

Göttinger Studien
zu den Kriminalwissenschaften

Gunnar Duttge (Hg.)

Das Medizinstrafrecht: Bloßer
Anwendungsfall oder Innovationsmotor
der allgemeinen Strafrechtslehren?

Universitätsverlag Göttingen

Gunnar Duttge (Hg.)

Das Medizinstrafrecht: Bloßer Anwendungsfall oder Innovationsmotor
der allgemeinen Strafrechtslehren?

Dieses Werk ist lizenziert unter einer

[Creative Commons](#)

[Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen](#)

[4.0 International Lizenz.](#)



erschienen als Band 44 in der Reihe „Göttinger Studien zu den
Kriminalwissenschaften“ im Universitätsverlag Göttingen 2024

Gunnar Duttge (Hg.)

Das Medizinstrafrecht:
Bloßer Anwendungsfall
oder Innovationsmotor
der allgemeinen
Strafrechtslehren?

Göttinger Studien zu den
Kriminalwissenschaften
Band 44

Universitätsverlag Göttingen
2024

Bibliografische Information

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

Herausgeber der Reihe

Institut für Kriminalwissenschaften

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Drs. Kai Ambos, Tillmann Bartsch, Alexander Baur, Gunnar Duttge,
Jörg-Martin Jehle, Uwe Murmann

Dieses Werk ist auch als freie Onlineversion über die Verlagswebsite sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<https://www.sub.uni-goettingen.de>) zugänglich. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Tom Hendrik Becker

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp



© 2024 Universitätsverlag Göttingen

<https://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-621-9

DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2024-2530>

ISSN: 1864-2136

eISSN: 2512-7047

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Thematische Einführung: Perspektiven des Medizinstrafrechts <i>Professor Dr. Gunnar Duttge</i>	1
Vorfeldkriminalisierung durch Medizin-Nebenstrafrecht <i>Professor Dr. Klaus Ferdinand Gärditz</i>	7
Der strafrechtliche Lebens- und Gesundheitsschutz im Lichte des Prinzips individueller Selbstbestimmung <i>Professor em. Dr. Christoph Sowada</i>	31
Abgrenzung von Tun und Unterlassen: Medizinstrafrecht auf Abwegen? – Zugleich ein Beitrag zu Rechtfertigungslösungen <i>Professorin Dr. Scarlett Jansen</i>	53
Fälschungssicherheit von Gesundheitszeugnissen als Innovationsmotor für das allgemeine Urkundenstrafrecht? <i>Professor Dr. Frank Zieschang</i>	67
Der Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen – Sonderdogmatik als Ersatz für einen Spezialtatbestand? <i>Professor Dr. Karsten Gaede</i>	79
Rechtssicherheit für Ärzteschaft und Pflege: Utopie oder Fessel? <i>Wis. Mitarb. Niklas Pfeifer</i>	101
Verzeichnis der Autoren und Mitwirkenden	107

Vorwort

Das 15. Kolloquium des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Göttinger Juristenfakultät befasste sich am 7. Juli 2023 mit den normativen Wechselwirkungen und Spannungslagen zwischen allgemeinem Straf- sowie dem Medizinrecht – mitsamt den zum Teil unbefriedigenden Folgen in der Außenwirkung gegenüber der Ärzteschaft, die – mit Recht – eindeutige Antworten erwartet („Rechtssicherheit“). Die nachfolgend abgedruckten Beiträge vertiefen die seinerzeit präsentierten Vorträge, ergänzt um den dankenswert zusätzlich eingebrachten Grundlagentext des Bonner Kollegen Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, anhand ausgewählter Themenfelder und spüren auf diese Weise inspirierend der Grundfrage nach. Allen Autorinnen und Autoren sei an dieser Stelle noch einmal sehr herzlich gedankt. Unser Dank gilt des Weiteren den renommierten Sprechern anlässlich der seinerzeitigen Podiumsdiskussion, deren Verlauf und Ergebnisse in diesem Band ebenfalls näher berichtet werden (Herr Wiss. Mitarb. Niklas Pfeifer). Nicht zuletzt ist den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern meines Lehrstuhls zu danken für die tatkräftige Unterstützung bei der Durchführung des Kolloquiums sowie – aus diesem Kreise – insbesondere Herrn Tom Hendrik Becker für die sorgsame redaktionelle Durchsicht der Manuskripte.

Göttingen, im November 2023

Der Herausgeber

Thematische Einführung: Perspektiven des Medizinstrafrechts

Professor Dr. Gunnar Duttge

A. Die offene Frage

Das Fach „Medizinstrafrecht“ erlebt in der jüngeren Vergangenheit und Gegenwart – institutionell (Lehrstühle und professorale Fachvertreter¹) wie in einschlägigen Publikationen (mit einer eigenen Fachzeitschrift)² – einen rasanten Aufschwung an normativer Bedeutung und Aufmerksamkeit (in Rechtswissenschaft, Rechtspraxis und Gesellschaft). Die wissenschaftstheoretisch naheliegende Selbstvergewisserung über die Berechtigung dieser Eigenständigkeit trotz der Interdependenzen zum allgemeinen Straf- wie zum Medizinrecht ist dagegen bislang kein Gegenstand vertiefter Betrachtungen und Diskurse. Zwar ist es allgemeiner Konsens, dass das Medizinstrafrecht als strafrechtliche Spezialmaterie einige Besonderheiten aufweist, bedingt durch den rasanten medizinisch-technischen Fortschritt wie durch die verfassungsrechtliche (und häufig ethische) Imprägnierung.³ Verglichen mit den Themen

¹ Die Verwendung des generischen Maskulinums schließt weibliche Personen stets ein.

² <https://www.medstra-online.de/>.

³ Vgl. *Hilgendorf*, Einführung in das Medizinstrafrecht, 2. Aufl. 2019, 1. Kap. Rn. 22 f.; siehe auch *ders.*, in: Beulke-FS 2015, S. 437, 447: „Ohne hinreichend differenzierte ethische Fundierung und verfassungsrechtliche Reflexion kann die Anwendung von Medizinstrafrecht nicht überzeugend gelingen“.

der „Klassiker“ zum Arztstrafrecht (*Bockelmann, Engisch, Eb. Schmidt, H.-L. Schreiber*) – vor allem Aufklärung und Einwilligung, Schweigepflicht, Sterbehilfe und Schwangerschaftsabbruch – hat sich das Fach in breitem Maße neue Themenfelder erobert und wird daher allseits im „Umbruch“ gesehen.⁴ Wie sich jedoch im Rahmen des neuen fachlichen Zuschnitts „Medizinstrafrecht“ durch eine Art „Schnittstellenmanagement“⁵ die nicht selten voneinander abweichenden, mitunter gegenläufigen Setzungen und Richtigkeitsvorstellungen im Verhältnis von Straf- und Medizinrecht im Lichte des Ideals von der Einheit und Widerspruchsfreiheit des Rechts⁶ miteinander vereinbaren lassen sollen, ist bis heute ein Rätsel geblieben.

Die jüngere Debatte um die strafrechtliche Bewertung der sog. ex post-Triage zeigt paradigmatisch die gravierenden Folgen, wenn ein und dieselbe Fragestellung diametral gegensätzlich beantwortet wird, je nachdem, ob sich der jeweilige Vertreter des Medizinstrafrechts mehr den medizinrechtlichen Einschätzungen auf dem Gebiet der Therapie(-begrenzung) am Lebensende – konkret: zum „tätigen Behandlungsabbruch“ wie im „Fall Putz“⁷ – oder aber der vorherrschenden strafrechtlichen Beurteilung von Konstellationen des „Abbruchs eines rettenden Kausalverlaufs“ (auch sog. „abgebrochener Gebotserfüllungsversuch“)⁸ verbunden fühlt. In der Außenkommunikation mit Ärzten kann aber die Anfrage nach einer rechtssicheren Beurteilung schlechterdings nicht in dem Sinne beantwortet werden, es komme darauf an, ob man jetzt als genuiner Strafrechtswissenschaftler spreche oder als Medizinrechtler – sofern man nicht ratloses Kopfschütteln schon einkalkuliert hat. Dass sich dieses Fundamentalproblem nicht als bloßes akademisches Glasperlenspiel darstellt, sondern sich u.U. gesamtgesellschaftlich folgenreich auswirkt, verdeutlicht der unselige § 5c IfSG (Abs. 2 S. 4): Hier hat der Gesetzgeber ersichtlich in Sorge, etwas zu regulieren, was von einigen Strafrechtswissenschaftlern⁹ (und vom Deutschen Ethikrat)¹⁰ als „verbotene aktive Tötung“ angesehen wird, die ex post-Triage „sicherheitshalber“ untersagt – und dabei mögliche Kollateralschäden justament für die besonders vulnerable Bevölkerungsgruppe mit Behinderungen

⁴ Z.B. *Joerden*, in: ders./*Swarc/Yamanaka* (Hrsg.), Das vierte deutsch-japanisch-polnische Strafrechtskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung, 2011, S. 145 ff.

⁵ *Wachter*, JuS 2022, 810: „Es ist gehalten, den Input unterschiedlichster Fachdisziplinen aufzunehmen und in einer idealerweise systematisch stimmigen Weise aufeinander abzustimmen“ (bezogen auf die nochmalige disziplinäre Spezialisierung eines „Medizinstrafrechts“).

⁶ Grdl. *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; s. auch die Beiträge in: *Hellwege/Soniewiecka* (Hrsg.), Die Einheit der Rechtsordnung, 2020.

⁷ BGHSt 55, 191 ff.; Bedenken gegen die Übertragbarkeit auf die Triage-Konstellation bei *Sowada*, NStZ 2020, 452, 457 – die alles „überwölbende Patientenaautonomie“ in der Putz-Entscheidung des BGH hätte aber im Lichte des § 216 StGB bei aktiven Tötungen keine normative Relevanz haben dürfen, weil danach selbst ein „ernstliches Verlangen“ nicht zur Annahme einer erlaubten Tat führen würde.

⁸ Dazu statt vieler nur *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2006, § 31 Rn. 108 ff. (mit Votum zugunsten des Unterlassens – „Abbruchsverbot ist bloßer Bestandteil der Handlungspflicht“).

⁹ Z.B. *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398, 1401; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 405.

¹⁰ Ad-hoc-Empfehlung: Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 2020, S. 4.

(die von einem „first come, first serve“ besonders hart getroffen werden dürften), daneben auch mit dem ärztlichen Selbstverständnis und letztlich mit dem Gerechtigkeitsanspruch unserer Rechtsordnung (Gleichbehandlung aller Patienten!) in Kauf genommen.

B. Das Ziel

Einer der wenigen, die sich der Frage nach dem spezifischen Status des Medizinstrafrechts als eine eigene Fachdisziplin im Spannungsfeld von unmittelbarer Inkorporierung in die allgemeinen Strafrechtslehren einerseits und seiner Beeinflussung durch das (häufig verfassungs- und haftungsrechtlich geprägte) Medizinrecht andererseits schon frühzeitig zugewandt haben, war *Albin Eser*. Am Anfang steht die – nur allzu berechtigte – Einschätzung, dass das Medizinrecht gleichsam von den juristischen Hauptdisziplinen kolonialisiert worden ist, die sich – und dies auch noch zeitversoben in unterschiedlicher Intensität – jeweils bestimmter Einzelfragen angenommen haben, „wobei jedoch die gemeinsame Mitte fehlt – die einzelnen Segmente stehen unverbunden nebeneinander“¹¹. Daraus haben sich isoliert „Sonderdogmatiken“¹² entwickelt; ein brückenbildender Diskurs fand und findet bis heute weithin nicht statt. Von hier aus versteht sich die Forderung nach einem „integrativen Medizinrecht“, das „seinen eigenen Mittelpunkt bildet und von dort aus nach außen strahlend die jeweils relevanten Teile der klassischen Hauptdisziplinen [...] zu befruchten versucht“¹³.

Das kann allerdings nicht bedeuten, dass medizinrechtliche Setzungen gleichsam blind in das Strafrecht übernommen, d.h. die genuin strafrechtlichen Bindungen nivelliert oder gar preisgegeben werden sollten: Wie *Eric Hilgendorf* zutreffend dargelegt hat, setzt „gelingende Interdisziplinarität“ voraus, dass die „Binnendifferenzierung des Rechts“ und die jeweils maßgeblichen „teilgebietskonstituierenden Leitprinzipien“¹⁴ ernst genommen werden. Hier zeigt sich somit eine komplexe – freilich systematisch-konzeptionell für den Gesamtbereich der Themenfelder noch bei Weitem nicht durchdrungene – Aufgabe, wie etwa im Kontext der intensiv diskutierten Frage nach der strafrechtlichen Relevanz verfahrensrechtlicher Regelverstöße bei der Therapiebegrenzung am Lebensende (d.h. der betreuungsrechtlichen Vorgaben nach §§ 1827 ff. BGB) deutlich geworden ist.¹⁵ Neuerdings wird auch die – strukturell vergleichbare – Frage gestellt, ob die Akzessorität des Strafrechts von

¹¹ *Eser*, in: ders./Just/Koch (Hrsg.), *Perspektiven des Medizinrechts*, 2004, S. 247.

¹² *Eser*, in: Frisch (Hrsg.), *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*, 2006, S. 9, 13.

¹³ *Eser* (Fn. 11), S. 248 f.; s. auch *ders.* (Fn. 12), S. 14 ff.

¹⁴ *Hilgendorf*, JZ 2010, 913, 915.

¹⁵ Eingehend *Borrmann*, Akzessorität des Strafrechts zu den betreuungsrechtlichen (Verfahrens-)Regelungen die Patientenverfügung betreffend (§§ 1901a ff. BGB), 2016.

den (zivilistisch geprägten) medizinrechtlichen Festlegungen nicht ebenso für ärztliche Behandlungsfehler¹⁶ und für Verstöße gegen die ärztliche Aufklärungspflicht¹⁷ aufgegeben werden sollte. Nun hat *Eser* durchaus betont, dass Integration nicht Aufhebung, sondern lediglich „Einbindung in ein größeres Ganzes“ bedeutet.¹⁸ Die von ihm intendierte „schutzstabilisierende Verstärkungsfunktion des Strafrechts“¹⁹ kann aber nur dann funktionieren, wenn sich die Sanktionsdrohung auf dieselben Verhaltensnormverletzungen (pflichtwidrigen Handlungen) bzw. auf einen Ausschnitt derselben – und nicht auf gänzlich andere rechtliche Verhaltenserwartungen – bezieht.

Die Herausforderung besteht also – mit *Heike Jung* – darin, konzeptionelle Wege zu entdecken, wie das „Eigenleben“ des Medizinstrafrechts trotz der Wechselwirkungen mit anderen Sonderbereichen innerhalb der „Gesamtkomposition Medizinrecht“ bewahrt werden kann.²⁰ Angesichts der heute in weiten Bereichen faktisch bestehenden Dominanz des zivilrechtlichen Medizinrechts lässt sich darin auch ein gewisser Selbstbehauptungswille des Strafrechts sehen. Für *Jung* folgt daraus aber nicht die Empfehlung, auf eine disziplinäre Sonderstellung des Medizinstrafrechts hinzuarbeiten, sondern die strafrechtliche Perspektive auf das Feld der Medizin als „Quell der Anschauung für strafrechtliche Grundfragen“²¹ zu begreifen: Zugleich komme dem Strafrecht „dank seiner Affinität zu ethischen Grundsatzfragen, [...] und seinem Gewicht bei der Normverdeutlichung [...] trotz seiner forensischen Nachrangigkeit im Konzert mit den anderen Fachrichtungen [...] eine Leit- und Mittlerfunktion zu[...]“²². Bei konfligierenden Bewertungen bzw. Wertprinzipien wird man danach also kein simples Entweder-Oder zugrunde legen dürfen, sondern vielmehr aus der konkreten Normenkollisionslage selbst heraus die jeweils angemessene Bewertung entwickeln müssen. Ist damit aber die notwendige Rechtssicherheit gewährleistet – bzw.: Ist sie unter diesen Umständen überhaupt erreichbar?²³

¹⁶ Dazu näher *Duttge*, in: Hilgendorf/Ida/Sato (Hrsg.), *Strafrecht zwischen Ost und West*, 2019, S. 41, insbes. 56 ff. („genuin strafrechtlicher Behandlungsfehlerbegriff“).

¹⁷ Vgl. *Gaede*, *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, 2014, S. 46 ff.; *Rosenau*, in: ders./Hakeri (Hrsg.), *Der medizinrechtliche Behandlungsfehler*, 2008, S. 215, 221 f.; *Sternberg-Lieben* StV 2008, 190, 193 und in: *Beulke-FS 2015*, S. 299, 309 ff.; *Valerius*, in: Hilgendorf/Ida/Sato (Fn. 16), S. 119, 128 f.

¹⁸ *Eser* (Fn. 12), S. 20.

¹⁹ *Eser* (Fn. 12), S. 28.

²⁰ *Jung*, JZ 2015, 1113, 1118.

²¹ *Jung*, JZ 2015, 1113, 1120.

²² *Jung*, JZ 2015, 1113, 1121.

²³ Zur Problematik näher die Beiträge der Podiumsdiskussion, dazu näher *Pfeifer*, S. 101 ff.

C. Exemplarische Anwendungsfelder

Jenseits der vorerwähnten aktuellen Triage-Thematik lassen sich eine Reihe weiterer Anwendungsfelder identifizieren, in denen sich Spannungen zwischen dem tradierten Strafrecht und den Dynamiken des modernen Medizinrechts zeigen: sei es bei der Beurteilung konkreter Fallszenarien,²⁴ sei es durch ergänzende Regulierung oder durch eine veränderte Rechtsprechungspraxis²⁵ aus Anlass neuer medizinrechtlicher Fragestellungen oder durch Einwirken gewachsener Richtigkeitsvorstellungen aus medizinischen Grenzsituationen – wie etwa zum Selbstbestimmungsrecht in end-of-life-Situationen – auf das grundlegende Verständnis tradierter Wertprinzipien wie etwa den Schutz menschlichen Lebens.²⁶ Stets stellt sich die Frage, ob die medizinrechtlichen Einschätzungen um der „Einheit der Rechtsordnung“ willen zugleich als Innovation für die allgemeinen Strafrechtslehren verstanden werden sollten oder sich evtl. ganz umgekehrt als irreguläre – und damit ihrerseits überdenkenswerte – Abweichungen erweisen. Klar ist jedenfalls, dass diese Tiefendimension der hiesigen Thematik eine Herausforderung ist, die nicht der Gesetzgeber und nicht die Rechtsprechung, sondern allein die Wissenschaft bewältigen kann.

Im Folgenden treten exemplarisch fünf Anwendungskontexte in Erscheinung, in denen sich diese Grundfrage in besonderer Weise näher beleuchten und – unter Umständen durchaus mit konträren Resultaten – ausbuchstabieren lässt: Auffällig ist zum ersten, dass sog. Vorfeldtatbestände nach den allgemeinen Strafrechtslehren, genauer: aus der Perspektive des Ultima-ratio-Prinzips und des „Harm Principle“²⁷ (überwiegend) als bedenklich aufgefasst werden; eben solche vorverlagerten Tatbestände mit Strafandrohungen begegnen aber gerade in medizinrechtlichen Regelungskontexten – wenngleich natürlich längst nicht nur hier – auffällig häufig. Die offene Frage ist, ob sich das Strafrecht hier nicht besser abkoppeln sollte oder aber umgekehrt die strafrechtliche Normverdeutlichung aus spezifisch medizinrechtlichen Gründen gerechtfertigt ist.²⁸ Im nicht minder aktuellen Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmungsrecht und Lebensschutz hat das erstere in medizinrechtlichen Kontexten nachdrückliche Stärkung erfahren, was sich inzwischen sehr deutlich auch auf das strafrechtliche „Koordinatensystem“ auswirkt. Dass aus der

²⁴ Man denke beispielsweise an die neuerdings wieder virulent gewordene Frage nach dem Zeitpunkt der Grenzziehung zwischen §§ 211 ff. und §§ 218 ff. StGB anlässlich des „Berliner Zwillingfalls“, dazu *Hoven*, medstra 2020, 64, 65; *Lorenz/Bade*, ZfL 2020, 429, 446 ff.; *Lorenz*, JR 2021, 340, 342 und medstra 2022, 370 ff.; *Mitsch*, HRRS 2021, S. 297 ff.; *Neumann*, StV 2021, 462 ff.

²⁵ Wie etwa die Frage nach dem Bedeutungsgehalt des Selbstbestimmungsrechts für die Garantspflicht des Arztes beim freiverantwortlichen Suizid des Patienten, vgl. einerseits BGHSt 32, 367 ff. und andererseits BGH NJW 2019, 3089 ff. und 3092 ff.

²⁶ Paradigmatisch hierfür ist die Nichtigkeitserklärung des § 217 StGB a.F. („geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung“) durch BVerfGE 153, 182 ff.

²⁷ *Andrew von Hirsch*, GA 2002, 2 ff.; *Woblers*, GA 2002, 15 ff.

²⁸ Dazu eingehend im Anschluss *Gärditz*, S. 7 ff.

traditionellen Perspektive des Rechtsgüterschutzes das (geborene) menschliche Leben im Mittelpunkt steht (vgl. §§ 211 ff. StGB), ist inzwischen erheblich verblasst. Inwieweit dies in vollem Umfang durch ein modernes Verständnis des Rechts begründet erscheint oder ob hier nicht vielleicht – jedenfalls tendenziell – eine verabsolutierende Einseitigkeit auf das Strafrecht einwirkt, ist diskussionsbedürftig.²⁹

Die schon vorerwähnte Triage-Problematik lässt sich nicht isoliert mit Blick auf die Abgrenzungsfrage zwischen aktivem Tun und Unterlassen diskutieren, sondern muss notwendig die Dimension möglicher Erlaubnisgründe (auf Rechtfertigungsebene) einbeziehen. Auch dann ist aber nicht per se vorgegeben, ob sich das Medizinstrafrecht inzwischen auf Abwegen befindet oder aber die allgemeinen Strafrechtslehren zu befruchten vermag.³⁰ Die jüngeren gesetzlichen Neuerungen im Bereich der Urkundendelikte (§§ 275 Abs. 1a, 277-279 StGB)³¹ werfen die grundlegende Frage auf, ob die traditionelle Beschränkung des bisherigen strafrechtlichen Verständnisses auf den Schutz der Zuverlässigkeit (der Ausstellergarantie) und nicht der inhaltlichen Wahrheit (bei Privaturkunden) noch zeitgemäß ist – oder ob es für die zuletzt vorgenommenen Erweiterungen gute Gründe gibt, dass sich die Neuerungen widerspruchsfrei in das bestehende System des Urkundenstrafrechts einfügen.³² Die strafrechtlichen Besonderheiten des Abrechnungsbetruges im Verhältnis zur reinen betrugsstrafrechtlichen Lehre sind schließlich seit langem Gegenstand einer kontroversen Debatte, und zwar sowohl für das Szenario innerhalb des Systems gesetzlicher Krankenversicherter als auch bei Privatpatienten. Während einerseits darauf gedrungen werden könnte, die Reichweite des strafrechtlichen Zugriffs wieder zurückzudrängen (dann aber womöglich für weitere betrugsstrafrechtliche Konstellationen), stellt sich auch hier die Frage nach einer evtl. Berechtigung dafür, dass das Strafrecht in modernen Zeiten einer spürbar ökonomisierten Krankenversorgung deutlich schärfer gezogene Grenzen aufweist.³³

²⁹ Zu ausgewählten Fragestellungen näher *Sonada*, S. 31 ff.

³⁰ Siehe hierzu mit eigenem Lösungsvorschlag *Jansen*, S. 53 ff.

³¹ I.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes... v. 22.11.2021 (BGBl. I, 4906).

³² Ausführlich *Zieschang*, S. 67 ff.

³³ Im Einzelnen *Gaede*, S. 79 ff.

Vorfeldkriminalisierung durch Medizin-Nebenstrafrecht

Professor Dr. Klaus Ferdinand Gärditz

A. Vorfeldkriminalisierung als Rechtsproblem?

Wenn man Vorfeldkriminalisierung als Problem diskutieren will, muss man zunächst präzisieren, was mit „Vorfeld“ gemeint ist. Das ist keineswegs selbstverständlich, obgleich ein – meist negativ konnotiertes – Lamentieren über die Ausdehnung des Strafrechts in ein Vorfeld schon lange zum gängigen Vokabular von Teilen der Strafrechtswissenschaft gehört, die mit unterschiedlichen Argumenten beklagen, dass das normative Substrat der eigenen Disziplin – das Textkorpus an materiellen Straftatbeständen – beständige Zuwächse erfährt.¹ Dass es einen „Trend zur Vorfeldkriminalisierung“ gebe,² dürfte längst zu den akademischen Binsenweisheiten zählen, die niemand mehr hinterfragt. Insoweit will ich – mit dem Privileg der Außenperspektive eines Fachfremden – vorab begriffliche Einordnungen vornehmen.

¹ Statt vieler etwa *Eser*, in: FS Werner Maihofer, 1988, S. 109 (130 ff.); *Hamm*, NJW 2016, 1537 ff.; *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 94 (112 ff.); *Naucke*, KritV 1999, 336 (340 ff.); *Theile*, wistra 2004, 121 ff.; *Timm*, Gesinnung und Straftat, 2012, S. 224 ff.; *Vormbaum*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 2019, § 9 Rn. 95; *Woblers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 29 ff.

² *Puschke*, ZJJ 2019, 139 ff.

I. Vorfeldkriminalisierung und abstrakte Gefährungsdelikte

Im Bereich des Strafprozessrechts geht es bei Vorfeldmaßnahmen durchweg um niederschwellige Aufklärungshandlungen, die ergriffen werden können, bevor die kognitive Hürde eines Anfangsverdachts (§ 152 Abs. 2 StPO) erreicht ist, die typischerweise das Instrumentarium des Eingriffsrechts zur Aufklärung des Sachverhalts (§ 160 Abs. 1 StPO) zur Verfügung stellt. Ein Anfangsverdacht löst einen sozialen Konflikt aus,³ weil bereits die Möglichkeit eines strafbaren Normbruchs die Integrität der Rechtsordnung in Frage zu stellen vermag. Und die Verdachtsklärung dient dann nicht nur der Schaffung von Entscheidungsgrundlagen, sondern als solche bereits der symbolischen Bewährung der Rechtsordnung, sprich: der Normstabilisation, weil mit öffentlicher Gewalt eine Straftat auch als sozialkommunikativer Konflikt über die Rechtsordnung ernst genommen wird. Ein sozialer Konflikt entsteht aber erst, wenn Strafrecht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verletzt wurde und auf dieser Grundlage verdachtsabhängige Eingriffsermächtigungen gegen duldungspflichtige Personen ergriffen werden können. Wurde eine Strafnorm (im medizinrechtlichen Kontext) möglicherweise verletzt, wird mit dem allgemeinen Instrumentarium des strafprozessualen Eingriffsrechts hierauf verdachtsklärend reagiert. Vorfeld bezeichnet dann den normativen Bereich unterhalb dieser Wahrscheinlichkeit.

Auf die hier gegenständlichen Fragen des materiellen Strafrechts lässt sich dieses Verständnis von Vorfeld nicht übertragen. „Vorfeld“ meint hier vielmehr eine Tatbestandsstruktur, die Verhalten in einem frühen Stadium kriminalisiert.⁴ Das ist eine relationale Betrachtung, die eine Referenz benötigt, an der Kriminalisierungsschwellen verglichen werden können. Üblicherweise ist mit Vorfeld (implizit) gemeint, dass Verhalten unter Strafe gestellt wird, das noch keinen unmittelbaren Angriff auf ein „Rechtsgut“ markiert.⁵ Typische Referenz für einen pönalisierten Rechtsgutsangriff wären die – auch als medizinrechtliches Kernstrafrecht relevanten – Körperverletzungsdelikte (§§ 223 ff. StGB). Und wichtigstes Beispiel einer Verlagerung ins Vorfeld wären reziprok abstrakte Gefährungsdelikte.⁶ Diese stellen Verhalten auf-

³ Vgl. *Deiters*, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 2006, S. 74 ff.; *Gärditz*, in: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, 2019, S. 709 (715); *Gierhake*, JZ 2013, 1030 (1036); *Günter*, in: FS Klaus Lüderssen, 2002, S. 205 (219).

⁴ Vgl. zum rechtstechnischen Verschiebebahnhof auch *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (773 f.): „wenn sich das deliktische Verhalten nicht beliebig weit vor die Rechtsgutsverletzung schieben läßt, kann man vielleicht die Rechtsgutsverletzung selbst vorverlegen“.

⁵ In diesem Sinne etwa *Becker*, Kriminalistik 2010, 568 ff.; *Gröseling/Höfjinger*, MMR 2007, 626 ff.; *Mansdörfer*, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2017, Vorbem. Zu § 13 Rn. 10; *Puschke*, ZJJ 2019, 139 ff.; *Radtke/Steinsiek*, JR 2010, 107 ff.; *Theile*, wistra 2012, 285, 287.

⁶ *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; *Vormbaum* (Fn. 1), § 9 Rn. 95.

grund einer allgemeinen Gefährlichkeit für bestimmte Schutzgüter unter Strafe,⁷ unabhängig davon, ob es fallbezogen auch zu einer konkreten Gefährdung kommt. Im Medizinstrafrecht außerhalb des StGB finden sich zahlreiche Gefährdungsdelikte, die allesamt verhindern sollen, dass es zu pflichtwidrigem Verhalten kommt, das dann unkontrollierbare und weitreichende Folgen für Schutzgüter haben kann. Dass etwa das Inverkehrbringen nicht zugelassener Fertigarzneimittel eine Straftat ist (§ 96 Nr. 5 AMG⁸), trägt nur dem Umstand Rechnung, dass Arzneimittel aufgrund ihres qualifizierten pharmakologisch-toxikologischen Wirkungsprofils bei unkontrollierter Nutzung wie ein gewöhnliches Lebensmittel abstrakt gefährlich sind und erhebliche Gesundheitsschäden verursachen können. Solche Risiken sind aber von den fachkundigen Verbraucherinnen und Verbrauchern von vornherein nicht angemessen zu beherrschen. Der Verweis auf kernstrafrechtliche Verletzungsdelikte wäre letztlich eine marktradikale Lösung, die auf realitätsfernen Kognitionsannahmen beruht. Insoweit wird die Strafbarkeitsschwelle vorverlagert; den handelnden Akteuren wird nicht vertraut, sich aus Eigenverantwortung pflichtgemäß zu verhalten, um – dann nach den §§ 223 ff. StGB strafbare – Verletzungen zu vermeiden.

II. Risikostrafrecht

Eine heuristische Kategorie, die Ausdehnung des Kriminalstrafrechts (in der Regel kritisch) zu beschreiben, ist das – auch bei historischer Betrachtung nicht neue⁹ – „Risikostrafrecht“.¹⁰ Populäre Kritik hieran dürfte vor allem ein Unbehagen ventilierten, dass das Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat letztlich keine Insellage bildet, sondern als Konsequenz gesellschaftlicher Normierungserwartungen auch zur ubiquitären Risikoprävention in Anspruch genommen wird, um soziale Orientierungssicherheit herzustellen. Wenn geflissentlich eine präventive Ausrichtung risikosensibler Strafgesetzgebung festgestellt wird,¹¹ zeigt dies zunächst nur, dass auch das Strafrecht – allen mentalitätsabhängigen Widerständen zum Trotz – längst in die Mechaniken des modernen Verwaltungsstaats hineingezogen wurde.

⁷ Vgl. *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (768): generalisierende Bestimmung.

⁸ Arzneimittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 12.12.2005 (BGBl. I S. 3394), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 19.7.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 197) geändert worden ist.

⁹ Vgl. *Puschke*, *Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen*, 2017, S. 12 ff.

¹⁰ *Barton*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 7, 2020, § 19 Rn. 19; *Kublen*, GA 1994, 347 ff.; *Kunz*, NK 2005, 151, 152 f.; *Rotsch*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, 2019, § 26 Rn. 23; *Seelmann*, *KritV* 1992, 452 ff.

¹¹ *Beck*, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung*, 1992, S. 19 ff.; *Gierbake*, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht*, 2013, S. 30 ff.; *Puschke* (Fn. 9), S. 26; *Woblers* (Fn. 1), S. 36 ff.

Das Fremdeln mit Kategorien wie Risiko, Intervention und Prävention,¹² die natürlich auch im Öffentlichen Recht immer wieder kritisch diskutiert werden,¹³ aber im Allgemeinen als *Propria* eines modernen demokratischen Verwaltungsstaats akzeptiert werden, wirkt bisweilen anachronistisch. Wenn beispielsweise „die Charakteristika der Strafrechtsentwicklung seit 1870“ allgemein und „unabhängig von politischen Systemwechseln“ eher als Verfallspanorama hin zum Interventionsstaat beschrieben werden,¹⁴ schwingt im Selbstverständnis mehr als nur eine Prise Distanz zur Demokratisierung der politischen Willensbildung mit. Und wenn Vorfeldverlagerungen „als Konsequenz gesellschaftlichen Wandels und der Etablierung moderner Lebensformen mit neuartigen Anforderungen“ charakterisiert werden,¹⁵ wirkt dies reichlich ahistorisch. Gesellschaftlichen (einschließlich technischen und wissenschaftlichen) Wandel gab es schon immer und die Fließgeschwindigkeiten waren auch schon einmal höher.¹⁶ Gesetzgebung absorbiert dies typischerweise nur in Grenzbereichen durch Strafrecht. Insoweit war Strafgesetzgebung aber schon immer auch Anpassung an den gesellschaftlichen Wandel.

Gemessen an den Anpassungsgeschwindigkeiten im Verwaltungsrecht hat sich das Strafrecht eine vergleichsweise hohe – durchaus sinnvolle – Trägheit bewahrt. Straftatbestände außerhalb des StGB in verwaltungsrechtlichen Fachgesetzen, eben die typischerweise abstrakte Gefährdungen durch verwaltungsrechtswidriges Handeln erfassen, bewegen sich aber eben mit dem Fachrecht, das ebenfalls zu erheblichen Teilen erst seit den 1970er Jahren entstanden ist und rasant verbreitert wurde. Viele medizinrechtliche Fachgesetze mit Straftatbeständen reagieren zudem auf bioethische Debatten, die auf medizinische Fortschritte und identifizierte Gefahren reagieren, die wiederum technikakzessorisch sind und daher erst vergleichsweise spät zum Gegenstand von Regulierung gemacht wurden, als sich abstrakte Risiken konkretisiert hatten (etwa in der Transplantations- oder Reproduktionsmedizin oder in der Stammzellforschung).

¹² Anschaulich *Vormbaum* (Fn. 1), § 9 Rn. 96.

¹³ Etwa *Ladeur*, *KritV* 1991, 241 ff.; *Lepsius*, *VVDStRL* 63 (2004), 264, 266 ff.; *Preuß*, in: Grimm (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994, 523 (527).

¹⁴ *Vormbaum* (Fn. 1), § 9 Rn. 95.

¹⁵ *Puschke* (Fn. 9), S. 20.

¹⁶ Man denke etwa an die Umbrüche, die die Industrielle Revolution im Recht bewirkt hat. Vgl. *Jellinghaus*, *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur*, 2006; *Seckelmann*, *Industrialisierung, Internationalisierung und Patentrecht im Deutschen Reich*, 2006; *Schmoeckel*, in: *Maetschke/von Mayenburg/Schmoeckel* (Hrsg.), *Das Recht der Industriellen Revolution*, 2013, S. 1 ff.; *Vér*, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution*, 2006; *vom Feld*, *Staatsentlastung im Technikrecht*, 2007.

III. Verfassungsrechtliche Unergiebigkeit

Der rechtsdogmatische Erklärungswert – also die Eignung, Inhalte des geltenden Rechts zu beschreiben¹⁷ – heuristischer Begriffe wie Vorfeld- oder Risikostrafrecht scheint sehr begrenzt. In der Rechtsprechung wird der Begriff der „Vorfeldkriminalisierung“ – soweit ersichtlich¹⁸ – nur ein einziges Mal und auch erklärend verwendet. Verfassungsrechtlich ist die Vorverlagerung der Strafbarkeit letztlich eine Frage der Verhältnismäßigkeit¹⁹, die aber die Grenzen der Reichweite der Strafgewalt nicht spezifisch ausschärft.²⁰ Grundsätzlich ist es verfassungskonform möglich, sozialinadäquaten Risiken auch durch Kriminalisierung von riskantem Verhalten zu begegnen. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit wiederholt die demokratische Gestaltungsverantwortung betont.²¹ „Es ist aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen. Er ist bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, grundsätzlich frei.“²² Die oftmals im Mittelpunkt einer Kritik des Risikostrafrechts stehende Fokussierung auf Rechtsgüter, deren unmittelbare Verletzung die primäre Basis einer rechtsstaatlichen Kriminalisierung liefern soll, hat das Gericht mit Recht verworfen.²³ Während die (strafprozessualen und gefahrenabwehrrechtlichen) Eingriffsschwellen des Verdachts und der Gefahr als rechtsstaatliches Normalmaß verhältnismäßiger Grundrechtsbeschränkung Eingang in die sicherheitsverfassungsrechtliche Rechtsprechung gefunden haben, bleibt die Gesetzgebung vergleichsweise frei, den Inhalt legalen Verhaltens durch strafbewehrte Ge- und Verbote zu ziehen, wenn hinreichende Gemeinwohlintressen zur Rechtfertigung zur Verfügung stehen. Gerade im hier interessierenden Bereich des Medizinstrafrechts begegnet es angesichts der Schutzgüter (Leben, Gesundheit, Allgemeines Persönlichkeitsrecht) keinen ernsthaften Bedenken, dass es eine legitime Entscheidung des Gesetzgebers darstellen kann, bereits abstrakte Gefährdungen unter Strafe zu stellen, um hinreichende Orientierungssicherheit und Verlässlichkeit im Pflichtenfeld der Gesundheitsversorgung zu gewährleisten, das für alle Menschen von vitalem Interesse ist. Auch der Begriff des „Risikostrafrechts“ kann daher vor allem der strafrechtswissenschaftlichen Analyse, Beobachtung und (kritischen)

¹⁷ Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. (1991), S. 307 ff.; Klement, Verantwortung, 2006, S. 38 ff.

¹⁸ BGHSt 59, 218, 229 ff., zu § 89a StGB.

¹⁹ Höffler, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 5, 2020, § 38 Rn. 112; Puschke (Fn. 9), S. 154 ff.

²⁰ S. Gärditz, JZ 2016, 641, 644 ff.; Vogel, StV 1996, 110 ff.

²¹ BVerfGE 90, 145, 183; 120, 224, 242; BVerfG-K, Beschl. v. 14.6.2023 – 2 BvL 3/20, Rn. 70.

²² BVerfGE 128, 224, 240.

²³ BVerfGE 120, 224, 241 f.

Beschreibung kriminalpolitischer Entwicklungslinien dienen, erfüllt aber keine verfassungsdogmatische Funktion.

