannen. Hingegen steht die Einstellung gegen Weisungen oder Auflagen nach § 153a StPO i.V.m. § 36 VerSanG der Verfolgung als Ordnungswidrigkeit wegen § 36 Abs. 2 S. 4 VerSanG stets entgegen.

Ogleich die Einstellungsgründe das Legalitätsprinzip aufweichen und damit das Ziel einer homogenen Verfolgungspraxis gefährden, ist die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 153, 153a StPO zu begrüßen. Sie eröffnet den Staatsanwaltschaften – ebenso wie im Strafverfahren gegen natür-

liche Personen – die notwendige Flexibilität, auf jeden Fall der Verbandsverantwortlichkeit verhältnismäßig, d.h. nicht ausschließlich durch Sanktionierung zu reagieren. Dennoch steht zu befürchten, dass die Staatsanwaltschaften und Gerichte der potenziellen Verfahrensflut nicht Herr werden könnten. Der erhöhte Arbeitsaufwand wird sich dabei wahrscheinlich nicht nur in einer langen Dauer von Verfahren gegen Verbände, sondern auch gegen natürliche Personen niederschlagen. Die vorgesehenen Anreize für interne Untersuchungen nähren die Vermutung, dass die Verbände die staatlichen Ermittlungstätigkeiten ersetzen und dadurch die Ermittlungsbehörden entlasten sollen. Ob diese Rechnung aufgeht, bleibt abzuwarten.

3. Zuständigkeit

Durch entsprechende Änderung des § 74 Abs. 1 GVG werden die Strafkammern zuständig für die Verhängung von Verbandssanktionen, wenn eine Verbandsgeldsanktion in Höhe von mehr als einer Million EUR zu erwarten ist. Die Zuständigkeit der spezialisierten Wirtschaftsstrafkammer ist nach einem einzufügenden § 74g GVG daneben nur begründet, wenn auch die Verbandstat zum Zuständigkeitsbereich der Wirtschaftsstrafkammer zählt. Der Strafrichter hingegen soll nicht über die Verhängung von Verbandssanktionen entscheiden dürfen. Grundsätzlich zuständig für die Verhängung von Verbandssanktionen ist damit das Schöffengericht.⁸¹

4. Die Stellung des Verbands im Sanktionsverfahren

Das Verbandssanktionengesetz räumt dem betroffenen Verband in § 27 VerSanG eine dem Beschuldigten weitgehend angenäherte Stellung ein, indem er die entsprechende Geltung der Beschuldigtenrechte natürlicher Personen anordnet. Dies ist nicht nur logische Konsequenz der grundsätzlichen entsprechenden Geltung der Strafprozessordnung,⁸² sondern spiegelt auch die Zielrichtung des Sanktionsverfahrens angemessen wieder: Verfolgt wird der Verband als solcher, sodass es nicht mehr ausreicht, ihm wie bisher lediglich die Stellung eines Beteiligten i.S.d. § 444 StPO einzuräumen.

Die Gleichstellung mit einem Beschuldigten vermittelt dem Verband insbesondere die Verfahrensrechte eines Beschuldigten, soweit diese auf Verbände entsprechend angewendet werden können. Hierzu zählen bspw. das Beweisantragsrecht, das Rechtsmittelrecht, das Akteneinsichtsrecht sowie das Recht auf Wahl⁸³ eines Verteidigers in jeder Lage des Ver-

73 Zu den Auslegungsschwierigkeiten eines solchen Verweises vgl. *El Ghazi* NZWiSt 2018, 425 f.

74 Zugleich könnte man die Anwendung des Strafprozessrechts als einen Fingerzeig dafür deuten, dass das Verbandssanktionengesetz vielleicht am Ende doch nichts anderes als ein Unternehmensstrafrecht ist.

75 Vgl. § 14 des NRW-Entwurfs, § 13 des Kölner Entwurfs und § 24 des Münchner Entwurfs.

76 Vgl. etwa *Kubiciel* NZWiSt 2016, 178, 179; *Hoven/Weigend* ZRP 2018, 30 f.; *Kirch-Heim*, Sanktionen gegen Unternehmen, S. 245.

77 Zur Alternative eines „gebundenen Verfolgungsermessens“ vgl. *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop* wistra 2018, 27, 31.

78 Ref-E, S. 59.

79 So schon *Baur/Holle* ZRP 2019, 186, 188.

80 Ref-E, S. 116.

81 Zu potenziellen Hintergründen der grds. Zuständigkeit des Schöffengerichts vgl. *Schmitz* WiJ 2019, 154, 165. Auch der Münchner Entwurf sieht in § 19 Abs. 3 eine Zuständigkeitsteilung zwischen Schöffengericht und Wirtschaftsstrafkammer vor.

82 Vgl. *Saliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber*, Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, S. 70.

83 Ebenso entsprechend gelten die Vorschriften zur notwendigen Verteidigung gemäß §§ 140 f. StPO, Ref-E, S. 110.

fahrens.⁸⁴ Für das Aussageverweigerungsrecht des Verbands stellt § 33 Abs. 1 VerSanG klar, dass es den gesetzlichen Vertretern des Verbands freisteht, sich im Sanktionsverfahren zur Sache zu äußern. In anderen Verfahren wird das den gesetzlichen Vertretern nach § 55 StPO zustehende Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 33 Abs. 2 VerSanG auf Fragen erweitert, deren Beantwortung dem Verband die Gefahr der Verfolgung zuziehen würden.

Eine Ausnahme enthält § 49 VerSanG, der den gesetzlichen Vertretern die Pflicht auferlegt, über den für die Zumessung der Verbandsgeldsanktion maßgeblichen Jahresumsatz Auskunft zu erteilen. Die damit gegebene unterschiedliche Handhabung von natürlichen Personen, die auch bezüglich ihrer Einkommensverhältnisse schweigen dürfen, und Verbänden begründen die Entwurfsverfasser nicht. Angesichts der Befugnis des Gerichts, den Jahresumsatz des Verbands notwendigenfalls durch Schätzung festzustellen, sind keine Gründe zu erkennen, die einen solchen Eingriff in das Schweigerecht als Grundpfeiler unseres Strafverfahrens rechtfertigen könnten.

Zu den Beschuldigtenrechten gehört der Beschlagnahmenschutz aus § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO, der das Zeugnisverweigerungsrecht der Berufsheimlichkeitsbesitzer aus § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3b StPO flankiert. Allerdings sieht der Ref-E eine wesentliche Änderung des § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO vor: Der Beschlagnahmenschutz soll künftig nur noch für Gegenstände bestehen, die dem Vertrauensverhältnis des Beschuldigten zum Berufsheimlichkeitsbesitzer zuzurechnen sind. Das Erfordernis eines Vertrauensverhältnisses wurde in Rechtsprechung und Schrifttum bislang kontrovers diskutiert,⁸⁵ wobei der Bestand eines solchen gerade im Falle des mit einer internen Untersuchung beauftragten Rechtsanwalts abgelehnt wurde.⁸⁶ Nach dem Ref-E sollen Aufzeichnungen über Befragungen im Rahmen von verbandsinternen Untersuchungen nur noch dann vor Beschlagnahme geschützt sein, wenn sie dem geschützten Vertrauensverhältnis zuzuordnen sind.⁸⁷ Unter welchen Umständen dies der Fall sein soll, teilen die Entwurfsverfasser nicht mit. Zu befürchten steht damit, dass die Ergebnisse interner Untersuchungen vollumfänglich beschlagnahmefähig werden.⁸⁸ Dies wäre folgenschwer: Sollte sich der Verband im Zuge seiner Verteidigungsstrategie dagegen entscheiden, die Untersuchungsergebnisse den Verfolgungsbehörden zu überreichen, so könnten sich die Behörden die Ergebnisse schlicht durch deren Beschlagnahme verschaffen.⁸⁹ Interne Untersuchungen böten neben Chancen (§§ 17, 18 VerSanG) damit ebenso gravierende Risiken für die Verteidigung des Verbands, die vor deren Durchführung sorgfältig abzuwägen wären. Insbesondere die durchgreifende Kritik des Strafrechtsausschusses des DAV⁹⁰ an dieser – über das Verbandssanktionsrecht hinausgehenden – Einschränkung des Beschlagnahmeverbots lässt hoffen, dass diese Änderung im Gesetzgebungsverfahren aus dem Entwurf gestrichen wird.

Ob die Unterlagen aus einer internen Untersuchung darüber hinaus im Gewahrsam des Verteidigers beschlagnahmt werden können,⁹¹ erscheint zweifelhaft, da dieser die Unterlagen zu Verteidigungszwecken erhält. Damit handelt es sich um besonders schützenswerte Verteidigungsunterlagen. Ausgeschlossen ist die zukünftige Beschlagnahmefähigkeit indessen nicht, sodass diese Unklarheit noch im laufenden Gesetzgebungsverfahren beseitigt werden sollte.⁹²

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Hinsichtlich der Begründung der Verbandsverantwortlichkeit folgt der Ref-E den bereits zu § 30 OWiG ausgetretenen

Pfaden. Neuerungen bringen dagegen das erweiterte Sanktionsinstrumentarium, das Legalitätsprinzip sowie die Vorgaben zu verbandsinternen Untersuchungen. Schon dem flüchtigen Leser springt dabei ins Auge, dass der Entwurf prononciert die althergebrachten Begriffe aus dem Strafrecht vermeidet. Dies steht im Einklang mit dem reklamierten Anliegen, die Sanktionierung von Verbänden auf eine „eigenständige gesetzliche Grundlage“ stellen zu wollen – die Einführung eines (echten) Unternehmensstrafrechts bleibt dem Ausgang einer Evaluierung vorbehalten.⁹³ Inwiefern sich das nun vorgestellte Konzept von einem solchen überhaupt noch unterscheidet, ist allerdings fraglich.⁹⁴

Ein Fokus des Verbandssanktionengesetzes liegt darin, spürbare Anreize für Unternehmen zu schaffen, effektive Compliance-Maßnahmen einzuführen: So scheidet eine Verbandsverantwortlichkeit in den Fällen des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerSanG von vornherein aus, wenn die Leitungspersonen des Verbands angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten geschaffen haben. Compliance-Maßnahmen, die nicht als angemessen bewertet werden, wirken sich bei der Sanktionszumessung zugunsten des Verbands aus und können dazu führen, dass der Verband lediglich verwahrt wird. Naheliegender ist zudem, dass die Staatsanwaltschaften umgesetzte Compliance-Maßnahmen bei ihrer Entscheidung über die Einstellung des Verfahrens aus Opportunitätsgründen berücksichtigen werden. Diese Anreize tragen zur Zielerreichung selbstverständlich nur dann sinnvoll bei, wenn Verbände überhaupt mit einer Verfolgung zu rechnen haben. Die Einführung des Legalitätsprinzips für das Sanktionsverfahren erscheint daher folgerichtig, obgleich abzuwarten bleibt, ob es tatsächlich zu einer gleichmäßigeren Verfolgungspraxis kommen wird.

Wenig Beifall verdient der Ref-E hinsichtlich der Anforderungen an verbandsinterne Untersuchungen, die der Verband zu erfüllen hat, um in den Genuss der Sanktionsmilderung i.S.d. § 18 VerSanG zu gelangen. Selbst wenn man von den teils schwammigen Formulierungen absieht, bleibt zu konstatieren, dass Verbände eine denkbar hohe Hürde nehmen müssen, wollen sie sämtliche Voraussetzungen der Sanktionsmilderung erfüllen. Ihnen wird kaum Rechtssicherheit geboten.

Ebenso ist die beabsichtigte Änderung des § 97 StPO und die damit zu befürchtende weitgehende Aufhebung des Beschlagnahmenschutzes kritisch zu bewerten. Obgleich sich der Ref-E an dieser Stelle in einem besonders sensiblen Bereich der Strafprozessordnung bewegt, lassen seine Verfasser das erforderliche Fingerspitzengefühl vermissen. Welche Auswirkungen sie der vorgesehenen Änderung konkret beimesen, legen sie nicht nachvollziehbar dar, was im Speziellen den Beschlagnahmenschutz von Unterlagen aus internen Un-

84 Vgl. Ref-E, S. 110.

85 Vgl. die Nachweise im Ref-E, S. 137.

86 *LG Hamburg* NJW 2011, 942; *Greven* in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 8. Aufl. (2019), § 97 Rn. 14a m.w.N.

87 Ref-E, S. 138.

88 Die berechtigte Forderung nach umfassender Beschlagnahmefreiheit stellen *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop* wistra 2018, 27, 30.

89 Voreilige Verfolgungsbehörden könnten der freiwilligen Herausgabe bspw. des Untersuchungsberichts gar zuvorkommen und dem Verband damit die Chance auf eine Milderung (vgl. § 17 Abs. 1 Nr. 4 VerSanG) vereiteln.

90 *DAV/NZG* 2020, 298, 305 f.

91 So *Schmitz* WiJ 2019, 154, 161.

92 Vgl. *Ott/Lüneborg* NZG 2019, 1361, 1368.

93 Ref-E, S. 71.

94 Vgl. *Baur/Holle* ZRP 2019, 186, 189.

tersuchungen betrifft. Die Folgen der vorgesehenen Änderungen lassen sich derzeit daher noch nicht sicher prognostizieren.

Zur Vorbereitung auf das Verbandssanktionengesetz bleibt der Gesundheitsbranche zwar noch Zeit: In Kraft treten soll das Gesetz erst zwei Jahre nach seiner Verkündung. Ange-

sichts der aktuell massiven Herausforderungen durch das Corona-Virus an alle Unternehmen der Gesundheitsbranche könnte die Übergangsfrist jedoch schnell ablaufen. Daher erscheint der Rat angebracht, möglichst frühzeitig die notwendigen Strukturen zu implementieren, um das eigene Unternehmen schadlos und sanktionsfrei aufzustellen.

Wiss. Mit. Jessica Krüger, LL.B., Bucerius Law School, Hamburg*

§ 323c Abs. 1 StGB in der Pandemie – vom gefährlichen Potential der gemeinen Gefahr und Not in Krisenzeiten

Der Beitrag untersucht, wann § 323c Abs. 1 StGB in Krisensituationen wie einer Pandemie zum Tragen kommen kann. Im Fokus stehen dabei die Situationsvarianten der gemeinen Gefahr oder Not, die in der Rechtswissenschaft bislang nur stiefmütterlich behandelt werden. Der Beitrag zeigt auf, welches gefährlich breites strafrechtliches Potential diese beiden Situationsvarianten in Krisensituationen entfalten können und welche Restriktionsansätze zur Begrenzung einer überbordenden Strafbarkeit in Betracht kommen.

I. Einleitung

Die Coronakrise hat das Leben in Deutschland und weltweit innerhalb weniger Monate völlig auf den Kopf gestellt und macht auch vor dem Strafrecht nicht halt. Nebenstrafrechtliche Normen, die zuvor kaum bekannt waren, rücken auf einmal ins Rampenlicht; zur Durchsetzung der zahlreichen Maßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus wurden weitere Ordnungswidrigkeiten- und Straftatbestände geschaffen. Keine Beachtung findet bislang allerdings eine klassische „Auffangnorm“ des Kernstrafrechts, § 323c Abs. 1 StGB. Dabei erscheint die Norm mit ihren beiden Tatbestandsvarianten der gemeinen Gefahr und Not auf den ersten Blick für eine Anwendung in der Coronakrise geradezu prädestiniert.

Eine Pandemie kann indes mehrere Wochen, Monate oder schlimmstenfalls Jahre andauern. Zu ihrer Bekämpfung reichen die üblicherweise erforderlichen, kurzfristigen Hilfeleistungstätigkeiten wie das Herbeirufen eines Rettungswagens oder Einleiten von Erste-Hilfe-Maßnahmen nicht aus. Vielmehr ist die gesamte Bevölkerung gefragt, die durch Social Distancing, Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes oder einfaches Händewaschen ihren Teil dazu beitragen soll, die Infektionskurve abzuflachen und die Ausbreitung der Krankheit zu verhindern. Macht sich damit aber gemäß § 323c Abs. 1 StGB strafbar, wer in Zeiten von Covid-19 ohne Mund-Nasen-Schutz einen Supermarkt betritt, sich nach dem Einkaufen nicht die Hände wäscht und am Abend mit Freunden eine Party feiert?

II. Situative Voraussetzung: Gemeine Gefahr oder gemeine Not?

1. Gemeine Gefahr

a) Definition

Eine gemeine Gefahr liegt vor, wenn aus objektiver Sicht ex ante ein Schaden für eine Vielzahl oder unbestimmte Zahl¹ von Menschen droht. In Teilen der Literatur wird die Situation der gemeinen Gefahr zudem explizit auf *konkrete* Gefah-

ren begrenzt.² Der Begriff der Gefahrenlage kann damit auf den ersten Blick eine Unmenge von verschiedenen Situationen abdecken. Dass die klassische Standarddefinition hier nur einen ersten Anhaltspunkt bieten kann, von dem aus noch viel Konkretisierungsarbeit zu leisten ist, liegt auf der Hand. *Freund* differenziert bei der Gefahrbeurteilung zwischen einer empirischen und einer normativen Komponente. Die empirische Komponente ist die auf Tatsachen- und Erfahrungsbasis beruhende Feststellung, dass eine bestimmte Schädigungsmöglichkeit besteht.³ Für die normative Komponente ist eine „wertende Stellungnahme“⁴ erforderlich. Dabei gilt: Je gewichtiger die Interessen, die auf dem Spiel stehen und je größer das Ausmaß des drohenden Schadens (= Wertigkeit der Schädigungsmöglichkeit), desto entfernter darf auch die Schädigungsmöglichkeit sein.⁵ Ist die Wertigkeit der Schädigungsmöglichkeit zu gering, kommt eine Hilfspflicht grundsätzlich nicht in Frage.⁶ Kurz gefasst: Je höher die Wertigkeit der Schädigungsmöglichkeit, desto geringer darf die Wahrscheinlichkeit des Eintritts sein.

b) Anwendung auf die Situation der Pandemie

aa) Gemeine Gefahr bei Überlastung des Gesundheitswesens

Vor der Frage, ob eine Pandemie grundsätzlich eine gemeine Gefahr darstellen kann, soll das Augenmerk zunächst auf einen vergleichsweise unproblematischen Extremfall gelegt werden, der im Kontext einer Pandemie auftreten kann: Die Situation, in der das Gesundheitssystem so akut und dramatisch überlastet ist, dass nicht mehr alle Patienten adäquat versorgt werden können. Die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens ist zwar kein selbständig von § 323c Abs. 1 StGB geschütztes Rechtsgut. Bei einer akuten und dramatischen Überlastung des Gesundheitswesens und durch die damit drohende Lebens- und Gesundheitsgefährdung solcher Menschen, die auf eine Behandlung angewiesen sind, wird die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems aber für die

* Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht II von Prof. Dr. Karsten Gaede und am Institut für Medizinrecht (IMR) der Bucerius Law School. Ihr Dank gilt Herrn Prof. Gaede für seine wertvollen und unterstützenden Anregungen.

1 *Popp*, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. (2013), § 323c Rn. 73.

2 *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. (2019), § 323c Rn. 9; *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 323c Rn. 12.

3 *Freund*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage (2019), § 323c Rn. 68.

4 MüKo-StGB/*Freund*, § 323c Rn. 68.

5 MüKo-StGB/*Freund*, § 323c Rn. 68 f. Vgl. auch *Spendel*, in: Leipziger Kommentar StGB, 11. Aufl. (1995), § 323c Rn. 58.

6 MüKo-StGB/*Freund*, § 323c Rn. 68 f.

gemeine Gefahr relevant.⁷ Können in einem Krankenhaus zahlreiche Patienten nicht mehr adäquat versorgt werden, so führt dies mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu, dass Leben und Gesundheit zahlreicher Menschen beeinträchtigt werden. Eine gemeine Gefahr liegt in dieser Situation damit vor.

bb) Gemeine Gefahr bei epidemischer Verbreitung gefährlicher Krankheiten?

Kann eine Pandemie aber auch dann, wenn eine solche Überlastung (noch) nicht eingetreten ist, eine gemeine Gefahr darstellen? Dass eine saisonale Erkältungswelle die Schwelle zur hinreichend konkreten Gefahr nicht überschreitet, eine sich leicht verbreitende, in hohem Maße tödliche Seuche ab einer gewissen Verbreitung aber schon, leuchtet intuitiv ein. Ab welchem Anteil von schweren Verläufen aber ist die Gefährdung für Leib und Leben hinreichend hoch? Wie groß muss die Gefahr der Ansteckung sein, um eine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts zu gewährleisten?

Für eine fundierte Beurteilung der empirischen Komponente (welche Schädigungsmöglichkeit besteht und wie groß ist sie?) sind primär außerjuristische Erkenntnisse von Bedeutung. Das Robert-Koch-Institut (RKI), das für Krankheitsüberwachung und -prävention zuständige Bundesinstitut, ist bei Pandemien beispielsweise für die Einschätzung der Risikolage der Gesamtbevölkerung zuständig. Diese Einschätzung, die vier Gefährdungsstufen unterscheidet,⁸ basiert auf aktuellsten wissenschaftlichen Erkenntnissen und berücksichtigt drei grundlegende Kriterien: Schwere der Krankheit, Übertragbarkeit und Belastung des Gesundheitswesens.⁹ Die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung durch Sars-CoV-2, das neuartige Coronavirus, schätzt das RKI aufgrund dieser Kriterien seit dem 17.3.2020 als „hoch“ (zweithöchste Stufe), für Risikogruppen sogar als „sehr hoch“ (höchste Stufe) ein.¹⁰

Eine andere empirische Herangehensweise, die allerdings in ihrer Aussagekraft auf Sterberisiken beschränkt ist, wäre die Berechnung von Mikromorts. Ein Mikromort ist eine Maßeinheit für die Wahrscheinlichkeit von eins zu einer Million, zu sterben. So lässt sich statistisch das Todesrisiko für verschiedene Aktivitäten wie Fallschirmspringen, Fahrrad fahren oder medizinische Operationen berechnen,¹¹ aber auch die Gefährdung durch Pandemien. Der Physiker *David Roberts* hat in einem Artikel für die *New York Times* anhand der Übersterblichkeit beispielsweise berechnet, dass ein durchschnittlicher New Yorker während der Hochphase der Coronavirus-Pandemie zwischen dem 15.3. und 9.5.2020 beispielsweise ein um ca. 50 Mikromort pro Tag erhöhtes Todesrisiko hatte – und damit ein doppelt so hohes Sterberisiko wie ein in Afghanistan stationierter US-Soldat im Jahr 2010.¹²

Die Orientierung an diesen epidemiologischen oder statistischen Werten hat den Vorteil, eindeutig und einfach handhabbar zu sein und ist damit für den empirischen Teil der Gefährdungsbewertung unverzichtbar. Dass sie nicht blind und pauschal übernommen werden sollten, sondern vom Anwender stets hinterfragt werden müssen, ist selbstverständlich. Das Heranziehen dieser Werte kann zudem das eigentliche Problem, nämlich die Schwelle für das Vorliegen einer hinreichend konkreten Gefahr normativ festzulegen, nicht lösen. Es kann aber dabei helfen, Situationen einzuordnen und zu vergleichen. Wenn das RKI eine pandemische Lage in Deutschland nur als „mäßig“ gefährlich ansieht, liegt die Annahme einer gemeinen Gefahr erst einmal fern; anders ist dies freilich bei

der Annahme der höchsten Gefährdungsstufe („sehr hohe Gefahr“). Insbesondere eine Mikromort-Analyse bietet zudem den Vorteil, Situationen, die auf den ersten Blick nichts miteinander zu tun haben, vergleichbar zu machen und damit die Wertung, ob eine gemeine Gefahr vorliegt oder nicht, von eindeutigen auf schwerer greifbare Sachverhalte übertragen zu können. Dass Soldaten in Afghanistan einer gemeinen Gefahr ausgesetzt sind, würde instinktiv wohl jeder bejahen – dann liegt eine Gefährdungslage der New Yorker Bevölkerung aber auch erst einmal nahe.

cc) Infektions-Hotspots

Unabhängig vom Vorliegen einer gemeinen Gefahr für die Gesamtbevölkerung einer Region kann sich die Gefährdungslage in bestimmten Einrichtungen verschärft darstellen. So ist an Orten, an denen gehäuft Infektionen auftreten (z.B. Schlachtbetriebe, in denen besonders viele Mitarbeiter infiziert sind), die Gefahr einer Infektion für anwesende Mitarbeiter deutlich erhöht. In Einrichtungen wie Altersheimen, in denen besonders vulnerable Personengruppen betroffen sind, sind mit deutlich erhöhter Wahrscheinlichkeit schwerere Schäden für Leib und Leben zu erwarten. Hier liegt eine gemeine Gefahr vor, insbesondere wenn eine hohe Infektionslast und besonders vulnerable Personengruppen zusammentreffen.

2. Gemeine Not

a) Definition

Für die Situationsvariante der gemeinen Not lautet die Standarddefinition: eine die Allgemeinheit betreffende Notlage.¹³ Sie wurde, soweit ersichtlich, bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur je zur Lösung eines theoretischen, geschweige denn praktischen Problems benötigt und fristet daher ein noch schattigeres Dasein als die gemeine Gefahr. So ist bereits ihre Abgrenzung zur gemeinen Gefahr unklar. Viele sehen den Unterschied darin, dass es sich bei der Notlage um einen im Vergleich zur Gefahr „längerfristigen Zustand“ handele¹⁴ oder dass „umgehende Gegenmaßnahmen“ getroffen werden müssten.¹⁵ Häufig wird

⁷ In diese Richtung auch LK-StGB¹¹/Spendel, § 323c Rn. 95.

⁸ Grundlagen für die Risikoeinschätzung des RKI, Stand 13.3.2020, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung_Grundlage.html (diese und folgende Seiten zuletzt abgerufen am 26.5.2020).

⁹ Diese Kriterien beruhen auf dem für die Influenza entwickelten Pandemieplan (vgl. Robert-Koch-Institut, Nationaler Pandemieplan: Wissenschaftliche Grundlagen (Teil II), S. 57, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/I/Influenza/Pandemieplanung/Downloads/Pandemieplan_Teil_II_gesamt.pdf?__blob=publicationFile), die aber auch zur Einstufung der Gefährdungslage für andere Krankheiten wie dem neuartigen Coronavirus herangezogen werden, vgl. Robert-Koch-Institut, COVID-19: Grundlagen für die Risikoeinschätzung des RKI, Stand 13.3.2020.

¹⁰ Vgl. die täglichen Situationsberichte des RKI, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html. Stand dieses Beitrags: 2.6.2020.

¹¹ *Howard* Int J Technol Assess in Health Care 5 (1989), 357.

¹² *Roberts* The New York Times v. 22.5.2020, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2020/05/22/well/live/putting-the-risk-of-covid-19-in-perspective.html>.

¹³ MüKo-StGB/Freund, § 323c Rn. 73.

¹⁴ Schönke/Schröder/Hecker, § 323c Rn. 10; Harzer, Die tatbestandsmäßige Situation der unterlassenen Hilfeleistung gemäß § 323c StGB (1999), S. 150

¹⁵ Matt/Renzikowski/Renzikowski, § 323c Rn. 13.

die eigenständige Bedeutung der gemeinen Not neben der gemeinen Gefahr aber schlicht bezweifelt oder verneint.¹⁶

Ausführlich hat sich vor allem *Spendel* mit dieser Situationsvariante auseinandergesetzt.¹⁷ Er definiert den Begriff dabei in historisch-systematischer Auslegung in Anlehnung an den Begriff der „gemeinen Not“ im 1934 eingeführten § 92a Abs. 1 S. 2 StGB a.F., der es unter Strafe stellte, „in Zeiten gemeiner Not“ einen mit einer Behörde geschlossenen Vertrag über die „Lieferung von Lebensmitteln oder anderen zu Behebung der gemeinen Not erforderlichen Gegenständen“ nicht oder schlecht zu erfüllen. Damals soll die „gemeine Not“ als Mangel des für einen Teil oder das Ganze des Volkes zur Existenz Nötige definiert worden sein, wobei sich diese Mangellage aus Naturereignissen (Überschwemmung) oder menschlicher Einwirkung (Beschließung bzw. Krieg) ergeben könne.¹⁸ Hieraus leitet *Spendel* sodann ab, dass „gemeine Not“ im heutigen § 323c StGB einerseits einen Zustand der Bedrängung durch Mangel, andererseits eine unmittelbare Gefahr bedeuten könne.¹⁹

Während die letztere Definitionsvariante insofern unbedeutend ist, als sie in der gemeinen Gefahr vollständig aufgeht, stellt die erste Variante eine deutliche Erweiterung der strafrechtlich relevanten Situationspalette dar: Die Gefährdung der einzelnen Betroffenen muss nicht „akut“²⁰ oder unmittelbar bevorstehend sein, sondern lediglich „latent“.²¹ So verstanden, wird die Strafbarkeit auf bedenkliche Weise vorverlagert.²² *Popp* attestiert dieser Normvariante daher zu Recht eine „beachtliche Dimension [...] in Krisenzeiten“²³, *Geilen* eine „theoretische Sprengkraft“, da „[a]lle zur Versorgung oder zur Linderung der ‚Not‘ benötigten, wenn auch privaten, Mittel, Güter, Leistungen usw. [...] (auch ohne besondere gesetzliche Grundlage) bei Strafe des § 323c zur Verfügung zu stellen“²⁴ wären.

b) Anwendung auf die Situation der Pandemie

Nach dieser Definition kann auch eine Pandemie zu gemeiner Not führen und eigenständige strafrechtliche Bedeutung entfalten.²⁵ Gerade in der Anfangszeit der Pandemie konnte man vielerorts in Deutschland beobachten, dass insbesondere Schutzkleidung und medizinische Masken knapp wurden, in anderen Ländern sogar lebenswichtige Beatmungsgeräte. Eine „Bedrängnis durch Mangel“ liegt in diesen Situationen sicherlich vor, gerade weil es, anders als bei der gemeinen Gefahr, nicht zu einer konkreten Gefahr für Leib und Leben kommen muss.

3. Zusammenfassung

Eine Pandemie kann in vielerlei Hinsicht eine gemeine Gefahr oder Not darstellen. Eindeutig ist dies bei einer akuten und dramatischen Überlastung des Gesundheitssystems der Fall, sowie bei gehäuft auftretenden Infektionen an Orten mit einer hohen Zahl besonders vulnerabler Personengruppen. Aber auch die gesamte Bevölkerung kann sich pandemiebedingt in einer gemeinen Gefahr befinden, wobei zur besseren Einordnung der Gefahrenlage statistische und epidemiologische Einschätzungen und Berechnungen hilfreich sein können. Eine gemeine Not schließlich kann bei einem Mangel an medizinischer Ausrüstung vorliegen.

III. Die erforderliche und zumutbare Hilfeleistung

1. Vermeidung von Infektionen

Erforderliche Hilfeleistungen sind solche Handlungen, die zur Milderung oder Beendigung der Gefahrensituation geeignet sind.²⁶ Eine zentrale Maßnahme zur Abmilderung

oder Beseitigung der herausgearbeiteten Situationen der gemeinen Gefahr, die sich in einer Pandemie ergeben können, ist die Vermeidung weiterer Ansteckungen. So kann der Druck auf das Gesundheitssystem gesenkt werden, indem weniger Menschen dieses in Anspruch nehmen (müssen). Schwer verlaufende Ansteckungen in Altersheimen könnten verhindert werden und ganz generell kann die weitere Ausbreitung der Pandemie so weit eingedämmt werden, dass sie insgesamt keine gemeine Gefahr mehr darstellt.

Um dies zu erreichen, werden während der Covid-19-Pandemie Maßnahmen wie das Tragen von Mund-Nasen-Bedeckung, Social Distancing oder Ausgangssperren empfohlen und teilweise (unter-)gesetzlich, auch unter Androhung von Bußgeldern, für alle Bürger vorgeschrieben. Infizierte Personen und Verdachtsfälle werden unter Quarantäne gestellt. Für besonders gefährdete Einrichtungen wie Altersheime wurden Besuchsverbote verhängt.²⁷ Ziel der Maßnahmen ist es, zu verhindern, dass erkannt und unerkannt infizierte Personen das Virus weiterübertragen und dadurch weitere Patienten für das überlastete Gesundheitssystem schaffen.

Ist eine Person infiziert, kann dadurch eine Weiterverbreitung des Virus verhindert werden. Die Anordnung und Befolgung solcher Maßnahmen stellen damit prima facie erforderliche Hilfeleistungen dar. Doch wer gesund ist, hätte auch ohne Schutzmaßnahmen niemanden angesteckt. Wenn aber keine weiteren Beeinträchtigungen durch das Unterlassen der Hilfeleistung, also das Unterlassen von Schutzmaßnahmen, mehr drohen, ist die Hilfeleistung nicht erforderlich.²⁸ Wer hier auf eine ex post-Betrachtung abstellt,²⁹ kommt daher zu dem Ergebnis, dass sich (nachgewiesene oder in dubio) nicht infizierte Personen in dieser Situationsvariante nicht nach § 323c Abs. 1 StGB strafbar machen können. Die herrschende Meinung stellt allerdings auf die ex ante-Sicht eines objektiven Beobachters ab.³⁰ Besteht wie bei Covid-19 die Möglichkeit, auch ohne Symptome und damit unerkannt infektiös zu sein, so besteht aus eben dieser ex ante-Perspektive auch die Möglichkeit, dass eine Weiterverbreitung des Virus durch Einhaltung von Schutzmaßnahmen unterbunden werden kann. Damit ist das Befolgen dieser Maßnahmen grundsätzlich für jeden Bürger eine ex ante erforderliche Hilfeleistung.

Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung kann hier nicht begrenzend wirken. Sie hängt maßgeblich von einer Abwägung der

16 MüKo-StGB/Freund, § 323c Rn. 73; LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 76, Stein, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2016), § 323c Rn. 21; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT II, 10. Aufl. (2012), § 55 Rn. 16.

17 LK-StGB¹¹/Spendel, § 323c Rn. 70 ff.

18 LK-StGB¹¹/Spendel, § 323c Rn. 73.

19 Das Element des Mangels übernehmen u.a. auch Gaede, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Auflage (2017), § 323c Rn. 8; SK-StGB/Stein, § 323c, S. 21; LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 76.

20 LK-StGB¹¹/Spendel, § 323c Rn. 74.

21 LK-StGB¹¹/Spendel, § 323c Rn. 74; LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 76.

22 LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 77.

23 LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 77.

24 Geilen JURA 1983, 138, 140.

25 Pauschal auch Fischer, StGB, 67. Aufl. (2020), § 323c Rn. 8.

26 Fischer, StGB, § 323c Rn. 11a; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Gaede, § 323c Rn. 9; Schönke/Schröder/Hecker, § 323c Rn. 14.

27 Für einen Überblick s. medstra-News v. 31.3.2020, abrufbar unter <https://www.medstra-online.de/news/einschraenkungen-im-rahmen-der-coronakrise>.

28 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Gaede, § 323c Rn. 10.

29 Wie z.B. SK-StGB/Stein, § 323c Rn. 25.

30 S. nur Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Gaede, § 323c Rn. 10; SK-StGB/Stein Rn. 4; m.w.N. Fischer, StGB, § 323c Rn. 11b.

betroffenen Rechtsgüter und Interessen ab.³¹ Das Gesetz zählt beispielhaft die Verletzung anderer wichtiger Pflichten und die erhebliche eigene Gefahr als Gründe für die Unzumutbarkeit der Hilfeleistung auf. Das Gros der zur Eindämmung der Pandemie notwendigen Maßnahmen, insbesondere das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes oder Social Distancing, ist aber vom Einzelnen unproblematisch umsetzbar. Selbst weitergehende Maßnahmen wie Ausgangssperren dürften dem Einzelnen nicht zu viel abverlangen, wenn man sich die erheblichen Gefahren für Leib und Leben einer Vielzahl von Personen bei ungebremster Ausbreitung eines gefährlichen Krankheitserregers vor Augen führt. Auch das BVerfG hat in der Anfangsphase der Pandemie selbst so grundrechtsintensive Maßnahmen wie Ausgangssperren und Kontaktverbote in zahlreichen Eilverfahren unbeanstandet gelassen,³² was für die Zumutbarkeit dieser Maßnahmen auch im Rahmen der Strafnorm des § 323c Abs. 1 StGB spricht.

2. Ausbau von Kapazitäten

Ist bereits eine Überlastung des Gesundheitssystems eingetreten, kann Abhilfe nicht nur durch die Vermeidung weiterer Ansteckungen geschaffen werden, sondern auch durch einen Ausbau der Kapazitäten des Gesundheitssystems. Hier sind primär Behörden und Krankenhäuser dazu aufgerufen, nach Möglichkeit weitere Behandlungskapazitäten zu schaffen. Auch der Einzelne muss, etwa durch die Überlassung von Schutzkleidung oder anderem Material, zur Bewältigung der Gefahren- oder Notlage beitragen.³³ Eine spezialgesetzliche Grundlage dafür setzt § 323c Abs. 1 StGB nicht voraus.³⁴ Zwar kann eine öffentlich-rechtliche Normierung die Grenze der Zumutbarkeit verschieben, wenn z.B. der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei bestimmten staatlichen Inanspruchnahmen einen besonderen, gesetzlich geregelten Anspruch auf Entschädigung gebietet, ohne den die Hilfeleistung unzumutbar wäre.³⁵ Da § 323c Abs. 1 StGB aber gerade nicht (mehr) verwaltungsrechtsakzessorisch die Verletzung öffentlich-rechtlich normierter Hilfspflichten bestraft, sondern die erforderliche Hilfeleistung grundsätzlich je nach konkret vorliegender Gefahrensituation tatbestandsimmanent bestimmt,³⁶ kann das Bestehen der strafrechtlichen Hilfspflicht (anders als die Grenzen der Zumutbarkeit!) nicht von der öffentlich-rechtlichen Etablierung einer solchen Pflicht abhängig sein.

Sobald aber nicht nur mehr Material, sondern auch mehr Personal benötigt wird, stellt sich außerdem die Frage, inwieweit medizinisch geschulte Personen zur Mithilfe in Krankenhäusern und anderen Orten von § 323c Abs. 1 StGB verpflichtet werden können.³⁷ Ärzte sind bereits aufgrund ihrer medizinischen Fähigkeiten besonders häufig von der Hilfspflicht des § 323c Abs. 1 StGB betroffen,³⁸ üblicherweise aber nur durch kurzfristige Pflichten wie die Stabilisierung eines Unfallopfers bis zum Eintreffen des Notarztes. Mit einem kurzfristigen Einsatz ist es in der hier untersuchten, länger andauernden Gefahrensituation aber nicht getan.³⁹ Allerdings überschreitet ein mehrere Wochen andauernder Zwangseinsatz, möglicherweise gar mit unzureichender Schutzausrüstung, die Grenze des Zumutbaren, die auch § 323c Abs. 1 StGB vorsieht. Wo diese Grenze aber genau verläuft, ist schwer zu ermitteln.

IV. Begrenzung der Strafbarkeit

1. Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung

Zwar begegnet die Begründung strafrechtlich sanktionierter Jedermann-Solidaritätspflichten, wie § 323c Abs. 1 StGB

sie aufstellt, keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken.⁴⁰ Strafbewehrte Pflichten, aktiv zum Schutze anderer tätig zu werden, stellen in einer freiheitlichen Rechtsordnung allerdings eine Ausnahme dar.⁴¹ Denn primär wird durch das Strafrecht dem Einzelnen verboten, übermäßig gefährliche Handlungen vorzunehmen und dadurch in die Freiheitsphäre anderer einzugreifen.⁴² § 323c Abs. 1 StGB hingegen richtet sich zunächst an jedermann, obgleich er oder die Verpflichtete anders als bei § 13 StGB in keiner Weise für die tatbestandliche Gefahrensituation verantwortlich sein muss.

Die Norm war und ist daher nicht unerheblichen rechtsethischen Bedenken ausgesetzt. Überwiegend einig ist man sich insbesondere darin, dass eine Strafbewehrung von Jedermann-Solidaritätspflichten nicht allumfassend sein darf, sondern nur unter bestimmten Umständen legitim sein kann, nämlich wenn einem vergleichsweise geringen Aufwand des Pflichtigen gewichtige Schutzinteressen wie die Gefährdung gewichtiger Rechtsgüter gegenüberstehen und diese Pflicht nur in bestimmten Situationen greift. Da sich das vom Bürger verlangte Verhalten naturgemäß erst in der jeweiligen Notsituation konkretisiert und daher – anders als die Pflicht, bestimmte Verhaltensweisen zu unterlassen – nicht im Vorhinein festgelegt werden kann,⁴³ sind auch die Anforderungen an die Bestimmtheit der übrigen Tatbestandsmerkmale einer solchen Norm im Lichte von Art. 103 Abs. 2 GG hoch anzusetzen. Ob § 323c Abs. 1 StGB diesen Anforderungen gerecht wird, ist umstritten. Insbesondere das – für die Legitimität der Vorschrift ganz entscheidende – Merkmal der Zumutbarkeit wird vielfach als zu unbestimmt angesehen,⁴⁴ aber auch der Begriff des Hilfeleistens ist keineswegs selbsterklärend.⁴⁵ Auch das Schutzzut der Norm – nach zutreffender herrschender Meinung die Rechtsgüter der in Not geratenen Person – ist nicht unumstritten.⁴⁶ Von diesen Prämissen ausgehend zeigt sich, dass eine Interpretation der Tatbestandsmerkmale des § 323c Abs. 1 StGB in erster Linie auf ein hohes Maß an Bestimmtheit und Restriktion an-

31 MüKo-StGB/Freund, § 323c Rn. 92.

32 Vgl. nur BVerfG NJW 2020, 1429 und BVerfG CoVuR 2020, 96.

33 Geilen JURA 1983, 138, 140.

34 Geilen JURA 1983, 138, 140; für bestimmte Inpflichtnahmen a.A. Gaede, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. 2020 (im Erscheinen), Kap. 1, Teil 16 II. 3.

35 Denkbar insbesondere bei Eingriffen in das Eigentumsrecht nach Art. 14 GG.

36 Vgl. auch LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 2: „originäre“ Hilfspflicht.

37 So sieht es bspw. das neu erlassene und umstrittene BaylFSG in §§ 5 f. vor.

38 SK-StGB/Stein, § 323c Rn. 30.

39 Insofern mag die Aussage von LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 26, dass der „Hilfspflichtige nicht lediglich im Interesse des gemeinen Wohls, sondern in erster Linie zugunsten einzelner Privatpersonen tätig werden [soll], und [...] dafür auch nicht eigentlich ‚in Dienst genommen‘, sondern nur in einer konkreten Situation zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet“ werden soll, zwar auf den typischen Unglücksfall zutreffen, nicht aber auf die länger andauernde gemeine Gefahr oder Not.

40 Joerden, in: Hirsch/Neumann/Seelmann, Solidarität im Strafrecht (2013), S. 49, 50 ff.

41 Kühl, in: Hirsch/Neumann/Seelmann, Solidarität im Strafrecht (2013), S. 93, 100.

42 SK-StGB/Stein, § 323c Rn. 3.

43 Joerden, in: Hirsch/Neumann/Seelmann, Solidarität im Strafrecht (2013), S. 49, 52.

44 S. m.w.N. LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 25.

45 Joerden, in: Hirsch/Neumann/Seelmann, Solidarität im Strafrecht (2013), S. 49, 52 f.

46 Mit ausführlicher Begründung BGH NJW 2002, 1356, 1357; MüKo-StGB/Freund, § 323c Rn. 1 ff.; m.w.N. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Gaede, § 323c Rn. 2.

gelegt sein muss. Mehr als eine Mindestsolidarität kann nicht verlangt werden.

Die hier angestellten Überlegungen haben aber aufgezeigt, dass § 323c Abs. 1 StGB in Krisensituationen wie einer Pandemie – jedenfalls in der Theorie – einen nicht zu unterschätzenden Anwendungsbereich haben kann. Vor allem das schiere Ausmaß, das der Tatbestand in Krisensituationen bei entsprechender Auslegung der Tatbestandsmerkmale annehmen kann, ist in höchstem Maße bedenklich,⁴⁷ ließe sich doch die gesamte Bevölkerung bei einer wochen-, monate- oder gar jahrelang andauernden Pandemie durch § 323c Abs. 1 StGB zum andauernden Ergreifen von Schutzmaßnahmen verpflichtet. Vom Ausnahmecharakter strafrechtlich bewehrter Mindestsolidaritätspflichten bliebe bei dieser Interpretation nicht mehr viel übrig. Im Folgenden sollen daher Möglichkeiten untersucht werden, insbesondere die Hilfeleistungspflichten durch restriktive Auslegung auf ein erträgliches Maß zu beschränken.

2. Restriktion durch höhere Anforderungen an die Erforderlichkeit der Hilfespflicht

Eine Restriktionsmöglichkeit bestünde darin, nur solche Hilfeleistungen des Einzelnen als erforderlich zu betrachten, die mehr als nur einen minimalen Beitrag zur Beseitigung der Gefahren- oder Notlage leisten, verglichen mit der Wirkung der gesamtgesellschaftlichen Anstrengungen. Zwar gilt grundsätzlich, dass bei mehreren Personen, die zur Hilfeleistung in der Lage sind, jeder Einzelne auch zur Hilfeleistung verpflichtet ist.⁴⁸ Wenn nur zwei Personen gemeinsam einen Verunglückten befreien können, sind selbstverständlich beide dazu verpflichtet, zu dessen Rettung zusammenzuwirken. Wenn andererseits andere Helfer der Notlage schon zur Genüge abhelfen, ist eine weitere Hilfeleistung nicht mehr erforderlich;⁴⁹ wenn der Helfer durch die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nicht in der Lage ist, den Geschehensablauf „objektiv zu beeinflussen“,⁵⁰ ist seine Hilfeleistung auch nicht mehr erforderlich.

Zur Eindämmung einer Pandemie ist zwar die Mitwirkung aller notwendig. Wenn durch das Zusammenwirken der Schutzmaßnahmen jedes Einzelnen die Gefahr eingedämmt werden kann, hat die Hilfsmaßnahme des Einzelnen denklösig auch einen „objektiven Einfluss“ auf die Beseitigung der Gefahr. Damit ist der Einfluss, den der Einzelne durch die Befolgung allgemeiner Schutzmaßnahmen auf die Pandemie nehmen kann, zwar vorhanden, aber fast verschwindend gering. Wenn der Beitrag des Einzelnen derart in den Hintergrund tritt, ist das Unterlassen, jedenfalls im Rahmen der Jedermann-Strafnorm des § 323c StGB, nicht mehr strafwürdig. Denn beim Ergreifen solcher Schutzmaßnahmen durch den Einzelnen steht der Ausdruck gesamtgesellschaftlicher Solidarität und Rücksichtnahme stärker im Vordergrund als der kaum spürbare Effekt für die in Gefahr geratenen Rechtsgüter, die § 323c Abs. 1 StGB schützt. In diesen Situationen sollte eine Hilfeleistung, die im Vergleich zum kumulativen Einfluss der gesamtgesellschaftlichen Anstrengungen nur eine gänzlich untergeordnete Wirkung entfaltet, daher nicht die (wenn auch sehr gering anzusetzende) Schwelle zur Erforderlichkeit überschreiten.⁵¹

3. Ausschluss von Hilfeleistungspflichten parallel zur Gefahrverursachung

Zudem sollten aus dem Tatbestand des § 323c Abs. 1 StGB von vornherein solche Hilfepflichten ausscheiden, die lediglich vom Hilfeleistungspflichtigen selbst ausgehende Gefahren abwenden sollen. Auch damit würden die besonders pro-

blematischen Hilfepflichten der breiten Bevölkerung ausgeklammert. Denn diese Pflichten beruhen maßgeblich darauf, eine mögliche eigene Infektion nicht weiter zu verbreiten, also auf der ex ante bestehenden Möglichkeit, selbst etwas zur Gefahrenlage beizutragen.