B. Nebenstrafrecht als dogmatische Kategorie?

Das vom BVerfG einer Kriminalisierung zugeschriebene „sozialethische Unwerturteil“²⁴ ist primär das Produkt demokratischer Rechtsetzung. Verhalten ist nicht aus sich heraus aufgrund einer Ontologie von Gesellschaft mit einem Unwert behaftet, sondern weil Gesetzgebung Strafandrohung als ein formalisiertes Unwerturteil instrumentell einsetzt, Verhalten besonders negativ zu markieren und Verhaltenspflichten qualifiziert zu stabilisieren. Auch die Verletzung oder Umgehung von administrativen Verfahrensvorschriften kann Gegenstand einer sozialkommunikativen Bekräftigung durch strafrechtliche Unwertzuschreibung sein. Die Frage, ob man „Verwaltungsunrecht“ durch Ordnungswidrigkeiten oder durch Kriminalstrafe sanktioniert, wenn man es überhaupt sanktionieren und nicht der Durchsetzung mittels Ordnungsrechts überantworten will, ist im Kern eine Frage legislativer Prioritätensetzung.²⁵ Gerade wenn man die Bedeutung verwaltungsrechtlicher Pflichten gesellschaftlich aufwerten möchte, bietet sich Strafrecht als symbolisch-kommunikativer Verstärker im sozialen Resonanzraum an.

Letztlich käme zur Bestimmung einer Kategorie des Nebenstrafrechts nur der Regelungsstandort in Betracht. Nebenstrafrecht wäre dann Strafrecht außerhalb des Strafgesetzbuchs. Für die gesellschaftliche Relevanz strafrechtlicher Normen ist aber die Frage, wo ein strafbewehrtes Verbot geregelt ist, schlichter Zufall politischer Gestaltung. Im Strafgesetzbuch gibt es zahlreiche – mitunter sehr technische – Regelungen, deren aktive Verankerung im breiteren gesellschaftlichen Normbewusstsein gering sein dürfte²⁶ oder die bislang eine randständige praktische Relevanz hatten²⁷. Es gibt auch im Strafgesetzbuch etliche Strafbestimmungen, die lediglich akzessorisch andere Verfahren flankieren.²⁸ Man mag nun behaupten, dass es sich hierbei ‚eigentlich‘ um Nebenstrafrecht handele; dann wäre aber endgültig die Konturenlosigkeit des Begriffs decouviert. Umgekehrt gibt es außerhalb des

²⁴ BVerfGE 90, 145, 172; 92, 277, 326; 96, 10, 25; 120, 224, 240; BVerfG-K, NJW 2020, 2953, 2954; NJW 2019, 2837, 2839.

²⁵ Vgl. Gärditz, JZ 2016, 641, 646.

²⁶ Man denke an § 90c StGB (Verunglimpfung von Symbolen der Europäischen Union); § 97b StGB (Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses); § 104 (Verletzung von Flaggen und Hoheitszeichen ausländischer Staaten); § 108b (Wählerbestechung); § 109d (Störpropaganda gegen die Bundeswehr); § 121 (Gefangeneneuterei); § 167a (Störung einer Bestattungsfeier); § 241a (Politische Verdächtigung); § 297 (Gefährdung von Schiffen, Kraft- und Luftfahrzeugen durch Bannware); § 323b (Gefährdung einer Entziehungskur).

²⁷ Man denke etwa an die Hochverratsdelikte nach den §§ 80 ff. StGB.

²⁸ Etwa das Umweltstrafrecht nach den §§ 324 ff. StGB oder Bankrott nach § 283 StGB.

Strafgesetzbuchs materielles Kriminalstrafrecht, das von kardinaler gesellschaftlicher Bedeutung ist, und zwar gerade im Kontext der Medizin. Hingewiesen sei auf das Betäubungsmittelstrafrecht (§§ 29 ff. StGB), das einen sehr großen Anteil staatsanwaltschaftlicher und kriminalpolizeilicher Arbeit ausmacht, oder das Embryonenschutzrecht (ESchG²⁹, StZG³⁰), das eng mit der gesellschaftlichen Normierung verknüpft ist, wer zu schützender Träger von Menschenwürde sein soll.³¹ Bezeichnenderweise hat eine umfassendere Untersuchung des Schutzes der Menschenwürde im Strafrecht ein breiteres Band an – insbesondere medizinrechtlich relevanten – Straftatbeständen identifiziert, die gleichermaßen im StGB wie in den Fachgesetzen zu finden sind.³² Was dann Kern- und was Nebengebiet ist, bleibt dann kontingente Perspektivenfrage.³³

C. Regelungsfunktionen des Medizin-Nebenstrafrechts

Sachgerechter erscheint es daher, ein heuristisches Proprium des Nebenstrafrechts unabhängig vom zufälligen Regelungsstandort in seiner schützenden Funktion gegenüber dem Verwaltungsrecht zu sehen, dessen Regelungen strafrechtlich „bewehrt“ werden.³⁴ Nebenstrafrecht enthält dann keine selbstständig vollziehbaren Verhaltensnormen, sondern verweist auf verwaltungsrechtliche Verfahren bzw. Ge- und Verbote, deren Integrität auf der Rechtsfolgenseite durch Straftatbestände geschützt werden. Will man vor diesem Hintergrund Regelungsfunktionen eines Medizin-Nebenstrafrechts bestimmen, muss man Folgendes voraussetzen:

- Erstens muss es um Bestimmungen gehen, die anderweitige verwaltungsrechtliche Pflichten flankierend schützen, die auch im (öffentlichen) Medizinrecht verbreitet sind. Der Kern des Medizinstrafrechts, der durch die Verletzungsdelikte unmittelbar die körperliche Integrität schützt (§§ 212 ff.,

²⁹ Embryonenschutzgesetz v. 13.12.1990 (BGBl. I S. 2746), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 21.11.2011 (BGBl. I S. 2228) geändert worden ist.

³⁰ Stammzellgesetz v. 28.6.2002 (BGBl. I S. 2277), das zuletzt durch Art. 50 des Gesetzes v. 29.3.2017 (BGBl. I S. 626) geändert worden ist.

³¹ Zur schwierigen – hier nicht zu vertiefenden – Frage, inwiefern bioethische Motive des ESchG und verfassungsrechtlicher Würdeschutz kongruent sind, s. nur *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser (Hrsg.), ESchG, 2008, Einf. B, Rn. 5 ff. Zum Versuch, den Schutz gemessen an den konfligierenden Grundrechten angemessen zuzuordnen, s. *Kablert*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), *Gesamtes Medizinrecht*, 3. Aufl. (2018), Vorbem. Rn. 1.

³² *Knauer*, ZStW 126 (2014), 305 ff.

³³ So führen drei Gesamtkommentare des Medizinrechts – *Bergmann/Pauge/Steinmeyer* (Hrsg.), *Gesamtes Medizinrecht*, 3. Aufl. (2018); *Prütting* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 5. Aufl. (2019); *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 4. Aufl. (2022) – gerade das StGB durch ausgewählte Normen als eines der medizinrechtlichen Nebengebiete auf. Strafrecht ist hier Neben-Medizinrecht.

³⁴ Prägend *Tiedemann*, Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht, 1969, S. 46 ff.

223 ff. StGB), soll also außer Betracht bleiben. Hier stellen sich zwar mitunter medizinspezifische Fragen (etwa nach der Reichweite einer rechtfertigenden Einwilligung³⁵), die aber vornehmlich den sozialen Anwendungskontexten geschuldet sind und nicht auf besonderen Regelungsstrukturen des Sachbereichs Medizin beruhen.

- Zweitens ist der soziale Kontext der Regelungen medizinbezogen, er strukturiert also Prozesse der medizinischen Forschung oder Heilbehandlung durch Setzung eines Legalitätsrahmens. Hierbei sollen bewusst auch solche Regelungen einbezogen werden, die darauf zielen, gesundheitsrelevante Risiken im Kontext der Medizin einzudämmen.

Die Frage, ob die Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten lediglich als Ordnungswidrigkeit oder bereits als Kriminalstraftat sanktioniert wird, ist hierbei eher technischer Natur.³⁶ Die Austauschbarkeit ist groß. So findet sich beispielsweise eine verbreitete Regelungstechnik, die fahrlässige Verletzung eines verwaltungsakzessorischen Grundtatbestands als Ordnungswidrigkeit auszugestalten, die vorsätzliche Verletzung zentraler Pflichten dann als Straftat (vgl. §§ 96, 97 AMG; §§ 73, 74 IfSG³⁷). Die hinsichtlich der Schutzgüter und Risiken mitunter vergleichbare Verletzung strahlenschutzrechtlicher Pflichten, die auch im Bereich der Nuklearmedizin, der medizinischen Bildgebung und der medizinischen Forschung³⁸ relevant sind, wird hingegen ausschließlich durch Ordnungswidrigkeiten sanktioniert (§ 194 StrlSchG³⁹).

I. Schutz des Verwaltungsverfahrens

Die meisten verwaltungsakzessorischen Straftatbestände schützen flankierend ein Verwaltungsverfahren. Sie sind „verwaltungsaktsakzessorisch“, insoweit sie die Rechtmäßigkeit einer Handlung nicht an die Konformität mit materiellen Pflichten, sondern an das Vorliegen eines zulassenden Verwaltungsakts knüpfen. Wer also ohne Gestattung handelt, macht sich strafbar, selbst wenn er materiell eigentlich etwas tut, das gestattungsfähig wäre. Ist ein Verwaltungsakt (gemessen an § 44 VwVfG) wirksam, legalisiert er umgekehrt auch Verhalten, das ggf. nicht genehmigungsfähig gewesen wäre. Im Umweltstrafrecht in § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB

³⁵ Dazu nur *Valerius*, in: Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Strafrecht der Medizin, 2022, § 1 Rn. 154.

³⁶ *Gärditz*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2021, § 16 Rn. 11.

³⁷ Infektionsschutzgesetz v. 20.7.2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes v. 17.7.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 190) geändert worden ist. Vgl. zu dieser Gestaltungsstruktur *Ruppert*, *medstra* 2020, 148, 150 f.

³⁸ Vgl. namentlich §§ 133 ff. Strahlenschutzverordnung v. 29.11.2018 (BGBl. I S. 2034, 2036; 2021 I S. 5261), die zuletzt durch Art. 1 der Verordnung v. 8.10.2021 (BGBl. I S. 4645) geändert worden ist.

³⁹ Strahlenschutzgesetz v. 27.6.2017 (BGBl. I S. 1966), das zuletzt durch die Bekanntmachung v. 3.1.2022 (BGBl. I S. 15) geändert worden ist.

hat man diese Akzessorietät durchbrochen,⁴⁰ insofern ein Handeln ohne Zulassung – über nach § 44 VwVfG nichtige Zulassungen hinaus – auch ein Handeln auf Grund einer durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unrichtige oder unvollständige Angaben erschlichenen Genehmigung oder Zulassung ist. Vergleichbare Regelungen, die der Gesetzgeber anderweitig nur ausnahmsweise getroffen hat,⁴¹ finden sich im gesamten Medizin-Nebenstrafrecht bemerkenswerterweise nicht.⁴²

Die traditionelle Sicht im Strafrecht, die auf materielle „Rechtsgüter“ fokussiert, dürfte strukturell die Leistungsfähigkeit von Organisation und Verfahren implizit unterschätzen. Auch im Verwaltungsrecht hat es länger gedauert, bis – vor allem im Zuge der methodischen Reformdebatten seit den 1990er Jahren⁴³ – der Eigenwert des formalen Entscheidungsrahmens wirklich ernst genommen wurde. Verfahren reduzieren Komplexität,⁴⁴ machen also viele Fragen überhaupt erst in bestehenden Institutionen des Rechts praktisch entscheidungsfähig. Der vom BVerfG herausgeschälte Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren⁴⁵ trägt dem unmittelbar Rechnung. Organisation und Verfahren sind als Ausdruck prozeduralen Ausgleichs im Rahmen von Güterkollisionen vor allem Konkretisierungen rechtsstaatlicher Verhältnismäßigkeit.⁴⁶ Für die strafprozessualen Richtervorbehalte

⁴⁰ Kritisch *Breuer*, JZ 1994, 1077 ff.; *Heghmanns*, LK-StGB, Bd. 18, 13. Aufl. (2021), § 330d Rn. 29.

⁴¹ Vgl. § 95 Abs. 6 AufenthG; §§ 17 Abs. 6, 18 Abs. 9 AWG; § 16 Abs. 4 Ausführungsgesetz zum Chemiewaffenübereinkommen v. 2.8.1994 (BGBl. I S. 1954), das zuletzt durch Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes v. 13.4.2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist.

⁴² Das würde ganz überwiegend im Übrigen auch für das sonstige verwaltungsakzessorische Strafrecht gelten. § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB ist eine umweltstrafrechtliche Singularität geblieben. Inwiefern Debatten, die vor der Einführung des § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB ausgetragen wurden, ob sich die Wirksamkeit einer Genehmigung im Strafrecht abweichend von § 44 VwVfG bestimmen lasse, wiederaufleben würden, ist unklar. Fallpraxis hierzu besteht nicht. Angesichts der bereichsspezifischen Regelungen durch den Gesetzgeber ist eine strafrechtliche Erweiterung der Unwirksamkeit über § 44 VwVfG hinaus im Umkehrschluss jedoch abzulehnen. Die überwiegende Ansicht sieht die Inhalte des § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB hingegen als deklaratorische Konkretisierung eines allgemeinen Missbrauchsvorbehalts an. S. nur m. w. Nachw. *Möbrenschlager*, LK-StGB, Bd. 12, 12. Aufl. (2019), § 330d Rn. 12.

⁴³ Debatten prägend hierzu *Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999; Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.): *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002; *Jestaedt*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl. (2022), § 16; *Kahl*, *Die Verwaltung* 29 (1996), 341 ff.; *Möllers*, *Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht*, in: Hans-Heinrich/Thomas/Hans Christian/Möllers (Hrsg.): *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, 489 ff.; *Ruffert*, DÖV 1998, 897 ff.; *Schmidt-Aßmann*, NVwZ 2007, 40 ff.; *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997; *Voßkuhle*, *Die Verwaltung* 34 (2001), 317 ff.

⁴⁴ *Lubmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 4. Aufl. (1997), S. 23 ff.

⁴⁵ BVerfGE 39, 276, 294 f.; 44, 105, 120 ff.; 45, 422, 430 ff.; 46, 325, 334; 49, 220, 225; 51, 324; 53, 30, 65; 57, 295, 320 f.; 63, 131, 143; 65, 76, 94; 69, 315, 355 f.; 73, 280, 296; 83, 130, 152; 154, 152, 255, 290 ff.; 155, 119, 229.

⁴⁶ *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2000, S. 279.

ist dies unmittelbar einsichtig und war lange sedimentierter Besitzstand einer Verfahrens-idee, bevor sich das Verwaltungsrecht intensiver mit dem Eigenwert von Organisation und Verfahren befasst hat. Organisations- und Verfahrensregelungen kompensieren hierbei regelmäßig eine sachbereichsspezifische Ausdünnung materieller Determination. Das BVerfG spricht hier von einer „Komplementärfunktion des Verfahrensrechts“.⁴⁷ Der Staat hat – so die Rechtsprechung – aus einer objektiven Wertentscheidung, die in den einzelnen Grundrechten angelegt ist, die Pflicht, Leben und Gesundheit der Einzelnen zu schützen.⁴⁸ Zuletzt wurde das in der Rechtsprechung zu den Pandemiemaßnahmen überzeugend herausgearbeitet,⁴⁹ und zwar auch als Argument, anderweitig Eingriffe in Freiheitsrechte zu rechtfertigen.

Organisation und Verfahren sind aber nicht nur geeignet, die Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe sicherzustellen. Aus Schutzpflichten erwächst gegebenenfalls eine Verpflichtung zur Schaffung von geeigneten Organisations- und Verfahrensstrukturen, die durch staatliche – damit grundrechtsgebundene (Art. 1 Abs. 3 GG) – Entscheidungsvorbehalte individuelle Grundrechte davor schützen, durch private Gewalt gefährdet zu werden. Es geht also um eine angemessene Eindämmung der Risiken, durch privates Handeln selbstbestimmter und damit auch notwendig hinreichend informierter Entscheidungen beraubt zu werden.⁵⁰ Das ist gerade für den Bereich des Medizinrechts von besonderer Bedeutung, weil hier Probandinnen und Probanden oder Patientinnen und Patienten oft faktisch dem Personal aus Forschung, Klinik und Gesundheitsversorgung ausgeliefert sind. Wer etwa ein Arzneimittel erwirbt, muss auf die geprüfte Wirksamkeit und Sicherheit vertrauen können, was Marktlösungen nicht ernsthaft gewährleisten. Das Arzneimittelrecht vertraute letztlich bis zum ersten Arzneimittelgesetz 1961 vollständig und bis zum Arzneimittelgesetz 1976⁵¹ weitgehend dem Markt,⁵² und zwar mit fatalen Folgen.⁵³ Dass das Inverkehrbringen von Arzneimitteln einem fachbehördlichen Zulassungsverfahren unterworfen wurde (§ 21 Abs. 1 AMG), war auch eine Reaktion auf den Contergan-Skandal.⁵⁴ Die Gesetzgebungsmaterialien verweisen

⁴⁷ BVerfG-K, Beschl. v. 3.8.2004 – 1 BvR 135/00, DVBl 2004, 1366, 1368.

⁴⁸ BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164; 56, 54, 78; 90, 145, 195; 115, 320, 346; 121, 317, 356; 142, 313, 337.

⁴⁹ BVerfGE 159, 223, 297 ff.; 161, 299, 361 ff.; 162, 378, 423 f.; BVerfG-K, Beschl. v. 20.5.2021 – 1 BvR 928/21, Rn. 17 f.

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 142, 313, 336 ff.

⁵¹ Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts v. 24.8.1976 (BGBl. I S. 2445). Zum grundlegenden Systembruch nur *Kloesel*, NJW 1976, 1769, 1769.

⁵² Vgl. *Pabel*, PharmR 1997, 286, 286.

⁵³ Zur regulativen Abstinenz *Müller-Römer/Fischer*, in: Blasius/Müller-Römer/Fischer (Hrsg.), Arzneimittel und Recht in Deutschland, 1998, S. 21, 23.

⁵⁴ Vgl. zum Kontext BT-Drs. 7/5091, S. 5; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 186; *Gärditz*, Dirty Drugs, 2022, S. 230; *Oglakcaoglu*, in: Tsambikakis/Rostalski (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 2023, Vor §§ 95 ff. AMG Rn. 28 f.

explizit auf die Unzulänglichkeit repressiver Instrumente, auf die man zuvor zurückgeworfen war.⁵⁵ Auch wenn dies – soweit ersichtlich – nie explizit unter Auspizien grundrechtlicher Schutzpflichten durch Organisation und Verfahren diskutiert wurde, wäre eine entsprechende Lokalisation zumindest plausibel. Strafrechtliche Regelungen, die Verhalten pönalisieren, das die einschlägigen Verwaltungsverfahren umgeht, schützen letztlich die Eigenleistungen des Verwaltungsrechts, durch Formalisierung von Entscheidungen Verlässlichkeit und Orientierungssicherheit in gesundheitsrelevanten Sozialbereichen zu gewährleisten. Wenn man die gesellschaftlich stabilisierende Funktion von Strafrecht ernst nimmt, sollten solche Regelungsansätze eher als etwas Selbstverständliches erscheinen.

1. Referenzfall 1: Arzneimittelzulassung

Einige medizinische Eingriffe oder Forschungs- bzw. Vorbereitungshandlungen werden nicht materiell-rechtlich verboten, sondern unter den Vorbehalt einer Zulassung gestellt. Referenzstrafatbestand wäre das Inverkehrbringen nicht zugelassener Fertigarzneimittel (§ 96 Abs. 1 Nr. 5 AMG). Fertigarzneimittel dürfen nur in den Verkehr gebracht werden, wenn sie durch die zuständige Bundesoberbehörde (das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte [BfArM] bzw. das Paul Ehrlich-Institut [PEI], vgl. § 77 Abs. 1-2 AMG) oder die Europäische Kommission zugelassen sind (§ 21 Abs. 1 Satz 1 AMG). Das sehr aufwändige und anspruchsvolle Zulassungsverfahren dient vor allem dazu, mit hinreichender kognitiver Sicherheit festzustellen, dass ein Arzneimittel nach dem jeweils gesicherten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse ausreichend geprüft worden ist, die Qualität gesichert ist, es nachgewiesen sicher sowie wirksam ist und das Nutzen-Risiko-Verhältnis nicht ungünstig ist (vgl. Art. 12 Abs. 1 Verordnung [EG] Nr. 726/2004⁵⁶; § 25 Abs. 2 AMG). Der akzessorische Straftatbestand des § 96 Nr. 5 AMG soll insoweit das Verbot stabilisieren, dass niemand pharmakologisch wirksame Stoffe in den Verkehr bringt, ohne zuvor dieses Prüfverfahren durchlaufen zu haben.

Die materielle Beurteilung, ob ein Arzneimittel wirksam sowie sicher ist und das Nutzen-Risiko-Verhältnis bleibt, lässt sich angesichts der physiologischen Komplexität und des hohen Aufwandes, pharmakologisch-toxikologische Evidenz zu ermitteln (und ggf. in konkrete Kausalzusammenhänge zu übersetzen), nicht sinnvoll fallbezogen – etwa als Körperverletzungshandlung (§§ 223, 229 StGB) oder bei Täuschung über die Eigenschaften als Betrug (§ 263 StGB) – ermitteln. Es bedarf vielmehr jahrelanger und gestufter vorklinischer wie klinischer Prüfung sowie eines aufwändigen Zulassungsverfahrens durch hochspezialisierte Fachbehörden

⁵⁵ BT-Drs. 7/5091, S. 5.

⁵⁶ Verordnung (EG) Nr. 726/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittel-Agentur (Abl. L 136, S. 1).

(BfArM bzw. Europäische Arzneimittelagentur), um einen verlässlichen Arzneimittelverkehr und eine evidenzbasiert wirksame Medikation sicherzustellen.

Radioaktive Arzneimittel dürfen hingegen nach § 7 Abs. 1 AMG nur in den Verkehr gebracht werden, wenn dies durch Rechtsverordnung (AMRadV⁵⁷) zugelassen wurde. Ein Zuwiderhandeln ist nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AMG ebenfalls strafbar. In der Sache wird so das Verfahren der Verordnungsgebung als gubernatives Legalzulassungsverfahren vor einer Unterwanderung geschützt. Dass die Verordnungsgebung hier möglicherweise strukturell inadäquat ist,⁵⁸ die erforderlichen Kognitionsleistungen sicherzustellen, spielt aus strafrechtlicher Sicht keine Rolle.

2. Referenzfall 2: Betäubungsmittelrecht

Betäubungsmittelrecht ist in der Praxis vor allem Strafrecht und es wird auch als solches wahrgenommen. Tatsächlich handelt es sich um ein nachgerade klassisches verwaltungsaktsakzessorisches Strafrechtsregime. Einer Erlaubnis des BfArM bedarf nach § 3 Abs. 1 BtMG, wer (1.) Betäubungsmittel anbauen, herstellen, mit ihnen Handel treiben, sie, ohne mit ihnen Handel zu treiben, einführen, ausführen, abgeben, veräußern, sonst in den Verkehr bringen, erwerben oder (2.) ausgenommene Zubereitungen herstellen will. Es gibt Ausnahmen von dieser Erlaubnispflicht (§ 4 BtMG) und Versagungsgründe, die einer Erlaubniserteilung entgegenstehen (§ 5 BtMG), wobei die Erteilung vor allem an Zielen des Gesundheitsschutzes ausgerichtet ist (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG⁵⁹). Basisstruktur des Betäubungsmittelrechts ist mithin ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt,⁶⁰ welches letztlich das Verwaltungsverfahren, die Legalität und damit den Kompetenzraum der Verwaltung (hier: des BfArM) schützt.⁶¹

Der Hauptanwendungsbereich des legalen Betäubungsmittelverkehrs ist die medizinische Verwendung von den in den Anlagen gelisteten Stoffen als Pharmaka zu Zwecken der Heilbehandlung; die Verkehrspfade sind daher primär über Apotheken organisiert. Es wird vorausgesetzt, dass Betäubungsmittel unter gegebenen Umständen der medizinischen Versorgung der Bevölkerung dienen können, nämlich „nicht nur schädliche Wirkungen haben, sondern in bestimmten Fällen für die

⁵⁷ Verordnung über radioaktive oder mit ionisierenden Strahlen behandelte Arzneimittel i. d. F. d. B. v. 19.1.2007 (BGBl. I S. 48), die zuletzt durch Art. 5 VO v. 29.11.2018 (BGBl. I S. 2034; 2021 I S. 5261) geändert worden ist.

⁵⁸ Kritisch Gärditz, PharmR 2020, 749 ff.

⁵⁹ Vgl. zur impliziten Legaldefinition des Gesetzeszwecks *Jochimski/Haumer*, BtMG, 7. Aufl. (2002), § 5 Rn. 12.

⁶⁰ OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 19.8.2015 – 13 A 1299/14, DVBl 2015, 1588, 1589; *Huber/Ruf*, medstra 2021, 135, 136; *Rising-van Saan*, in: Duttge/Nauck/Weber (Hrsg.), Palliativmedizin und Betäubungsmittelrecht, 2013, S. 62, 65.

⁶¹ Allgemein *Schröder*, VVDStRL 50 (1991), 196, 207.

menschliche Gesundheit auch von Nutzen sein können“.⁶² Anlage III zum BtMG listet daher Betäubungsmittel auf (geschlossene Positivliste⁶³), die verschreibungsfähig sind. Betäubungsmittelrecht ist schlicht besonderes Arzneimittelrecht,⁶⁴ dessen Teleologie partiell – nicht unbedingt zum Vorteil kohärenter Regelungsstrukturen – von additiven kriminalpolitischen Zielen (wie namentlich der Bekämpfung von Milieus der Organisierten Kriminalität) überlagert wird.⁶⁵ Das Verfahren der Erlaubnis richtet sich – sofern keine abweichenden Sonderbestimmungen bestehen – nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz. Fluchtpunkt der Regelung ist schlicht die Legalisierungswirkung einer behördlichen Genehmigung.⁶⁶ Die Strafbestimmungen der §§ 29 ff. BtMG sind hierzu rein akzessorisch. Sie erfassen „nur“ den nicht genehmigten Verkehr. Praktisch führt hierdurch allerdings jedweder Umgang mit Betäubungsmitteln außerhalb des durch eine Erlaubnis abgesteckten Legalitätsrahmens unmittelbar zur Strafbarkeit (§ 29 Abs. 1 BtMG).⁶⁷ Über die materielle Rechtfertigung der betäubungsmittelrechtlichen Prohibition ist lange gestritten worden; dies soll hier nicht das Thema sein. Entscheidend ist, dass die Prohibition zu Zwecken des öffentlichen Gesundheitsschutzes zunächst verwaltungsrechtlich über die Erlaubnispflicht bewirkt wird. Das praktisch im Mittelpunkt stehende Strafrecht verwirklicht keine eigenständigen Ordnungskonzepte, sondern segelt akzessorisch im Kielwasser des administrativen Zulassungsrechts, dessen Schutzkonzept schlicht flankiert wird.

3. Referenzfall 3: Klinische Prüfung

Strafbar handelt nach § 96 Abs. 1 Nr. 10 AMG, wer entgegen § 40 Abs. 1 AMG eine klinische Prüfung eines Arzneimittels ohne die vorherige Genehmigung durch die zuständige Bundesoberbehörde (BfArM bzw. PEI nach § 77 Abs. 1-2 AMG) beginnt. Das Erfordernis der vorherigen Genehmigung dient unmittelbar dazu, im

⁶² BVerwGE 158, 142, 150; OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 2.2.2022 – 9 A 146/21, A & R 2022, 84, 85.

⁶³ BT-Drs. 8/3551, S. 25; BGHSt 63, 11, 15; *Malek*, Betäubungsmittelstrafrecht, 4. Aufl. (2015), Kap. 2 Rn. 5; *Oğlakcıoğlu*, in: Mansdörfer (Hrsg.), MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. (2022), § 1 BtMG Rn. 2, 8; *Ostmeyer*, in: Krumm/Ostmeyer (Hrsg.), Betäubungsmittelstrafrecht, 3. Aufl. (2020), Rn. 3; *Patzak*, in: Patzak/Volkmer/Fabircius (Hrsg.), BtMG, 10. Aufl. (2022), § 1 Rn. 3; *Weber*, in: Weber/Kornprobst/Maier (Hrsg.), BtMG, 6. Aufl. (2021), § 1 Rn. 12.

⁶⁴ *Gärditz*, Dirty Drugs, 2022, S. 155; *Patzak*, in: Patzak/Volkmer/Fabircius (Hrsg.), BtMG, 10. Aufl. (2022), § 1 Rn. 12; *Prittting/Prittting*, Medizin- und Gesundheitsrecht, 2. Aufl. (2021), § 17 Rn. 37.

⁶⁵ *Oğlakcıoğlu*, in: Mansdörfer (Hrsg.), MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. (2022), Vor § 29 Rn. 1.

⁶⁶ Vgl. dazu nur *Fortun*, Die behördliche Genehmigung im strafrechtlichen Delikttaufbau, 1998; *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000; *Hilger*, Die Legalisierungswirkung von Genehmigungen, 1996, S. 7 ff.; *Marx*, Die behördliche Genehmigung im Strafrecht, 1993; *Rengier*, ZStW 101 (1989), 874 ff.; *Winkelbauer*, NSStZ 1988, 201 ff.

⁶⁷ *Eberth/Müller/Schütrumpf*, Verteidigung in Betäubungsmittelsachen, 7. Aufl. (2018), Rn. 1.

Sinne von wirksamem Grundrechtsschutz durch Verfahren sicherzustellen, dass eine klinische Prüfung die Selbstbestimmung der Probandinnen und Probanden wahrt und diese keinen unangemessenen Risiken aussetzt.⁶⁸ Die Organisationsentscheidung, eine hoch spezialisierte Bundesoberbehörde mit spezifisch aggregiertem Fachwissen⁶⁹ für zuständig zu erklären, flankiert die Schutzfunktion auf kognitiver Seite. Nur eine Fachbehörde, die Anträge mit wissenschaftlich-fachlichen Methoden angemessen zu beurteilen vermag, ist auch in der Lage, Grundrechte Betroffener wirksam präventiv zu schützen. Eine Beschränkung auf die repressive Verfolgung etwaiger – am Ende einer langen Verursachungskette stehender – Körperverletzungsdelikte, in deren Rahmen dann eine Staatsanwaltschaft retrospektiv aus eigener Anschauung und mithilfe von kasuistisch herangezogenen Sachverständigen klären müsste, ob eine Studie medizinisch vertretbar war und die kognitiven Voraussetzungen einer rechtfertigenden Einwilligung vorlagen, wäre ohne vorgreifliches Verwaltungsrecht zu plump und zu schwerfällig, um Probandinnen und Probanden wirksam zu schützen. Das liberale Freiheitsversprechen des Strafrechts, das in dem Vertrauen in die Rechtsbefolgungsbereitschaft der Handelnden besteht, ginge materiell zu Lasten des Freiheitsschutzes der kognitiv unterlegenen Seite in einer asymmetrischen sozialen Beziehung zwischen forschendem Medizinpersonal und Prüfungsteilnehmenden. Das verwaltungsaktsakzessorische Strafrecht trägt mithin flankierend dazu bei, diese Schutzlücke zu schließen, verwirklicht damit aber grundrechtlich induzierten Schutz von Probandinnen und Probanden.

4. Eine kurze Zwischenbilanz

Mitunter schützen konfliktadäquate Verfahren individuelle Rechte deutlich besser als ein materielles Recht, das unter inhaltlicher Überforderung (z. B. unsicherem Wissen über Kausalzusammenhänge) und Vollzugsdefiziten ächzt. Namentlich lassen sich konkrete verwaltungsrechtliche Pflichten typischerweise deutlich zielgerichteter durch Strafbewehrung flankierend sichern als materielle Straftatbestände, die an einen Verletzungserfolg anknüpfen. Die Einhaltung insbesondere professioneller Pflichten durch Berufsträgerinnen und -träger im Bereich medizinischer Eingriffe schafft insoweit hinreichende Orientierungssicherheit für alle Akteure, die sich auf die Beachtung von Rechtspflichten in kardinalen Lebensbereichen verlassen können müssen. Angesichts der verfassungsunmittelbaren Prägung von Organisation und Verfahren als Instrumente, Entscheidungen sicherzustellen, die grundrechtliche Freiheitsentfaltung erst in praktischen Kontexten sicherstellen sowie Orientierung ermöglichen, erschienen diffuse Vorbehalte gegen eine „Vorfeldkriminalisierung“ in diesem Bereich nicht nur reichlich lebensfremd. Sie gingen

⁶⁸ *Franken*, in: Fuhrmann/Klein/Fleischfresser (Hrsg.), *Arzneimittelrecht*, 3. Aufl. (2020), § 12 Rn. 62 ff.; *Wachenhausen*, in: Kügel/Müller/Hofmann (Hrsg.), *AMG*, 3. Aufl. (2022), § 40 a. F. Rn. 8.

⁶⁹ Vgl. *Gärditz/Linzbach*, *Gesundheitswissen aus Behördenhand*, 2022, S. 34 ff., 86 ff., 95 ff.

auch an der tragenden Funktion von Organisation und Verfahren als Rückgrat einer freiheitlichen Entscheidungsordnung in einem demokratischen Rechtsstaat⁷⁰ vorbei. Namentlich verfassungsrechtliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der meist abstrakten Gefährdungsdelikte liegen daher fern.

II. Flankierung verwaltungsrechtlicher Pflichten

Teilweise dienen Bestimmungen des Medizinstrafrechts dazu, die Einhaltung materieller verwaltungsrechtlicher Pflichten sicherzustellen, die unmittelbar (mithin ohne dazwischentretendes Verwaltungsverfahren zur Individualisierung und Konkretisierung der Norm) Ge- oder Verbote enthalten. Die Ausgestaltung erfolgt meist – wie die §§ 95, 96 AMG zeigen – durch Blankettstrafatbestände⁷¹, die auf materielles Verwaltungsrecht verweisen.⁷² Solche Pflichten könnten zwar theoretisch durch die zuständige Aufsichtsbehörde durchgesetzt werden. Das ist aber angesichts der begrenzten Ressourcen der Behörden zur Kontrolle praktisch kaum möglich – ganz davon abgesehen, dass eine flächendeckende präventive Überwachung ihrerseits mitunter deutlich freiheitsinvasiver wäre als ein repressives Reaktionsinstrumentarium, das primär auf die Normbefolgungsbereitschaft der Normadressatinnen und -adressaten vertraut.⁷³ In der Sache ist das Strafrecht hier gewiss auch eine Antwort auf strukturelle Vollzugsdefizite. Man erhöht das Risiko empfindlicher Sanktionen, falls es zu Rechtsverletzungen kommt. Dass dann das Strafrecht im Kielwasser des Verwaltungsrechts segelnd vergleichbaren Vollzugsdefiziten ausgeliefert ist,⁷⁴ gehört wohl zur Ironie kriminalpolitischer Schutzverstärkungsstrategien. Das Strafrecht wird administrativer; Strafverfolgungsbehörden leiden dann unter strukturähnlichen Problemen wie Ordnungsbehörden.

Die Verurteilungspraxis in Bezug auf Straftatbestände des einschlägigen Medizinstrafrechts bleibt insoweit mitunter überschaubar. Zu den §§ 18-19 TPG⁷⁵ ist beispielsweise bislang seit über 20 Jahren seit dem TPG 1997 nur eine – freisprech-

⁷⁰ Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 61 f.

⁷¹ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit und zu den Grenzen BVerfGE 143, 38 ff.; 153, 310 ff.; BVerfG-K, Beschl. v. 29.4.2010 – 2 BvR 871/04, wistra 2010, 396, 402 ff.; Bütle, JuS 2015, 769 ff.; Hoven, NStZ 2016, 377 ff.; Rossi, ZIP 2016, 2437 ff.

⁷² Mayer, in: Fuhrmann/Klein/Fleischfresser (Hrsg.), Arzneimittelrecht, 3. Aufl. (2020), § 43 Rn. 5; Ufer, in: Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Strafrecht der Medizin, 2022, § 16 Rn. 2.

⁷³ Gärditz, JZ 2016, 641, 646.

⁷⁴ So kam die Strafbestimmung des § 74 Abs. 1 IfSG in der veröffentlichten Rechtsprechung bezeichnenderweise nur ein Mal zur Anwendung, aber nicht strafbegründend, sondern als Argument im Rahmen eines Streits über eine versammlungsrechtliche Verbotsverfügung. Vgl. VG Neustadt (Weinstraße), Beschl. v. 2.4.2020 – 5 L 333/20.NW, Rn. 25.

⁷⁵ Transplantationsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 4.9.2007 (BGBl. I S. 2206), das zuletzt durch Art. 15d des Gesetzes v. 11.7.2021 (BGBl. I S. 2754) geändert worden ist. Zu den Regelungen Schroth, JZ 1997, 1149 ff.

ende – Entscheidung veröffentlicht.⁷⁶ Zu den eigentlich breit angelegten Verstößen gegen arzneimittelrechtliche Verkehrsverbote nach § 96 AMG wurden in über 45 Jahren seit Inkrafttreten des gegenwärtigen Arzneimittelgesetzes gerade einmal zwölf Entscheidungen des Bundesgerichtshofs⁷⁷ und neun von Oberlandesgerichten⁷⁸ veröffentlicht, die sich zudem oftmals erst mit der Frage auseinandersetzen mussten, ob überhaupt der Anwendungsbereich des AMG eröffnet war.⁷⁹ Vermutlich dürften die meisten arzneimittelrechtlichen Strafverfahren nach §§ 153, 153a StPO eingestellt oder mit einem Strafbefehl (§§ 407 ff. StPO) erledigt werden. Die administrative Instrumentalisierung des Strafrechts folgt insoweit allgemein einem Trend der Bürokratisierung zum Kriminalitätsverwaltungsrecht.⁸⁰ Wie auch sonst gilt freilich, dass eine niedrige Verurteilungsquote, auf die man ohnehin nur mit erheblicher Unsicherheit aus der bloßen Veröffentlichungspraxis schließen kann, nicht unmittelbar den Schluss auf die geringe praktische Relevanz zulässt. Im Gegenteil kann eine hohe Akzeptanz auch auf eine besonders gute Internalisierung der strafbewehrten Normen hindeuten. Letzteres ist sogar besonders plausibel, weil es überwiegend um spezifische Berufspflichten geht, die in eine Matrix der praktischen Medizinethik eingebunden bleiben und deren Verletzung berufsrechtliche Folgen zeitigen kann,⁸¹ die mitunter deutlich gravierender sind als ein Strafbefehl (z. B. Widerruf der Approbation nach § 5 Abs. 2 Satz 1 i. V. mit § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BÄO⁸²).