Von der herrschenden Meinung ist bereits anerkannt, dass eine Strafbarkeit nach § 323c Abs. 1 StGB nicht in Betracht kommt, wenn der Unglücksfall in einer noch andauernden Straftat besteht. Denn es sei „widersinnig, von einem solchen Täter - über das in der Strafanordnung enthaltene Gebot, die Straftat überhaupt zu unterlassen, hinaus - zu verlangen, daß er während der Tatbegehung seinem eigenen Opfer Hilfe leiste (also gewissermaßen mit der einen Hand ungeschehen mache, was er mit der anderen willentlich anrichte).“⁵² Begründet wird dies mit der Subsidiarität von § 323c Abs. 1 StGB gegenüber der Begehungstat,⁵³ damit, dass keine Hilfeleistungspflicht bestehe,⁵⁴ oder generell der Tatbestandslosigkeit.⁵⁵

Die Subsidiarität von § 323c Abs. 1 StGB zum aktiven Tun ist allerdings nur dort gegeben, wo dieses Tun auch strafbar ist. Wer nicht infektiös oder dessen verdächtig ist und ohne Mund-Nasen-Schutz in einem Supermarkt einkaufen geht, macht sich aber nicht wegen aktiv begangener, versuchter Körperverletzung strafbar, da ein Verletzungsvorsatz (im Gegensatz zum Gefährdungsvorsatz) zumeist nicht vorliegen wird. Abgesehen davon erschiene es bereits fraglich, ob das aktive Tun (einkaufen zu gehen) das Unterlassen (keine Maske zu tragen) überhaupt wertungsmäßig überwiegen würde – denn niemand erhebt den Vorwurf, dass der „Täter“ überhaupt einkaufen gegangen ist.

Richtigerweise scheidet aber bereits die tatbestandsmäßige Hilfepflicht aus, und zwar unabhängig davon, ob das aktive Tun eine Straftat darstellt oder nicht. Denn es ist bereits begrifflich schwierig, eine Gefährdungshandlung gleichzeitig (bzw. hauptsächlich!) als Unterlassen einer Hilfeleistung vor eben dieser Gefährdung zu bezeichnen.⁵⁶ Wenn es zudem schon widersinnig erscheint, über eine für das aktive Tun bestehende Strafdrohung hinaus eine Hilfeleistung zu verlangen, muss dies a maiore ad minus auch dann gelten, wenn die (potentiell) gefährliche Handlung gar nicht erst mit Strafe bedroht ist. Eine Hilfeleistungspflicht nach § 323c Abs. 1 StGB kann damit erst nach der Schaffung einer Gefahr oder dem Verursachen eines Unglücksfalls entstehen.⁵⁷

4. Begrenzung durch Vorrang anderer Normen?

Ein noch weitgehend unbestelltes Feld ist das Verhältnis von § 323c Abs. 1 StGB zu solchen Normen, die in bestimmten

47 Ebenso Ulsenheimer/Gaede/Gaede, Kap. 1, Teil 16 II 3.

48 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Gaede, § 323c Rn. 10; LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 81.

49 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Gaede, § 323c Rn. 10; LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 86.

50 Schönke/Schröder/Hecker, § 323c, S. 14.

51 Ähnlich möglicherweise auch LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 82, der eine „(merkliche) Verbesserung“ der Lage fordert.

52 OLG Celle NJW 1970, 341, 341; zust. LK-StGB¹¹/Spendel, § 323c Rn. 200; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT II, § 55 Rn. 12; Pfannmüller MDR 1973, 525, 726.

53 BGH NJW 1993, 1871, 1871; dem zustimmend LK-StGB¹¹/Spendel, § 323c Rn. 168.

54 OLG Celle NJW 1970, 341, 341;

55 Maurach/Schroeder/Maiwald, BT II, § 55 Rn. 13.

56 SK-StGB/Stein, § 323c Rn. 23.

57 So ebenfalls Ulsenheimer/Gaede/Gaede, Kap. 1, Teil 16 II. 3 mit einem noch weiter reichenden Restriktionsansatz.

Situationen, die auch eine gemeine Gefahr oder Not darstellen können, besondere öffentlich-rechtliche Pflichten statuieren und deren Nichtbefolgung bußgeld- oder strafbewehrt ist. Solche Gesetze sind beispielsweise für den Verteidigungsfall das BLG (Strafnorm in §§ 84, 85); für Versorgungskrisen das ESVG (§ 20) oder im Fall von Infektionskrankheiten das IfSG (§§ 74, 75). Da diese Gesetze teilweise sehr spezifische Pflichten für bestimmte Situationen regeln, liegt hier großes Potential, die Gefahrensituation, die Zumutbarkeit und die Art der Hilfeleistung in § 323c Abs. 1 StGB zu präzisieren und dem Tatbestand damit zu dringend benötigter Bestimmtheit zu verhelfen.⁵⁸

a) Präzisierung einzelner Tatbestandsmerkmale durch außerstrafrechtliche Normen

Eine Präzisierungsfunktion liegt bei solchen Gesetzen besonders nahe, die die Hilfspflichten des Einzelnen in speziellen gesellschaftlichen Krisensituationen regeln, wie es beim BLG und beim ESVG (nicht aber beim IfSG!) der Fall ist. *Spendel* beispielsweise überträgt die im BLG geregelte Voraussetzung, dass eine Leistung zunächst schriftlich angefordert werden muss, auf § 323c Abs. 1 StGB: Es sei nicht denkbar, dass „jedermann zur Hilfe aus eigener Initiative ‚aufgefordert‘ sein und tätig werden sollte.“⁵⁹ Konsequenterweise weitergedacht, böte sich dann z.B. auch eine Präzisierung der Zumutbarkeit der Hilfeleistung anhand der Kriterien in § 3 BLG und der Entschädigungsregelungen in §§ 20 ff. BLG an. Die Präzisierung könnte methodisch durch eine an den Vorschriften des BLG angelehnte Auslegung umgesetzt werden.

Da das BLG sehr differenzierte Vorgaben zu Art und Umständen einer Leistungsverpflichtung im Verteidigungsfall trifft, würde das Integrieren dieser Kriterien in § 323c Abs. 1 StGB den einzelnen Merkmalen des § 323c Abs. 1 StGB zu deutlich mehr Bestimmtheit verhelfen. Dieses Vorgehen hätte auch den Vorteil, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, (Hilfe-)Leistungen vom Einzelnen erst nach Aufforderung und unter weiteren, einschränkenden Voraussetzungen verlangen zu können, ansonsten durch die Strafdrohung des § 323c Abs. 1 StGB unterlaufen würde. Indes: Es war eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung, die Voraussetzung einer „polizeilichen Aufforderung“ bei der Neufassung des § 323c Abs. 1 StGB (damals § 330c StGB) in der Nachkriegszeit aus dem Tatbestand zu streichen. Damit sollte die endgültige Abkehr vom ursprünglichen Kern der unterlassenen Hilfeleistung (reines Ungehorsamsdelikt)⁶⁰ hin zu ihrem heutigen Zweck (Ausdruck zwischenmenschlicher Solidarität und Schutz von wichtigen, in Not geratenen Rechtsgütern) vollzogen werden.⁶¹ Dass die verwaltungsrechtliche Pflicht erst durch eine (schriftliche) Aufforderung entsteht, kann daher schon aus historischen und teleologischen Gründen nicht das Entstehen einer Hilfspflicht nach § 323c Abs. 1 StGB beeinflussen. Soweit das BLG allerdings die Hilfspflicht über rein formelle Anforderungen hinaus *inhaltlich* ausgestaltet, indem es Art und Umfang der anforderbaren Leistungen oder die Maßstäbe für die Verhältnismäßigkeit präzisiert, gilt diese Einschränkung nicht, sodass diese Bestimmungen bei der Auslegung der entsprechenden Tatbestandsmerkmale in § 323c Abs. 1 StGB berücksichtigt werden können. § 323c Abs. 1 StGB darf, soweit die gemeine Gefahr den situativen Voraussetzungen des BLG entspricht, nie mehr verlangen, als die Behörde nach dem BLG verlangen könnte.

Beim IfSG gilt grundsätzlich das Gleiche, allerdings liegt ein besonderes Problem darin, dass es die Pflichten des Einzelnen in einer typischen Gefahrensituation nicht regelt,

sondern die zuständige Behörde ermächtigt, im Einzelfall oder durch Allgemeinverfügung oder Verordnung für die Allgemeinheit spezifische Vorkehrungen zu treffen. Die hierfür geschaffenen Generalklauseln (z.B. § 28 Abs. 1 S. 1 u. 2 IfSG) können § 323c Abs. 1 StGB nicht präzisieren. Lediglich punktuelle Einschränkungen (z.B. das Verbot einer zwangsweisen Heilbehandlung in § 28 Abs. 1 S. 3 IfSG) können bei einer präzisierenden Auslegung von § 323c Abs. 1 StGB berücksichtigt werden.

b) Sperrwirkung spezialgesetzlicher Strafnormen?

Möglicherweise kommt über die inhaltliche Präzisierung sogar eine konkurrenzrechtliche Sperrwirkung in Frage. Dies würde vor allem für die Situation der Pandemie, in der das IfSG § 323c Abs. 1 StGB kaum inhaltlich präzisieren kann, eine strafbarkeitsbegrenzende Wirkung entfalten. Voraussetzung hierfür wäre aber ein *lex specialis*-Verhältnis der Ordnungswidrigkeiten⁶²- und Straftatbestände des IfSG gegenüber § 323c Abs. 1 StGB.

Gegen ein solches Verständnis des IfSG spricht aber bereits das traditionelle Verständnis dieses Regelungsbereichs.⁶³ Auch bei einem Blick auf die Strafnormen §§ 74, 75 IfSG kommt man zu keinem anderen Ergebnis.⁶⁴ Denn nach § 74 Abs. 1 IfSG sind zunächst zahlreiche einzeln normierte Verstöße strafbewehrt, allerdings nur wenn sie vorsätzlich begangen wurden und zur tatsächlichen Übertragung einer bestimmten, in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 IfSG oder § 7 IfSG aufgelisteten Krankheit oder eines solchen Erregers geführt haben. Nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG macht sich sodann mittlerweile nur noch strafbar, wer einer vollziehbaren Anordnung nach § 30 Abs. 1 S. 1 IfSG zuwiderhandelt, also einer Absonderungsanordnung (früher: Quarantäne), die wegen Lungenpest oder hämorrhagischem Fieber verhängt wurde. Ob eine Verbreitung nach § 74 oder der Verstoß gegen eine Absonderungsanordnung allerdings in einer Situation der gemeinen Gefahr oder Not stattgefunden hat, ist für das IfSG irrelevant und auch nicht typischerweise der Fall. Ein *lex specialis*-Verhältnis der IfSG-Strafnormen gegenüber § 323c Abs. 1 StGB lässt sich damit nicht begründen.

V. Fazit: Restriktionen de lege ferenda?

Das Grundproblem bei einer Pandemie und anderen, länger andauernden Krisensituationen ist, dass § 323c Abs. 1 StGB einerseits primär als Norm für kurzfristige Ausnahmesituationen verstanden wird und konzipiert ist – der Unglücksfall als *plötzliches* Ereignis ist das dogmatische Zentrum der Norm – und seine Legitimität auch nur aus diesem Ausnahmecharakter herleiten kann. Andererseits kann eine gemeine Gefahr und gemeine Not aber schnell zur Dauersituation werden. Das bringt die Norm an die Grenzen ihrer Be-

58 Möglicherweise in diesem Sinne für einen nicht näher spezifizierten „Vorrang“ des IfSG gegenüber § 323c Abs. 1 StGB Matt/Renzikowski/Renzikowski, § 323c Rn. 12.

59 LK-StGB¹¹/Spendel, § 323c Rn. 65.

60 Überblick zur Historie des Tatbestands bei LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 1 ff.

61 Vgl. BT-Drucks. 1/3713, S. 44.

62 Zur möglichen Spezialität von Ordnungswidrigkeiten auch gegenüber Straftaten trotz § 21 OWiG s. nur Mitsch, in: Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl. (2018), § 21, Rn. 7 ff.

63 Weiffenberger HRRS 2020, 166, 180.

64 Ausführlicher, allerdings zur bereits wieder überholten Rechtslage s. Lorenz/Oglakcioglu KriPoZ 2020, 108; Weisser medstra 2020, 153; Ruppert medstra 2020, 148 und Weiffenberger HRRS 2020, 166.

stimmtheit, Verhältnismäßigkeit und Legitimität, was auch durch die oben aufgezeigten Restriktionsansätze lediglich punktuell, nicht aber grundsätzlich behoben werden kann.

Dies sollte Anlass dazu geben, über Restriktionen de lege ferenda nachzudenken. So hätte eine Wiederaufnahme der behördlichen oder polizeilichen Aufforderung als Tatbestandsvoraussetzung für die Varianten der gemeinen Gefahr und Not ganz erheblich begrenzendes Potential.⁶⁵ Darüber hinaus erscheint auch eine vollständige Streichung der gemeinen Gefahr und Not nicht untunlich. Insbesondere die Tatbestandsvariante der gemeinen Not ist entweder überflüssig⁶⁶ oder erhält ihre maßgebliche Bedeutung aus der Übernahme eines Begriffs, der aus einer klar nationalsozialistisch geprägten Strafnorm stammt und den dahinter stehenden Gedanken der „solidarische[n] Inpflichtnahme der ‚Volksgemeinschaft‘“⁶⁷ in höchst zweifelhafter Weise überbetont. Zumal sie in der Praxis bislang – glücklicherweise – noch keinerlei Bedeutung erlangt hat, wären durch eine Streichung keinerlei Strafbarkeitslücken zu befürchten. Auch die gemeine Gefahr erscheint durchaus verzichtbar: Bei kurzfristig (plötzlich) auftretenden Gefahrensituationen wird nahezu immer zugleich ein Unglücksfall vorliegen.⁶⁸ Bei länger andauernden Gefah-

renlagen kann der Gesetzgeber, wo er dies nicht ohnehin schon getan hat, schnell und an die jeweilige Situation angepasst reagieren. Dass dies möglich ist, hat die Coronakrise eindrucksvoll bewiesen.

Dass § 323c Abs. 1 StGB während einer Pandemie zu einer Art „Superstrafnorm“ werden kann, ist bislang ein rein theoretisches Gedankenspiel. Dass die Norm in dieser Ausprägung bislang in der Praxis nicht „genutzt“ wurde, ist zwar erfreulich, sollte aber nicht dazu verleiten, die aufgezeigten Probleme des Tatbestands in Krisenzeiten zu vernachlässigen. Denn die ultima ratio-Funktion des Strafrechts – und erst recht einer Norm wie § 323c Abs. 1 StGB – kann gerade in Krisenzeiten nicht zu oft betont werden.⁶⁹

65 In diese Richtung auch LK-StGB¹¹/Spendel, § 323c Rn. 64.

66 MüKo-StGB/Freund, § 323c Rn. 73; LK-StGB/Popp, § 323c Rn. 76, SK-StGB/Stein, § 323c Rn. 21; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT II, § 55 Rn. 16.

67 Geilen JURA 1983, 138, 139

68 SK-StGB/Stein, § 323c Rn. 21.

69 Ebenso Jahn/Schmitt-Leonardy FAZ v. 23.4.2020, S. 6; Lorenz/Oglakcioglu KriPoZ 2020, 108, 108.

Literaturübersicht

Wiss. Mit. Jessica Krüger, LL.B., Bucerius Law School, Hamburg

Beitragsübersicht Medizinstrafrecht – Fest- und Gedächtnisschriften 2019

Der Beitrag stellt ausgewählte Aufsätze zusammen, die im Laufe des Jahres 2019 in Fest- und Gedächtnisschriften sowie Tagungs- und anderen Sammelbänden zum gesamten Medizinstrafrecht veröffentlicht worden sind. Er liefert eine erste inhaltliche Orientierung zu den einschlägigen Beiträgen.

In diesem Heft setzt die *medstra* ihre Übersicht über die einschlägige Beitragsliteratur um Aufsätze aus Fest- und Gedächtnisschriften und vergleichbaren Sammelbänden fort. Soweit ein Sammelband schwerpunktmäßig das Medizinstrafrecht behandelt, erfolgt lediglich ein kurzer Hinweis. Auch für diese Rubrik unserer Literaturübersicht möchten wir Sie darauf hinweisen, dass Sie die Erfassung Ihres Beitrages absichern können, indem Sie etwa ein PDF-Dokument an die Autorin senden (medstra@law-school.de).

1. AG Medizinrecht im DAV/Institut für Rechtsfragen der Medizin (Hrsg.), **Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht**

Der Tagungsband enthält fünf Vorträge des neunten Düsseldorfer Medizinstrafrechtstags vom 10.11.2018. Neben aktuellen Entwicklungen im Geheimnisschutz, Schwangerschaftsabbruch und Suizidhilfe (*Thomas Hillenkamp*) greifen die Aufsätze interne Ermittlungen in medizinischen Einrichtungen (*Annika Hille*), Approbationsrecht und Strafverfahren (*Maximilian Warntjen*), strafrechtliche Konsequenzen von Aufklärungsfehlern (*Detlev Sternberg-Lieben*) und die Zuführung nach §§ 299a, b StGB (*Andreas Penner*) auf.

2. *Bernd Alt-Epping, Der Freiwillige Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit in Abgrenzung zum Suizid: Kasuistiken und Analogien*, S. 157-167, in: Michael

Coors/Alfred Simon/Bernd Alt-Epping (Hrsg.), *Freiwilliger Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit*

Alt-Epping untersucht zunächst, ob der Freiwillige Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit (FVNF) so hinreichend abgrenzbar ist, dass es sich um eine eigene Handlungsentität handelt. Anhand einiger Fallbeispiele verneint er dies und ordnet den FVNF einem breiten Spektrum verschiedener Handlungsweisen zu. Darauf aufbauend untersucht er, ob der FVNF als Suizid oder Suizidform eingestuft werden sollte. Hier plädiert er dafür, den FVNF grundsätzlich eher als Begrenzungsmaßnahme und nicht als Suizidmaßnahme zu verstehen, was auch dem Gedanken des § 217 StGB entspreche. Abschließend spricht er sich auch aus rechtlichen Gründen dagegen aus, den FVNF als Suizid anzusehen.

3. *Susanne Beck, Was ist das Hypothetische an der hypothetischen Einwilligung?*, S. 389–404, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*

Nach einer Einführung in das Problem und den Stand der strafrechtlichen Debatte um die hypothetische Einwilligung untersucht *Beck* drei verschiedene Fallgruppen der hypothetischen Einwilligung. Wenn eine erteilte Einwilligung aufgrund von Irrtümern unwirksam sei, solle dies bei Fahrlässigkeit dennoch zur Rechtfertigung aufgrund der ursprünglich erteilten Einwilligung führen. Wenn keine oder eine evident unwirksame Einwilligung vorliege, der Betroffene den Eingriff aber im Nachhinein billige, sei, ohne auf eine Fiktion zurückgreifen zu müssen, eine Strafmilderung möglich. Lediglich wenn im

- Nachhinein z.B. wegen Versterbens des Patienten keine Billigung mehr erfolgen könne, komme es auf eine Fiktion der Einwilligung an. Diese sei im Strafrecht allerdings nicht möglich, sodass der Täter strafbar bleibe.
4. **Rainer Beckmann, Das ungeborene Kind – Rechtssubjekt ohne Rechtsschutz?**, S. 679–709, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
Zunächst untersucht *Beckmann*, ob ungeborene Kinder durch das Grundgesetz als Rechtssubjekte anerkannt werden. Er bejaht das Menschsein von Embryonen und damit auch deren Schutz durch das Grundgesetz unter Rückgriff auf das Spezies-, das Kontinuitäts-, das Identitäts- und das Potentialitätsargument. Damit sei der Embryo auch im strafrechtlichen Sinne ein Mensch. Dieser sei aber durch die geltende Beratungslösung nur unzureichend geschützt. Die Gewährleistung dieses Schutzes könne derzeit aber nicht durch eine Änderung der strafrechtlichen Regelungen erfolgen. Vielmehr müssen nach Meinung des Autors die gesellschaftlichen und rechtlichen Nachteile, die mit der Elternschaft einhergehen, ausgeglichen werden. Zudem plädiert *Beckmann* für eine Anpassung des Sprachgebrauchs in Gesetz und Gesellschaft, um ein stärkeres Problembewusstsein zu schaffen.
 5. **Thomas Bode, „Weiterfresserschaden“ im Strafrecht? – Die Schädigung des Nasciturus und das dadurch verursachte Fetale Alkoholsyndrom (FAS/FAE) bei geborenen Menschen aus strafrechtlicher Sicht**, S. 67–99, in: Thomas Bode/Martin Mrosk/Nikolaus Wrage (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Wolf
Nach einem Überblick über die medizinischen Hintergründe und Häufigkeit des Fetalen Alkoholsyndroms (FAS) und der Fetalen Alkoholeffekte (FAE) untersucht *Bode*, inwieweit das Verursachen derartiger Schädigungen strafbar ist. Rechtsprechung und Literatur lehnten dies überwiegend ab. Die vorgebrachten Argumente seien aber nicht zwingend. Insbesondere könne die Übernahme des im Zivilrecht anerkannten Gefährdungsschadens das Problem lösen, dass der Schädigungserfolg bereits beim Nasciturus eingetreten sei und daher nicht noch einmal eintreten könne. Historie und Systematik der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte sprächen allerdings gegen eine solche Auslegung. Insbesondere für werdende Mütter spricht sich der Autor gegen die Schaffung einer Strafbarkeit und für die Verstärkung präventiver Hilfsmaßnahmen aus.
 6. **Hauke Brettel, Sterben zum Wohle der Mitmenschen? Zu strafrechtlichen Aspekten der Patientenwahl**, S. 405–417, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
Brettel geht in seinem Beitrag der Strafbarkeit von dilemmatischen Situationen nach. Im Zentrum stehen dabei der Flugzeugabschuss, der Notarzt, der nicht alle in Not geratene Patienten retten kann und die Frage nach dem Unterschied in der strafrechtlichen Bewertung der beiden Fälle. Den ethischen und rechtlichen Problemen könne man nicht unter Berufung auf den Ausnahmecharakter der Situation aus dem Weg gehen, da insbesondere Triage-Situationen Alltag seien. Hier ergebe sich die Straflosigkeit des Notarztes im Vergleich zum Flugzeugabschussfall nicht primär aus dem Unterschied zwischen Tun und Unterlassen, sondern aus der Rechtsverpflichtung zur Rettung des Notarztes. Die Kriterien dafür, wer gerettet werden soll und wer nicht, sollten aber unbedingt durch den Gesetzgeber geregelt werden.
 7. **Gerhard Dannecker, Der Straftatbestand der unrichtigen Erhebung, Dokumentation oder Übermittlung des Gesundheitszustandes eines Patienten bei der Organvermittlung (§ 19 Abs. 2a TPG)**, S. 865–880, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
Dannecker untersucht, ob § 19 Abs. 2a TPG einen angemessenen strafrechtlichen Schutz vor weiteren Manipulationen im Bereich der Organspende bietet. Die Norm schütze ihrer Ausgestaltung nach nur das Vertrauen in das Organverteilungssystem, nicht aber Leben und Gesundheit. Die Einführung der hinreichend bestimmten Norm sei auch entgegen der in der Literatur geäußerten Kritik vertretbar und richtig gewesen. Durch den vom Autor kritisierten Freispruch des BGH im Göttinger Transplantationsskandal sei allerdings eine Strafbarkeitslücke entstanden, die § 19 Abs. 2a TPG mit der dort vorgesehenen Höchststrafe von zwei Jahren nicht hinreichend füllen könne. Das derivative Teilhaberecht von Patienten an Spenderorganen, in das einzugreifen eine Gefährdung von Leben und Gesundheit bedeute, sei so nicht ausreichend geschützt.
 8. **Dieter Dölling/Ludmila Hustus, Manipulationen in der Transplantationsmedizin im Spiegel der Berichte der Prüfungs- und Überwachungskommission nach §§ 11 Abs. 3 S. 4, 12 Abs. 5 S. 4 Transplantationsgesetz**, S. 881–898, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
Nach einer Einführung in das TPG und die dort geregelten Aufgaben der Prüfungs- und Überwachungskommission untersuchen die Autoren die von diesen Kommissionen durchgeführten Prüfungen von Organtransplantationen in den Zeiträumen 2010–2012 und 2013–2015. Den Prüfungen zufolge kam es bei der Transplantation von Lebern, Lungen und Herzen zu zahlreichen systematischen Verstößen gegen Richtlinien. Für Nieren- und Pankreas-Transplantationen lägen keine Anhaltspunkte für systematische Richtlinienverstöße vor. Anschließend erörtern die Autoren, wie es zu diesen Unterschieden kommt und welche Motivation hinter Manipulationen stehen könnte.
 9. **Gunnar Duttge, Der Schwangerschaftsabbruch: eine „normale“ ärztliche Dienstleistung?**, S. 711–727, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
Duttge spürt in seinem Beitrag kritisch Gründen nach, die in der politischen und rechtlichen Diskussion für eine Abschaffung oder Änderung des § 219a StGB vorgebracht werden. Das Informationsbedürfnis schwangerer Frauen sei durch die derzeitige Regelung bereits hinreichend berücksichtigt. Die Norm sei auch nicht nationalsozialistisch geprägt. Auch Ansätze, nur grob anstößige Werbung oder solche für strafbare Abbrüche zu erfassen, sieht der Autor kritisch. Letztlich widerspreche die gezielte Tötung menschlichen Lebens dem ärztlichen Heilauftrag. Darum sei das ärztliche Weigerungsrecht aus § 12 SchKG von hoher Bedeutung und verstieße § 219a StGB auch nicht gegen die Dienstleis-

- tungsfreiheit. Insgesamt bedauert *Duttge* den Verlust von rationalem Diskurs auf diesem Gebiet.
10. *Ders.*, **Medizinische Fehler und Fahrlässigkeitsdelikt**, 41–59, in: Eric Hilgendorf/Makoto Ida/Takuma Sato (Hrsg.), *Strafrecht zwischen Ost und West*
- In diesem Beitrag untersucht *Duttge* rechtliche und tatsächliche Aspekte von medizinischen Behandlungsfehlern. Dabei geht er zunächst auf Ursachen und Häufigkeit von Behandlungsfehlern ein. Anschließend untersucht er den Maßstab für eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, ausgehend vom „Medizinstudenten-Fall“ (LG Bielefeld, Urt. v. 14.8.2013 – 16 Js 279/11). Dabei zeigt er auf, welche Probleme die tradierte Fahrlässigkeitsdogmatik und insbesondere eine Orientierung an einem zivilrechtlich geprägten Fahrlässigkeitsmaßstab mit sich bringen. Hier könne ein genuin strafrechtlicher Begriff des Behandlungsfehlers Abhilfe schaffen.
11. *Albin Eser*, **Regulierung des Lebensendes zwischen Heiligkeits- und Selbstbestimmungspostulaten – aus der Sicht von Herbert Tröndle**, S. 501–523, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*
- Eser* zeigt zunächst auf, wie sich die medizinische und soziale Situation am Lebensende in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat. Aus diesen Veränderungen folgt insbesondere eine Wandlung von Schutzinteressen, einerseits durch Möglichkeiten zur Verkürzung, andererseits durch Möglichkeiten zur Verlängerung des Lebens, die rechtliche Probleme mit sich bringe. Hierfür bedürfe es einer normativen Leitlinie, die allerdings nicht in der „Heiligkeit des Lebens“ gesehen werden dürfe. Auch das Selbstbestimmungsrecht als einziges Postulat, eine Ausrichtung an der *lex artis* oder die Schaffung eines eigenen Tatbestands zur eigenmächtigen Heilbehandlung seien problematisch. Hieraus folgt für *Eser* auch, dass die Bestimmung des Todeszeitpunkt keine rein medizinische Angelegenheit sein könne. Als Konsequenz aus seinen Überlegungen plädiert er abschließend für einen Kompromiss aus Lebensschutz, Selbstbestimmung und Missbrauchsabwehr.
12. *Klaus Gärditz*, **Kompromissloses Strafrecht? Zur verfassungsrechtlichen Rolle des Gesetzgebers bei der Entscheidung existenzieller Fragen**, 729–755, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*
- Ausgehend vom Schwangerschaftsabbruch beschäftigt sich *Gärditz* in seinem Beitrag mit den existenziellen Konflikten, die durch die Verpflichtung des Staates zum Lebens- und Würdeschutz entstehen. Dabei betont er, dass zwar nicht notwendigerweise die Gesetzgebung, aber dafür die Rechtsprechung kohärent handeln müsse. Anschließend skizziert er den verfassungsrechtlichen Rahmen des Strafrechts und der staatlichen Schutzpflichten. Der Schwangerschaftsabbruch stelle dabei eine besondere Konfliktsituation dar. Den Gesetzgeber treffe gerade in diesem Bereich die Pflicht, diese Konflikte deutlich zu machen und durch offene und faire politische Debatte auszutragen.
13. *Volker Haas*, **Ist das Tatbestandsmerkmal der Geschäftsmäßigkeit in § 217 StGB ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne von § 28 Abs. 1 StGB?**, S. 525–538, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*
- In seinem Beitrag untersucht *Haas*, ob die Geschäftsmäßigkeit in § 217 StGB ein besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 Abs. 1 StGB ist. Dazu geht er zunächst genauer auf den Regelungsgedanken des § 28 Abs. 1 StGB und den Begriff des persönlichen Merkmals ein. Anschließend widmet er sich dem Gesetzeszweck des § 217 StGB. Dieser könne nicht darin liegen, dass Unterstützung zu einer nicht strafbaren Selbsttötung geleistet werde. Wenn der Strafgrund aber sei, die Suizidbeihilfe nicht zu einer normalen Dienstleistung werden zu lassen, könne die Geschäftsmäßigkeit kein persönliches Merkmal i.S.v. § 28 Abs. 1 StGB sein. Ein legitimes Ziel von § 217 StGB sei aber der abstrakte Schutz vor nicht autonomen Suiziden. Dann könne die Geschäftsmäßigkeit als tatbezogenes Merkmal eingeordnet werden.
14. *Martin Heger*, **Einverständliches Fremddoping - auch eine nach § 228 StGB sittenwidrige Körperverletzung?**, S. 419–430, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*
- Nach einem Überblick über die Historie von Doping in BRD und DDR widmet sich *Heger* der Sittenwidrigkeit von Doping nach § 228 StGB. Dazu zeichnet er zunächst die Entwicklung in der Rechtsprechung nach und diskutiert aktuelle Ansätze in der Literatur. Anschließend widmet er sich der Frage, ob Sportlern, z.B. im Boxsport, durch Selbstdoping Körperverletzung an ihren nicht ge-dopten Kontrahenten vorgeworfen werden kann.
15. *Bernd Heinrich*, **Die Strafbarkeit der Teilnahme am Suizid – eine rechtshistorische Analyse**, S. 539–552, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*
- Um zu untersuchen, ob § 217 StGB tatsächlich einen Systembruch darstellt, geht *Heinrich* der historischen Entwicklung der Teilnahme strafbarkeit bei Suiziden nach. Während bis zum Ende des 18. Jahrhunderts der Suizid strafbar gewesen sei, sei die Strafbarkeit des Suizids – nicht aber der Teilnahme hieran – im Allgemeinen Preußischen Landrecht aufgehoben worden. Diese Differenzierung sei größtenteils bis zum Erlass des RStGB vom 25.5.1871 erhalten geblieben. Dieses habe die Straflosigkeit von Suizid und Beihilfe dazu vorgesehen. Trotz zahlreicher Diskussionen und Gesetzesentwürfen in der Weimarer Republik, dem Dritten Reich und der Nachkriegszeit, die Anstiftung oder auch die Beihilfe zum Suizid unter Strafe zu stellen, sei es letztlich bei der Straflosigkeit geblieben. § 217 StGB stelle daher nicht zwingend einen Systembruch dar.
16. *Thomas Hillenkamp*, **Der Einzelfall als Strafgesetzbildungsmotiv**, S. 655–670, in: Ingke Goeckenjan/Ulrich Eisenberg (Hrsg.), *Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive*
- Hillenkamp* geht kritisch auf Straftatbestände ein, die aufgrund von einzelnen, als strafwürdig empfundenen Taten eingeführt wurden. Beginnend bei § 49a RStGB, dem „Duchesne-Paragrafen“ über den „Arnim-Paragrafen“ (heute § 353a StGB) und § 181a StGB schlägt er den Bogen zu § 217 StGB. Dabei beobachtet er, dass derartige „Reflexgesetze“ dazu neigten, kein über den Einzelfall hinausgehendes strafwürdiges Unrecht zu regeln und regelmäßig unklare Rechtsgüter schützen. *Hil-*

- lenkamp* mahnt abschließend nicht nur zur Vorsicht vor dem reflexartigen Erlass neuer Strafnormen, sondern auch vor einer derartigen Abschaffung, wie sie in jüngster Zeit unter anderem bei § 219a StGB zu beobachten gewesen sei.
17. *Elisa Hoven, Suizidbegleitung als strafbare Tötung durch Unterlassen?*, S. 575–594, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
Gegenstand dieses Beitrags sind die Voraussetzungen der Garantenstellung für Suizidenten und die daraus resultierende Rettungspflicht. Dazu geht *Hoven* zunächst detaillierter auf die verschiedenen Möglichkeiten ein, aus denen sich eine Garantenstellung von Ärzten ergeben kann, wobei ein Fokus auf den Folgen der Überlassung tödlicher Medikamente liegt. Anschließend erörtert sie, inwieweit die Garantenpflicht durch die eigenverantwortliche Entscheidung des Suizidenten ausgeschlossen werden kann. Da die Autonomie des Sterbenden berücksichtigt werden müsse, dürfe das Strafrecht den Garanten nicht für die Unterstützung eines freiverantwortlichen Suizides bestrafen.
 18. *Erik Kraatz, Peterle 2.0 Oder: Zur Strafbarkeit eines Arztes nach Eintritt der Bewusstlosigkeit der Suizidentin*, S. 595–613, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
Kraatz zeichnet die Rechtsprechung des BGH zum Fall Wittig sowie den (damals noch nicht höchstrichterlich entschiedenen) Hamburger und Berliner Fall (medstra 2019, 363 u. 368) nach. Er kritisiert diese Rechtsprechung: Sie missachte das Selbstbestimmungsrecht von Patienten und beachte nicht, dass die mögliche Täterschaft nach Eintreten der Bewusstlosigkeit durch das Verantwortungsprinzip begrenzt werde. Die sich nach diesen Ausführungen ergebende Strafflosigkeit dürfe nicht durch § 323c Abs. 1 StGB unterlaufen werden.
 19. *Michael Kubiciel, Die Patientenautonomie und das Lambert-Dilemma: Zu den Grenzen einer Legitimationsfigur*, S. 615–625, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
Kubiciel zeigt in seinem Beitrag auf, welchen Grenzen die Patientenautonomie im Bereich der Sterbehilfe unterliegt. Eine Schwierigkeit bestehe darin, bei Unklarheiten über den tatsächlichen Willen des Patienten dessen mutmaßlichen Willen zu ermitteln. Dieses Problem habe sich in besonderer Weise im Fall Lambert gestellt. Wenn sich wie dort der Patientenwille nicht eindeutig feststellen lasse, sei das Patientenwohl maßgeblich und könne über § 34 StGB einen Behandlungsabbruch rechtfertigen.
 20. *Hans Kudlich/Holger Klautke, Ist Selbstbestimmung wirklich zu gefährlich?*, S. 431–442, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
Unabhängig von der Diskussion um § 217 StGB zeigen die Autoren anhand eines Fallbeispiels auf, dass auch die Pönalisierung von offensiven Formen der Sterbehilfe das Selbstbestimmungsrecht in problematischer Weise beeinträchtigen kann. So könne es zu Situationen kommen, in denen Patienten zwischen einem früheren, selbstbestimmten Tod und einem späteren, aber möglicherweise nicht mehr selbstbestimmten Weiterleben wählen müsse. Dieser Konflikt stehe im Widerspruch zu anderen gesetzlichen Regelungen wie der zum Schwangerschaftsabbruch oder zur Patientenverfügung.
 21. *Franz Lindner/Franziska Huber, Medizinische Versorgung von Strafgefangenen. Zur Anwendung der §§ 630a ff. BGB im Strafvollzug*, S. 443–457, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
Anlässlich eines Beschlusses des BVerfG zum Recht auf Akteneinsicht für Strafgefangene (medstra 2017, 161) widmen sich *Lindner/Huber* den Grundsätzen medizinischer Versorgung im Strafvollzug. Dazu skizzieren sie zunächst knapp die grundrechtlichen Rahmenbedingungen, bevor sie sich der versicherungsrechtlichen Stellung und den Grundsätzen für die Behandlung von Strafgefangenen widmen. Auch im Strafvollzug gelten das Äquivalenzprinzip, der Grundsatz der freien Heilfürsorge sowie das Wirtschaftlichkeitsgebot. Ein wichtiger Unterschied sei allerdings, dass es im Strafvollzug keine freie Arztwahl gebe. Zuletzt untersuchen sie die Rechtsnatur des Arzt-Patienten-Verhältnisses. Dieses sei zwar öffentlich-rechtlicher Natur, die §§ 630a ff. BGB müssten aber dennoch angewandt werden.
 22. *Harro Otto, Die Pflicht des Staates zum Schutz des menschlichen Lebens*, S. 337–353, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
In seinem Beitrag untersucht *Otto* gesetzliche Regelungen und Rechtsprechung zu Schwangerschaftsabbruch, Sterbehilfe und dem LuftSiG. Die Rechtsprechung des BVerfG und die darauf basierende Beratungslösung beim Schwangerschaftsabbruch sieht er kritisch, weil dem Lebensschutz dadurch nicht genüge getan werde. Auch im Urteil des BVerfG zur Freigabe von tödlichen Medikamenten in Ausnahmesituationen schwerer Krankheit (medstra 2017, 293) sieht er die Gefahr, dass die Achtung des Rechtsguts Leben untergraben werden könne. Zuletzt widmet er sich der Entscheidung des BVerfG zu § 14 Abs. 3 LuftSiG, die nach Meinung des Autors der Problemlage nicht gerecht wird, sowie ihrer Rezeption in der Literatur.
 23. *Christian Pestalozza, Unrechte gruppennützige medizinische Forschung an nicht einwilligungsfähigen volljährigen Kranken*, S. 459–481, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
Ausgehend von der Prämisse, dass Experimente an nicht einwilligungsfähigen Kranken, die nicht auch diesen dienen, nicht gerechtfertigt werden können, untersucht *Pestalozza*, inwieweit diese Personengruppe durch das deutsche Recht vor rein altruistischen Experimenten geschützt wird. Während im Medizinprodukterecht noch ein gewisser Schutz vorgesehen sei, sei dieser Schutz 2018 im Bereich des Strahlenschutzes sowie 2016 im AMG abgesenkt worden, was nach Meinung des Autors europarechtlich problematisch ist. Auch in den Landesberufsordnungen für Ärzte sei eine gruppennützige Forschung verwerflicher Weise erlaubt.

24. *Thomas Rönnau/Kilian Wegner, Kapitalbeteiligung von Heilberufsangehörigen an Unternehmen im Gesundheitssektor – strafbare Korruption?*, S. 959–971, in: Martin Böse/Kay Schumann/Friedrich Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser
- Die Autoren untersuchen, unter welchen Umständen sich Ärzte und andere Heilberufsangehörige nach den §§ 299a, 299b StGB strafbar machen, wenn sie sich als Gesellschafter an Unternehmen beteiligen. Ein Vorteil im korruptionsrechtlichen Sinne liege oft bereits in der Ausschüttung von Gewinnen, könne aber auch anderweitig abgeleitet werden. Für die Feststellung der Unrechtsvereinbarung sei eine Gesamtschau von Indizien notwendig. Eines dieser Indizien sei der spürbare Einfluss auf den Beteiligungsertrag. Dieser allein genüge aber nicht, vielmehr müssten auch weitere Aspekte wie ein Vergleich von Investitionsbedingungen für Nicht-Heilberufsträger oder die jährliche Kapitalrendite berücksichtigt werden.
25. *Henning Rosenau, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe*, S. 81–103, in: Eric Hilgendorf/Makoto Ida/Takuma Sato (Hrsg.), Strafrecht zwischen Ost und West
- Nach einer kurzen Zusammenfassung der gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen im Bereich der Sterbehilfe stellt *Rosenau* die verschiedenen Formen von Sterbehilfe und deren strafrechtliche Bewertung vor. Die aktive Sterbehilfe sei wegen § 216 StGB ausnahmslos unzulässig, wobei sich *Rosenau* hier de lege ferenda für eine Einschränkung des § 216 StGB ausspricht. Die indirekte Sterbehilfe sei zwar straffrei, wobei die dogmatische Begründung hierfür noch ungeklärt sei. Anschließend geht er auf den Behandlungsabbruch ein, bevor er sich verschiedenen Problemen der Beihilfe zum Suizid widmet. Hier kritisiert der Autor die Wittig-Rechtsprechung des BGH sowie die Einführung des § 217 StGB.
26. *Claus Roxin, Todeszeitpunkt und Organtransplantation*, S. 909–922, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
- Roxin* gibt zunächst einen Überblick über die Diskussion zum Hirntod als Kriterium für den Todeseintritt, bevor er seinen eigenen Standpunkt darlegt und begründet. Da es zum Todeszeitpunkt keine abschließenden wissenschaftlichen Beweise für die eine oder andere Meinung gebe, sei es eine normative Aufgabe, diesen Zeitpunkt zu bestimmen. Jedenfalls bei Zustimmung des Spenders sei der Hirntod ein geeigneter Zeitpunkt, um die Spende für zulässig zu erklären. Bei der erweiterten Zustimmungso-der der Widerspruchslösung könne dies aber eine erhebliche Beeinträchtigung des Persönlichkeitsschutzes darstellen. Abschließend stellt *Roxin* einen eigenen Vorschlag zur Verbesserung des Organspendeaufkommens vor.
27. *Michael Sachs, Zum Grundrecht auf Selbsttötung*, S. 641–660, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
- In seinem Beitrag setzt sich *Sachs* ausführlich mit dem Urteil des BVerwG zur Erlaubnis des Erwerbs tödlicher Betäubungsmittel (medstra 2017, 293) und den dahinter stehenden grundrechtlichen Erwägungen auseinander. Dazu analysiert er zunächst kritisch, von welchen Grundrechten das BVerwG in seinem Urteil ausgeht und inwieweit es eine abwehrrechtliche Prüfung durchführt
- oder auf die Verletzung einer Schutzpflicht abstellt. Anschließend widmet er sich der Prüfung der Rechtfertigung des die Erlaubnis ausschließenden § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG. Insgesamt stimmt *Sachs* dem BVerwG trotz einiger dogmatischer Unstimmigkeiten darin zu, dass die eigenverantwortliche Selbsttötung in Notlagen nicht durch Verbote behindert werden dürfe.
28. *Frank Saliger, Strafbarkeitsrisiken ärztlicher Sterbebegleitung*, S. 15–30, in: Lutz Eidam/Michael Lindemann (Hrsg.), Grundfragen und aktuelle Herausforderungen der ärztlichen Sterbebegleitung
- Nachdem *Saliger* unterschiedliche Arten ärztlicher Sterbebegleitung systematisiert hat, widmet er sich zunächst knapp der rechtlich unproblematischen nicht lebensverkürzenden ärztlichen Sterbebegleitung. Anschließend thematisiert er die täterschaftliche lebensverkürzende ärztliche Sterbebegleitung. Auch hier herrsche für die Tötung in mittelbarer Täterschaft, die fahrlässige Tötung und den Behandlungsabbruch mittlerweile weitgehende Rechtssicherheit. Diese Sicherheit fehle aber, sobald es um die Tötung auf Verlangen durch Unterlassen, § 217 StGB und den Anspruch auf tödliche Betäubungsmittel gehe.
29. *Jörg Scheinfeld, Der Erwerb eines Betäubungsmittels zum Zwecke der Selbsttötung in extremer Notlage*, S. 661–676, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle
- Auch *Scheinfeld* widmet sich in seinem Beitrag dem Urteil BVerwG medstra 2017, 293. Nach einer kurzen Einführung in den Fall widmet sich der Autor der verfassungskonformen Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass das absolute Erwerbsverbot staatliches Unrecht sei, das insbesondere im Vergleich mit der Rechtslage zum Behandlungsabbruch nicht haltbar sei. Allerdings fragt er im folgenden, ob das BVerwG nicht dem BVerfG hätte vorlegen müssen, anstatt das Erwerbsverbot im Wege verfassungskonformer Auslegung zu reduzieren. Dies verneint er allerdings nach einer Analyse des Wortlauts und des Willens des Gesetzgebers auch unter Berücksichtigung von § 217 StGB.
30. *Jan Schuhr, Tödliche Sparmaßnahmen? Strafrechtliche Folgen patientenferner Entscheidungen*, S. 457–474, in: Martin Böse/Kay Schumann/Friedrich Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser
- Schuhr* beschäftigt sich in seinem Beitrag mit den Kriterien für eine Strafbarkeit wegen Körperverletzungs- und Tötungsdelikten von patientenfernen Entscheidungsträgern. Dazu stellt er zunächst mehrere Urteile vor, in denen es um die strafrechtliche Verantwortung für organisatorische Fehler ging. Anschließend widmet er sich der Rolle, die der Facharztstandard für die Strafbarkeit patientenferner Entscheidungsträger spielt. Zuletzt widmet er sich der Frage, welche Täterschafts- und Teilnahmeformen in diesen Situationen eine Rolle spielen könnten, wobei er den Schwerpunkt auf die mittelbare Täterschaft Kraft Organisationsherrschaft legt. Insgesamt kommt *Schuhr* zu dem Schluss, dass eine Strafbarkeit nur in Spezialfällen in Betracht kommt.
31. *Kay Schumann, Zum Rechtsgut des Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse gemäß § 278 StGB*, S. 483–497, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle

In seinem Beitrag widmet sich *Schumann* der Frage nach dem Rechtsgut des § 278 StGB. Nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur sei dies der Wahrheitsschutz. Dies sei aus verfassungssolipsistischer Perspektive auch unproblematisch. Allerdings scheide gerade dieser verfassungssolipsistische Standpunkt für die Schutzzielbestimmung aus. Strafrechtliche Vorschriften dürften vielmehr nur solches Verhalten unterbinden, das Dritte in ihren Freiheitsrechten einschränke. Auch das teilweise für § 278 StGB herangezogene Rechtsgut der „Sicherheit und Zuverlässigkeit“ genüge diesen Anforderungen der personalen Rechtsgutslehre nicht. Ein geeignetes Kollektivrechtsgut, das von § 278 StGB geschützt werde, sei aber das Allgemeininteresse an wahrheitsbasierten Entscheidungen von Behörden und Versicherungen.

32. *Oliver Tolmein, Warum der Freiwillige Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit nicht als Selbsttötung im Sinne des § 217 StGB zu sehen ist – und welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben*, S. 133-147, in: Michael Coors/Alfred Simon/Bern Alteppling (Hrsg.), *Freiwilliger Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit*

Tolmein beleuchtet in seinem Beitrag die rechtlichen Probleme, die der Freiwillige Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit (FVNF) im Rahmen des § 217 StGB mit sich bringt. Dazu gibt er zunächst einen Überblick über die Bedeutung und Historie von Zwangsernährung und der rechtlichen Bewertung von Suiziden vor der Einführung des § 217 StGB. Anschließend widmet er sich der Begriffsbestimmung des FVNF und des Suizids, bevor er dafür plädiert, den FVNF im Rahmen des § 217 StGB nicht als Selbsttötung zu behandeln. Selbst wenn man dies anders sehe, ergebe sich aus der Art der Begleitung, dass eine Strafbarkeit typischerweise ausscheide. Abschließend geht er noch knapp auf Besonderheiten beim Abfassen von Patientenverfügungen und der Todesursache beim FVNF ein.

33. *Brian Valerius, Heileingriff und Körperverletzung*, S. 119–130, in: Eric Hilgendorf/Makoto Ida/Takuma Sato (Hrsg.), *Strafrecht zwischen Ost und West*

Ausgehend von der Entscheidung des RG vom 31.5.1894 zeichnet *Valerius* die in der Diskussion um die Qualifikation des ärztlichen Heileingriffs als Körperverletzung

hauptsächlich vertretenen Positionen, die Tatbestandslösung und die Einwilligungslösung, sowie die jeweilige Kritik nach. Anschließend untersucht er alternative Lösungswege wie die Einführung eines Sondertatbestandes und die Lockerung der Zivilrechtsakzessorietät im Strafrecht, die der Autor beide für geeignet hält.

34. *Thomas Weigend, Autonomie als Grenze des strafrechtlichen Lebensschutzes*, S. 841–855, in: Martin Böse/Kay Schumann/Friedrich Toepel (Hrsg.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*

Nachdem der Autor zunächst herausgearbeitet hat, dass die Autonomie des Einzelnen grundsätzlich Vorrang hat vor der absoluten Erhaltung seines Lebens, geht er kritisch auf die Normen ein, die dieses Verhältnis in Frage stellen: § 216 und § 217 StGB. § 216 StGB sei eine „hart“ paternalistische Strafnorm, die nur schwer zu begründen sei und bei zweifelloser Freiverantwortlichkeit des Getöteten die Strafbarkeit zu weit ausdehne. § 217 StGB sei unverhältnismäßig und ungeeignet zur Erreichung des Gesetzesziels. Zuletzt widmet er sich dem Verbot der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche, § 219a StGB. Auch diese Norm schieße über ihr – grundsätzlich legitimes – Ziel hinaus, müsse aber nicht notwendigerweise gestrichen werden.

35. *A. Katarina Weilert, Die Bedeutung der Geburt im Recht. Reflexionen zu einem Grenzbereich des Regelbaren*, S. 825–846, in: Rainer Beckmann/Gunnar Duttge/Klaus Gärditz/Christian Hillgruber/Thomas Windhöfel (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*

Die Autorin untersucht in ihrem Beitrag die Bedeutung der Geburt aus grundrechtlicher, strafrechtlicher und zivilrechtlicher Sicht. Die grundrechtliche Stellung des Ungeborenen werde durch die Geburt zwar nicht verändert, dennoch bestehe im Strafrecht ein stärkerer Schutz für geborenes als für ungeborenes Leben. Dies sei aber problematisch, weil einerseits das Unrecht der Tötung von Ungeborenen außerhalb eines geplanten Schwangerschaftsabbruchs nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht werden könne, andererseits auch Spätabtreibungen und extremen Frühgeburten unter bestimmten Umständen nicht gerecht werden könne. Im Zivilrecht wiederum sei der Nasciturus bereits vor der Geburt teilrechtsfähig, sodass die Geburt nur eine „weiche“ Zäsur darstelle.

Rechtsprechung

BVerfG

GG Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2, 12 Abs. 1, 104 Abs. 1; StGB § 217 (Verfassungswidrigkeit des Verbotes der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung)

1. a) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst als Ausdruck persönlicher Autonomie ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben.

b) Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben schließt die Freiheit ein, sich das Leben zu nehmen. Die Entscheidung des Einzelnen, seinem Leben entsprechend seinem Verständnis von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz ein Ende zu setzen, ist im Ausgangspunkt als Akt autonomer Selbstbestimmung von Staat und Gesellschaft zu respektieren.

c) Die Freiheit, sich das Leben zu nehmen, umfasst auch die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen.

2. Auch staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, können Grundrechte beeinträchtigen und müssen daher von Verfassungs wegen hin-

reichend gerechtfertigt sein. Das in § 217 Abs. 1 StGB strafbewehrte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung macht es Suizidwilligen faktisch unmöglich, die von ihnen gewählte, geschäftsmäßig angebotene Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen.

3. a) Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ist am Maßstab strikter Verhältnismäßigkeit zu messen.

b) Bei der Zumutbarkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, dass die Regelung der assistierten Selbsttötung sich in einem Spannungsfeld unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Schutzaspekte bewegt. Die Achtung vor dem grundlegenden, auch das eigene Lebensende umfassenden Selbstbestimmungsrecht desjenigen, der sich in eigener Verantwortung dazu entscheidet, sein Leben selbst zu beenden, und hierfür Unterstützung sucht, tritt in Kollision zu der Pflicht des Staates, die Autonomie Suizidwilliger und darüber auch das hohe Rechtsgut Leben zu schützen.

4. Der hohe Rang, den die Verfassung der Autonomie und dem Leben beimisst, ist grundsätzlich geeignet, deren effektiven präventiven Schutz auch mit Mitteln des Strafrechts zu rechtfertigen. Wenn die Rechtsordnung bestimmte, für die Autonomie gefährliche Formen der Suizidhilfe unter Strafe stellt, muss sie sicherstellen, dass trotz des Verbots im Einzelfall ein Zugang zu freiwillig bereitgestellter Suizidhilfe real eröffnet bleibt.

5. Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217 Abs. 1 StGB verengt die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung in einem solchen Umfang, dass dem Einzelnen faktisch kein Raum zur Wahrnehmung seiner verfassungsrechtlich geschützten Freiheit verbleibt.

6. Niemand kann verpflichtet werden, Suizidhilfe zu leisten.

BVerfG, Urt. vom 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a.

Stichworte: Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung – Verfassungsmäßigkeit

Inhaltsübersicht:

| | |
|--|--------------|
| A. Sachbericht | Rn. 1 |
| I. Einführung | 1 |
| II. Verfahrensgegenstand und Regelungskontext | 8 |
| III. Rechtsvergleichung | 26 |
| IV. Verfassungsbeschwerden | 33 |
| V. Stellungnahmen | 88 |
| VI. Mündliche Verhandlung | 178 |
| B. Zulässigkeit | 181 |
| I. Erledigte Verfassungsbeschwerden | 181 |
| II. Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu III. 1 | 184 |
| III. Übrige Verfassungsbeschwerden | 192 |
| C. Begründetheit | 200 |
| I. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Beschwerdeführer zu I. 1., I. 2. und VI. 5 | 202 |
| 1. Schutzbereich | 204 |
| 2. Eingriff | 214 |
| 3. Keine Rechtfertigung des Eingriffs | 219 |
| 4. Vereinbarkeit der Entscheidung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) | 302 |

| | |
|--|------------|
| II. Begründetheit der übrigen Verfassungsbeschwerden | 306 |
| 1. Grundrechtsverletzungen durch die Verbotsnorm des § 217 StGB | 307 |
| 2. Grundrechtsverletzung durch die Strafandrohung des § 217 StGB | 332 |
| 3. Grundrechtsverletzung durch die mögliche Bußgeldbewehrung nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG | 333 |
| III. Ausschluss verfassungskonformer Auslegung | 334 |
| IV. Folgen der Verfassungswidrigkeit | 337 |
| 1. Nichtigkeit des § 217 StGB | 337 |
| 2. Alternative Regelungskonzepte | 338 |
| D. Auslagenentscheidung | 343 |

Gründe:

- 1 A. I. Die Verfassungsbeschwerden richten sich unmittelbar gegen § 217 des Strafgesetzbuches (StGB) in der Fassung des Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 3. Dezember 2015 (BGBl I S. 2177).
- 2 Beschwerdeführer sind schwer erkrankte Personen, die ihr Leben mit geschäftsmäßig angebotener Unterstützung Dritter selbst beenden wollen, Vereine mit Sitz in Deutschland und in der Schweiz, die eine solche Unterstützung anbieten, deren organschaftliche Vertreter und Mitarbeiter, in der ambulanten oder stationären Patientenversorgung tätige Ärzte sowie in die Beratung über und in die Vermittlung von Suizidhilfe eingebundene Rechtsanwälte.
- 3 Die Beschwerdeführer, die Suizidhilfe in Anspruch nehmen möchten, leiten insbesondere aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben ab. Dieses Recht umfasse als Ausdruck autonomer Selbstbestimmung auch die Inanspruchnahme der Unterstützung durch Dritte bei der Selbsttötung und werde durch § 217 StGB verletzt. Infolge der Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung sei ihnen die gewünschte Suizidhilfe nicht mehr zugänglich.
- 4 Die beschwerdeführenden Vereine rügen eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, die für sie tätigen Personen zusätzlich eine Verletzung ihrer Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG). Die von ihnen angebotene Suizidhilfe erfülle die Tatbestandsvoraussetzungen von § 217 StGB. Deshalb könnten sie auf diesem Gebiet nicht mehr tätig werden, ohne sich strafbar zu machen oder, im Fall der Vereine, sich der Gefahr der Verhängung einer Geldbuße nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) oder eines Vereinsverbots nach § 3 des Vereinsgesetzes (VereinsG) auszusetzen.
- 5 Die beschwerdeführenden Ärzte stützen ihre Verfassungsbeschwerden im Wesentlichen auf eine Verletzung ihrer Gewissens- und Berufsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 Var. 2 und Art. 12 Abs. 1 GG).
- 6 Die beschwerdeführenden Rechtsanwälte machen ebenfalls geltend, durch § 217 StGB in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt zu sein, weil die suizidbezogene Beratung und die Vermittlung von Möglichkeiten zur Suizidhilfe nunmehr unter Strafe stünden.
- 7 Übereinstimmend beanstanden alle Beschwerdeführer eine mangelnde Bestimmtheit der angegriffenen Vorschrift. § 217 StGB stelle nicht hinreichend sicher, dass die im Einzelfall geleistete Suizidhilfe straffrei bleibe. Ebenso wenig sei sicher

- zu beurteilen, ob und inwieweit § 217 StGB bislang straffreie Formen der Sterbehilfe (indirekte Sterbehilfe und Behandlungsabbruch) und der Palliativmedizin erfasse. Damit verhindere die Strafnorm eine am Wohl des Patienten orientierte ärztliche Berufsausübung.
- 8 II. 1. § 217 StGB wurde mit Wirkung zum 10. Dezember 2015 durch das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vom 3. Dezember 2015 (BGBl I S. 2177) eingeführt.
- 9 a) Die Vorschrift lautet:
- Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung
- (1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.
- 10 b) Diese Fassung des § 217 StGB geht auf den Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (BTDrucks 18/5373) zurück, der nach einer intensiven parlamentarischen Debatte am 6. November 2015 durch eine fraktionsübergreifende Mehrheit des Deutschen Bundestages angenommen (BT-Plenarprotokoll 18/134, S. 13101) und in der Folge als Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung am 9. Dezember 2015 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde (BGBl I S. 2177). Im Gesetzgebungsverfahren standen vier Regelungsvorschläge zur Abstimmung, die unterschiedliche Konzepte zum legislativen Umgang mit dem Wunsch nach einer selbstbestimmten Beendigung des eigenen Lebens vorsahen: der Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (BTDrucks 18/5373), der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der ärztlich begleiteten Lebensbeendigung (Suizidhilfegesetz, BTDrucks 18/5374), der Entwurf eines Gesetzes über die Straffreiheit der Hilfe zur Selbsttötung (BTDrucks 18/5375) und der Entwurf eines Gesetzes über die Strafbarkeit der Teilnahme an der Selbsttötung (BTDrucks 18/5376).
- 11 aa) Angenommen wurde der Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (BTDrucks 18/5373), der die Strafbarkeit einer konkret umschriebenen Form der Förderung einer Selbsttötung vorsieht. Das Gesetz ist Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.
- 12 bb) Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der ärztlich begleiteten Lebensbeendigung (Suizidhilfegesetz, BTDrucks 18/5374) wollte das bestehende strafrechtliche Regelungsgefüge unberührt lassen und sah im Interesse der Rechtssicherheit lediglich eine bürgerlich-rechtliche Regulierung speziell der ärztlichen Suizidhilfe vor. Das Recht des volljährigen und einwilligungsfähigen Patienten, die freiwillige Hilfestellung eines Arztes bei der selbst vollzogenen Beendigung seines Lebens in Anspruch zu nehmen, sollte positiv festgeschrieben werden. Es sollte lediglich daran geknüpft sein, dass der Patient die Selbsttötung ernsthaft und endgültig wünscht, eine ärztliche Beratung über andere Behandlungsmöglichkeiten und über die Durchführung der Suizidhilfe stattfindet, die Unumkehrbarkeit des Krankheitsverlaufs sowie die Wahrscheinlichkeit des Todes medizinisch festgestellt und ebenso wie der Patientenwunsch und die Einwilligungsfähigkeit des Patienten durch einen zweiten Arzt bestätigt wird.
- cc) Der Entwurf eines Gesetzes über die Straffreiheit der Hilfe zur Selbsttötung (BTDrucks 18/5375) zielte darauf ab, die Straffreiheit der Hilfe zur freiverantwortlichen Selbsttötung allgemein, das heißt nicht beschränkt auf die ärztliche Suizidhilfe, ausdrücklich gesetzlich festzuschreiben. Es sollten lediglich Verstöße gegen vorgeschriebene Wartezeiten, Beratungs- und Dokumentationsobliegenheiten sowie gewerbsmäßiges Handeln unter Strafe gestellt werden. Daneben sah auch dieser Entwurf eine spezifische Regulierung der ärztlichen Suizidhilfe vor, die Ärzte von einer Verpflichtung zur Suizidhilfe ausdrücklich freistellen, zugleich aber festlegen sollte, dass ihnen diese durch das Berufsrecht nicht verboten werden dürfe. Entgegenstehende Regelungen sollten ausdrücklich für unwirksam erklärt werden.
- dd) Der Entwurf eines Gesetzes über die Strafbarkeit der Teilnahme an der Selbsttötung (BTDrucks 18/5376) hingegen ging über die Regelung des nunmehr geltenden § 217 StGB hinaus, indem er die Anstiftung und die Beihilfe zur Selbsttötung generell unter Strafe stellen wollte.
- c) Flankiert wurde das Gesetzgebungsvorhaben von dem am 5. November 2015 beschlossenen und am 1. Dezember 2015 ausgefertigten Gesetz zur Verbesserung der Hospiz- und Palliativversorgung in Deutschland (Hospiz- und Palliativgesetz – HPG, BGBl I S. 2114), das den Ausbau des ambulanten und stationären Hospiz- und Palliativangebots zum Gegenstand hat. Darin wird unter anderem die palliative Versorgung als Teil der Krankenbehandlung und der häuslichen Krankenpflege im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung festgeschrieben (§ 27 Abs. 1 Satz 3, § 37 Abs. 2a Sozialgesetzbuch – SGB – V) und die Sterbebegleitung als Teil des von der gesetzlichen Pflegeversicherung gedeckten Leistungsspektrums definiert (ursprünglich § 28 Abs. 5 SGB XI; zwischenzeitlich überführt in § 28 Abs. 4 SGB XI durch Art. 2 Nr. 13 Buchst. c und Buchst. d des Zweiten Gesetzes zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 21. Dezember 2015, BGBl I S. 2424).
2. Mit dem Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung wurde erstmals seit der Einführung einer einheitlichen Strafrechtsordnung in Deutschland im Jahre 1871 die Teilnahme an der Selbsttötung einer eigenverantwortlich handelnden Person in einem Teilbereich unter Strafe gestellt. (...)
3. Die gegenwärtige Strafrechtsordnung stellt die Selbsttötung nicht unter Strafe. Deshalb ist auch die Suizidhilfe als nicht tatherrschaftliche Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbsttötung grundsätzlich straffrei (vgl. BGHSt 2, 150 <152>; 6, 147 <154>; 32, 262 <264>; 32, 367 <371>; 53, 288 <290>; Schneider, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, Vorbem. zu § 211 Rn. 32 m.w.N.). Von der so verstandenen Suizidhilfe ist die Sterbehilfe zu unterscheiden. Der Begriff der Sterbehilfe umfasst eine Vielzahl unterschiedlicher Sachverhalte, denen in Abgrenzung zur Suizidhilfe ein von außenstehenden Dritten beherrschtes Verhalten gemeint ist, das kausal zu einer Lebensverkürzung führt oder diese auf andere Weise fördert (vgl. Berghäuser, ZStW 2016, S. 741 <743 ff.>; a.A. Saliger, KritV 2001, S. 382 <432>, der die Teilnahme an der Selbsttötung begrifflich von der Kategorie der „Sterbehilfe“ umfasst sieht). Bereits per definitionem setzt Sterbehilfe zudem einen Leidenszustand voraus. Der Wortbestandteil „Hilfe“ grenzt begriffsdefinitorisch solche (Tötungs-)Handlungen aus, die gegen den ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen erfolgen (vgl. Kämpfer, Die Selbstbestimmung Sterbewilliger, 2005, S. 35). Die Rechtsprechung unterscheidet verschiedene Fallgruppen straffreier

Sterbehilfe. Sie umfassen zum einen die indirekte Sterbehilfe als Inkaufnahme eines früheren unbeabsichtigten Todesereignisses bei einem sterbenden oder todkranken Menschen infolge einer medizinisch indizierten schmerz- oder in sonstiger Weise leidensmindernden Therapie (vgl. BGHSt 42, 301 <305>) und zum anderen den sogenannten Behandlungsabbruch als jede aktive oder passive Begrenzung oder Beendigung einer lebenserhaltenden oder lebensverlängernden medizinischen Maßnahme im Einklang mit dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen (vgl. BGHSt 55, 191 <202 ff. Rn. 30 ff.>). Jenseits dieser Fallgruppen ist die einverständliche Fremdtötung als Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB strafbar.

- 24 4. § 217 StGB soll diese Unterscheidung zwischen straffreien und strafbewehrten Handlungsweisen im Zusammenhang mit einem Sterbewunsch weiter ausdifferenzieren. Die Norm verfolgt das Ziel, die prinzipielle Strafflosigkeit des Suizids und der Teilnahme daran nicht infrage zu stellen, aber dort korrigierend einzugreifen, wo geschäftsmäßige Angebote der Suizidhilfe die Selbstbestimmung und das Leben gefährden (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 2, 11 f., 17).
- 25 Die Regelung beschränkt sich nicht darauf, geschäftsmäßige Beihilfehandlungen im Sinne des § 27 StGB, also die vorzüglich geleistete Hilfe zu einer konkreten, zumindest ins Versuchsstadium gelangten Selbsttötung unter Strafe zu stellen, sondern geht in ihrer Ausgestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt darüber hinaus. Unter Strafe stehen soll das geschäftsmäßige Gewähren, Verschaffen oder Vermitteln einer Gelegenheit zur Selbsttötung als das Leben abstrakt gefährdende Handlung (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 3, 14). Eines tatsächlichen Vollzugs oder auch nur des Versuchs einer Selbsttötung bedarf es nicht (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 19).
- 26 III. In den meisten europäischen Staaten ist die Beihilfe zum Suizid verboten und unter Strafe gestellt (vgl. die Übersicht bei Jacob, Vorgänge – Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik 2015, S. 79 <94 ff.>). Liberalere Regelungen gelten insbesondere in der Schweiz, in den Niederlanden und in Belgien. Während in der Schweiz ausschließlich Beihilfe zur Selbsttötung geleistet werden darf, bleibt in den Niederlanden und in Belgien – unter bestimmten Voraussetzungen und beschränkt auf Ärzte – auch die Tötung auf Verlangen straflos. Außerhalb Europas ist in dem US-amerikanischen Bundesstaat Oregon und in Kanada die ärztliche Suizidbeihilfe unter bestimmten Voraussetzungen straflos gestellt.
- 27 1. In der Schweiz, wo die Tötung auf Verlangen – auch für Ärzte – verboten ist (vgl. Art. 114 schweizerisches Strafgesetzbuch), ist die Beihilfe zu einer (ausgeführten oder versuchten) Selbsttötung nach Art. 115 des schweizerischen Strafgesetzbuchs nur unter der Voraussetzung strafbar, dass sie aus selbstsüchtigen Beweggründen erfolgt. Die Vorschrift gilt für Ärzte wie für Nichtärzte gleichermaßen. Das neben dem Vorsatz erforderliche subjektive Merkmal der „selbstsüchtigen Beweggründe“ ist erfüllt, wenn der Täter einen persönlichen, insbesondere einen materiellen Vorteil verfolgt. Die Gebühren, die von in der Schweiz tätigen Sterbehilfeorganisationen für eine Suizidhilfe verlangt werden, erfüllen dieses Merkmal nicht, sofern sie lediglich die administrativen Kosten der Organisation decken; die für sie tätigen Personen unterliegen damit keiner Strafbarkeit nach Art. 115 des schweizerischen Strafgesetzbuchs. Wenngleich in der Schweiz die Leistung von Suizidhilfe nicht den Ärzten vorbehalten ist, kommt diesen doch faktisch eine wichtige Kontrollfunktion zu: Das Schweizerische Bundesgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 aus-

drücklich am Erfordernis der ärztlichen Verschreibung von Natrium-Pentobarbital und ähnlichen zur Selbsttötung geeigneten Wirkstoffen festgehalten. Die Verschreibungspflicht soll – im Zusammenhang mit einer Suizidhilfe – zum einen Straftaten verhindern und Missbrauchsgefahren begegnen. Zum anderen soll sie gewährleisten, dass eine den ärztlichen Berufs- und Sorgfaltspflichten entsprechende Diagnose, eine Indikationsstellung und ein Aufklärungsgespräch stattfinden und die Urteilsfähigkeit durch einen Arzt ebenso geprüft wird wie die medizinischen Unterlagen und die Ausschöpfung von Behandlungsmaßnahmen. Die ärztliche Verschreibung stellt hiernach ein Kontrollverfahren dar, das sicherstellen soll, dass eine Suizidentscheidung tatsächlich dem freien und wohlwollenden Willen des Betroffenen entspricht (vgl. BGE 133 I 58 <71 f.>, bestätigt durch EGMR, Haas v. Switzerland, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07). Ärzte müssen damit in jeden begleiteten Suizid eingebunden werden, der mit einem dem schweizerischen Betäubungsmittel- oder Heilmittelrecht unterfallenden Wirkstoff ausgeführt wird (vgl. zur Rechtslage in der Schweiz: Gavela, Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe, 2013, S. 64-107; Tag, ZStW 2016, S. 73 ff.).

2. In den Niederlanden, wo sowohl die Tötung auf Verlangen als auch die Beihilfe zur (vollzogenen) Selbsttötung strafbar sind (vgl. Art. 293 Abs. 1, Art. 294 Abs. 2 Satz 1 niederländisches Strafgesetzbuch), gilt seit 2002 ein besonderer Strafausschlussgrund für Ärzte (vgl. Art. 293 Abs. 2, Art. 294 Abs. 2 Satz 2 niederländisches Strafgesetzbuch). Hiernach bleibt ein Arzt, der aktiv Sterbehilfe oder Beihilfe zur Selbsttötung leistet, straflos, wenn er bestimmte Sorgfaltsanforderungen nach Art. 2 des Gesetzes über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung (sogenanntes Sterbehilfegesetz) einhält und über den Vorgang Meldung erstattet. Nach Art. 2 des Sterbehilfegesetzes muss der Arzt zunächst prüfen, ob der Patient den Wunsch nach Lebensbeendigung freiwillig und nach reiflicher Überlegung äußert. Des Weiteren muss der Arzt den Patienten über seine Situation und über die medizinische Prognose aufklären und mindestens einen anderen, unabhängigen Arzt zu Rate ziehen, der den Patienten untersucht und seinerseits schriftlich zur Einhaltung der Sorgfaltskriterien Stellung nimmt. Eine psychiatrische Untersuchung ist nicht zwingend vorgeschrieben. Die Sterbehilfe oder Hilfe bei der Selbsttötung muss zudem medizinisch fachgerecht durchgeführt werden. Tötung auf Verlangen und Beihilfe zur Selbsttötung sind nicht auf terminale Erkrankungen beschränkt. Ausreichend ist, dass keine Aussicht auf Besserung besteht, der Patient „unerträglich leidet“ und es für seine Situation keine „andere annehmbare Lösung“ gibt. Unter bestimmten Voraussetzungen kann auch Minderjährigen ab dem zwölften Lebensjahr Sterbehilfe geleistet werden. Sogenannte regionale Kontrollkommissionen für Sterbehilfe prüfen, ob die Sorgfaltsanforderungen nach Art. 2 des Sterbehilfegesetzes eingehalten wurden. Sterbe- und Suizidhilfe ist für den Arzt freiwillig (vgl. zur Rechtslage in den Niederlanden: Gavela, Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe, 2013, S. 107-144; Lindemann, ZStW 2005, S. 208 ff.; Mackor, ZStW 2016, S. 24 ff.).

3. Eine ähnliche Rechtslage besteht in Belgien. Auch dort legt seit 2002 ein Gesetz die Bedingungen für die Straffreiheit von Ärzten bei einer Tötung auf Verlangen, die im Übrigen als Totschlag oder Mord strafbar ist (vgl. Art. 393, 394 belgisches Strafgesetzbuch), fest; anders als in den Niederlanden ist in Belgien die Beihilfe zur Selbsttötung nicht strafbewehrt. Nach Art. 3 des Gesetzes über die Sterbehilfe muss sich der Arzt, der Sterbehilfe leistet, vergewissern,

28

29

dass der Patient eine handlungsfähige Person ist, die zum Zeitpunkt ihrer Bitte bei Bewusstsein ist, und dass die Bitte freiwillig, überlegt und wiederholt formuliert worden und nicht durch Druck von außen zustande gekommen ist. Wie in den Niederlanden ist die Sterbehilfe nicht auf terminale Krankheitsbilder beschränkt. Voraussetzung ist insoweit lediglich, dass sich der Patient in einer medizinisch aussichtslosen Lage befindet und sich auf eine anhaltende, unerträgliche körperliche oder psychische Qual beruft, die nicht gelindert werden kann. Sie muss zudem Folge eines schlimmen und unheilbaren unfall- oder krankheitsbedingten Leidens sein. Um sich nicht strafbar zu machen, muss der Arzt weiter die durch das Gesetz im Einzelnen vorgeschriebenen Bedingungen und Vorgehensweisen beachten. Dazu gehört insbesondere, dass der Arzt den Patienten über dessen Gesundheitszustand und Lebenserwartung informiert sowie mit ihm verbleibende Therapie- und palliative Behandlungsmöglichkeiten bespricht. Weiterhin muss der Arzt einen anderen unabhängigen und fachkundigen Arzt zur Beurteilung des körperlichen oder psychischen Leidens zu Rate ziehen, der Einsicht in die medizinische Akte nimmt und den Patienten untersucht. Soweit der (natürliche) Tod nicht in absehbarer Zeit eintritt, muss er einen weiteren Arzt, der Psychiater oder Facharzt für die betreffende Erkrankung sein muss, hinzuziehen, der selbständig den gesundheitlichen Zustand sowie die Freiwilligkeit und Überlegtheit des Sterbewunsches beurteilt. Ferner muss mindestens ein Monat zwischen der Bitte des Patienten nach Sterbehilfe und deren Leistung vergehen. Nach Art. 4 des Gesetzes über die Sterbehilfe kann ein Tötungsverlangen auch im Wege der sogenannten vorgezogenen Willenserklärung geäußert werden, die fünf Jahre gültig ist. Innerhalb von vier Tagen nach Leistung der Sterbehilfe muss der Arzt sie bei der hierfür zuständigen Föderalen Kontroll- und Bewertungskommission melden, die prüft, ob die Sterbehilfe den gesetzlichen Bedingungen und der vorgeschriebenen Vorgehensweise entspricht (vgl. Art. 5, 8 des Gesetzes über die Sterbehilfe). Auch Minderjährigen darf ohne Altersbeschränkung Sterbehilfe geleistet werden. Wie in den Niederlanden besteht in Belgien aber keine Pflicht der Ärzte, Sterbehilfe zu leisten (vgl. zur Rechtslage in Belgien: Khorrami, *MedR* 2003, S. 19 <22 f.>; Adams/Nys, *Medical Law Review* 2003, S. 353 ff.; Nys, *European Journal of Health Law* 2005, S. 39 ff.).

- 30 4. Auch in dem US-amerikanischen Bundesstaat Oregon ist die Unterstützung bei der Umsetzung eines Sterbewunsches in ärztliche Hände gelegt. Anders als in den Niederlanden und in Belgien ist in Oregon jedoch die ärztliche Suizidbeihilfe ausschließlich bei Vorliegen einer terminalen Erkrankung straffrei gestellt. Der Arzt kann dem Patienten tödlich wirkende Medikamente verschreiben, ohne sich strafbar zu machen, wenn er die Anforderungen des im Jahr 1997 in Kraft getretenen Oregon Death with Dignity Act beachtet. Nach dessen Bestimmungen können urteilsfähige, volljährige und in Oregon wohnhafte Patienten einen Antrag auf Verschreibung eines tödlich wirkenden Medikaments stellen. Sie müssen an einer unheilbaren, irreversiblen Krankheit leiden, die nach begründeter medizinischer Einschätzung innerhalb von höchstens sechs Monaten zum Tod führt. Der behandelnde Arzt muss die terminale Erkrankung, die Urteilsfähigkeit des Patienten sowie die Freiwilligkeit des Sterbewunsches feststellen. Es ist ein beratender Arzt hinzuzuziehen, der – nach einer eigenen Untersuchung und Durchsicht der medizinischen Unterlagen – die Einschätzung des behandelnden Arztes schriftlich bestätigen muss. In Zweifelsfällen ist eine psychiatrische Untersuchung notwendig. Den behandelnden Arzt trifft außerdem eine umfassende Aufklärungspflicht: Er muss den Patienten über dessen me-

dizinische Diagnose und Prognose, Risiken und das zu erwartende Ergebnis der Einnahme des zum Tod führenden Medikaments sowie über mögliche Alternativen einschließlich der Palliativpflege, Hospizbetreuung und Schmerzbehandlung aufklären und damit sicherstellen, dass der Patient eine informierte Entscheidung über sein Lebensende treffen kann. In formeller Hinsicht muss der Sterbewillige seinen Sterbewunsch zweimal mündlich äußern und einmal schriftlich in Anwesenheit zweier Zeugen erklären, die ebenfalls von der Urteilsfähigkeit des Sterbewilligen und der Freiwilligkeit des geäußerten Sterbewunsches überzeugt sein müssen. Die Erklärungen müssen mindestens 15 Tage auseinanderliegen. Die Person, die das tödlich wirkende Medikament ausgibt, hat der Gesundheitsbehörde eine Kopie des ausgestellten Rezepts zu übermitteln (vgl. zur Rechtslage in Oregon: Ganzini, in: Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing, *Assistierter Suizid: Der Stand der Wissenschaft*, 2017, S. 7 ff.; Gavela, *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe*, 2013, S. 192-203; Schmaltz, *Sterbehilfe, Rechtsvergleich Deutschland – USA*, 2000, S. 107-114).

5. In Kanada trat im Jahr 2016, nachdem der Supreme Court of Canada ein Jahr zuvor in der Entscheidung *Carter v. Canada* (vgl. Urteil vom 6. Februar 2015, – [2015] 1 S.C.R. 331 –) das bis dahin geltende ausnahmslose strafrechtliche Verbot von Suizid- und Sterbehilfe für verfassungswidrig erklärt hatte, ein Gesetz in Kraft („Bill C-14“), das die Voraussetzungen bestimmt, unter denen die – nach wie vor strafbewehrte – Sterbe- und Suizidhilfe ausnahmsweise straffrei gestellt sind. Hiernach ist ein Arzt oder ein Krankenpfleger weder wegen Totschlags noch wegen Suizidhilfe zu bestrafen, wenn er „medizinische Assistenz beim Sterben“ (medical assistance in dying) leistet, wobei unter dem Begriff der „medizinischen Assistenz beim Sterben“ sowohl die aktive Sterbehilfe als auch die Beihilfe zum Suizid fällt (vgl. Art. 227 (1) Criminal Code und Art. 241 (2) Criminal Code). Straffrei bleiben ebenso alle anderen Personen, die einem Arzt oder Krankenpfleger bei der Erbringung „medizinischer Assistenz beim Sterben“ oder einem Patienten auf seinen ausdrücklichen Wunsch hin bei der Einnahme einer (verschriebenen) tödlichen Substanz Hilfe leisten (vgl. Art. 227 (2), Art. 241 (3) und Art. 241 (5) Criminal Code). Straffrei sind auch Pharmazeuten, die das letale Medikament ausgeben. Art. 241.2 (1) und (2) Criminal Code bestimmen im Einzelnen, unter welchen Voraussetzungen „medizinische Assistenz beim Sterben“ zulässig ist. Erforderlich ist insbesondere, dass der Patient volljährig und entscheidungsfähig ist. Der Wunsch nach „medizinischer Assistenz beim Sterben“ muss freiverantwortlich gebildet sein und darf nicht auf äußeren Druck zurückgehen. Außerdem muss der Patient umfassend über Alternativen, einschließlich Palliativversorgung, informiert worden sein. Überdies muss er sich in einem schweren und unheilbaren Krankheitszustand befinden, der dauerndes, unerträgliches physisches oder psychisches Leiden verursacht, das nicht unter für den Patienten annehmbaren Voraussetzungen gelindert werden kann. Weiterhin muss sein natürlicher Tod unter Berücksichtigung aller medizinischen Erkenntnisse „vernünftigerweise voraussehbar“ sein, ohne dass jedoch eine exakte Prognose hinsichtlich der verbleibenden Lebensdauer erforderlich wäre.

- Zusätzlich ist in Art. 241.2 (3) bis (6) Criminal Code das 32 Verfahren geregelt: Der Arzt oder Krankenpfleger, der Suizid- oder Sterbehilfe leistet, muss der Auffassung sein, dass die sterbewillige Person alle zuvor genannten Kriterien erfüllt. Dass die Kriterien erfüllt sind, muss durch einen weiteren, unabhängigen Arzt oder Krankenpfleger schriftlich bestätigt werden. Der Patient muss seinen Wunsch nach

Suizid- oder Sterbehilfe – nachdem er über seine schwere Erkrankung aufgeklärt wurde – schriftlich äußern und seine Erklärung vor zwei unabhängigen Zeugen unterzeichnen, die die Erklärung ihrerseits unterzeichnen müssen. Der Patient muss darüber aufgeklärt worden sein, dass er seinen Wunsch jederzeit widerrufen kann. Es ist grundsätzlich eine Wartezeit von zehn Tagen einzuhalten. Nur wenn die Person ihren Sterbewunsch noch einmal ausdrücklich bestätigt, kann der Arzt/Krankenpfleger Suizid- oder Sterbehilfe leisten. Außerdem muss der Pharmazeut, der das letal wirkende Medikament ausgibt, über dessen Zweck informiert werden. Wer diese Anforderungen nicht einhält, macht sich strafbar (vgl. Art. 241.3 Criminal Code). Auch in Kanada ist niemand zu Suizid- und Sterbehilfe verpflichtet.

33 IV. 1. Die beiden Beschwerdeführer zu I. 1. und I. 2. sind Mitglieder des Beschwerdeführers zu II., eines sogenannten Sterbehilfevereins, und möchten zu gegebener Zeit dessen Angebot einer Suizidhilfe in Anspruch nehmen.

34 a) Beide Beschwerdeführer haben sich angesichts langjähriger, unheilbarer Erkrankungen und aufgrund von Erlebnissen qualvollen Sterbens im engen Familienkreis für einen selbstbestimmten Tod durch assistierten Suizid entschieden. Sie fürchten, bei weiterem Fortschreiten ihrer Erkrankungen unter Verlust ihrer Selbstbestimmung auf die Hilfe anderer angewiesen zu sein. Eine Pflege durch Dritte, etwa in Palliativ- einrichtungen oder Pflegeheimen, lehnen sie ab. Aus diesem Grund sind sie dem Beschwerdeführer zu II. beigetreten und haben von diesem vor Inkrafttreten von § 217 StGB die Zusage zu einer Suizidhilfe erhalten. Bereits das Wissen um diese Zusage hat ihnen nach eigenem Vorbringen in der Vergangenheit geholfen, Situationen starker Schmerzen und großen Leidens durchzustehen. Angehörige oder Freunde, die bereit wären, ihnen assistierend zur Seite zu stehen, wenn sich der Sterbewunsch infolge akuter Verschlechterung des gesundheitlichen Zustandes konkretisieren sollte, haben die Beschwerdeführer nicht.

35 b) Die Beschwerdeführer sehen sich durch das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in ihrem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitenden Selbstbestimmungsrecht, hilfsweise in ihrem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzt. (...)

41 2. Der Beschwerdeführer zu II. ist ein in Deutschland eingetragener Verein, dessen satzungsgemäßer Zweck darin besteht, das „Recht auf Selbstbestimmung bis zum letzten Atemzug“ in Deutschland nach schweizerischem Vorbild zu verankern und seine Mitglieder bei der Durchsetzung dieses Rechts zu unterstützen.

42 a) Das Angebot des Beschwerdeführers beschränkte sich bis zum Inkrafttreten des § 217 StGB nicht auf beratende und unterstützende Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Abfassen und Durchsetzen von Patientenverfügungen, Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen, sondern schloss auch Suizidbegleitungen ein. Der Verein kennt vier Formen der Mitgliedschaft: eine Mitgliedschaft zu einem monatlichen Beitrag von 50 EUR, die ein Anrecht auf Suizidbegleitung nicht einschließt, und drei Mitgliedschaften, die sich – orientiert an der Höhe eines einmalig zu entrichtenden Beitrags zwischen 200 und 7000 EUR – in der Länge der Wartezeit bis zur Suizidbegleitung unterscheiden. Trotz dieser Mitgliedsbeiträge verfolgt der Verein seinen ethischen Grundsätzen zufolge keine wirtschaftlichen oder gewerblichen Zielsetzungen. Die Mitglieder des Vorstands üben ihre Tätigkeit ehrenamtlich aus und erhalten weder eine Vergütung noch eine Aufwands- oder Auslagenpauschale.

le. Insbesondere Suizidbegleitungen erfolgen ausschließlich ehrenamtlich. Die Vergütungen, die der Geschäftsführer des Vereins und sonstige angestellte und freie Mitarbeiter erhalten, beziehen sich nicht auf Suizidbegleitungen, sondern ausschließlich auf die übrigen Tätigkeiten, die sie für den Beschwerdeführer ausüben. Die Annahme von Geschenken oder Geld anlässlich einer Suizidbegleitung ist verboten.

Die Vereinsmitgliedschaft ist an die Volljährigkeit und entweder die deutsche oder schweizerische Staatsangehörigkeit oder einen Wohnsitz in Deutschland oder der Schweiz geknüpft. 43

Eine Suizidbegleitung durch den Beschwerdeführer setzt nach den von seinem Vorstand gemäß § 2 Abs. 1 Satz 4 der Vereinssatzung beschlossenen ethischen Grundsätzen insbesondere voraus, dass die uneingeschränkte Einsichts- und Willensfähigkeit des Sterbewilligen durch ein ärztliches Gutachten nachgewiesen und der Sterbewunsch trotz Aufklärung über alternative medizinische Optionen wohlwogen und unumstößlich ist. Der Sterbewillige muss ferner über das Risiko eines Fehlschlags und die spezifischen Risiken der von ihm gewählten Suizidmethode aufgeklärt werden. Die Einhaltung dieser Vorgaben ist zu dokumentieren. Zur Durchführung der Selbsttötung findet in der Regel eine Medikamentenmischung Anwendung, die der Beschwerdeführer den Betroffenen über kooperierende Ärzte und Pharmazeuten vermittelt. Die Zusammensetzung der Mischung legt der Beschwerdeführer nicht offen. 44

Seit Gründung am 1. Oktober 2009 sind dem Verein insgesamt über 1300 Mitglieder beigetreten. Davon haben sich 456 mit dem Ziel einer Freigabe zur Suizidbegleitung ärztlich begutachten lassen. 411 von ihnen haben die Freigabe erhalten. Davon haben sich 254 in der Folge tatsächlich mit Hilfe des Beschwerdeführers das Leben genommen, wobei die Altersspanne bei den Suizidenten zwischen 26 und 101 Jahren lag. Mit Inkrafttreten des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung sah der Beschwerdeführer sich gezwungen, sein Angebot der Suizidbegleitung in Deutschland vorläufig einzustellen. Nur über einen schweizerischen Schwesternverein mit Sitz in Zürich haben die Mitglieder des Beschwerdeführers seit Januar 2018 die Möglichkeit, unter Einbindung von nach § 217 Abs. 2 StGB straffrei gestellten Angehörigen Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen. 45

b) Der Beschwerdeführer zu II. sieht sich in seinem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 1 GG verletzt. (...) 46

3. a) Bei den Beschwerdeführern zu III. 1. bis III. 6. handelt es sich um zwei sogenannte Sterbehilfevereine mit Sitz in der Schweiz und in Deutschland und deren organschaftliche Vertreter und Mitarbeiter. 56

aa) Der Beschwerdeführer zu III. 1. ist ein Verein nach schweizerischem Recht mit Sitz im schweizerischen Forch. 57

Der Verein hat gemäß seinen Statuten zum Zweck, seinen Mitgliedern „ein menschenwürdiges Leben wie auch ein menschenwürdiges Sterben zu sichern, auch weiteren Personen bei der Durchsetzung dieses Menschenrechts behilflich zu sein und für dessen weltweite Verwirklichung zu kämpfen“. Ebenso wie bei dem Beschwerdeführer zu II. umfasst die Tätigkeit des Vereins, allerdings beschränkt auf das schweizerische Staatsgebiet, neben allgemeinen Beratungsleistungen im Bereich der Pflege und des Patientenschutzes auch die Sterbebegleitung und die Assistenz zur Selbsttötung. Er verfolgt dabei nach Art. 2 Abs. 4 seiner Statuten ebenfalls keine Erwerbszwecke. Der Verein finanziert sich über Beiträge seiner Mitglieder, Legate, Spenden und Eintrittsgebühren. 58