⁷⁶ LG Göttingen, Urt. v. 6.5.2015 – 6 Ks 4/13. Die Fallpraxis kreist im Übrigen vor allem um Zu rechnungsfragen der Verletzungsdelikte. S. dazu im Überblick *Duttge*, ZfL 2018, 130 ff.; *Lorenz*, medstra 2020, 156 ff.

⁷⁷ BGHSt 43, 336; 46, 380; 57, 312; BGH, Beschl. v. 19.11.1981 – 2 StR 589/81, NStZ 1982, 113; Beschl. v. 11.8.1982 – 2 StR 438/82, NStZ 1982, 463; Urt. v. 10.6.1998 – 5 StR 72/98, StV 1998, 663; Beschl. v. 6.11.2007 – 1 StR 302/07, NStZ 2008, 530; Beschl. v. 5.8.2009 – 5 StR 248/09, A & R 2009, 234; Beschl. v. 12.4.2011 – 5 StR 463/10, A & R 2011, 136; Beschl. v. 27.10.2015 – 3 StR 124/13, PharmR 2016, 40; Beschl. v. 25.7.2019 – 1 StR 273/17, PharmR 2020, 28; Beschl. v. 13.9.2022 – 5 StR 57/22, medstra 2023, 45.

⁷⁸ Bayerisches Oberstes Landesgericht, Urt. v. 12.12.1995 – 4St RR 259/95, MedR 1996, 321; Beschl. v. 20.4.1998 – 4St RR 46/98, NStZ 1998, 578; Beschl. v. 29.4.1998 – 4St RR 12/98, NJW 1998, 3430; OLG Celle, Beschl. v. 14.2.1985 – 2 Ss (OWi) 15/85, NJW 1985, 2206; OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.11.1986 – 2 U 157/86, PharmaR 1988, 116; OLG Düsseldorf, Urt. v. 2.8.2018 – I-15 U 21/18; Hanseatisches OLG Hamburg, Beschl. v. 30.3.1995 – II - 63/95 - 1 Ss 5/95, NStZ 1995, 508; OLG Köln, Beschl. v. 8.7.1981 – 3 Ss 1046/80, NStZ 1981, 444; OLG München, Beschl. v. 21.12.2010 – 2 Ws 1090/10; OLG Oldenburg, Beschl. v. 4.3.1999 – Ss 40/99 (I/9), NJW 1999, 2751; OLG Stuttgart, Beschl. v. 18.1.2012 – 4 Ss 664/11, NStZ-RR 2012, 154.

⁷⁹ Vgl. auch *Oğlakcıoğlu*, in: Tsambikakis/Rostalski (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 2023, § 96 Rn. 2: praktische Relevanz sei „verschwindend gering“.

⁸⁰ Vgl. dazu *Weigend*, RW 2010, 39, 42.

⁸¹ Dazu *Oğlakcıoğlu*, in: Tsambikakis/Rostalski (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 2023, § 95 Rn. 73; *Ulsenheimer/Dießmer*, in: Ulsenheimer/Gaede (Hrsg.), Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. (2021), Rn. 2047 ff.

⁸² Bundesärztleitung in der Fassung der Bekanntmachung v. 16.4.1987 (BGBl. I S. 1218), die

Beispielsweise ist es nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 AMG strafbar, entgegen § 5 Abs. 1 AMG ein bedenkliches Arzneimittel in den Verkehr zu bringen. Entsprechendes gilt nach § 95 Abs. 1 Nr. 3a-5 AMG für das Inverkehrbringen von verbrauchertäuschenden oder irreführenden Arzneimitteln (§ 8 Abs. 1 AMG), von apothekenpflichtigen Arzneimitteln außerhalb einer Apotheke (§ 43 AMG) oder von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (§ 47 AMG). Umfangreiche strafrechtliche Sanktionen für den unerlaubten Betrieb oder die Verwendung von Medizinprodukten enthalten – als Durchführungsrecht zum Unionsrecht⁸³ – die §§ 92, 93 MPDG⁸⁴. Nach der zentralen infektionsschutzrechtlichen Strafbestimmung des § 74 Abs. 1 IfSG ist es strafbar, durch eine vorsätzliche Verletzung bestimmter verwaltungsrechtlicher Pflichten nach § 73 Abs. 1a IfSG und dadurch eine dem Gesetz unterfallende Krankheit bzw. einen entsprechenden Erreger verbreitet. Nach § 19 Abs. 1 TPG ist es strafbar, ein Organ entgegen den materiellen Voraussetzungen des § 8 TPG zu entnehmen, zu übertragen oder zu verwenden, was dem Schutz von Leben, Gesundheit und Menschenwürde dient.⁸⁵ Strafbewehrt ist auch die Ausübung bestimmter Heilberufe ohne wirksame Approbation (§ 13 BÄO; § 23 ApoG⁸⁶). Schon die Buntscheckigkeit und Heterogenität der Straftatbestände verdeutlicht, dass hier das fragmentierte besondere Verwaltungsrecht auf die Kriminalisierung abfärbt. Ein Defizit liegt hierin nicht notwendig, schon weil sich so eine hohe fachgesetzliche Präzisierung erreichen lässt und die Tatbestände zudem einen spezifischen Kreis an Expertinnen und Experten adressieren („Expertenstrafrecht“).

Dass das Strafrecht nicht instrumentell eingesetzt werden dürfte, typische Beweisschwierigkeiten zu bewältigen oder verfahrenspraktische Effektivität sicherzustellen, sondern eine Vorfeldkriminalisierung stets einer substanziellen Legitimierung bedarf,⁸⁷ erscheint nicht plausibel. Verfahren werden nie zum Selbstzweck durchgeführt, sondern dienen stets der verlässlichen Herstellung der Grundlagen für eine rationale Sachentscheidung.⁸⁸ Beweisschwierigkeiten – seien sie strafrecht-

zuletzt durch Art. 4 des Gesetzes v. 15.8.2019 (BGBl. I S. 1307) geändert worden ist.

⁸³ Zum Hintergrund *Gierok*, in: Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), *Strafrecht der Medizin*, 2022, § 17 Rn. 2 ff.

⁸⁴ *Medizinproduktrecht-Durchführungsgesetz v. 28.4.2020* (BGBl. I S. 960), das zuletzt durch Art. 3f des Gesetzes v. 28.6.2022 (BGBl. I S. 938) geändert worden ist.

⁸⁵ *T. Rostalski*, in: Tsambikakis/Rostalski (Hrsg.), *Medizinstrafrecht*, 2023, § 18 TPG Rn. 1.

⁸⁶ *Apothekengesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 15.10.1980* (BGBl. I S. 1993), das zuletzt durch Art. 3 des Gesetzes v. 19.7.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 197) geändert worden ist.

⁸⁷ *Kölbel*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 3, 2021, § 56 Rn. 29.

⁸⁸ *Fehling*, *VVDStRL 70* (2011), 278, 286; *Gurlit*, *VVDStRL 70* (2011), 227, 234; *Held*, *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, 1984, S. 248; *Quabeck*, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010, S. 8; *Schneider*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. (2022), § 28 Rn. 1; *Stelkens*, *DVBl 2010*, 1078, 1078.

licher oder verwaltungsrechtlicher Provenienz – können die praktische Wirksamkeit des materiellen Rechts unterlaufen, die wiederum ihrerseits im Dienst gesellschaftlicher – demokratisch gesetzter – Gemeinwohlzwecke stehen. Konkret bei Verletzungsdelikten im Medizinbereich bestehen typischerweise erhebliche Probleme des Kausalitätsnachweises.⁸⁹ Es erscheint daher durchweg vernünftig, bereits die Verletzung von konkreten – professionelle Orientierung stiftenden – öffentlich-rechtlichen Verhaltenspflichten strafrechtlich zu sanktionieren, die ihrerseits dazu dienen, Leben, Gesundheit, Persönlichkeitsrecht und die damit akzessorisch verkoppelten Ansprüche auf Selbstbestimmung zu schützen. Eine suggestive Vermittlung „allgemeiner Problembeherrschungskompetenz des Staates“⁹⁰ liegt hierin ersichtlich nicht. Im Gegenteil bildet die Entscheidung für eine Kriminalisierung reziprok immer auch das Grundvertrauen ab, dass die Bürgerinnen und Bürger kardinale Rechtspflichten beachten werden und daher eine repressive Sanktionierung an die Stelle einer präventiven Überwachung treten kann. Strafrecht ist die strukturtypische Antwort eines Staates, der sich seine begrenzte Problembeherrschung eingesteht und auf die grundsätzliche Normtreue der Adressatinnen und Adressaten von Ge- und Verboten vertraut. Einem problembeherrschenden Staat würde das Verwaltungsvollstreckungsrecht genügen.

III. Schutz von Leben, Gesundheit und Selbstbestimmung

Frühzeitig wurde darauf hingewiesen, dass die bisweilen reflexartige Kritik an einem vermeintlichen Risikostrafrecht, das bereits auf abstrakte Gefährdungen reagiert, letztlich Reaktionen des Gesetzgebers adressiert, die lediglich Trägerinnen und Träger individueller Rechte unter den Vorzeichen veränderter sozialer Risiken schützen sollen.⁹¹ Im Kern geht es im Medizin-Nebenstrafrecht um den durchweg verwaltungsakzessorisch ausgestalteten Schutz elementarer Individualrechte von Leben, Gesundheit und informationeller Selbstbestimmung gegen Risiken medizinischer Heilbehandlung und Forschung, die mitunter nicht einmal neu sein müssen. So schützt beispielsweise das strafbewehrte Verbot, ohne vorherige Genehmigung mit einer klinischen Prüfung zu beginnen (§ 96 Abs. 1 Nr. 10 AMG), unter anderem Nichteinwilligungsfähige gegen eine fremdbestimmte Degradierung zu Forschungsobjekten⁹² oder Probandinnen und Probanden davor, durch Teilnahme an einer klinischen Prüfung ethisch unangemessenen Risiken ausgesetzt zu werden. Die anderenfalls zu prüfende rechtfertigende Einwilligung im Rahmen des § 223

⁸⁹ Haftungsrechtliche Verschiebungen der Beweislast sind eine Reaktion hierauf. Vgl. § 630h BGB; Kern, in: Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. (2019), § 106 Rn. 109 ff.

⁹⁰ Puschke (Fn. 9), S. 28.

⁹¹ Sieber, CR 1995, 100, 112 f.

⁹² Vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Urt. v. 12.12.1989 – RReg 4 St 222/89, MedR 1990, 276.

StGB vermag die zusätzliche Vorabkontrolle durch eine medizinische Ethikkommission nicht zu ersetzen.

Mitunter entladen sich gerade in Verwaltungsverfahren sehr grundlegende Freiheitskonflikte, und zwar gerade wegen der im Vergleich zum starren Korsett des Strafrechts höheren Elastizität von Genehmigungsverfahren. Beispielsweise zeigt die inzwischen durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Suizidbeihilfe⁹³ überholte⁹⁴ Rechtsprechungslinie des Bundesverwaltungsgerichts⁹⁵ zum Anspruch auf tödliche Betäubungsmittel zu Suizidzwecken, welche kardinale Bedeutung gerade das Genehmigungsverwaltungsrecht (§§ 3, 5 BtMG) haben kann, Leben und Gesundheit in Konfliktfällen zu schützen. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederum in seiner Entscheidung zur Sterbehilfe auf die möglicherweise notwendige Anpassung des Betäubungsmittelrechts hingewiesen,⁹⁶ was implizit darauf verweist, dass die praktischen Probleme von Grenzfragen am Lebensende nicht allein durch den Zuschnitt strafrechtlicher Verbote in den Griff zu bekommen sind, sondern – jedenfalls wenn man der vielfach kritisierten Position des Gerichts folgt – entscheidend auch durch verwaltungsrechtliche Instrumente feintariert werden müssen.

Gerade in den Fachgesetzen finden sich Straftatbestände, die hochrangige grundrechtliche Schutzgüter verwaltungsakzessorisch bewahren. Der Straftatbestand des § 13 StZG⁹⁷, der verwaltungsakzessorisch die Einfuhr oder Verwendung embryonaler Stammzellen ohne Genehmigung pönalisiert, flankiert das bioethisch motivierte – unvollkommene – Regelungskonzept des Stammzellgesetzes, Embryonen als Träger von Menschenwürde nicht zu Forschungszwecken zu opfern. Kritik am Regelungskonzept und an seinen Folgen für die internationale Zusammenarbeit in der biomedizinischen Forschung⁹⁸ richtet sich notwendig gegen die verwaltungsrechtlichen Strukturen, zu denen die Strafandrohung nur akzesso-

⁹³ BVerfGE 153, 182 ff.

⁹⁴ OVG Nordrhein-Westfalen, Urt.v. 2.2.2022 – 9 A 146/21, MedR 2022, 505 ff.; Urt. v. 2.2.2022 – 9 A 148/21, Rn. 91 ff.; Urt. v. 2.2.2022 – 9 A 147/21, Rn. 64 ff.; VG Köln, Urt. v. 24.11.2020 – 7 K 13803/17.

⁹⁵ BVerwGE 158, 142 ff.; BVerwG, Urt. v. 28.5.2019 – 3 C 6/17, A&R 2019, 176 ff. Richtigerweise ablehnend noch OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 17.2.2017 – 13 A 3079/15, DVBl 2017, 712 ff.; VG Köln, Beschl. v. 21.2.2006 – 7 K 2040/05, FamRZ 2006, 1673 ff.; Urt. v. 13.5.2014 – 7 K 254/13, medstra 2015, 111, 113 ff.

⁹⁶ BVerfGE 153, 182, 309; eingehend zu den Konsequenzen *Gassner/Ruf*, GesR 2020, 485 ff. Umgekehrt wurden Richtervorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG, die sich gegen § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG richteten, als unzulässig verworfen, weil sie die durch die vorgenannte Senatsentscheidung eröffneten Möglichkeiten noch nicht erwogen hatten, legale Sterbehilfe zu erlangen. So BVerfG-K, Beschl. v. 20.5.2020 – 1 BvL 2/20, NJW 2020, 2394 f.

⁹⁷ Stammzellgesetz v. 28.6.2002 (BGBl. I S. 2277), das zuletzt durch Art. 50 des Gesetzes v. 29.3.2017 (BGBl. I S. 626) geändert worden ist.

⁹⁸ Vgl. zu den nur partiell gelösten Problemen *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 4. Aufl. (2022), § 13 Rn. 2 f.; *Schwarz*, MedR 2003, 158 ff.

risch ist. Die nach § 25 Abs. 1 GenDG⁹⁹ strafbewehrten Verbote unerlaubter bzw. nicht durch Einwilligung legitimierter Methoden der (vor- oder nachgeburtlichen) Gendiagnostik sollen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) in einem besonders vulnerablen Kognitionsfeld schützen und Diskriminierungen verhindern.¹⁰⁰ Etwa das strafbewehrte Verbot nach § 74 Abs. 1 IfSG, durch Verletzung infektionsschutzrechtlicher Pflichten eine Infektionskrankheit oder einen Erreger zu verbreiten, dient unmittelbar dem Schutz von Gesundheit und Leben der Menschen. Da man es im Falle einer gefährlichen und sich schnell verbreitenden Krankheit nicht darauf ankommen lassen kann, nur konkrete Verletzungshandlungen – z. B. durch unangemessene ärztliche Maßnahmen – zu verbieten, die tatsächlich zu einer Verletzung führen, erscheint es sinnvoll, Sanktionen nicht an einen konkreten Verletzungserfolg, sondern an die Setzung eines inadäquaten Risikos zu knüpfen. Das besondere Gewicht der geschützten Gemeinwohlbelange liegt in der Eindämmung eines gemeingefährlichen Infektionsgeschehens und in der dazu notwendigen Verlässlichkeit der Kooperation der maßgeblichen Akteure. Analoges gilt für das abstrakte Gefährdungsdelikt¹⁰¹ des § 31 TFG¹⁰², nach dem bestraft wird, wer entgegen § 5 Abs. 3 Satz 1 TFG nicht dafür sorgt, dass die spendende Person vor der Freigabe der Spende auf die dort genannten Infektionsmarker untersucht wird, was wiederum dem Schutz der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG dient.¹⁰³

Insgesamt erfüllen daher gerade abstrakte Gefährdungsdelikte im Medizinrecht durchweg die Funktion, Rechtsgüter von herausragendem Gewicht qualifiziert zu schützen, was man vernünftigerweise nicht einem allgemeinen Vertrauen in eine professionelle Berufsethik überlassen möchte. Die Verantwortung des Staates, gerade besonders vulnerable Menschen angemessen zu schützen,¹⁰⁴ verlangt passgenaue Lösungen, die aber das Fachverwaltungsrecht im Zweifel leichter bereitzustellen vermag, weil Straftatbestände hier auf ein kohärentes und problemspezifisches Regelungswerk verweisen können.

⁹⁹ Gendiagnostikgesetz v. 31.7.2009 (BGBl. I S. 2529; 3672), das zuletzt durch Art. 15 Abs. 4 des Gesetzes v. 4.5.2021 (BGBl. I S. 882) geändert worden ist.

¹⁰⁰ *Lichtentbäler*, in: Tsambikakis/Rostalski (Hrsg.), *Medizinstrafrecht*, 2023, § 25 GenDG Rn. 1.

¹⁰¹ *Gierok*, in: Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), *Strafrecht der Medizin*, 2022, § 18 Rn. 8.

¹⁰² Transfusionsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung v. 28.8.2007 (BGBl. I S. 2169), das zuletzt durch Art. 1a des Gesetzes v. 11.5.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 123) geändert worden ist.

¹⁰³ *T. Rostalski*, in: Tsambikakis/Rostalski (Hrsg.), *Medizinstrafrecht*, 2023, §§ 31, 32 TFG Rn. 1.

¹⁰⁴ BVerfGE 160, 79 ff.; *Duttge*, *medstra* 2020, 193, 194.

D. Eine Zwischenbilanz aus verwaltungsrechtswissenschaftlicher Perspektive

Die allermeisten Konflikte werden in einem funktionierenden modernen Verwaltungsstaat außerhalb des Strafrechts bewältigt.¹⁰⁵ Auch das Zivil- und das Verwaltungsrecht erfüllen Ordnungsfunktionen, die bisweilen von wesentlich größerer Bedeutung sind und zudem Normen stabilisieren.¹⁰⁶ Das Strafrecht ist hiermit sachgerecht zu verzahnen.¹⁰⁷ Das gilt gerade auch für das Medizinstrafrecht, schon weil die heterogene Mutterdisziplin Medizinrecht¹⁰⁸ sehr heterogene Regelungsstrukturen umfasst.¹⁰⁹ Vergleicht man traditionellen strafrechtlichen Rechtsgüterschutz durch Verletzungsdelikte mit verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen, hat die Anbindung an prozedurale und materielle verwaltungsrechtliche Pflichten strukturelle Vorteile. Gerade originäres Strafrecht erweist sich erfahrungsgemäß eher als schwerfällig, fortwährend Veränderungen im Bereich des wissenschaftlichen und technischen Fortschritts angemessen abzubilden.¹¹⁰ Die Bedingungen der Formalität und Normbestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) stehen einer Elastizität funktionsnotwendig entgegen. Das betrifft natürlich zunächst einmal nur die allgemeine rechtsstaatliche Strukturierung des Strafrechts. Im Medizinstrafrecht werden die Folgen aber besonders deutlich sichtbar, weil wiederum der normierte Realbereich von sehr schnell fließenden Veränderungen des biowissenschaftlichen Erkenntnisstandes und von den sich hieraus ergebenden technischen Möglichkeiten präformiert wird. Verwaltungsakzessorietät fungiert dann als ein Weichmacher, der einerseits die Bestimmtheit des Regelungssystems gewährleistet, andererseits über die strafrechtliche Vertatbestandlichung verwaltungsrechtlicher Pflichten die graduell stärkere Elastizität des Verwaltungsrechts verfügbar macht.

Eine grundständige Kriminalisierung ohne verwaltungsrechtlichen Unterbau wirkt demgegenüber sperrig und kann schnell aus der Zeit fallen. Ein prominentes Beispiel aus dem Bereich des Medizinrechts ist das Embryonenschutzrecht. Vor allem das ESchG ist ein Sonderstrafrecht ohne Verwaltungsrechtsregime. Es versteinert eine wissenschaftsinduzierte Konfliktlage, die einen Erkenntnishorizont vor 30 Jahren und die daraus abgeleiteten Risikobewertungen abbildet.¹¹¹ Im

¹⁰⁵ Gärditz, in: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, 2019, S. 709, 714.

¹⁰⁶ Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, 2015, S. 24 f.; Zöller, Terrorisusstrafrecht, 2009, S. 219 f.

¹⁰⁷ Vgl. Jakobs, RW 2011, 95, 95.

¹⁰⁸ Zum Begriff Taupitz, in: Rieger/Dahm/Katzenmeier/Stellpflug/Ziegler (Hrsg.), Heidelberger Kommentar: Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht, 93. Aktualisierung (8/2023), Nr. 3650.

¹⁰⁹ Dieses erfasst Gebiete wie das Dienstvertragsrecht, das Arzthaftungsrecht, das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, das Berufsrecht, das Recht der medizinischen Forschung und das Arzneimittelrecht.

¹¹⁰ Hoppe, Laborjournal 7-8/2023, 42, 42.

¹¹¹ Kritisch Hoppe, Laborjournal 7-8/2023, 42, 42.

Bereich der Biomedizin war das eine andere Welt, die heute eher von medizinhistorischem Interesse ist. Wenn etwa aktuelle Experimente zeigen, dass man angesichts der rasanten Entwicklung von Möglichkeiten, differenzierte Stammzellen zu reprogrammieren,¹¹² entwicklungsfähige embryonenähnliche Gewebe durch Reprogrammierung induzierter pluripotenter Stammzellen (iPS) erzeugen kann,¹¹³ die aber keine Embryonen im Sinne des ESchG sind,¹¹⁴ verschiebt der wissenschaftliche Fortschritt allein der letzten fünf Jahre das reale Spielfeld, ohne dass die politisch-gesellschaftlichen Prozesse bioethischer Selbstvergewisserung oder gar die Gesetzgebung hinterherkämen.¹¹⁵

Die Akzessorität zum Fachverwaltungsrecht ist zudem geeignetes Instrument, die Dominanz medizin- bzw. bioethischer Erwägungen zurückzudrängen, die medizinstrafrechtliche Debatten prägen. Selbstverständlich sind ethische Debatten gerade bei normativen Verteilungs- und Zurechnungsentscheidungen notwendig, die grundlegend Lebens- und Gesundheitschancen tangieren. Das Problem ist jedoch, dass oftmals medizin- bzw. bioethische Argumente unmittelbar herangezogen werden, strafrechtliche Verantwortlichkeiten zuzuweisen.¹¹⁶ Die normativen Ankerpunkte der damit in erster Linie adressierten Zurechnungslehren sind aber im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches auffällig schwach ausdifferenziert. Normativ nicht radizierte, demokratisch nicht legitimierte und angesichts der Selektivität partikularer Ethiken kontingente Wertungen fließen dann ungefiltert in die an materiellen Rechtsgütern ausgerichtete Rechtsanwendung.

Das öffentliche Gesundheitsrecht ist – wie kürzlich überzeugend herausgearbeitet wurde¹¹⁷ – vor allem Risikoverwaltungsrecht,¹¹⁸ das weniger Individualrechtsgüter in konkreten Gefahrensituationen als – einem Public Health-Ansatz folgend – die öffentliche Gesundheit und damit ein kollektives Schutzinteresse adressiert. Kollektivierung von Schutzerwartungen sind angesichts der Breite der Aufgabe Gesundheitsversorgung eine mehr oder weniger unvermeidbare Entwicklung in einem

¹¹² Vgl. dazu *International Society for Stem Cell Research* (Hrsg.), *Guidelines for Stem Cell Research and Clinical Translation*, 5/2021; *Boiani/Duncan*, *Molecular Human Reproduction* 28 (2022), 1 ff.

¹¹³ Vgl. zur tierexperimentellen Basis *Tarazij/Aguilera-Castrejon/Joubran/Ghanem/Asbouokhi/Roncato et al.*, *Cell* 185 (2022), 3290 ff. Zu den damit verbundenen Rechtsfragen *Faltus*, *MedR* 2016, 866 ff.; *Machado*, *MedR* 2020, 263 ff.; *Schickel/Braun/Ried/Dabrock*, *MedR* 2014, 857 ff.

¹¹⁴ *Gärditz*, *Journal of Perinatal Medicine* 51 (2023), 763, 764.

¹¹⁵ *Hoppe*, *Laborjournal* 7-8/2023, 42, 43 ff.

¹¹⁶ Vgl. zuletzt für die Triagedebatte und den dortigen Versuchen, über den universell einsetzbaren § 34 StGB komplexe Abwägungen unter Hinzuziehung medizinethischer Erwägungen zu mobilisieren: *Ast*, *ZIS* 2020, 268 ff.; *Hoven/Hahn*, *JA* 2020, 481 ff.; *Jäger/Gründel*, *ZIS* 2020, 151, 155 ff.; *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2020, 627 ff. Kritisch dazu *Gärditz*, *ZfL* 2020, 381, 385.

¹¹⁷ *Kießling*, *Das Recht der öffentlichen Gesundheit*, 2023, S. 43 ff. und passim.

¹¹⁸ Zur Bedeutung des Risikomanagements im Medizinrecht elaboriert *Hart*, in: *Rieger/Dahm/Katzenmeier/Stellpflug/Ziegler* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar: Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht*, 93. Aktualisierung (8/2023), Nr. 4605.

demokratischen Rechts- und Sozialstaat, der Riskolasten sozialadäquat austarieren und angemessen verteilen muss. Es wäre weltfremd und kontraproduktiv, das Strafrecht von diesen verwaltungsrechtlich getriebenen Entwicklungen abkoppeln zu wollen. Das Medizinrecht ist hier ein geeignetes Referenzgebiet¹¹⁹, eine sachgerechte Verzahnung von Straf- und Verwaltungsrecht sowie hierfür geeignete Regelungsmodelle zu beobachten, zu beschreiben und kritisch zu analysieren.

¹¹⁹ Zur verwaltungsrechtlichen Methode *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2004), S. 8, 112 ff.; *Vofßkuhle*, in: Vofßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. (2022), § 1 Rn. 43 ff.

Der strafrechtliche Lebens- und Gesundheitsschutz im Lichte des Prinzips individueller Selbstbestimmung

Professor em. Dr. Christoph Sowada

Die den Rahmen dieser Veranstaltung absteckende Frage nach dem dogmatischen Verhältnis des Medizinstrafrechts zum allgemeinen Strafrecht bezeichnet ein generelles Grundproblem, das – so scheint es – in jüngerer Zeit an Bedeutung gewonnen hat. Im Ausgangspunkt sollte nicht zweifelhaft sein, dass die allgemeinen Lehren auch für thematische Spezialgebiete Geltung beanspruchen und die Entscheidungsfindung und -begründung in jenen Bereichen steuern (sollen). Denn der Wert der (Strafrechts-) Dogmatik zeigt sich gerade darin, durch den Rückgriff auf abstrakte Strukturen ein stabiles Fundament für die Fallentscheidung zu bieten und ein ungehemmtes Durchschlagen einzelfallbezogener Wertungen zu unterbinden. Dass auf einzelnen Spezialfeldern Aspekte hervortreten, die sich als für den Gesamtbereich so wichtig und wirkmächtig erweisen, dass sie diesen Überbau umgestalten (und somit – in der Formulierung des Generalthemas – als „Innovationsmotor der allgemeinen Strafrechtslehren“ erscheinen), ist zwar nicht ausgeschlossen. Sehr viel häufiger dürften sich die Kohärenzprobleme jedoch in der Weise stellen, dass die herkömmlichen Grundsätze bereichsspezifisch modifiziert werden. Die Zulässigkeit derartiger „Akzessorietätslockerungen“ von der allgemeinen Dogmatik wird regelmäßig nicht näher thematisiert; vielmehr beschränkt man sich auf Darlegungen zur Sachgerechtigkeit der für den Spezialbereich vertretenen Interpretation.

Dass bereits das Ausbrechen aus den allgemeinen Vorgaben als solches ein methodisches Problem darstellt, wird hierbei weitestgehend ausgeblendet und verdrängt.

Die „Wächterfunktion“ über die Wahrung der systematischen Geschlossenheit des dogmatischen Systems fällt in erster Linie der Strafrechtswissenschaft zu. Aber auch die Rechtsprechung ist angehalten, das Gebot einer kohärenten und konsistenten Argumentation zu beachten. In beiden Sektoren scheinen die Fliehkräfte in der jüngeren Vergangenheit zugenommen zu haben. Für den Wissenschaftsbereich kann insoweit exemplarisch auf den Umgang mit der COVID-Triage verwiesen werden.¹ Standen zu Beginn der Pandemie etwaige Strafbarkeitsrisiken für das ärztliche Behandlungspersonal im Vordergrund, so kreiste die Diskussion vorrangig um den ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund der rechtfertigenden Pflichtenkollision. Hiernach ist ein Unterlassen rechtmäßig, wenn ein in mehreren Richtungen Handlungspflichtiger einer Rettungspflicht nicht nachfolgt, weil er eine gleichwertige (oder höherrangige) andere Pflicht erfüllt und ihm deshalb die kumulative Erfüllung weiterer Rettungspflichten nicht möglich ist. Die in diesem Zusammenhang kontrovers diskutierte Frage, ob im Rahmen der Abwägungsentscheidung (neben der Dringlichkeit) auch die klinische Erfolgsaussicht heranzuziehen ist, fügt sich in das Denkmodell der Pflichtenkollision ein; denn sie betrifft die Bestimmung der Wertigkeit der widerstreitenden Pflichten. Im Verlauf der Diskussion wurde allerdings auch von strafrechtlichen Autoren vielfach die Auffassung vertreten, bei der Kollision gleichwertiger Pflichten müsse die Zuweisung der lebensrettenden Ressource mittels des Zufallsprinzips – sei es in Gestalt zeitlicher Priorität, sei es durch Losentscheid – erfolgen.² Diese Sichtweise sprengt (unabhängig von der Frage der Sinnhaftigkeit einer solchen Verfahrensweise) den Rahmen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, deren dogmatische Grundstruktur gerade in der Einräumung der Wahlfreiheit an den in mehreren Richtungen gleichwertig Pflichtenigen besteht. Dem entsprechend wäre zu fragen, ob künftig auch in anderen Fällen der Pflichtenkollision das Zufallsprinzip zumindest dann zu beachten wäre, wenn ein staatlicher Hoheitsträger mit seiner Auswahlentscheidung in einer konkreten Gefahrensituation Lebenschancen zwischen gleichwertig gefährdeten Personen verteilt (sodass der Brandmeister im klassischen Lehrbuchbeispiel tatsächlich durch Münzwurf entscheiden müsste, an welchen Gebäudeteil des brennenden Hauses die momentan einzig verfügbare Leiter anzulegen ist). Inzwischen hat der Gesetzgeber für die besondere Konstellation der aufgrund einer übertragbaren Krankheit

¹ Vgl. näher zum Folgenden *Sowada*, in: Hilgendorf/Hoven/Rostalski (Hrsg.), Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft, 2021, S. 293, 300 ff., 319 ff.

² So z.B. *Engländer*, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), Triage in der Pandemie, 2021, S. 111, 139 ff., 148; *Fateb-Moghadam/Gutmann*, in: Hörnle/Huster/Poscher a.a.O., S. 291, 301 ff., 306 f.; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627, 634; *T. Walter*, GA 2020, 656, 667 ff.

unzureichenden überlebenswichtigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten durch § 5 IfSG³ das Zuteilungsverfahren geregelt.⁴ Als Beispiele für ein „Empowerment“ der Rechtsprechung im Bereich des Medizinstrafrechts kann schlaglichtartig auf die „Überwindung“ der Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen beim Behandlungsabbruch⁵ sowie auf die unter dem Schlagwort der „normativen Betrachtung“ sehr freizügig vorgenommene Interpretation der Tatherrschaft im Rahmen der Abgrenzung zwischen Suizidbeihilfe und Tötung auf Verlangen⁶ verwiesen werden.

Ob das methodische Prinzip der Ableitung aus allgemeinen Grundsätzen tatsächlich gerade im Medizinstrafrecht in stärkerem Maße durch eigenständige Herleitungen modifiziert wird, bedürfte einer näheren Untersuchung.⁷ Immerhin gibt es bereichsspezifische Besonderheiten, die einen solchen Befund nahelegen oder erklären könnten. So sind die hier vielfach einschlägigen allgemeinen Rechtsinstitute (Einwilligung, Pflichtenkollision) aufgrund einer geringeren Konturenschärfe per se leichter formbar. Der starke ethische Bezug vieler Fragen mag dazu beitragen, der Sachgerechtigkeit ein stärkeres Gewicht beizulegen als dem Gedanken einer dogmatischen Systemtreue. Schließlich begünstigen auch die Inter- und Intradisziplinarität des Medizinrechts (u.a. mit dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung) eine von den Vorgaben des jeweiligen Rechtsgebiets tendenziell abrückende Rechtsentwicklung.

Das Spannungsfeld zwischen Spurtreue und Modifikation soll nachfolgend für den Teilbereich der Selbstbestimmung näher betrachtet werden. Hierbei ist der Blick zum einen auf die Einwilligungsdogmatik, zum anderen auf den Bereich der Einwilligungssurrogate zu lenken.

³ Zweites Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes v. 6.12.2022, BGBl. I S. 2235.

⁴ Zum Verhältnis des § 5c IfSG zu den allgemeinen Notrechten *Engländer*, medstra 2023, 142 ff.; s. auch *Rosenau*, GA 2023, 121, 137 ff.

⁵ BGHSt 55, 191, 201 ff. („Fuldaer Fall“). Kritisch hierzu *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 176 ff.; s. auch *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 22 Rn. 9 f.

⁶ BGHSt 67, 95 („Insulin-Fall“). Kritisch zur Behandlung der Tatherrschaftsfrage *Franzke/Verrel*, JZ 2022, 1116, 1117 f.; *Murmann*, ZfStw 2022, 532 ff.; *T. Walter*, JR 2022, 621, 623 ff. Der Konstruktion des 6. Strafsenats zustimmend *Saliger*, MedR 2023, 222, 223 f.

⁷ Vgl. zu einer „Methodenlehre des Medizinrechts“ *Deutsch* (MedR 2013, 708 ff.), der (a.a.O. S. 708) eine „methodische Aufwertung“ des von vornherein schlechter gestellten Patienten für geboten erachtet.

A. Merkmale der Einwilligung

Als prominentes Beispiel für die Frage, inwieweit medizinrechtliche Besonderheiten auf die allgemeine Strafrechtslehre einwirken, lässt sich der seit über 100 Jahren bestehende Meinungsstreit über die Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs anführen. Ungeachtet zahlreicher Vorschläge für eine eigenständige Strafnorm der eigenmächtigen Heilbehandlung⁸ steht seit der epochalen Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1894⁹ die ständige Rechtsprechung (wohl in Übereinstimmung mit der im Schrifttum überwiegend vertretenen Ansicht) auf dem Standpunkt, dass es sich auch bei einer gemäß den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommenen, medizinisch erfolgreichen Behandlungsmaßnahme grundsätzlich um eine tatbestandsmäßige Körperverletzung (§ 223 StGB) handelt, sodass die behandelnde Person einer Rechtfertigung ihres Tuns (regelmäßig unter dem Aspekt der Einwilligung) bedarf.¹⁰ Die Haupttriebfeder für diese herrschende Meinung bildet das Bemühen um einen angemessenen Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, der freilich in das dem § 223 StGB zugrunde liegende Rechtsgutskonzept integriert werden muss. Auch die gegenteilige Sichtweise rekurriert letztlich auf Rechtsgutsüberlegungen, indem sie die Tatbestandslosigkeit erfolgreicher Eingriffe damit begründet, dass es an einer (im Wege einer Gesamtbetrachtung zu ermittelnden) Körperinteressenverletzung fehle. Weil die dieses Grundproblem betreffenden Pfade weitestgehend ausgetreten sind, soll es an dieser Stelle sein Bewenden damit haben, die Frage als einschlägiges Beispiel für die hier interessierende Themenstellung zu benennen.¹¹

I. Rechtfertigung bei kontraindizierten Eingriffen

1. Der Zahnextraktions-Fall (BGH NJW 1978, 1206) als Modellfall

Nähere Erörterung verdient hingegen die Frage, inwieweit eine rechtfertigende Einwilligung auch bei der Vornahme kontraindizierter Eingriffe¹² in Betracht kommt. Als Anknüpfungspunkt bietet sich der vom BGH im Jahre 1978 entschiedene und

⁸ Vgl. die Zusammenstellung bei *Huber*, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem, 2020, S. 257 ff., sowie den Entwurf des *Kriminalpolitischen Kreises*, medstra 2021, 65 ff.

⁹ RGSt 25, 375 ff.

¹⁰ Vgl. zu diesem Meinungsstreit *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, § 223 Rn. 72 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 223 Rn. 28 ff.; überblicksartig *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, StGB § 223 Rn. 15 ff.; eingehend *Bauer*, Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs, 2008, S. 5-39.

¹¹ Nach Ansicht von *Hardtung* (medstra 2020, 137, 142) gesteht die Tatbestandslösung „den Ärzten eine unangemessene Sonderrolle im Strafrecht“ zu.

¹² Zur systematischen Einordnung kontraindizierter Eingriffe *Wagner*, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, 2015, S. 50 ff.

bis in die Gegenwart intensiv erörterte Zahnextraktions-Fall¹³ an. Dort hatte ein Zahnarzt einer Patientin auf deren ausdrücklichen Wunsch hin 16 Zähne gezogen, da sie – entgegen der ihr durch eingehende Aufklärung vermittelten medizinischen Erkenntnis – an ihrer Überzeugung festhielt, durch die Extraktion aller (plombierten) Zähne möglicherweise von ihren Kopfschmerzen befreit werden zu können; eine derartige Besserung blieb (erwartungsgemäß) aus.

Weil es – wie der Zahnarzt wusste – an einer medizinischen Indikation für die Extraktion fehlte, stellte sein Handeln (unabhängig vom Streit um die Tatbestandsmäßigkeit ärztlicher Heileingriffe) unzweifelhaft eine tatbestandsmäßige Körperverletzung dar.¹⁴ Fraglich ist hingegen, inwieweit das für das Medizinstrafrecht bedeutsame Spannungsverhältnis zwischen dem Wohl und dem Willen des Patienten die Einwilligungsdogmatik beeinflusst. Der BGH bestätigte die Verurteilung gemäß § 223 StGB mit der Begründung, dass „ein Patient, der in laienhaftem Unverständnis aufgrund einer unsinnigen selbstgestellten Diagnose von einem Zahnarzt eine umfassende Extraktion seiner Zähne wünscht, ... damit keine wirksame Einwilligung zu dieser Maßnahme [erteilt]“. Vielmehr fehle es mangels Urteilskraft an der Einwilligungsfähigkeit der Patientin. Der Heileingriff, für den die Einwilligung erteilt worden sei, liege nicht vor und die nicht zu erschütternde Vorstellungswelt der Patientin entbinde den Mediziner nicht von seinen ärztlichen Pflichten.

Im Schrifttum hat das Urteil überwiegend Ablehnung gefunden.¹⁵ Man verweist (zu Recht) darauf, dass die Einwilligung die Handlungsfreiheit ebenso zu vernünftigen wie zu unvernünftigen Handlungen sichere.¹⁶ Wollte man den Gebrauch der Freiheit unter den Vorbehalt einer nach objektiven Maßstäben bestimmten Vernünftigkeit stellen, wäre die Selbstbestimmung in ihrem Kern betroffen. Dem entspricht es, dass auch medizinisch nicht indizierte Maßnahmen (z.B. Schönheitsoperationen) einer rechtfertigenden Einwilligung zugänglich sind. Hätte die Patientin die Extraktion ihrer Zähne aus kosmetischen Gründen gewünscht, wäre das

¹³ BGH NJW 1978, 1206. Vgl. hierzu *Amelung*, JR 1999, 45 f.; *Duttge*, MedR 2005, 706, 707; *J. Hoffmann*, Der sogenannte „natürliche Wille“ und sein Verhältnis zur Patientenautonomie im Recht der ärztlichen Heilbehandlung, 2021, 197 ff.; *Huber* (Fn. 8), S. 224 ff.; *Joerden*, MedR 2018, 764, 765 f.; *Stock*, MedR 2019, 872, 873 f.; *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 217 f.; *Wagner* (Fn. 12), S. 54 ff. (55), 295 ff., sowie monografisch *G. Meyer*, Die Unfähigkeit des erwachsenen Patienten zur Einwilligung in den ärztlichen Eingriff. Zugleich eine Besprechung des sogenannten Zahnextraktionsfalles – BGH NJW 1978, 1206 –, 1994.

¹⁴ *G. Meyer* (Fn. 13), S. 35 ff. Vgl. ferner (zu Schönheitsoperationen) *Wagner*, in: Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Strafrecht der Medizin, 2022, § 5 Rn. 27 ff.; kritisch *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, StGB (NK-StGB), Band 3, 6. Aufl. 2023, § 228 Rn. 60.

¹⁵ *Amelung*, JR 1999, 45 f.; *Horn*, JuS 1979, 29, 30 f.; *Rogall*, NJW 1978, 2344 f.; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, § 228 Rn. 17 (Fn. 84 m.w.N.); *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 87 (m.w.N.).

¹⁶ *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. 2020, Vor § 32 Rn. 18; *Hirsch*, in: Canaris/Heldrich u.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, 2000, S. 190, 220; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band 1, § 13 Rn. 87.

Handeln des Arztes (wohl) als rechtmäßig zu beurteilen.¹⁷ Da sich die Patientin des Verlusts ihrer Zähne bewusst war und sie zudem mehrfach über die fehlende medizinische Eignung zur Beseitigung ihrer Kopfschmerzen aufgeklärt wurde, begründete ihre gegenteilige Bewertung (ungeachtet eines mittelbaren Rechtsgutsbezuges ihrer Vorstellung) keinen zur Unwirksamkeit der Einwilligung führenden Willensmangel.¹⁸ Zudem wird die Sittenwidrigkeitsschranke (§ 228 StGB) unterlaufen,¹⁹ wenn der uneinsichtige Patient von vornherein „verdummt“ wird (indem man ihm die Einwilligungsfähigkeit abspricht), anstatt ihn offen zu „entmündigen“, indem man seinen Willen für unbeachtlich erklärt.²⁰ Es ist vorgeschlagen worden, unabhängig von zivil- und/oder standesrechtlichen Reaktionen²¹ für Fälle der groben Pflichtwidrigkeit, zu denen u.a. die „offensichtliche Kontraindikation“ zu rechnen sei, eine dem Parteiverrat (§ 356 StGB) nachgebildete Strafnorm des Patientenverrats einzuführen.²² Diese auf ein Universalrechtsgut des Schutzes des Vertrauens in die Integrität der Ärzteschaft und in die Sicherung einer professionellen Gesundheitsversorgung abzielende Anregung fußt ebenfalls auf der Beurteilung, dass de lege lata auf dem Boden der allgemeinen Strafrechtsdogmatik von einer wirksamen Einwilligung auszugehen sei.²³

¹⁷ Horn, JuS 1979, 29, 31. S. aber auch unten Fn. 54 sowie die Ausführungen zu II.2. (zu Fn. 68 ff.).

¹⁸ A.A. Bichlmeier, JZ 1980, 53, 55; Huber (Fn. 8), S. 226; wie hier Roxin/Greco, Strafrecht AT, Band 1, § 13 Rn. 112; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 32 Rn. 46, § 223 Rn. 39; Wagner (Fn. 12), S. 297, sowie ausführlich G. Meyer (Fn. 13), S. 71 ff., 80 ff., 90 f., 235.

¹⁹ Roxin/Greco, Strafrecht AT, Band 1, § 13 Rn. 87. Die Unvernünftigkeit einer Einwilligung begründet für sich genommen noch keine Sittenwidrigkeit: Knauer/Brose, in: Spickhoff, Medizinrecht, StGB § 228 Rn. 3 f.; Tsambikakis/Dorneck, in: Tsambikakis/Rostalski (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 2023, § 228 StGB Rn. 24.

²⁰ Vgl. Horn, JuS 1979, 29, 30; Duttge, MedR 2005, 706, 707; Knauer/Brose, in: Spickhoff, Medizinrecht, StGB § 228 StGB Rn. 4. Aus anderer Blickrichtung (drohende Umgehung der Maßstäbe der Einwilligungsfähigkeit) ebenso Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 1999, S. 195.

²¹ Zu einer eigenständigen strafrechtlichen Beurteilung Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983, S. 349. Vgl. auch zum Zivilrecht OLG Hamm MedR 2017, 310, 311; OLG Karlsruhe MedR 2003, 104; zum Standesrecht Hruschka, JR 1978, 319, 321 f.; Sternberg-Lieben, in: Böse (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 325, 327 f.

²² Hierfür Duttge, MedR 2005, 705, 709 f. Kritisch hierzu Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 2008, S. 42 f.; Rönnau, in: Leipziger Kommentar zum StGB (LK-StGB), Band 3, 13. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 194 (Fn. 917); Schroth, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 21, 45 ff.; Wagner (Fn. 12), S. 299.

²³ Hardtung, in: MüKo-StGB, § 228 Rn. 54.

2. Der autonomieorientierte Ansatz zur Interpretation der Sittenwidrigkeit

Neuere Stimmen im Schrifttum gelangen im Zahnextraktions-Fall zu einer Unwirksamkeit der Einwilligung, indem sie der Vorschrift des § 228 StGB im Sinne einer weich paternalistischen Deutung einen autonomieorientierten Interpretationsansatz unterlegen.²⁴ Nach diesem Verständnis verfolgt die Sittenwidrigkeitsklausel (zumindest auch) den Zweck, den Rechtsgutsinhaber vor unüberlegten und unvernünftigen Entscheidungen zu schützen. Die Disposition wird hierbei nicht einer Kontrolle mittels objektiver Vernunftmaßstäbe unterworfen (dies entspräche einem mit dem Autonomiegedanken unvereinbaren „harten“ Paternalismus), sondern der Einwilligung wird die Wirksamkeit versagt, wenn konkrete Umstände (unter Beachtung der subjektiven Wertpräferenzen des Rechtsgutsinhabers) einen defizitären Autonomiegebrauch besorgen lassen. Aus diesem Blickwinkel wird die Einwilligung im Zahnextraktions-Fall nicht deshalb für unwirksam erachtet, weil sie medizinisch nicht indiziert²⁵ und daher objektiv unvernünftig erscheint, sondern weil das von der Patientin verfolgte Ziel mit dem gewählten Mittel schlechterdings nicht erreichbar war, sodass angesichts der subjektiven Widersprüchlichkeit ein Autonomiedefizit nahelege²⁶ (womit noch nicht entschieden ist, ob es sich insoweit um eine notwendige oder sogar hinreichende Bedingung für die Unwirksamkeit handelt)²⁷.

Ob der autonomieorientierten Interpretation des (vom Gemeinschaftsbezug weitgehend abgekoppelten)²⁸ Sittenwidrigkeits-Merkmals zu folgen ist, kann an dieser Stelle nicht abschließend erörtert werden.²⁹ Einerseits wählt diese Konzeption den subjektiven Willen des Betroffenen zum Bezugspunkt und erscheint somit als autonomiewahrend. Andererseits wirkt der (häufig ebenso zu § 216 StGB herangezogene) Aspekt eines „Übereilungsschutzes“ eher verharmlosend. Denn der Patien-

²⁴ *Grünevald*, in: Leipziger Kommentar zum StGB (LK-StGB), Band 11, 13. Aufl. 2023, § 228 Rn. 6 f.; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 228 Rn. 54 i.V.m. Rn. 22; *Wagner* (Fn. 12), S. 301 f. Kritisch hierzu *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 228 Rn. 10b (m.w.N.); *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, § 228 Rn. 42a.

²⁵ So aber *Huber* (Fn. 8), S. 217, 225 f.; vgl. auch *Magnus*, medstra 2023, 137, 138 f.; hiergegen *Wagner* (Fn. 12), S. 195 f.

²⁶ *Rigopoulos*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 2013, S. 42 f. (ferner a.a.O. S. 294 f., 300 ff.); *Wagner* (o. Fn.), S. 301 f.; s. auch *Schroth*, in: Hassemer/Kempf/Moccia (Hrsg.), In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 719, 726 f., sowie allgemein grundlegend *Murmann*, in: Joerden/Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017, 2017, S. 289 ff. (295 ff.); *ders.*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 501 ff.; s. auch *Frisch*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 485, 491 ff.

²⁷ Vgl. hierzu II.1. (zu Fn. 49).

²⁸ Kritisch insoweit *Duttge*, in: Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 775, 777.

²⁹ Bedenkenswerte Kritik äußern u.a. *Menrath*, Die Einwilligung in ein Risiko, 2013, S. 182, 185 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: FS Amelung, S. 325, 336 ff.; s. auch *Fateb-Moghadam* (Fn. 22), S. 127 f. Zu Diskussionsansätzen vgl. ferner *Grünevald*, in: LK-StGB, § 228 Rn. 7.

tin im Zahnextraktions-Fall, die ihre Entscheidung nach ausführlicher Aufklärung eingehend bedacht haben dürfte, wird nicht ein bloßes Zuwarten (in Sinne eines „noch nicht“) zur Ermöglichung intensiveren Nachdenkens abverlangt,³⁰ sondern durchaus abschließend die Realisierung der von ihr in beharrlicher Unbelehrbarkeit getroffenen Entscheidung verwehrt (und allenfalls das Schlupfloch eines geänderten Handlungsmotivs offengelassen).³¹ Auf die im hier interessierenden Kontext vordringliche Frage, in welchem Verhältnis diese Doktrin zum allgemeinen Strafrecht steht, wird zurückzukommen sein.³²

3. Die Beurteilung ärztlicher Instrumente als „gefährliche Werkzeuge“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Zumindest am Rande sei vermerkt, dass das Urteil des BGH im Zahnextraktions-Fall über die Einwilligungproblematik hinaus auch deshalb gesteigerte Beachtung gefunden hat, weil es bezüglich der von einem approbierten Mediziner bestimmungsgemäß verwendeten ärztlichen Instrumente das Qualifikationsmerkmal des „gefährlichen Werkzeugs“ verneint hat.³³ Diese Rechtsprechungslinie³⁴ hat jüngst das OLG Karlsruhe³⁵ – ebenfalls bezüglich einer Zahnarztzange – durchkreuzt, indem es auch für medizinische Eingriffe allein auf das allgemeine Kriterium der gesteigerten situativen Handlungsgefährlichkeit abgestellt hat.³⁶ Hierin kann man – im Sinne des Generalthemas dieser Tagung – einen Rückbau privilegierenden ärztlichen Sonderrechts sehen,³⁷ bei dem die Mediziner zwar einerseits mit der Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs bewusst dem Strafrechtsrisiko ausgesetzt werden, dieses aber (dogmatisch inkonsequent)³⁸ durch Verneinung der in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB normierten Qualifikation begrenzt wird.³⁹ Wollte man (mit

³⁰ So aber *Grünewald*, in: LK-StGB, § 228 Rn. 7.

³¹ Vgl. auch *Hirsch*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof (Fn. 16), S. 190, 220 f. (Fn. 75: „Gouvernantenkonzept“); ebenso *Rönnau*, in: LK-StGB, Vor § 32 Rn. 191 (Fn. 902); *ders.* (Fn. 13), S. 168 f.; *Sternberg-Lieben*, in: Juristische Fakultät Tübingen, Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rolf Keller, 2003, S. 289, 309.

³² S. unten zu A.II. (zu Fn. 82).

³³ BGH NJW 1978, 1206 (zu § 223a StGB a.F.).

³⁴ Vgl. ferner BGH NStZ 1987, 174 = JR 1988, 122 mit abl. Anm. *Sowada* (zum Fehlen der fachlich-rechtlichen Befugnis).

³⁵ NStZ 2022, 687 mit Anm. *Vogel* = MedR 2022, 752 mit Anm. *Horter*; s. auch *Kraatz*, NStZ-RR 2023, 65 f.; *Lorenz*, medstra 2022, 220, 223 f.; *Nussbaum*, JR 2023, 57 ff.

³⁶ Hierzu auch *Dorneck*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, § 224 Rn. 15 ff.; *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 224 Rn. 15; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in: NK-StGB, § 224 Rn. 17.

³⁷ So *Vogel*, NStZ 2022, 688; entsprechend auch *Hardtung*, MüKo-StGB, § 224 Rn. 50; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil Band II, 24. Aufl. 2023, § 13 Rn. 30 i.V.m. § 14 Rn. 35 ff.

³⁸ *Grünewald*, in: LK-StGB, § 224 Rn. 22.

³⁹ *Duttge/Gierok*, in: Prütting (Hrsg.), Medizinrecht, 6. Aufl. 2022, § 224 StGB Rn. 3.

der sog. „zweispurigen Lösung“⁴⁰ das Selbstbestimmungsrecht als in § 223 StGB eigenständig geschütztes (und nicht in gesteigerter Form verletzbares) Rechtsgut ansehen, so wäre indirekt⁴¹ sogar der hier beleuchtete Themenausschnitt betroffen.

II. Die Sittenwidrigkeitsklausel (§ 228 StGB) im Bereich des Medizinstrafrechts

1. Die rechtsgutsbezogene Auslegung der Sittenwidrigkeitsklausel

Die bislang nur aus der spezifischen Perspektive der Autonomiesicherung betrachtete Vorschrift des § 228 StGB betrifft das Medizinstrafrecht in einem weitergehenden Sinne. Hierbei erfuhr die Interpretation der Sittenwidrigkeitsklausel vor zwanzig Jahren in der Rechtsprechung des BGH allgemein einen grundlegenden Richtungswechsel.⁴² Während die Rechtsprechung insoweit früher darauf abstellte, ob die Körperverletzung „nach Ziel, Beweggründen, Mittel und Art der Verletzung gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“⁴³, erfolgte nun eine Hinwendung zu einer restriktiven rechtsgutsbezogenen Interpretation,⁴⁴ bei der für die Bejahung der Sittenwidrigkeit (grundsätzlich)⁴⁵ eine aus ex-ante-Sicht zu beurteilende konkrete Gefahr des Todes oder zumindest einer schweren körperlichen Beeinträchtigung verlangt wird (sog. Rechtsgutslösung bzw. Schweretheorie).⁴⁶ Soweit der BGH diese Konzeption in neueren (überwiegend abgelehnten) Entscheidungen zur einvernehmlich verabredeten Gruppengewalt im Hinblick auf Eskalationsgefahren und den Regelungsgehalt des § 231 StGB durch Einbeziehung

⁴⁰ Wolters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum StGB (SK-StGB), Band IV, 2017, § 223 Rn. 54 ff. (57), 67. Diese Konzeption ablehnend *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 224 Rn. 50 i.V.m. § 223 Rn. 2, 76; *Nussbaum*, JR 2023, 57, 59 f.; s. auch *Grünewald*, LK-StGB, § 223 Rn. 13. Für einen Ausschluss der Qualifikationsnormen (§§ 224 ff. StGB) bei medizinischen Behandlungen de lege ferenda der Vorschlag des *Kriminalpolitischen Kreises* zur Regelung der eigenmächtigen Heilbehandlung (§§ 223 Abs. 3, 241b StGB-E), medstra 2021, 65, 70 f.

⁴¹ Weil der Ausschluss der Qualifikationen nur bei einem Vorgehen *lege artis* greift (*Wolters*, in: SK-StGB, § 223 Rn. 57), wäre im Zahnextraktions-Fall gleichwohl der Anwendungsbereich des § 224 StGB grundsätzlich eröffnet; *Wolters* lehnt (a.a.O. Rn. 67) mit dem BGH freilich die Qualifikation ab.

⁴² Näher zum Folgenden *Grünewald*, in: LK-StGB, § 228 Rn. 16-22; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 228 Rn. 34-43; *Rengier*, Strafrecht BT II, § 20 Rn. 3 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 228 Rn. 17.

⁴³ BayObLG NJW 1999, 372, 373.

⁴⁴ *Gaede*, ZIS 2014, 489, 490 ff. Kritisch zum Kriterium der „Rechts(guts)gefährlichkeit“ *Zabel*, JR 2015, 619, 621 f.

⁴⁵ Vgl. aber auch BGHSt 60, 166, 175, 178 ff., 184 (Rn. 36, 40 ff., 50) = NJW 2015, 1540, 1542 ff. mit Anm. *Mitsch*.

⁴⁶ BGHSt 49, 34 ff. (Heroin-Fall) und 166 ff. (sodomasochistische Sexualpraktiken); hierzu *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, § 228 Rn. 41 m.w.N. Zur weiteren Entwicklung der Rechtsprechung *Morgenstern*, JZ 2017, 1146, 1149 ff. und *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band 1, § 13 Rn. 56 ff.

abstrakter Gefahren gelockert (oder durchbrochen) hat,⁴⁷ ist dies für die hier interessierende Themenstellung ohne Belang.⁴⁸

Weil auch die Vertreter des autonomicorientierten Verständnisses der Sittenwidrigkeit ganz überwiegend den rechtsgutsbezogenen Restriktionsfilter übernehmen, Autonomiedefizite also nur bei gravierenden drohenden Folgen als Unwirksamkeitsgrund für die Einwilligung ansehen,⁴⁹ wäre auf der Grundlage der heute vorherrschenden Ansicht eine Strafbarkeit des Arztes im Zahnextraktions-Fall allenfalls dann zu bejahen, wenn der Verlust der 16 Zähne das Schweremerkmal erfüllt. Dessen Konturierung bleibt freilich unscharf. Der BGH hat bislang von einer Festlegung zum Intensitätsgrad der Gesundheitsgefahren abgesehen;⁵⁰ im Schrifttum wird insoweit als Schwelle vereinzelt auf die konkrete Gefahr einer schweren Körperverletzung (§ 226 StGB),⁵¹ überwiegend jedoch auf den Schweregrad einer konkret drohenden schweren Gesundheitsschädigung (vgl. z.B. § 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB) abgestellt.⁵² Jedenfalls die zuletzt genannte Grenze wird man ungeachtet der auch zu diesem Merkmal bestehenden Auslegungsprobleme⁵³ im Zahnextraktions-Fall als überschritten ansehen können.⁵⁴

⁴⁷ BGHSt 58, 140 ff.; 60, 166 ff. Kritisch u.a. *Gaede*, ZIS 2014, 489, 495 ff.; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 228 Rn. 37 ff. (m.w.N.); *Theile*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda, Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 557 ff.

⁴⁸ Vielmehr hat der BGH (2. StS) in BGHSt 64, 69, 76 ff. (= NStZ 2020, 29 mit Anm. *Magnus*; „Pflegekraft-Fall“) festgestellt, dass der mit der Körperverletzung zusammentreffende Verstoß gegen das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 BtMG auch unter Berücksichtigung der vom 3. StS (in BGHSt 60, 166, 187) zu vereinbarten Schlägereien vorgenommenen Modifikation nicht zwingend zur Bejahung der Sittenwidrigkeit führe. Eingehende Rechtsprechungsanalyse hierzu bei *Hardtung*, *medstra* 2020, 137, 139 ff.

⁴⁹ So *Grünevald*, in: LK-StGB, § 228 Rn. 6 f., 12; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 228 Rn. 22, 24; wohl ebenso *Rigopoulos* (Fn. 26), S. 304. Möglicherweise noch enger (an § 216 StGB heranreichende, vor allem konkret lebensgefährdende Eingriffe fordernd) *Murmann*, FS Yamanaka, S. 289, 307 f. Nach Ansicht von *Wagner* (Fn. 12, S. 301) ist zwar eine eindeutige subjektive Irrationalität zu verlangen, doch gilt die Unwirksamkeit der Einwilligung dann auch bezüglich weniger gravierender, reversibler Eingriffe.

⁵⁰ BGHSt 49, 166, 173; s. auch BGH Beschluss v. 12.6.2012 – 3 StR 163/12, Rn. 8 (juris); vgl. *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, § 228 Rn. 41 (Fn. 199).

⁵¹ *Theile*, in: FS Beulke, S. 557, 566.

⁵² *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 228 Rn. 24; *Hirsch*, in: FS Amelung, S. 181, 198; *Rengier*, Strafrecht BT II, § 20 Rn. 5; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 228 Rn. 17.

⁵³ Vgl. hierzu *Küper/Zopf*, Strafrecht Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 282 ff.

⁵⁴ Eine im Vordringen befindliche Auffassung bejaht (da herausnehmbare Zahnprothesen die Entstellung nur zeitweise kaschieren) sogar eine schwere Körperverletzung i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 3; so *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 226 Rn. 18; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 226 Rn. 5 (m.w.N.). Die Sittenwidrigkeit im Zahnextraktions-Fall (zu § 226a a.F.) bei einer der „modernen“ Interpretation des Merkmals weitgehend entsprechenden Auslegung verneinend *G. Meyer* (Fn. 13), S. 221 ff., 232 ff.; ebenso *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band I, § 13 Rn. 48.

2. Der Zweck als kompensierender Faktor

Scheidet der mit der Körperverletzung verfolgte Zweck im Konzept der Rechtsgutslösung zur Begründung der Sittenwidrigkeit aus,⁵⁵ so behält er seine Bedeutung als ein die Sittenwidrigkeit ggf. ausschließender Umstand.⁵⁶ Denn die „Einwilligungsbegrenzungsdogmatik“⁵⁷ der Rechtsgutslösung führt zu einer zweistufigen Prüfung des § 228 StGB: Auf der ersten Stufe ist unter Erfolgs- bzw. Gefahrenaspekten zu fragen, ob eine für die Begründung der Sittenwidrigkeit hinreichende Schwere der Tat gegeben ist; bejahendenfalls ist in einem zweiten (gegenläufigen) Schritt zu untersuchen, ob diese Beurteilung aufgrund eines kompensierenden Zwecks zu korrigieren ist.⁵⁸

Vor allem dieses Kriterium ist für den medizinrechtlichen Bereich von herausgehobener Bedeutung.⁵⁹ Denn es ist seit jeher anerkannt, ja geradezu trivial⁶⁰, dass eine medizinisch indizierte Maßnahme grundsätzlich nicht gegen die guten Sitten verstößt⁶¹ und der positiv-kompensierende Zweck der Lebensrettung oder der Wiederherstellung der Gesundheit selbst bei lebensgefährlichen oder sonst besonders folgenreichen medizinischen Heileingriffen (und Heilversuchen)⁶² zur Wirksamkeit der Einwilligung führt.⁶³ Ebenfalls in diesen Kontext des positiv kompensierenden Zwecks gehören – auch wenn es an einem Heilungsinteresse fehlt – die im Rahmen der indirekten Sterbehilfe vorgenommenen Maßnahmen zur Bekämpfung von Vernichtungsschmerzen eines Sterbenden.⁶⁴

⁵⁵ BGHSt 60, 166, 178 f. (Rn. 42); BGH NStZ-RR 2018, 314, 315. S. aber auch *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum StGB (BeckOK-StGB), 58. Ed. 2023, § 228 Rn. 26.

⁵⁶ *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 228 Rn. 4; s. auch *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 228 Rn. 26; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 228 Rn. 10 (a.E.); *Jäger*, JA 2015, 634, 636 f. Allgemein kritisch zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit aufgrund von Motiven hingegen *Rostalski*, HRRS 2020, 211, 213 f.

⁵⁷ *Zabel*, JR 2015, 619, 621.

⁵⁸ *Hardtung*, medstra 2020, 137, 138 f.

⁵⁹ Die Formulierungen in BGHSt 64, 69, 75 (Rn. 19), 77 (Rn. 25) lassen sich dahingehend deuten, als würde die Zwei-Stufen-Konzeption im medizinrechtlichen Bereich nicht gelten, es vielmehr ausschließlich auf den Zweck ankommen; vgl. auch *Magnus*, medstra 2023, 137 („Sonderstellung“ des Sittenverstößes im Medizinstrafrecht). Zutreffend gegen eine solche „Sonderdogmatik“ *Hardtung*, medstra 2020, 137, 139.

⁶⁰ *Jakobs*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 507, 515.

⁶¹ BGHSt 64, 69, 75; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 228 Rn. 6; *Hardtung*, medstra 2020, 137, 138; *Magnus*, medstra 2023, 137, 138; *Tsambikakis/Dorneck*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, § 228 Rn. 25.

⁶² *Grünevald*, in: LK-StGB, § 228 Rn. 27; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 228 Rn. 50a. Vgl. auch BGHSt 19, 201, 203 ff. (zu § 226a StGB a.F.).

⁶³ BGHSt 49, 166, 171; 58, 140, 144; 64, 69, 75.

⁶⁴ Vgl. (zur mutmaßlichen Einwilligung und unter Einbeziehung auch nicht-ärztlichen Verhaltens) BGHSt 64, 69, 78 ff. (Rn. 27, 30 f., 33); *Magnus*, medstra 2023, 137, 138.

Ungleich schwieriger liegen die Dinge, soweit es um die Beurteilung ärztlicher Handlungen geht, bezüglich derer es an einer Indikation fehlt oder deren Vornahme sogar kontraindiziert ist. Damit richtet sich der Blick auf den Bereich der wunscherfüllenden Medizin. Schönheitsoperationen⁶⁵ werden eher selten die erste Stufe einer hinreichenden Eingriffsschwere passieren, zumal körperliche Veränderungen, die den (objektiver Beurteilung weitgehend entzogenen) Wünschen des Betroffenen entsprechen, regelmäßig nicht als dauernde erhebliche Entstellung i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB anzusehen sind.⁶⁶ Immerhin kann die erhöhte Eingriffsintensität aufgrund langwieriger und erheblicher Belastungen (z.B. bei Beinverlängerungen) oder infolge erhöhter Risikofaktoren aufgrund des medizinischen Allgemeinzustands im Einzelfall zu bejahen sein. Eindeutig erfüllt ist das Schwermerkmal bei Personen, die aufgrund einer (psychischen) Körper-Integrations-Identitäts-Störung (Body Integrity Identity Disorder [BIID]) die Amputation eines gesunden Körpergliedes wünschen (sog. wannabes).⁶⁷

Bedarf es im Kompensationsmodell eines positiven Zweckes, der die auf eine Sittenwidrigkeit hindeutende Schwere der Gefahr ausgleichen kann, und stellt gerade die Indikation ein solches Gegengewicht dar, so scheint der Umkehrschluss nahezuliegen, dass es an einer solchen Kompensation fehle, wenn die betreffende Handlung nicht als medizinisch sinnvoll oder den Gesundheitsinteressen des Betroffenen sogar geradezu abträglich erscheint. Diese Position wurde jüngst von *Magnus*⁶⁸ auf der Grundlage des von ihr befürworteten (hart paternalistischen) Konzepts der „wertgebundenen Patientenautonomie“⁶⁹ vertreten. Da sie „den Zweck des § 228 StGB streng als Begrenzung der Handlungsfreiheit des Verletzenden“ versteht, zieht sie – in bewusster Abweichung von Situationen außerhalb des medizinischen Bereichs – die Grenze zum Sittenverstoß im Medizinstrafrecht dort, „wo die Zwecke des behandelnden Arztes nicht mehr dem Gesundheitsinteresse seines Patienten dienen.“ Hiernach sei in Fällen wunscherfüllender Medizin die Schwelle der Sittenwidrigkeit auf das Niveau einer mit dem Eingriff verbundenen Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung von Körperfunktionen (unterhalb des

⁶⁵ Zur tatsächlichen Situation vgl. *Magnus*, Patientenautonomie im Strafrecht, 2015, S. 325 ff.; *Wagner* (Fn. 12), S. 67 ff.

⁶⁶ *Magnus*, *medstra* 2023, 137, 139.

⁶⁷ Näher hierzu *Nitschmann*, *ZStW* 119 (2007), 547 ff.; s. auch *Müller*, *Ethik Med* 20 (2008), 287 ff. sowie aus medizinischer Sicht *Kasten*, *Fortschr Neurol Psychiat* 77 (2009), 16 ff. S. auch monografisch *Kirstgen*, *Die Strafbarkeit deutscher Ärzte wegen elektiver Wunscharmputation aufgrund von Body Integrity Identity Disorder (BIID)*, 2018, S. 19 ff.

⁶⁸ *Magnus*, *medstra* 2023, 137, 138 f.

⁶⁹ Hierzu *Magnus* (Fn. 65), S. 342 ff.; *dies.*, in: Lindner (Hrsg.), *Selbst – oder bestimmt?*, 2017, S. 107, 121 ff. Kritisch hierzu *Hardtung*, in: *MüKo-StGB*, § 228 Rn. 56.

Maßstabes des § 226 StGB) abzusenken.⁷⁰ Ähnlich gelangt *Schroth*⁷¹ zur Sittenwidrigkeit von „Verstümmelungen“ (zu denen er vermutlich auch die Wunschamputationen in BIID-Fällen rechnen würde)⁷², während er Schönheitsoperationen aufgrund einer entsprechenden gesellschaftlichen Akzeptanz als mit den „guten Sitten“ konform ansieht.⁷³ Auch die den Kompensationsaspekt allgemein umschreibenden Formulierungen gestatten insofern eine Überschreitung der Indikationsgrenze, als dem positiven Zweck der rechtlich anerkannte⁷⁴ oder „jedenfalls einsehbar“⁷⁵ bzw. „billigenswerte“⁷⁶ oder ein einleuchtender und sozial akzeptabler⁷⁷ Zweck oder auch „einsehbar Gründe“⁷⁸ gleichberechtigt an die Seite gestellt werden. Auf diese Weise sind z.B. (für den Spender nicht indizierte) fremdnützige Lebendorganspenden legitimierbar. Aber auch die BIID-basierten Wunschamputationen werden im Schrifttum mehrfach als einer Rechtfertigung nach einer einzelfallbezogenen Abwägung⁷⁹ prinzipiell zugänglich angesehen.⁸⁰ Für diese Beurteilung lässt sich auf den erheblichen Leidensdruck sowie darauf verweisen, dass es eine erfolgreiche psychische Therapie bislang nicht gibt und die Patienten in den (wenigen) Fällen einer durchgeführten Amputation von einer Linderung ihrer seelischen Belastung berichteten.⁸¹ Auch diejenigen, die für eine autonomieorientierte Interpretation der Sittenwidrigkeitsklausel eintreten (s. oben zu I.2), halten eine Rechtfertigung des die Amputation durchführenden Arztes in BIID-Fällen überwiegend für möglich.⁸²

⁷⁰ *Magnus* (Fn. 69), S. 107, 112 f., 125 f. Im Ergebnis aus medizinethischer Perspektive (aufgrund der Verneinung eines freiverantwortlichen Willens) ebenso *Müller*, *Ethik Med* 20 (2008), 287, 289, 297.

⁷¹ In: FS Volk, S. 719, 728. *Heger*, in: Bublitz/Bung/Grünwald/Magnus/Putzke/Scheinfeld (Hrsg.), *Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, Band II, 2020, S. 1245, 1259 (s. aber auch unten Fn. 85); *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, *Medizinrecht, StGB* § 228 Rn. 4.

⁷² Hierzu *Magnus* (Fn. 69), S. 107, 123; *R. Merkel*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 297, 309.

⁷³ Vgl. auch *Wagner* (Fn. 12), S. 214 ff.

⁷⁴ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, *StGB*, § 228 Rn. 18.

⁷⁵ BGHSt 49, 166, 171 (Rn. 19); *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, *StGB*, § 228 Rn. 4, 6; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, *StGB*, § 228 Rn. 18.

⁷⁶ *Rengier*, *Strafrecht BT II*, § 20 Rn. 6.

⁷⁷ v. *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 228 Rn. 25.

⁷⁸ *Schroth*, in: FS Volk, S. 719, 728.

⁷⁹ Vgl. allgemein zur Abwägungsformel *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 228 Rn. 33.

⁸⁰ *Momsen/Pflanz-Momsen*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (SSW), *StGB*, 5. Aufl. 2021, § 228 Rn. 17; *Nitschmann*, *ZStW* 109 (2007), 547, 584 ff., 590; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, *StGB*, § 228 Rn. 21 (s. auch *ders.* a.a.O., § 223 Rn. 50b). Ausführlich ebenso (mit Vergleich u.a. zur Geschlechtsumwandlung) *Kirstgen* (Fn. 67), S. 143 ff., 173 ff., 195, 244 f.

⁸¹ *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 228 Rn. 48. Teilweise abweichend zu Schönheitsoperationen aufgrund körperdysmorpher Störungen (aus zivilrechtlicher Sicht) *Lorz*, *Arzthaftung bei Schönheitsoperationen*, 2007, S. 111 ff., 175 f.

⁸² *Grünwald*, in: LK-StGB, § 228 Rn. 29; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, § 228 Rn. 48. *Wagner* (Fn. 12, S. 216 ff. [217 f.]) zieht sogar eine medizinische Indikation für die Amputation in Erwägung. Aus-

Hieran zeigt sich – und dies ist insbesondere für das Generalthema dieser Tagung interessant –, dass es sich bei dieser Sichtweise nicht um eine medizinstrafrechtliche Sonderdoktrin, sondern um ein allgemeines Verständnis des (parallel zu § 216 StGB ausgelegten) § 228 StGB handelt, bei der die subjektiven Wertpräferenzen des Betroffenen im Vordergrund stehen und lediglich im Hinblick auf mögliche Autonomiedefizite kontrolliert werden.

Für die Diskussion der Reichweite kompensierender Zwecke eignet sich ein Fall, der sich vor einigen Jahren in Großbritannien ereignet hat:⁸³ Einer Schülerin, die aufgrund mehrfacher seit ihrer Geburt bestehender Fehlbildungen auf einen Rollstuhl oder auf Krücken angewiesen war, wurde im Alter von elf Jahren auf ihren Wunsch hin ihr rechter Unterschenkel amputiert. Mit der prothetischen Versorgung erzielte sie sodann beachtliche sportliche Erfolge in mehreren Leichtathletikdisziplinen. In der Folgezeit trat jedoch eine Verschlechterung der sportlichen Entwicklung ein, weil die Belastung des gesunden Beines zu Schmerzen und Entzündungen führte. Um ihren Lebensraum von der Teilnahme an den Paralympics weiterzuverfolgen, strebte die nunmehr 15-jährige Jugendliche (mit Unterstützung ihrer Eltern) die Amputation auch des zweiten, an sich gesunden Unterschenkels an. Einerseits besteht in diesem Fall aufgrund der Entzündungen und Schmerzen durchaus ein medizinischer Anknüpfungspunkt für den Amputationswunsch; andererseits wären diese Beschwerden auf schonendere Weise unter Erhaltung des gesunden Unterschenkels behebbar, sofern die Patientin das belastende Training einstellen würde. Allerdings erscheint gerade dies fraglich, ob von ihr der Verzicht auf den Leistungssport verlangt werden kann, der für sie auch als aktives Anknüpfen gegen ihre körperlichen Beeinträchtigungen von gesteigerter Bedeutung ist.⁸⁴ Einen zusätzlichen Problempunkt bildet der Umstand, dass es sich um den Amputationswunsch einer Minderjährigen handelt, wobei jedoch ein zeitlicher Aufschub der Entscheidung bis zur Zeit (kurz vor) der Volljährigkeit mit einer nicht aufzuholenden Verzögerung der sportlichen Entwicklung einherginge und damit praktisch vermutlich das Ende der Sportkarriere bedeuten würde.⁸⁵

fürlich zum Problem der Indikation bei BIID *Kirstgen* (Fn. 67), S. 86 ff.

⁸³ Vgl. *Heger*, FS Merkel, Band II, S. 1245, 1258 ff.; ebenso bereits *ders.*, in: Jahn/Kim/Knegendorf/Rickli/Poll-Wolbeck (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2015, S. 121, 149 ff.; Frankfurter Rundschau vom 14.1.2019 (<https://www.fr.de/sport/sport-mix/teenagerin-will-stelzen-paralympics-11203585.html>) und DER SPIEGEL vom 6.10.2014 (<https://www.spiegel.de/lebenundlernen/schule/paralympics-teilnahme-schuelerin-will-bein-amputieren-lassen-a-995571.html>); beide zuletzt abgerufen am 16.10.2023). Vgl. ferner *Morgenstern*, JZ 2017, 1146, 1156.

⁸⁴ Vgl. zur Bedeutung der Lebensqualität im Rahmen des Krankheitsbegriffs (bezüglich BIID) *Kirstgen* (Fn. 67), S. 98 ff., 103 ff., 107 f.

⁸⁵ *Heger* (in: FS Merkel, Band II, S. 1245, 1258 ff. [1260]) plädiert im Ergebnis für eine Einwilligungsbefugnis der Eltern (bei Einhaltung einer Karenzzeit).

B. Einwilligungssurrogate

Die medizinstrafrechtliche Diskussion der Selbstbestimmung betrifft neben dem Feld der „klassischen“ Einwilligung auch den Bereich der Einwilligungssurrogate. In diesem Zusammenhang sollen zwei Fragestellungen kurz angerissen werden.

I. Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht

Die hypothetische Einwilligung erscheint geradezu als Paradefall des Generalthemas dieser Tagung, geht es hier doch um die Frage, ob eine im zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht entwickelte Rechtsfigur (vor allem oder ausschließlich)⁸⁶ in das Medizinstrafrecht übertragen und hierdurch eine bereichsspezifische Sonderdogmatik geschaffen werden soll.