- 59 Die Mitgliedschaft ist nicht an einen Wohnsitz in der Schweiz oder an die schweizerische Staatsangehörigkeit geknüpft. Gemäß Art. 3 Abs. 1 der Vereinsstatuten unterscheidet der Verein bei der Mitgliedschaft zwischen Aktivmitgliedern, Kuratoriumsmitgliedern und sogenannten Destinatär-Mitgliedern. Nur letztere haben einen Anspruch auf Suizidhilfe. Neben einer einmaligen Eintrittsgebühr in Höhe von 200 CHF betragen die jährlichen Beiträge für Destinatär-Mitglieder zuletzt 80 CHF. Bei Inanspruchnahme einer Suizidhilfe fallen zusätzliche Kosten an; für die Vorbereitung 3 500 CHF, für die Durchführung weitere 2 500 CHF und für die fakultative Abwicklung der erforderlichen Formalitäten mit den Bestattungs- und Zivilstandsämtern 1 000 CHF. Mitglieder, die in bescheidenen finanziellen Verhältnissen leben, können auf Antrag ganz oder teilweise von der Zahlung der Eintrittsgebühr und der Beiträge befreit werden.
- 60 Nach den Statuten des Vereins ist eine Suizidhilfe daran geknüpft, dass der Sterbewillige unter einer zum Tode führenden Krankheit, einer unzumutbaren Behinderung oder nicht beherrschbaren Schmerzen leidet, keine Anhaltspunkte für eine eingeschränkte Urteilsfähigkeit vorliegen und der Sterbewunsch nicht nur vorübergehend besteht. Die Prüfung dieser Voraussetzungen erfolgt in einem ersten Schritt aufgrund einer vom Sterbewilligen persönlich verfassten Darlegung der Gründe seines Sterbewunsches und einer vorzulegenden medizinischen Dokumentation seiner Krankheits- und Behandlungsgenese, die ein mit dem Beschwerdeführer kooperierender Arzt prüft. Fällt diese Prüfung positiv aus, erteilt der Beschwerdeführer dem Betroffenen ein sogenanntes provisorisches grünes Licht. Die tatsächliche Gewährung der Suizidhilfe steht dann noch unter dem Vorbehalt zweier persönlicher ärztlicher Konsultationen. Bestehen auch danach aus Sicht des Arztes keine Zweifel an der fehlerfreien Willensbildung des Betroffenen, stellt der Arzt ein Rezept für eine letale Dosis Natrium-Pentobarbital zu Händen des Beschwerdeführers aus. Dessen Mitarbeiter lösen in der Folge das Rezept ein, stellen es dem Sterbewilligen zur Verfügung und begleiten diesen bei der eigenhändigen Einnahme. Übergabe und Einnahme finden ausschließlich in der Schweiz statt. Unmittelbar vor dem Vollzug der Selbsttötung muss der Sterbewillige eine „Freitoderklärung“ unterzeichnen. Darin hat er zu bescheinigen, freiwillig aus dem Leben scheiden zu wollen, und den Beschwerdeführer von der Haftung für etwaige Risiken der Selbsttötung freizuzeichnen.
- 61 Nach eigenen Angaben leistete der Beschwerdeführer im Zeitraum von seiner Gründung im Mai 1998 bis einschließlich 2017 in 2 550 Fällen Suizidhilfe. In 1 150 dieser Fälle stammten die Suizidenten aus Deutschland.
- 62 bb) Die Vermittlung von Personen aus Deutschland erfolgte seit 2005 durch den Beschwerdeführer zu III. 2. Hierbei handelt es sich um einen eingetragenen Verein mit Sitz in Hannover, der eigenen Angaben zufolge ebenfalls keine kommerziellen Interessen verfolgt und sich ausschließlich über Spenden, Aufnahmegebühren und Beiträge seiner Mitglieder finanziert. Die Aufnahmegebühr beläuft sich auf 120 EUR, der Monatsbeitrag auf 20 EUR.
- 63 Die Verwirklichung der Satzungszwecke des Beschwerdeführers zu III. 2., insbesondere die Stärkung der Selbstbestimmung, umfasst auch die Durchführung qualifizierter Sterbebegleitung. Seine hierauf gerichtete Tätigkeit beschränkte sich aber bereits vor Inkrafttreten von § 217 StGB darauf, seinen Mitgliedern aufgrund einer Kooperationsvereinbarung mit dem schweizerischen Schwesternverein, dem Beschwerdeführer zu III. 1., die Möglichkeit der Suizidhilfe in der Schweiz zu vermitteln. Mitglieder, die hiervon Gebrauch machen, müssen zusätzlich zu ihren Mitgliedsbeiträgen in Deutschland die in der Schweiz für eine Suizidhilfe gesondert erhobenen Beiträge zahlen. Im Zeitraum von 2005 bis 2016 hat der Beschwerdeführer zu III. 2. insgesamt 724 seiner Mitglieder an seinen schweizerischen Schwesternverein zur Durchführung einer Suizidhilfe vermittelt.
- Mit Inkrafttreten des § 217 StGB hat der Beschwerdeführer seine Vermittlungspraxis eingestellt.
- 64
- cc) Der Beschwerdeführer zu III. 3. und die Beschwerdeführerin zu III. 4. sind beide in verantwortlicher organschaftlicher Stellung für die beschwerdeführenden Vereine tätig. Der Beschwerdeführer zu III. 3. ist Gründer beider Vereine und Generalsekretär des schweizerischen Vereins. Die Beschwerdeführerin zu III. 4. ist Gründungsmitglied des deutschen Vereins und aktuell dessen Zweite Vorsitzende. In diesen Funktionen leiten sie die Geschäfte des jeweiligen Vereins und haben in der Vergangenheit die wesentlichen Entscheidungen in den vereinsinternen Verfahren zur Begleitung sterbewilliger Menschen getroffen und Vereinsmitglieder auch persönlich bei der assistierten Selbsttötung beraten und begleitet.
- 65
- dd) Die Beschwerdeführerin zu III. 5. berät als Sachbearbeiterin die Mitglieder beider beschwerdeführenden Vereine in sämtlichen Belangen einer Suizidhilfe und begleitet sie auch persönlich bei dem Vollzug der Selbsttötung.
- 66
- ee) Der Beschwerdeführer zu III. 6. ist Mitbegründer des Beschwerdeführers zu III. 2. Als Rechtsanwalt berät er die organschaftlichen Vertreter, Mitarbeiter und Mitglieder der beiden beschwerdeführenden Vereine zu allen im Zusammenhang mit deren Tätigkeit auftretenden Rechtsfragen. Diese Tätigkeit umfasste bis zum Inkrafttreten von § 217 StGB auch die individuelle Beratung zu den tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten einer Suizidhilfe in der Schweiz und die darauf gerichtete Vermittlung an die beschwerdeführenden Vereine.
- 67
- b) Die Beschwerdeführer zu III. sehen sich als Adressaten des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in Grundrechten verletzt. Sie machen geltend, durch § 217 StGB daran gehindert zu sein, den auf die Suizidhilfe gerichteten Teil ihrer Tätigkeit weiter auszuüben. Zudem rügen sie einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG. (...)
- 68
4. a) Der Beschwerdeführer zu IV. ist Internist und war während seiner über 30 Jahre umfassenden beruflichen Laufbahn unter anderem als Chefarzt der Rettungsstelle eines Berliner Klinikums und als Geschäftsführer eines von ihm gegründeten Hospizes tätig. Er betreut bis heute Patienten mit tödlich verlaufenden Erkrankungen und hat im Rahmen seiner ärztlichen Berufstätigkeit bereits mehrfach, aber stets unentgeltlich, Suizidhilfe geleistet, indem er Sterbewilligen eine letale Medikamentendosis bereitstellte. Zudem hat er Menschen beim freiwilligen Verzicht auf Nahrung und Flüssigkeit ärztlich begleitet.
- 71
- b) Der Beschwerdeführer sieht sich durch § 217 StGB in seiner Gewissens- (Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG) und seiner Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt. Suizidhilfe stelle zwar weder den Schwerpunkt noch einen nennenswerten Anteil seiner ärztlichen Tätigkeit dar. Dennoch möchte der Beschwerdeführer auch künftig in Ausnahmefällen schwersten Leidens Suizidhilfe leisten dürfen, wenn vorrangige palliative Behandlungs- und Versorgungsmöglichkeiten, etwa bei Atemnot oder Knochenschmerzen, an ihre Grenzen stoßen. (...)
- 72

- 75 5. Die Beschwerdeführer zu V. sind ebenfalls Ärzte. Sie sind sowohl in der stationären als auch der ambulanten Palliativversorgung tätig.
- 76 a) Der Beschwerdeführer zu V. 1. ist Facharzt für Palliativmedizin und leitender Arzt des „Palliative Care Team S.“, das die mobile palliative Versorgung schwerstkranker Patienten in deren häuslicher Umgebung und Pflegeeinrichtungen sicherstellt. Die Beschwerdeführerin zu V. 2. ist Internistin und Chefärztin der Abteilung für Palliativmedizin im Klinikum N., einem Lehrkrankenhaus der Universität E. Die Beschwerdeführerin zu V. 3. ist niedergelassene Fachärztin für Allgemeinmedizin mit der Zusatzbezeichnung Akupunktur und Palliativmedizin. Der Beschwerdeführer zu V. 4. ist ebenfalls als Arzt im Bereich der Palliativversorgung tätig. Alle vier Beschwerdeführer betreuen stationär oder ambulant schwerkranke Patienten und sehen sich in ihrer praktischen Arbeit wiederholt mit dem Wunsch nach Suizidhilfe konfrontiert. Zwar sei ihre Tätigkeit vom Vorrang palliativmedizinischer Therapieformen und der Suizidprävention geprägt. Im Einzelfall, in dem die Palliativmedizin ihre Grenzen erreicht und Leiden eines Patienten nicht mehr lindern kann, verschlossen auch sie sich einem Ansinnen nach Suizidhilfe aber nicht grundsätzlich.
- 77 b) aa) In Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer zu IV. machen sie geltend, dass § 217 StGB die Straffreiheit restriktiv praktizierter ärztlicher Suizidhilfe aufgrund seiner mangelnden Bestimmtheit ebenso wenig sicherstelle wie die Straffreiheit der ärztlichen Begleitung eines freiwilligen Verzichts auf Nahrung und Flüssigkeit. Ergänzend machen sie geltend, dass die tatbestandliche Unschärfe der Regelung keine sichere Einordnung weiterer, in der Berufspraxis eines Arztes auftretender Grenzfälle erlaube. Insbesondere bei der ambulanten Medikamentenversorgung stelle § 217 StGB den behandelnden Arzt vor einen unlösbaren Konflikt. Die ambulante Versorgung von Patienten mit Medikamenten in zwar medizinisch indizierter, bei missbräuchlicher Gesamteinnahme aber letal wirkender Dosis könne als vorsätzliches geschäftsmäßiges Gewähren oder Verschaffen einer Gelegenheit zur Selbsttötung im Sinne des § 217 Abs. 1 StGB eingeordnet werden, wenn der Arzt der ihm obliegenden Aufklärung über das Risiko einer missbräuchlichen Einnahme nachkomme, obwohl er um die mögliche Suizidalität des Patienten wisse und den Missbrauch der Medikamente zumindest billigend in Kauf nehme.
- 78 Die Beschwerdeführer sehen sich, um diesen Strafbarkeitsrisiken zu entgehen, gezwungen, ihren Beruf unter Missachtung des im Patienteninteresse situativ Gebotenen und entgegen ihrem Selbstverständnis auszuüben, und dadurch in ihren Grundrechten aus Art. 4 Abs. 1 Var. 2 und Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. (...)
- 81 6. Das Verfahren 2 BvR 2527/16 umfasst fünf Beschwerdeführer.
- 82 a) Der Beschwerdeführer zu VI. 1. war als niedergelassener Urologe tätig und hat eigenen Angaben zufolge im Laufe seiner Berufstätigkeit hunderten von unheilbar kranken und schwer leidenden Patienten Suizidhilfe geleistet. Mit Inkrafttreten des § 217 StGB kam er Bitten um Suizidhilfe nicht mehr nach. Der Beschwerdeführer zu VI. 1. ist am 12. April 2019 verstorben.
- 83 b) Die Beschwerdeführerin zu VI. 2. ist als niedergelassene Allgemeinmedizinerin in der Schweiz tätig. Sie ist ehemalige Konsiliarärztin des Beschwerdeführers zu III. 1. und seit 2011 für die von ihr mitbegründete Stiftung E. als ärztliche „Freitodbegleiterin“ tätig. Diese Stiftung stellt in der Schweiz das an die Mitgliedschaft bei dem ebenfalls in der Schweiz ansässigen Verein L. geknüpfte Angebot einer Suizidhilfe nach Maßgabe der schweizerischen Rechtslage zur Verfügung. Das Angebot steht auch Personen offen, die weder die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen noch in der Schweiz wohnhaft sind. Im Rahmen ihrer Tätigkeit suchte die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit auch suizidwillige Personen in Deutschland auf, um deren Entscheidungs- und Urteilsfähigkeit sowie die Ernsthaftigkeit deren Antrags auf Suizidhilfe zu prüfen. Ebenso führte sie Reisebegleitungen suizidwilliger Personen in die Schweiz durch. Auch sie hat seit Inkrafttreten des § 217 StGB ihre Tätigkeit in Deutschland eingestellt.
- 84 c) Der Beschwerdeführer zu VI. 3. ist Rechtsanwalt, der sich auf dem Gebiet des Gesundheits- und Pflegerechts spezialisiert hat. Er beriet Mandanten in der Vergangenheit nicht nur zu rechtlichen Fragen der Sterbe- und Suizidhilfe, sondern begleitete wiederholt schwer kranke und nicht mehr allein reisefähige Personen in die Schweiz, damit diese dort unter Assistenz Suizid begehen konnten. Seit Inkrafttreten des § 217 StGB sieht sich der Beschwerdeführer gezwungen, sowohl die anwaltliche Beratung zu Fragen der Suizidhilfe, insbesondere zum ärztlich begleiteten Suizid, als auch Begleitungen in die Schweiz abzulehnen, weil darin das geschäftsmäßige Verschaffen einer Gelegenheit zur Selbsttötung liege.
- 85 d) Bei der zwischenzeitlich verstorbenen Beschwerdeführerin zu VI. 4. und dem Beschwerdeführer zu VI. 5. handelt es sich um Ehepartner, die beide in der Vergangenheit bereits erfolglos um Suizidhilfe nachgesucht haben. In der sie einenden Überzeugung, infolge chronischer Erkrankungen mit zunehmenden erheblichen physischen Beschwerden würdevoll nur durch Selbsttötung sterben zu können, wollten beide durch assistierten Suizid einer stationären Versorgung in palliativen Einrichtungen oder Hospizen zuvorkommen, um Autonomieverlust und Abhängigkeit zu vermeiden. Insbesondere die Beschwerdeführerin zu VI. 2. wies ihr Anliegen aber unter Verweis auf die seit Inkrafttreten des § 217 StGB in Deutschland geltende Rechtslage zurück.
- 86 e) Die Beschwerdeführer zu VI. 2. und VI. 3. machen übereinstimmend geltend, sie würden daran gehindert, Suizidhilfe zu leisten. Dadurch seien sie in ihrer Gewissens- und ihrer Berufsfreiheit, subsidiär in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung sei nicht gerechtfertigt. Überdies rügen auch sie einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG.
- 87 f) Der Beschwerdeführer zu VI. 5. macht – ebenso wie die Beschwerdeführer zu I. 1. und I. 2. – geltend, durch § 217 StGB in seiner eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Entscheidung über die Modalitäten seines Ablebens beschnitten zu sein. Es werde ihm faktisch unmöglich gemacht, die Dienste eines professionellen Suizidhelfers in Anspruch zu nehmen, und dadurch eine nach seiner Vorstellung humane Form des Suizids verwehrt. Den grundrechtlichen Schutz dieser Entscheidung leitet er sowohl aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG als auch dem Recht auf Leben aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ab. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasse in seiner Ausprägung als Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Tod nicht nur das Recht des Einzelnen, selbstbestimmt sein Leben zu beenden, sondern auch die Entscheidung, hierbei die Unterstützung Dritter in Anspruch zu nehmen. Auch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG umfasse als negative Handlungsfreiheit die Verfügungsbefugnis über das eigene Leben, mithin ein Recht auf Sterben. Diese Verfügungsbefugnis könne nicht bloß durch die verbindliche Ablehnung lebenserhaltender Maßnahmen,

- sondern auch durch Selbsttötung ausgeübt werden. Subsidiär greife jedenfalls der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Die Einschränkung dieser Freiheitsrechte sei nicht gerechtfertigt. In seiner Ausgestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt beruhe § 217 StGB auf paternalistischen Erwägungen, denen eine mit der staatlichen Neutralitätspflicht unvereinbare inhaltliche Bewertung der Inanspruchnahme grundrechtlich geschützter Freiheit zugrunde liege.
- 88** V. 1. Gelegenheit zur Äußerung gemäß § 94 Abs. 4 in Verbindung mit § 77 Nr. 1 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) hatten der Deutsche Bundestag, der Bundesrat, die Bundesregierung (Bundeskanzleramt und Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz) und alle Landesregierungen. (...)
- 124** 2. Die Präsidentin des Bundesgerichtshofs hat auf Anfrage mitgeteilt, dass die dortigen Strafsenate mit Verfahren, in denen § 217 StGB Anwendung gefunden habe, noch nicht befasst gewesen seien. Im Übrigen hat sie von einer Stellungnahme abgesehen.
- 125** 3. Nach Auffassung des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof genießt nicht nur die freiverantwortliche Selbsttötung als solche, sondern auch die Inanspruchnahme freiwilliger Hilfe Dritter hierzu verfassungsrechtlichen Schutz. Er hält die Beschränkung dieses Rechts aber für verfassungsrechtlich gerechtfertigt. (...)
- 142** 4. Des Weiteren haben das Kommissariat der deutschen Bischöfe, die Evangelische Kirche in Deutschland, der Zentralrat der Juden in Deutschland, die Bundesärztekammer, der Marburger Bund, der Deutsche Berufsverband für Pflegeberufe – Bundesverband e.V., die Deutsche Gesellschaft für Palliativmedizin e.V., die Deutsche PalliativStiftung, die Deutsche Stiftung Patientenschutz, der Deutsche Hospiz- und Palliativverband e.V. sowie die Humanistische Union, der Humanistische Verband Deutschland – Bundesverband e.V. und der Deutsche Anwaltverein e.V. von der ihnen gemäß § 27a BVerfGG gewährten Gelegenheit zur Stellungnahme Gebrauch gemacht.
- 143** Die Bundesrechtsanwaltskammer, der Deutsche Richterbund, die Neue Richtervereinigung, der Hartmannbund, die Internationale Gesellschaft für Sterbegleitung und Lebensbeistand e.V., der Deutsche Pflegerat e.V. und der Deutsche Pflegeverband e.V. haben hingegen von einer Stellungnahme abgesehen. (...)
- 150** bb) Die Bundesärztekammer und der Marburger Bund haben unter Verweis auf Berufsethos und Berufsrecht der Ärzteschaft ergänzend ausgeführt, dass ein Selbstbestimmungsrecht über das eigene (Ab-)Leben als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts jedenfalls keinen Anspruch auf ärztliche Assistenz zur Selbsttötung begründen könne. Suizidhilfe sei nach grundsätzlicher Haltung der Ärzteschaft keine ärztliche Aufgabe, was sich in ihrem berufsrechtlichen Verbot niedergeschlagen habe. Dieses Verbot umfasse sowohl die beratende oder begutachtende medizinische Vorbereitung eines Selbsttötungsvorhabens als auch die Betreuung dessen tatsächlichen Vollzugs. Sollten Handlungen der Suizidhilfe hingegen gesetzlich zum akzeptierten Spektrum ärztlicher Tätigkeit erklärt werden, bestünde die Gefahr, dass Suizidhilfe sich als freiverfügbare Regelleistung ärztlichen Handelns etabliere und Ärzte aufgrund einer an sie adressierten Erwartungshaltung zumindest einer moralischen Pflicht unterlägen, Suizidhilfe zu leisten. Einer solchen Entwicklung wirke das Verbot des § 217 StGB entgegen.
- Die Norm sei hinreichend bestimmt und ermögliche insbesondere eine Abgrenzung zwischen nach berufszärztlichem Selbstverständnis zulässigen und gebotenen Maßnahmen sterbebegleitender Palliativmedizin auf der einen und strafbaren Suizidhilfehandlungen auf der anderen Seite. Anderslautenden Bedenken aus dem Kreis der Ärzteschaft könne durch eine restriktive Auslegung der Vorschrift, insbesondere des einschränkenden Tatbestandsmerkmals der Geschäftsmäßigkeit, begegnet werden. Diese habe sich an dem Willen des Gesetzgebers zu orientieren, der erkennbar solches Handeln unter Strafe habe stellen wollen, das subjektiv darauf ausgelegt sei, Gelegenheit zur Selbsttötung zu eröffnen und zu fördern. Dafür genüge der bloße Vorbehalt, im Einzelfall auch wiederholt Suizidhilfe in Erwägung zu ziehen, nicht. Vielmehr sei eine Geschäftsmäßigkeit erst dann anzunehmen, wenn ein Arzt Suizidhilfe in der Absicht kontinuierlicher Wiederholung zum regelhaften Gegenstand seiner Tätigkeit mache. Weder intensiv- oder palliativmedizinische Behandlung noch die ärztlich gewährte Suizidhilfe im Einzelfall unterfielen danach der Strafandrohung. (...)
5. Des Weiteren haben dem Senat eigeninitiativ erfolgte Eingaben, insbesondere der G.-B.-Stiftung, der F. – Weltanschauungsgemeinschaft, des Arbeitskreises E. und des Arbeitsbündnisses K., sowie von Praktikern und Wissenschaftlern übermittelte Fachbeiträge vorgelegen. (...)
- VI. Der Senat hat am 16. und 17. April 2019 eine mündliche Verhandlung durchgeführt, in der die Verfahrensbeteiligten ihr bisheriges Vorbringen vertieft haben. (...)
- B. I. 1. Der Beschwerdeführer zu VI. 1. ist am 12. April 2019 verstorben. Seine Verfassungsbeschwerde hat sich infolge dessen erledigt (vgl. BVerfGE 6, 389 <442 f.>; 12, 311 <315>; 109, 279 <304>). Gründe, das Verfahren trotz des Ablebens des Beschwerdeführers fortzuführen, insbesondere ein bereits konkretisiertes Rehabilitationsinteresse (vgl. dazu BVerfGE 37, 201 <206>), bestehen nicht, zumal die Norm des § 217 StGB durch die übrigen Verfassungsbeschwerden in zulässiger Weise zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung gestellt ist (siehe dazu Rn. 192 ff.).
- Es ist daher lediglich auszusprechen, dass sich das Verfahren durch den Tod des Beschwerdeführers erledigt hat (vgl. BVerfGE 109, 279 <304>).
2. Dasselbe gilt für die Verfassungsbeschwerde der zwischenzeitlich ebenfalls verstorbenen Beschwerdeführerin zu VI. 4.
- II. Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu III. 1., eines schweizerischen Sterbehilfevereins, ist unzulässig. Der Beschwerdeführer kann nicht geltend machen, durch § 217 StGB in Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein. Er ist mangels Grundrechtsfähigkeit nicht antragsberechtigt, soweit er sich als juristische Person mit Sitz in der Schweiz auf materielle Grundrechte beruft (1.). Er legt auch nicht dar, dass er durch eine unzureichende Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung betroffen wäre (2.). (...)
- III. Die übrigen Verfassungsbeschwerden sind zulässig.
- Die Beschwerdeführer können sich jeweils auf den Schutz von Grundrechten berufen und haben auch hinreichend dargetan, in solchen durch die angegriffene Norm möglicherweise verletzt zu sein. Dies gilt insbesondere für die Beschwerdeführer zu I. 1., I. 2. und VI. 5. (1.), die Beschwerdeführer zu II. und III. 2. als juristische Personen des Privatrechts mit Sitz im Inland (2.) sowie die Beschwerde-

fürher zu III. 3., III. 5. und zu VI. 2. als schweizerische Staatsangehörige (3.). (...)

- 200 C. Die Verfassungsbeschwerden sind, soweit zulässig, auch begründet.
- 201 § 217 StGB verletzt die Beschwerdeführer zu I. 1., I. 2. und VI. 5. in ihrem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitenden Recht auf selbstbestimmtes Sterben (I.). Die weiteren Beschwerdeführer sind, soweit sie Suizidhilfe im Rahmen beruflicher Tätigkeit erbringen möchten und die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, durch das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und im Übrigen in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzt. Die Strafandrohung des § 217 StGB verletzt die Beschwerdeführer zu III. 3. bis III. 6., IV., V. 1. bis V. 4. sowie VI. 2. und VI. 3. zudem in ihrem Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG. Die Beschwerdeführer zu II. und III. 2. sind durch die an die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung geknüpfte Bußgeldbewehrung nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt (II.). Einer verfassungskonformen Auslegung ist die Regelung des § 217 StGB nicht zugänglich (III.). Sie ist daher mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig (IV.).
- 202 I. Das in § 217 StGB normierte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) von zur Selbsttötung entschlossenen Menschen in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Das gilt auch dann, wenn die Regelung in enger Auslegung ausschließlich die von Wiederholungsabsicht getragene Förderung einer Selbsttötung als Akt eigenhändiger Beendigung des eigenen Lebens erfasst.
- 203 Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht, selbstbestimmt die Entscheidung zu treffen, sein Leben eigenhändig bewusst und gewollt zu beenden und bei der Umsetzung der Selbsttötung auf die Hilfe Dritter zurückzugreifen (1.). In dieses Recht greift § 217 StGB ein (2.). Der Grundrechtseingriff ist nicht gerechtfertigt (3.). Die Anerkennung eines Rechts auf Selbsttötung und die hier festgelegten Grenzen seiner Einschränkung stehen im Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (4.).
- 204 1. Das Recht des zur freien Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Menschen, sich das Leben zu nehmen, ist vom Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst.
- 205 a) Die Achtung und der Schutz der Menschenwürde und der Freiheit sind grundlegende Prinzipien der Verfassungsordnung, die den Menschen als eine zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähige Persönlichkeit begreift (vgl. BVerfGE 5, 85 <204>; 45, 187 <227>). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt als „unbenanntes“ Freiheitsrecht Elemente der Persönlichkeit, die nicht Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes sind, diesen aber in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen (stRspr, vgl. BVerfGE 99, 185 <193>; 101, 361 <380>; 106, 28 <39>; 118, 168 <183>; 120, 274 <303>; 147, 1 <19 Rn. 38>).
- 206 Der spezifische Bezug des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu Art. 1 Abs. 1 GG kennzeichnet seinen Schutzgehalt: Bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite des – nicht abschließend umschriebenen – Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist zu berücksichtigen, dass

die Würde des Menschen unantastbar ist und gegenüber aller staatlichen Gewalt Achtung und Schutz beansprucht (vgl. BVerfGE 27, 344 <351>; 34, 238 <245>). Von der Vorstellung ausgehend, dass der Mensch in Freiheit sich selbst bestimmt und entfaltet (vgl. BVerfGE 45, 187 <227>; 117, 71 <89>; 123, 267 <413>), umfasst die Garantie der Menschenwürde insbesondere die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität (vgl. BVerfGE 144, 20 <207 Rn. 539>). Damit ist ein sozialer Wert- und Achtungsanspruch verbunden, der es verbietet, den Menschen zum „bloßen Objekt“ staatlichen Handelns zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt (vgl. BVerfGE 27, 1 <6>; 45, 187 <228>; 109, 133 <149 f.>; 117, 71 <89>; 144, 20 <207 Rn. 539 f.>). Die unverlierbare Würde des Menschen als Person besteht hiernach darin, dass er stets als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt bleibt (vgl. BVerfGE 45, 187 <228>; 109, 133 <171>).

Dieser in der Würde des Menschen wurzelnde Gedanke autonomer Selbstbestimmung wird in den Gewährleistungsgehalten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts näher konkretisiert (vgl. BVerfGE 54, 148 <155>; 65, 1 <41, 42 f.>; 80, 367 <373>; 103, 21 <32 f.>; 128, 109 <124>; 142, 313 <339 Rn. 74>). Es sichert die Grundbedingungen dafür, dass der Einzelne seine Identität und Individualität selbstbestimmt finden, entwickeln und wahren kann (vgl. BVerfGE 35, 202 <220>; 79, 256 <268>; 90, 263 <270>; 104, 373 <385>; 115, 1 <14>; 116, 243 <262 f.>; 117, 202 <225>; 147, 1 <19 Rn. 38>). Namentlich die selbstbestimmte Wahrung der eigenen Persönlichkeit setzt voraus, dass der Mensch über sich nach eigenen Maßstäben verfügen kann und nicht in Lebensformen gedrängt wird, die in unauf lösbarem Widerspruch zum eigenen Selbstbild und Selbstverständnis stehen (vgl. BVerfGE 116, 243 <264 f.>; 121, 175 <190 f.>; 128, 109 <124, 127>).

b) Danach umfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Ausdruck persönlicher Autonomie auch ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben, welches das Recht auf Selbsttötung einschließt (aa). Der Grundrechtsschutz erstreckt sich auch auf die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und sie, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen (bb).

aa) (1) Die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, ist von existentieller Bedeutung für die Persönlichkeit eines Menschen. Sie ist Ausfluss des eigenen Selbstverständnisses und grundlegender Ausdruck der zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Person. Welchen Sinn der Einzelne in seinem Leben sieht und ob und aus welchen Gründen sich eine Person vorstellen kann, ihr Leben selbst zu beenden, unterliegt höchstpersönlichen Vorstellungen und Überzeugungen. Der Entschluss betrifft Grundfragen menschlichen Daseins und berührt wie keine andere Entscheidung Identität und Individualität des Menschen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben umfasst deshalb nicht nur das Recht, nach freiem Willen lebenserhaltende Maßnahmen abzulehnen und auf diese Weise einem zum Tode führenden Krankheitsgeschehen seinen Lauf zu lassen (vgl. im Ergebnis auch BVerfGE 142, 313 <341 Rn. 79>; BGHSt 11, 111 <113 f.>; 40, 257 <260, 262>; 55, 191 <196 f. Rn. 18, 203 f. Rn. 31 ff.>; BGHZ 163, 195 <197 f.>). Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben erstreckt sich auch auf die Entscheidung des Einzelnen, sein Leben eigenhändig zu beenden. Das Recht, sich selbst das Leben zu nehmen, stellt sicher, dass der Einzelne über sich entsprechend dem eigenen Selbstbild autonom bestimmen und damit seine Persönlichkeit wahren kann (vgl.

207

208

209

Bethge, in: Isensee/Kirchhof, HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 203 Rn. 41, 44; Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 154; Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 90 f.; Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 89 <Mai 2009>; Hufen, NJW 2018, S. 1524 <1525>; a.A. Lorenz, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Rn. 54, 303 <April 2008> sowie Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rn. 420 <Juni 2012>; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 192).

210 (2) Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben ist als Ausdruck personaler Freiheit nicht auf fremddefinierte Situationen beschränkt. Das den innersten Bereich individueller Selbstbestimmung berührende Verfügungsrecht über das eigene Leben ist insbesondere nicht auf schwere oder unheilbare Krankheitszustände oder bestimmte Lebens- und Krankheitsphasen beschränkt. Eine Einengung des Schutzbereichs auf bestimmte Ursachen und Motive liefe auf eine Bewertung der Beweggründe des zur Selbsttötung Entschlossenen und auf eine inhaltliche Vorbestimmung hinaus, die dem Freiheitsgedanken des Grundgesetzes fremd ist. Abgesehen davon, dass eine solche Einschränkung in der Praxis zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen würde, träte sie in Widerspruch zu der das Grundgesetz bestimmenden Idee von der Würde des Menschen und seiner freien Entfaltung in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung (vgl. BVerfGE 80, 138 <154> für die allgemeine Handlungsfreiheit). Die Verwurzelung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG impliziert gerade, dass die eigenverantwortliche Entscheidung über das eigene Lebensende keiner weiteren Begründung oder Rechtfertigung bedarf. Art. 1 Abs. 1 GG schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewusst wird (vgl. BVerfGE 49, 286 <298>; 115, 1 <14>). Maßgeblich ist der Wille des Grundrechtsträgers, der sich einer Bewertung anhand allgemeiner Wertvorstellungen, religiöser Gebote, gesellschaftlicher Leitbilder für den Umgang mit Leben und Tod oder Überlegungen objektiver Vernünftigkeit entzieht (vgl. BVerfGE 128, 282 <308>; 142, 313 <339 Rn. 74> für Heileingriffe). Die Selbstbestimmung über das eigene Lebensende gehört zum „ureigensten Bereich der Personalität“ des Menschen, in dem er frei ist, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu entscheiden (vgl. BVerfGE 52, 131 <175> abw. Meinung Hirsch, Niebler und Steinberger für ärztliche Heileingriffe). Dieses Recht besteht in jeder Phase menschlicher Existenz. Die Entscheidung des Einzelnen, dem eigenen Leben entsprechend seinem Verständnis von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz ein Ende zu setzen, ist im Ausgangspunkt als Akt autonomer Selbstbestimmung von Staat und Gesellschaft zu respektieren.

211 (3) Das Recht, sich selbst zu töten, kann nicht mit der Begründung verneint werden, dass sich der Suizident seiner Würde begibt, weil er mit seinem Leben zugleich die Voraussetzung seiner Selbstbestimmung und damit seine Subjektstellung aufgibt (vgl. aus ethisch-moralischer Sicht aber Böckenförde, in: Stimmen der Zeit 2008, S. 245 <256>; ähnlich Niestroj, Die rechtliche Bewertung der Selbsttötung und die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung, 1983, S. 75; Lorenz, in: Isensee/Kirchhof, HStR VI, 2. Aufl. 2001, § 128 Rn. 62; ders., JZ 2009, S. 57 <60>; a.A. etwa Antoine, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 236). Zwar ist das Leben die vitale Basis der Menschenwürde (vgl. BVerfGE 39, 1 <41 f.>; 88, 203 <252>; 115, 118 <152>). Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen

werden, dass eine auf einen freien Willen zurückgehende Selbsttötung der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde widerspräche. Die Menschenwürde, die dem Einzelnen ein Leben in Autonomie gewährleistet, steht der Entscheidung des zur freien Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Menschen, sich zu töten, nicht entgegen. Die selbstbestimmte Verfügung über das eigene Leben ist vielmehr unmittelbarer Ausdruck der der Menschenwürde innewohnenden Idee autonomer Persönlichkeitsentfaltung; sie ist, wenngleich letzter, Ausdruck von Würde. Der mit freiem Willen handelnde Suizident entscheidet sich als Subjekt für den eigenen Tod (vgl. BVerfGE 115, 118 <160 f.>). Er gibt sein Leben als Person selbstbestimmt und nach eigener Zielsetzung auf. Die Würde des Menschen ist folglich nicht Grenze der Selbstbestimmung der Person, sondern ihr Grund: Der Mensch bleibt nur dann als selbstverantwortliche Persönlichkeit, als Subjekt anerkannt, sein Wert- und Achtungsanspruch nur dann gewahrt, wenn er über seine Existenz nach eigenen, selbstgesetzten Maßstäben bestimmen kann (vgl. Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 154; Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 86 ff.; Nettessheim, AöR 130 <2005>, S. 71 <105 f.>).

bb) Das von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht, sich selbst zu töten, umfasst auch die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen.

Das Grundgesetz gewährleistet die Entfaltung der Persönlichkeit im Austausch mit Dritten, die ihrerseits in Freiheit handeln. Zur grundrechtlich geschützten Freiheit gehört daher auch die Möglichkeit, auf Dritte zuzugehen, bei ihnen Unterstützung zu suchen und von ihnen im Rahmen ihrer Freiheit angebotene Hilfe anzunehmen. Das gilt insbesondere auch für denjenigen, der erwägt, sein Leben eigenhändig zu beenden. Gerade er sieht sich vielfach erst durch die fachkundige Hilfe kompetenter und bereitwilliger Dritter, insbesondere Ärzte, in der Lage, hierüber zu entscheiden und gegebenenfalls seinen Suizidentschluss in einer für ihn zumutbaren Weise umzusetzen. Ist die Wahrnehmung eines Grundrechts von der Einbeziehung dritter Personen abhängig und hängt die freie Persönlichkeitsentfaltung in dieser Weise an der Mitwirkung eines anderen (vgl. Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 80 f., 84, 88 ff.), schützt das Grundrecht auch davor, dass es nicht durch ein Verbot gegenüber Dritten, im Rahmen ihrer Freiheit Unterstützung anzubieten, beschränkt wird.

2. § 217 StGB greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführer zu I. 1., I. 2. und VI. 5. ein, auch wenn sie nicht unmittelbare Adressaten des § 217 StGB sind (a). Die Wirkung der Norm erschöpft sich nicht in dem bloßen Reflex eines anderen Zielen dienenden Gesetzes (b).

a) Der Grundrechtsschutz ist nicht auf unmittelbar adressierte Eingriffe beschränkt. Auch staatliche Maßnahmen, die eine mittelbare oder faktische Wirkung entfalten, können Grundrechte beeinträchtigen und müssen daher von Verfassungen wegen hinreichend gerechtfertigt sein. Sie können in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem normativen und direkten Eingriff gleichkommen und müssen dann wie ein solcher behandelt werden (vgl. BVerfGE 105, 252 <273>; 110, 117 <191>).

Das in § 217 Abs. 1 StGB strafbewehrte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung macht es den Beschwerdeführern faktisch unmöglich, die von ihnen gewählte geschäftsmäßig angebotene Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen, weil entsprechende Anbieter ihre Tätigkeit nach

Inkrafttreten von § 217 StGB zur Vermeidung straf- und ordnungsrechtlicher Konsequenzen eingestellt haben. Da eine rechtfertigende Einwilligung aufgrund der Tatbestandsausgestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt, das einen über den Individualschutz hinausgehenden Rechtsgüterschutz verfolgt, nicht in Betracht kommt (vgl. Berghäuser, ZStW 2016, S. 741 <771 f.>; Oğlakcioğlu, in: BeckOK StGB, § 217 Rn. 38 <November 2019>; Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 217 Rn. 32; Taupitz, medstra 2016, S. 323 <327>), wirkt sich das Verbot auch zu Lasten derjenigen aus, die sich, wie es die Beschwerdeführer zu I. 1. und I. 2. sowie zu VI. 5. geltend machen, selbstbestimmt, ohne äußeren Druck und wohlüberlegt zur Selbsttötung entschlossen haben.

217 b) Die Beeinträchtigungen treten nicht nur reflexartig als Folge eines anderen Zielen dienenden Gesetzes ein (vgl. BVerfGE 116, 202 <222 f.>). Sie sind von der Zweckrichtung des Gesetzes vielmehr bewusst umfasst und begründen damit in ihrer Zielsetzung und ihren mittelbar-faktischen Auswirkungen einen Eingriff auch gegenüber den suizidwilligen Personen (vgl. BVerfGE 148, 40 <51 Rn. 28> m.w.N.). Mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe soll nach dem Willen des Gesetzgebers ein wirksamer Schutz der Selbstbestimmung und des Grundrechts auf Leben gerade dadurch erreicht werden, dass solche Angebote Suizidwilligen nicht mehr zur Verfügung stehen (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 2 f.).

218 Der von § 217 StGB ausgehende mittelbare Eingriff entfaltet dabei eine objektiv die Freiheit zum Suizid einschränkende Wirkung. Der Einzelne, der sein Leben mit der Hilfe geschäftsmäßig handelnder Dritter selbstbestimmt beenden möchte, ist gezwungen, auf Alternativen auszuweichen mit dem erheblichen Risiko, dass er mangels tatsächlicher Verfügbarkeit anderer zumutbarer Möglichkeiten einer schmerzfreien und sicheren Selbsttötung seinen Entschluss nicht realisieren kann (vgl. hierzu noch Rn. 280 ff.). Angesichts der existentiellen Bedeutung, die der Selbstbestimmung über das eigene Leben für die personale Identität, Individualität und Integrität zukommt, und des Umstands, dass die Ausübung des Grundrechts durch die Norm jedenfalls erheblich erschwert wird, wiegt der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschwerdeführer auch besonders schwer.

219 3. Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht gerechtfertigt.

220 Einschränkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bedürfen einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage (a). Das in § 217 StGB normierte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ist am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen (b). Den sich daraus ergebenden Anforderungen genügt § 217 StGB nicht (c).

221 a) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist der Einwirkung der öffentlichen Gewalt nicht vollständig entzogen. Der Einzelne muss staatliche Maßnahmen hinnehmen, wenn sie im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder im Hinblick auf grundrechtlich geschützte Interessen Dritter unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots ergriffen werden (vgl. BVerfGE 120, 224 <239> m.w.N.). Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bestehen für das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Vergleich zum Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit erhöhte Rechtfertigungsanforderungen. Diese sind besonders hoch, wenn es um Gewährleistungsgehalte geht, die einen spezifischen Bezug zu der Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG aufweisen. Dabei reichen die Garantien besonders weit, je mehr sich der Einzelne innerhalb seiner engsten Privat-

sphäre bewegt, und schwächen sich mit zunehmendem sozialen Kontakt nach außen ab (vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 157 ff. <Juli 2001>).

Die freiverantwortlich getroffene Entscheidung, das eigene Leben mit Hilfe Dritter zu beenden, bleibt nicht auf die engste Privatsphäre beschränkt. Sie ist zwar von höchstpersönlichem Charakter. Jedoch steht sie in Wechselwirkung mit dem Verhalten anderer (vgl. Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 80). Derjenige, der bei der Umsetzung seines Selbsttötungsentschlusses die geschäftsmäßig angebotene Hilfe eines Dritten in Anspruch nehmen möchte und solche Unterstützung nachfragt, wirkt in die Gesellschaft hinein. Angebote geschäftsmäßiger Suizidhilfe berühren deshalb nicht ausschließlich das Verhältnis zwischen dem aus freiem Entschluss handelnden Suizidwilligen und dem Suizidhelfer. Von ihnen gehen Vor- und Folgewirkungen aus, die erhebliche Missbrauchsgefahren und Gefährdungen für die autonome Selbstbestimmung Dritter umfassen.

b) Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ist am Maßstab strikter Verhältnismäßigkeit zu messen (vgl. BVerfGE 22, 180 <219>; 58, 208 <224 ff.>; 59, 275 <278>; 60, 123 <132>). Ein grundrechtseinschränkendes Gesetz genügt diesem Grundsatz nur, wenn es geeignet und erforderlich ist, um die von ihm verfolgten legitimen Zwecke zu erreichen, und die Einschränkungen des jeweiligen grundrechtlichen Freiheitsraums hierzu in angemessenem Verhältnis stehen (vgl. BVerfGE 30, 292 <316>; 67, 157 <173>; 76, 1 <51>). Bei der Zumutbarkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, dass Regelungen der assistierten Selbsttötung sich in einem Spannungsfeld unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Schutzaspekte bewegen. Die Achtung vor dem grundlegenden, auch das eigene Lebensende umfassenden Selbstbestimmungsrecht desjenigen, der sich in eigener Verantwortung dazu entscheidet, sein Leben selbst zu beenden, und hierfür Unterstützung sucht (vgl. Rn. 208 ff.), tritt in Kollision zu der Pflicht des Staates, die Autonomie Suizidwilliger und darüber auch das hohe Rechtsgut Leben zu schützen. Diese sind von Einwirkungen und Pressionen freizuhalten, welche sie gegenüber Suizidhilfeangeboten in eine Rechtfertigungslage bringen könnten.

Dieses Spannungsverhältnis aufzulösen, ist grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers. Die staatliche Schutzpflicht bedarf der Ausgestaltung und Konkretisierung (vgl. BVerfGE 88, 203 <254>). Dabei kommt dem Gesetzgeber ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsraum zu (vgl. BVerfGE 96, 56 <64>; 121, 317 <356>; 133, 59 <76 Rn. 45>). Dessen Umfang hängt von Faktoren verschiedener Art ab, im Besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich – zumal über künftige Entwicklungen wie die Auswirkungen einer Norm – ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter (vgl. BVerfGE 50, 290 <332 f.>; 76, 1 <51 f.>; 77, 170 <214 f.>; 88, 203 <262>; 150, 1 <89 Rn. 173>).

Die verfassungsrechtliche Prüfung erstreckt sich darauf, ob der Gesetzgeber die genannten Faktoren ausreichend berücksichtigt und seinen Einschätzungsspielraum in vertretbarer Weise gehandhabt hat (vgl. BVerfGE 88, 203 <262>). Er hat dem Konflikt zwischen der Freiheits- und der Schutzdimension des Grundrechts angemessen Rechnung zu tragen.

c) Diesen Anforderungen genügt das in § 217 StGB normierte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nicht. Es dient zwar legitimen Gemeinwohlzwecken (aa) und ist auch geeignet, diese zu erreichen (bb). Das Ver-

222

223

224

225

226

bot ist bei nicht abschließend zu beurteilender Erforderlichkeit (cc) aber jedenfalls nicht angemessen (dd).

- 227** aa) Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung einen legitimen Zweck. Die Regelung dient dazu, die Selbstbestimmung des Einzelnen über sein Leben und hierdurch das Leben als solches zu schützen (1). Dieser Regelungszweck hat vor der Verfassung Bestand. Er bewegt sich innerhalb eines dem Gesetzgeber durch die Verfassung auferlegten Schutzauftrags (2). Die Annahme des Gesetzgebers, dass gerade von einem unregulierten Angebot geschäftsmäßiger Suizidhilfe Gefahren für die Selbstbestimmung und das Leben ausgehen können, beruht auf einer hinreichend tragfähigen Grundlage (3).
- 228** (1) Der Gesetzgeber will mit dem Verbot des § 217 StGB geschäftsmäßigen Angeboten der Suizidhilfe Einhalt gebieten, um die Selbstbestimmung und das Grundrecht auf Leben zu schützen (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 2 f.).
- 229** Ziel des Gesetzes ist es zum einen, die Entwicklung der Beihilfe zum Suizid zu einem „Dienstleistungsangebot der gesundheitlichen Versorgung“ zu verhindern, das Menschen dazu verleiten könnte, sich das Leben zu nehmen (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 2). Nach Einschätzung des Gesetzgebers, die er auf die Entwicklung der assistierten Suizide in Deutschland und der Schweiz stützt (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 9), besteht die Gefahr, dass durch Angebote geschäftsmäßiger Suizidhilfe und deren Verbreitung der „Anschein einer Normalität“ oder sogar der sozialen Gebotenheit der Selbsttötung und auf diese Weise geradezu eine Art Erwartungsdruck erzeugt wird, diese Angebote auch wahrzunehmen. Es drohe eine „gesellschaftliche Normalisierung“ des assistierten Suizids einzutreten (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 2). Insbesondere alte und kranke Menschen könnten sich durch derartige, Normalität suggerierende Angebote zur Selbsttötung verleiten lassen oder dazu direkt oder indirekt gedrängt fühlen (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 2, 8, 11, 13, 17).
- 230** Zum anderen will der Gesetzgeber mit dem Verbot im Interesse des Integritäts- und Autonomieschutzes „autonomiegefährdenden Interessenkonflikten“ entgegenwirken (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 17) und einer sich hieraus allgemein ergebenden Gefahr „fremdbestimmter Einflussnahme in Situationen prekärer Selbstbestimmung“ vorbeugen (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 11). Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung beruht auf der Annahme, dass auf die technische Durchführung des Suizids konzentrierte Anstrengungen nicht auf einem sicher feststehenden Selbsttötungsentschluss aufbauen (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 11). Durch die Einbeziehung eines geschäftsmäßig handelnden Suizidhelfers, der spezifische, typischerweise auf die Durchführung des Suizids gerichtete Eigeninteressen verfolge, könnten die freie Willensbildung und Entscheidungsfindung und damit die personale Eigenverantwortlichkeit potentiell beeinflusst werden (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 11, 12, 17, 18). Dem ist nach Auffassung des Gesetzgebers mit einer autonomiesichernden Regelung zu begegnen (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 11).
- 231** (2) Mit diesen Zielen des Autonomie- und des Lebensschutzes dient das Verbot des § 217 StGB der Erfüllung einer in der Verfassung begründeten staatlichen Schutzpflicht und damit einem legitimen Zweck.
- 232** (a) Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verpflichten den Staat, die Autonomie des Einzelnen bei der Entscheidung über die Beendigung seines Lebens und hierdurch das Leben als solches zu schützen. Der vom Grundgesetz geforderte Respekt vor der autonomen Selbstbestimmung des Einzelnen (vgl. BVerfGE 142, 313 <344

Rn. 86>) setzt eine frei gebildete und autonome Entscheidung voraus. Angesichts der Unumkehrbarkeit des Vollzugs einer Suizidentscheidung gebietet die Bedeutung des Lebens als ein Höchstwert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung (vgl. BVerfGE 39, 1 <42>; 115, 25 <45>), Selbsttötungen entgegenzuwirken, die nicht von freier Selbstbestimmung und Eigenverantwortung getragen sind. Der Staat hat dafür Sorge zu tragen, dass der Entschluss, begleiteten Suizid zu begehen, tatsächlich auf einem freien Willen beruht. Der Gesetzgeber verfolgt mithin einen legitimen Zweck, wenn er Gefahren für die freie Willensbildung und die Willensfreiheit als Voraussetzungen autonomer Selbstbestimmung über das eigene Leben entgentreten will.

(b) In Wahrnehmung dieser Schutzpflicht ist der Gesetzgeber nicht nur berechtigt, konkret drohenden Gefahren für die persönliche Autonomie von Seiten Dritter entgegenzuwirken. Er verfolgt auch insoweit ein legitimes Anliegen, als er verhindern will, dass sich der assistierte Suizid in der Gesellschaft als normale Form der Lebensbeendigung durchsetzt.

Allerdings kann der Erhalt eines tatsächlich bestehenden oder mutmaßlichen Konsenses über Werte- oder Moralvorstellungen nicht unmittelbares Ziel strafgesetzgeberischer Tätigkeit sein (vgl. BVerfGE 120, 224 <264>, abw. Meinung Hassemer). Suizidhilfe ausschließlich deshalb zu verbieten, weil die Selbsttötung und die Hilfe hierzu in Widerspruch zu der Mehrheitsauffassung in der Gesellschaft stehen, wie mit dem eigenen Leben, insbesondere im Alter und bei Krankheit, umzugehen ist, ist deshalb kein legitimes gesetzgeberisches Ziel. Ein Verbot geschäftsmäßiger Suizidhilfe allein zu dem Zweck, hierdurch die Anzahl assistierter Suizide gering zu halten, ist daher ebenso unzulässig wie jede Zielsetzung, die die Entscheidung des mit autonomem Willen handelnden Grundrechtsträgers, sich mit der Unterstützung Dritter bewusst und gewollt selbst zu töten, als solche missbilligt, tabuisiert oder mit einem Makel belegt.