1. Bestandsaufnahme

Nach Ansicht des BGH⁸⁷ ist in Fällen einer wegen eines Aufklärungsmangels unwirksamen Einwilligung eine Strafbarkeit des Arztes zu verneinen, wenn (sei es auch nur in dubio pro reo) davon auszugehen ist, dass der Patient dem Eingriff auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung (möglicherweise) zugestimmt hätte. Obwohl die jüngste insoweit einschlägige Entscheidung bereits zehn Jahre zurückliegt,⁸⁸ besteht die (bislang) ausschließlich im Medizinstrafrecht (ohne inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Schrifttum)⁸⁹ etablierte ständige Rechtsprechung weiterhin fort. Im strafrechtlichen Schrifttum war diese Rechtsfigur über mehrere Jahre hinweg Gegenstand eingehender Kontroversen.⁹⁰ Hier ist die hypothetische Einwilligung zu

⁸⁶ Teilweise wird im Schrifttum eine Anwendung der hypothetischen Einwilligung über den medizinstrafrechtlichen Bereich hinaus befürwortet; vgl. (jeweils m.w.N.) *Fischer*, StGB, Vor § 32 Rn. 4d; *Rönnau*, LK-StGB, Vor § 32 Rn. 232. In diesem Sinne z.B. *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2013, S. 406 ff. (416); abl. z.B. *Wiesner*, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 2010, S. 136 f., 171, 178; allenfalls für eine einzeldeliktsbezogene Erstreckung *Sturm*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2016, S. 207 ff., 278 f. Vgl. auch OLG Hamm NStZ-RR 2012, 374, 375 (zu § 266 StGB).

⁸⁷ So u.a. BGH NStZ 1996, 34, 35; NStZ-RR 2004, 16 (= StV 2004, 376); NStZ 2004, 442; NStZ-RR 2007, 340; NStZ 2008, 150, 151 f.; 2012, 205; NJW 2013, 1688, 1689; a.A. AG Moers medstra 2016, 123, 124 f. Vgl. zur Judikatur auch *Grünwald*, LK-StGB, § 223 Rn. 102; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band 1, § 13 Rn. 129 ff.; *Sovada*, NStZ 2012, 1 ff. sowie eingehend *Hengstenberg* (Fn. 86), S. 75-156; *Sturm* (Fn. 86), S. 37 ff.

⁸⁸ BGH NJW 2013, 1688 (zur Einbeziehung von „Neulandmethoden“). Vgl. auch BGH (Z) NJW 2019, 1076, 1080 (Ablehnung einer hypothetischen Einwilligung im Bereich der Lebendorganspende).

⁸⁹ *Beckemper*, NZWiSt 2013, 232, 235; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Vor § 32 Rn. 168a.

⁹⁰ Vgl. hierzu *Grünwald*, LK-StGB, § 223 Rn. 103 ff.; *Roxin*, medstra 2017, 129, 131 ff.; *Sturm* (Fn. 86), S. 46 ff.; s. ferner monografisch *A. Albrecht*, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010; *Edlbauer*, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009, sowie *Hengstenberg* (Fn. 86) und *Wiesner* (Fn. 86).

Recht⁹¹ insbesondere deshalb überwiegend auf Ablehnung gestoßen,⁹² weil sie das (nachträglich nicht herstellbare)⁹³ Selbstbestimmungsrecht des Patienten unterläuft, die Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung aushebelt und die Grenze zur (im Strafrecht grundsätzlich unbeachtlichen) Genehmigung verwischt.

2. Alternativen zur hypothetischen Einwilligung

Vor diesem Hintergrund ist nach anderen Möglichkeiten Ausschau zu halten, einer hypertrophen Strafbarkeit des Arztes infolge überzogener Aufklärungsanforderungen entgegenzuwirken.

a) Strafrechtsautonome Verengung der Aufklärungspflichten

Abgesehen von der (politisch wenig wahrscheinlichen) Schaffung eines Sondertatbestandes zum eigenmächtigen Heileingriff⁹⁴ besteht ein naheliegender und verbreteter Restriktionsansatz darin, das Problem an der Wurzel zu packen und die Reichweite der Aufklärungspflichten für den Bereich des Strafrechts einzuschränken.⁹⁵ Die Regelungen des 2013 normierten Patientenrechtegesetzes (§§ 630a ff. BGB) stehen einer strafrechtsautonomen Verengung der zivilrechtlichen Aufklärungsanforderungen nicht entgegen⁹⁶ (ebenso wenig erzwingt § 630h Abs. 2 S. 2 BGB die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht)⁹⁷. Die Restriktionsvorschläge⁹⁸ reichen von einem richterrechtlichen Auslegungsmerkmal der

⁹¹ Näher hierzu *Sowada*, NStZ 2012, 1, 6 ff.

⁹² So u.a. *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 40h (m.w.N.); ferner *A. Albrecht* (Fn. 90), S. 503 ff.; *Conrad/Koranyi*, JuS 2013, 979, 982 ff.; *Grünevald*, in: LK-StGB, § 223 Rn. 109; *Jansen*, ZIS 2011, 482 ff., 494; *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 66 f.; *G. Merkel*, JZ 2013, 975, 979; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Band 3, 6. Aufl. 2023, Vor § 32 Rn. 168a ff.; *Rönnau*, in: LK-StGB, Vor § 32 Rn. 231 ff. (231 f); *Sturm* (Fn. 86), S. 198, 278 (weitere Nachweise a.a.O. S. 47 in Fn. 197). Dem BGH zustimmend *Beulke*, medstra 2015, 67, 72 ff.; *Rosenau*, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 683, 689 ff., 700; *ders.*, in: SSW (Fn. 80), Vor § 32 Rn. 51 ff.

⁹³ *G. Merkel*, JZ 2013, 975, 978; *Sowada*, NStZ 2012, 1, 7.

⁹⁴ Hierfür *Gropp* in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 197, 207; *Jansen*, ZJS 2011, 482, 495; *Lorenz*, medstra 2022, 220, 223. S. auch *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 66 f., 70 (§ 241b Abs. 1 StGB-E).

⁹⁵ Vgl. hierzu – jeweils m.w.N. – *Grünevald*, LK-StGB, § 223 Rn. 109 a.E.; *Rönnau*, LK-StGB, Vor § 32 Rn. 231g; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 40i.

⁹⁶ *El-Ghazj*, GA 2022, 449, 457; *Grünevald*, in: LK-StGB, § 223 Rn. 76, 85 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 40 b; *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 188 f.; *Valerius*, medstra 2021, 2. Für parallele Reichweiten jedoch *Hengstenberg* (Fn. 86), S. 346 ff.

⁹⁷ *Conrad/Koranyi*, JuS 2013, 979, 984 f.; *Grünevald*, LK-StGB, § 223 Rn. 108; *Rönnau*, in: LK-StGB, Vor § 32 Rn. 231h.

⁹⁸ Vgl. überblicksartig *Roxin*, medstra 2017, 129, 134 f.; *Rönnau*, in: LK-StGB, Vor § 32 Rn. 231g; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 40i.

„Verwerflichkeit“⁹⁹ über eine Verengung auf Verstöße gegen die Grundaufklärung (Bedeutung und Tragweite des Eingriffs)¹⁰⁰, der Benennung mehrerer Fallgruppen¹⁰¹ bis hin zu mehrstufig gestalteten Filtern.¹⁰² Allerdings ist eine allseits konsentrierte Abschichtung zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Aufklärungsfehlern bislang nicht gelungen.¹⁰³

b) Entscheidungsrelevanz als Merkmal der Lehre von den Willensmängeln

Eine im Vordringen befindliche Auffassung verortet die Lösung in der Lehre von den Willensmängeln.¹⁰⁴ Diese Ansicht greift auf die Ansätze zur Beschränkung der strafrechtlichen Aufklärungspflicht zurück, soweit diese danach fragen, ob trotz des Aufklärungsmangels noch von einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Patienten gesprochen werden könne¹⁰⁵ bzw. ob der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einen (ernsthaften) Entscheidungskonflikt geraten wäre.¹⁰⁶ Auf dieser Grundlage wird eine Unwirksamkeit der Einwilligung bejaht, sofern der Rechtsgutsinhaber über einen rechtsgutsbezogenen und für ihn bei einer strikt subjektiv-individuellen Ausrichtung¹⁰⁷ entscheidungsrelevanten Umstand irrt.¹⁰⁸ Irrtümer, die sich auf rechtsgutsfremde oder sonstige Umstände beziehen, die für den Betroffenen nach seinen subjektiven Wertpräferenzen bedeutungslos sind, nehmen hingegen seiner Zustimmung nicht den Charakter einer selbstbestimmten Entscheidung. Insoweit verhält es sich ebenso, als würde der Rechtsgutsinhaber über die ihm seitens des Täters vorenthaltenen Informationen aus anderer Quelle verfügen: Seine Entscheidung wäre autonom (die Einwilligung mithin wirksam), während für den Täter eine Versuchsstrafbarkeit in Betracht käme.

⁹⁹ *Swoboda*, ZIS 2013, 18, 30 ff.; hiergegen u.a. *Schlehofer*, in: Bublitz/Bung/Grünewald/Magnus/Putzke/Scheinfeld (Hrsg.), *Recht – Philosophie – Literatur*. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Band II, 2020, S. 745, 749 ff.

¹⁰⁰ *Wiesner* (Fn. 86), S. 144 f.

¹⁰¹ *A. Albrecht* (Fn. 90), S. 528 ff.; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 270 f.; *Saliger*, in: Fahl/Müller/Satger/Swoboda, *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe*. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 257, 269 f.

¹⁰² *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 190 f. (evidenter Aufklärungsmangel mit Rechtsgutsbezug). S. auch *Edlbauer* (Fn. 90), S. 472 ff. (zivilrechtlicher Aufklärungsmangel und Schutzzweckbetrachtung).

¹⁰³ *Grünewald*, in: LK-StGB, § 223 Rn. 87 f. Grundsätzlich skeptisch *Beulke*, medstra 2015, 67, 70 f.; s. aber auch *Rönnau*, in: LK-StGB, Vor § 32 Rn. 231g (Fn. 1106).

¹⁰⁴ Vgl. zum Folgenden vor allem *El-Ghazî*, GA 2022, 449 ff.; *Schlehofer*, in: FS Merkel, Band I, S. 745 ff.

¹⁰⁵ *G. Merkel*, JZ 2013, 975, 978 f.; *Saliger*, in: FS Beulke, S. 257, 269 f.

¹⁰⁶ *El-Ghazî*, GA 2022, 449, 461 ff. unter Bezugnahme auf *Roxin* (medstra 2017, 129, 135 ff.), der insoweit die zivilrechtliche Judikatur zur hypothetischen Einwilligung aufnimmt. Vgl. auch *Schlehofer*, in: FS Merkel, Band I, S. 745, 760 (Fn. 35).

¹⁰⁷ *El-Ghazî*, GA 2022, 449, 458 ff.

¹⁰⁸ *Hardtung*, MüKo-StGB, § 223 Rn. 124; *Schlehofer*, in: FS Merkel, Band I, S. 745, 757 ff.

Die soeben dargestellte Konzeption unterscheidet sich von der hypothetischen Einwilligung in zweifacher Weise: Zum einen unterliegt sie – auch wenn dies nicht ganz klar gesagt wird – nicht der Sogwirkung des Grundsatzes „in dubio pro reo“. Denn abgesehen davon, dass sich der Entscheidungskonflikt beweismäßig leichter feststellen lässt als die tatsächliche Entscheidung bei vollständiger Kenntnis,¹⁰⁹ bedarf es für die Bedeutungslosigkeit einer Information für den Einwilligenden konkreter Anhaltspunkte, um trotz fehlerhafter Einwilligung zur Straflosigkeit zu gelangen. Hierbei können (neben spezialgesetzlich geregelten Fällen) sowohl die hypothetische Einwilligung als auch das Urteil eines „vernünftigen“ Rechtsgutsinhabers als Indizien herangezogen werden.¹¹⁰ Ob sich diese subjektiv-individuelle Grundausrichtung der Lehre vom Willensmangel durchsetzt, bleibt abzuwarten. Sie würde aber nicht nur die Konstruktion der hypothetischen Einwilligung überflüssig machen, sondern – und dies begründet den zweiten Unterschied – eine universelle Geltung im Strafrecht beanspruchen.¹¹¹ Hier hätte das Medizinstrafrecht also eine Entwicklung in der allgemeinen Strafrechtsdogmatik angestoßen, ohne eine bereichsspezifische Sonderregelung zu kreieren.

II. Die Bedeutung des sog. „natürlichen“ Willens gegenüber einer Patientenverfügung

Abschließend soll noch auf einen die Patientenverfügung betreffenden Problembereich hingewiesen werden. Hierbei geht es um die Frage, welche rechtliche Bedeutung dem einer Vorausverfügung entgegenstehenden sog. „natürlichen“ Willen beizumessen ist. Die insoweit kritische Fallkonstellation besteht darin, dass die Patientenverfügung bei fortgeschrittener Demenz eine Behandlungsunterlassung vorsieht, während der in diesem Zustand befindliche Patient bei Angehörigen oder Pflegenden aufgrund kreatürlicher Anzeichen und Verhaltensweisen (z.B. Lächeln) einen „lebensfrohen“ Eindruck erweckt.¹¹²

Die Diskussion zu dieser Problematik wird überwiegend unter dem Stichwort der Beachtlichkeit des sog. „natürlichen“ Willens geführt. Dieser Terminus wird in unterschiedlichen rechtlichen Zusammenhängen (und inhaltlich keineswegs übereinstimmend) gebraucht; im Wesentlichen handelt es sich um einen auf das Fehlen der Einwilligungsfähigkeit abhebenden „Defizienzbegriff“, der gleichwohl in positiver Hinsicht (schwer zu bestimmende und zu ermittelnde) Mindestvoraus-

¹⁰⁹ *El-Ghazj*, GA 2022, 449, 463; *Roxin*, medstra 2017, 129, 135 f.

¹¹⁰ *Schlehofer*, in: FS Merkel, Band I, S. 745, 759 f.

¹¹¹ *El-Ghazj*, GA 2022, 449, 463 f.

¹¹² Vgl. zu dieser Problematik BT-Drs. 16/8442, S. 14 f.; *Coeppicus*, NJW 2011, 2085, 2089 ff.; *J. Hoffmann* (Fn. 13), S. 360 ff.; *Lanzgrath*, MedR 2017, 102 ff.; *Lindner/Huber*, NJW 2017, 6 ff.; *N. Meyer*, Umfang und Grenzen der Bindungswirkung von Patientenverfügungen, 2021, S. 159 ff.; *Seewald*, Der rechtsgeschäftliche Schutz vor sich selbst, 2020, S. 93 ff.; *Steenbreker*, NJW 2012, 3207 ff. S. auch die Stellungnahme des *Deutschen Ethikrates*, Demenz und Selbstbestimmung, 2012.

setzungen aufweist und inhaltlichen Abstufungen¹¹³ zugänglich ist.¹¹⁴ Wenngleich in einem menschenwürdeorientierten Schutz der Selbstbestimmung auch der natürliche Wille mit relativem Gewicht zu berücksichtigen ist,¹¹⁵ ginge es zu weit, ihn als wirksamen Widerruf der Patientenverfügung zu deuten. Denn § 1827 Abs. 1 S. 3 BGB gestattet zwar den jederzeitigen formlosen Widerruf einer Patientenverfügung, ohne aber die materielle Voraussetzung der Einwilligungsfähigkeit (als *actus contrarius* zur Errichtung einer Patientenverfügung) aufzuheben.¹¹⁶ Umgekehrt ist prinzipiell die Möglichkeit anzuerkennen, die Unbeachtlichkeit (oder – insoweit unproblematisch – die Beachtlichkeit) des späteren natürlichen Willens im Rahmen der Patientenverfügung in Form einer sog. Odysseus-Anweisung¹¹⁷ anzuordnen. Denn während der natürliche Wille z.B. in der Konstellation ärztlicher Zwangsmaßnahmen (vgl. § 1831 BGB) die Funktion zukommt, dem Betroffenen gegenüber einer an seinem Wohl orientierten Drittentscheidung das Refugium einer verminderten Selbstbestimmung zu erhalten,¹¹⁸ konkurriert bei der Patientenverfügung der (in seiner rechtlichen Bedeutung bestenfalls¹¹⁹ „schwache“) „natürliche Wille“ mit einer (zwar länger zurückliegenden, aber) freiverantwortlichen („starken“) Ausübung des Selbstbestimmungsrechts durch den Rechtsgutsinhaber selbst. Eine solche Vorrangregelung trägt nicht nur zur Rechtssicherheit bei,¹²⁰ sondern sie ermöglicht es dem Betroffenen (sofern er dies will) überdies, seine freiverantwortlich getroffene Willensentscheidung auch gegenüber Spekulationen Dritter aufgrund der

¹¹³ Joerden, MedR 2018, 764, 766; Kienzlerle, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 319 ff.

¹¹⁴ Gutmann, MedR 2021, 949, 950; s. auch Jox, in: Schildmann/Fahr/Vollmann (Hrsg.), Entscheidungen am Lebensende in der modernen Medizin: Ethik, Recht, Ökonomie, und Klinik, 2006, S. 69 ff.; Neuner, AcP 218 (2018), 1, 14 ff. Näher zum Begriff J. Hoffmann (Fn. 13), S. 245 ff., 286 ff., 291 ff.

¹¹⁵ Gutmann, MedR 2021, 949, 953; Kienzlerle (Fn. 113), S. 320 f.

¹¹⁶ Coepicus, NJW 2011, 2085, 2089; Kienzlerle (Fn. 113), S. 321 ff.; N Meyer (Fn. 112), S. 169 f.; Saliger, in: Saliger/Tsambikakis, Strafrecht der Medizin, § 4 Rn. 56; Schneider, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 10, 8. Aufl. 2020, § 1901a Rn. 38; Steenbreker, NJW 2012, 3207, 3209 ff.; a.A. Kieß, in: Jurgleit, Betreuungsrecht, 5. Aufl. 2023, § 1827 Rn. 41; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 211 Rn. 28h; ausführlich auch Seewald (Fn. 112), S. 98 ff. (102). Eine abweichende verfassungskonforme Interpretation erwägend Lindner/Huber, NJW 2017, 6, 7 (auch zu weiteren Konstruktionsformen; zu diesen auch Lanzrath, MedR 2017, 102, 103 f.). Nach Ansicht von Magnus (NStZ 2013, 1, 5) setzt ein auf Lebenswillen hindeutender natürlicher Wille die Patientenverfügung stets außer Kraft; in gleicher Richtung G. Merkel/Behandlungsabbruch und Lebensschutz, 2020, S. 166 ff. (169 ff.). Vgl. ferner den „Veto-Ansatz“ von Lanzrath, MedR 2017, 105 ff.

¹¹⁷ Ausführlich hierzu J. Hoffmann (Fn. 13), S. 369 ff.; Seewald (Fn. 112), S. 128 ff.

¹¹⁸ Vgl. hierzu BVerfGE 128, 282, 304 ff. = NJW 2011, 2113, 2115 ff.; BVerfGE 142, 313, 338 ff. = NJW 2017, 53, 55 ff.

¹¹⁹ Noch deutlicher trennend (kein Konflikt zwischen zwei Autonomieformen, sondern zwischen vorausverfügter Autonomie und momentanem Wohlbefinden) Jox/Ach/Schöne-Seifert, DÄBl. 111 (2014), A 394, 396; zustimmend N. Meyer (Fn. 112), S. 201 f.

¹²⁰ Kienzlerle (Fn. 113), S. 323; Lindner/Huber, NJW 2017, 6, 9 f.

von diesen zugeschriebenen abstrakten Lebensinteressen durchzusetzen.¹²¹ Bedeutung erlangt eine solche Option nicht zuletzt angesichts der verständlichen psychologischen Hemmung bei Angehörigen und Pflegenden, einen dem äußeren Anschein nach lebensbejahenden Menschen allein aufgrund eines früher verfassten „Stücks Papier“ sterben zu lassen.¹²² Die Regelungsbefugnis zum Umgang mit dem späteren natürlichen Willen passt auch gut zu den Konzepten einer begleiteten Selbstbestimmungsvorsorge (Advance Care Planning [ACP] bzw. „Behandlung im Voraus planen“ [BVP]), die angesichts von in einem frühen Krankheitsstadium (mit noch bestehender Einwilligungsfähigkeit)¹²³ absehbaren Verlaufsszenarien gerade für Demenzkranke aussichtsreich erscheinen.¹²⁴ Fehlt eine entsprechende Vorausverfügung, so ist zu klären, welche Bedeutung dem natürlichen Willen bezüglich der Übereinstimmung der Lebensumstände mit der in der Patientenverfügung zugrunde gelegten Situation zukommt.¹²⁵

C. Schlussbetrachtung

Bündelt man die zusammengetragenen Befunde unter dem Generalthema dieser Tagung, so hat sich der eingangs allgemein geäußerte Eindruck einer relativ autonomen Durchformung des Medizinstrafrechts für den Bereich des Schutzes des Selbstbestimmungsrechts nicht bestätigt. Lässt man Problembereiche beiseite, deren medizinrechtlicher Bezug so stark ist, dass sie in Wahrheit keine Herausforderung für die allgemeine Strafrechtsdogmatik darstellen (hierher könnte man die Bedeutung des sog. „natürlichen Willens“ bezüglich der Patientenverfügung rechnen), so finden sich nur vereinzelt Stimmen, die dem Medizinstrafrecht zu bestimmten

¹²¹ *Sternberg-Lieben*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 349, 359; ihm folgend *J. Hoffmann* (Fn. 13), S. 386 (s. auch a.a.O. S. 388 f., 393); im Ergebnis ebenso *Coeppicus*, NJW 2011, 2085, 2089; *Jox* (Fn. 114), S. 69, 84 f.; *Kienzler* (Fn. 113), S. 323 f., 325 f.; *N. Meyer* (Fn. 112), S. 200 ff. (204 f.); *Schneider*, MüKo-StGB, Vor § 211 Rn. 148. Vgl. ausführlich *Seewald* (Fn. 112), S. 135 ff., 165 f., 167 f.

¹²² *Neumann*, NK-StGB, Vor § 211 Rn. 116c; s. auch *Coeppicus*, NJW 2011, 2085, 2090 f. Vgl. zu der Gefahr einer Überhöhung völlig banaler nonverbaler Handlungsweisen zur Herbeiführung eines vom Interpretieren für wünschenswert erachteten Ergebnisses *Schumacher*, FPR 2010, 474, 476; ferner *Saliger*, in: Saliger/Tsambikakis Strafrecht der Medizin, § 4 Rn. 56; *Schneider*, in: MüKo-StGB, Vor § 211 Rn. 148; *Steenbreker*, NJW 2012, 3207, 3210. Auf die Gefahr einer missbräuchlichen Verneinung des Lebenswillens abstellend *Magnus* (NStZ 2013, 1, 5 f.), die aber ebenfalls eine selbstbindende Vorausverfügung zulässt (ZfL 2018, 2, 12).

¹²³ *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 211 Rn. 28a; *N. Meyer* (Fn. 112), S. 148 ff., 155 ff.; s. auch StA München NStZ 2011, 345 f.

¹²⁴ Vgl. hierzu *N. Meyer* (Fn. 112), S. 219 ff., 229 ff.; s. auch *Bronner/Bodner/Jox/Marckmann/Diehl-Schmid/Hamann*, Nervenarzt 91 (2020), 1032 ff.

¹²⁵ *N. Meyer* (Fn. 112), S. 205 ff.; s. auch *Coeppicus*, NJW 2011, 2085, 2090; *Fischer*, StGB, Vor § 211 Rn. 50; *Kienzler* (Fn. 113), S. 323; *Lindner/Huber*, NJW 2017, 6, 8 ff.; *Magnus*, ZfL 2018, 2 ff.

Streitfragen ausdrücklich eine die allgemeinen Lehren modifizierende Sonderrolle zuweisen wollen.¹²⁶ Demgegenüber werden in jüngerer Zeit für medizinstrafrechtliche Fragestellungen vermehrt neue Lösungsansätze diskutiert, die in die allgemeine Strafrechtsdogmatik eingebunden sind. Das gilt für die autonomieorientierte Interpretation des Sittenwidrigkeitsmerkmals (§ 228 StGB) ebenso wie für die Überwindung einer hypothetischen Einwilligung im Strafrecht durch eine auf die individuelle Entscheidungsrelevanz zugeschnittene Gestaltung der Lehre von den Willensmängeln.¹²⁷ Ein solcher Gleichlauf mit den allgemeinen Lehren verleiht den Lösungsvorschlägen eine erhöhte Stabilität und ist auch unter dogmatischen Vorzeichen zu begrüßen.

¹²⁶ Vgl. *Magnus*, medstra 2023, 137, 139 (zu § 228 StGB; insoweit gegen medizinrechtliche Sonderregeln *Grünenwald*, in: LK-StGB, § 223 Rn. 65, 78; *Hardtung*, medstra 2020, 137, 139); *Wiesner* (Fn. 86), S. 136 f., 171, 178 (zur hypothetischen Einwilligung).

¹²⁷ Freilich würden auch direkt bei der Reichweite der Aufklärungspflichten ansetzende Bemühungen die allgemeine Strafrechtsdogmatik nicht tangieren, zu der auch die ärztliche Aufklärungspflicht gehört.

Abgrenzung von Tun und Unterlassen: Medizinstrafrecht auf Abwegen? – Zugleich ein Beitrag zu Rechtfertigungslösungen

Professorin Dr. Scarlett Jansen

A. Einleitung

Tun oder Unterlassen? – Es handelt sich um eine Frage, die nicht nur im Medizinstrafrecht immer wieder von Relevanz ist. Regelmäßig ist die Abgrenzung bedeutend, weil beim unechten Unterlassungsdelikt eine Garantenstellung gefordert ist. Mitunter – gerade im Medizinstrafrecht – hat die Frage aber auch Bedeutung für die Rechtfertigung. Aus diesem Grund wurden hier abweichende Wege entwickelt, die teils die Abgrenzung von Tun und Unterlassen, teils die Ebene der Rechtfertigung betreffen.

Der Beitrag geht der Frage nach, ob diesen Wegen zu folgen ist oder sie nicht vielmehr Abwege darstellen. Dazu soll zunächst die übliche Abgrenzungsdogmatik dargestellt werden (B.), bevor auf die Besonderheiten im Medizinstrafrecht einzugehen ist (C.). Diese sind Anlass für neue Lösungswege, die dahingehend zu untersuchen sind, ob sie mögliche Wegweiser auch für Fallgestaltungen außerhalb des Medizinstrafrechts sein können oder aber Abwege darstellen (D.).

B. Abgrenzung von Tun und Unterlassen – der übliche Weg

Bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen stehen sich zwei grundlegende Ansätze gegenüber: Man kann eher normativ abgrenzen oder naturalistisch.¹ Die herrschende Meinung grenzt nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit und damit tendenziell normativ ab.² Naturalistisch geprägte Ansätze hingegen stellen auf den Einsatz von Energie ab, die einen Kausalprozess beeinträchtigt.³

Viele Konstellationen im Medizinstrafrecht stellen sich – wenn man die allgemeine Dogmatik zugrunde legt – als Abbruch von Rettungshandlungen dar. Eine Behandlung und damit eine Rettung wird begonnen und ihr Abbruch kommt als tatbestandliche Handlung oder Unterlassung eines Tötungsdelikts in Betracht. Beim Abbruch von Rettungshandlungen wird gemeinhin unterschieden zwischen fremden und eigenen Rettungsbemühungen. Beim Abbruch fremder Rettungshandlungen sei immer ein Tun gegeben.⁴

Wenn hingegen eigene Bemühungen abgebrochen werden, stellt die herrschende Meinung darauf ab, ob eine realisierbare Rettungschance entstanden ist.⁵

¹ Zur weiteren Ausdifferenzierung: *Brammsen*, GA 2002, 193 ff.; zu einer Kombination der Ansätze: *Schneider*, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1997, S. 158 ff.

² BGHSt 6, 46, 59; 49, 147, 164; 51, 165, 173; BGH NStZ 1999, 607; BGH NStZ 2003, 657 f.; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, vor § 13 Rn. 158a; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 51. Aufl. 2021, Rn. 1159.

³ *Brammsen*, GA 2002, 193, 205 ff.; *Engisch*, in: Lackner/Leferez/Schmidt/Welp/Wolff (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, 1973, S. 161, 171 ff.; *Freund*, in: MüKo-StGB, Band 1, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 9; *Gaede*, in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 7; *Grupp/Sinn*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2021, § 11 Rn. 126 ff.; *Roxin*, in: Courakis (Hrsg.), Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert. Festschrift für Dionysios Spinellis, Bd I und II, 2001, S. 945, 949 ff.; *Stoffers*, MDR 1962, 621, 626; den Fokus ganz auf die Bewegung legend: *Struensee*, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 133, 143 ff.; Abgrenzung nach Aktivität vs. Inaktivität: *Gössel*, ZStW 96 (1984), 321, 326 f.

⁴ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, vor § 13 Rn. 159; *Roxin*, in: FS Spinellis, S. 945, 690 f.; *Samson*, in: Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, 1974, S. 579, 596; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 1161; *Weigend*, in: LK-StGB, Band 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 8.

⁵ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, vor § 13 Rn. 160; *Gaede*, in: NK-StGB, § 13 Rn. 7; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht AT, 10. Aufl. 2022, § 35 Rn. 14; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 1162; andere hingegen lassen bereits ausreichen, dass eine Erfolgsabwendungschance besteht, vgl. *Stein*, in: SK-StGB, 9. Aufl. 2017, vor § 13 Rn. 82; eine weitere Ansicht stellt darauf ab, ob das Ergebnis der Rettungshandlung den Herrschaftsbereich des Täters bereits verlassen hat, vgl. *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 8; auf die Verbesserung der Lage des Opfers abstellend: *Herzberg*, in: Machura/Ulbrich (Hrsg.), Recht - Gesellschaft - Kommunikation : Festschrift für Klaus F. Röhl, 2003, S. 270, 279 f.; mit abweichender Differenzierung: *Grupp*, in: Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda, Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 173, 178, der unbeeendete und beeendete

C. „Stolpersteine“ im Medizinstrafrecht

I. Ausgangslage

Im Medizinstrafrecht begegnet die Abgrenzung von Tun und Unterlassen besonderen Schwierigkeiten, die darin begründet liegen, dass es von Zufälligkeiten abhängen kann, ob jemand tätig werden muss, um eine Behandlung fortzusetzen. So kann eine Beatmungsmaschine beispielsweise einen Impuls voraussetzen, damit sie weiterläuft. Wenn man dann nicht tätig wird, handelt es sich nach naturalistischer Betrachtung um ein Unterlassen;⁶ wenn man hingegen einen Knopf drückt um ein aktives Tun.⁷ Normative Ansätze sind sich in solchen Konstellationen, namentlich beim Abbruch einer Behandlung, nicht einig und unternehmen hier mitunter Korrekturen.⁸ Diese Zufälligkeiten erweisen sich als „Stolpersteine“, die an zwei Problembereichen gezeigt werden sollen: dem Behandlungsabbruch und der Triage.

II. Behandlungsabbruch

Beim Behandlungsabbruch zur Befolgung einer Patientenverfügung ergab sich eine besondere Brisanz der Abgrenzung daraus, dass früher strikt getrennt wurde zwischen aktiver, strafbarer Sterbehilfe und strafloser passiver Sterbehilfe. Dies führte zu einer Alles-oder-nichts-Lösung. Nur bei einem Unterlassen bestand Straflosigkeit, bei einem Tun aktive Sterbehilfe.⁹ Dieses Problem hat durch die Rechtfertigungslösung¹⁰ der Rechtsprechung an Brisanz verloren. Verurteilungen sind jedoch noch möglich und damit eine Abgrenzung von Tun und Unterlassen erforderlich, wenn etwa ein Beteiligter nicht gerechtfertigt handelt¹¹ oder wenn ein Irrtum vorliegt.¹² Es ist ferner zu beachten, dass die Milderungsmöglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB eröffnet wird. Damit ist eine Abgrenzung keinesfalls obsolet.

Erfolgsabwendungsversuche unterscheidet und erstere unabhängig davon, ob es sich um fremde oder eigene Rettungsbemühungen handelt als Unterlassen qualifiziert; ähnlich: *Stoffers*, MDR 1962, 621, 627; den beendeten Rettungsversuch ebenfalls als Begehen einordnend: *Samson*, in: FS Welzel, S. 579, 598 ff.; Vgl. außerdem zu einem Ansatz, der auf den Organisationskreis abstellt: *Merkel*, in: Hörnle/Putzke/Hardtung/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 193, 222 f.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 132 f.; *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 7. Abschn. Rn. 61.

⁶ *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 11; *Gaede*, in: NK-StGB, § 13 Rn. 7 f.

⁷ *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 11; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 35.

⁸ S. dazu noch sogleich unter D. I.

⁹ *Bosch*, JA 2010, 908, 909; *Helgerth*, JR 1005, 338, 339; Vgl. zum Unterlassen: BGHSt 40, 257, 260.

¹⁰ S. dazu sogleich D. II. 1.

¹¹ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, vor § 13 Rn. 160.

¹² *Schneider*, in: MüKo-StGB, Band 4, 4. Aufl. 2021, vor § 211 Rn. 119 Fn. 507; *Spickhoff*, FamRZ

III. Ex-Post-Triage

Ein vergleichbares und strafrechtlich bislang noch nicht einer endgültigen Lösung zugeführtes Problemfeld ist die Ex-Post-Triage. Dabei geht es um die Zuteilung knapper Ressourcen, die nicht für alle Patienten ausreichen. Wenn ein Patient bereits behandelt wird, stellt sich im Rahmen der Ex-Post-Triage die Frage, ob dessen Behandlung zugunsten eines neu hinzukommenden Patienten abgebrochen werden darf.¹³ In Betracht kommt hier die Pflichtenkollision als Rechtfertigungsgrund, die jedoch nach überwiegender Meinung nur dann eingreift, wenn zwei Handlungspflichten miteinander kollidieren, mithin der Täter unterlässt.¹⁴ Wenn das Verhalten desjenigen, der die Behandlung abbricht, als aktives Tun zu qualifizieren wäre, könnte dies nicht mit der Pflichtenkollision gerechtfertigt werden. Eine gerichtliche Klärung war bislang nicht notwendig. Nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts musste der Gesetzgeber jedoch tätig werden und hat in § 5c Abs. 2 S. 4 IfSG die Ex-Post-Triage verboten, indem er bereits zugeteilte überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten von der Zuteilungsentscheidung ausgenommen hat. Der Gesetzgeber hat es jedoch versäumt, zur Strafbarkeit nach den Tötungsdelikten Stellung zu beziehen,¹⁵ sondern konstatiert, es bleibe in strafrechtlicher Hinsicht bei den allgemeinen Regeln. Damit bleibt auch hier die Abgrenzung weiterhin von Bedeutung.

D. Neue Wege: Wegweiser oder Abwege?

In beiden Konstellationen sind abweichende Lösungsmöglichkeiten entwickelt worden. Diese bewegen sich teils auf Ebene der Abgrenzung von Tun und Unterlassen, teils auf Ebene der Rechtfertigung. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob diese neuen Wege mögliche Wegweiser für die allgemeine Dogmatik abseits des Medizinstrafrechts sein können oder nicht vielmehr Abwege oder Sonderwege darstellen.

2009, 1949, 1953.

¹³ *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 706; *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 404; s. auch schon *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 185.

¹⁴ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 40; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht AT, Band 1, § 18 Rn. 2; *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, S. 29 ff., 34; *Rönnau*, in: LK-StGB, Band 3, 13. Aufl. 2019, vor §§ 32 ff. Rn. 119; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 117; dagegen aber u.a. *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 171.

¹⁵ Vgl. den Vorschlag bei *Jansen/Zimmermann*, medstra 2022, 139, 148.

I. Lösungen auf Ebene der Abgrenzung von Tun und Unterlassen

1. Unterlassen durch Tun

Im Bereich der Abgrenzung von Tun und Unterlassen besteht der Vorschlag, das aktive Tun des Arztes in ein Unterlassen umzudeuten.¹⁶ Ein solches „Unterlassen durch Tun“¹⁷ bedeutet eine noch weitergehende Normativierung, die für den Behandlungsabbruch diskutiert wurde und bei der Frage um die Triage erneut in Betracht kam.¹⁸ Ein aktives Tun sei als Unterlassen zu behandeln, wenn die Handlungsmodalität zufällig vorliege, weil der Arzt aktiv handeln müsse, um eine Behandlung abzubrechen.¹⁹ Das Handeln Dritter wird jedoch weiterhin als Tun eingeordnet, weil es dann um einen Abbruch fremder Rettungshandlungen gehe.²⁰

Hier wird auch ersichtlich, dass diese Umdeutung an ihre Grenzen stößt:²¹ Ein Dritter handelt danach tatbestandsmäßig, der Arzt jedoch nicht. Diese Lösung wird vielmehr nur deshalb vorgenommen, um beim Behandlungsabbruch beim Arzt Straffreiheit zu erreichen und erweist sich insofern als „Kunstgriff“.²² Daher hat auch der BGH diese Umdeutung zu Recht abgelehnt.²³ Ein Handeln verwandelt sich nicht aufgrund einer Zustimmung des Opfers in ein Unterlassen.²⁴ Bedenkt man dies, wird deutlich, dass es um das Selbstbestimmungsrecht des Opfers und nicht um die Abgrenzung von Tun und Unterlassen geht. Auch der Bezug zum Abbruch von Rettungshandlungen spricht gegen diese Umdeutung.

¹⁶ *Roxin*, Strafrecht AT, Band 2, 2003, § 31 Rn. 117; *Roxin*, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 380, 398 (bei völliger Aussichtslosigkeit von Reanimierungsbemühungen); vgl. auch *Dölling*, ZIS 2011, 345, 346 f.; Nagel, Passive Euthanasie, 2002, S. 47; *Neumann*, in: NK-StGB, vor § 211 Rn. 126; *Schneider*, in: MüKo-StGB, vor § 211 Rn. 119; in leicht abgewandelter Form: *Frister*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Schmitz (Hrsg.), Recht - Wirtschaft - Strafe: Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010, S. 19, 23 ff.

¹⁷ *Overbeck* GS 88 (1922), 319 ff.: „Unterlassung durch Begehung“; *Roxin*, in: FS Engisch, S. 380, 381; *Roxin*, in: FS Spinellis, S. 945, 955.

¹⁸ Vgl. insoweit mit einer normtheoretischen Begründung: *Ast*, ZIS 2020, 268, 273.

¹⁹ *Czerner*, JR 2005, 94, 97.

²⁰ *Dölling*, ZIS 2011, 345, 346 f.; *Geilen*, in: Lüttger/Blei/Hanau (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, 1972, 373, 383 Fn. 22; *Herzberg*, JZ 1988, 182, 186 f.; *Neumann*, in: NK-StGB, vor § 211 Rn. 127; *Schneider*, in: MüKo-StGB, vor § 211 Rn. 120; vgl. *Frister*, in: FS Samson, S. 19, 27 f.

²¹ *Engländer*, JZ 2011, 513, 515.

²² *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 233; *Gropp*, in: GS Schlüchter, S. 173, 184; dem anschließend: *Eidam*, GA 2011, 232, 239 f.; vgl. auch: *Rosenau*, GA 2023, 121, 133.

²³ BGHSt 55, 191, 202.

²⁴ Vgl. *Herzberg*, in: FS Röhl, S. 270, 284.

Die Rettungsbemühungen haben das Opfer, den Patienten, dann schon erreicht und eine realisierbare Rettungschance eröffnet.²⁵ Es wird regelmäßig ein beendeter Erfolgsabwendungsversuch vorliegen, der zu einer Einordnung als Tun führt.²⁶

Es handelt sich somit um einen Abweg, der nicht überzeugt und erst recht nicht verallgemeinert werden kann und sollte.