Der Gesetzgeber darf aber einer Entwicklung entgegensteuern, welche die Entstehung sozialer Pressionen befördert, sich unter bestimmten Bedingungen, etwa aus Nützlichkeitsabwägungen, das Leben zu nehmen. Der Einzelne darf – auch jenseits konkreter Einflussnahmen durch Dritte – nicht der Gefahr gesellschaftlicher Erwartungshaltungen ausgesetzt sein. Zwar kann Willensfreiheit nicht damit gleichgesetzt werden, dass der Einzelne bei seiner Entscheidung in vollkommener Weise frei von äußeren Einflüssen ist. Menschliche Entscheidungen sind regelmäßig von gesellschaftlichen und kulturellen Faktoren beeinflusst; Selbstbestimmung ist immer relational verfasst. Da der Schutz des Lebens dem Einzelnen von der Verfassung als nicht rechtfertigungsbedürftiger Selbstzweck zugesagt ist und er auf der unbedingten Anerkennung der Person in ihrer bloßen Existenz beruht, darf und muss der Gesetzgeber aber gesellschaftlichen Einwirkungen wirksam entgentreten, die als Pressionen wirken können und das Ausschlagen von Suizidangeboten von Seiten Dritter rechtfertigungsbedürftig erscheinen lassen. Entsprechend kann er Vorkehrungen treffen, dass Personen nicht in schweren Lebenslagen in die Situation gebracht werden, sich mit solchen Angeboten auch nur näher befassen oder sich hierzu explizit verhalten zu müssen.

(3) Die Annahme des Gesetzgebers, das Angebot geschäftsmäßiger Suizidhilfe berge Gefahren für die Selbstbestimmung bei der Entscheidung über die Beendigung des eigenen Lebens, denen es zur Erfüllung einer staatlichen Schutzverpflichtung entgegenzuwirken gelte, beruht auf einer von Verfassungs wegen nicht zu beanstandenden Grundlage.

- 237** (a) Die Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren ist verfassungsrechtlich darauf zu überprüfen, ob sie auf einer hinreichend gesicherten Grundlage beruhen (vgl. BVerfGE 123, 186 <241>). Je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten des Gesetzgebers, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, kann die verfassungsgerichtliche Kontrolle dabei von einer bloßen Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen (vgl. BVerfGE 50, 290 <332 f.> m.w.N.; 123, 186 <241>; 150, 1 <89 Rn. 173>).
- 238** Steht – wie hier – ein schwerwiegender Eingriff in ein hochrangiges Grundrecht in Frage, dürfen Unklarheiten in der Bewertung von Tatsachen grundsätzlich nicht zu Lasten des Grundrechtsträgers gehen (vgl. BVerfGE 45, 187 <238>). Auch die Schutzpflicht des Staates, deren Wahrnehmung das Verbot des § 217 StGB dient, bezieht sich indes auf gewichtige und im Rang gleichstehende verfassungsrechtliche Güter. Das Ausmaß ihrer tatsächlichen Gefährdung durch Angebote geschäftsmäßiger Suizidhilfe ist – wie der Phänomenbereich „assistierter Suizid“ insgesamt – nach übereinstimmenden Angaben der sachkundigen Dritten in der mündlichen Verhandlung noch wenig erforscht. Wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über die langfristigen Auswirkungen der Zulassung geschäftsmäßiger Suizidhilfe existieren nicht. Bei dieser Sachlage reicht es aus, wenn sich der Gesetzgeber an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert hat (vgl. BVerfGE 50, 290 <333 f.>; 57, 139 <160>; 65, 1 <55>).
- 239** (b) Danach hält die Gefahrenprognose des Gesetzgebers einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand. Der Gesetzgeber hat vertretbar von geschäftsmäßiger Suizidhilfe ausgehende Gefahren für die autonome Selbstbestimmung über das eigene Leben angenommen.
- 240** (aa) Ein Suizidentschluss geht auf einen autonom gebildeten, freien Willen zurück, wenn der Einzelne seine Entscheidung auf der Grundlage einer realitätsbezogenen, am eigenen Selbstbild ausgerichteten Abwägung des Für und Wider trifft.
- 241** Eine freie Suizidentscheidung setzt hiernach zunächst die Fähigkeit voraus, seinen Willen frei und unbeeinflusst von einer akuten psychischen Störung bilden und nach dieser Einsicht handeln zu können. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass der Freiheitsanspruch nicht losgelöst von der tatsächlichen Möglichkeit zu freier Willensentschließung beurteilt werden kann (vgl. BVerfGE 58, 208 <224 f.>; 128, 282 <304 f.>; 142, 313 <340 Rn. 76 ff.>; 149, 293 <322 Rn. 74>).
- 242** Des Weiteren müssen dem Betroffenen alle entscheidungserheblichen Gesichtspunkte tatsächlich bekannt sein. Erforderlich ist, dass er über sämtliche Informationen verfügt, er also in der Lage ist, auf einer hinreichenden Beurteilungsgrundlage realitätsgerecht das Für und Wider abzuwägen. Eine freie Willensbildung setzt hierbei insbesondere voraus, dass der Entscheidungsträger Handlungsalternativen zum Suizid erkennt, ihre jeweiligen Folgen bewertet und seine Entscheidung in Kenntnis aller erheblichen Umstände und Optionen trifft. Insoweit gelten dieselben Grundsätze wie bei einer Einwilligung in eine Heilbehandlung. Auch hier müssen dem Betroffenen – um eine eigenverantwortliche und selbstbestimmte Entscheidung treffen zu können – die für die Einwilligung wesentlichen Umstände, einschließlich bestehender Alternativen, bekannt sein (vgl. BVerfGE 128, 282 <301>; BGHZ 102, 17 <22>; 106, 391 <394>; 168, 103 <108 Rn. 13>).
- Voraussetzung ist zudem, dass der Betroffene keinen unzulässigen Einflussnahmen oder Druck ausgesetzt ist (vgl. BVerfGE 128, 282 <301> für die Einwilligung in medizinische Maßnahmen).
- Schließlich kann von einem freien Willen nur dann ausgegangen werden, wenn der Entschluss, aus dem Leben zu scheiden, von einer gewissen „Dauerhaftigkeit“ und „inneren Festigkeit“ getragen ist (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2019 – 5 StR 132/18 –, NJW 2019, S. 3092 <3093 f.> m.w.N.). Nach Darlegung der sachkundigen Dritten beruhen Suizidwünsche regelmäßig auf einem komplexen Motivbündel. Das Verlangen zu sterben ist häufig ambivalent und wechselhaft. Empirische Daten belegen insoweit, dass ein kurzfristig gefasster Suizidentschluss – wenn die Selbsttötung misslingt – im Nachhinein von den Betroffenen selbst in etwa 80 bis 90 % der Fälle als Fehlentscheidung gewertet und revidiert wird. Suizidwünsche sind danach – selbst wenn sie sich von außen als plausible bilanzierende Entscheidung darstellen – ganz überwiegend von begrenzter Dauer und nicht anhaltend. Das Kriterium der Dauerhaftigkeit ist auch nach Ansicht der sachkundigen Dritten geeignet, die Ernsthaftigkeit eines Suizidwunsches nachzuvollziehen und sicherzustellen, dass er nicht etwa auf einer vorübergehenden Lebenskrise beruht.
- (bb) Nach Einschätzung der sachkundigen Dritten bilden psychische Erkrankungen eine erhebliche Gefahr für eine freie Suizidentscheidung. Ihren Ausführungen zufolge liegen nach weltweit durchgeführten empirischen Untersuchungen in rund 90 % der tödlichen Suizidhandlungen psychische Störungen, insbesondere in Form einer Depression (in etwa 40 bis 60 % der Fälle), vor. Depressionen, die häufig – selbst für Ärzte – schwer zu erkennen sind, führen bei etwa 20 bis 25 % der Suizidenten zu einer eingeschränkten Einwilligungsfähigkeit (vgl. Vollmann u.a., Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit, 2008, S. 176, 180 m.w.N.; vgl. auch BGH, Urteil vom 5. Dezember 1995 – XI ZR 70/95 –, NJW 1996, S. 918 <919>; Cording/Saß, Der Nervenarzt (9) 2009, S. 1070 <1072 ff.>). Vor allem unter betagten und schwer erkrankten Menschen ist der Anteil depressiver Suizidenten groß; bei ihnen steigt mit Auftreten einer Depression das Risiko suizidaler Gedanken an.
- Ein weiterer wesentlicher Risikofaktor für eine freie Suizidentscheidung besteht in einer unzureichenden Aufklärung. Die sachkundigen Dritten haben insoweit ausgeführt, dass der Wunsch zu sterben sehr häufig von Fehlvorstellungen sowie unrealistischen Annahmen und Ängsten getragen werde. Demgegenüber würden Suizidwünsche regelmäßig überdacht und zurückgenommen, wenn der Suizidwillige über seine Lage und bestehende Handlungsalternativen aufgeklärt werde. Eine freie Entscheidung setzt daher zwingend eine umfassende Beratung und Aufklärung hinsichtlich möglicher Entscheidungsalternativen voraus, um sicherzustellen, dass der Suizidwillige nicht von Fehleinschätzungen geleitet, sondern tatsächlich in die Lage versetzt wird, eine realitätsbezogene, rationale Einschätzung der eigenen Situation vorzunehmen. Nur auf diese Weise wird sichergestellt, dass sich der Betroffene – in Kenntnis aller relevanten Umstände – für den eigenen Tod entscheiden kann.
- Schließlich kann eine freie Suizidentscheidung – neben Zwang, Drohung oder Täuschung (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2019 – 5 StR 132/18 –, NJW 2019, S. 3092 <3094> m.w.N.) – nach Darlegung der sachkundigen Dritten auch durch sonstige Formen der Einflussnahme beeinträchtigt

werden, wenn diese geeignet sind, eine reflektierte, abwägende Entscheidung orientiert am eigenen Selbstbild zu verhindern oder wesentlich zu beeinträchtigen. Insbesondere psychosoziale Aspekte und die Interaktion zwischen dem Suizidwilligen und seinem Umfeld können eine suizidale Entwicklung ebenso bedingen und fördern wie soziologische Faktoren.

- 248 (cc) Vor diesem Hintergrund beruht die Annahme des Gesetzgebers, die Autonomie und damit das Leben seien durch eine gesetzlich uneingeschränkte geschäftsmäßige Suizidhilfe gefährdet, auf einer hinreichend tragfähigen Grundlage (α). Gleiches gilt für die Einschätzung, dass sich die geschäftsmäßige Suizidhilfe als normale Form der Lebensbeendigung insbesondere für alte und kranke Menschen etablieren könne, die geeignet sei, autonomiegefährdende soziale Pressionen zu entfalten (β).
- 249 (α) Nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung hat sich die Einschätzung des Gesetzgebers jedenfalls als vertretbar erwiesen, dass die bis zum Inkrafttreten von § 217 StGB bestehende Praxis geschäftsmäßiger Suizidhilfe in Deutschland nicht geeignet war, die Willens- und damit die Selbstbestimmungsfreiheit in jedem Fall zu wahren. So hat der Vorsitzende des Beschwerdeführers zu II. in der mündlichen Verhandlung erläutert, dass im Vorfeld einer Suizidbegleitung zwar durch den Arzt, der das Rezept für das letal wirkende Medikament ausstellte, geprüft wurde, ob Anhaltspunkte für eine Einschränkung der Einsichts- oder Urteilsfähigkeit des Betroffenen vorlagen. Im Übrigen erfolgte die Prüfung, ob ein Suizidwunsch auf einen freien Willen zurückgeht, jedoch auf der Grundlage nicht näher nachvollziehbarer Plausibilitäts Gesichtspunkte; insbesondere wurde bei Vorliegen körperlicher oder psychischer Erkrankungen auch ohne Kenntnis der medizinischen Unterlagen des Sterbewilligen und ohne Sicherstellung einer fachärztlichen Untersuchung, Beratung und Aufklärung Suizidhilfe geleistet. Die Annahme des Gesetzgebers, dass bei einer Einbeziehung geschäftsmäßig handelnder Suizidhelfer Leistungen im Vordergrund stehen, die der Durchführung des Suizids dienen, und deshalb die freie Willensbildung und die Entscheidungsbindung nicht hinreichend sichergestellt sind, ist hiernach plausibel.
- 250 (β) Auch die Einschätzung des Gesetzgebers, dass geschäftsmäßige Suizidhilfe zu einer „gesellschaftlichen Normalisierung“ der Suizidhilfe führen und sich der assistierte Suizid als normale Form der Lebensbeendigung insbesondere für alte und kranke Menschen etablieren könne, die geeignet sei, autonomiegefährdende soziale Pressionen auszuüben, ist nachvollziehbar. Nicht zuletzt angesichts steigenden Kostendrucks in den Pflege- und Gesundheitssystemen ist es nicht unplausibel, dass einer unregelmäßigen Zulassung der geschäftsmäßigen Sterbe- und Suizidhilfe diese Wirkung zukommen kann. Ebenso darf es der Gesetzgeber als Gefahr einer Normalisierung der Suizidhilfe ansehen, dass Personen durch ihr gesellschaftliches und familiäres Umfeld in die Situation gebracht werden können, sich gegen ihren Willen mit der Frage der Selbsttötung auseinandersetzen zu müssen, und mit Verweis auf Nützlichkeiten unter Erwartungsdruck zu geraten.
- 251 Die der Prognose des Gesetzgebers zugrundeliegende Annahme, dass geschäftsmäßig angebotene Suizidhilfe zu einem Anstieg der Selbsttötungen alter und kranker Menschen unter Inanspruchnahme dieser Dienstleistung führt, beruht auf einer hinreichenden Grundlage ($\alpha\alpha$). Wenngleich dieser Anstieg für sich genommen kein Nachweis für eine gesellschaftliche Normalisierung und autonomiegefährdende soziale Pressionen ist ($\beta\beta$), bestehen dennoch hinreichende

Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Selbstbestimmung durch ein nicht reguliertes Angebot geschäftsmäßiger Suizidhilfe ($\gamma\gamma$).

($\alpha\alpha$) In der Schweiz erfasst das Bundesamt für Statistik zurückgehend bis in das Jahr 1998 Fälle von Suizidhilfe. Aus den Todesursachenstatistiken 2009 und 2014 geht hervor, dass seit 1998 ein stetiger Anstieg assistierter Suizide von Personen mit Wohnsitz in der Schweiz zu verzeichnen ist und sich die Zahl in den Jahren 2009 bis 2014 mehr als verdoppelte: 2009 nahmen bei 62 476 Todesfällen knapp 297 Personen mit Wohnsitz in der Schweiz Suizidhilfe in Anspruch (dies entspricht 0,5 %), 2014 waren es bei 63 938 Todesfällen 742 Personen (dies entspricht 1,2 %). Im Vergleich zum Vorjahr ist die Zahl der Suizidbegleitungen 2014 um 26 % gestiegen. Im Jahr 2016 stieg die Zahl der assistierten Suizide bei 64 964 Todesfällen nochmals, und zwar auf 928 an (dies entspricht 1,4 %). Im Zeitraum von 2005 bis 2009 war etwa die Hälfte der Suizidenten 75 Jahre und älter, im Zeitraum von 2010 bis 2014 stieg der prozentuale Anteil der 85- bis 94-jährigen Suizidenten von ca. 20 % (in den Jahren 2005 bis 2009) auf etwa 26 % an (vgl. Bundesamt für Statistik, Todesursachenstatistik 2014, S. 2, Abbildung G3). Begleitete Suizide wurden vorwiegend bei Vorliegen körperlicher Krankheiten durchgeführt, insbesondere bei Krebserkrankungen und neurodegenerativen Krankheiten.

In den Niederlanden und in Belgien, wo auch aktive Sterbehilfe geleistet wird, kann ebenfalls ein Anstieg festgestellt werden. In den Niederlanden ist – wie sich aus den Jahresberichten der regionalen Kontrollkommissionen für Sterbehilfe ergibt – in den Jahren 2002 bis 2016 die Zahl der gemeldeten Fälle von Sterbe- und Suizidhilfe von 1 882 Fällen im Jahr 2002 auf 6 091 Fälle im Jahr 2016 angestiegen. Sterbe- und Suizidhilfe machten im Jahr 2016 4 % aller Todesfälle aus (vgl. Regionale Kontrollkommissionen für Sterbehilfe, Jahresbericht 2016, S. 4); 2002 lag der Anteil bei insgesamt 142 355 Todesfällen noch bei 1,32 %. Aus dem Jahresbericht für das Jahr 2016 ergibt sich weiter, dass über die Hälfte der Sterbewilligen 70 Jahre und älter war; auch in den Niederlanden gaben vorwiegend schwere körperliche Erkrankungen den Anlass für die Inanspruchnahme von Sterbe- und Suizidhilfe.

Ähnlich verhält sich die Entwicklung in Belgien. Hier hat sich die Zahl der gemeldeten Fälle von Sterbe- und Suizidhilfe im Zeitraum von 2002/2003 bis 2015 nahezu verdreifacht (von 259 Fällen in den Jahren 2002/2003 auf 2 022 Fälle im Jahr 2015, vgl. hierzu die Berichte der Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie für die Jahre 2002/2003 und 2014/2015). Sie machten im Jahr 2012 1,3 %, im Jahr 2013 1,7 % (vgl. den Bericht der Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie für die Jahre 2012/2013, S. 14) sowie in den Jahren 2014 und 2015 1,8 % aller Todesfälle aus (vgl. den Bericht der Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie für die Jahre 2014/2015, S. 19); für den Berichtszeitraum 2002/2003 lag der Anteil noch bei 0,2 % aller Todesfälle (vgl. den Bericht der Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie für die Jahre 2002/2003, S. 13). Auch in Belgien wird Sterbehilfe überwiegend von älteren, schwer erkrankten Menschen in Anspruch genommen (vgl. den Bericht der Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie für die Jahre 2014/2015, S. 5, 6).

Zu der Frage, ob und inwiefern die ansteigenden Zahlen der Suizid- beziehungsweise Sterbehilfe in der Schweiz, den Niederlanden und Belgien auch auf eine zunehmende Anzahl an Sterbewilligen aus dem Ausland zurückzuführen ist, existieren noch keine hinreichenden empirischen Studien

(eine auch aus diesem Grund steigende Anzahl von assistierten Suiziden in der Schweiz in den Jahren 2008 bis 2012 sehen z.B. Gauthier/Mausbach/Reisch/Bartsch, *J Med Ethics* 2015 <41>, S. 611 <613, 616>). Deshalb können entsprechende Zahlen bei der Bewertung des Anstiegs nicht in Ansatz gebracht werden.

256 (ββ) Zwar gibt es nach gegenwärtigem Stand der Wissenschaft keinen Beweis für von geschäftsmäßiger Suizidhilfe ausgehende soziale Pressionen auf alte und kranke Menschen. So liegt es nahe, dass etwa auch Faktoren wie der zu beobachtende Fortschritt in der Medizin und die gestiegene Lebenserwartung der Menschen einen Einfluss auf die individuelle Entscheidung für die Inanspruchnahme von Sterbe- oder Suizidhilfe haben könnten (vgl. auch EGMR, *Pretty v. The United Kingdom*, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, § 65), es existieren hierzu jedoch bisher keine statistischen Erhebungen. Der Anstieg kann zudem mit einer größeren Akzeptanz der Sterbe- und Suizidhilfe in der Gesellschaft, der Stärkung des Selbstbestimmungsrechts oder dem gewachsenen Bewusstsein erklärt werden, dass der eigene Tod nicht mehr als unbeeinflussbares Schicksal hingenommen werden muss.

257 (γγ) Gleichwohl durfte der Gesetzgeber davon ausgehen, dass von einem unregulierten Angebot geschäftsmäßiger Suizidhilfe Gefahren für die Selbstbestimmung in Form von sozialen Pressionen ausgehen können. Die sachkundigen Dritten haben in der mündlichen Verhandlung insoweit auf die Niederlande und den US-amerikanischen Bundesstaat Oregon verwiesen, wo eine Entwicklung hin zu einer Verankerung der Suizid- und Sterbehilfe im Pflege- und Gesundheitswesen zu beobachten sei: In den Niederlanden werde in Alters- und Pflegeheimen inzwischen offen Sterbehilfe angeboten, weswegen sich ältere Menschen in grenznahen Regionen schon dazu veranlasst gesehen hätten, nach Deutschland in entsprechende Einrichtungen auszuweichen. In der Gesundheitspolitik von Oregon greife bereits ein Wirtschaftlichkeitsgebot, das bei terminalen Erkrankungen die Kostenübernahme für bestimmte medizinische Therapien ausschließe, demgegenüber aber die Erstattung der Ausgaben für einen assistierten Suizid vorsehe. Diese Ansätze sprechen für die Gefahr, dass sich Sterbe- und Suizidhilfe – auch angesichts des steigenden Kostendrucks in den Pflege- und Gesundheitssystemen – zu normalen Formen der Lebensbeendigung in einer Gesellschaft entwickeln können, die geeignet sind, soziale Pressionen zu begründen und individuelle Wahlmöglichkeiten und Entscheidungsspielräume zu verengen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Versorgungslücken in der Medizin und der Pflege geeignet sind, Ängste vor dem Verlust der Selbstbestimmung hervorzurufen und dadurch Suizidentschlüsse zu fördern.

258 Auch die einem Suizid häufig zugrundeliegende Motivationslage stützt nach Auffassung der sachkundigen Dritten die Einschätzung des Gesetzgebers. Wichtiges Motiv für einen assistierten Suizid sei der Wunsch, Angehörigen oder Dritten nicht zur Last zu fallen. Daten aus Oregon zeigten insoweit, dass von den Personen, die im Jahr 2017 ärztlich assistierten Suizid begingen, 55,2 % als Grund ihrer Entscheidung die Sorge vor den Belastungen für ihre Familie, Freunde und Pfleger nannten (vgl. Oregon Health Authority, *ODWDA 2017 Data Summary*, S. 10). Für die Jahre 1998 bis 2016 sei ein Durchschnittswert von 42,2 % ermittelt worden (vgl. Oregon Health Authority, *ODWDA 2017 Data Summary*, S. 10). Dass die Sorge, anderen, insbesondere Angehörigen, zur Last zu fallen, ein wichtiger Beweggrund sei, belege ferner eine Untersuchung des Instituts für Geschichte der Medizin und Ethik in der Medizin der Charité –

Universitätsmedizin Berlin –, die anhand von 118 publizierten Fallbeschreibungen des Beschwerdeführers zu II. aus den Jahren 2010 bis 2013 retrospektiv Diagnosen und Motive der Personen analysierte, die eine Suizidhilfe durch den Beschwerdeführer zu II. in Anspruch nahmen (vgl. Bruns/Blumenthal/Hohendorf, *Deutsche Medizinische Wochenschrift* 2016, S. e32 <e34>). Aus der Studie ergebe sich, dass fast ein Viertel der Suizidenten angab, nicht von fremder Hilfe abhängig sein beziehungsweise Angehörigen nicht zur Last fallen zu wollen.

Altruistische Beweggründe, die Anlass zu einem selbstbestimmten Suizid geben, entziehen sich zwar grundsätzlich einer Bewertung (vgl. Rn. 210). Aus dem Bedürfnis, keine Last für die Familie oder für die Gesellschaft darzustellen, durfte der Gesetzgeber aber den Schluss ziehen, dass sich gerade ältere und kranke Menschen durch in der Gesellschaft etablierte Angebote zur vorzeitigen Lebensbeendigung veranlasst sehen könnten, solche Angebote unter Zurückstellung der persönlichen, am eigenen Selbstbild orientierten Vorstellungen anzunehmen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich nach Einschätzung der sachkundigen Dritten die Frage, inwieweit gesellschaftliche Bedingungen und Einflüsse unterhalb der Schwelle von Zwang, Täuschung und Drohung auf eine Suizidentscheidung handlungsleitend wirken können, bislang wissenschaftlicher und empirischer Erfassung entzieht.

bb) Die Regelung des § 217 StGB stellt als Strafnorm grundsätzlich ein geeignetes Instrument des Rechtsgüterschutzes dar, weil das strafbewehrte Verbot gefahrträchtiger Handlungsweisen den erstrebten Rechtsgüterschutz zumindest fördern kann (vgl. BVerfGE 90, 145 <172>; allgemein zum Kriterium der Geeignetheit BVerfGE 30, 292 <316>; 33, 171 <187>).

Die Eignung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der straffrei verbleibenden nicht geschäftsmäßigen Suizidhilfe, insbesondere im Fall von Angehörigen als Suizidhelfern, nach Auffassung einzelner Beschwerdeführer ein mindestens ebenso großes Gefahrenpotenzial für die Selbstbestimmung des Einzelnen innewohnt wie der geschäftsmäßigen Suizidhilfe durch Außenstehende. Die Entscheidung des Gesetzgebers, nur einer bestimmten von mehreren Gefahrenquellen zu begegnen, vermag Lücken des Rechtsgüterschutzes zu begründen. Soweit der Schutz reicht, wird seine Eignung dadurch aber nicht infrage gestellt (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. August 1999 – 1 BvR 2181/98 u.a. –, Rn. 73).

Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ist auch nicht deshalb ungeeignet, die mit ihm verfolgten Zwecke zu erreichen, weil es möglicherweise im Einzelfall durch eine grenzüberschreitende Organisation der Suizidhilfe unter Einbindung von nach § 217 Abs. 2 StGB als Teilnehmer straffrei verbleibenden Personen umgangen werden könnte. Im Einzelfall unter besonderen Bedingungen straffrei verbleibende Möglichkeiten geschäftsmäßiger Suizidhilfe vermögen die generelle Eignung des § 217 StGB, das Leben und die Autonomie potentiell suizidwilliger Personen zu schützen, nicht zu entkräften (vgl. auch BVerfGE 96, 10 <23>). Die Straffreiheit geschäftsmäßig handelnder Suizidhelfer im Ausland ist Folge der begrenzten Regelungshöhe des Gesetzgebers. Dass Angehörige und sonst nahestehende Personen im Sinne des § 217 Abs. 2 StGB im Fall der Teilnahme an einer aus dem Ausland heraus organisierten geschäftsmäßigen Suizidhilfe straffrei gestellt sind, geht auf eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zurück (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 19).

259

260

261

262

- 263 cc) Ob die Regelung des § 217 StGB erforderlich ist, um die legitimen Schutzanliegen des Gesetzgebers zu erreichen, mag mit Blick auf die mangelnden empirischen Befunde zur Effektivität alternativer, weniger eingriffsintensiver Schutzmaßnahmen, wie sie auch im Gesetzgebungsverfahren erwogen wurden (vgl. dazu Rn. 10 ff. sowie BTDrucks 18/5373, S. 13 f.), zweifelhaft sein. Das kann hier jedoch offenbleiben.
- 264 dd) Die von der Vorschrift ausgehende Einschränkung des aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abzuleitenden Rechts auf selbstbestimmtes Sterben ist jedenfalls nicht angemessen. Einschränkungen individueller Freiheit sind nur dann angemessen, wenn das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht (1). Dieses Maß überschreitet die von § 217 StGB für den Sterbewilligen ausgehende Belastung. Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung hat zur Folge, dass das Recht auf Selbsttötung als Ausprägung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben in bestimmten Konstellationen faktisch weitgehend entleert ist. Dadurch wird die Selbstbestimmung am Lebensende in einem wesentlichen Teilbereich außer Kraft gesetzt, was mit der existentiellen Bedeutung dieses Grundrechts nicht in Einklang steht (2).
- 265 (1) Angemessen ist eine Freiheitseinschränkung nur dann, wenn das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht (vgl. BVerfGE 76, 1 <51>). Um dies feststellen zu können, ist eine Abwägung zwischen den Gemeinwohlbelangen, deren Wahrnehmung der Eingriff in Grundrechte dient, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen notwendig (vgl. BVerfGE 92, 277 <327>). Hierbei müssen die Interessen des Gemeinwohls umso gewichtiger sein, je empfindlicher der Einzelne in seiner Freiheit beeinträchtigt wird (vgl. BVerfGE 36, 47 <59>; 40, 196 <227>; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 790). Andererseits wird der Gemeinschaftsschutz umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Grundrechtsausübung erwachsen können (vgl. BVerfGE 7, 377 <404 f.>). Diese Prüfung am Maßstab des Übermaßverbots kann dazu führen, dass der an sich in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen muss, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde. Nur so kann die Prüfung der Angemessenheit staatlicher Eingriffe ihren Sinn erfüllen, geeignete und gegebenenfalls erforderliche Maßnahmen einer gegenläufigen Kontrolle mit Blick darauf zu unterwerfen, ob die eingesetzten Mittel unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen (vgl. BVerfGE 90, 145 <185>).
- 266 Dabei unterliegt die Entscheidung des Gesetzgebers einer hohen Kontrolldichte, wenn, wie im Fall des zur Prüfung gestellten Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, schwere Grundrechtseingriffe in Frage stehen (vgl. BVerfGE 45, 187 <238>). Die existentielle Bedeutung, die der Selbstbestimmung speziell für die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität im Umgang mit dem eigenen Leben zukommt (vgl. dazu Rn. 209), legt dem Gesetzgeber strenge Bindungen bei der normativen Ausgestaltung eines Schutzkonzepts im Zusammenhang mit der Suizidhilfe auf.
- 267 (2) Mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung durch § 217 StGB hat der Gesetzgeber die sich aus der existentiellen Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts ergebenden Grenzen für eine Einschränkung dieses Rechts überschritten. Zwar vermag der hohe verfassungsrechtliche Rang der Rechtsgüter Autonomie und Leben, die § 217 StGB schützen will, den Einsatz des Strafrechts – auch in Form abstrakter Gefährdungsdelikte – grundsätzlich zu legitimieren (a). Die Straflosigkeit der Selbsttötung und der Hilfe dazu steht als Ausdruck der verfassungsrechtlich gebotenen Anerkennung individueller Selbstbestimmung jedoch nicht zur freien Disposition des Gesetzgebers (b). Das strafrechtliche Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung verengt die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung in einem solchen Umfang, dass dem Einzelnen in diesem Bereich der Selbstbestimmung faktisch kein Raum zur Wahrnehmung verfassungsrechtlich geschützter Freiheit verbleibt (c).
- (a) Der hohe verfassungsrechtliche Rang der Rechtsgüter Autonomie und Leben, die § 217 StGB schützen will, vermag den Einsatz des Strafrechts grundsätzlich zu legitimieren. 268
- Bei der staatlichen Aufgabe, ein geordnetes menschliches Zusammenleben durch Schutz der elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schaffen, zu sichern und durchzusetzen, kommt dem Strafrecht eine unverzichtbare Funktion zu (vgl. BVerfGE 123, 267 <408>). Im Einzelfall kann es die Schutzpflicht des Staates insbesondere gebieten, rechtliche Regelungen so auszugestalten, dass bereits die Gefahr von Grundrechtsverletzungen eingedämmt wird (vgl. BVerfGE 49, 89 <142>). 269
- Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung das Konzept eines bereichsspezifischen Rechtsgüterschutzes. § 217 StGB verbietet das geschäftsmäßige Gewähren, Verschaffen oder Vermitteln einer Gelegenheit zur Selbsttötung als das Leben abstrakt gefährdende Handlung (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 3, 14; vgl. auch Rn. 25). Das abstrakte Gefährungsdelikt ist ein idealtypisches Instrument für einen vorbeugenden Rechtsgüterschutz. Es wirkt Gefahrenquellen in Form typisierter Risiken entgegen, ohne dass ein konkretes Schutzgut in seiner Existenz oder Sicherheit effektiv betroffen zu sein braucht (vgl. dazu bereits Rn. 25; vgl. allgemein Heine/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor § 306 Rn. 4; vgl. auch BVerfGE 90, 145 <203 f.>, abw. Meinung Graßhof; Kasper, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 410). 270
- Durch diese Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes werden zwar notwendigerweise auch Verhaltensweisen strafbewehrt, die im konkreten Einzelfall bei rückwirkender Betrachtung gar nicht zu einer Gefährdung hätten führen können (vgl. Stächelin, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 94; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 186). Verfassungsrechtlich ist der Gesetzgeber aber grundsätzlich nicht gehindert, aus generalpräventiven Gründen Handlungen, die lediglich generell geeignet sind, Rechtsgüter zu gefährden, unter Umständen schon in einem frühen Stadium zu unterbinden (vgl. BVerfGE 28, 175 <186, 188 f.>; 90, 145 <184>; vgl. auch BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. August 1999 – 1 BvR 2181/98 u.a. –, Rn. 92; kritisch BVerfGE 90, 145 <205 f.>, abw. Meinung Graßhof). Anderenfalls nähme man dem Gesetzgeber die Möglichkeit, Gefahren für hochrangige Rechtsgüter zu begegnen, die aufgrund fehlender gesicherter wissenschaftlicher oder empirischer Erkenntnisse nicht exakt einschätzbar sind (vgl. Appel, Verfassung und Strafe, 1998, S. 572 f.). Im Einzelfall wird die Berechtigung zum Rückgriff auf den abstrakten Rechtsgüterschutz maß-
- 271

geblich durch die Bedeutung des zu schützenden Rechtsguts bestimmt (vgl. Jäger, JZ 2015, S. 875 <882>).

- 272** Der hohe Rang, den die Verfassung dem Leben und der Autonomie beimisst, ist danach grundsätzlich geeignet, deren effektiven präventiven Schutz zu legitimieren, zumal ihnen im Bereich der Suizidhilfe besondere Gefahren drohen. Die empirisch gestützte Fragilität eines Selbsttötungsentschlusses (vgl. dazu Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 89 <Mai 2009>) wiegt gerade deshalb besonders schwer, weil sich Entscheidungen über das eigene Leben naturgemäß dadurch auszeichnen, dass ihre Umsetzung unumkehrbar ist.
- 273** (b) Der legitime Einsatz des Strafrechts zum Schutz der autonomen Entscheidung des Einzelnen über die Beendigung seines Lebens findet seine Grenze aber dort, wo die freie Entscheidung nicht mehr geschützt, sondern unmöglich gemacht wird.
- 274** Die Strafflosigkeit der Selbsttötung und der Hilfe dazu steht als Ausdruck der verfassungsrechtlich gebotenen Anerkennung individueller Selbstbestimmung nicht zur freien Disposition des Gesetzgebers. Der Verfassungsordnung des Grundgesetzes liegt ein Menschenbild zugrunde, das von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung bestimmt ist (vgl. BVerfGE 32, 98 <107 f.>; 108, 282 <300>; 128, 326 <376>; 138, 296 <339 Rn. 109>). Dieses Menschenbild hat Ausgangspunkt jedes regulatorischen Ansatzes zu sein.
- 275** Die staatliche Schutzpflicht zugunsten der Selbstbestimmung und des Lebens kann folgerichtig erst dort gegenüber dem Freiheitsrecht des Einzelnen den Vorrang erhalten, wo dieser Einflüssen ausgeliefert ist, die die Selbstbestimmung über das eigene Leben gefährden. Diesen Einflüssen darf die Rechtsordnung durch Vorsorge und durch Sicherungsinstrumente entgegentreten. Jenseits dessen ist die Entscheidung des Einzelnen, entsprechend seinem Verständnis von der Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz dem Leben ein Ende zu setzen, hingegen als Akt autonomer Selbstbestimmung anzuerkennen.
- 276** Die Anerkennung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben versagt dem Gesetzgeber nicht, allgemeine Suizidprävention zu betreiben und insbesondere krankheitsbedingten Selbsttötungswünschen durch den Ausbau und die Stärkung palliativmedizinischer Behandlungsangebote entgegenzuwirken. Der Staat genügt seiner Schutzpflicht für ein Leben in Autonomie gerade nicht allein dadurch, dass er Angriffe unterbindet, die diesem von anderen Menschen drohen. Er muss auch denjenigen Gefahren für die Autonomie und das Leben entgegentreten, die in den gegenwärtigen und absehbaren realen Lebensverhältnissen begründet liegen und eine Entscheidung des Einzelnen für die Selbsttötung und gegen das Leben beeinflussen können (vgl. BVerfGE 88, 203 <258> für das ungeborene Leben).
- 277** Der Gesetzgeber darf sich seinen sozialpolitischen Verpflichtungen aber nicht dadurch entziehen, dass er autonomiegefährdenden Risiken durch die vollständige Suspendierung individueller Selbstbestimmung entgegenzuwirken sucht. Er kann weder Defiziten der medizinischen Versorgung und der sozialpolitischen Infrastruktur noch negativen Erscheinungsformen medizinischer Überversorgung, die jeweils geeignet sind, Ängste vor dem Verlust der Selbstbestimmung zu schüren und Selbsttötungsentschlüsse zu fördern, dadurch begegnen, dass er das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Selbstbestimmung außer Kraft setzt. Dem Einzelnen muss die Freiheit verbleiben, auf die Erhal-

tung des Lebens zielende Angebote auszuschlagen und eine seinem Verständnis von der Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz entspringende Entscheidung, das eigene Leben mit Hilfe bereitstehender Dritter zu beenden, umzusetzen. Ein gegen die Autonomie gerichteter Lebensschutz widerspricht dem Selbstverständnis einer Gemeinschaft, in der die Würde des Menschen im Mittelpunkt der Werteordnung steht, und die sich damit zur Achtung und zum Schutz der freien menschlichen Persönlichkeit als oberstem Wert ihrer Verfassung verpflichtet. Angesichts der existentiellen Bedeutung, die der Freiheit zur Selbsttötung für die selbstbestimmte Wahrung der Persönlichkeit zukommen kann, muss die Möglichkeit hierzu bei realitätsgerechter Betrachtung immer gewährleistet sein (vgl. Rn. 208 ff.).

(c) Diesen verfassungsrechtlich zwingend zu wahren den Entfaltungsraum autonomer Selbstbestimmung verletzt das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung. Die Regelung des § 217 StGB erkennt die verfassungsrechtlich geforderte Strafflosigkeit der Selbsttötung und der Beihilfe hierzu zwar grundsätzlich an, indem sie ausschließlich die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung als vom Gesetzgeber besonders autonomiegefährdend eingestuftes Phänomen einer Strafandrohung unterstellt (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 2). Das Verbot entfaltet sich aber nicht als isolierter Rechtsakt (aa). Es führt im Gefüge mit der bei seiner Einführung vorgefundenen Gesetzeslage vielmehr dazu, dass das Recht auf Selbsttötung in weiten Teilen faktisch entleert ist, weil die fortbestehende Straffreiheit nicht geschäftsmäßiger Suizidhilfe, der gesetzliche Ausbau von Angeboten der Palliativmedizin und des Hospizdienstes und die Verfügbarkeit von Suizidhilfeangeboten im Ausland nicht geeignet sind, die vom Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ausgehende Einschränkung grundrechtlicher Freiheit auszugleichen. Der Einzelne kann auf die Inanspruchnahme dieser Alternativen nicht ohne Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts verwiesen werden (bb).

(aa) § 217 StGB suspendiert mit seinem Ansatz eines Schutzes durch ein absolutes Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe die Selbstbestimmung des Einzelnen in dem von der Regelung erfassten Bereich vollständig, indem er den Entschluss zur Selbsttötung einem unwiderleglichen Generalverdacht mangelnder Freiheit und Reflexion unterstellt. Dadurch wird die verfassungsprägende Grundvorstellung des Menschen als eines in Freiheit zu Selbstbestimmung und Selbstentfaltung fähigen Wesens (vgl. BVerfGE 32, 98 <107 f.>; 108, 282 <300>; 128, 326 <376>; 138, 296 <339 Rn. 109>) in ihr Gegenteil verkehrt. Das im Allgemeinen legitime Anliegen des Rechtsgüterschutzes durch Einführung eines abstrakten Gefährdungsdelikts hat daher hier zugunsten weniger einschneidender Maßnahmen der Autonomiesicherung zurückzutreten, um der Selbstbestimmung tatsächlichen Raum zu belassen und den Einzelnen nicht zu einem Leben zu drängen, das in Widerspruch zu seinem Selbstbild und seinem Selbstverständnis steht.

Die Regelung des § 217 StGB ist zwar auf eine bestimmte – die geschäftsmäßige – Form der Förderung der Selbsttötung beschränkt. Auch der damit einhergehende Verlust an Autonomie ist aber jedenfalls so weit und so lange unverhältnismäßig, wie verbleibende Optionen nur eine theoretische, nicht aber die tatsächliche Aussicht auf Selbstbestimmung bieten. Die autonomiefeindliche Wirkung des § 217 StGB wird gerade dadurch intensiviert, dass dem Einzelnen in vielen Situationen jenseits geschäftsmäßiger Angebote der Suizidhilfe keine verlässlichen realen Möglichkeiten verbleiben, einen Entschluss zur Selbsttötung umzusetzen.

278

279

280

- 281** (bb) Weder eine nach § 217 StGB bei enger Auslegung straffrei verbleibende Suizidhilfe im Einzelfall (α) noch das Angebot der Palliativmedizin (β) oder die Verfügbarkeit von Suizidhilfeangeboten im Ausland (γ) verhelfen der verfassungsrechtlich gebotenen Selbstbestimmung am Lebensende hinreichend zur Durchsetzung.
- 282** (α) Der Gesetzgeber leitet die Angemessenheit des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung daraus ab, dass die im Einzelfall geleistete, nicht geschäftsmäßige Suizidhilfe straffrei bleibe. Damit misst er innerhalb seines eigenen Regelungskonzepts der Möglichkeit einer solchen Suizidhilfe maßgebliche Bedeutung für die Wahrung und Verwirklichung des Rechts auf Selbstbestimmung bei (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 2, 13, 14).
- 283** Die stillschweigende Annahme des Gesetzgebers, Möglichkeiten zur assistierten Selbsttötung seien außerhalb geschäftsmäßiger Angebote tatsächlich verfügbar, nimmt indes nicht die Einheit der Rechtsordnung in Bedacht. Schließt der Gesetzgeber bestimmte Formen der Freiheitsausübung unter Verweis auf fortbestehende Alternativen aus, so müssen die verbleibenden Handlungsoptionen zur Grundrechtsverwirklichung auch tatsächlich geeignet sein. Diese Bedingung realer Wirkkraft gilt im Besonderen für das Recht auf Selbsttötung. Hier ist bereits die individuelle Gewissheit identitätsstiftend, tatsächlich eigener Vorstellung entsprechend handeln zu können. Dies entspricht der Erfahrung der Beschwerdeführer, die für den Fall individuell bestimmter Grenzen ihres persönlichen Leidens latente Selbsttötungsabsichten mit sich tragen. Insbesondere der Beschwerdeführer zu I. 2. hat in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar geschildert, dass die ihm vor Einführung des § 217 StGB erteilte Zusage einer Suizidhilfe wesentlich dazu beigetragen hat, das Schicksal der eigenen Erkrankung anzunehmen und sich diesem zunächst nicht im Wege der Selbsttötung zu entziehen. Die sachverständigen Auskunftspersonen aus den Bereichen der Psychiatrie und der Suizidforschung haben bestätigt, dass das Wissen um die Möglichkeit einer assistierten Selbsttötung zumindest bedingt suizidpräventiv wirken kann.
- 284** Wenn die Rechtsordnung bestimmte, für die Autonomie gefährliche Formen der Suizidhilfe, insbesondere die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung, unter Strafe stellt, muss sie demnach zumindest sicherstellen, dass trotz des Verbots im Einzelfall ein Zugang zu freiwillig bereitgestellter Suizidhilfe real eröffnet bleibt. Dem wird der Verzicht auf ein umfassendes strafrechtliches Verbot der Suizidhilfe allein nicht gerecht. Ohne geschäftsmäßige Angebote der Suizidhilfe ist der Einzelne sowohl inner- als auch außerhalb eines bestehenden Behandlungsverhältnisses maßgeblich auf die individuelle Bereitschaft eines Arztes angewiesen, an einer Selbsttötung zumindest durch Verschreibung der benötigten Wirkstoffe assistierend mitzuwirken. Von einer solchen individuellen ärztlichen Bereitschaft wird man bei realistischer Betrachtungsweise nur im Ausnahmefall ausgehen können. Genau auf diesen Umstand reagieren Sterbehilfevereine mit ihren Angeboten. Zum einen kann kein Arzt verpflichtet werden, Suizidhilfe zu leisten ($\alpha\alpha$), zum anderen wirken sich die berufsrechtlichen Verbote der Suizidhilfe, wie sie überwiegend im Landesrecht der Ärzte vorgesehen sind, zumindest faktisch handlungsleitend aus ($\beta\beta$).
- 285** ($\alpha\alpha$) Statistische Erhebungen und Meinungsbilder zeigen auf, dass die Mehrheit der Ärzte jedenfalls eine eigene Bereitschaft zur Suizidhilfe verneint. In einer Repräsentativbefragung von sowohl in der ambulanten als auch der stationären Patientenversorgung tätigen Ärzten durch das Institut für Demoskopie Allensbach im Jahr 2009 verneinten 61 % der Befragten ihre Bereitschaft zur Suizidhilfe, obwohl die Mehrheit den eigenen Berufsstand für besonders geeignet hielt, Menschen bei der Selbsttötung professionell zu begleiten (vgl. Institut für Demoskopie Allensbach, Ärztlich begleiteter Suizid und aktive Sterbehilfe aus Sicht der deutschen Ärzteschaft, 2010, S. 10, 15, 21). In der Gruppe der Ärzte, die im Bereich der Palliativmedizin tätig waren, fiel die Ablehnung ärztlicher Suizidhilfe noch deutlicher aus. Nur 14 % erklärten eine eigene bedingte Bereitschaft zu ärztlicher Suizidhilfe (vgl. Institut für Demoskopie Allensbach, Ärztlich begleiteter Suizid und aktive Sterbehilfe aus Sicht der deutschen Ärzteschaft, 2010, S. 27).
- Eine begrenzte Wahrscheinlichkeit der Verfügbarkeit ärztlicher Suizidhilfe ergibt sich auch aus einer Querschnittsumfrage des Instituts für Medizinische Ethik und Geschichte der Medizin der Ruhr-Universität Bochum aus dem Jahr 2013. Dort konnten sich 41,7 % der Befragten nicht vorstellen, Suizidhilfe zu leisten, nur 40,2 % zeigten bedingte Bereitschaft dazu, 18 % waren unentschlossen. Ein berufsrechtliches Verbot der ärztlichen Assistenz zur Selbsttötung lehnten zwar 33,7 % ab, wohingegen lediglich 25 % ein solches Verbot befürworteten. 41,4 % waren bei dieser Frage aber unentschlossen (vgl. zu allem Schildmann/Dahmen/Vollmann, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2014, S. e1 <e4> sowie Schildmann/Vollmann, Ärztliche Handlungspraxis am Lebensende: Empirische Daten, ethische Analysen, in: Frankfurter Forum, Sterbehilfe – Streit um eine gesetzliche Neuregelung, S. 22 <25>).
- Die Inhaber der Lehrstühle für Palliativmedizin in Deutschland haben sich im Jahr 2014 geschlossen gegen die ärztliche Suizidhilfe ausgesprochen, weil diese keine ärztliche Aufgabe sei, mit der den Sorgen der Menschen um die Sicherstellung eines würdevollen Sterbens begegnet werden könne. Sie sprachen sich stattdessen für eine intensive öffentliche Auseinandersetzung mit Fragen von Krankheit, Sterben und Tod, die Verbesserung der Aus-, Fort- und Weiterbildung der Gesundheitsberufe im Bereich der Begleitung Schwerkranker und Sterbender und den bedarfsdeckenden Ausbau palliativmedizinischer Versorgung aus (vgl. Pressemitteilung der Lehrstühle für Palliativmedizin vom 9. Oktober 2014, abgedruckt in: Hoffmann/Knaup, Was heißt: In Würde sterben?, 2015, S. 297).
- Eine derart geschlossene Ablehnung der ärztlichen Suizidhilfe spiegelt sich in den Reihen aller Mitglieder der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin zwar nicht wider. Auch hier zeigt sich aber eine mehrheitlich ablehnende Haltung und eine dementsprechend restriktive Praxis. Bei einer Befragung, die die Deutsche Gesellschaft für Palliativmedizin als zuständige Fachgesellschaft im Jahr 2015 bei ihren ärztlichen und nicht ärztlichen Mitgliedern durchgeführt hat, lehnten 56 % von 1 836 Teilnehmern eine eigene Beteiligung am ärztlich assistierten Suizid grundsätzlich ab (vgl. Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin zur Anhörung zum Thema Sterbebegleitung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 23. September 2015, S. 4). Nur 47 von ihnen, davon 28 Ärzte, gaben an, während ihrer bisherigen beruflichen Tätigkeit bereits mindestens einem Menschen in irgendeiner Weise Beihilfe zum Suizid geleistet zu haben (vgl. Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin zur Anhörung zum Thema Sterbebegleitung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 23. September 2015, S. 4).
- Die mangelnde individuelle ärztliche Bereitschaft zur Suizidhilfe hat der Einzelne als durch die Gewissensfreiheit seines Gegenübers geschützte Entscheidung grundsätzlich hinzunehmen. Aus dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben leitet sich kein Anspruch gegenüber Dritten darauf ab, bei

einem Selbsttötungsvorhaben unterstützt zu werden (vgl. bereits Rn. 212 f.).