2. Abgrenzung nach üblichem Weg

Die Abgrenzung ist damit nach den auch sonst verwendeten Kriterien vorzunehmen. Dabei ist gegen eine Abgrenzung nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit insbesondere einzuwenden, dass es an eindeutigen Kriterien fehlt.²⁷ Diese Vorgehensweise der Abgrenzung führt zu vorab gewünschten Ergebnissen²⁸ und setzt bereits die Begriffe Handlung und Unterlassen voraus.²⁹ Geht man hingegen naturalistisch vor, vermeidet man diese intuitiv geprägte³⁰ Handhabung. Stellt man daher auf einen Energieeinsatz ab, der auf den Kausalprozess einwirkt, hängt die Einordnung im medizinischen Kontext davon ab, ob ein solcher Energieeinsatz erforderlich ist.

Es verbleiben daher – selbst wenn Lösungen auf Rechtfertigungsebene gefunden werden – Zufälligkeiten im Hinblick auf § 13 Abs. 2 StGB.³¹ Es handelt sich um eine fakultative Strafmilderung, die der Gesetzgeber einführte, weil er davon ausging, dass das Unterlassen regelmäßig weniger schwer wiege.³² Fällt die Abgrenzung jedoch wegen bloßer Zufälligkeiten so aus, wird man dies nicht immer annehmen³³ und entsprechend von einer Milderung absehen können. Daher spricht auch diese Konsequenz nicht gegen eine naturalistisch geprägte Abgrenzung von Tun und Unterlassen.

²⁵ Vgl. *Weigend*, in: LK-StGB, § 13 Rn. 9.

²⁶ *Gropp*, in: GS Schlüchter, S. 173, 182.

²⁷ *Brammsen*, GA 2002, 193, 195; *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 5; *Gaede*, in: NK-StGB, § 13 Rn. 7; *Struensee*, in: FS Stree/Wessels, S. 133, 137 ff.

²⁸ *Brammsen*, GA 2002, 193, 195; *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 5; *Gaede*, in: NK-StGB, § 13 Rn. 7.

²⁹ *Samson*, in: FS Welzel, 1974, S. 579, 585.

³⁰ Vgl. *Samson*, FS Welzel, 1974, S. 579, 585.

³¹ Hinsichtlich der Voraussetzung der Garantenstellung gibt es hingegen keine Probleme aufgrund von Zufälligkeiten, wenn man von einer Umdeutung absieht, da man regelmäßig eine Garantenstellung kraft Übernahme annehmen kann.

³² BT-Drs. V/4095, S. 8.

³³ *Freund*, in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 295; *Timpe*, JR 1990, 428, 431.

II. Rechtfertigungslösungen

In beiden Konstellationen werden jedoch auch Problemlösungen auf Rechtfertigungsebene vorgeschlagen, die ebenfalls darauf untersucht werden sollen, inwiefern sie verallgemeinerungsfähig sind.

1. Behandlungsabbruch

Zum Behandlungsabbruch hat der BGH eine Rechtfertigungslösung entwickelt, deren genaue dogmatische Einordnung nicht geklärt ist. Vorausgesetzt wird, dass der Betroffene lebensbedrohlich erkrankt ist und eine Behandlung, die damit in Zusammenhang steht, unterlassen, begrenzt oder beendet wird, wobei dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht.³⁴ Der BGH begrenzt diese Lösung auf Ärzte, Betreuer und Bevollmächtigte sowie hinzugezogene Hilfspersonen.³⁵

Die Rechtfertigungslösung ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts und war als Sonderweg notwendig, um trotz der Einwilligungssperre des § 216 StGB zu einer Straflosigkeit zu gelangen. Die genannte Alles-oder-nichts-Lösung wurde gemeinhin als unbefriedigend empfunden und die Umdeutung in ein Unterlassen vom BGH abgelehnt. Daher blieb dem BGH nur noch eine Lösung auf Rechtfertigungsebene. Verallgemeinerungsfähig oder anschlussfähig für andere Konstellationen und Fragestellungen ist diese Lösung daher nicht.

Dies gilt insbesondere auch für die Triage. Einige Stimmen suchen hier dennoch eine Parallele und gehen davon aus, dass unabhängig von der Einordnung als Tun oder Unterlassen eine Rechtfertigung bei der Triage möglich sei.³⁶ Dem entgegen steht jedoch, dass die Konstruktion des BGH auf einer Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts beruht, das bei der Triage aber nicht ausschlaggebend ist, denn regelmäßig wünschen die erkrankten Patienten hier eine Behandlung. Wenn dies relativiert wird mit dem Hinweis, dass der BGH sich in der Entscheidung nur auf das Selbstbestimmungsrecht bezogen habe, weil kein Konflikt zwischen verschiedenen Personen bestand,³⁷ ist dem insofern beizupflichten, als es in der Tat bei der Triage um die Kollision von Interessen verschiedener Personen geht.³⁸ Es besteht also ein erheblicher Unterschied zwischen den beiden Fallgestaltungen. Ob in dieser Konstellation dieselbe Konsequenz zu ziehen ist wie bei der Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts, ist damit keineswegs gezeigt. Der Hintergrund, warum diese Rechtfertigungslösung entwickelt wurde, spricht jedoch gegen seine Übertragbarkeit. Ein vergleichbarer Konflikt mit der Einwilligungssperre des § 216 StGB,

³⁴ BGHSt 55, 191, 204 f.

³⁵ BGHSt 55, 191, 205 f.

³⁶ Hoven, JZ 2020, 449, 453; Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151, 156 f.; dagegen: Engländer, medstra 2023, 142, 146.

³⁷ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129, 135.

³⁸ Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151, 159; Jansen, ZIS 2021, 155, 165; Lindner, MedR 2020, 723, 725; Somada, NSTz 2020, 452, 457; Sternberg-Lieben, MedR 2020, 627, 636.

auf dem diese Rechtfertigungslösung beruht, besteht bei der Triage nicht. Die Rechtfertigungslösung beim Behandlungsabbruch ist daher ein nicht verallgemeinerungsfähiger Sonderweg speziell für diese Konstellation.

2. Triage

Auch zur Triage wurden Lösungsvorschläge auf Ebene der Rechtfertigung entwickelt.

a) Umdeutung der Pflichten

Bei der Pflichtenkollision ist die Abgrenzung von Tun und Unterlassen relevant für die Einordnung der Pflichten: Die Pflichtenkollision wird überwiegend nur bei Handlungspflichten für anwendbar gehalten, mithin dann, wenn der Täter jeweils unterlässt. Nun geht ein Vorschlag zur Ex-Post-Triage dahin, dass es sich zwar um ein aktives Tun handle, dieses aber dennoch zu einer Kollision von Handlungspflichten führe.³⁹ Damit wird letztlich die Abgrenzung von Tun und Unterlassen speziell für den Bereich der Triage für unbeachtlich erklärt bzw. auf Tatbestandsebene und Rechtfertigungsebene unterschiedlich durchgeführt. Begründet wird dies damit, dass es jeweils um Behandlungspflichten gehe und die „radikale Zeitlichkeit“ eine Reevaluierung gebiete. Zudem seien diese Handlungspflichten nicht gleichwertig bei unterschiedlicher Erfolgsaussicht und der Behandelte habe nur eine faktische, keine rechtliche Position erlangt.⁴⁰

Überträgt man diese Lösung auf andere Bereiche – was nach den genannten Argumenten nicht ausgeschlossen wäre (aber nicht vorgeschlagen wird) – ergäbe sich beispielhaft Folgendes: Kann ein Floß nur zwei Personen tragen und hat der Täter bereits eine Person auf dieses Floß gezogen und damit gerettet, deren Überlebenschance allerdings gering ist, dürfte er diesen qua Pflichtenkollision gerechtfertigt vom Floß herunterstoßen, um eine andere Person mit besseren Aussichten aufzunehmen.

Dem ist sowohl im Medizinstrafrecht als auch übertragen auf die allgemeine Dogmatik nicht zu folgen. Weder die zeitliche Komponente, noch die Erfolgsaussicht oder die erlangte Position des in der Rettung befindlichen Opfers verwandeln eine Unterlassungspflicht in eine Handlungspflicht. Geht man von einem aktiven Tun aus, korrespondiert damit eine Unterlassungspflicht: „Tu das nicht!“. Mit den oben genannten Argumenten lässt sich daraus keine Handlungspflicht im Sinne von: „Tu das!“ formen. Dafür bedürfte es einer anderen Einordnung auf der Ebene der Abgrenzung von Tun und Unterlassen.

³⁹ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129, 135.

⁴⁰ Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129, 135.

Zudem besteht eine Differenz in dem Umstand, ob man bereits behandelt wird oder sich schon auf dem Floß befindet, denn dann ändert man den status quo.⁴¹ Es handelt sich um eine Rechtsposition, die die bereits in der Rettung befindliche Person erlangt hat.⁴² Dafür spricht nicht nur das Vertrauen, das man in die Beibehaltung des Status haben darf,⁴³ sondern auch, dass ein Risiko gesetzt wird, welches das ursprüngliche verdrängt: Wer dem Patienten die Behandlung entzieht, verschlechtert die Lage dieser Person.⁴⁴ Ihr wird mehr verwehrt als nur ein Teilhabeanspruch an knappen Ressourcen. Dieser hat sich vielmehr konkretisiert zu einer rechtlich relevanten Position.⁴⁵ Bei dieser Umdeutung der Pflichten handelt es sich also ebenfalls um den falschen Weg.

b) Lösung über die Anwendbarkeit der Pflichtenkollision bei Kollision einer Handlungs- mit einer Unterlassungspflicht?

Während die herrschende Ansicht die Pflichtenkollision nur bei zwei kollidierenden Handlungspflichten anwendet,⁴⁶ möchte ein Teil der Literatur sie auch auf eine Kollision von Unterlassungs- und Handlungspflichten erstrecken.⁴⁷ Auf diese Weise wird die Abgrenzung von Tun und Unterlassen für unmaßgeblich für die Pflichtenkollision erklärt, indem man deren Anwendungsbereich erweitert.

Dem entgegen steht jedoch, dass bei Eingriffen in Rechtspositionen – und Unterlassungspflichten betreffen solche⁴⁸ – § 34 StGB vorgeht.⁴⁹ Danach sind Eingriffe in Rechte und Güter Dritter nur gerechtfertigt, wenn das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Wenn man hier jedoch die Pflichtenkollision anwendet, wird diese Wertung unterlaufen, was durch eine Sperrwirkung des § 34 StGB zu verhindern ist. Dies hat insbesondere zur Folge, dass das Umlenken

⁴¹ *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 711; *Rönnau*, in: LK-StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 123, insb. Fn. 529; *Sowada*, NStZ 2020, 452, 458.

⁴² *Engländer*, medstra 2023, 142, 146; *Jansen*, ZIS 2021, 155, 166; vgl. *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403, 406; vgl. *Sowada*, NStZ 2020, 452, 458.

⁴³ *Jansen*, ZIS 2021, 155, 166; *Sowada*, NStZ 2020, 452, 458.

⁴⁴ *Jansen*, ZIS 2021, 144, 166; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 711; *Sowada*, NStZ 2020, 452, 458; vgl. auch *Dederer/Preiß*, JZ 2022, 170, 179.

⁴⁵ *Coca Vila*, GA 2021, 446, 458 ff.; *Jansen*, ZIS 2021, 144, 166; dagegen aber: *Hörnle*, in: Hörnle/Po-cher/Huster, Triage in der Pandemie, 2021, S. 148, 172 f.; *Hörnle*, medstra 2023, 139, 141.

⁴⁶ O. Fn. 14.

⁴⁷ *Horter*, NStZ 2022, 193 ff. (der allerdings dennoch Notrechte dagegen zulassen will); *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 33 V 1 b; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 171.

⁴⁸ *Küper*, JuS 1987, 81, 89; *Neumann*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 421, 426; vgl. *Gropp*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S. 207, 212.

⁴⁹ *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 40; *Küper*, JuS 1987, 81, 90; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, Band 1, § 16 Rn. 117; vgl. *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 711; *Rönnau*, in: LK-StGB, Vor §§ 32 ff. Rn. 120.

von Gefahren auf Unbeteiligte ein Fall des § 34 StGB ist, so dass bei einer Inanspruchnahme des Lebens keine Rechtfertigung vorliegt. Wenn hiergegen eingewendet wird, dass kein Grund ersichtlich sei, die Umlenkung einer Gefahr auf Unbeteiligte nicht zu rechtfertigen,⁵⁰ vermag dies nicht zu überzeugen, denn der Eingriff in die Güter anderer ist zu begründen.⁵¹ Dass jemand als bislang Unbeteiligter seine Güter aufgeben muss, ist also darzulegen und ist allenfalls mit einer Solidaritätspflicht zu begründen.⁵²

c) Rechtfertigender Notstand

Damit ist der Frage nachzugehen, inwiefern die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands erfüllt sind. Im Nachgang zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Triage wird vorgeschlagen, dass „jedenfalls bei einem deutlichen Abstand in der klinischen Erfolgsaussicht“ die Versorgung des Patienten mit der besseren Erfolgsaussicht wesentlich überwiege.⁵³ Allerdings sei § 5c IfSG in seinem Anwendungsbereich als Spezialregelung der Pflichtenkollision und des § 34 StGB anzusehen, so dass eine Rechtfertigung ausgeschlossen sei aufgrund der Einheit der Rechtsordnung.⁵⁴ Wenn also aufgrund einer übertragbaren Krankheit nicht ausreichend überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten zur Verfügung stehen, sei die Ex-Post-Triage verboten, außerhalb dieses Anwendungsbereichs aber nicht.⁵⁵

Gegen diese Lösung spricht zum einen, dass ein wesentliches Überwiegen auch bei einem Ungleichgewicht der Erfolgsaussichten nicht angenommen werden kann. Dies widerspräche dem Grundsatz der Lebenswertindifferenz.⁵⁶ Auf diese Weise würde man zwei Leben bewerten und ins Verhältnis setzen und dabei erklären, dass eines davon wesentlich überwiege. Zudem würde dies bedeuten, dass der Gesetzgeber durch § 5c IfSG die Rechtfertigung bei Knappheit aufgrund übertragbarer Krankheit trotz wesentlichen Überwiegens ausgeschlossen hätte. Dies führt zugleich zu der Ungleichbehandlung der Konstellationen je nach Grund für die Ressourcenknappheit und überzeugt auch deshalb nicht.

⁵⁰ *Horter*, NStZ 2022, 193, 197 f.

⁵¹ *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, § 34 Rn. 32.

⁵² *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, § 34 Rn. 32; vgl. insoweit zum Weichensteller-Fall: *Erb*, in: *MüKo-StGB*, § 34 Rn. 148; *Neumann*, in: *NK-StGB*, § 34 Rn. 74 ff.; *Zieschang*, in: *LK-StGB*, § 34 Rn. 65.

⁵³ *Rosenau*, GA 2023, 121, 135.

⁵⁴ *Rosenau*, GA 2023, 121, 136.

⁵⁵ *Rosenau*, GA 2023, 121, 138.

⁵⁶ *Gutmann/Fateh-Moghadam*, ZRP 2022, 130 f.; *Jansen*, ZIS 2021, 155, 163; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 705; allgemein: *Dederer/Preiß*, JZ 2022, 170, 179.

d) Lösung über die Gleichwertigkeit

aa) Maßgeblichkeit des Eingriffs in Rechtspositionen

Vorzugswürdig erscheint ein anderer Weg über die Pflichtenkollision und auf der Rechtfertigungsebene. Danach sind Unterlassungspflichten gegenüber Handlungspflichten nicht gleichwertig, wie es auch die herrschende Meinung annimmt. Auch bei zwei Handlungspflichten sei aber dann keine Gleichwertigkeit gegeben, wenn ein Eingriff in Rechtspositionen vorliege, mithin dann, wenn eine Behandlung begonnen wurde und nun wieder abgebrochen wird.⁵⁷

Vorteil dieser Lösung ist erstens, dass die Abhängigkeit von Zufälligkeiten der technischen Ausstattung wegfällt. Zweitens wird auf diese Weise dem Aspekt Rechnung getragen, dass die Verschlechterung eines status quo anders zu bewerten ist als dessen Nichtverbesserung.⁵⁸ Darin liegt auch der Grund, warum diese Position für die Wertigkeit relevant ist.⁵⁹ Die Pflichtenkollision beruht auf dem Gedanken, dass dem Normadressaten nicht Unmögliches abverlangt werden darf.⁶⁰ Er muss entscheiden, wessen status quo er verbessert und welcher unberührt bleibt. Einen Eingriff in Rechtspositionen kann man damit hingegen nicht rechtfertigen, denn dies würde eine Solidaritätspflicht voraussetzen, die mit der Pflichtenkollision nicht verbunden ist,⁶¹ sondern durch § 34 StGB⁶² begründet wird, dessen Voraussetzungen – wie gezeigt – nicht erfüllt sind. Daran ändert es auch nichts, dass weiterhin eine Leistung erforderlich ist, denn dies schließt ein entsprechendes Recht nicht aus, zumal diese Leistung, die Fortdauer der Rettung, gerade das ist, zu dem der Rettende verpflichtet ist.⁶³ Auch dass es sich um öffentliche Ressourcen handelt, widerspricht dieser These nicht, denn durch die Rettung wird diese der Person zugeordnet.⁶⁴

Diese Lösung stimmt auch mit der Wertung des Gesetzgebers in § 5c Abs. 2 S. 4 IfSG überein. Danach sind bereits zugewiesene überlebenswichtige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten von der Zuteilungsentscheidung aus-

⁵⁷ *Jansen*, ZIS 2021, 155, 168.

⁵⁸ *Jansen*, ZIS 2021, 155, 168; vgl. auch *Dederer/Preiß*, JZ 2022, 170, 179, sowie *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704, 711 und *Sowada*, NSTZ 2020, 452, 458; anders jedoch: *Lehner*, DÖV 2021, 252, 261.

⁵⁹ Kritisch insoweit: *Brettel/Schubert*, MedR 2022, 801, 803: „Wenn neue Personen in die Notstandslage eintreten [...] ist nicht ersichtlich, weshalb die mitgebrachte Rechtsposition der einen besser sein soll als die der anderen [...]“.

⁶⁰ *Jakobs*, in: Eser/Nishihara (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, 1995, S. 143, 146, 169; vgl. *Rönnau*, in: LK-StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 119.

⁶¹ *Jansen*, ZIS 2021, 155, 168.

⁶² *Böse*, ZStW 113 (2001), 40, 59; *Engländer*, GA 2010, 15, 20 f.; *Erb*, in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 8 ff.; *Frisch*, GA 2016, 121, 128 ff.; *Frister*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2020, § 17 Rn. 1, 9; *Neumann*, in: NK-StGB, § 34 Rn. 9 ff.; *Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, 1994, S. 188 ff.

⁶³ *Coca Vila*, GA 2021, 446, 459.

⁶⁴ Vgl. *Coca Vila*, GA 2021, 446, 459.

genommen. Zwar bedeutet dieses Verbot der Ex-Post-Triage nicht zwingend, dass eine Strafbarkeit nach den Tötungsdelikten bei einem Verstoß vorliegt. Der Gesetzgeber wollte ausdrücklich strafrechtliche Vorgaben und die Pflichtenkollision nicht ändern.⁶⁵ Auch wenn damit keine Rückschlüsse auf die Pflichtenkollision unmittelbar möglich sind,⁶⁶ ist festzustellen, dass das genannte Verbot unabhängig davon ist, ob ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt. Der Gesetzgeber verbietet also jegliche Ex-Post-Triage. Diese Wertung passt zu der hier bevorzugten Lösung.

bb) Übertragbarkeit

Diese für das Problem der Triage entwickelte Lösung ist auch anschlussfähig für sonstige Konstellationen der Pflichtenkollision, namentlich im Bereich des Abbruchs von Rettungshandlungen:

Man stelle sich ein Floß vor, das nur zwei Personen tragen kann. Auf diesem Floß befinden sich A und sein bewusstloser Sohn B, den er bereits auf das Floß gezogen hat. Sein weiterer Sohn C ist im Begriff zu ertrinken.

- Alternative 1: A schiebt B herunter, um C zu retten, weil dieser eine bessere Chance hat, zu überleben.
- Alternative 2: Aufgrund des Wellengangs droht B herunterzufallen. A könnte ihn festhalten, verhindert aber nicht, dass B vom Floß herunterfällt, damit er daraufhin C auf das Floß ziehen kann.

In Alternative 1 handelt es sich nach ganz vorherrschender Auffassung um ein aktives Tun, indem A den B schiebt. Weil es sich um eine Kollision einer Handlung mit einer Unterlassungspflicht handelt, wäre eine Rechtfertigung qua Pflichtenkollision nicht möglich, nach § 34 StGB ebenfalls nicht mangels wesentlichen Überwiegens.

Geht man in Alternative 2 von einem Unterlassen aus, ist der Anwendungsbereich der Pflichtenkollision eröffnet, weil zwei Handlungspflichten kollidieren. Es stellt sich sodann die Frage nach der Gleichwertigkeit der Pflichten. Stellt man hierbei darauf ab, ob ein verbesserter status quo erlangt worden ist und das Unterlassen demgemäß einen Eingriff in Rechtspositionen darstellt, stellt sich die Frage, ab wann eine derartige Rechtsposition entstanden ist, die zu einem Vorrang führt.

Insoweit kommen unterschiedliche Anknüpfungspunkte in Betracht, die überwiegend auch im Rahmen der Abgrenzung von Tun und Unterlassen beim Abbruch von Rettungsmaßnahmen vorgeschlagen werden.⁶⁷ So könnte man eine Rechtsposition nur dann annehmen, wenn es sich um einen beendeten Rettungsversuch handelt. In diesen Fällen liegt jedoch kein Unterlassen vor, da von einem solchen

⁶⁵ BT-Drs. 20/3877, S. 20.

⁶⁶ Vgl. auch *Kubiściel/Wachter*, *medstra* 2023, 86, 89.

⁶⁷ O. Fn. 5.

beendeten Rettungsversuch nur auszugehen ist, wenn der Rettende bereits alles Erforderliche getan hat.⁶⁸ Auch im gerade skizzierten Fall der Alternative 2 wäre eine Rettung durch A noch nicht beendet, da er weiterhin tätig werden muss. Bei einem beendeten Rettungsversuch stellt sich diese Frage also bereits nicht, weil nicht zwei Handlungspflichten kollidieren und die Pflichtenkollision daher nicht anwendbar ist.

Zudem könnte man darauf abstellen, ob eine realisierbare Rettungschance entstanden ist, beispielsweise durch einen das Opfer erreichten Rettungsring oder einen Platz auf einem Floß. Die wohl herrschende Meinung nimmt dann ebenfalls bereits ein Tun an,⁶⁹ etwa bei einem Zurückziehen einer Rettungsleine, die das Opfer bereits erreicht hat. Ob der hier vorgestellte Fall dem Zurückziehen eines Taus hinsichtlich der Einordnung von Tun und Unterlassen entspricht, ist jedoch zweifelhaft in Bezug auf das Fehlen eines kausalen Energieeinsatzes. Jedenfalls wenn man hier von einem Unterlassen ausginge, ist an dieser Stelle dennoch eine Rechtsposition entstanden. Dem in Rettung Befindlichen ist etwas zuteilgeworden, das ihn aus der Masse der anderen zu Rettenden heraushebt. Ein Abbruch würde – unabhängig ob es sich um Tun oder Unterlassen handelt – zu einer Verschlechterung dieser manifestierten Position führen und damit einen Eingriff darstellen. Der zu Rettende hat eine „Position erlangt [...] deren Zerstörung schwerer“⁷⁰ wiegt. Das Geschehen stellt sich als Änderung der gegebenen Situation dar, wofür ein spezielles Recht erforderlich wäre,⁷¹ wie etwa § 34 StGB. Es ist dann ein verfestigter Rettungsanspruch und ein Recht auf das Rettungsmittel, nämlich das Beatmungsgerät oder den Platz auf dem Floß, entstanden.⁷²

Ist eine Rettung hingegen noch nicht so weit gediehen, also noch keine realisierbare Rettungschance entstanden, weil etwa der Rettungsring noch nicht bei ihm angelangt ist, so hat sich diese Erhöhung der Überlebenschance hingegen noch nicht hinreichend manifestiert.

Zum Fall in der 2. Alternative: B hat durch die begonnene Rettung seines Vaters A bereits einen Platz auf dem Floß und damit einen verbesserten status quo erlangt. Wenn man sein Verhalten als Unterlassen einordnet, handelt es sich dann um einen Eingriff in Rechtspositionen, wenn der Vater ihn zuvor gerettet hat. Die Pflichten sind dann nicht gleichwertig, sondern A hätte B festhalten müssen. Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen allein sollte an dieser Stelle nicht die Rechtfertigung vorbestimmen. In beiden Alternativen hat B einen status quo inne, der ihn besser stellt. Unabhängig davon, ob A aktiv handelt oder unterlässt, wird eine manifestierte

⁶⁸ *Gropp*, in: GS Schlüchter, S. 173, 178; *Samson*, in: FS Welzel, S. 579, 598 ff.; *Stoffers*, MDR 1962, 621, 627.

⁶⁹ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, vor § 13 Rn. 160; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht AT, § 35 Rn. 14; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 1162.

⁷⁰ *Roxin*, in: FS Engisch, S. 380, 386 (allerdings zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen).

⁷¹ Vgl. allgemein: *Schünemann*, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 145, 153.

⁷² *Coca Vila*, GA 2021, 446, 458.

Überlebenschance abgesenkt, was die Wertigkeit der Pflicht beeinflussen sollte. Damit zeigt sich, dass die vorgeschlagene Lösung kein Sonderweg ist, sondern als Wegweiser fungieren kann.

E. Fazit

Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen ist nicht nur wichtig für die Anwendbarkeit des § 13 StGB und der Einhaltung von dessen Voraussetzungen, sondern mitunter auch von Bedeutung für die Rechtfertigung. Insbesondere im Medizinstrafrecht führte dies zu Lösungsansätzen sowohl auf Ebene der Abgrenzung von Tun und Unterlassen als auch auf Ebene der Rechtswidrigkeit.

Viele dieser Lösungen erweisen sich jedoch als Abwege oder Sonderwege. Der Weg einer Umdeutung von Unterlassen in ein Tun ist schon nicht überzeugend. Es hat sich gezeigt, dass es beim Behandlungsabbruch und bei der Triage vielmehr um ein Rechtfertigungsproblem geht. Nicht vorzugswürdig ist auch die Umdeutung von Pflichten im Rahmen der Pflichtenkollision.

Andere Lösungen wiederum sind medizinstrafrechtliche Sonderwege ohne Anschlussfähigkeit an die sonstige Dogmatik, wie die Rechtfertigungslösung des Behandlungsabbruchs. Medizinstrafrechtliche Fragestellungen können aber auch zur Fortentwicklung und als Ideengeber genutzt werden. So kann die zur Triage entwickelte Lösung über die Gleichwertigkeit von Pflichten auch auf sonstige Fallgestaltungen des Abbruchs von Rettungshandlungen außerhalb des Medizinstrafrechts Anwendung finden.

Fälschungssicherheit von Gesundheitszeugnissen als Innovationsmotor für das allgemeine Urkundenstrafrecht?

Professor Dr. Frank Zieschang

A. Einleitung

Das LG Oldenburg hat mit rechtskräftigem Urteil vom 6.6.2019 den ehemaligen Krankenpfleger *Niels H.* wegen Mordes in 85 Fällen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt, die besondere Schwere der Schuld festgestellt und ihm ein lebenslanges Berufsverbot auferlegt.¹ Die 85 Opfer waren Patienten in den Krankenhäusern, in denen der Verurteilte als Krankenpfleger in der Intensivmedizin tätig war. Dort hatte der Verurteilte den Patienten medizinisch nicht indizierte Medikamente verabreicht, die zum Tod führten.

Was hat dieser Fall mit dem Thema zu tun? *Niels H.* war zunächst im Klinikum Oldenburg tätig. Bereits damals waren Verdachtsmomente vorhanden. Man drängte ihn, das Krankenhaus zu verlassen. Trotz dieser Verdachtsmomente schrieb ihm die Pflegedirektorin der Wahrheit zuwider ein sehr gutes Arbeitszeugnis, das *Niels H.* bescheinigt, „umsichtig, gewissenhaft und selbstständig“ gearbeitet und in „kritischen Situationen überlegt und sachlich richtig“ gehandelt zu haben. Er habe die ihm übertragenen Aufgaben „zur vollsten Zufriedenheit“ erledigt.² Mit diesem

¹ LG Oldenburg BeckRS 2019, 48817.

² Siehe *Seng/Krogmann* https://www.nwzonline.de/blaulicht/gutes-zeugnis-trotz-verdachts_a_31,0,1719256849.html#; siehe auch OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880; LG Oldenburg BeckRS 2019, 48817; *Hillenkamp* MedR 2022, 637, 643.

Zeugnis bewarb sich *Niels H.* erfolgreich am Klinikum Delmenhorst, wo er dann zahlreiche weitere Morde beging. Im Klinikum Oldenburg wurden *Niels H.* 31 Taten, im Klinikum Delmenhorst 54 Taten nachgewiesen. Diese letztgenannten Taten waren also erst dadurch ermöglicht worden, dass *Niels H.* im Krankenhaus Oldenburg ein inhaltlich unrichtiges Arbeitszeugnis erhielt.

Zwar liefen Strafverfahren, ob sich Vorgesetzte von *Niels H.* wegen Tötungsdelikten (durch Unterlassen) strafbar gemacht haben,³ eines steht aber fest: Eine Strafbarkeit wegen eines Urkundendelikts im Hinblick auf das Erstellen des inhaltlich unrichtigen Arbeitszeugnisses kommt nicht in Betracht. So scheidet eine Strafbarkeit der Pflegedirektorin wegen Urkundenfälschung gemäß § 267 StGB daran, dass der aus dem Arbeitszeugnis hervorgehende Aussteller und der geistig hinter dem Arbeitszeugnis stehende Aussteller identisch sind,⁴ denn hierbei geht es jeweils um das Klinikum Oldenburg. Das Arbeitszeugnis ist also zwar Urkunde, aber keine „unechte“ im Sinne des § 267 StGB. Diese Norm schützt eben nicht die inhaltliche Wahrheit, sondern bietet Echtheitsschutz, wonach der für den Rechtsverkehr aus der Urkunde hervorgehende Aussteller auch derjenige sein muss, der sie tatsächlich ausgestellt hat, also geistig dahinter steht, was der Fall war. Auch eine Strafbarkeit der Pflegedirektorin wegen Ausstellens unrichtiger Gesundheitszeugnisse gemäß § 278 StGB scheidet, da eben nur Gesundheitszeugnisse von dieser Norm erfasst sind, nicht aber Arbeitszeugnisse. Die Pflegedirektorin hat also kein Urkundendelikt verwirklicht.

Ebenso würde bei einem Statiker, welcher der Wahrheit zuwider bestätigt, dass ein bestimmtes Gebäude standsicher ist, eine Strafbarkeit wegen eines Urkundendelikts ausscheiden: Zum einen ist seine Bescheinigung nicht unecht im Sinne des § 267 StGB, zum anderen ist eine solche Bescheinigung kein taugliches Objekt des § 278 StGB.

Ein Arzt hingegen, der der Wahrheit zuwider bei einem Patienten bescheinigt, dieser leide an einer akuten viralen Rhinitis, also an einem Schnupfen, damit der Patient diese Bescheinigung etwa in einer Apotheke vorlegen kann, macht sich nach § 278 StGB wegen Ausstellens eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses strafbar. Hierbei sieht § 278 Abs. 1 StGB als Rechtsfolge Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe vor.

Ist diese besondere Pönalisierung in Bezug auf Ärzte sachlich gerechtfertigt? Ist möglicherweise die „Sonderregelung“, die § 278 StGB im Hinblick auf unrichtige Gesundheitszeugnisse einnimmt, zu modifizieren oder gar zu verwerfen und die Vorschrift ersatzlos abzuschaffen? Oder aber ist umgekehrt eventuell die Pönalisie-

³ Siehe dazu u.a. OLG Oldenburg BeckRS 2021, 21880; LG Oldenburg BeckRS 2021, 39151; LG Oldenburg BeckRS 2022, 41652; LG Oldenburg BeckRS 2022, 41661; *Bock wistra* 2022, 441; *Brüning ZJS* 2022, 119; *Hillenkamp MedR* 2022, 637; *ders. MedR* 2023, 529, 573; *Kraatz NStZ-RR* 2022, 33.

⁴ Das könnte man nur anders beurteilen, wenn man in dem Erstellen des inhaltlich unrichtigen Zeugnisses durch die Pflegedirektorin ein Überschreiten ihrer Befugnisse sehen würde, sodass dann – vergleichbar mit der Blankettfälschung – eine unechte Urkunde anzunehmen wäre; siehe zu diesen Aspekten bereits *Zieschang, Festgabe Paulus*, S. 197, 202 ff.

rung der schriftlichen Lüge, um die es in § 278 StGB geht, als Innovationsmotor für das allgemeine Urkundenstrafrecht aufzugreifen, sodass de lege ferenda jedermann wegen eines Urkundendelikts bestraft werden würde, der eine schriftliche Lüge erstellt? Darum wird es in den nachfolgenden Überlegungen gehen.

Die Ausführungen gliedern sich dabei wie folgt: In einem ersten Schritt wird dargelegt, wie sich aktuell der strafrechtliche Schutz von Gesundheitszeugnissen im Detail darstellt. Im Anschluss geht es darum, ob der Gesetzgeber noch andere Konstellationen normiert hat, bei denen wie in § 278 StGB die schriftliche Lüge als Urkundendelikt bestraft wird; hierbei ist die Vorschrift der Falschbeurkundung im Amt gemäß § 348 StGB besonders in den Blick zu nehmen. Es werden sich Überlegungen anschließen, ob die derzeitige Rechtslage als sachlich gerechtfertigt erscheint, nur in den aktuell geregelten Fällen die inhaltliche Richtigkeit strafrechtlich zu schützen. Hierbei ist auch die historische Entwicklung der Urkundendelikte mit in den Blick zu nehmen. Zum Abschluss geht es dann speziell um die Frage, ob die aktuelle Reichweite des Täterkreises bei § 278 StGB zu überzeugen vermag.

B. Die aktuelle strafrechtliche Regelung zu Gesundheitszeugnissen

Das StGB enthält in den §§ 277, 278, 279 StGB spezielle Strafvorschriften im Zusammenhang mit Gesundheitszeugnissen.⁵ Diese bereits im RStGB von 1871 vorhandenen Regelungen blieben 150 Jahre bis zum November 2021 nahezu unverändert. Die ursprüngliche Fassung der Vorschriften stammte aus dem preußischen StGB von 1851 (Art. 256, 257, 258 PreußStGB), wobei die dortigen Regelungen wiederum auf Art. 159, 160 des französischen code pénal von 1810 zurückgehen. Durch das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.11.2021⁶ haben die §§ 277, 278, 279 StGB ihre heutige Fassung erhalten. Das bedeutet:

Die Änderungen im Zusammenhang mit § 277 StGB erfolgten aus Gründen der Rechtsklarheit; Konstellationen, die bereits durch § 267 StGB erfasst sind, sollten vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden.⁷ Neben der Veränderung der Überschrift von „Fälschung von Gesundheitszeugnissen“ in „Unbefugtes Ausstellen von Gesundheitszeugnissen“ nahm der Gesetzgeber insbesondere folgende Änderungen vor: Bis zur Reform war § 277 StGB ein zweiaktiges Delikt, sodass zur Vollendung nicht nur das Ausstellen des Gesundheitszeugnisses, sondern auch dessen Gebrauch hinzukommen musste. Nunmehr genügt bereits das Ausstellen als solches. Vor allem ist die Vorschrift nicht mehr wie vorher auf die be-

⁵ Der Vollständigkeit halber ist zudem auf § 275 StGB sowie § 281 StGB hinzuweisen.

⁶ BGBl. I, 4906.

⁷ BT-Drucks. 20/15, S. 4, 23. Siehe zu den Änderungen bereits *Zieschang ZfJStw* 2022, 140 ff.

absichtliche Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften beschränkt, vielmehr reicht allgemein die Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr. Diese Ausweitung ist eine unmittelbare Folge aus der Corona-Pandemie, die hinreichend verdeutlicht hat, dass ein Gesundheitszeugnis wie etwa der Impfausweis auch gegenüber anderen Personen als Behörden und Versicherungsgesellschaften Bedeutung haben kann, indem das Zeugnis etwa in Altenheimen, Krankenhäusern, Apotheken oder Restaurants benutzt wird. Richtig ist es zudem, dass der Gesetzgeber die in § 277 a.F. StGB geregelten Modalitäten, bei denen es darum ging, dass der Täter entweder unberechtigt unter dem Namen eines Arztes oder einer anderen approbierten Medizinalperson handelte oder er ein echtes Gesundheitszeugnis verfälscht, aus § 277 StGB ersatzlos gestrichen hat, denn das sind Konstellationen, die auch von § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB und § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB erfasst werden, da es hierbei um nichts anderes als um das Herstellen einer unechten oder um das Verfälschen einer echten Urkunde geht.⁸

Übrig geblieben ist im Tatbestand nur die Fallgestaltung, dass jemand unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder andere approbierte Medizinalperson ein Zeugnis über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand ausstellt. In diesem Fall verwendet der Täter seinen richtigen Namen, jedoch ergeben sich aus der Urkunde Umstände, mit denen der Anschein erweckt wird, er sei eine bestimmte Medizinalperson, indem er etwa den Zusatz „Dr. med.“ benutzt oder zum Beispiel im übrigen Text oder im Briefkopf die Bezeichnung als Arzt zum Ausdruck kommt.⁹ Unerheblich ist hingegen, ob das Zeugnis in inhaltlicher Hinsicht bezogen auf den Gesundheitszustand richtig oder falsch ist.

Wenn auch § 277 StGB ein Jedermann delikt ist und sich hier folglich nicht die spezifische Frage eines Sonderrechts für Ärzte stellt, ist dennoch kurz die Frage aufzugreifen, ob es sinnvoll war, § 277 StGB in Bezug auf Gesundheitszeugnisse noch für diesen Fall beizubehalten. Die Gesetzesbegründung befürwortet das ausdrücklich.¹⁰ Das erscheint aus hiesiger Sicht hingegen zumindest sehr fragwürdig. So ist zu berücksichtigen, dass der Täter im Fall des § 277 StGB gleichzeitig eine unechte Urkunde herstellt, sofern trotz Benutzung des eigenen Namens für den Rechtsverkehr aus der Urkunde als Aussteller eine Person hervorgeht, die nicht der wahre geistige Urheber ist. Auch bei der Benutzung des eigenen Namens kann nämlich eine unechte Urkunde vorliegen, wenn der Rechtsverkehr aufgrund der Umstände von einem anderen Aussteller ausgeht: Dies ist etwa der Fall, wenn jemand seinem Namen den Zusatz „Dr. med.“ voranstellt und dadurch im Rechtsverkehr

⁸ Sehr umstritten ist, ob § 277 a.F. StGB eine Privilegierung des § 267 StGB war und insofern eine Sperrwirkung aufwies; ablehnend etwa BGH NJW 2023, 1973; OLG Celle NJW 2022, 2054, 2055; OLG Hamburg BeckRS 2022, 864; OLG Karlsruhe BeckRS 2022, 18816; OLG Schleswig BeckRS 2022, 8590; OLG Stuttgart BeckRS 2022, 6034; dagegen eine Sperrwirkung (zutreffend) bejahend u.a. BayObLG BeckRS 2022, 13743; OLG Bamberg BeckRS 2022, 320; zu weiteren zahlreichen Nachweisen siehe LK-Zieschang, StGB, 13. Aufl. 2023, § 277 Entstehungsgeschichte.