- 290 (ββ) Das Berufsrecht der Ärzte setzt der individuellen Bereitschaft zur Suizidhilfe weitere Grenzen jenseits oder gar entgegen der individuellen Gewissensentscheidung des einzelnen Arztes. Die nach § 217 StGB zulässige nicht geschäftsmäßige Suizidhilfe stellt infolge dessen für den Einzelnen im Regelfall nur eine theoretische, nicht aber – worauf es für die Wahrung des verfassungsrechtlich gebotenen Freiraums individueller Selbstbestimmung ankommt – eine reale Handlungsoption dar. Das föderal geregelte ärztliche Berufsrecht sieht jedenfalls in weiten Teilen des Bundesgebietes berufsrechtliche Verbote der Suizidhilfe vor (ααα). Die heterogene Ausgestaltung des ärztlichen Berufsrechts unterstellt die Verwirklichung der Selbstbestimmung des Einzelnen in verfassungsrechtlich unzumutbarer Weise geografischen Zufälligkeiten (βββ). Dafür kommt es nicht darauf an, ob die berufsrechtlichen Verbote ärztlicher Suizidhilfe in ihrer derzeitigen Form rechtswirksam sind. Das Berufsrecht wirkt jedenfalls faktisch handlungsleitend (γγγ).
- 291 (ααα) Die von der Bundesärztekammer erlassene Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte sieht zurückgehend auf einen Beschluss des 114. Deutschen Ärztetags 2011 in § 16 Satz 3 ein ausdrückliches berufsrechtliches Verbot ärztlicher Suizidhilfe vor. Die Regelung soll nicht nur die Maßgeblichkeit der Würde des Menschen und der Patientenautonomie verdeutlichen, sondern zugleich die dadurch bedingten Grenzen ärztlichen Handelns klar formulieren (vgl. Glorius, Vorwort zur Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, DÄBl 2011, S. A 1980). Das Verbot gilt nicht nur für Sterbende, sondern in Bezug auf alle Patienten (vgl. Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – Erläuterungen zu § 16 MBO-Ä, DÄBl 2011, S. A 1980 <A 1990 f.>).
- 292 Berufsordnungsrechtliche Regelungen erlangen zwar erst durch eine Inkorporation in das Satzungsrecht der Landesärztekammern Rechtsverbindlichkeit (vgl. Bauer, Notausgang assistierter Suizid, in: Hoffmann/Knaup, Was heißt: In Würde sterben?, 2015, S. 49 <68>; Laufs, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 5 Rn. 5; Lippert, in: Ratzel/Lippert, MBO, 6. Aufl. 2015, Einl. Rn. 6, § 1 Rn. 4; Sickor, Normenhierarchie im Arztrecht, 2005, S. 178). Die standesrechtliche Reglementierung der ärztlichen Berufsausübung unterliegt der Gesetzgebungskompetenz der Länder (arg. e Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG; vgl. BVerfGE 4, 74 <83>; 68, 319 <331 f.>; 102, 126 <139>; vgl. auch Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. II Rn. 5), deren Heilberufe- und Kammergesetze die jeweilige Landesärztekammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts ermächtigen, die ärztlichen Berufspflichten in einer Satzung (Berufsordnung) zu regeln. Die Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte entfaltet daher keine unmittelbare Rechtswirkung, sondern bildet einen bloßen Normierungsvorschlag (vgl. Lindner, NJW 2013, S. 136 <138>; Sickor, Normenhierarchie im Arztrecht, 2005, S. 177).
- 293 Dem Beispiel dieses Regelungsvorschlags sind mit den Berufsordnungen in Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein, Saarland, Sachsen und Thüringen aber zehn von insgesamt 17 Landesärztekammern gefolgt. Die Landesärztekammern Westfalen-Lippe und Berlin haben in ihre Berufsordnungen zumindest „Soll-Vorschriften“ aufgenommen, die Ärzten auferlegen, keine Suizidhilfe zu leisten. Lediglich die Berufsordnungen der Landesärztekammern Baden-Württem-

berg, Bayern, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein enthalten sich einer auch nur in der Tendenz ablehnenden Regelung der ärztlichen Suizidhilfe.

(βββ) Die berufsrechtliche Untersagung ärztlicher Suizidhilfe schließt die reale Aussicht auf eine assistierte, der eigenen Selbstbestimmung entsprechende Selbsttötung weitgehend aus. Diese Einschränkung erlangt besonderes Gewicht, weil die heterogene Ausgestaltung des ärztlichen Standesrechts die Verwirklichung der Selbstbestimmung für den Einzelnen, der sich im Zustand schwerer Erkrankung und eingeschränkter oder gar aufgehobener Mobilität befinden kann, geografischen Zufälligkeiten unterstellt.

(γγγ) Für die handlungsleitende Wirkung der berufsrechtlichen Verbote der ärztlichen Suizidhilfe kommt es nicht darauf an, ob die Verbote in ihrer derzeitigen Form als bloßes Satzungsrecht formell verfassungswidrig sind, weil sie in einem förmlichen Gesetz geregelt werden müssten (vgl. VG Berlin, Urteil vom 30. März 2012 – 9 K 63.09 –, juris, Rn. 54; Antoine, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004, S. 385 ff.; Lindner, NJW 2013, S. 136 <137 f.>; Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Abschnitt II Rn. 9; im Ergebnis ebenso: Freund/Timm, GA 2012, S. 491 <494>; Freund, in: Festschrift für Bohl, 2015, S. 569 <571, 578 f.>; Hillenkamp, in: Festschrift für Kühl, 2014, S. 521 <532 f., 535>; Jäger, JZ 2015, S. 875 <884>).

Aufgrund der gegen ihre Verfassungsmäßigkeit erhobenen Einwände handelt es sich bei den berufsrechtlichen Verböten der Suizidhilfe zwar um in seiner Gültigkeit ungeklärtes Recht. Sie wirken gegenüber ihren Adressaten aber jedenfalls faktisch handlungsleitend. Der tatsächliche Zugang zu Möglichkeiten der assistierten Selbsttötung kann nicht auf Grundlage der Annahme bejaht werden, dass persönlich zur Suizidhilfe bereite Ärzte ihr Handeln nicht am geschriebenen, wenngleich verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegenden Recht ausrichten, sondern sich ihrerseits unter Berufung auf ihre verfassungsrechtlich verbürgte Freiheit eigenmächtig darüber hinwegsetzen werden.

Solange diese Situation fortbesteht, schafft sie einen tatsächlichen Bedarf nach geschäftsmäßigen Angeboten der Suizidhilfe (so auch Hoven, ZIS 2016, S. 1 <3>, die den Bedarf allerdings bereits aus der ablehnenden Haltung der Bundesärztekammer zur ärztlichen Suizidhilfe ableiten möchte), die sich typischerweise dadurch auszeichnen, dass sie Kontakt zu Ärzten und Pharmazeuten vermitteln, die trotz rechtlicher Risiken bereit sind, in der medizinisch und pharmakologisch notwendigen Weise an einer Selbsttötung mitzuwirken und dadurch der verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmung des Einzelnen zur Durchsetzung zu verhelfen.

(β) Auch die durch das Gesetz zur Verbesserung der Hospiz- und Palliativversorgung in Deutschland (BGBl I 2015 S. 2114 ff.) in sachlichem Zusammenhang mit der Einführung des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung beschlossenen Verbesserungen der palliativmedizinischen Patientenversorgung (vgl. dazu Rn. 15) sind nicht geeignet, eine unverhältnismäßige Beschränkung der individuellen Selbstbestimmung auszugleichen. Sie mögen bestehende Defizite in der quantitativen und qualitativen Palliativversorgung beseitigen und hierdurch geeignet sein, die Zahl darauf zurückzuführender Sterbewünsche todkrankender Menschen zu reduzieren. Sie sind indes kein Korrektiv zur Beschränkung dennoch oder losgelöst davon in freier Selbstbestimmung gefasster Selbsttötungsentschlüsse.

Eine Pflicht zur Inanspruchnahme palliativmedizinischer Behandlung besteht nicht. Damit eine medizinische – auch palliativmedizinische – Behandlung nicht in eine auto-

nomiefeindliche Pflicht umschlägt, sondern Angebot bleibt, darf sie – unbeschadet der Fälle, in denen der Einzelne Gefährdungen ausgeliefert ist, ohne in Freiheit selbst für den eigenen Schutz sorgen zu können (vgl. BVerfGE 142, 313 <341 Rn. 79>) – den Willen des Patienten nicht beiseitesetzen. Die Entscheidung für die Beendigung des eigenen Lebens umfasst, sofern sie frei sowie in Kenntnis und unter Abwägung aller relevanten Umstände gefasst worden ist, zugleich die Entscheidung gegen bestehende Alternativen. Auch in diesem negativen Teil ist sie als Akt autonomer Selbstbestimmung zu akzeptieren.

300 (γ) Die staatliche Gemeinschaft darf den Einzelnen zudem nicht auf die Möglichkeit verweisen, im Ausland verfügbare Angebote der Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen. Der Staat hat den erforderlichen Grundrechtsschutz gemäß Art. 1 Abs. 3 GG innerhalb der eigenen Rechtsordnung zu gewährleisten (so bereits BVerwGE 158, 142 <158 Rn. 36>).

301 (cc) Schließlich sind Aspekte des Schutzes Dritter nicht geeignet, die von § 217 StGB ausgehende Beschränkung individueller Selbstbestimmung zu rechtfertigen. Der Einzelne muss sich im Sinne seiner Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit zwar diejenigen Schranken grundrechtlicher Freiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht. Allerdings muss dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleiben (vgl. BVerfGE 4, 7 <15 f.>; 59, 275 <279>). Anliegen des Schutzes Dritter, etwa die Vermeidung von Nachahmungseffekten oder die Eindämmung einer Sogwirkung geschäftsmäßiger Suizidhilfeangebote für in ihrer Selbstbestimmung fragile und deshalb schutzbedürftige Personen, können demnach zwar dem Grunde nach suizidpräventives Handeln legitimieren. Sie rechtfertigen aber nicht, dass der Einzelne die faktische Entleerung des Rechts auf Selbsttötung hinnehmen muss (Rn. 273 ff., insbes. Rn. 281 ff.).

302 4. Diese Bewertung steht im Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, die als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzuziehen ist (vgl. BVerfGE 111, 307 <317 f.>; 149, 293 <328 Rn. 86>), und den vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte formulierten grundlegenden konventionsrechtlichen Wertungen (vgl. BVerfGE 148, 296 <354 Rn. 132, 379 f. Rn. 173 f.>).

303 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der das Recht des Einzelnen, darüber zu entscheiden, wann und wie er sein Leben beenden möchte, als Ausprägung des Rechts auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK anerkennt, nimmt an, dass dieses Recht aus Gründen des Lebensschutzes Dritter und deren Autonomie zwar eingeschränkt, nicht aber vollständig außer Kraft gesetzt werden darf.

304 Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte folgt aus Art. 8 Abs. 1 EMRK das Recht, sein Leben selbstbestimmt nach individuellen Vorstellungen zu führen. In seiner Entscheidung *Pretty v. The United Kingdom*, die die Frage nach einem Recht auf assistierte Selbsttötung einer körperlich schwer erkrankten Person aufwarf, betont der Gerichtshof, dass die persönliche Autonomie einen wichtigen Grundsatz darstellt, welcher der Auslegung der Garantien des Art. 8 EMRK zugrunde liegt (vgl. EGMR, *Pretty v. The United Kingdom*, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, § 61). Unter Berücksichtigung des die Konvention bestimmenden Grundsatzes der Achtung der Menschenwürde und der Freiheit vertritt er die Auffas-

sung, dass Art. 8 EMRK Vorstellungen zur Lebensqualität (notions of the quality of life) erfasst. In Zeiten zunehmenden Fortschritts in der Medizin und gestiegener Lebenserwartung darf niemand dazu gezwungen werden, entgegen dem eigenen Selbstverständnis und der persönlichen Identität bis ins hohe Alter oder im Zustand schweren körperlichen oder geistigen Verfalls weiterzuleben. Staat und Gesellschaft müssen die Entscheidung, körperliches und psychisches Leiden durch eine assistierte Selbsttötung zu beenden, respektieren (vgl. EGMR, *Pretty v. The United Kingdom*, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, §§ 64 f.). In der Rechtssache *Haas v. Switzerland*, die einen psychisch erkrankten Beschwerdeführer betraf, hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung weiter präzisiert und ausdrücklich ausgesprochen, dass das Recht des Einzelnen, darüber zu entscheiden, wie und wann er sein Leben beenden möchte, einen Aspekt des Rechts auf Achtung seines Privatlebens nach Art. 8 EMRK darstellt. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Betroffene einen freien Willen bilden und danach handeln kann (vgl. EGMR, *Haas v. Switzerland*, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, § 51).

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkennt aber auch an, dass sich Einschränkungen dieses Rechts nach Art. 8 Abs. 2 EMRK aus Gründen des Lebensschutzes Dritter ergeben können. Bei der Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen einerseits und der aus Art. 2 EMRK abgeleiteten Schutzpflicht des Staates für das Leben andererseits billigt er den Vertragsstaaten in diesem sensiblen Bereich indes einen erheblichen Einschätzungs- und Ermessensspielraum zu (vgl. EGMR, *Pretty v. The United Kingdom*, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, §§ 70 f.; *Haas v. Switzerland*, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, §§ 53, 55; *Koch v. Deutschland*, Urteil vom 19. Juli 2012, Nr. 497/09, § 70). Danach ist es in erster Linie Aufgabe der Vertragsstaaten, die von einer Suizidhilfe ausgehenden Risiken und Missbrauchsgefahren zu bewerten (vgl. EGMR, *Pretty v. The United Kingdom*, Urteil vom 29. April 2002, Nr. 2346/02, § 74). Wählt ein Land eine liberale Regelung, sind geeignete Maßnahmen zur Umsetzung und zur Prävention erforderlich, die auch Missbrauch zu verhindern haben (vgl. EGMR, *Haas v. Switzerland*, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, § 57). Wird die Entscheidung, sich selbst zu töten, nicht freien Willens und bei vollem Verständnis der Umstände getroffen, verpflichtet Art. 2 EMRK die staatlichen Behörden, die Selbsttötung zu verhindern. Das in Art. 2 EMRK garantierte Recht auf Leben verpflichtet die Staaten, vulnerable Personen – auch gegen selbstgefährdende Handlungen – zu schützen und ein Verfahren zu etablieren, welches sicherstellt, dass die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, tatsächlich dem freien Willen des Betroffenen entspricht (vgl. EGMR, *Haas v. Switzerland*, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, §§ 54, 58). Andererseits betont der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aber auch, dass das Recht, selbst zu bestimmen, wann und auf welche Art das eigene Leben enden soll, nicht nur theoretisch oder scheinbar (merely theoretical or illusory) bestehen darf (vgl. EGMR, *Haas v. Switzerland*, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07, §§ 59 f.).

II. Die Verfassungsbeschwerden der übrigen Beschwerdeführer sind ebenfalls begründet. § 217 StGB stellt keine verfassungsmäßige Beschränkung ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), subsidiär der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), dar (1.). Die Regelung verletzt diejenigen Beschwerdeführer, die als natürliche Personen Adressaten der Strafandrohung sind, zudem in ihrem Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1

GG (2.). Die Beschwerdeführer zu II. und III. 2. sind ferner auch durch die an die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung geknüpfte Bußgeldbewehrung nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt (3.).

- 307** 1. Für die beschwerdeführenden Ärzte und Rechtsanwälte ergibt sich, soweit sie deutsche Staatsangehörige sind, der verfassungsrechtliche Schutz gegenüber dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung aus Art. 12 Abs. 1 GG (a). Für die Beschwerdeführerin zu VI. 2. als Ärztin mit schweizerischer Staatsbürgerschaft, die beschwerdeführenden deutschen Vereine und ihre organschaftlichen Vertreter und Mitarbeiter streitet jedenfalls der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (b). Der Eingriff in diese Grundrechte ist nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt (c).
- 308** a) Die Beschwerdeführer zu III. 6., IV., V. 1. bis V. 4. und VI. 3. als deutsche Ärzte und Rechtsanwälte sind durch § 217 StGB zwar nicht in ihrer durch Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG geschützten Gewissensfreiheit (aa), aber im Grundrecht der Berufsfreiheit (bb) betroffen.
- 309** aa) Gewissensentscheidung ist nicht bereits jede relative Entscheidung über die Zweckmäßigkeit menschlichen Verhaltens aufgrund ernsthafter und nachdrücklicher Auffassung von guter politischer Ordnung und Vernunft, sozialer Gerechtigkeit und wirtschaftlicher Nützlichkeit, sondern ausschließlich die ernste sittliche, an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, sodass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte (vgl. BVerfGE 12, 45 <55>; 48, 127 <173 f.>). Die aufgrund einer solchen Gewissensentscheidung erfolgende Gewährung, Verschaffung oder Vermittlung einer Gelegenheit zur Selbsttötung, die als solche gerade nicht von einer Wiederholungsabsicht getragen ist, ist keine geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung und wird von § 217 Abs. 1 StGB (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 2, 18) nicht erfasst.
- 310** bb) Die Regelung des § 217 StGB greift aber in die Berufsfreiheit von Ärzten und Rechtsanwälten mit deutscher Staatsangehörigkeit jedenfalls insoweit ein, als sie ihnen unter Strafandrohung untersagt, im Rahmen ihrer ärztlichen oder anwaltlichen Berufsausübung – einer auf Dauer angelegten und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dienenden Tätigkeit (vgl. BVerfGE 7, 377 <397>; 54, 301 <313>; 102, 197 <212>; 110, 304 <321>; 126, 112 <136>) – geschäftsmäßig Gelegenheit zur Selbsttötung zu gewähren, zu verschaffen oder zu vermitteln.
- 311** Eine als Teil einer beruflichen Tätigkeit erbrachte Suizidhilfe ist nicht von vornherein vom Schutzbereich der Berufsfreiheit ausgenommen (a.A. BTDrucks 18/5373, S. 12 in Anlehnung an VG Hamburg, Beschluss vom 6. Februar 2009 – 8 E 3301/08 –, juris; Lorenz, MedR 2010, S. 823 <824>; Neumann, Die Mitwirkung am Suizid als Straftat?, 2014, S. 266). Insbesondere das einfachgesetzliche Verbot des § 217 StGB selbst schließt das geschäftsmäßige Fördern der Selbsttötung nicht vom grundrechtlichen Schutz durch die Berufsfreiheit aus, weil der Gewährleistungsgehalt dieser Garantie als verfassungsrechtlicher Maßstab für ein gesetzliches Verbot nicht durch das einfache Recht bestimmt werden kann (vgl. BVerfGE 115, 276 <300 f.>; vgl. auch Lorenz, MedR 2010, S. 823 <825>).
- 312** Eine Versagung des grundrechtlichen Schutzes kommt allenfalls hinsichtlich solcher Tätigkeiten in Betracht, die schon ihrem Wesen nach als verboten anzusehen sind, weil

sie aufgrund ihrer Sozial- und Gemeinschaftsschädlichkeit schlechthin nicht am Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit teilhaben können (vgl. BVerfGE 115, 276 <300 f.>; 117, 126 <137>). Dies trifft auf die Suizidhilfe auch dann nicht zu, wenn sie in geschäftsmäßiger Form erbracht wird.

- b) Die Beschwerdeführerin zu VI. 2. als Ärztin mit schweizerischer Staatsbürgerschaft, die Beschwerdeführer zu II. und III. 2. als deutsche Vereine und die Beschwerdeführer zu III. 3. bis III. 5. als deren organschaftliche Vertreter und Mitarbeiter werden durch das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nicht in speziellen Freiheitsrechten beeinträchtigt (aa), sondern können lediglich den subsidiären Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) beanspruchen (bb).
- 313**
- aa) Die Beschwerdeführer können sich weder auf den Schutz der Berufsfreiheit (1) noch auf denjenigen der Vereinigungsfreiheit (2) berufen.
- 314**
- (1) Der Schutz der Berufsfreiheit ist für die Beschwerdeführer zu III. 3. und III. 5. sowie die Beschwerdeführerin zu VI. 2. bereits in persönlicher Hinsicht nicht eröffnet (a). Für die übrigen Beschwerdeführer ist das ihnen durch § 217 StGB untersagte Handeln jedenfalls nicht Teil einer den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG genießenden beruflichen Tätigkeit (b).
- 315**
- (a) Die Beschwerdeführer zu III. 3. und III. 5. sowie die Beschwerdeführerin zu VI. 2. können sich als schweizerische Staatsangehörige in persönlicher Hinsicht nicht auf den Schutz des Grundrechts der Berufsfreiheit berufen. Dieser ist gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG Deutschen im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG vorbehalten.
- 316**
- (b) Die Beschwerdeführerin zu III. 4. (aa) und die beschwerdeführenden Vereine (bb) haben bei dem Bereitstellen eines Angebots der Suizidhilfe keine berufliche Tätigkeit im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG ausgeübt.
- 317**
- (aa) Die Beschwerdeführerin zu III. 4. ist in Ausübung ihrer Vorstandstätigkeit für den Beschwerdeführer zu III. 2. nicht zum Zwecke der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage, mithin nicht beruflich, tätig (vgl. BVerfGE 7, 377 <397>; 54, 301 <313>; 102, 197 <212>; 110, 304 <321>; 126, 112 <136>). Jedenfalls sieht die Satzung des Beschwerdeführers zu III. 2. keine abweichende Regelung zum Grundsatz des § 27 Abs. 3 Satz 2 BGB vor, wonach Vorstandsmitglieder gemeinnütziger Vereine grundsätzlich unentgeltlich tätig sind.
- 318**
- (bb) Für die beschwerdeführenden Vereine selbst war das Angebot der Suizidhilfe ebenfalls keine berufliche Tätigkeit im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG oder Teil einer solchen.
- 319**
- (α) Vereine können sich zwar grundsätzlich auf den Schutz der Berufsfreiheit berufen. Dem Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG liegt ein weites, nicht personal gebundenes Begriffsverständnis zugrunde (vgl. dazu ausdrücklich BVerfGE 97, 228 <253>; vgl. auch bereits BVerfGE 50, 290 <363>), weshalb das Grundrecht der Berufsfreiheit gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen des Privatrechts mit Sitz im Inland anwendbar ist (vgl. BVerfGE 50, 290 <363>; 102, 197 <212 f.>; 126, 112 <136>).
- 320**
- (β) Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist indes auch bei juristischen Personen ausschließlich die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit auszuüben, soweit diese ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen Person ausgeübt werden kann (vgl. BVerfGE 21, 261 <266>; 22, 380 <383>; 30, 292 <312>). Handelt es sich bei einer juristischen Person

um einen Verein, schützt Art. 12 Abs. 1 GG dessen Tätigkeit nur dann, wenn die Führung eines Geschäftsbetriebs zu seinen satzungsmäßigen Zwecken gehört (vgl. BVerfGE 65, 196 <209 f.>; 74, 129 <149>; 97, 228 <253>). Tätigkeiten eines Vereins bilden dann einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, wenn es sich um planmäßige, auf Dauer angelegte und nach außen gerichtete, das heißt über den vereinsinternen Bereich hinausgehende, eigenunternehmerische Tätigkeiten handelt, die auf die Verschaffung vermögenswerter Vorteile zugunsten des Vereins oder seiner Mitglieder abzielen. Entscheidend für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ist danach, ob sich der Verein unternehmerisch betätigt und das mit einer solchen Tätigkeit typischerweise verbundene Risiko trägt. Dies ist der Fall, wenn der Verein wie ein Kaufmann am Marktgeschehen teilnimmt. Zur Erreichung ideeller Vereinsziele entfaltete unternehmerische Tätigkeiten reichen hierzu nicht aus, wenn sie dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins zu- und untergeordnet und damit nur Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (vgl. BGHZ 85, 84 <92 f.>). Anderes gilt nur, wenn ein Verein seinen Mitgliedern als Anbieter von Leistungen gegenübertritt, die unabhängig von mitgliederschaflichen Beziehungen üblicherweise auch von Dritten angeboten werden (vgl. BVerwGE 105, 313 <317>).

- 322** Letzteres trifft auf das von den beschwerdeführenden Vereinen derzeit ausgesetzte Angebot der Suizidhilfe nicht zu. Ihre Tätigkeit ist jeweils darauf ausgerichtet, das Recht auf selbstbestimmtes Sterben in Deutschland zu verankern und die Vereinsmitglieder bei der Durchsetzung dieses Rechts zu unterstützen (vgl. Rn. 41 und 63). Die von den Vereinsmitgliedern zu entrichtenden Beiträge führen zu keiner anderen Beurteilung. Sie bemessen sich – jedenfalls im Fall des Beschwerdeführers zu II. – in ihrer Höhe zwar danach, ob und innerhalb welcher Frist die Mitgliedschaft zur Inanspruchnahme einer Suizidhilfe berechtigt, was auf ein Gegenleistungsverhältnis zwischen dem Angebot der Suizidhilfe und einem den Grundmitgliedsbeitrag übersteigenden Betrag hindeutet. Das Angebot der Suizidbegleitung ist aber jeweils von den gemeinsamen Überzeugungen der Vereinsmitglieder und dem Vereinszweck getragen. In ihm verwirklicht sich die Vereinsmitgliedschaft, die über den Austausch allgemein verfügbarer Dienstleistungen hinausgeht.
- 323** (2) Auch den Schutz der von ihnen ausdrücklich geltend gemachten Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) können die beschwerdeführenden Sterbehilfevereine und ihre Mitglieder gegenüber dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nicht beanspruchen.
- 324** (a) Eine unter dem Schutz des Art. 9 Abs. 1 GG gebildete Vereinigung genießt zwar als solche die Gewährleistungen dieses Grundrechts, ohne dass es des Rückgriffs auf Art. 19 Abs. 3 GG bedarf (vgl. BVerfGE 3, 383 <391 f.>; 6, 273 <277>; 13, 174 <175 f.>; 149, 160 <189 Rn. 86>).
- 325** (b) Der sachliche Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit ist durch die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung und eine daran geknüpfte Bußgeldbewehrung nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG jedoch nicht betroffen.
- 326** (aa) Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Dieser Schutz umfasst das Recht auf Entstehen und Bestehen in der gewählten gemeinsamen Form (vgl. BVerfGE 13, 174 <175>; 80, 244 <253>). Dieses Recht schließt nicht nur für Mitglieder, sondern auch für die Vereinigung selbst zunächst ihre Gründung und ihren Bestand, daneben aber zwecks Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes auch ein Recht auf Betätigung im Sinne eines Kernbereichs der Vereinstätigkeit ein (vgl.

BVerfGE 30, 227 <241> m.w.N.; 80, 244 <253>). Dieser Kernbereich umfasst die fortwährende Organisationsautonomie, das heißt die Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren der Willensbildung und die Führung der Geschäfte (vgl. BVerfGE 50, 290 <354>), nicht hingegen bloße vereinszweckrealisierende Tätigkeiten jenseits von Handlungen zur Entstehung und zur Erhaltung des Bestands einer Vereinigung (vgl. BVerfGE 70, 1 <25>; 84, 212 <224>; 149, 160 <192 Rn. 98>). Letztere sind vielmehr nach Maßgabe derjenigen Grundrechte und grundrechtsgleichen Gewährleistungen geschützt, in deren Schutzbereich sie sich bewegen, weil die Gründung einer Vereinigung den Grundrechtsschutz für individuelles Handeln seiner Mitglieder nicht erweitern kann (vgl. BVerfGE 149, 160 <192 Rn. 98>; so auch bereits im Ansatz BVerfGE 70, 1 <25>). Art. 9 Abs. 1 GG enthält mithin eine spezifische Organisationsgarantie, die Freiheitsschutz nur für Organisationsakte, nicht hingegen eine allgemeine Handlungs- oder Zweckverfolgungsfreiheit gewährt, die an keine andere Voraussetzung gebunden wäre als die Vereinsmäßigkeit ihrer Ausübung.

(bb) Eine Beeinträchtigung der Vereinigungsfreiheit in ihrem den Bestand und die Organisationsautonomie erfassenden Schutzgehalt geht von § 217 StGB auch nicht deshalb aus, weil die Regelung Anknüpfungstatbestand im Sinne des Art. 9 Abs. 2 Var. 1 GG ist und damit materiell-rechtlich die Grundlage für ein Vereinsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG in Verbindung mit § 3 VereinsG schafft.

Das materielle Unwerturteil über strafrechtswidrige Zwecke verfolgende Vereinigungen folgt aus Art. 9 Abs. 2 GG selbst und wirkt verfassungsunmittelbar (vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 113 <September 2017>). Seine Umsetzung setzt lediglich die Existenz von Strafgesetzen voraus (vgl. Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 75), wodurch die Ausgestaltung des Vereinsverbots dem Gesetzgeber überantwortet ist, der die Grenzen der Schranke des Art. 9 Abs. 2 GG nicht ausdehnen darf (vgl. BVerfGE 80, 244 <254>). Einer Umgehung des Schutzes aus Art. 9 Abs. 1 GG wird hierbei dadurch vorgebeugt, dass nur allgemeine Strafgesetze als Bezugsnormen für ein Vereinsverbot herangezogen werden dürfen (vgl. BVerfGE 149, 160 <196 Rn. 105>), die ein Handeln (Tun oder Unterlassen) generell, das heißt nicht ausschließlich oder in besonderer Form für den Fall vereinsmäßiger Begehung, unter Strafe stellen (vgl. Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 75 m.w.N.). Aufgrund ihres allgemeinen Charakters sind solche Strafvorschriften mit dem Schutzzweck des Art. 9 Abs. 1 GG vereinbar. Die Vereinigungsfreiheit erweitert die in sonstigen Grundrechten gewährleisteten Handlungsfreiheiten nicht zu einer vereinigungsspezifischen allgemeinen Handlungsfreiheit, sondern schützt ausschließlich vor vereinigungsspezifischem Sonderrecht (vgl. Kemper, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 43, 75).

§ 217 StGB ist ein allgemeines Strafgesetz. Er stellt die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung nicht speziell für den Fall unter Strafe, dass sie in vereinsmäßig organisierter Form erbracht wird, sondern für jedermann, der geschäftsmäßig im Sinne der Norm handelt. Dem steht nicht entgegen, dass der Gesetzgeber mit Einführung der Vorschrift gerade auch bezweckt hat, die rechtliche Grundlage für das Verbot von Vereinigungen zu schaffen, die – wie die beiden beschwerdeführenden Vereine – ein öffentliches Suizidhilfeangebot bereitstellen (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 14). Für die Einordnung als allgemeines Gesetz ist unerheblich, ob

327

328

329

ein Einzelfall den Anlass zu einer gesetzlichen Regelung gegeben hat, soweit die Norm nach der Art der in Betracht kommenden Sachverhalte geeignet ist, unbestimmt viele weitere Fälle zu regeln (vgl. BVerfGE 7, 129 <150 f.>; 10, 234 <243 f.>).

- 330** bb) Dadurch, dass die Beschwerdeführer zu III. 3. und III. 5., die Beschwerdeführerinnen zu III. 4. und VI. 2. und die beschwerdeführenden deutschen Vereine gezwungen waren, ihre auf Erbringung oder Vermittlung von Suizidhilfe gerichteten Aktivitäten (vorläufig) einzustellen, um nicht mit den Maßgaben des § 217 StGB in Konflikt zu treten, sind sie aber in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) betroffen.
- 331** c) Die Grundrechtseingriffe sind nicht gerechtfertigt. Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung verstößt aufgrund seiner Unvereinbarkeit mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht von selbstbestimmt zur Selbsttötung entschlossenen Personen (Rn. 202 ff.) gegen objektives Verfassungsrecht und ist infolgedessen auch gegenüber den unmittelbaren Normadressaten nichtig (vgl. BVerfGE 61, 82 <112 f.>). Der verfassungsrechtliche Schutz des durch § 217 StGB unter Strafe gestellten Handelns ergibt sich aus einer funktionalen Verschränkung der Grundrechte der Beschwerdeführer zu II., III. 2. bis III. 6., IV., V. 1. bis V. 4. sowie VI. 2. und VI. 3. mit dem aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abzuleitenden Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Die als Ausprägung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben grundrechtlich geschützte Freiheit des Einzelnen, sich selbst mit Unterstützung und in Begleitung von zur Hilfe bereiten Dritten das Leben zu nehmen, steht in inhaltlicher Abhängigkeit zu dem grundrechtlichen Schutz der Suizidhilfe. Die Entscheidung zur Selbsttötung ist in ihrer Umsetzung nicht nur in tatsächlicher Hinsicht davon abhängig, dass Dritte bereit sind, Gelegenheit zur Selbsttötung zu gewähren, zu verschaffen oder zu vermitteln. Die Dritten müssen ihre Bereitschaft zur Suizidhilfe auch rechtlich umsetzen dürfen. Anderenfalls liefe das Recht des Einzelnen auf Selbsttötung faktisch leer. In Fällen derartiger rechtlicher Abhängigkeit stehen die Handlungsweisen der Beteiligten in einem funktionalen Zusammenhang. Der grundrechtliche Schutz des Handelns des einen ist Voraussetzung für die Ausübung eines Grundrechts durch den anderen (vgl. Kloepfer, in: Festschrift für Klaus Stern, 2012, S. 405 <413 ff.>). Erst dadurch, dass zwei Personen Grundrechte in einer auf ein gemeinsames Ziel gerichteten Weise ausüben können, hier die Umsetzung des Wunsches nach assistierter Selbsttötung, wird der verfassungsrechtliche Schutz auf selbstbestimmtes Sterben wirksam. Der Gewährleistung des Rechts auf Selbsttötung korrespondiert daher auch ein entsprechend weitreichender grundrechtlicher Schutz des Handelns des Suizidassistenten.
- 332** 2. Mit der Androhung einer Freiheitsstrafe verletzt das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung die Beschwerdeführer zu III. 3. bis III. 6., IV., V. 1. bis V. 4. sowie VI. 2. und VI. 3., die als natürliche Personen unmittelbare Normadressaten des § 217 StGB sind, zudem in ihrem Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 96, 245 <249>; 101, 275 <287>; 140, 317 <345 Rn. 58>).
- 333** 3. Eine mögliche, an die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung geknüpfte Bußgeldbewehrung nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG verletzt die Beschwerdeführer zu II. und III. 2. in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG, das – anders als die vom Beschwerdeführer zu III. 2. insoweit ausdrücklich geltend gemachte Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, die nicht das Vermögen als solches

schützt (vgl. BVerfGE 4, 7 <17>; 74, 129 <148>; 81, 108 <122>; 96, 375 <397>) – auch das Recht umfasst, nicht (zu Unrecht) zu einer Geldbuße herangezogen zu werden (vgl. BVerfGE 92, 191 <196>).

III. § 217 StGB ist einer verfassungskonformen Auslegung nicht zugänglich. Eine den Anwendungsbereich der Norm einschränkende Auslegung, die die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter bestimmten Umständen doch für zulässig erklärte, widerspräche den Absichten des Gesetzgebers und käme damit einer mit dem Gebot hinreichender gesetzlicher Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) unvereinbaren originären judikativen Rechtssetzung gleich (vgl. BVerfGE 47, 109 <120>; 64, 389 <393>; 73, 206 <235>; 105, 135 <153>).

Dies gilt insbesondere für eine Auslegung, die die Förderung freiverantwortlicher Selbsttötungen von der Strafbarkeit ausnimmt (vgl. zu einem solchen Ansatz Kubiciel, ZIS 2016, S. 396 <402>). Sie liefe dem gesetzgeberischen Anliegen (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 3) zuwider. Im Ergebnis würde sie die Vorschrift praktisch leerlaufen lassen (vgl. Riemer, BRJ 2016, S. 96 <101>, zugleich m.w.N. zu abweichenden Ansätzen).

Auch eine Auslegung, die Ärzte vom Verbot des § 217 Abs. 1 StGB ausnimmt, ist nicht möglich. Der Gesetzgeber hat § 217 StGB als Allgemeindelikt ausgestaltet und von einer Privilegierung der Angehörigen der Heilberufe bewusst abgesehen (vgl. BTDrucks 18/5373, S. 18).

IV. 1. § 217 StGB ist wegen der festgestellten Verfassungsverstöße für nichtig zu erklären (§ 95 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG). Die Voraussetzungen für eine bloße Unvereinbarkeitserklärung liegen nicht vor (vgl. BVerfGE 128, 282 <321 f.>; 129, 269 <284>).

2. Aus der Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB folgt nicht, dass der Gesetzgeber sich einer Regulierung der Suizidhilfe vollständig zu enthalten hat. Er hat aus den ihm obliegenden Schutzpflichten für die Autonomie bei der Entscheidung über die Beendigung des eigenen Lebens in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise einen Handlungsauftrag abgeleitet (vgl. Rn. 231 ff.). Ein legislatives Schutzkonzept hat sich aber an der der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zugrundeliegenden Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen auszurichten, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten (vgl. BVerfGE 32, 98 <107 f.>; 108, 282 <300>; 128, 326 <376>; 138, 296 <339 Rn. 109>). Die verfassungsrechtliche Anerkennung des Einzelnen als zur Selbstbestimmung befähigten Menschen verlangt eine strikte Beschränkung staatlicher Intervention auf den Schutz der Selbstbestimmung, der durch Elemente der medizinischen und pharmakologischen Qualitätssicherung und des Missbrauchsschutzes ergänzt werden kann.

Zum Schutz der Selbstbestimmung über das eigene Leben steht dem Gesetzgeber in Bezug auf das Phänomen organisierter Suizidhilfe ein breites Spektrum an Möglichkeiten offen. Sie reichen von der positiven Regulierung prozeduraler Sicherungsmechanismen, etwa gesetzlich festgeschriebener Aufklärungs- und Wartepflichten, über Erlaubnisvorbehalte, die die Zuverlässigkeit von Suizidhilfeangeboten sichern, bis zu Verboten besonders gefahrträchtiger Erscheinungsformen der Suizidhilfe entsprechend dem Regelungsgedanken des § 217 StGB. Sie können mit Blick auf die Bedeutung der zu schützenden Rechtsgüter auch im Strafrecht verankert oder jedenfalls durch strafrechtliche Sanktionierung von Verstößen abgesichert werden (vgl. dazu bereits Rn. 268 ff.).

334

335

336

337

338

339

- 340 Aufgrund der verfassungsrechtlichen Anerkennung des Rechts auf Selbsttötung, welche die einem individuellen Suizidentschluss zugrundeliegenden Motive einschließt und diese damit einer Beurteilung nach Maßstäben objektiver Vernünftigkeit entzieht (vgl. Rn. 210), verbietet es sich aber, die Zulässigkeit einer Hilfe zur Selbsttötung materiellen Kriterien zu unterwerfen, sie etwa vom Vorliegen einer unheilbaren oder tödlich verlaufenden Krankheit abhängig zu machen. Dies hindert nicht, dass je nach Lebenssituation unterschiedliche Anforderungen an den Nachweis der Ernsthaftigkeit und Dauerhaftigkeit eines Selbsttötungswillens gestellt werden können. Es steht dem Gesetzgeber frei, ein prozedurales Sicherungskonzept zu entwickeln.
- 341 Allerdings muss jede regulatorische Einschränkung der assistierten Selbsttötung sicherstellen, dass sie dem verfassungsrechtlich geschützten Recht des Einzelnen, aufgrund freier Entscheidung mit Unterstützung Dritter aus dem Leben zu scheiden, auch faktisch hinreichenden Raum zur Entfaltung und Umsetzung belässt. Das erfordert nicht nur eine konsistente Ausgestaltung des Berufsrechts der Ärzte und der Apotheker, sondern möglicherweise auch Anpassungen des Betäubungsmittelrechts.
- 342 Die Obliegenheit zur konsistenten Ausgestaltung der Rechtsordnung schließt nicht aus, die im Bereich des Arzneimittel- und des Betäubungsmittelrechts verankerten Elemente des Verbraucher- und des Missbrauchsschutzes aufrechtzuerhalten und in ein Schutzkonzept im Bereich der Suizidhilfe einzubinden. All dies lässt unberührt, dass es eine Verpflichtung zur Suizidhilfe nicht geben darf. (...)

Bundesgerichtshof

BGB § 1906a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 (Zwangsbehandlung von Schizophrenie durch Elektrokrampftherapie)

1. Als notwendig können nur ärztliche Zwangsmaßnahmen angesehen werden, deren Durchführung einem breiten medizinisch-wissenschaftlichen Konsens entspricht. Derartiger Konsens kann sich namentlich in wissenschaftlichen Stellungnahmen des Beirats der Bundesärztekammer sowie durch medizinische Leitlinien äußern.

2. Falls der an Schizophrenie leidende Betreute einer Elektrokrampftherapie/Elektrokrampftherapie (EKT) ausdrücklich widerspricht, ist die Einwilligung des Betreuers in deren zwangsweise Durchführung im Regelfall nicht genehmigungsfähig.

BGH, Beschl. vom 15.1.2020 – XII ZB 381/19

Stichworte: *Betreuungsrecht – Zwangsbehandlung – Schizophrenie – Elektrokrampftherapie*

Gründe:

- 1 I. Der 26jährige Betroffene leidet nach den getroffenen Feststellungen an einer chronifizierten paranoiden Schizophrenie, begleitet von psychotischen Symptomen wie Wahnvorstellungen und Halluzinationen, einer Autismusspektrumsstörung sowie einem ausgeprägten Todeswunsch. In einer Patientenverfügung vom 24. Oktober 2015 hatte er vorrangig intensive Psychotherapie gewünscht und nur nachrangig Behandlung mit Neuroleptika, deren Dosierung so niedrig

wie möglich gehalten werden solle, wobei nicht auf eine komplette Rückbildung der Positiv-Symptome gezielt werden solle, sondern auf gute kognitive Funktionen.

Seit Februar 2018 war er wiederholt untergebracht und wurde - überwiegend zwangsweise - unter anderem mit den Medikamenten Risperidon, Aripiprazol, Cariprazin, Amisulprid, Clozapin sowie zuletzt Haloperidol Decanoat Depot und Quetiapin behandelt, ohne dass sich eine signifikante Verbesserung der Symptomatik zeigte. Zuletzt empfahl der Sachverständige B. eine zwangsweise Weiterbehandlung mit Aripiprazol.

Nachdem die behandelnden Ärzte Zweifel geäußert hatten, dass eine weitere Behandlung mit dem Medikament Aripiprazol erfolgsversprechend sei, hat das Amtsgericht den Sachverständigen F. mit der Erstattung eines neuen Gutachtens beauftragt. Nach dessen Ausführungen ist zur Vermeidung einer weiteren Zerstörung des Nervengewebes eine Behandlung mit Clozapin erforderlich; bei Verweigerung dessen Einnahme verbleibe die Möglichkeit einer Medikation mit Haloperidol Decanoat Depot sowie der Durchführung einer Elektrokrampftherapie (EKT), während eine Fortbehandlung mit Aripiprazol nicht zielführend sei. Sollte die Durchführung einer Elektrokrampftherapie nicht möglich sein, verbleibe aus Sicht des Gutachters nur die längerfristige Unterbringung, um selbstschädigende Verhaltensweisen zu verhindern.

Die behandelnde Universitätsklinik (Beteiligte zu 1) lehnt eine zwangsweise Durchführung der Elektrokrampftherapie unter Abwägung ihrer krankheitsbezogen nicht gesicherten Evidenz mit dem Grundrecht des Patienten auf körperliche Unversehrtheit generell ab und hält sie im konkreten Fall auch nicht für erfolgsversprechend. Sie verweist auf die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Arzt-Patienten-Verhältnisses und äußert die Besorgnis, dass es nicht bei der einmaligen EKT-Serie bleibe, sondern - gegebenenfalls lebenslange - Erhaltungs-EKT erforderlich würden.

Auf Antrag des Beteiligten zu 5, des berufsmäßigen Betreuers für den Aufgabenkreis Gesundheitsorge, Aufenthaltsbestimmung und ärztliche Zwangsmaßnahmen, hat das Amtsgericht die medikamentöse Zwangsbehandlung mit Haloperidol Decanoat Depot bis längstens 13. Juli 2019 genehmigt. Mit weiterem Beschluss vom 11. Juni 2019 hat es die Einwilligung des Betreuers in die Durchführung einer Elektrokrampftherapie in Form der elektrischen Auslösung von sechs großen zerebralen Anfällen mithilfe von uni- oder alternativ bilateral angelegten Elektroden (richtig: Elektroden) innerhalb von zwei Wochen, außerdem die Einleitung einer Narkose durch Anästhesisten unter Verwendung eines regelgerechten Anästhetikums und - wenn der Betroffene von den ärztlichen Maßnahmen nicht überzeugt werden kann - die Anwendung von Gewalt (Festhalten, 3- bis 5-Punkt-Fixierung) genehmigt.

Dagegen haben der Betroffene und seine Mutter (Beteiligte zu 3), die als Betreuerin für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge bestellt ist, Beschwerde eingelegt, welche das Landgericht zurückgewiesen hat. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Mutter.

II. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 312 Satz 1 Nr. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Rechtsbeschwerdebefugnis der Mutter des Betroffenen im eigenen Namen folgt aus der im Rechtsbeschwerdeverfahren entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 335 Abs. 1 Nr. 1 FamFG, wonach das Recht der Beschwerde im Interesse des Betroffenen unter anderem dessen

- Eltern zusteht, wenn der Betroffene bei diesen lebt oder bei Einleitung des Verfahrens gelebt hat. Das ist hier bezüglich der Mutter des Betroffenen der Fall.
- 9 2. Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Die Behandlung der Erkrankung sei erforderlich, um einen drohenden erheblichen Gesundheitsschaden des Betroffenen abzuwenden. Blicke die Erkrankung unbehandelt, würde sie den Betroffenen weiterhin von der Führung eines eigenständigen Lebens abhalten und es komme im Laufe von Jahren zu einer weiteren unwiederbringlichen Zerstörung von Nervengewebe mit der Folge einer Zunahme von Symptomen wie Affektverflachung, Apathie, Antriebsdefizit, Verlangsamung im Denken und Handeln, kognitiven Einbußen sowie residualen schizophrener Symptomen. Die Behandlung mit Elektrokonvulsionstherapie/Elektrokrampftherapie (EKT) sei erfolgsversprechend. Sie entspreche der S3-Leitlinie Schizophrenie der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychosomatik und Nervenheilkunde (DGPPN), wonach die EKT als „add-on EKT“ in Ergänzung zu einem Neuroleptikum bei Menschen mit einer (behandlungsresistenten) Schizophrenie zu kurzfristigen und langfristigen symptomatischen Verbesserungen geführt habe, die einer Behandlung mit Nicht-Clozapin-Antipsychotika überlegen seien. Eine Verbesserung der Gesamtsymptomatik bringe auch die Chance mit sich, dass Neuroleptika, die vorher nicht angesprochen hätten, nunmehr wegen der Veränderung verschiedener Neurotransmittersysteme und neurotroper Effekte eine Wirkung zeigten. Dass es keine Zahlen über die generelle Erfolgsquote einer EKT bei Schizophreniepatienten gebe, sei hier unschädlich, weil die Empfehlungen der S3-Leitlinien dahin gingen, dass bei eindeutiger medikamentöser Behandlungsresistenz, wie sie bei dem Betroffenen vorliege, eine EKT zur Augmentierung mit dem Ziel der Verbesserung des klinischen Gesamtzustands angeboten werden sollte. Sofern der Betroffene neben der Schizophrenie noch an einer Autismus-Spektrum-Störung (ASS) leide, stelle dies die Diagnose der Schizophrenie, die den Einsatz der EKT erfordere, nicht in Frage.
- 10 Der drohende erhebliche gesundheitliche Schaden könne derzeit auch nicht durch andere, weniger belastende Maßnahmen abgewendet werden. Zu einer freiwilligen Mitarbeit im Rahmen einer Psychotherapie sei der Betroffene weder bereit noch seien diese Maßnahmen erfolgsversprechend. Durch weitere neuroleptische Behandlung könne keine hinreichende Besserung der Symptomatik erreicht werden. Das zur Behandlung bei Therapieresistenz noch vorgesehene Medikament Clozapin stehe nur oral zur Verfügung und könne daher nicht zwangsweise verabreicht werden. Auch die repetitive transkranielle Magnetstimulation (rTMS) stelle keine Alternative dar, weil das Verfahren noch kein etabliertes Regelverfahren darstelle.
- 11 Der zu erwartende Nutzen der augmentierenden EKT überwiege die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich. Die Risiken lägen im Wesentlichen im Narkoserisiko mit einem Mortalitätsrisiko von 1:50 000 Einzelbehandlungen. Die Hauptnebenwirkungen seien vorübergehende kognitive Defizite und Gedächtnisstörungen, namentlich bezüglich Erlebnissen in zeitlicher Nähe zur EKT, vereinzelt auch bezüglich einiger autobiografischer Erinnerungen. Weiterhin könne es zu Kopfschmerzen, Muskelschmerzen und Übelkeit kommen. Dem stehe als gewichtigerer Vorteil gegenüber, dass eine Verbesserung der Symptomatik erreicht werden könne, die dann wieder andere, z.B. medikamentöse Behandlungsmöglichkeiten eröffne, mit denen die ansonsten drohende weitere Verschlechterung des Zustands abgewendet werden könne.
- Die Behandlung sei auch nicht wegen der „martialischen Wirkung“ von in Vollnarkose ausgelösten Krampfanfällen unverhältnismäßig. Durch die zwangsweise Durchführung werde der Betroffene nicht stärker traumatisiert als durch die zwangsweise Verabreichung von Neuroleptika, die ebenfalls mit einer Fixierung einhergehen müsse. Die Nebenwirkungen von Neuroleptika erschienen auch höher als die der relativ nebenwirkungsarmen EKT.
- Soweit der Wissenschaftliche Beirat der Bundesärztekammer davon ausgehe, dass eine EKT gegen den natürlichen Willen des Betroffenen in der Regel unterbleibe, lasse dies Ausnahmen zu. Da der noch sehr junge Betroffene bei Nichtanwendung der EKT als austerapiert gelte und wegen seiner Suizidalität als Perspektive lediglich noch eine lebenslange geschlossene Heimunterbringung habe, sei in seinem Sonderfall von der Beiratsempfehlung abzuweichen.
- Aufgrund seiner Erkrankung sei der Betroffene zu keiner freien Willensbildung in der Lage. Er könne die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nach dieser Einsicht handeln. Auch seine Patientenverfügung spreche nicht gegen die Behandlung, da diese sich nur mit der Einnahme von Neuroleptika befasse, um die es hier jedoch nicht gehe. Dass der Betroffene sich bei Abfassung seiner Patientenverfügung auch zu einer möglichen Behandlung mit EKT Gedanken gemacht habe, sei nicht ersichtlich. Im Übrigen entspreche die EKT seinem in der Patientenverfügung geäußerten grundsätzlichen Wunsch einer Behandlung geringstmöglichen Umfangs bei bestmöglicher Wahrung der kognitiven Fähigkeiten. Erfolgreiche ärztliche Überzeugungsversuche seien hinreichend durchgeführt.
3. Dies hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.
- a) Wie das Landgericht im Ausgangspunkt zutreffend erkannt hat, handelt es sich bei der EKT um eine Behandlungsmaßnahme, die der Einwilligung bedarf (vgl. allgemein bereits BGH Urteil vom 10. Mai 1966 - VI ZR 251/64 - NJW 1966, 1855).
- Anstelle des Betreuten kann der Betreuer in eine im Rahmen einer zivilrechtlichen Unterbringung erfolgende ärztliche Zwangsmaßnahme einwilligen, wenn die in § 1906 a Abs. 1 Satz 1 BGB aufgezählten Voraussetzungen kumulativ vorliegen. Bei der Ausgestaltung dieser Voraussetzungen hatte der Gesetzgeber im Blick, dass es sich bei einer solchen Zwangsbehandlung wegen des mit ihr verbundenen erheblichen Eingriffs in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, das auch das Recht auf Selbstbestimmung hinsichtlich der körperlichen Integrität schützt, nur um die ultima ratio handeln darf. Die Anwendung dieses letzten Mittels kommt insbesondere in Situationen drohender erheblicher Selbstgefährdung und nur bei Betroffenen in Betracht, die aufgrund psychischer Krankheit oder geistiger oder seelischer Behinderung selbst einwilligungsunfähig sind. Zudem erfordert der mit einer Zwangsbehandlung regelmäßig verbundene schwerwiegende Grundrechtseingriff eine strikte Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Senatsbeschluss BGHZ 201, 324 = FamRZ 2014, 1358 Rn. 8, 10).
- b) Gemäß § 1906 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB muss die ärztliche Zwangsmaßnahme zum Wohl des Betreuten notwendig sein, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden. Denn die Überwindung des entgegenstehenden natürlichen Willens des Betreuten im Wege der Zwangsbehandlung kann schon im Ansatz nur dann gerechtfertigt sein, wenn es gilt, gewichtige gesundheitliche Nachteile des Betreuten zu verhindern. Umgekehrt ist der natürliche Wille des Betreuten zu respektieren, wenn auch bei

Unterbleiben der Behandlung keine wesentlichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu erwarten sind (Senatsbeschluss BGHZ 201, 324 = FamRZ 2014, 1358 Rn. 12 m.w.N.).

- 19 Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist weiterhin das Erfordernis, dass der drohende erhebliche gesundheitliche Schaden durch keine andere den Betreuten weniger belastende Maßnahme abgewendet werden kann (§ 1906 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BGB). Eine solche kann etwa in einer alternativen Behandlungsmethode zu sehen sein, die nicht dem natürlichen Willen des Betreuten widerspricht und ebenfalls das mit der Zwangsbehandlung verfolgte Behandlungsziel herbeizuführen vermag, aber auch in sonstigen, die Behandlung entbehrlich machenden Maßnahmen (Senatsbeschluss BGHZ 201, 324 = FamRZ 2014, 1358 Rn. 13 m.w.N.).
- 20 Auch wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist die Zwangsbehandlung nur verhältnismäßig, sofern der von ihr zu erwartende Nutzen die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegt (§ 1906 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 BGB). Dem zu erwartenden Behandlungserfolg sind die mit der Behandlung verbundenen Neben- und Auswirkungen einschließlich der möglichen Komplikationen gegenüberzustellen und Nutzen und Beeinträchtigungen gegeneinander abzuwägen (Senatsbeschluss BGHZ 201, 324 = FamRZ 2014, 1358 Rn. 14 mwN).
- 21 c) Nach diesen Maßstäben liegen die Voraussetzungen für eine Genehmigung der Einwilligung des Betreuers in die zwangsweise Durchführung einer EKT nicht vor. Es fehlt bereits an der Notwendigkeit der Maßnahme im Sinne von § 1906 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB.
- 22 aa) Das vom Gesetz geforderte Merkmal der Notwendigkeit setzt eine feststehende medizinische Indikation voraus, und zwar sowohl hinsichtlich der ärztlichen Maßnahme als solcher wie auch hinsichtlich ihrer gegebenenfalls zwangsweisen Durchführung (Palandt/Götz BGB 79. Aufl. § 1906 a BGB Rn. 3 f.).
- 23 Dabei beurteilt sich die Notwendigkeit einer Maßnahme nicht am Maßstab des subjektiven „Behandlungsoptimismus“ des jeweiligen Behandlers oder Gutachters, sondern nach objektivierten, evidenzbasierten Notwendigkeitskriterien. Dem Begriff der Notwendigkeit als Rechtfertigung für eine Zwangsmaßnahme wohnt nämlich inne, dass es sich bezogen auf die konkrete Erkrankung um eine geeignete Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst gemäß den anerkannten medizinischen Standards handeln muss. Wegen der Schwere des mit einer Zwangsbehandlung verbundenen Grundrechtseingriffs muss sich deren Durchführung auf einen breiten medizinisch-wissenschaftlichen Konsens stützen können, und zwar sowohl was die Therapie als solche betrifft als auch deren spezielle Durchführungsform im Wege der Zwangsbehandlung gegen den Widerstand des Patienten. Eine Behandlungsform, die nicht breitem medizinischen Konsens entspricht, mag dem Patienten in ärztlicher Verantwortung angeboten, darf aber nicht mit staatlicher Gewalt gegen seinen Willen zwangsweise durchgeführt werden.
- 24 Von einem tragfähigen medizinisch-wissenschaftlichen Konsens ist namentlich dann auszugehen, wenn die vorgesehene Behandlung den evidenzbasierten Handlungsempfehlungen eines institutionalisierten Expertengremiums entspricht. Dem dienen die Stellungnahmen des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer ebenso wie die von den führenden medizinischen Gesellschaften erstellten Leitlinien, welche den - nach definiertem, transparent gemachtem Vorgehen erzielten - Konsens zu bestimmten ärztlichen Vorgehensweisen wiedergeben und denen deshalb die Bedeu-

tung wissenschaftlich begründeter Handlungsempfehlungen zukommt (vgl. Beschlüsse der Vorstände von Bundesärztekammer und Kassenärztlicher Vereinigung, Deutsches Ärzteblatt 94 [1997], A-2154-2155).

bb) Die in Bezug auf die EKT veröffentlichten Stellungnahmen und Leitlinien vermitteln hingegen keinen medizinisch-wissenschaftlichen Konsens, der die zwangsweise Durchführung dieser Maßnahme bei dem an Schizophrenie leidenden Betroffenen rechtfertigen könnte.

(1) Nach der auch vom Beschwerdegericht herangezogenen Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer zur Elektrokampftherapie (EKT) als psychiatrische Behandlungsmaßnahme (Deutsches Ärzteblatt 100 [2003], A-504-506) gehört die EKT zwar zu den wissenschaftlich anerkannten Behandlungsmaßnahmen. Sie beruht im Wesentlichen darauf, dass in Narkose und unter Muskelrelaxation durch eine kurze elektrische Reizung des Gehirns ein generalisierter Krampfanfall ausgelöst wird, durch den es zu zahlreichen neurochemischen Veränderungen kommt. Dies stellt aus therapeutischer Sicht für bestimmte psychiatrische Erkrankungen, hauptsächlich Depressionen, die bestmögliche Behandlung dar, die im Verhältnis zum angestrebten Therapieerfolg mit einem geringen Risiko verbunden ist und unter Umständen lebensrettend sein kann.

(2) Die Anwendung der EKT setzt nach der Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats allerdings voraus, dass bei gegebener medizinischer Grundindikation auch der Wunsch des Patienten berücksichtigt wird. Dies gilt aus medizinischer Sicht unabhängig von der Einwilligungsfähigkeit des Patienten, denn die Stellungnahme schließt damit, dass, falls der vom Gericht eingesetzte Betreuer der EKT zustimmt, der Patient der EKT jedoch ausdrücklich widerspricht, im Regelfall auf die EKT verzichtet wird.

Im Anschluss an diese restriktive Grundlegung in Bezug auf die Überwindung eines der EKT entgegenstehenden Patientenwillens geht gleichermaßen die Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychosomatik und Nervenheilkunde (DGPPN) von dem Grundsatz aus, dass sich EKT-Behandlungen gegen den natürlichen Willen des Patienten auf Ausnahmefälle beschränken (S3-Leitlinie „Unipolare Depression“ 2. Aufl. 2015 S. 120, abrufbar unter <https://www.awmf.org>).

Nach medizinisch-wissenschaftlichem Verständnis liegt die Bedeutung der Zustimmung des Patienten zur EKT mithin nicht allein auf rechtlicher Ebene in Gestalt der Behandlungseinwilligung, welche bei fehlendem freiem Willen ersatzweise vom Betreuer erteilt werden könnte. Vielmehr bewirkt der manifestierte Widerstand des Patienten als Ausprägung seines entgegenstehenden natürlichen Willens im Regelfall bereits einen medizinischen Hinderungsgrund - sei es, dass der Behandlungserfolg eine entsprechende Bereitschaft des Patienten voraussetzt, sei es, um Traumatisierungen zu vermeiden und das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient nicht zu verschlechtern, sei es aus medizinisch-ethischen Erwägungen -, so dass die Durchführung der Behandlung gegen den ausdrücklichen Widerspruch des Patienten regelmäßig schon nicht anerkannten medizinischen Standards entspricht. An diesem medizinisch-wissenschaftlichen Konsens ändert nichts, dass in der medizinischen Diskussion vereinzelt auch abweichende Auffassungen vertreten werden (vgl. etwa Besse/Methfessel/Wiltfang/Zilles Der Nervenarzt 88 [2017], 46-52).

Da die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats allerdings (nur) ein Regel-Ausnahme-Verhältnis beschreibt, sind - wie das Landgericht im Ansatz zutreffend erkannt hat -

auch Fälle denkbar, bei denen die Durchführung einer EKT gegen den Widerstand des Patienten kunstgerecht sein kann, etwa in einer akut lebensbedrohlichen Situation mit entsprechender Notfallindikation (vgl. Popp Zwangsbehandlung von psychisch Kranken im Betreuungsrecht S. 157; Marschner/Lesting/Stahmann Freiheitsentziehung und Unterbringung 6. Aufl. Kapitel B Rn. 227; offener AG Büdingen BtPrax 2019, 120, 121 f.; vgl. auch Dodegge FamRZ 1996, 74, 77).

- 31 (3) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist danach im vorliegenden Fall eine Zwangsbehandlung des Betroffenen durch EKT nicht gerechtfertigt.
- 32 (a) Nach den getroffenen Feststellungen leidet der Betroffene an einer (nicht katatonen und nicht akut exazerbierten) paranoiden Schizophrenie. Gemäß der veröffentlichten Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer handelt es sich hierbei bereits nicht um eine Erkrankung, für die die EKT als Therapie der ersten oder zweiten Wahl indiziert ist. Danach ist nämlich die EKT als Therapie der ersten Wahl nur indiziert für bestimmte schwere Formen der Depression sowie bei akuter lebensbedrohlicher (perniziöser) Katatonie, als Therapie der zweiten Wahl für therapieresistente, nicht lebensbedrohliche Katatonien und andere akut exazerbierten schizophrener Psychosen nach erfolgloser Neuroleptikabehandlung, sowie bei therapieresistenten Major Depressionen und Manien nach bestimmter erfolgloser Vorbehandlung. Das hier vorliegende Krankheitsbild einer nicht katatonen und nicht akut exazerbierten Schizophrenie fällt nicht darunter.
- 33 Zwar ist auch die weitere medizinische Fortentwicklung seit der in 2003 veröffentlichten Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats in den Blick zu nehmen. So ist in der ebenfalls vom Landgericht herangezogenen S3-Leitlinie „Schizophrenie“ der DGPPN (Stand: 15. März 2019, S. 94 ff., abrufbar unter <https://www.awmf.org>) zum einen ausgeführt, dass die EKT auch in der Behandlung der Schizophrenie bei vorliegender schwerer depressiver Verstimmung mit Suizidalität indiziert ist. Ein depressives Krankheitsbild ist indessen - auch im Hinblick auf den beim Betroffenen langjährig bestehenden Todeswunsch im Wege einer im Ausland vorzunehmenden assistierten Sterbehilfe - nicht festgestellt.
- 34 Zum anderen kommt die Leitlinie nach Auswertung neuerer Studien zu dem Ergebnis, dass die EKT eine Behandlungsalternative bei Schizophrenie für den Fall medikamentöser Behandlungsresistenz darstellen kann, wie es hier der Fall ist. Auf Grundlage der angeführten Studien wird mit dem „Empfehlungsgrad B“ die Empfehlung ausgesprochen, dass bei eindeutiger medikamentöser Behandlungsresistenz nach adäquater Therapie in ausreichender Dosis und Zeitdauer eine EKT zur Augmentierung mit dem Ziel der Verbesserung des klinischen Gesamtzustands angeboten werden sollte.
- 35 Da die Leitlinie insoweit allerdings nur eine Angebotsempfehlung ausspricht und nicht etwa - wie bei perniziöser Katatonie (vgl. S. 162 der Leitlinie) - eine Durchführungsempfehlung (zur begrifflichen Ausdifferenzierung der Empfehlungsformen vgl. Nast/Sporbeck/Jacobs/Erdmann/Roll/Sauerland/Rosumeck Deutsches Ärzteblatt 110 [2013] S. 663, 665), die Angebotsempfehlung außerdem - anders als etwa bei perniziöser Katatonie - nur auf mittlerer Evidenzstufe und Empfehlungsstärke mit dem „Empfehlungsgrad B“ ausgesprochen ist, vermittelt sie keinen hinreichend breiten medizinisch-wissenschaftlichen Konsens darüber, dass die EKT bei Schizophrenie mit medikamentöser Behandlungsresistenz entgegen der restriktiven Grundregel ausnahmsweise auch dann durchzuführen sei, wenn der Patient aus-

drücklich widerspricht. Anders als etwa die S3-Leitlinie „Unipolare Depression“ (vgl. dort S. 120) enthält die S3-Leitlinie „Schizophrenie“ keine Empfehlung dazu, die Behandlung ausnahmsweise gegen den ausdrücklichen Willen und Widerstand des Patienten durchzuführen. Als Rechtfertigungsgrund für eine derartige Empfehlung fehlt es aktuell nämlich, wovon auch das Landgericht im Anschluss an das Sachverständigengutachten ausgegangen ist, bereits an wissenschaftlich ausreichenden Erkenntnissen über die Ansprechraten der EKT bei Schizophreniepatienten. In seinem zuletzt erstellten Gutachten hat der Sachverständige unter Bezugnahme auf neuere Studien vielmehr ausdrücklich auf „gewisse Einschränkungen der Erfolgsaussichten“ hingewiesen (vgl. auch Bayerlein in Schmidt/Bayerlein/Mattern/Ostermann Betreuungspraxis und psychiatrische Grundlagen Rn. 514).

(b) Entgegen der Annahme des Landgerichts begründet es auch keinen die Zwangsbehandlung rechtfertigenden Ausnahmefall, dass der noch junge Betroffene bei Nichtanwendung der EKT als austherapiert gelte und wegen seiner Suizidalität als Perspektive lediglich noch eine lebenslange geschlossene Heimunterbringung habe. Denn damit sind im Wesentlichen lediglich die Voraussetzungen beschrieben, unter denen die EKT bei Schizophrenie überhaupt eine Behandlungsalternative darstellt und „angeboten“ werden kann. Selbst wenn das Landgericht trotz der vom Sachverständigen zuletzt beschriebenen Einschränkungen der Erfolgsaussichten davon ausgeht, dass die Behandlung mit EKT erfolgversprechend sei und der von ihr zu erwartende Nutzen die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiege, fehlt es an einem hinreichend breiten medizinisch-wissenschaftlichen Konsens darüber, diese Art der Behandlung bei der vorliegenden Erkrankung auch zwangsweise gegen den Widerstand des Patienten einzusetzen.

4. Der angefochtene Beschluss kann daher keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind.

Anmerkung

Trotz wiederholt betonter Wirksamkeit bei bestimmten Indikationen stellt die Elektrokonvulsionstherapie (EKT) nach wie vor eine umstrittene Behandlungsmethode dar, weil mit ihr eine veraltete Psychiatrie und ihr Missbrauch in der Vergangenheit verbunden werden. Dies gilt vor allem dann, wenn die EKT nicht freiwillig, sondern als Zwangsbehandlung diskutiert wird. Während die einen dafür plädieren, die EKT als eine psychiatrische Behandlungsmethode wie jede andere zu betrachten, die damit auch als Zwangsbehandlung zur Verfügung stehen müsste,¹ lehnen andere sie als Zwangsbehandlung ab² oder sehen in ihr sogar eine wissenschaftlich ungesicherte und menschenrechtlich fragwürdige Therapieform.³ Die (Zwangs-)EKT löst Assoziationen an eine Psychiatrie aus, die nicht zu einem modernen, auf Freiwilligkeit und Reduktion von Zwang und Gewalt ausgerichteten Psychiatrieverständnis zu passen scheint. Das Ringen um ihre Berechtigung in der heutigen Behandlungsform bleibt trotz ihrer Fortentwicklung und mehrerer Wirksamkeitsnachweise bestehen.⁴ Vor dem Hintergrund der Durchführung der EKT unter Zwang stellt sich nicht nur die Frage nach der Wirksamkeit

1 Gather/Vollmann Psychiatrische Praxis 2017, 313–314; Zilles/Koller/Methfessel/Trost/Simon Der Nervenarzt 2018, 311–318.
 2 Folkerts Psychiatrische Praxis 2017, 314–315.
 3 Zinkler et al. Der Nervenarzt 2018, 837–838.
 4 Näher zur EKT: Grözinger/Conca/Nickl-Jockschat/Di Pauli (Hrsg.) Elektrokonvulsionstherapie kompakt (2013).

der EKT, sondern vor allem auch nach ihren Risiken und somit unerwünschten Nebenwirkungen einschließlich der unerlässlichen Bewertung von der (Aus-)Wirkung von Zwang.

Ob eine EKT unter Zwang überhaupt nach den Voraussetzungen des § 1906a BGB gerechtfertigt werden kann, ist auch nach der Entscheidung des BGH⁵ eine weiterhin nicht abschließend geklärte Frage. Wengleich dem BGH im Ergebnis zuzustimmen ist, hat die Entscheidung auch neue Fragen aufgeworfen. Und wer eine Diskussion der komplexen Frage erwartete, ob eine Zwangs-EKT ausgeschlossen ist, weil mit ihr in den Kernbereich der Persönlichkeit eingegriffen oder gegen das Übermaßverbot verstoßen wird,⁶ wird von der Entscheidung enttäuscht sein. Diese Diskussion hätte eine dezidierte Auseinandersetzung vor allem mit dem Risiko eines Gedächtnisverlustes erfordert. Als Nebenwirkung einer EKT können u.a. Gedächtnisstörungen auftreten. Hier zählen die sog. anterograden Gedächtnisstörungen, die sich als eine eingeschränkte Merkfähigkeit für neue Gedächtnisinhalte zeigt. Diese lassen in der Regel nach Stunden oder nach wenigen Tagen nach. Die sog. retrograden Gedächtnisstörungen können, wengleich sie als selten beschrieben werden, länger anhalten.⁷

Auf diese Problematik musste der BGH nicht eingehen, weil er bereits von einer fehlenden Indikation ausgeht und diese medizinische Bewertung in das Tatbestandsmerkmal „notwendig“ hineinliest. Dies überrascht auf den ersten Blick, weil man die Einordnung des Problems auf der Ebene der Nutzen-Risiko-Abwägung erwartet hätte. Dies überrascht auch auf den zweiten Blick, weil der BGH die medizinische Indikation unter Bezugnahme auf den Evidenzgrad und Empfehlungsgrad ableitet und mit der Bezugnahme auf Leitlinien und Empfehlungen damit zumindest Nahe einer Sachverhaltsaufklärung kommt.⁸

Die Einordnung des Problems fällt leichter, wenn man sich die Struktur und Entwicklung des Falles und den Krankheitsverlauf des Betroffenen anschaut. Damit erschließt sich das vom BGH vorgenommene, sehr gründliche Erarbeiten des medizinisch-wissenschaftlichen Diskurses zur EKT. Dazu muss Bezug genommen werden auf die Entscheidungen der Vorinstanzen.⁹ Den Ausführungen des AG Heidelberg¹⁰ zum Krankheitsverlauf des noch jungen Betroffenen, der bereits seit vielen Jahren unter einer paranoiden Schizophrenie leidet, lässt sich entnehmen, dass es zunächst im Verfahren um die Genehmigung einer medikamentösen Zwangsbehandlung ging. Erst der Sachverständige hat neben der Behandlung mit anderen Medikamenten auf die EKT hingewiesen und dabei sowohl auf die S3-Leitlinie Schizophrenie 2019¹¹ sowie seine eigenen klinischen Erfahrungen mit der EKT hingewiesen. Das AG Heidelberg genehmigte die Zwangsbehandlung unter Bezugnahme auf die Leitlinie und „gängige“ Lehrbuchmeinungen. In einer Nutzen-Risiko-Abwägung berücksichtigt das AG Heidelberg, wie später auch das LG, dabei neben dem Alter des Betroffenen die gescheiterten Behandlungsversuche sowie die Gefahr der langfristigen Unterbringung. Bereits diese Ausführungen zeigen, dass auch die Nutzen-Risiko-Abwägung des AG und LG angreifbar waren, weil sie auf einen Behandlungsversuch im Sinne eines Behandlungsoptimismus oder ein Hoffen auf ein Ansprechen der Therapie hinausliefen, ohne aber den erwarteten Nutzen näher zu hinterfragen.¹² Bereits das AG Heidelberg nimmt auf die Leitlinie mit der dort ausgesprochenen Empfehlung und dem „Evidenzgrad B“¹³ Bezug und wertet ihn mit „immer noch hoch“.¹⁴ Damit hat das AG der medizinisch-wissenschaftlichen Bewertung quasi selbst noch eine „juristische“ Bewertung hinzugefügt, sodass der BGH nunmehr selbst den Umgang mit den Aussagen der Leitlinien

und anderen Handlungsempfehlungen den Voraussetzungen der Zwangs-EKT zuordnen musste.

Der BGH begibt sich nun nicht auf die Ebene der Nutzen-Risiko-Abwägung, sondern setzt bereits beim Merkmal der Erforderlichkeit an. Damit konkretisiert er erfreulicherweise ein weiteres Tatbestandsmerkmal des § 1906a BGB, das bisher eher eine geringere Aufmerksamkeit erfahren hatte. Schaut man hierzu in die Kommentarliteratur, finden sich teilweise gar keine weitergehenden Ausführungen zu diesem Merkmal; es wird sich vielmehr auf die nachfolgenden Tatbestandsvoraussetzungen des § 1906a BGB konzentriert. Eine Erklärung bietet vermutlich die erst 2017 vorgenommene Entkoppelung der Zwangsbehandlung von § 1906 BGB, so dass „erforderlich“ durch die Neufassung der Zwangsbehandlung in § 1906a BGB eine eigenständige Betrachtung verlangt. Es findet sich in der Literatur aber durchaus der Hinweis auf eine Indikation, die als Grundvoraussetzung einer Zwangsbehandlung anzusehen ist.¹⁵ Die Diskussion wurde zudem zu Recht um die Frage nach einer Indikation von Zwang erweitert.¹⁶ Der BGH nähert sich dem Problem nun in grundlegender Art, indem er die Auslegung des Merkmals „notwendig“ unter Rückgriff auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vornimmt.¹⁷ Die Maßnahme muss geeignet und erforderlich sein,¹⁸ was sie nur dann ist, wenn sie für das konkrete Krankheitsbild indiziert ist. Entsprechend leitet der BGH mit einer Betonung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und der Zwangsbehandlung als ultima ratio ein und erklärt, dass „Notwendigkeit“ eine feststehende medizinische Indikation voraussetze und zwar sowohl hinsichtlich der ärztlichen Maßnahme als auch hinsichtlich ihrer Durchführung mittels Zwang.¹⁹ Der BGH legt seinen Überlegungen einen medizinisch-wissenschaftlichen Begriff der Indikation zugrunde und blendet dabei den in der medizinethischen Debatte vorzufindenden Diskurs nach dem normativen Gehalt einer medizinischen (oder ärztlichen) Indikation aus.²⁰ Der BGH übersetzt „notwendig“ im Bereich des § 1906a BGB als Behandlung gemäß den anerkannten

5 BGH Beschl. v. 15.1.2020 – XII ZB 381/19.

6 Zur Genehmigungspflicht der EKT im Rahmen des § 1904 BGB näher Marschner in: Marschner/Lesting/Stahmann (Hrsg.), Freiheitsentziehung und Unterbringung, 6. Aufl. (2019), § 1904 BGB Rn. 16 sowie Rn. 227.

7 Siehe Möller/Laux/Kampfhammer (Hrsg.), Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, 5. Aufl. (2017), S. 843 ff.

8 Spickhoff FamRZ 2020, 538 weist zu Recht darauf hin, dass der BGH recht nah an die Grenze der Tatsachenfeststellung gelangt.

9 AG Heidelberg BeckRS 2019, 18536; LG Heidelberg BeckRS 2019, 18535.

10 AG Heidelberg BeckRS 2019, 18536.

11 S3-Leitlinie Schizophrenie 2019, AWMF-Register Nr. 038-009, abrufbar unter www.awmf.de.

12 Dieser Problempunkt wird zwar in der Beschwerdeinstanz (LG Heidelberg BeckRS 2019, 18535) ausführlicher behandelt und ein unzulässiger „Behandlungsoptimismus“ im konkreten Fall verneint, doch wird das Fehlen verlässlicher Angaben zur Erfolgsquote der EKT mit dem Umstand der vom Sachverständigen angenommenen medikamentösen Therapieresistenz vermengt.

13 Die Einordnung erfolgt anhand der Skala des „Oxford Centre for Evidence-based Medicine – Levels of Evidence“.

14 AG Heidelberg BeckRS 2019, 18536, Rn. 45.

15 Marschner in: Jürgens (Hrsg.), Betreuungsrecht, 6. Aufl. (2019), Rn. 12.

16 Ebd.

17 BGH Beschl. v. 15.1.2020 – XII ZB 381/19, Rn. 17 ff.

18 Spickhoff in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. (2018), § 1906a BGB Rn. 5.

19 BGH Beschl. v. 15.1.2020 – XII ZB 381/19, Rn. 22.

20 Vgl. Wiesing Indikation: Theoretische Grundlagen und Konsequenzen für die ärztliche Praxis (2017); Dörries/Lipp Medizinische Indikation, 2015.

medizinischen Standards. Die Durchführung müsse sich aufgrund der Schwere des Eingriffs auf einen breiten medizinisch-wissenschaftlichen Diskurs stützen.²¹ Dieser breite medizinisch-wissenschaftliche Diskurs habe sich sowohl auf die Behandlung als solche, als auch auf deren Durchführung mittels Zwang zu erstrecken. Diese Überlegungen des BGH überzeugen und werden konsequent in der Unterscheidung zwischen Angebot der EKT und deren zwangsweisen Durchführung fortgeführt. Damit bleibt die EKT als Angebot bestehen, für deren zwangsweise Durchführung sind nun jedoch weitere Überlegungen anzustellen. Die bloße Indikation als solche genügt eben nicht. Daher genügt es eben auch nicht, lediglich zu erklären, bei der EKT handle es sich um eine weitgehend wissenschaftlich anerkannte Behandlungsmaßnahme. Der BGH erklärt im Weiteren, woher dieser breite medizinisch-wissenschaftliche Diskurs entnommen werden kann. Hiervon sei auszugehen, wenn evidenzbasierte Handlungsempfehlungen eines institutionalisierten Expertengremiums vorhanden seien.²² Damit stellt der BGH auf Leitlinien der Fachgesellschaften oder andere Stellungnahmen führender Fachgesellschaften ab. Ein Problem darf in der Vorgehensweise des BGH nicht verkannt werden: Leitlinien können aufgrund des ihnen zugrunde liegenden Auswertungs- und Konsentierungsprozesses dem aktuellen Stand leicht hinterherhinken und es erfordert eine Auseinandersetzung mit den Inhalten der Leitlinien und den entsprechenden Quellen. Dieses nimmt der BGH schließlich auch selbst vor²³ und gelangt dabei zu einem anderen Fazit als zuvor der Sachverständige und schließlich die Tatsacheninstanzen. Der Grund hierfür ist leicht gefunden: Zum einen sei die EKT bei dem Krankheitsbild in der Literatur weder als Therapie der ersten noch der zweiten Wahl genannt und zum anderen werde in der Leitlinie lediglich eine Angebotsempfehlung ausgesprochen und diese Angebotsempfehlung nur mit dem Empfehlungsgrad B, den der BGH als mittlere Stufe und Stärke einordnet.²⁴ Die Freiwilligkeit, nicht im Sinne der rechtlichen Qualität der Einwilligung, wird hier als Teil der Behandlungsindikation verstanden. Die Angebotsempfehlung ist schließlich, hiervon geht der BGH nach umfassender Auseinandersetzung mit den entsprechenden Leitlinien und Empfehlungen aus, Konsequenz von fehlenden ausreichenden wissenschaftlichen Erkenntnissen. Vor dem Hintergrund der Eingriffstiefe kann aber eine zwangsweise Durchführung nicht auf dieser Erkenntnisbasis erfolgen; sie ist – wie der BGH überzeugend ausführt – nicht notwendig im Sinne des § 1906a BGB.

Ein anderes Ergebnis hätte im Übrigen zu der nicht weniger brisanten Problematik geführt, ob die behandelnden Ärzte, die die EKT als nicht indiziert ansahen, auf Basis der Gerichtsentscheidung hätten (be-)handeln müssen oder ob die Entscheidung faktisch leer gelaufen wäre. Letztlich ist über das Merkmal „erforderlich“ auch der medizinisch-wissenschaftliche Dissens konkret in Gestalt der mit der Behandlung des Betroffenen befassten Behandelnden und dem Sachverständigen abgebildet.

Die von der Vorinstanz aufgeworfene Frage nach einem Willen des Betroffenen im Sinne des § 1901a BGB lässt sich in ein Gedankenspiel überführen: Was wäre, wenn der Betroffene mittels Patientenverfügung das „Angebot“ antizipiert „angenommen“ hätte? Kann der Betroffene die Anforderungen an das Merkmal „erforderlich“ und somit den medizinisch-wissenschaftlichen Diskurs abschwächen?²⁵

Die Entscheidung des BGH ist konsequent und überzeugend. Wer mit der Entscheidung aber das Ende der EKT ausrufen möchte, der sei gewarnt. Der BGH hat mit der Entscheidung zu einer grundlegenden Konkretisierung des Be-

griffs „notwendig“ beigetragen und diese Überlegungen haben auch für andere Behandlungsmaßnahmen zu gelten, doch beschränkt sich die Entscheidung auf die Zwangs-EKT bei Schizophrenie und bildet den momentanen medizinisch-wissenschaftlichen Diskurs ab.

Prof. Dr. Tanja Henking, Hochschule für angewandte Wissenschaften Würzburg-Schweinfurt

LG Darmstadt

UWG §§ 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2, 5 (Keine Irreführung trotz fehlender Wirkstoffnachweisbarkeit in homöopathischem Arzneimittel)

Dass ein Ausgangsstoff bei der verwendeten Dosierung „C30“ aufgrund der extremen Verdünnung mit den bisher bekannten wissenschaftlichen Methoden nicht mehr nachweisbar ist, führt nicht dazu, dass angenommen werden kann, dass der Stoff tatsächlich nicht in dem homöopathischen Medikament enthalten ist.

LG Darmstadt, Urt. vom 30.1.2020 – 15 O 25/19

Stichworte: *Homöopathie – HCG C30 Globuli – extreme Verdünnung des Ausgangsstoffes – Irreführung*

Tatbestand:

Der Kläger ist ein Verein, der sich auf seine Klagebefugnis gemäß § 8 Abs. 3 Ziffer 2 UWG gemäß BGH GRUR 1995, 122 beruft. Er hat mit Anlage K 8, auf die Bezug genommen wird, eine Mitgliederliste vorgelegt. Danach zählen zu seinen Mitgliedern nahezu alle Industrie- und Handelskammern in Deutschland (mit Ausnahme von Aachen). Außerdem sind zahlreiche Apothekerkammern, wie z.B. die Apothekerkammer Hessen, Apothekerverbände, Apotheken, Versandapotheken, Arzneimittelgroßhändler sowie Pharmaunternehmen, wie z.B. Bayer Vital GmbH, Lilly Deutschland GmbH; Merz Pharma GmbH & Co KGaA, die Ratiopharm GmbH, die STADA Arzneimittel AG sowie Sanofi-Aventis Deutschland GmbH aufgeführt.

Die Beklagte stellt die Produkte mit der Bezeichnung „HCG C30 Globuli“ bzw. „HCG C30 Tropfen“ her und bewirbt und vertreibt sie als Drittanbieter „[...]“ u.a. auf der Plattform Amazon. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 1 Bezug genommen.

Bei den Produkten der Beklagten handelt es sich um homöopathische Arzneimittel. Die Beklagte legt ein Herstellungsprotokoll (Anlage B 1) vor, auf das wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird.

Bei der Dosierung „C30“ handelt es sich um eine solche Verdünnung, bei der der verwendete Stoff mit den derzeitigen wissenschaftlichen Methoden nicht nachweisbar ist.

Bei „HCG“ handelt es sich um ein Schwangerschaftshormon. Dieses wird zum Teil in Nahrungsergänzungsmitteln

21 BGH Beschl. v. 15.1.2020 – XII ZB 381/19, Rn. 23 f.

22 BGH Beschl. v. 15.1.2020 – XII ZB 381/19, Rn. 24.

23 Vgl. Fn 9.

24 BGH Beschl. v. 15.1.2020 – XII ZB 381/19, Rn. 32 ff.

25 Vgl. zu diesem Problemkomplex Henking R&P 2016, 155, 160 f. m.w.N.

- und in homöopathischen Arzneimitteln verwendet. Gemäß einem Artikel bei Wikipedia (Anlage K 2), auf den Bezug genommen wird, soll es angeblich beim Abnehmen helfen.
- 6 Mit Schreiben vom 21.09.2018 (Anlage K 3) mahnte der Kläger die Beklagte ab und forderte sie auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Eine ergänzende Abmahnung sprach der Kläger mit Schreiben vom 08.10.2018 (Anlage K 4) aus. Mit Schreiben vom 11.10.2018 (Anlage K 5) verpflichtete sich die Beklagte u.a. dazu es zu unterlassen, „im geschäftlichen Verkehr die Produkte „HCG C30-[...] Globuli“ und „HCG C30-[...] Tropfen“ bestehend aus 100 % Zucker als Nahrungsergänzungsmittel ohne Angaben der Kategorien von Nährstoffen oder sonstigen Stoffen, die für das Erzeugnis kennzeichnend sind, in den Verkehr zu bringen und/oder bringen zu lassen.“
- 7 Diese Unterlassungserklärung nahm der Kläger unter dem 15.10.2018 (Anlage K 6) an. Auf die entsprechenden Schreiben wird wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen.
- 8 Der Kläger behauptet, die in der Anlage K 8 aufgeführten Unternehmen, Vereinigungen bzw. Personen seien zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Handlung Mitglieder bei ihm gewesen.
- 9 Das Schwangerschaftshormon HCG befände sich nicht in den Produkten der Beklagten. Die Beklagte habe die Bezeichnung „HCG“ in ihren Produkten aufgenommen, um den angesprochenen Verkehrskreisen zu suggerieren, dass dieses Schwangerschaftshormon in den Präparaten enthalten sei. Tatsächlich bestünden die Präparate ausschließlich aus Saccharose (Zucker). Selbst wenn in der sogenannten Ursubstanz das HCG enthalten gewesen sein sollte, wäre dies aufgrund der „Potenzierung“ nicht mehr in dem in Verkehr gebrachten Präparat enthalten.
- 10 Es bestünde die Gefahr, dass Verbraucher sich mit den Produkten selbst medikamentieren und im Rahmen einer solchen untauglichen Selbstbehandlung von einem Arztbesuch Abstand nehmen würden, weil sie denken würden, dass sie sich mit dem Präparat der Beklagten selbst helfen könnten.
- 11 Die Beklagte würde die streitgegenständliche geschäftliche Handlung weiter (zumindest bis zum 06.09.2019) unverändert fortsetzen.
- 12 Der Kläger beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250 000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen, geschäftlich handelnd
1. Das Produkt „HCG C30 Globuli“ unter dieser Bezeichnung und wie nachstehend abgebildet zu bewerben und/oder bewerben zu lassen und/oder in den Verkehr zu bringen und/oder in den Verkehr bringen zu lassen, wenn es nicht das Schwangerschaftshormon HCG enthält:
- [von der Veröffentlichung der Abbildung wird abgesehen]
- und/oder
2. Das Produkt „HCG C30 Tropfen“ unter dieser Bezeichnung und wie nachstehend abgebildet zu bewerben und/oder bewerben zu lassen und/oder in den Verkehr zu bringen und/oder in den Verkehr bringen zu lassen, wenn es nicht das Schwangerschaftshormon HCG enthält:
- [von der Veröffentlichung der Abbildung wird abgesehen]
- 13 Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.
- Die Beklagte behauptet, die Produkte enthielten „HCG“ in der Dosierung C 30. Sie seien gemäß dem Homöopathischen Arzneimittelhandbuch hergestellt worden.
- Sie ist der Auffassung, dass den angesprochenen Verkehrskreisen bekannt sei, dass Wirkstoffe in homöopathischen Arzneimitteln soweit verdünnt sein können, dass diese nicht mehr wissenschaftlich nachgewiesen werden könnten.
- Bei den außerprozessual angegriffenen Produkten habe es sich um andere Produkte gehandelt.
- Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung.
- Entscheidungsgründe:**
- Die zulässige Klage ist nicht begründet. Der Kläger hat gegenüber der Beklagten keinen Anspruch auf Unterlassung der streitgegenständlichen Werbung gemäß §§ 8 Abs. 1 und 3 Nr. 2, 5 UWG, weil er eine Irreführung nicht ausreichend dargelegt hat.
- Der streitgegenständliche Fall weist erhebliche Unterschiede zu dem von dem Kläger zitierten Fall des Landgerichts Lübeck auf. Schon die Produktbezeichnung der beworbenen Produkte weist Unterschiede auf. In dem von dem Landgericht Lübeck zu entscheidenden Fall wurde das Mittel als „HCG Globuli Komplexmittel“ bezeichnet, während der Produktname der Beklagten lediglich den „HCG C30 Globuli“ bzw. „HCG C30 Tropfen“ lautet. Hinzu kommt, dass bei dem vom LG Lübeck zu entscheidenden Fall diese Produkte auf einer Webseite unter der Rubrik „21 Tage Stoffwechselkur“ angeboten wurden, während es bei dem Angebot der Beklagten keinerlei Hinweis auf mögliche Anwendungsbereiche der angebotenen Globuli gibt. Die Beklagte führt in ihrer Anzeige lediglich aus:
- „HCG C30 Globuli – 10 g – klassische Homöopathie – aus deutscher Traditionsapotheke
- (...)
- Hauseigene homöopathische Globuli in Apothekenqualität
 - Inhalt 10 Gr – Verdünnung C 30 – Auch als Tropfen erhältlich!
 - Anwendungsgebiete: Wir sind an gesetzliche Bestimmungen gebunden, die uns untersagen, Angaben zu Anwendungsgebieten zu machen. Bitte haben sie Verständnis, dass wir Ihnen diese Information an dieser Stelle nicht zur Verfügung stellen können. Für weitere Fragen zur Homöopathie wenden sie sich bitte an unsere Apotheke.“
- Entgegen der ursprünglichen Behauptung des Klägers in der Klageschrift ist es nicht unstreitig, dass die von der Beklagten vertriebenen Produkte nicht das Schwangerschaftshormon „HCG“ enthalten. Vielmehr hat die Beklagte durch Vorlage der „Dokumentation Defekturarzneimittel nach § 8 Abs. 1 und 3 ApBetrO“ (Anlage B 1) nachgewiesen, dass die von ihr hergestellten und vertriebenen Produkte HCG in der angegebenen Dosierung C30 enthalten.
- Soweit der Kläger in seinem Schriftsatz vom 27.01.2020 erstmals behauptet, die Beklagte habe das homöopathische Arzneimittel nicht mit dem Ausgangsstoff Brevacid herstellen dürfen, ist dieser Vortrag verspätet. Die Beklagte hat bereits mit der Klageerwidern vom 25.06.2019 ihre „Dokumentation Defekturarzneimittel“ vorgelegt, aus der sich ergeben hat, dass sie als Ausgangsstoff Brevacid verwendet, in dem unstreitig HCG enthalten ist. Warum die Klägerin ihre neuen Behauptungen zu diesem Ausgangsstoff erst 3 Ta-

ge vor dem Termin vorträgt, obwohl ihr mit Verfügung vom 17.07.2019 Gelegenheit zur Stellungnahme zur Klageerwiderung binnen 4 Wochen gesetzt worden war, hat sie nicht dargelegt.