⁹ LK-Zieschang (Fn. 8), § 277 Rn. 18.

¹⁰ BT-Drucks. 20/15, S. 34.

den Eindruck erweckt, eine andere Person sei Aussteller. Für diesen Fall braucht es des § 277 StGB nun gar nicht, da diese Konstellation von § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB erfasst wird; von daher weist § 277 StGB seit seiner Neufassung eine Subsidiaritätsklausel auf, sodass § 267 StGB mit seinem strengeren Strafraumen den § 277 StGB dann verdrängt.

Einen eigenständigen Anwendungsbereich hat daher § 277 StGB nur, falls der Täter nicht gleichzeitig auch eine unechte Urkunde herstellt. So wird eine Urkunde durch die bloße Anmaßung eines akademischen Titels nicht unecht, sofern damit keine Identitätstäuschung einhergeht, also für den Rechtsverkehr der aus der Urkunde hervorgehende Aussteller auch der wahre ist.¹¹ Vielmehr liegt dann lediglich eine schriftliche Lüge vor, die § 267 StGB nicht erfasst. Muss man aber für diesen spezifischen Fall § 277 StGB beibehalten? So ist schon sehr zu bezweifeln, dass eine Fallkonstellation, in der jemand beim Ausstellen eines Gesundheitszeugnisses seinen Namen unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder andere approbierte Medizinalperson benutzt, überhaupt Praxisrelevanz hat, denn regelmäßig wird der Täter dann auch seine Identität verschleiern wollen. Zudem ist dieser spezifische Fall kein typisches Urkundendelikt, sondern letztlich eine klassische Konstellation des § 132a StGB, in dem es um den Missbrauch von Titeln, Berufsbezeichnungen und Abzeichen geht. Wenn man, wie die Gesetzesbegründung,¹² die Regelung in § 132a StGB nicht für ausreichend erachtet, stellt sich die Frage der (vorsichtigen) Ausweitung des § 132a StGB auf andere Berufe, nicht aber eine Verortung solcher Konstellationen im Urkundenstrafrecht.¹³ Auf § 277 StGB kann daher verzichtet werden. De lege ferenda sollte daher die Vorschrift ersatzlos gestrichen werden, womit dann auch die u.a. in § 279 StGB geregelte Strafbarkeit des Gebrauchs eines Gesundheitszeugnisses der in § 277 StGB bezeichneten Art konsequenterweise zu entfallen hat.¹⁴

Die nachfolgenden Überlegungen nehmen nun § 278 StGB in den Blick, also das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse. Auch diese Vorschrift ist durch das Gesetz vom 22.11.2021 reformiert worden, nachdem die Vorschrift 150 Jahre weitgehend unberührt im StGB stand. Vorgängerregelung ist § 257 PreußStGB von 1851, der wiederum auf § 160 a.F. frz. code pénal von 1810 fußt.¹⁵ Die Neufassung hat zwar die Rechtsfolgenandrohung und den Täterkreis im Vergleich zur vorherigen Rechtslage unberührt gelassen (Arzt oder andere approbierte Medizinalperson), jedoch wurde die vormalige Einschränkung der Zweckbestimmung des Zeugnisses auf einen Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft aufgegeben.

¹¹ Siehe RG GA 55 (1908) 310, 311; *Zieschang* ZIS 2021, 481, 484.

¹² BT-Drucks. 20/15, S. 33 f.; ebenso *Gaede/Krieger* medstra 2022, 13, 14.

¹³ Vor dem Hintergrund des ultima ratio-Gedankens des Strafrechts sollte man dabei aber bei der Frage der Ausdehnung des § 132a StGB sehr behutsam vorgehen; siehe auch den Text nach Fn. 32.

¹⁴ Siehe dazu bereits *Zieschang* ZIS 2021, 481, 484; *ders.* ZfStw 2022, 140, 142; zustimmend *Pschorr* StraFo 2022, 135, 142; *Wolf* ZFISTW 2022, 146, 167. Bereits der E 1962 sah eine Streichung der Vorschrift vor, da sie entbehrlich sei; BT-Drucks. IV/650, S. 486.

¹⁵ BGHSt 10, 157, 159.

Zudem muss der Täter hinsichtlich der Unrichtigkeit des Gesundheitszeugnisses nicht mehr *dolus directus* 2. Grades („wider besseres Wissen“) aufweisen. Auf der anderen Seite verlangt die Vorschrift neben dem Vorsatz nunmehr die Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr. Zudem hat der Gesetzgeber die Strafbestimmung um einen zweiten Absatz erweitert, der eine Strafzumessungsvorschrift für besonders schwere Fälle enthält.

Dass der Bezug zu Behörden und Versicherungsgesellschaften aufgegeben worden ist, ist zu begrüßen. Insofern gilt nichts anderes als bei § 277 StGB. Problematischer ist hingegen, dass nunmehr *dolus eventualis* des Täters im Hinblick auf die Unrichtigkeit des Gesundheitszeugnisses genügt. Andererseits ist zu bedenken, dass der Täter die Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr aufweisen muss, die nach zutreffender Auffassung nur bei *dolus directus* 1. und 2. Grades gegeben ist, sodass die Streichung des Erfordernisses „wider besseres Wissen“ akzeptabel erscheint und keine zu weite Ausdehnung der Strafbarkeit befürchten lässt. Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass § 279 StGB als Jedermann delikt den Gebrauch eines Gesundheitszeugnisses der in § 278 StGB bezeichneten Art pönalisiert.¹⁶

Wichtig im vorliegenden Themenzusammenhang ist aber vor allem Folgendes: § 278 StGB ist ein echtes Sonderdelikt, denn taugliche Täter können ausschließlich Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen sein. Zudem ist ein besonders hervorzuhebender weiterer Aspekt, dass § 278 StGB nicht – wie dies insbesondere in § 267 StGB der Fall ist – die Echtheit des Gesundheitszeugnisses schützt, sondern dessen inhaltliche Richtigkeit. Ausnahmsweise ist also einmal die schriftliche Lüge pönalisiert.

Das ist im Übrigen, worauf der Vollständigkeit halber hinzuweisen ist, auch bei den im Zuge der Corona-Pandemie eingeführten speziellen Konstellationen der §§ 74 Abs. 2, 75a IfSG der Fall. Dort geht es um die nicht richtige Dokumentation oder unrichtige Bescheinigung einer Schutzimpfung oder Testung gegen das Coronavirus. Ist dieses vor allem in § 278 StGB normierte „Sonderrecht für Ärzte und andere approbierte „Medizinalpersonen“ nun gerechtfertigt?

Nach geltendem Recht ist § 278 StGB, also die Pönalisierung der schriftlichen Lüge, eine Ausnahmenvorschrift. Neben § 278 StGB¹⁷ (und neuerdings den §§ 74

¹⁶ Nur der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass es problematisch erscheint, ob § 278 StGB *de lege lata* auch digitale Gesundheitszeugnisse erfasst, wie dies überwiegend angenommen wird. Aus hiesiger Sicht ist eine solche Auffassung jedoch nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar. Gesundheitszeugnisse sind Urkunden im Sinne des § 267 StGB, und eine mit § 269 StGB vergleichbare Vorschrift, die die Fälschung beweisheblicher Daten unter Strafe stellt, existiert im Zusammenhang mit Gesundheitszeugnissen nicht. Will man daher Strafbarkeitslücken vermeiden, sollte § 278 StGB richtigerweise dahingehend im Text ergänzt werden, dass die Vorschrift ebenfalls auf beweishebliche Daten anwendbar ist, bei deren Wahrnehmung ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen vorliegen würde; siehe dazu bereits LK-Zieschang (Fn. 8), § 277 Rn. 12; *ders.* ZfStw 2022, 140, 144 f. m.w.N.

¹⁷ Zu § 277 StGB siehe bereits den Text nach Fn. 6.

Abs. 2, 75a IfSG) bestraft der Gesetzgeber nur noch in § 348 StGB (und dem damit in Verbindung stehenden § 271 StGB) die schriftliche Lüge. Was sind die Gründe dafür? Insofern soll mit der Falschbeurkundung im Amt gemäß § 348 StGB begonnen werden.

C. Die Falschbeurkundung im Amt gemäß § 348 StGB

Nach der Rechtsprechung bezweckt die Vorschrift des § 348 StGB einen umfassenden Schutz des allgemeinen Vertrauens in die Wahrheitspflicht der mit der Aufnahme öffentlicher Urkunden betrauten Amtspersonen.¹⁸ Es geht eben nicht bloß um ein Recht des Bürgers auf Wahrheit,¹⁹ denn dadurch würde § 348 StGB zum individualschützenden Delikt, sodass der einzelne in unwahre Beurkundungen einwilligen könnte, womit indes der Aspekt der Beweiskraft öffentlicher Urkunden sinnentleert wäre. Zudem verkennt eine solche Sicht den Sonderdeliktscharakter, indem nämlich die inhaltliche Wahrheit nur dann geschützt wird, wenn ein in § 348 StGB näher bezeichneter Amtsträger tätig wird. Gerade das ist das Spezifikum des § 348 StGB, das rechtfertigt, ausnahmsweise einmal die schriftliche Lüge zu pönalisieren: Es geht um die Integrität der Amtsführung,²⁰ um das besondere Vertrauen, das Amtsträgern, die zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt sind, entgegengebracht wird. Nur dann, wenn es um diesen Personenkreis von Amtsträgern geht, die Feststellungen mit Beweiswirkung für und gegen jedermann treffen, ist bei einer schriftlichen Lüge der Unrechtsgehalt der Tat von einem solchen Gewicht, dass es gerechtfertigt ist, ausnahmsweise einmal die schriftliche Lüge unter Strafe zu stellen.

D. Argumente gegen die Pönalisierung der schriftlichen Lüge als Jedermann delikt

Bereits diese Überlegungen zu § 348 StGB machen deutlich, dass es nicht richtig wäre, die schriftliche Lüge allgemein im Urkundenstrafrecht als Jedermann delikt unter Strafe zu stellen. Der Einzelne kann sich nur dann auf die inhaltliche Richtigkeit von schriftlichen Erklärungen verlassen, wenn sie von Personen stammen, denen ein außergewöhnliches Maß an Vertrauen entgegengebracht wird, wie dies bei den in § 348 StGB genannten Amtsträgern der Fall ist.

Die Pönalisierung der schriftlichen Lüge im Urkundenstrafrecht ist also ein Ausnahmefall. Sie greift nur bei besonders verlässlichen Ausstellern.²¹ Schon das verbietet die Ausdehnung des in § 348 StGB verankerten Gedankens; Ausnahmen

¹⁸ BGHSt 37, 207, 209; OLG Karlsruhe medstra 2017, 233, 239; ebenso etwa Schönke/Schröder-Hecker, StGB, 30. Aufl. 2019, § 348 Rn. 1; *Pikart* NStZ 1986, 122.

¹⁹ So jedoch unzutreffend *Puppe* ZStW 130 (2018) 649, 652, 668.

²⁰ MK-Erb, StGB, 4. Aufl. 2022, § 348 Rn. 1.

²¹ Siehe *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2021, § 30 Rn. 1.

müssen auch solche bleiben. Das entspricht im Übrigen dem im Strafrecht zu beachtenden ultima-ratio-Prinzip.

Es ist zwar durchaus als Gedankenkonstrukt nicht ausgeschlossen, auch schriftliche Lügen zu pönalisieren. Wenn es insbesondere bei § 267 StGB und vergleichbaren Urkundendelikten nach zutreffender Sicht um die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden im Sinne des Beweisverkehrs geht, könnte man möglicherweise argumentieren, davon sei auch die inhaltliche Wahrheit geschützt. Aber das widerspricht dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts und letztlich gerade auch dem geschützten Rechtsgut, bei dem es sich um ein Allgemeinrechtsgut handelt: Dieser Schutz durch § 267 StGB zielt nur darauf ab, dass sich der Rechtsverkehr darauf verlassen können muss und soll, dass eine bestimmte körperlich fixierte Erklärung auch von demjenigen stammt, der aus der Urkunde als Erklärender hervorgeht. Er steht für diese Erklärung ein und kann für sie verantwortlich gemacht werden, sodass die Urkunde eine entsprechende Beweisfunktion zum Schutz des Rechtsverkehrs als Allgemeinrechtsgut hat. § 267 StGB ist eben nicht individualschützend, was sich daran zeigt, dass der Gebrauch einer inhaltlich wahren, jedoch unechten Urkunde nach § 267 strafbar ist.²² Die Vorschrift will vielmehr unabhängig vom Individualschutz vermeiden, dass selbst Wahres mit unechten Urkunden bewiesen wird. Um die inhaltliche Wahrheit geht es folglich nicht. Die Ausgangsfälle – zu erinnern ist insbesondere an den Fall *Niels H.* – haben zwar gezeigt, dass dies im Einzelfall durchaus zu wenig befriedigenden Ergebnissen führen kann. Auch mag anderen Personen durchaus besonderes Vertrauen entgegengebracht werden, man denke etwa an das erwähnte unrichtige Gutachten des Baustatikers. Insoweit ist aber auch zu bedenken, dass der Fall *Niels H.* eine sehr extrem und selten gelagerte Konstellation darstellt. Im Übrigen gilt eben: Im Urkundenstrafrecht der §§ 267 ff. StGB darf und kann sich grundsätzlich der Rechtsverkehr auf inhaltlich falsche schriftliche Erklärungen ebenso wenig verlassen wie auf mündliche Lügen. Die Richtigkeitskontrolle bleibt insofern den Teilnehmern am Rechtsverkehr überlassen.²³ Nur so wird man dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts gerecht.

Hinzu kommt, dass inhaltlich unwahre Erklärungen nicht unbedingt insgesamt straflos sein müssen. So pönalisiert das StGB, wenn es um den Schutz des Vermögens geht, unwahre Tatsachenerklärungen über die Betrugsvorschrift nach § 263 StGB. Im Bereich des Schutzes der staatlichen Rechtspflege werden unwahre Aussagen über die §§ 153 ff. StGB sanktioniert. Auch ist etwa auf die §§ 132, 132a, 164, 145d StGB sowie auf § 370 AO hinzuweisen, bei denen unwahre Angaben von Bedeutung sind. Im Übrigen stehen im Hinblick auf ehemalige Vorgesetzte von *Niels H.* Tötungsdelikte in Rede. Auch der Baustatiker hätte sich bei einem Unglück

²² Schönke/Schröder-Heine/Schuster (Fn. 18), § 267 Rn. 1.

²³ Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 21), § 30 Rn. 1.

nach den §§ 211 ff. StGB zu verantworten. Im Urkundenstrafrecht ist aber der Schutz der inhaltlichen Wahrheit eine Ausnahme.

Das steht im Übrigen mit der Geschichte des Urkundenstrafrechts in Einklang.²⁴ Die historische Entwicklung ist zunächst vom Begriff des „falsum“ geprägt. Das römische Recht fasste darunter eine Vielzahl von unterschiedlichen Verhaltensweisen zusammen, bei denen es um Verfälschungen der Wahrheit ging (u.a. falsches Zeugnis, Testaments-, Urkunden- und Münzfälschung, Richterbestechung, Annahme eines falschen Namens, Kindesunterschlebung, Maß- und Gewichtsfälschung). Selbst das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 sah die Urkundenfälschung noch als qualifizierte Form des Betruges an (so beginnt § 1380 PALR: „Wer zur Ausübung eines Betruges falsche schriftliche Urkunden verfertigt oder richtige verfälscht, ...“).²⁵

Eine Emanzipation des Urkundenstrafrechts vom Betrug erfolgte erst im 19. Jahrhundert. Insoweit ist insbesondere das PreußStGB von 1851 hervorzuheben, das wiederum – wie bereits angesprochen – die Vorgängerregelung zu den §§ 267 ff. im RStGB darstellt. Dort werden nun nämlich wie im französischen code pénal von 1810²⁶ die Urkundenstraftaten eigenständig und getrennt vom Betrug geregelt. Zudem wird – wie sich aus der Gegenüberstellung von Urkundenfälschung einerseits (§§ 247 ff. PreußStGB) und Falschbeurkundung im Amt (§ 323 PreußStGB, § 252 PreußStGB) andererseits ergibt, nunmehr zwischen Echtheitsschutz als Grundfall und Schutz der inhaltlichen Wahrheit als Ausnahmefall unterschieden. In historischer Hinsicht zeigt sich also ebenfalls, dass die Urkundenfälschung kein bloßer Unterfall des Betrugs ist und die schriftliche Lüge im Normalfall im Rahmen der Urkundendelikte nicht pönalisiert ist.

Nachdem aufgezeigt worden ist, dass (ausnahmsweise) der Schutz der inhaltlichen Wahrheit im Zusammenhang mit der Falschbeurkundung im Amt sachlich gerechtfertigt ist, bleibt zu prüfen, ob dies auch im Hinblick auf § 278 StGB anzunehmen ist.

²⁴ Siehe zur geschichtlichen Entwicklung *Brockhaus* ZIS 2008, 556; *MK-Erb* (Fn. 20), Vor § 267 Rn. 1; *Puschke*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Band 5, 2020, § 42 Rn. 5 ff.; Schönke/Schröder-Heine/Schuster (Fn. 18), Vor § 267 Rn. 1 f.

²⁵ Nur am Rande sei erwähnt, dass die historische Verflechtung der Urkundendelikte mit dem Betrug sogar heute noch im Ansatz erkennbar ist, indem sich die Urkundendelikte systematisch unmittelbar an die Betrugsvorschriften anschließen.

²⁶ Art. 145 ff. a.F. code pénal von 1810 einerseits, Art. 405 a.F. code pénal von 1810 andererseits.

E. Das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse gemäß § 278 StGB

Parallel zu § 348 StGB bezweckt § 278 StGB den Schutz des Vertrauens in die Wahrheitspflicht der mit dem Ausstellen von Gesundheitszeugnissen betrauten Ärzte und anderen approbierten Medizinalpersonen.²⁷ Letztlich geht es damit um den Schutz der besonderen Beweiskraft der von approbierten Medizinalpersonen ausgestellten Gesundheitszeugnisse.²⁸ Die herausgehobene, besondere Stellung des Ausstellers des Gesundheitszeugnisses schafft ein besonderes Vertrauen in dessen inhaltliche Richtigkeit, was durch § 278 StGB geschützt werden soll. Gerade wegen der Bedeutung von Gesundheitszeugnissen im sozialen Leben wird auch ihre inhaltliche Richtigkeit geschützt,²⁹ was gerade die Corona-Pandemie nochmals klar aufgezeigt hat, wenn man nur etwa an inhaltlich unrichtige Impfbescheinigungen denkt. Der besondere Beweiswert kommt dem Gesundheitszeugnis hierbei deswegen zu, da die in dem Zeugnis vorhandenen Angaben jenen Befund wiedergeben, den eine für die Feststellung derartiger Befunde sachverständige Person aufgrund angemessener Unterrichtung festgestellt hat.³⁰ Eben diese besondere Position des Ausstellers rechtfertigt die Strafbestimmung. Die besondere Beweiskraft des Gesundheitszeugnisses beruht darauf, dass es eine Medizinalperson ausgestellt hat, und das Zeugnis ohne diesen Umstand – um mit den Worten des OLG München zu sprechen – „auf die Stufe einer Tatsachenbekundung irgendwelcher Laienpersonen herabgedrückt“ würde.³¹ Angesichts der besonderen Position des Ausstellers des Gesundheitszeugnisses ist es daher sachgerecht, in § 278 StGB in Parallele zu § 348 StGB die schriftliche Lüge in Bezug auf Gesundheitszeugnisse zu pönalisieren. Es geht eben um einen Berufszweig, dem besonderes Vertrauen entgegengebracht wird.³²

F. Der Täterkreis des § 278 StGB

Ein Problem ist dennoch mit § 278 StGB verbunden. So sind taugliche Täter der Vorschrift nicht nur Ärzte, sondern auch andere approbierte Medizinalpersonen. Dieser Begriff wiederum ist sehr weit. Er umfasst alle Personen, die in einem Heilberuf tätig sind, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert.³³ Dazu gehören etwa Apotheker,

²⁷ LK-Zieschang (Fn. 8), § 278 Rn. 1.

²⁸ BGHSt 10, 157, 160; BGH NSTZ-RR 2007, 343, 344; RGSt 74, 229, 231; OLG München NJW 1950, 796; OLG Zweibrücken NSTZ 1982, 467, 468. Siehe auch BGH NJW 2023, 1973, 1978: Schutz des Vertrauens in die Integrität medizinischer Dokumente.

²⁹ So BT-Drucks. IV/650, S. 485.

³⁰ So OLG Frankfurt BeckRS 2006, 6301; *Otto* JR 1982, 296, 297.

³¹ OLG München NJW 1950, 796, 797.

³² BGH NJW 2023, 1973, 1977.

³³ Siehe insofern § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

medizinisch-technische Assistenten, Notfallsanitäter, Physiotherapeuten und Psychotherapeuten, ebenso aber auch Altenpfleger, Diätassistenten, Ergotherapeuten, Gesundheits- und Krankenpfleger, Gesundheits- und Krankenpflegehelfer, Hebammen, Logopäden, Masseure und medizinische Bademeister, medizinische Fachangestellte, Orthoptisten, Pflegefachkräfte, pharmazeutisch-technische Assistenten und Podologen. Inzwischen gibt es also eine sehr große Anzahl an Heilberufen, die eine staatlich geregelte Ausbildung erfordern. Man kann nun aber nicht ohne Weiteres davon sprechen, dass Zeugnissen von etwa Altenpflegern, Diätassistenten, Masseuren oder Krankenpflegehelfern ein solches Vertrauen entgegengebracht wird, wie dies bei Ärzten der Fall ist.³⁴ Natürlich mag im Einzelfall auch deren Zeugnis eine besondere Bedeutung zukommen,³⁵ doch darum geht es letztlich nicht. Vielen Zeugnissen kommt eine erhebliche Bedeutung zu (man denke wiederum nur an den Fall *Niels H.*), strafbar ist aber die schriftliche Lüge im Urkundenstrafrecht nur dann, wenn den ausstellenden Personen ein ganz besonderes Vertrauen in die Wahrheitspflicht entgegengebracht wird; das kann man bei den Tätern des § 348 StGB sowie bei Ärzten im Sinne des § 278 StGB bejahen,³⁶ bei den sonstigen approbierten Medizinalpersonen aber nicht ohne Weiteres. Es besteht durchaus ein qualitativer Unterschied darin, ob ein Arzt oder eben nur eine sonstige approbierte Medizinalperson ein Gesundheitszeugnis erstellt. De lege ferenda sollten daher in § 278 StGB nur noch Ärzte als taugliche Täter in Betracht kommen, sodass die sonstigen approbierten Medizinalpersonen aus dem Anwendungsbereich der Norm zu streichen sind. Insoweit würde ein kohärenteres Bild als bislang hergestellt und auch dem Umstand ein weiteres Mal Rechnung getragen, dass die Strafbarkeit der schriftlichen Lüge im Urkundenstrafrecht eine Ausnahme bildet.

G. Zusammenfassung

Damit lässt sich abschließend festhalten:

Die Vorschrift des § 277 StGB ist entbehrlich und ersatzlos zu streichen. Dass die §§ 278, 348 StGB ausnahmsweise die schriftliche Lüge pönalisieren, ist vor dem Hintergrund, welche besondere Stellung der jeweilige Täter einnimmt, sachgerecht. De lege ferenda sollte jedoch § 278 StGB auf Ärzte begrenzt und die sonstigen approbierten Medizinalpersonen aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen werden. Eine Ausdehnung der Strafbarkeit der schriftlichen Lüge im Urkundenstrafrecht zum Jedermann delikt widerspricht dem grundsätzlichen Ziel des Urkundenstrafrechts und dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts. Urkundendelikte bezwecken Echtheitsschutz, der Schutz der inhaltlichen Wahrheit ist eine Ausnahme und sollte dies auch bleiben. Damit ist im Übrigen nicht gesagt, dass un-

³⁴ Bereits der E 1962 wollte den Täterkreis einschränken, wenn auch geringfügiger als hier vorgeschlagen; siehe § 309 E 1962; BT-Drucks. IV/650, S. 61, 486.

³⁵ Siehe dazu auch BT-Drucks. 20/15, S. 34.

³⁶ Vgl. auch § 218b Abs. 1 S. 2 StGB.

wahre Erklärungen nicht in anderen Zusammenhängen – man denke etwa an § 153 StGB, § 263 StGB oder § 370 AO – strafbar sind. Im Bereich der Urkundendelikte sind sie dies aber nur in bestimmten berechtigten Ausnahmefällen.

Der Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen – Sonderdogmatik als Ersatz für einen Spezialtatbestand?

Professor Dr. Karsten Gaede

Mein Thema ist der Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen. Ich möchte mit Ihnen die Frage erörtern, ob die wirtschaftliche Dimension des Gesundheitswesens im Vermögensstrafrecht eine Sonderdogmatik hervorgerufen hat. Eine solche Dogmatik könnte das Medizinstrafrecht als Innovationsmotor in einem bedeutsamen Feld des Besonderen Teils ausweisen – sie könnte aber auch als rechtsferner Ersatz eines Gesetzgebungsaktes zu begreifen sein, was in der Literatur¹ längst beklagt wird.

Wenn wir mit diesem Thema die wirtschaftsstrafrechtliche Dimension einbeziehen, können wir im Rückblick festhalten, dass das Medizinstrafrecht neues Recht hervorgebracht hat: Mit der Schaffung der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen ist der Gesetzgeber dazu übergegangen, Korruptionsunrecht auch jenseits der klassischen Geschäftsherrenkonstellation anzuerkennen.² Das Par-

¹ Siehe etwa *Gaidzik*, wistra 1998, 329 ff.; *Volk*, NJW 2000, 3385, 3388; *Stein*, MedR 2001, 124 ff.; *Grunst*, NStZ 2004, 533, 536 ff.; *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 10, 14 f.; *Hancock*, Abrechnungsbetrug durch Vertragsärzte, 2006, S. 218 ff.; *Braun*, Autonomie vs. Akzessorietät des Strafrechts am Beispiel des ärztlichen Abrechnungsbetruges, 2016, S. 234; Schönke/Schröder/*Perron*, StGB, 30. Aufl., 2019, § 263 Rn. 112.

² NK-WSS/*Gaede*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., 2022, § 299a StGB Rn. 16.

lament selbst hat Grenzen verschoben, um das Medizinstrafrecht zu erweitern. Diese Neuvermessung der Korruption hat selbst Prinzipien etabliert, die meines Erachtens akzeptabel und auslegungsfähig sind.³

Wenn ich nun aber näher auf den Betrug blicke, hat dies zwei Gründe: Zum einen ist es der Betrug, der in der Verfolgung wahrgenommener Unregelmäßigkeiten auf dem Gesundheitsmarkt mehr denn je dominiert.⁴ Zum anderen ist die Debatte über die Legitimität des Abrechnungsbetruges die Grundsätzlichere: Sie betrifft Grundfesten des nach wie vor zentralen vermögens- und wirtschaftsstrafrechtlichen Tatbestandes – des Betruges gemäß § 263 StGB. In ihm liegt die Hauptnorm des auf bestimmte Angriffsweisen begrenzten⁵ strafrechtlichen Vermögensschutzes, die etwa die Untreue und bisweilen die Erpressung dogmatisch alimentiert.

Damit ich meine Frage nach einer Sonderdogmatik beantworten kann, umreißt ich erstens, was den Abrechnungsbetrug als Fallgruppe des Betruges vor allem prägt (A.). Zweitens erwäge ich, ob diese prägenden Faktoren eine Sonderdogmatik ausmachen (B.). Drittens bewerte ich die vorherrschende Dogmatik des Abrechnungsbetruges (C.). Abschließend fasse ich meinen Vortrag in drei Thesen zusammen (D.).

A. Bestandsaufnahme: Was prägt den Abrechnungsbetrug?

Kommen wir zur Bestandsaufnahme – was prägt den sog. Abrechnungsbetrug? Knapp gesagt, ist der Betrug im Allgemeinen die zur Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils mittels Täuschung über Tatsachen unternommene und durch eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung realisierte vorsätzliche Schädigung fremden Vermögens.⁶ Bei alledem liegt das Ziel der Pönalisierung des Betruges allein darin, das Vermögen natürlicher und juristischer Personen zu bewahren.⁷ Der Betrugstatbestand schützt weder die Realisierung eines Vermögenszuwachses noch gänzlich andere Schutzzwecke.⁸

³ Ulsenheimer/Gaede/Gaede, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Aufl., 2021, Rn. 1306.

⁴ So weist schon die PKS für 2021 etwa aus: 11.318 erfasste Fälle nach § 263 StGB, 228 erfasste Fälle gemäß §§ 299a und 299b StGB (abrufbar unter <https://t1p.de/e1ej8> [T02 Grundtabelle Wirtschaftskriminalität] [zuletzt abgerufen am 15.08.2023]).

⁵ Dazu etwa Gaede, *Der Steuerbetrug*, 2016, S. 63, 231 f.

⁶ In diesem Sinne z.B. OLG Karlsruhe JR 1997, 299, 300 m. Anm. *Kindhäuser*; AnwK/Gaede, StGB, 3. Aufl., 2020, § 263 Rn. 1.

⁷ Dazu etwa BVerfG NJW 2012, 907, 915 ff.; BGHSt 16, 220, 221; 321, 326; OLG Köln NStZ-RR 2009, 176; zur herrschenden Ablehnung der Dispositionsfreiheit BGH NJW 1983, 1917; *Wessels/Hiltenkamp/Schubert*, *StrafR BT 2*, 45. Aufl., 2022, Rn. 509; *MüKo/Hefendehl*, StGB, 4. Aufl., 2022, § 263 Rn. 1 ff.

⁸ BGH NJW 1991, 2573 f.; OLG Stuttgart NStZ-RR 2007, 347 f.; *Matt/Renzikowski/Saliger*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 245.

Für mein Thema muss ich nicht auf alle Tatmerkmale näher eingehen. Ich kann mich auf Merkmale und Aspekte konzentrieren, die dem Abrechnungsbetrug im Medizinstrafrecht seine große Karriere gebnet haben.

I. Die normativierte Täuschung

Zuallererst ist die weithin normativierte Täuschung zu nennen. Unter der Täuschung über Tatsachen verstehen wir jedes Verhalten mit einem unrichtigen Erklärungswert hinsichtlich Tatsachen, das durch eine Einwirkung auf die Vorstellung einer anderen natürlichen Person einen Irrtum herbeiführen oder unterhalten kann.⁹ Während die Gerichte zudem eine subjektive Täuschungsbestimmung verlangen,¹⁰ wird im Schrifttum bisweilen und meines Erachtens zu Recht eine objektive Täuschungsseignung gefordert.¹¹ Möglich ist die ausdrückliche, aber auch eine konkludente Täuschung. Durch eine Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont ist jeweils zu bestimmen, ob eine wahrheitswidrige Tatsachenbehauptung, also eine mit der beweisbaren Wirklichkeit nicht übereinstimmende Aussage, kommuniziert wurde. Werturteile und damit insbesondere Thesen zur Rechtslage sind insoweit keine tauglichen Erklärungsinhalte. Mit der Geltendmachung eines Anspruchs kann aber zugleich insbesondere konkludent die Behauptung anspruchsbegründender Tatsachen verbunden sein. Dies gilt zum Beispiel, wenn unter dem Verweis auf eine Gebührenziffer die Verwirklichung des betreffenden Gebührentatbestands vorgespiegelt, also zum Beispiel eine sog. Luftleistung abgerechnet wird.¹²

Für die Karriere des Abrechnungsbetruges ist relevant, dass die Rechtsprechung im Fall der Geltendmachung von Ansprüchen den sog. Empfängerhorizont dominant über die Rechtsvorschriften ausfüllt, die für die jeweilige Abrechnung gelten. Sie legt für die Prüfung der in praxi zentralen konkludenten Täuschung folgendes zugrunde: Ein Leistungserbringer sichert bei der Abgabe relevanter Erklärungen im Zweifel die Beachtung der Rechtsnormen zu, welche die Abrechnung regeln und deren Einhaltung der Empfänger nicht ohne Weiteres überprüfen kann, so dass er auf ihre Einhaltung vertrauen muss.¹³ Fordert etwa eine Vertragsärztin ein Entgelt

⁹ OLG Bamberg NStZ 1982, 247; Fischer, StGB, 70. Aufl., 2023, § 263 Rn. 14; näher einschließlich der Vereinbarkeit mit dem Gesetzeswortlaut AnwK/Gaede (o. Fn. 6), § 263 Rn. 10 f.

¹⁰ Dazu BGHSt 18, 235, 237; 47, 1, 5; Rengier, StrafR BT I, 25. Aufl., 2023, § 13 Rn. 9; a.A. etwa Fischer (o. Fn. 9), § 263 Rn. 14; NK/Kindhäuser/Hoven, StGB, 6. Aufl., 2023, § 263 Rn. 58; näher auch BGH HRRS 2011 Nr. 356 und Matt/Renzikowski/Saliger (o. Fn. 8), § 263 Rn. 34.

¹¹ Hierzu m.w.N. AnwK/Gaede (o. Fn. 6), § 263 Rn. 21 ff.

¹² Zum Gebührentatbestand BGH NStZ 1993, 388 f.; OLG Hamm NStZ 1997, 130, 131; RGSt 65, 52, 54 f.

¹³ Kulminierend m.w.N. BGHSt 57, 95, 101; grundsätzlich ebenso etwa BGH medstra 2015, 168, 170; OLG Düsseldorf medstra 2017, 361, 364; I/K/Tiedemann, StGB, Bd. 9/1, 12. Aufl., 2012, § 263 Rn. 36 und 39; Saliger, medstra 2019, 258, 259 f.; grundlegend BGH NJW 2009, 2900, 2901; abl. z.B. bereits Kubiciel, medstra 2019, 68, 69 f.: Sonderpflichten kreiert.

für eine Leistung, umfasst ihre Erklärung demnach regelmäßig die Zusicherung, die Leistung sei unter Beachtung der sozialrechtlichen Vorschriften erbracht worden und ein Honoraranspruch auf der von diesen vorausgesetzten Tatsachengrundlage entstanden.¹⁴ So sind die Gerichte auch dort zu einer Täuschung über Tatsachen gelangt, wo sich explizit unrichtige Angaben zu den medizinisch unternommenen Schritten nicht ausmachen lassen. Täuschungen liegen nicht allein in Fällen vor, in denen der Arzt bewusst eine nicht (von ihm) oder nur kunstwidrig erbrachte Leistung abrechnet. Wahre Tatsachen werden nach der Rechtsprechung zum Beispiel auch unterdrückt, wenn Leistungen trotz fehlender Genehmigung von einem nicht selbst als Vertragsarzt zugelassenen Arzt der gleichen Fachrichtung als „Strohmann“ erbracht worden sind.¹⁵ In diesen und weiteren Fällen soll der Vertragsarzt zumindest konkludent behaupten, dass er die *tatsächlichen Voraussetzungen* der Rechtsvorschriften eingehalten habe, die der Abrechnung zugrunde liegen. All dies gilt nach den Gerichten sowohl für Vertragsärzte als auch für privatliquidierende Ärzte¹⁶ oder Apotheker¹⁷. Der BGH meint schlicht, „wer eine Leistung einfordert, behauptet damit zugleich deren Abrechnungsfähigkeit“.¹⁸ Diese Interpretation führt dazu, dass der Betrug selbst in Fällen naheliegt, in denen Ärzte medizinisch einwandfreie Leistungen abrechnen und die verletzte Norm etwa ordnungspolitischen Zielen dient.

In der Praxis streiten sich die Beteiligten des Strafverfahrens sodann fast nur noch um die Interpretation der sozial- oder privatrechtlichen Abrechnungsvorschriften. Auch in der Leitentscheidung des BGH zur Privatliquidation dominieren die Ausführungen zu der Frage, ob behauptete Ansprüche nach GOÄ und BGB bestehen.¹⁹ Mit der anspruchsversagenden Interpretation der Rechtsnormen steht die strafrechtliche Täuschung in der Regel fest.

II. Der rudimentär vorausgesetzte Irrtum

Der Abrechnungsbetrug wird in seiner praktisch großen Bedeutung ferner vom Merkmal des Irrtums genährt. Nur dann, wenn es dem Täter mit der Täuschung gelingt, ein individuelles Opfer zu korrumpieren, kommt ein vollendeter Betrug in Betracht. Der Irrtum ist jede psychisch vorhandene Fehlvorstellung, die sich eine

¹⁴ In diesem Sinne auch schon BGH NSTZ 1993, 388 f.: Zusicherung der Abrechenbarkeit nach dem EBM; 1994, 288 f.; 1994, 585 f.; 1995, 85 f.; NJW 2009, 2900, 2901; *Fischer*, medstra 2019, 257.

¹⁵ BGH GesR 2003, 87 ff.

¹⁶ M.w.N. BGHSt 57, 95, 101.

¹⁷ Dazu etwa BGH NJW 2021, 90, 95 ff.

¹⁸ BGHSt 57, 95, 101; OLG Hamm NSTZ 1997, 130, 131; Spickhoff/*Schubert*, Medizinrecht, 4. Aufl., 2022, § 263 StGB Rn. 16.