- 23 Dass in dem Mittel „Brevacid“ auch andere Trägerstoffe vorhanden sein müssen, ist unerheblich und liegt in der Natur des Hormons HCG begründet, das in seiner Substanz selbst, wie es auch in der mündlichen Verhandlung besprochen wurde, nicht verkehrsfähig wäre. Dass die Beklagte bei der Berechnung der Verdünnung des HCG bei ihrem Produkt diese anderen Substanzen nicht berücksichtigt hat, kann aufgrund der Ausführungen in ihrer Dokumentation nicht unterstellt werden. Vielmehr muss grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ein Apotheker, der eine solche Dokumentation, wie die mit der Anlage B 1 vorgelegte, erstellt, die dort enthaltenen Angaben auch bei der Herstellung beachtet hat.
- 24 Auch dass ein Ausgangsstoff bei der verwendeten Dosierung „C30“ aufgrund der extremen Verdünnung mit den bisher bekannten wissenschaftlichen Methoden nicht mehr nachweisbar ist, führt nicht dazu, dass angenommen werden kann, dass der Stoff tatsächlich nicht in dem homöopathischen Medikament enthalten ist.
- 25 Den Nutzern von homöopathischen Arzneimitteln ist es in der Regel bekannt, dass die dort enthaltenen Wirkstoffe so verdünnt sind, dass sie kaum nachweisbar sind. Dies wurde bereits Ende des 18. Jahrhunderts von dem Arzt Samuel Hahnemann in diversen Publikationen erläutert. Viele Verbraucher greifen auch aufgrund dieser hohen Verdünnung zu homöopathischen Arzneimitteln, weil sie bei diesen auf weniger Nebenwirkungen hoffen, als andere (oftmals ebenfalls freiverkäufliche) Pharmapräparate aufweisen können (beispielsweise Leber- und Nierenschädigungen aufgrund der Einnahme von Aspirin- oder Paracetamolpräparaten). Insbesondere Patienten mit chronischen Erkrankungen, bei denen die klassische Schulmedizin keine heilenden Möglichkeiten mehr bieten kann, greifen aufgrund der geringeren Nebenwirkungen zu homöopathischen Arzneimitteln, da diese aufgrund der höheren Verdünnung auch meist weniger Nebenwirkungen verursachen können. Eine Irreführung der angesprochenen Verbraucherkreise kann daher nicht angenommen werden. Grundsätzlich muss davon ausgegangen werden, dass es sich bei dem angesprochenen Verkehrskreis um Personen handelt, die grundsätzlich der Homöopathie offen gegenüberstehen und denen bekannt ist, dass die Wirkstoffe bei homöopathischen Arzneimitteln geringer dosiert sind, als bei klassischen schulmedizinischen Produkten.
- 26 Anhänger der klassischen Schulmedizin gehen üblicherweise davon aus, dass homöopathische Arzneimittel keinerlei Wirkungen haben können und mögliche Behandlungserfolge ausschließlich auf den „Plazeboeffekt“ zurückzuführen sind. Dieser Personenkreis wird von der Werbung der Beklagten nicht angesprochen, da klar erkennbar ist, dass ein homöopathisches Arzneimittel vertrieben wird.
- 27 Soweit man der Auffassung des Klägers folgen würde, dass einem homöopathischen Arzneimittel mit der Verdünnung „C30“ unterstellt werden müsste, dass sein Ursprungsinhaltsstoff, der bei homöopathischen Arzneimitteln oftmals im Namen geführt wird, nicht enthalten ist, weil er mit den derzeit wissenschaftlichen Methoden nicht nachweisbar ist, würde dies dazu führen, dass eine Vielzahl im Verkehr befindlicher homöopathischer Arzneimittel nicht mehr in der bisherigen Form vertrieben werden dürfte. Ein solches faktisches Verbot dürfte sicherlich nicht im Sinne der Verbraucher sein, die – aus welchen Gründen auch immer – von einer gewissen Möglichkeit der Wirksamkeit homöopathischer Arznei-

mittel, auch in der Verdünnung C30 ausgehen. Dass der Kläger gerade ein solches Verbot aller homöopathischen Arzneimittel der Verdünnung C30 anstrebt, indem weitere Abmahnungen gegen andere Produkte mit der Bezeichnung des Ursprungsstoffes und der Verdünnung C30 in Vorbereitung sind, hat der Klägervorteiler in der mündlichen Verhandlung am 30.01.2020 bestätigt. Die von dem Kläger vorgeschlagene Verwendung irgendwelcher Phantasiebezeichnungen für homöopathische Produkte der Verdünnung C30 würde eine Anwendung nach der klassischen Homöopathie erheblich erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen, da diese auf die Bezeichnung des Ausgangsstoffes bei der Behandlung angewiesen sein dürfte. Denn Angaben zu irgendwelchen Anwendungsgebieten bzw. Beschwerden sind aufgrund der gesetzlichen Vorgaben bei homöopathischen Arzneimitteln zum Nachteil des Verbrauchers inzwischen bereits verboten worden.

Soweit der Kläger die Befürchtung äußert, dass Verbraucher bei Beschwerden abgehalten werden könnten, einen Arzt aufzusuchen, kann dies nicht auf die mögliche Dosierung bei den homöopathischen Arzneimitteln zurückgeführt werden. Die Gefahr, dass ein Verbraucher bei Beschwerden keinen Arzt aufsucht, besteht auch bei allen anderen rezeptfrei erhältlichen Medikamenten und Produkten, mit denen ein Verbraucher diese Beschwerden selbst behandeln kann. Vielmehr ist aufgrund der zwischenzeitlich eingeführten gesetzlichen Vorgaben sowie der obergerichtlichen Rechtsprechung, die inzwischen jegliche Informationsmöglichkeiten zu irgendwelchen Anwendungsgebieten bei homöopathischen Arznei- und Nahrungsergänzungsmitteln untersagt, ein Fachwissen notwendig, welche Wirkstoffe bei welchen Erkrankungsbildern eingesetzt werden können, die einen Verbraucher viel eher dazu nötigen, einen Arzt oder Heilpraktiker aufzusuchen, um sich entsprechende homöopathische Mittel verschreiben zu lassen.

Anhaltspunkte, dass die Beklagte den von ihr dokumentierten Herstellungsprozess nicht ordnungsgemäß einhält, wurden von dem Kläger weder behauptet noch vorgetragen. Dementsprechend war es nicht notwendig, den von der Beklagten benannten Zeugen in Bezug auf den Herstellungsprozess zu vernehmen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.

Anmerkung

Ob und wie Homöopathie hilft, ist umstritten. Fest steht aber, dass sie spaltet – nämlich einen Teil der Gesellschaft in leidenschaftliche Anhänger und Gegner. Das zeigt sich nicht zuletzt auch in manchem Satz der zu besprechenden Entscheidung. Gestritten wurde darüber, ob der Beklagte ein homöopathisches Arzneimittel unter Bezeichnung „HCG C30 Globuli“ bzw. „HCG C30 Tropfen“ in den Verkehr bringen und/oder bewerben darf. „HCG“ steht für das Schwangerschaftshormon „Humanes Choriongonadotropin“, während „C30“ die Verdünnung (auch Potenzierung genannt) bezeichnet, in der sich das HCG in dem Arzneimittel findet. Bei C30 beträgt sie 1:10⁶⁰. Diese hohe Verdünnung führt dazu, dass mit wissenschaftlichen Methoden der Ausgangsstoff im homöopathischen Arzneimittel nicht mehr nachgewiesen werden kann. Bildhaft gesprochen: Bei C30 findet sich in einer Wasserkugel, die einen Durchmesser von 150 Mio. Kilometer hat (Abstand von der Erde zur Sonne), nur ein einziges Molekül eines beliebigen Stoffes.¹ Es ist danach zwar nicht

1 Wikipedia, Artikel „Homöopathie“, zuletzt aufgerufen am 18.6.2020.

tatsächlich ausgeschlossen, aber doch äußerst unwahrscheinlich, dass sich ein HCG-Molekül in den vom Beklagten vertriebenen Arzneimitteln befindet. Aufgeworfen ist damit die Frage, ob die verwendete Bezeichnung, die ja immerhin das Hormon nennt, irreführend ist. Das LG Darmstadt verneint dies. Das Ergebnis verdient Zustimmung, die Begründung überzeugt indes nicht.

Prüfungsmaßstab war für das LG Darmstadt offenbar nur § 5 UWG (irreführende geschäftliche Handlungen). Für Arzneimittel, zu denen auch die homöopathischen Arzneimittel gehören, gelten mit § 3 HWG und § 8 AMG noch zwei weitere Irreführungsverbote, die über § 3a UWG auch lauterkeitsrechtlich durchgesetzt werden können.² Hinsichtlich § 3 HWG ist allerdings fraglich, ob die bloße Bezeichnung des Arzneimittels bereits Werbung i. S. d. HWG darstellt.³ Jedenfalls besteht zwischen den Anforderungen an die Irreführung ein Gleichlauf zwischen § 3 HWG und § 5 UWG,⁴ sodass auch bei zusätzlicher Heranziehung des § 3 S. 2 Nr. 3 a) HWG (irreführende Angaben zur Zusammensetzung oder Beschaffenheit) kein anderes Ergebnis gefunden werden würde. Das gilt im Ergebnis auch für das arzneimittelrechtliche Irreführungsverbot, da auch im allgemeinen Lauterkeitsrecht bei gesundheitsbezogener Werbung strenge Anforderungen zu stellen sind.⁵

Da die Bezeichnung zutreffend, also nicht unwahr ist, kommt nur eine sonstige zur Täuschung geeignete Angabe gem. § 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 UWG in Betracht. Zu denken ist mit Blick auf den hohen Verdünnungsgrad und die daraus folgende sehr geringe Wahrscheinlichkeit eines Wirkstoffgehalts an irreführende Angaben über die Zusammensetzung oder die Beschaffenheit (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG). Eine Täuschungseignung ist gegeben, wenn die Angabe beim maßgeblichen Verkehrskreis ein Verständnis erweckt, das mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt.⁶ Damit kommt der Bestimmung des maßgeblichen Verkehrskreises entscheidende Bedeutung zu. Ihn sieht das LG Darmstadt in Personen, die grundsätzlich der Homöopathie offen gegenüber stehen und denen bekannt ist, dass die Wirkstoffe bei homöopathischen Arzneimitteln geringer dosiert sind als bei schulmedizinischen Produkten. Da klar erkennbar sei, dass es sich um ein homöopathisches Arzneimittel handele, würden die Anhänger klassischer Schulmedizin, die üblicherweise davon ausgingen, dass homöopathische Arzneimittel keinerlei Wirkung haben könnten und mögliche Behandlungserfolge ausschließlich auf den Placeboeffekt zurückzuführen seien, nicht angesprochen, gehörten also nicht zum maßgeblichen Verkehrskreis. Im Ergebnis verdient das Zustimmung. Unklar ist allerdings, ob die Zugehörigkeit zum Verkehrskreis voraussetzt, dass auch die Kenntnis vom geringeren Wirkstoffgehalt besteht oder ob dies lediglich eine – freilich nicht näher begründete – Folge der Offenheit gegenüber Homöopathie ist, also kein zusätzliches Merkmal des Verkehrskreises. Letztlich vermischt das LG hier den Verkehrskreis (Personen, die Homöopathie offen gegenüber stehen, sie also nicht ablehnen) mit einem Aspekt (Kenntnis von geringerer Dosierung der Wirkstoffe), der für die Frage relevant ist, wie ein zum Verkehrskreis gehörender Durchschnittsverbraucher die Angabe versteht.

Die Herausnahme von Personen, die Homöopathie ablehnen, überzeugt indes. Zwar ist bei der Bestimmung der angesprochenen Verkehrskreise grundsätzlich davon auszugehen, dass sich Werbung für Waren des täglichen Bedarfs – und hierzu dürften auch nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel gehören – in der Regel an das allgemeine Publikum und nicht nur einen Teil davon richtet.⁷ Eine räumliche

oder sich durch das Veröffentlichungsmedium ergebende Begrenzung (z.B. Fachzeitschrift) liegt ebenfalls nicht vor – im Gegenteil, die Beklagte bietet ihre Arzneimittel bei Amazon und damit jedermann gegenüber an. Jedoch kann sich etwa aus der Art der beworbenen Ware ergeben, dass nur ein Teil des allgemeinen Publikums maßgeblich ist.⁸ So liegt es bei der Werbung für homöopathische Arzneimittel. Diese sind seit jeher umstritten und werden von einem Teil der Bevölkerung abgelehnt. Diese Personen werden auch dann, wenn sie auf Amazon dem Angebot des Beklagten begegnen, sich hiermit nicht näher befassen. Sie werden daher auch nicht in ihrer wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit, um deren Schutz es dem UWG gerade beim Irreführungstatbestand geht, gefährdet.

Es kommt daher darauf an, wie ein durchschnittlich informierter, verständiger und situationsadäquat aufmerksamer Durchschnittsverbraucher, der homöopathische Arzneimittel nicht ablehnt, die Bezeichnung „HCG C30 Globuli“ bzw. „HCG C30 Tropfen“ im Hinblick auf den Wirkstoffgehalt versteht. Das LG Darmstadt meint, es sei den Nutzern homöopathischer Arzneimittel in der Regel bekannt, dass die dort enthaltenen Wirkstoffe so verdünnt sind, dass sie kaum nachweisbar sind. Dieses Verkehrsverständnis passt indes nicht zum Verkehrskreis, der alle Personen umfasst, die der Homöopathie nicht ablehnend gegenüber stehen. Hierzu gehören nicht nur Nutzer homöopathischer Arzneimittel, sondern auch Personen, die eine Nutzung lediglich in Betracht ziehen oder jedenfalls für möglich halten, also alle potentiellen Abnehmer. Ferner geht es nicht darum, dass der Wirkstoff kaum nachweisbar ist – er ist mit wissenschaftlichen Methoden gar nicht nachweisbar. Schließlich bleibt auch offen, worauf die Kammer ihre Annahme stützt – auch wenn manches darauf hindeutet, dass sie selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen und vielleicht sogar zu dem Teil gehört, der homöopathische Arzneimittel nutzt. Eine Aufspaltung des ohne Differenzierung angesprochenen Verkehrskreises in Nutzer homöopathischer Arzneimittel und Personen, die Homöopathie zwar nicht nutzen, aber auch nicht ablehnen, ist mit dem Maßstab des Durchschnittsverbrauchers, auf den es nach § 3 Abs. 4 S. 1 UWG ankommt, nicht zu vereinbaren. Hier gilt das Gleiche, was der BGH für eine Werbung für sog. Bach-Blüten-Produkte entschieden hat: Zwischen Verbrauchern, die sich mit der Bach-Blüten-Therapie gut auskennen und Verbrauchern, die mit ihr keine näheren Vorstellungen verbinden, kann nicht im Sinne einer gespaltenen Verkehrsauffassung differenziert werden, wenn sich die Werbung an beide richtet.⁹

Es kann daher nicht ohne weiteres angenommen werden, der angesprochene Verkehrskreis wisse, dass die Wirkstoffe so verdünnt sind, dass sie nicht nachweisbar sind. Allerdings

2 *BGH* GRUR 2015, 1244 Rn. 13 – Äquipotenzangabe in Fachinformation.

3 Vgl. *Brixius* in: Bülow/Ring/Artz/Brixius, Heilmittelwerbegesetz, 5. Aufl. (2016), § 1 Rn. 4; *Beuthien/Schmölz* GRUR 1999, 292 (300 f.).

4 *Artz* in: Bülow/Ring/Artz/Brixius, Heilmittelwerbegesetz, 5. Aufl. (2016), § 3 Rn. 5; *Reese* in: Doepner/Reese, Heilmittelwerbegesetz, 3. Aufl. (2018), § 3 Rn. 40.

5 *BGH* GRUR 2002, 182, 185 – Das Beste jeden Morgen.

6 *BGH* GRUR 2020, 299 Rn. 10 – IVD-Gütesiegel; GRUR 2018, 1263 Rn. 11 – Vollsynthetisches Motorenöl; GRUR 2016, 1193 Rn. 20 – Ansprechpartner.

7 *Bornkamm/Feddersen* in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl. (2020), § 5 Rn. 1.66.

8 Vgl. *BGH* GRUR 2003, 800, 802 – Schachcomputerkatalog; GRUR 1990, 377, 378 – RDM.

9 *BGH* GRUR 2014, 1013 Rn. 33 – Original Bach-Blüten.

folgt aus dem normativen Verbraucherleitbild, dass von Verbrauchern bei Gesundheitsprodukten wegen des hohen Stellenwerts der Gesundheit ein höherer Grad an Aufmerksamkeit und damit auch eine Beschäftigung mit dem angegebenen Verdünnungsgrad erwartet werden kann. Indessen besteht gerade in Gesundheitsfragen ein erhöhtes Informationsbedürfnis; zudem gilt bei Gesundheitswerbung allgemein das Prinzip einer strengen Beurteilung.¹⁰ Das legt die Annahme nahe, dass die Angabe eines Wirkstoffs in der Bezeichnung eines Arzneimittels beim Durchschnittsverbraucher den Eindruck erweckt, dieser sei im beworbenen Präparat auch enthalten. Die angegriffene Bezeichnung beschränkt sich jedoch nicht auf die Angabe des Wirkstoffs, sondern nennt auch den Verdünnungsgrad. Entscheidend ist dann, ob ein durchschnittliches Mitglied jener Bevölkerungsgruppe, die homöopathische Arzneimittel nicht ablehnt, aber auch nicht notwendigerweise nutzt, die zur Anzeige des Verdünnungsgrades verwendeten Bezeichnungen und ihre Bedeutung kennt – insbesondere im Hinblick auf den Verdünnungsgrad C30, bei dem das Vorhandensein eines einzigen Wirkstoffmoleküls außerordentlich unwahrscheinlich ist. Hierzu fehlt es im Urteil an Feststellungen, da der Fokus zu Unrecht auf die Nutzer homöopathischer Arzneimittel verengt und angenommen wurde, diese wüssten um den geringen Wirkstoffgehalt.

Letztlich kommt es hierauf aber aus normativen Gründen nicht an. Der Gesetzgeber hat homöopathische Arzneimittel zugelassen und lediglich einer Registrierungspflicht unterworfen (§ 38 Abs. 1 S. 1 AMG). Eine Differenzierung oder Beschränkung nach dem Grad der Verdünnung des Wirkstoffs hat er nicht vorgenommen. Er nimmt damit bewusst in Kauf, dass auch Arzneimittel mit einer hochgradigen Wirkstoffverdünnung, die einen Nachweis ausschließt, auf den Markt gebracht werden. Hinzu kommt, dass nach § 10 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 AMG bei homöopathischen Arzneimitteln auf Behältnissen und Umverpackungen die Ursubstanzen nach Art und Menge und der Verdünnungsgrad anzugeben sind. Eine Pflicht zur Verwendung eines Phantasienamens ist nicht vorgesehen – im Gegenteil lässt Art. 69 Abs. 1 1. Spiegelstr. RL 2001/83/EG (Gemeinschaftskodex Humanarzneimittel), der durch § 10 Abs. 4 AMG umgesetzt wurde, Phantasienamen nur zu, wenn sich das homöopathische Arzneimittel aus zwei oder mehr Ursubstanzen zusammensetzt.

Ferner verlangt § 4 Abs. 1 Nr. 2 HWG bei jeder Werbung die Angabe der Bezeichnung des Arzneimittels; damit werden die Vorgaben von Art. 89 Abs. 1 lit. b) 1. Spiegelstr. RL 2001/83/EG umgesetzt. Die Verwendung der arznei- und heilmittelwerberechtlich vorgeschriebenen Arzneimittelbezeichnung kann zur Vermeidung eines Normkonflikts daher nicht lauterkeitsrechtlich untersagt werden, wenn sie schon für sich genommen – also ohne Rücksicht auf die Art und Weise der Benutzung – zur Irreführung geeignet ist. Bei einer solchen normativ bedingten Irreführung tritt das Irreführungsverbot zurück.¹¹ Das ist unionsrechtskonform, da sowohl die Vorschriften zur Etikettierung homöopathischer Arzneimittel (§ 10 Abs. 4 AMG) als auch diejenigen zur Angabe in der Werbung (§ 4 HWG) auf Unionsrecht (Art. 69 Abs. 1, 89 Abs. 1 RL 2001/83/EG) beruhen. Unionsrechtliche Bestimmungen, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, verdrängen gem. Art. 3 Abs. 4 RL 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) im Kollisionsfall die Vorschriften der UGP-Richtlinie und damit auch § 5 UWG als Umsetzungs-vorschrift. Zu diesen unionsrechtlichen Regelungen gehören insbesondere auch die Vorschriften der RL 2001/83/EG.¹²

Im Ergebnis trifft es daher zu, wenn das LG Darmstadt meint, es dürfe nicht zu einem per-se-Verbot bei Arzneimitteln mit der Verdünnung C30 kommen. Die Begründung – Interesse der Verbraucher am Zugang zu homöopathischen Arzneimitteln – ist freilich im Rahmen einer lauterkeitsrechtlichen Beurteilung nicht tragfähig, weil das Lauterkeitsrecht Verbraucher nur vor Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit schützt, nicht aber ihr Interesse, Zugang zu bestimmten Gesundheitsprodukten zu erhalten. Ebenso wenig kann es aber dazu genutzt werden, vom Gesetzgeber zugelassene homöopathische Arzneimittel als solche vom Markt fern zu halten. Der Angriff auf die bloße Nutzung der Arzneimittelbezeichnung verfehlt daher das selbstgesetzte Ziel des Klägers.

Prof. Dr. Frank Weiler, Universität Bielefeld

¹⁰ BGH GRUR 2002, 182, 185 – Das Beste jeden Morgen.

¹¹ Vgl. allg. Dreyer in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. (2016), § 5 B. Rn. 113; Ruess in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. (2020), § 5 Rn. 137.

¹² EuGH GRUR 2015, 1028 Rn. 81 – Abeur.

Aktuelle Nachrichten

Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage bringt weitgehende Entkriminalisierung im IfSG

Mit dem am 19.5.2020 beschlossenen „Zweiten Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ hat der Gesetzgeber weitere Maßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor dem Coronavirus auf den Weg gebracht. So sollen **künftig**, gerade im Umfeld besonders gefährdeter Menschen wie etwa in **Altenheimen**, **mehr Testmöglichkeiten** bestehen und die damit verbundenen Kosten von den gesetzlichen Krankenkassen getragen werden. Um Infektionsketten in Zukunft noch besser nachverfolgen zu können, sollen zudem **mehr Daten als bisher in anonymisierter Form an das Robert-Koch-Institut übermittelt** werden, darunter auch sog. Negativergebnisse von auf das Coronavirus durchgeführten Tests. Darüber hinaus sind **einmalige Sonderleistungen u.a. für Beschäftigte in der Altenpflege, Auszubildende und Freiwilligendienst Leistende** vorgesehen. Auch Menschen, die ihre Angehörigen privat pflegen, sollen finanziell entlastet werden.

Mit dem Gesetz gehen aber auch **Änderungen am** seit 2001 bestehenden **Infektionsschutzgesetz (IfSG)** einher. Insbesondere der **Katalog der meldepflichtigen Krankheiten und Erreger** wurde erweitert. So wurde dem in § 6 Abs. 1 Nr. 1 enthaltenen Katalog der schon bei Verdacht einer Erkrankung, Erkrankung und Tod meldepflichtigen Krankheiten der neue Buchstabe t) „Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“ hinzugefügt. In § 7, der meldepflichtige Krankheitserreger aufzählt, wurde in Abs. 1 unter der neuen Nr. 44a SARS-CoV und SARS-CoV-2 hinzugefügt. Zudem löst künftig bereits der Verdacht einer nicht in § 6 Abs. 1 Nr. 1-4 benannten, bedrohlichen übertragbaren Krankheit eine Meldepflicht aus. Die Überschrift des § 30 – bislang „Quarantäne“ – wurde in „Absonderung“ geändert.

Schließlich wurde der seit der Reform 14. (zuvor: 15.) **Abschnitt über die Straf- und Bußgeldvorschriften überarbeitet**. In § 75 Abs. 1 Nr. 1 IfSG wurden die Verweise auf § 28 Abs. 1 Satz 2, § 30 Abs. 1 Satz 2 und § 31 IfSG gestrichen. Diese Verstöße werden in Zukunft nur noch als Ordnungswidrigkeiten nach § 73 Abs. 1a Nr. 6 IfSG geahndet. Damit ist der Verstoß gegen eine Absonderungsanordnung nur noch strafbar, wenn diese wegen Lungenpest oder hämorrhagischem Fieber verhängt wurde; Verstöße gegen sonstige behördliche verhängte Schutzmaßnahmen nach § 28 Abs. 1 und gegen Tätigkeitsverbote nach § 31 sind nun **weitgehend entkriminalisiert**. Für diese Verstöße kommt eine Strafbarkeit nur noch nach § 74 in Betracht, der die Verbreitung einer in § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 genannten Krankheit oder eines in § 7 aufgeführten Erregers unter Strafe stellt, worunter nunmehr auch COVID-19 bzw. SARS-CoV-2 fallen, und der im Zuge der Reform nicht verändert wurde.

Richtlinie der Bundesärztekammer zur Vergabe knapper medizinischer Ressourcen

Die BÄK hat am 5.5.2020 eine **Orientierungshilfe für Ärzte vorgestellt, die die Vergabe knapper medizinischer Ressourcen zum Gegenstand hat**. Zwar sei das Gesund-

heitssystem in Deutschland derzeit nicht akut überlastet. Im Falle einer zweiten Welle mit Covid-19-Infektionen könne sich das aber schnell ändern. Mit ihrer Orientierungshilfe wolle die Ärztekammer betroffenen Ärztinnen und Ärzten eine rechtliche und ethische Hilfestellung im Umgang mit einer solchen Situation geben, so BÄK-Präsident Dr. Klaus Reinhardt.

Nach Auffassung der BÄK handeln Ärzte **rechtmäßig**, wenn sie im Falle von Ressourcenknappheit unter Beachtung der ärztlichen Sorgfalt und Berufsordnung über die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen entscheiden müssen. Maßgebliches Kriterium für die Zuteilung sollen die **Erfolgsaussichten der Behandlung und die Rettung möglichst vieler Menschen** sein. Dabei dürften Faktoren wie Alter, Geschlecht oder chronische Erkrankungen in keinem Fall pauschal zum Ausschluss von Behandlungen führen. Diese Grundsätze gelten **sowohl für die Entscheidung über die Aufnahme wie auch der Fortführung einer Behandlung**. Im Anhang der Orientierungshilfe hat die BÄK grundlegenden Leitfragen aufgelistet, die Ärzten beim Treffen von verantwortungsbewussten Entscheidungen unterstützen sollen.

Die BÄK betont zudem, dass es auch unter den Umständen einer Pandemie keine Verpflichtung für Ärzte gebe, nicht (mehr) indizierte Behandlungen aufzunehmen oder fortzuführen. In Übereinstimmung mit dem Patientenwillen könnten auch indizierte Maßnahmen unterlassen oder begrenzt werden. Hier komme Patientenverfügungen große Bedeutung zu. **Niemals dürfe das Handeln von Ärzten aber darauf ausgerichtet sein, Patienten gezielt zu töten**.

Die Orientierungshilfe ist auf der Webseite der BÄK abrufbar.

Keine Zwangsrekrutierung von medizinischem Personal in Niedersachsen

Ursprünglich war in einem **Gesetzesentwurf der niedersächsischen Regierungsfractionen SPD und CDU** die Möglichkeit vorgesehen gewesen, **im Epidemiefall medizinisches Personal zur Bekämpfung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit verpflichten zu können**. Eine ähnliche Regelung sieht auch das im Zuge der Coronakrise erlassene Bayerische Infektionsschutzgesetz vor (s. medstra-News Heft 3/2020, V). Dieser Teil des Gesetzesentwurfs hatte für **heftige Kritik** der Pflegekammer Niedersachsen, von verschiedenen Ärzteverbänden und schließlich auch der Ärztekammer Niedersachsen gesorgt. Der Marburger Bund Niedersachsen hatte an der Verfassungsmäßigkeit eines solchen Gesetzes gezweifelt: Es gehe nicht nur um die Berufsfreiheit, sondern angesichts fehlender Schutzkleidung auch um das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Die Pflegekammer Niedersachsen gab zu Bedenken, dass eine solche Maßnahme die Attraktivität von Pflegeberufen weiter senken würde.

Nach einer Anhörung im Ausschuss für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung des Niedersächsischen Landtags am 4. Juni wurde die **Möglichkeit einer Zwangsverpflichtung von den Regierungsfractionen zurückgezogen**. Stattdessen zieht die Koalition nun den Vorschlag der Pflegekammer Niedersachsen in Betracht, ein **Freiwilligenregister** aufzubauen, um im Notfall schnell und gezielt medizinisches Fachpersonal finden und einsetzen zu können.

Italien: 50 symbolische Strafanzeigen zur Aufarbeitung der Coronakrise

Im norditalienischen Bergamo hat die Gruppe „Noi denunceremo“ („Wir klagen an“) am 10.6.2020 **50 Strafanzeigen eingereicht, um die Handhabung der Coronakrise untersuchen zu lassen**. Weitere sollen in nächster Zeit folgen. Der Gruppe haben sich in den sozialen Medien bereits über 50 000 Menschen angeschlossen, die Angehörige durch COVID-19 verloren haben. Stefano Fusco, der Initiator der Gruppe, erläuterte gegenüber den Medien, dass es nicht darum gehe, einzelne Ärzte oder Pfleger strafrechtlich zu belangen. Auch finanzielle Entschädigung sei nicht das Ziel der Aktion. Durch die Anzeigen soll vielmehr die komplexe Frage aufgearbeitet werden, wer die Verantwortung für den dramatischen Verlauf der Coronakrise in der norditalienischen Region trägt. Bislang seien die Bemühungen zur Aufarbeitung der Krise, die **in der Lombardei bereits über 16 000 Tote** gefordert hat, unzureichend.

Strafanzeigen und Ermittlungsverfahren nach COVID-19-Ausbruch bei Tönnies

Der COVID-19-Ausbruch in einem Fleischbetrieb von Tönnies in Rheda-Wiedenbrück beschäftigt nicht nur Politik und Öffentlichkeit, sondern mittlerweile auch die Staatsanwaltschaft Bielefeld. Dort sind **wegen des Ausbruchs bereits 16 Strafanzeigen eingegangen**, wie die Neue Westfälische Zeitung berichtet, unter anderem eine, die von der Parlamentarischen Geschäftsführerin der Grünen im Bundestag, Britta Haßelmann, erstattet wurde. In den Anzeigen gehe es im Wesentlichen um Vorwürfe, dass erforderliche Schutzmaßnahmen unterlassen worden seien. **Ein Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt wegen des Anfangsverdachts auf fahrlässige Körperverletzung und Verstößen gegen das IfSchG ist bereits eingeleitet worden**.

In dem Schlachtbetrieb haben sich bereits mehr als 1500 Beschäftigte mit dem neuartigen Coronavirus infiziert. In den betroffenen Landkreisen Gütersloh und Warendorf wurden als Reaktion auf den Ausbruch bereits wieder Kontaktbeschränkungen eingeführt, Fitnessstudios, Bars und teilweise Schulen und Kitas geschlossen. Auch Bayern, Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern haben bereits reagiert: Teilweise müssen sich Bürger aus Corona-Risikogebieten bei der Einreise in Quarantäne begeben, dürfen nicht im Bundesland übernachten oder wurden aufgefordert, das Bundesland zu verlassen.

Stand: 23.6.2020

Härtere Strafen für Cyberangriffe auf kritische Infrastruktureinrichtungen gefordert

Bayern will sich im Rahmen einer Bundesratsinitiative dafür einsetzen, **Hackerangriffe auf Krankenhäuser** und andere zentrale Infrastruktureinrichtungen der Strom-, Wasser- und Telekommunikationsversorgung **künftig härter zu bestrafen**. Dazu soll nach dem Willen des bayerischen Justizministers Georg Eisenreich (CSU) einerseits das **Strafmaß des § 202a StGB angehoben** werden. Die bisherige Strafobergrenze des Tatbestands, der das Ausspähen von Daten unter Strafe stellt, liegt bei 3 Jahren. Viele Taten würden indes nur mit Geldstrafen geahndet. Darüber hinaus ist eine **Strafschärfung für Computersabotage (§ 303b StGB) mit tödlichem Ausgang** vorgesehen, etwa wenn durch den Angriff lebenserhaltende Geräte ausfallen.

Andererseits bedürfe es aber auch **zusätzlicher polizeilicher Befugnisse**, um Täter zeitnah identifizieren zu können. Daher setze man sich zudem dafür ein, die Möglichkeiten für Online-Durchsuchungen, Telekommunikationsüberwachung und die Erhebung von Verkehrsdaten zu schaffen bzw. zu erweitern. Gerade in Zeiten der Corona-Epidemie zeige sich, wie sehr die Gesellschaft auf den reibungslosen Betrieb zentraler Infrastruktureinrichtungen angewiesen sei, so Eisenreich weiter.

Fachverbände für Nachbesserungen an geplantem Patientendaten-Schutz-Gesetz

Vor der Anhörung zum neuen Patientendaten-Schutz-Gesetz (PDSG) im Bundestag haben sich mehrere Fachverbände kritisch zu den geplanten Regelungen geäußert. In besonderem Maß geben dabei **neue Vorgaben rund um die elektronische Patientenakte (ePA) Anlass zur Kritik**. So ist für Peter Bobbert, Mitglied des Bundesvorstands des Marburger Bundes, nicht ersichtlich, warum Ärzten im öffentlichen Gesundheitsdienst – anders als ihren Kollegen im ambulanten und stationären Sektor – ein Zugriff auf die in der ePA erfassten Informationen nur begrenzt möglich sein soll. **Der Marburger Bund fordert daher „mehr Mut bei der Gestaltung digitaler Medizin“**. Vorbehalte bestehen auch gegenüber einer Regelung, nach der Versicherte ihrer jeweiligen Krankenkasse Inhalte aus der ePA übermitteln können, um etwa besondere Angebote der Kassen wie finanzielle Vorteile oder eine verbesserte individuelle Versorgung zu erhalten. Nach Ansicht Bobberts müsse hier ein absolutes Verwendungs- und Weitergabeverbot gelten.

Der **Spitzenverband Fachärzte Deutschlands e.V. (SpiFa)** spricht sich demgegenüber **entschieden dagegen aus, Ärzte zu „Digitalisierungshelfern“ zu machen**. Wie deren Hauptgeschäftsführer Lars Lindemann betonte, sei die Förderung und Erlangung digitaler Kompetenzen nicht Aufgabe der Ärzte in Deutschland. Daher müsse klargestellt werden, dass Vertragsärzte mit ihren Patienten nicht die Verarbeitung medizinischer Daten in der ePA zu besprechen hätten.

Mit dem PDSG will der Gesetzgeber künftig die weitere Ausgestaltung der mit dem Digitale-Versorgung-Gesetz zum 1. Januar 2020 eingeführten elektronischen Patientenakte regeln sowie das neue elektronische Rezept einführen, dessen Ausstellung ab dem 1. Januar 2022 verpflichtend sein soll.

Niederlande: Freispruch für Ärztin nach Sterbehilfe bestätigt

Der Hohe Rat, die höchste Instanz für Zivil- und Strafgerichtsbarkeit in den Niederlanden, **hat am 21.4.2020 den Freispruch einer Ärztin bestätigt, die einer an Demenz erkrankten Patientin Sterbehilfe geleistet hatte**, wie die Süddeutsche Zeitung und die Frankfurter Allgemeine Zeitung berichten. Es handelt sich um das **erste höchstrichterliche Urteil** zu Sterbehilfe, seitdem das Land 2002 aktive Sterbehilfe unter engen Bedingungen teilweise legalisiert hat.

Die Patientin hatte nach ihrer Diagnose im Jahr 2012 eine **Patientenverfügung** verfasst, in der sie festhielt, bei Fortschreiten der Krankheit lieber sterben zu wollen als in einem Pflegeheim zu leben. Bei Verfassen der Patientenverfügung war die Patientin auch noch im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte gewesen. Nachdem sich ihr Zustand verschlechterte und sie in ein Pflegeheim umzog, äußerte sie sich allerdings widersprüchlich was ihren Sterbewunsch anbelangte. Letzt-

lich hatte die Ärztin der Patientin zunächst ein Beruhigungsmittel und anschließend das tödliche Medikament verabreicht, ohne zuvor das Gespräch mit der Patientin gesucht zu haben. Diese habe sich zu diesem **Zeitpunkt nicht mehr eindeutig hinsichtlich ihres Sterbewunsches geäußert**.

Die Staatsanwaltschaft hatte anschließend **Anklage wegen Mordes** erhoben, angesichts der besonderen Situation aber nur eine Verurteilung ohne Strafmaß gefordert. Im September 2019 wurde die Ärztin von einem Strafgericht in Den Haag bereits freigesprochen. Ein Generalstaatsanwalt hatte

daraufhin Berufung eingelegt, um die Rechtslage zur Sterbehilfe an dementen Patienten höchstrichterlich zu klären.

Die Richter des Hohen Rats stützten sich in ihrem Urteil – ebenso wie der Generalstaatsanwalt in seinem Gutachten – maßgeblich auf das **Konzept der „precedent autonomy“**. Dieses besagt, dass bei Demenzkranken, die keine eigenverantwortliche Entscheidung mehr treffen können, die Entscheidungen maßgeblich sind, die sie selbst noch bei vollem Verstand treffen konnten.

Rechtsprechungsvorschau

1. BGH: Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vollzugsbediensteten im Zusammenhang mit der Gewährung von Vollzugslockerungen

1. Eine gerichtliche Überprüfung der Frage, ob die Gewährung einer vollzugsöffnenden Maßnahme sorgfaltswidrig war, hat den der Vollzugsbehörde zustehenden Beurteilungsspielraum und das ihr eingeräumte Ermessen zu berücksichtigen und die getroffene Entscheidung bis zur Grenze des Vertretbaren hinzunehmen.

2. Gewährte Vollzugslockerungen und hierzu erteilte Weisungen sind im Allgemeinen stichprobenartig auf ihre Einhaltung zu überprüfen. Frequenz, Art und Ausmaß solcher Kontrollen unterliegen als Annex zur getroffenen Prognoseentscheidung demselben Beurteilungs- und Ermessensspielraum wie die Grundentscheidung über die Gewährung vollzugsöffnender Maßnahmen.

3. Zur Vorhersehbarkeit im Sinne des Fahrlässigkeitstatbestandes bei komplexen Geschehensabläufen, insbesondere bei selbst- und fremdgefährdendem Verhalten eines Dritten.

(Urteil vom 26.11.2019 – 2 StR 557/18)

2. BSG: Auswirkungen von Aufklärungsmängeln auf die Krankenhausvergütung

1. Die ordnungsgemäße Aufklärung über Chancen und Risiken hat in erster Linie Bedeutung im zivilrechtlichen Haftungsrecht (vgl. §§ 630c Abs. 2 S. 1, 630d und 630e BGB). Im Recht der GKV dient sie aber auch der Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12 Abs. 1 SGB V) und hat insofern Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch des Krankenhauses. Das Wirtschaftlichkeitsgebot erfordert, dass der Versicherte die Entscheidung für die Inanspruchnahme der Leistung auf der Grundlage von ausreichenden Informationen trifft. Die Aufklärung muss dem Versicherten die Spanne denkbarer Entscheidungen aufzeigen, sodass ihm Für und Wider der Behandlung bewusst sind und er Chancen und Risiken der jeweiligen Behandlung selbstbestimmt abwägen kann. Denn im Sachleistungssystem entscheidet letztlich der Versicherte, ob er die ihm ärztlich angebotene, medizinisch notwendige Leistung abrufen.

2. Von einer ordnungsgemäßen Aufklärung kann bei objektiv medizinisch erforderlichen Behandlungen im Sinne einer widerlegbaren Vermutung regelmäßig ausgegangen werden. Das gilt jedoch nicht, wenn mit der in Rede stehenden Behandlung ein hohes Risiko schwerwiegender Schäden, insbesondere ein hohes Mortalitätsrisiko verbunden ist. In diesen Situationen ist regelmäßig nicht auszuschließen, dass der Versicherte bei ordnungsgemäßer Aufklärung von dem Eingriff Abstand genommen hätte.

3. Bei einer nicht dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechenden Behandlung im Grenzbereich zur experimentellen Behandlung und zudem hohem Mortalitätsrisiko bedarf es der konkreten Feststellung, dass, durch wen genau und wie das Krankenhaus den Patienten über die relevanten Aspekte der abstrakten und der konkret-individuellen Chancen, der Risiken und der Risikoabwägung aufgeklärt hat. Hier genügt es nicht, wenn das Krankenhaus nur darlegt, was bei ihm üblicherweise geschieht. Soweit das therapeutische Zeitfenster dies zulässt, muss hierbei auch feststehen, dass der Patient vor dem beabsichtigten Eingriff so rechtzeitig aufgeklärt wurde, dass er durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe seine Entscheidungsfreiheit und damit sein Selbstbestimmungsrecht in angemessener Weise ausüben konnte.

(Urteil vom 19.3.2020 – B 1 KR 20/19 R)

3. LG Krefeld: Verurteilung eines Heilpraktikers wegen fahrlässiger Tötung – Behandlung mit 3-Bromopyruvat

1. Beim Abwiegen von pharmazeutischen Ausgangsstoffen gelten das Rückwiegen und das Vier-Augen-Prinzip als absolute Minimalanforderungen. Das Vier-Augen-Prinzip besteht darin, dass beim Einwiegen eine zweite Person zuschaut und den Wiegevorgang dokumentiert, bzw. die Waage durch Ausdruck des Messergebnis dokumentiert. Andernfalls muss mit dem Ausgangsprodukt eine Rückwaage durchgeführt werden.

2. Bei einer 3-Bromopyruvat-Infusionslösung handelt es sich um ein Funktionsarzneimittel im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 2 AMG, denn sie stellt eine Stoffzubereitung dar, die im Körper angewendet werden kann, um die physiologischen Funktionen wiederherzustellen, zu korrigieren oder zu beeinflussen.

3. Die Annahme, dass die Art und Weise der Behandlung eines Patienten durch einen Arzt nicht am Wohl des Patienten orientiert war, liegt auch bei medizinisch grob fehlerhaftem Verhalten des Arztes häufig fern, so dass die ausdrückliche Erörterung der Frage, ob der Arzt den Patienten vorsätzlich an Leben oder Gesundheit geschädigt hat, nur unter besonderen Umständen geboten ist. Im Regelfall will ein behandelnder Arzt den Patienten nicht an seiner Gesundheit schädigen, sondern ihm helfen und die dennoch erfolgte Zufügung vermeidbarer Schmerzen wird regelmäßig auf mangelnder Erfahrung, mangelndem Wissen oder mangelhafter Prüfung, nicht aber auf einer wissentlichen und willentlichen Zufügung gesundheitlicher Nachteile beruhen.

(Urteil vom 14.7.2019 – 22 KLVs 14/18)

Aus dem Inhalt der nächsten Hefte

Aufsätze: *Steffen Augsberg*, Reformbedürfnisse im Embryonenschutz; *Silvia Deuring*, Die Aufwertung des Selbstbestimmungsrechts am Lebensende – neue Freiheiten für Patienten und Ärzte?; *Carina Dorneck*, Regelung der Embryonen- und Vorkernspende; *Gunnar Duttge*, Von der Dreierregel zum eSET?; *Lutz Eidam*, Nach der Strafbarkeit ist vor der Strafbarkeit – Was tritt an die Stelle von § 217 StGB?; *Jessica Krüger*, Beitragsübersicht Medizinstrafrecht – April-Juni 2020; *Constantin Ladwig*, Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang im Gesundheitswesen; *Ralf Müller-Terpitz*, LG Augsburg, Urteil vom 13. Dezember 2018, Az. 16 Ns 202 Js 143548/14 – Oder: Richter, beschränke Dich auf die Rechtsanwendung!; *Mathias Prierer/Moritz Begemeier*, Inhabilität als weitere Nebenfolge von Verurteilungen – ein Beitrag zur Registersperre und ihrer Bedeutung für das Medizinstrafrecht; *Wiebke Pühler/Marlis Hübner*, Fertilitäts-erhalt durch Kryokonservierung von Keimzellen oder Keimzellgewebe im Vorfeld einer keimzellschädigenden Therapie und rechtlicher Rahmen; *Brian Valerius*, Die Rechtsprechung zu den ärztlichen Aufklärungspflichten und zur Ein-

willigung seit dem Patientenrechtegesetz; *Sebastian T. Vogel/Sebastian Berndt*, Der Rückschaufehler im Arztstrafverfahren.

Anmerkungen: *Nikolaus Bosch*, Anmerkung zu OLG Dresden, Urt. vom 24.9.2019 – 4 U 1401/19 (Heimliche Filmaufnahmen in einem Klinikum); *Wolfgang Lesting*, Anmerkung zu BGH, Urt. vom 26.11.2019 – 2 StR 557/18 (Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vollzugsbediensteten im Zusammenhang mit der Gewährung von Vollzugslockerungen); *Helmut Pollähne*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. vom 15.1.2020 – 2 BvR 1763/16 (Klageerzwingungsverfahren – Ermittlungsverfahren wegen rechtswidriger Fixierung); *Karsten Scholz/Michael Tsambikakis*, Anmerkung zu BSG, Urt. vom 26.11.2019 – 2 StR 557/18 (Auswirkungen von Aufklärungsmängeln auf die Krankenhausvergütung).

Rezensionen: *Karsten Gaede* zu Dorneck: Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda (2018); *Henning Lorenz* zu Gercke/Leimenstoll/Stirner: Handbuch Medizinstrafrecht (2019).

Impressum

Zitierweise: medstra

Redaktion:

Prof. Dr. Karsten Gaede, Prof. Dr. Michael Lindemann, Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Tsambikakis.

Schriftleitung: Prof. Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg, Tel.: 040 30706-240, Fax: 040 30706-245
E-Mail: medstra@law-school.de

Einsendung von Entscheidungen:

Prof. Dr. Michael Lindemann, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft, Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld, Tel.: 0521 106-4721, Fax: 0521 106-156965
E-Mail: michael.lindemann@uni-bielefeld.de

Redaktionsassistent: Jessica Krüger, LL.B., Bucerius Law School, Tel.: 040 30706-242, Fax: 040 30706-245
E-Mail: jessica.krueger@law-school.de

Anzeigenleitung:

Judith Hamm, Tel. 06221 489-416; E-Mail: judith.hamm@cfmueller.de.
Gültig ist die Preisliste ab 1.1.2019.

Erscheinungsweise, Bezugspreise und -bedingungen: Erscheint 6-mal jährlich (2-monatlich)

Bezugspreis 2020: Inland € 273,00 inkl. Versandkosten. Ausland: € 279,00 inkl. Versandkosten. Einzelheft € 55,00 zzgl. Versandkosten. Alle Preise verstehen sich inkl. MwSt. Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt.

Abonnement und Bezugspreis beinhalten die Printausgabe sowie eine Lizenz für das online-Archiv. Die Bestandteile des Abonnements sind nicht einzeln kündbar.

Einbanddecke für einen Jahrgang € 25,00.

Das Abonnement verlängert sich zu den jeweils gültigen Bedingungen um ein Jahr, wenn es nicht mit einer Frist von 8 Wochen zum Ende des Bezugszeitraums schriftlich gekündigt wird.

Aboservice:

C.F. Müller GmbH, Abonnementsservice,
Hultschiner Straße 8, 81677 München;
Tel. 089 2183 7110, Fax 089 2183 7620;
E-Mail: aboservice@cfmueller.de

Urheber- und Verlagsrecht:

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge – auch die bearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze –, sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden. Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben. Manuskripte und Einsendungen sind bitte direkt an die Redaktion zu richten.

Manuskripte:

Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskripts erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist insbesondere auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

Satz: WMTP Wendt-Media Text-Processing GmbH
Druck: Zimmermann Druck & Verlag GmbH, Balve

© C.F. Müller,
Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg, Tel.: 06221 489 100
E-Mail: medstra@cfmueller.de

Die Online-Ausgabe mit dem Archiv ab Heft 1/2015 finden Sie unter www.medstra-online.de.

ISSN: 2199-4323