¹⁹ Siehe BGHSt 57, 95, 100-112. Der strafrechtliche Teil findet sich in BGHSt 57, 95, 112-122.

natürliche Person von der objektiv feststellbaren Wirklichkeit macht.²⁰ Diese Fehlvorstellung muss sich spiegelbildlich auf die Tatsachen beziehen, über die der Täter getäuscht hat.²¹

Konkret ist von Belang, dass die Intensität dieser Fehlvorstellung merklich beschränkt ist. Nur die vollständige Unkenntnis über eine Tatsache verwehrt sich dem Irrtumsmerkmal als sog. *ignorantia facti*.²² Der Getäuschte muss nicht überzeugt sein. Gerade anhand der Abrechnung eines Vertragsarztes gegenüber seiner Kassenärztlichen Vereinigung, der KV, hat die Rechtsprechung anerkannt, dass selbst ein bestehender, auf einer anonymen Anzeige beruhender Betrugsverdacht die Bejahung des Irrtums nicht hindern soll.²³ Erst recht soll die Frage, ob der Getäuschte den Irrtum hätte vermeiden können, keine Rolle spielen.²⁴ Nach dieser Rechtsprechungslinie soll ein Irrtum selbst dann vorliegen, wenn das Opfer eine wahre Behauptung nur noch für möglich hält und deshalb vermögensmindernd verfügt.²⁵

Ein Weiteres kommt hinzu: Sachbearbeitende der Krankenkasse oder der zuständigen KV müssen die einzelnen konkreten Abrechnungssachverhalte gar nicht zur Kenntnis nehmen – es genügt, wenn sie das sachgedankliche Mitbewusstsein gewinnen, dass die Abrechnung insgesamt „in Ordnung“ sei.²⁶ Gerade in der GKV, die standardisiert ablaufende massenhafte Abrechnungen prägen, genügt damit die Vorstellung, dass der geltend gemachte Anspruch insgesamt bestehen werde.²⁷ Es sei entbehrlich, dass „der jeweilige Mitarbeiter hinsichtlich jeder einzelnen geltend gemachten Position die positive Vorstellung hatte, sie sei der Höhe nach berechtigt“.²⁸

²⁰ Zum Maßstab m.w.N. Matt/Renzikowski/*Saliger* (o. Fn. 8), § 263 Rn. 88 ff.; zum Charakter als psychologisches Merkmal etwa Ulsenheimer/Gaede/*Ulsenheimer/Gaede* (o. Fn. 3), Rn. 1541.

²¹ BGHSt 8, 289, 291; m.w.N. BGH NStZ 2017, 347 f.; SSW/*Satzger*, StGB, 6. Aufl., 2023, § 263 Rn. 125; siehe aber zur Wirkung der „alles in Ordnung-Vorstellung“ m.w.N. *Hancock* (o. Fn. 1), S. 142 ff.

²² RGSt 42, 40 f.; KG JR 1986, 469; Ast, NStZ 2013, 305, 309; *Krebl*, NJW 1991, 1397, 1398; *Seelmann*, NJW 1980, 2545, 2550; zum ungenügenden allgemeinen Sicherheitsgefühl AG Tiergarten StV 1988, 256, 257.

²³ Siehe grundlegend BGH NJW 2003, 1198 f.

²⁴ M.w.N. BGH NJW 2003, 1198 f.

²⁵ BGH NJW 2003, 1198, 1199 m. abl. Anm. *Beckemper/Wegner*, NStZ 2003, 315; *Krack*, JR 2003, 384 ff.; zust. *Krüger*, wistra 2003, 297 f.; HK-GS/*Duttge*, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl., 2022, § 263 StGB Rn. 25.

²⁶ BGH NStZ 2007, 213, 215 f.

²⁷ BGH NStZ 2007, 213, 215 f.; 2015, 341; BGHSt 57, 95, 100; *Kölbel*, NStZ 2009, 312, 314.

²⁸ BGH NStZ 2007, 213, 215 f.

III. Der normativierte Schaden

Der objektive Tatbestand des Betruges erfordert ferner einen Vermögensschaden, der auf einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung beruhen muss. Der Schaden ist oft das zentrale und umkämpfte Tatmerkmal. Dies gilt auch deshalb, weil er als Kernmerkmal des Vermögensverletzungsdelikts unter der besonderen Beobachtung des BVerfG steht.²⁹

Der Schaden setzt zum einen eine Minderung des Gesamtvermögens des Opfers voraus,³⁰ die bereits mit der Vermögensverfügung umrissen wird. Zum anderen ist es die Kernaufgabe des Schadens, nach Kompensationen der eingetretenen Vermögensminderung zu fragen; der Schaden ist demgemäß durch eine Vermögenssaldierung zu ermitteln, die sich primär an objektivierten wirtschaftlichen Kriterien orientieren soll.³¹ Ein Schaden liegt vor, wenn sich zwischen dem Wert, den das von der Verfügung betroffene Vermögen vor und nach der Verfügung hatte, eine negative Differenz ergibt.³²

Ebendiese Rechtsprechung blickt für den Abrechnungsbetrug nur auf ein einziges Kriterium: Wenn ein Leistungserbringer Ansprüche geltend gemacht hatte, die nach dem Ergebnis der vom Täuschungsmerkmal bekannten Rechtsprüfung des Tatgerichts ausscheiden, liegt in jeder Zahlung zwingend ein Vermögensschaden.³³ Besteht der etwa sozialversicherungsrechtlich zu begründende Anspruch nicht,³⁴ handelt es sich um die Begleichung einer Nichtschuld, die stets wirtschaftlich unvernünftig sei.³⁵

All dies gilt auch dann, wenn etwa ein GKV-Patient *lege artis* und erfolgreich behandelt wurde, wodurch der Sachleistungsanspruch gegenüber der Krankenkasse nicht länger zu erfüllen ist. Der Umstand, dass der Krankenkasse bzw. der KV im Ergebnis Aufwendungen erspart worden sind, soll ebenso wie die bewirkte Heilung irrelevant sein; vielmehr handele es sich von vornherein nicht um Kompensationen, da die genannten Vorteile der Kasse, der KV bzw. dem Patienten schon vor der

²⁹ Dazu noch BVerfG NJW 2012, 907, 915 ff.

³⁰ BGHSt 16, 321, 326; 32, 22, 23 f.; AnwK/Gaede (o. Fn. 6), § 263 Rn. 97.

³¹ Siehe auch zum Verhältnis der Gesichtspunkte m.w.N. AnwK/Gaede (o. Fn. 6), § 263 Rn. 96 ff.

³² BGHSt 3, 99, 102; 16, 220, 221; 30, 388, 389; 51, 165, 174; BGH NSTz 1997, 32 f.

³³ Dazu und zum Folgenden zur Privatliquidation BGHSt 57, 95, 115 ff.; für die Instanzpraxis LG Hamburg MedR 2017, 574, 576. Letztlich wegweisend BGH NSTz 1995, 85 f. m. zust. Anm. *Hellmann*, NSTz 1995, 232. Zur Übertragung auf weitere Fälle BGH medstra 2018, 160, 165 f.; BGHSt 57, 312, 325; m.w.N. ERST/Saliger, Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 263 StGB Rn. 213.

³⁴ Zur strikt sozialrechtlichen Prüfung: BGH NSTz 1993, 388 f. (grundlegend, siehe auch *Weidbaas*, MedR 2015, 577 f.); BGHSt 57, 312, 324 f.; BGH medstra 2018, 160, 165; *Herffs*, wistra 2004, 281, 286; *Fischer* (o. Fn. 9), § 263 Rn. 60a; MüKo/*Hefendehl* (o. Fn. 7), § 263 Rn. 844.

³⁵ BGH NJW 2014, 3170, 3171 f. (zur Pflege) und anhand der Privatliquidation BGHSt 57, 95, 115 ff.

vermögensmindernden Zahlung zufließen.³⁶ Allenfalls bei der Strafzumessung können entsprechende Umstände oder auch spätere Wiedergutmachungen bedeutsam sein und zu einer Milderung führen.³⁷

Die große praktische Bedeutung dieser Rechtsprechung resultiert nun daraus, dass das Sozialrecht nach Ansicht des Bundessozialgerichts aus diversen Regelungskonvoluten einen Anspruchsfortfall ableitet und auf breiter Front Vergütungen vollständig auch dann versagt, wenn der Patient medizinisch gut versorgt wurde.³⁸ So kann der Vergütungsanspruch an Leistungs- und Qualitätsmängeln, ebenso aber an der Verletzung sozialrechtlicher Zuwendungsverbote³⁹ oder an missachteten Ordnungsvorgaben des Gesundheitswesens⁴⁰ scheitern.

Ferner ist hervorzuheben, dass die Rechtsprechung für die Privatliquidation gleichermaßen gilt.⁴¹ Gerade hier hat der 1. Strafsenat des BGH das Argument der Leistung auf eine Nichtschuld betont:⁴² „Zahlt der in Anspruch Genommene irrtumsbedingt ein nicht geschuldetes Honorar, ist er in Höhe des zu Unrecht Gezahlten geschädigt.“⁴³ Auch der Einwand, der Patient sei durch den infolge der lege artis erbrachten Leistung entfallenen Behandlungs- oder Untersuchungsbedarf bereichert, beeindruckte den Senat mitnichten. Er hält dem Einwand unter anderem entgegen, dass im Fall eines mangelnden Anspruches Arbeitsleistungen des Arztes vorlägen, denen die Rechtsordnung wie den Tätigkeiten des „Killers“ nun einmal keinen Vermögenswert beimessen dürfe; das Strafrecht setze sich ansonsten in Widerspruch zur übrigen Rechtsordnung.⁴⁴

³⁶ Zur ausschließlichen Maßgeblichkeit des Verfügungszeitpunktes BGHSt 57, 95, 114; BGH NJW 2014, 3170, 3171 f.; grundlegend BGH NSTZ 1995, 85, 86 m. zust. Anm. *Hellmann*, NSTZ 1995, 232 f.; m.w.N. *Rettko*, medstra 2018, 278, 281 f.; *Fischer* (o. Fn. 9), § 263 Rn. 155; *Idler*, JuS 2004, 1037, 1040 f.

³⁷ BGH NSTZ 1995, 85, 86; BGH NJW 2003, 1198, 1200; OLG Koblenz MedR 2001, 144, 145; *Schubr*, wistra 2012, 265, 266; vgl. auch BGH medstra 2018, 160, 167; zur Hinnahme eines lediglich formalen Schadens BGH NJW 2014, 3170, 3172. In Frage stellend aber BGH NJW 2012, 1377, 1385 (in BGHSt 57, 95 nicht abgedruckt) und BGHSt 57, 312, 325; dazu abl. etwa *Gaede* (o. Fn. 95), S. 257, 264 ff.; *Mahler*, wistra 2013, 44, 48.

³⁸ St. Rspr. BSG MedR 2011, 298, 301, 306; siehe allerdings auch zur Vergütung trotz Manipulation der Organvergabe jüngst BSG medstra 2023, 250, 251 ff.

³⁹ BGH medstra 2018, 160, 165 f.; BGH NJW 2021, 90, 96; auch zu § 31 BOÄ-Nds. LSG Niedersachsen-Bremen medstra 2017, 115.

⁴⁰ OLG Koblenz MedR 2001, 144 m. abl. Bespr. *Stein*, MedR 2001, 124. Die mögliche Irrelevanz „bloßer Ordnungsvorschriften“, die das BSG als Ausnahme andeutet, siehe etwa m.w.N. BSG BeckRS 2008, 52040, bleibt bisher undefiniert und praktisch wertlos, siehe zur Kritik beispielhaft *Pritting/Wolk*, JZ 2022, 1101, 1105.

⁴¹ Dazu und zum vorhergehenden BGHSt 57, 95, 115 f.

⁴² BGHSt 57, 95, 115 ff.

⁴³ BGHSt 57, 95, 116.

⁴⁴ BGHSt 57, 95, 117 f. Zu dieser eher unqualifizierten Gleichsetzung nur schon *Geiger/Schneider*, GesR 2013, 7, 10 f.; *Saliger/Tsambikakis*, MedR 2013, 284, 287.

IV. Zwischenfazit und Rückwirkung

Wenn ich an dieser Stelle ein Zwischenfazit ziehe, muss ich nach alledem hervorheben, dass die normativ zu beantwortende Frage nach dem rechtlichen Anspruch bei *allen* Tatmerkmalen des Abrechnungsbetruges vorentscheidend wirkt. Fehlt es nach Ansicht des Gerichts an einem Anspruch, geht die Prüfung im Fall einer Abrechnung durch den Betrug wie das heiße Messer durch die im Grunde schon warme Butter.

Allerdings muss man ergänzend erwähnen, dass die normative Aufladung des betrugsbegründenden Sachverhalts für die Subsumtion des subjektiven Tatbestandes vereinzelt Konsequenzen hat. Geht der abrechnende Laie fest von einem rechtlich bestehenden Anspruch aus⁴⁵ oder findet er sich nicht mit der gegenteiligen, seinen Anspruch verneinenden Rechtsauffassung ab,⁴⁶ kann es im Einzelfall aus – in praxi aber höchst unsicheren – subjektiven Gründen an einem Betrug fehlen.

B. Die Rechtsprechung zum Abrechnungsbetrag – eine Sonderdogmatik?

Ich möchte nun erörtern, ob wir in den prägenden Faktoren des Abrechnungsbetruges eine Sonderdogmatik erblicken sollten. Dies ist gerade nicht der Fall:

I. Die normativierte Täuschung

Blicken wir eingangs auf die Täuschung. Hier bekennt der BGH zwar grundsätzlich, dass die Täuschung eine Tatfrage darstellt⁴⁷ und – wie etwa die Hoyzer-Entscheidung noch geltend macht – eine rechtliche und tatsächliche Prüfung des Erklärungsgehaltes erfordert.⁴⁸ Die vom BGH verfolgte Lehre, in der tatsächliche Aspekte der Kommunikation des Einzelfalles kaum noch sichtbar werden, bietet aber genügend Raum, um in den Fällen der Geltendmachung eines Anspruches die rechtliche Anspruchsbegründung regelmäßig auf das Ergebnis durchschlagen zu lassen. Ganz allgemein sind Rechtsprechung und die wohl herrschende Lehre bereit, die normative Schutzwürdigkeit des Erklärungsempfängers etwa bei der Äußerung von Werturteilen durch Experten zum dominanten Auslegungskriterium zu

⁴⁵ BGHSt 48, 322, 328 f.; BGH NJW 2002, 2117; *Fischer* (o. Fn. 9), § 263 Rn. 194; näher Ulsenheimer/Gaede/*Ulsenheimer/Gaede* (o. Fn. 3), Rn. 1593 ff., 1608.

⁴⁶ BGH medstra 2018, 42, 44 f.; Ulsenheimer/Gaede/*Ulsenheimer/Gaede* (o. Fn. 3), Rn. 1596 f.

⁴⁷ Zum Charakter als Tatfrage schon BGHSt 3, 69, 70 ff.; 67, 55, 59, 63 f.; BGH NJW 2019, 1759 ff. m. Anm. *Bilte*; BGH medstra 2015, 168, 170.

⁴⁸ Siehe im hiesigen Sinne eingrenzend etwa BGH medstra 2015, 168, 170 ff.

erheben.⁴⁹ Solange der genutzte sprachliche Ausdruck nicht klar gegen die Konkludenz streitet, kommt es auf die Rechtslage an.⁵⁰

Vor allem beschränken sich die Gerichte mitnichten auf Abrechnungsnormen des Gesundheitswesens.⁵¹ Die Rechtsprechung müsste ebenso etwa für Rechtsanwaltsgebühren⁵² gelten, auf die Berliner Stadtreinigung⁵³ und auf Schlüsseldienste⁵⁴ wurde sie in Bezug auf das Ansetzen üblicher Sätze längst tragend angewendet.

Fragen könnte man nun sicherlich, ob denn nicht die inarticulate major premise der jüngeren Rechtsprechung tatsächlich darin lag, gerade das notorisch unterfinanzierte Gesundheitswesen zu erfassen, um gezielt eine strafrechtliche Handhabe gegen prima facie verteuern wirkende Rechtsabweichungen zu eröffnen. Wirkliche Anhaltspunkte in den Ausführungen der einschlägigen Entscheidungen finden sich insoweit aber zum Betrug nicht. Viel näher liegt es, dass schon die in der Rechtsprechung allgemein vorherrschende Ausrichtung an einer wahrgenommenen Schutzwürdigkeit des Opfers die Neigung trägt, die Täuschung möglichst weit zu interpretieren. Das bei der Untreue heute grundsätzlich erkannte Bedürfnis, einer vermögensstrafrechtlichen Generalnorm bei ihrer Tathandlung auch Grenzen zu setzen, ist von den Fachgerichten für den Betrug bisher nicht anerkannt worden.⁵⁵ Im Zuge dessen hat der Schutz von Patienten und notorisch klammen (öffentlichen) Kassen nur erst recht leichtes Spiel.

II. Der rudimentär vorausgesetzte Irrtum

Meine These, dass keine abweichende, allein auf das Gesundheitswesen zielende Rechtsprechung vor uns liegt, sehe ich auch für den Irrtum bestätigt. Hier war zwar zu vermerken, dass der BGH sogar für einen bereits bestehenden Tatverdacht den Irrtum des Sachbearbeiters einer Krankenkasse noch immer akzeptiert hat; gerade hier ließ er die Vorstellung einer bloß möglichen Wahrheit genügen. Auch in dieser Entscheidung konnte sich der BGH jedoch auf eine allgemeine, längst über das Gesundheitswesen hinaus tradierte Rechtsprechung beziehen; sie erachtet im We-

⁴⁹ Zur hM Matt/Renzikowski/*Saliger* (o. Fn. 8), § 263 Rn. 35 f.; krit. AnwK/*Gaede* (o. Fn. 6), § 263 Rn. 29.

⁵⁰ Hierbei wertet der BGH aber zum Teil immerhin die zur Tatzeit bestehende Rechtsprechung aus, siehe BGHSt 67, 55, 59 ff. und vorbildlich BGH medstra 2015, 168, 170; 2015, 174, 176 f.

⁵¹ Zu anderen Kontexten etwa grundlegend BGH NJW 2009, 2900, 2901 m. zust. Anm. *Bittmann* (Fall Berliner Stadtreinigung); siehe ferner etwa BGH NJW 1990, 2005 f.; OLG Stuttgart NJW 1966, 990; NStZ 1985, 503; 2003, 554.

⁵² Entsprechend obiter BGH NJW 2019, 1759, 1761.

⁵³ BGH NJW 2009, 2900, 2901 m. zust. Anm. *Bittmann*. Siehe allerdings zu Handwerkerleistungen noch großzügiger OLG Düsseldorf NStZ-RR 2008, 241.

⁵⁴ Siehe BGH NStZ-RR 2020, 213, 214, auch zur Leistung auf eine Nichtschuld.

⁵⁵ Siehe aber zeitweise Prüfung in BVerfG NJW 2012, 907, 915; für verfassungsrechtliche Grenzen insbesondere *Saliger*, medstra 2019, 258, 259 f.: auf klare und evidente Fälle zu begrenzen.

sentlichen den vielleicht gar leichtfertig Zweifelnden und Zahlenden stets für schutzwürdiger als den vorsätzlich – nach ihrer weiten Ansicht – Täuschenden.⁵⁶ Auch die Lehre vom sachgedanklichen Mitbewusstsein, die ich nicht pauschal in Abrede stelle,⁵⁷ beruht nicht nur auf Entscheidungen zum Abrechnungsbetrug.⁵⁸

Ferner besteht kein Grund zu der Annahme, dass der BGH nur für das Gesundheitswesen bereit war und in Zukunft bereit sein wird, auf die Feststellung einer vom Opfer bejahten Wahrscheinlichkeit der behaupteten Tatsachen zu verzichten. Eine viktimodogmatische bzw. Zurechnungserwägungen verfolgende Präzisierung des Betrugsunrechts zum Merkmal des Irrtums ist den Gerichten bisher in jedem Kontext geradezu ein „Graus“. Etwa anhand der Abofallen im Internet hat der BGH selbst die immerhin prüfungsbedürftigen Einschränkungen durch das Binnenmarktrecht der EU schroff ohne Vorlage zum EuGH verworfen.⁵⁹ Wie stets wird hier wieder die Schutzwürdigkeit des potenziellen Opfers weit bejaht und gar in die Nähe einer verfassungsrechtlich gebotenen Pönalisierungspflicht gestellt.

Überdies sind die Gerichte in anderen Kontexten des Irrtumsmerkmals bei der Tatsachenfeststellung schon deutlich weiter gegangen als dies bisher bei Fällen des Gesundheitswesens ersichtlich wurde. Während die Leitentscheidung zum Abrechnungsbetrug noch wiedergibt, dass die Person des konkret Irrenden und Verfügenden zu bestimmen und jedenfalls in der Regel seine Vernehmung geboten sein werde,⁶⁰ sind Strafsenate des BGH mittlerweile in anderen Lebensfeldern weitergegangen. Sie verneinen, dass die Tatfrage⁶¹ des psychologischen Irrtums einer Person auch einfacher festgestellt werden könne. Wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Verfügende kollusiv mit dem täuschenden Täter zusammengearbeitet oder aus einem sonstigen Grund Kenntnis von der Täuschung erlangt hatte und der durch die Täuschung erregte Irrtum deshalb nicht verfügungsursächlich geworden sein könnte, sollen nähere Feststellungen dazu, wer zulasten des Opfers verfügt hat, entbehrlich sein können.⁶² Für die Irrtumsfeststellung sollen Rekurse auf die typische Interessen- und Pflichtenlage des Verfügenden und damit wieder der Blick auf die Rechtslage genügen; rechtliche Prüfungspflichten zeichnen hier das Ergebnis zur Tatsachenfrage längst vor.

⁵⁶ Zur hM Matt/Renzikowski/Saliger (o. Fn. 8), § 263 Rn. 177; krit. dazu AnwK/Gaede (o. Fn. 6), § 263 Rn. 64 f.

⁵⁷ Siehe AnwK/Gaede (o. Fn. 6), § 263 Rn. 58.

⁵⁸ Dafür BGHSt 2, 325 f.; BGH NSStZ 2015, 341; 2017, 347 f.; OLG Hamburg NJW 1983, 768 f.

⁵⁹ BGH NJW 2014, 2595 ff.

⁶⁰ BGH NJW 2003, 1198, 1199 f.; 2004, 568, 569; wistra 2010, 148.

⁶¹ Dafür nur BGH NSStZ 2000, 375 f.; 2007, 213, 215; wistra 2017, 318, 320; *Krebl*, NSStZ 2015, 101.

⁶² BGHSt 58, 102, 109; NSStZ 2014, 215, 216; a.A. m.w.N. *Kubiciel*, medstra 2019, 68, 70 f.

III. Der normativierte Schaden

Angesichts der allgemein die Debatte bestimmenden Schlagworte wie der „streng formalen Betrachtungsweise des Sozialrechts“ könnte sich nun aber der Vermögensschaden besonders für den Vorwurf einer prinzipienlosen Abweichung von der allgemeinen Dogmatik eignen. Jedenfalls hier könnte ein anderes Schutzziel als das Vermögen gerade im öffentlich-rechtlich durchwirkten Gesundheitswesen die Entscheidungen tragen und damit eine Rechtsgutsvertauschung zu rügen sein.

Zum Schaden sollten wir auch anerkennen, dass die im Gesundheitswesen notwendige Verarbeitung der extensiv auf Abschreckung und Disziplinierung bedachten Anspruchssubsumtionen durch das BSG eine herausfordernde Besonderheit darstellt. Heute gibt es fast zahllose Ansätze, über die das BSG⁶³ und andere Gerichte, wie etwa das Landgericht Nürnberg-Fürth,⁶⁴ Leistungserbringern Ansprüche versagen können. Hiermit erlangt die Konstellation des Anspruchsverlusts im Strafrecht eine allgegenwärtige Präsenz. Da manche Anspruchsversagungen im Sozialrecht wie Sanktionen daherkommen, entsteht ein Spannungsverhältnis zur vorherrschenden allgemeinen Judikatur, welche die täuschungsweise Abwendung von Sanktionsansprüchen dem Betrug gerade nicht subsumiert.⁶⁵

Dennoch muss man selbst für den Schaden eine Sonderdogmatik verneinen. Zunächst erstreckt sich die Rechtsprechung zu sanktionierenden Forderungen bisher nicht auf sanktionierende Anspruchsversagungen. Vor allem kann sich die harte Rechtsprechung auf dogmatische Annahmen der Saldierung berufen, die seit langem oder doch seit einiger Zeit allgemein vorherrschen:

Dies gilt zunächst für die These, dass es sich in den thematisierten Fällen um eine Leistung auf eine Nichtschuld handele. Diese Erwägung ist zwar erst mit dem Abrechnungsbetrug in der jüngeren Rechtsprechung besonders präsent geworden.⁶⁶ Sie ist aber weder erst für das Gesundheitswesen erfunden worden⁶⁷ noch ist sie hierauf beschränkt geblieben.⁶⁸ Etwa auch zur Untreue hat sie zur sog. Telekom-Spitzel-Affäre eine tragende Bedeutung erlangt und damit zugleich die Bemühungen, nur die Verletzung vermögensschützender Pflichten mit der Untreue zu erfassen, weithin entwertet.⁶⁹ Naheliegend ist vielmehr, dass der BGH nun ganz prinzi-

⁶³ Grundlegend BSGE 74, 154, 158; in Bezug auf Hilfsmittelerbringer BSG SozR 4-2500 § 127 Nr. 2.

⁶⁴ Siehe vor allem LG Nürnberg-Fürth medstra 2023, 266, 270: Verstoß gegen § 11 Abs. 1 ApoG als Verstoß gegen das Qualitätsgebot des § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V.

⁶⁵ Siehe schon schärfer krit. Ulsenheimer/Gaede/*Ulsenheimer/Gaede* (o. Fn. 3), Rn. 1573; zuvor *Weidhaas*, FS AG Medizinrecht im DAV, 2008, S. 371, 376 ff.: Anspruchsverlust als Vertragsstrafe.

⁶⁶ Zusp. BGHSt 57, 95, 114 ff.; zur Übertragung auf die Pflege *Rettke*, medstra 2018, 278, 280 f.

⁶⁷ Siehe etwa schon RGSt 60, 294, 295; BGHSt 2, 325, 327; BGH NJW 1968, 1147, 1148.

⁶⁸ Siehe zur Vergütung von Sachverständigen BGH NStZ 2019, 462 f. und BGH NStZ-RR 2020, 213, 214.

⁶⁹ Siehe BGH NZWiSt 2013, 189, 192 f.; dazu dann u.a. auch MüKo/*Dierlamm/Becker* (o. Fn. 7),

piell Vermögensschäden ohne jede sachverständige Begutachtung zur Bezifferung in Fällen bejaht, in denen ein mangelnder Anspruch den Schaden begründen kann. Er ist anscheinend froh darüber, dass sich die verfassungsgerichtlich ausgelösten Erschwerungen der Schadensfeststellung hier erübrigen.

Aber auch die These, dass es für die Kompensation allein auf die kausal infolge der Vermögensverfügung zufließenden Vermögensmehrungen ankomme, hat eine allgemeine dogmatische Basis, wenngleich sie nun gerade zugunsten des strafbaren Abrechnungsbetruges fruchtbar gemacht wird. Seit langem nehmen wir überwiegend an, dass der Verfügungszeitpunkt über die Saldierung entscheidet und eine entsprechende Kausalität zu fordern sei.⁷⁰ Überdies haben sich Erwägungen, den Betrug im Wege der objektiven Zurechnung unter dem Aspekt hypothetischer Entwicklungen einzuschränken, trotz zahlreicher dahingehender Versuche bisher schon allgemein nicht durchsetzen können.⁷¹ Der in die Debatte aufgenommene Umstand, dass zum Beispiel ein anderer agierender Vertragsarzt unter Umständen andere Maßnahmen mit anderen Kostenfolgen ergriffen hätte,⁷² wirkt hier nur als eine ergänzende Überlegung.

IV. Zwischenfazit: weite Auslegung der Betrugsmerkmale

Ich kann damit wieder ein Zwischenfazit ziehen und zugleich unterstreichen, was die Rechtsprechung zum Abrechnungsbetrug bedeutet: Die Betrugsauslegung wird zu den wesentlichen Tatmerkmalen von einer die Schutzwürdigkeit rechtlich und damit normativ bewertenden Praxis bestimmt. Im Kontext des Abrechnungsbetruges kommt die seit Jahrzehnten thematisierte Normativierung der Betrugsmerkmale lediglich in einer besonders weitgehenden Art und Weise zum Ausdruck: Anhand der Ausrichtung eines jeden Merkmals auf die Anspruchsprüfung exerziert die Rechtsprechung eine strikt rechts- und damit primärrechtsakzessorische Subsumtion. Bei alledem erweisen sich die grundsätzlich auch für den Betrug anwendbaren Lehren des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG bisher nicht als Grenzsteine. Eine Kammer des Gerichts hat vor zwei Jahren in der Unterfallgruppe des sog. MVZ-Betruges die strikte Ausrichtung an der Anspruchsprüfung unbeanstandet gelassen.⁷³ Wir dürfen seither davon ausgehen, dass in der Verfolgungspraxis die folgende Formel gilt: Wer als Leistungserbringer gegen das Recht verstößt und den-

§ 266 Rn. 236.

⁷⁰ In diesem Sinne etwa heute BGHSt 57, 95, 114, 117; BGH NStZ 1999, 353, 354; NJW 2014, 3170, 3171; Kölbl, JZ 2013, 849, 851 f.; Schubr, wistra 2012, 265, 266. Siehe auch außerhalb des Gesundheitswesens m.w.N. BGHSt 53, 199, 201 f.; 30, 388 ff.; BGH NStZ 1999, 353, 354.

⁷¹ Zur h.M. Samson, JA 1978, 468, 474; Hoffmann, GA 2003, 610, 615 f.; SK/Hoyer, StGB, 9. Aufl., 2017, § 263 Rn. 4 ff.; krit. dazu AnwK/Gaede (o. Fn. 6), § 263 Rn. 21 ff., 64 f., 98.

⁷² Auch hiermit abl. etwa BGH NJW 2003, 1198, 1200.

⁷³ BVerfG medstra 2021, 376 m. Anm. Dann.

noch ohne einen expliziten Hinweis auf den Verstoß abrechnet, verwirklicht bei wiederholten und nicht selten aus Gruppen heraus unternommenen Abrechnungen das Verbrechen des gewerbs- und bandenmäßig begangenen Betruges gemäß § 263 Abs. 5 StGB.

Von dieser Warte betrachtet erklärt sich dann auch, weshalb die zwischenzeitlich vereinzelt vernehmbaren Rufe nach einem merkmalsärmeren Sondertatbestand des Abrechnungsbetruges⁷⁴ heute keine Rolle mehr spielen: Wenn es gelingt, die Versagung des abgerechneten Anspruches gerichtsfest darzulegen, braucht keine Ermittlungsperson vor strafrechtlichen Hürden Angst zu haben. Der Vorsatz (bzw. der subjektive Tatbestand), so mag man sarkastisch ergänzen, wird so oder so unterstellt!

Ich würde nun aber die Darstellung verkürzen, wenn ich nicht ebenso unterstreichen würde, dass der heutige Rechtsstand auch expliziten Beifall findet. Die Rechtsprechung zum Abrechnungsbetrug wird wissenschaftlich zum Teil begrüßt.⁷⁵ Dies fußt im Kern darauf, dass schon das Schutzgut des Vermögens selbst von nicht wenigen als dominant normativ betrachtet wird. Sowohl zum Vermögens- als auch insbesondere zum Schadensbegriff sind Stimmen vernehmbar, welche die strikte Anspruchsorientierung als zwingende Orientierung am geltenden Recht verteidigen. Im Ergebnis plädieren zahlreiche Vertreter der Lehre wie Hefendehl damit, entgegen anderer Beteuerungen, für eine Hinwendung des Vermögensstrafrechts zu einem hier wieder rein juristischen Schadensbegriff.⁷⁶

C. Bewertung: zielführende Präzisierung des Betruges im Allgemeinen?

Die Frage ist nun aber, ob die Hinwendung zur Normativierung und konkret zu einem deutlich juristischeren Schadensbegriff allgemein überzeugt. Ob wir es mit einer zutreffend tatbestandspräzisierenden Innovation bzw. mit einer überzeugenden Neugewichtung in einem alten Streit zu tun haben, möchte ich abschließend behandeln.

⁷⁴ *Schubert*, ZRP 2001, 154, 156 ff.; *Popadiuk*, Der Abrechnungsbetrug im GOÄ-Liquidationsbereich, 2016, passim; abl. etwa schon *Kubicel*, medstra 2019, 68, 73 f.; *Saliger*, medstra 2019, 258, 261.

⁷⁵ Zust. etwa *Kölbl*, JZ 2013, 849, 851 f.; *Fischer* (o. Fn. 9), § 263 Rn. 155; *Rieger* in: Tondorf/Wostry (Hrsg.), Die Ärzteschaft im Spannungsfeld des Strafrechts, 1998, S. 81; *Hellmann*, NStZ 1995, 232; grundsätzlich *MüKo/Hefendehl* (o. Fn. 7), § 263 Rn. 844 ff.

⁷⁶ Dazu etwa schon krit. *Ulsenheimer/Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl., 2015, Rn. 1123 und 1128; ferner *Weidhaas* (o. Fn. 65), S. 371, 375, 382; auch insoweit explizit a.A. *BGH* NStZ 1995, 85, 86 m. zust. Anm. *Hellmann*, NStZ 1995, 232 f.

Hierbei werde ich den Irrtum ausblenden, auch wenn ich selbst jedenfalls unter den Gesichtspunkten der Zurechnung⁷⁷ und der Irrtumsfeststellung⁷⁸ Kritik anzumelden hätte. Die insoweit zu erhoffenden Veränderungen wären auch nach meiner Einschätzung eher überschaubar.⁷⁹

Ich möchte vielmehr das mit der Normativierung einhergehende Problem der gleichsam blinden Akzessorietät ansprechen. Insoweit möchte ich für die Täuschung und für den Vermögensschaden Schlüsse ziehen.

I. Die akzessorische Aufladung des Vermögensschutzes

Meines Erachtens liegt in der strikten Anspruchsorientierung ein Grundproblem des Betrug, das insbesondere im Gesundheitswesen hervortritt. Das Problem liegt, um dies deutlich zu sagen, keinesfalls darin, *dass* die Rechtsbegriffe des Betruges selbstverständlich normativer Natur sind; ebenso lässt sich das Vermögen in einer Rechtsordnung nicht beliebig faktisch und damit gar rechtsfern begreifen.⁸⁰ Mit der Schutzrichtung des Betruges bezwecken wir aber vorgeblich allein, das täuschungsbedingte Ärmerwerden eines Opfers zu verhindern. Hier müssen wir zum einen absichern, dass wir die konstitutive Täuschung nicht letztlich nur aus dem im Raum stehenden Taterfolg ableiten, der das Bedürfnis nahelegt, die Tathandlung zu bejahen. Zum anderen müssen wir mehr als bisher gewährleisten, dass die strikte Anspruchsorientierung nicht Konstellationen zum Betrug erklärt, in denen der anspruchsversagende Rechtsverstoß tatsächlich das Beste ist, was dem Opfervermögen passieren kann. Anschaulich werden die Probleme an der folgenden Konstellation:

Nach der heutigen Rechtsprechung ist es denkbar, dass der Vergütungsanspruch infolge eines Verstoßes gegen das sozialrechtliche Verbot der Vorteilsannahme abgeleitet wird, das Leistungserbringer etwa im Kontext der Arzneimittelverordnung gemäß § 128 Abs. 2 und 6 SGB V zu beachten haben.⁸¹ Dies gilt selbst dann, wenn der Patient lege artis versorgt wurde, seine Krankenkasse nicht mehr zur Leistung verpflichtet ist und die Subsumtion unter das Verbot zum Beispiel infolge eines noch rechtlich zu bewertenden anderen (Kooperations-)Grundes für die Zuwen-

⁷⁷ Zur Kritik siehe etwa auch Amelung, GA 1977, 1 ff.; Esser, FS Krey, 2010, S. 81 ff.; Mühlbauer, NStZ 2003, 650, 652; Rengier, FS Roxin, 2001, S. 811, 822 f.; näher Gaede, FS Roxin II, 2011, S. 967, 981 f.

⁷⁸ Siehe an anderem Ort schon Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede (o. Fn. 3), Rn. 1550, 1634 und Krehl, NStZ 2015, 101; Krause, FS Schlothauer, 2018, S. 383, 392 f.

⁷⁹ Siehe etwa zur Situation, in der ein Prozessrisiko zu bedenken ist, schon BGH NJW 2003, 1198, 1199 m. Anm. Beckemper/Wegner, NStZ 2003, 315; m.w.N. Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede (o. Fn. 3), Rn. 1550.

⁸⁰ Zum klassischen Satz, dass jeder Vermögensbegriff normativ sei, m.w.N. Kindhäuser, FS Lüderssen, 2002, S. 635, 645 f.; Becker, HRRS 2010, 383, 390; a.A. Schneider/Kaltenhäuser, medstra 2015, 24, 28 ff.

⁸¹ Siehe BGH medstra 2018, 160, 165 f. und zu § 31 BOÄ-Nds. LSG Niedersachsen-Bremen medstra 2017, 115.

dung umstritten war: Votiert das Strafgericht am Ende für den Anspruchsverlust, wäre der Empfängerhorizont kurzerhand mit dem Inhalt der späteren Entscheidung aufzuladen.

In der Folge müsste die Rechtsprechung auch den Schaden bejahen. Etwa der Apotheker, der einen Anspruch auf die Vergütung verordneter und abgegebener Arzneimittel geltend gemacht hat, obgleich er zuvor den besagten Vorteil zugewendet hat, würde mit der Vergütung einen Vermögensschaden auslösen. Dass der Patient bestens versorgt wurde und die Krankenkasse infolge der disziplinierenden Leistungsversagung wirtschaftlich besser steht als vor dem Geschehen, ist strafatbestandlich bedeutungslos. Allenfalls bei der Strafzumessung kann es eine wenig klare Anrechnung geben.

Bei alledem hat die Konstellation für die Ermittler den Charme, dass sie eine Korruptionstat nach den §§ 299a und 299b StGB gar nicht belegen müssen. Der Betrug ist vielmehr das viel geeignetere Wettbewerbsdelikt, das den scheinbar notwendigen Rechtsetzungen der §§ 299a und 299b StGB in Strafmaß und Nachweisbarkeit den Rang abläuft. Der akzessorisch an jeder Anspruchsversagung ansetzende Betrug ist mühelos in der Lage, jedem Ziel des zivilen oder öffentlichen Rechts mit Nachdruck Geltung zu verleihen.

Wenn man sich hier einmal zurücklehnt, erkennt man erstaunliche Parallelen zu einem Delikt, das selbst die Gerichte längst als einschränkungsbedürftig erkannt haben:

So hieß es lange, „Untreue? Passt immer“.⁸² Dies beruht – von der über eine Gesamtbetrachtung hergeleiteten Vermögensbetreuungspflicht abgesehen⁸³ – zum einen auf der dem Wortlaut nach unbegrenzten Tathandlung der Pflichtverletzung, die akzessorisch aus diversen Kontexten und Handlungsmaßstäben herrühren kann.⁸⁴ Ebenso konnte das Erfolgsmerkmal des Vermögensnachteils lange Zeit aus normativen Bewertungen abgeleitet werden.⁸⁵ So kam es, dass die Untreue frühere Lücken der transnationalen Korruptionsstrafbarkeit eilig schließen konnte: Die Korruptionsvorfeldhandlung der Einrichtung und Unterhaltung einer sog. schwarzen Kasse wurde mit ihr breit erfasst.⁸⁶

Während die Untreue heute immerhin als Problemfall erkannt und ihre Einschränkung auch von den Gerichten debattiert wird, muss es nun auch lauten: „Betrug? Passt immer!“ Zunächst erschöpft eine aus beliebigen Kontexten herrührende rechtliche Anspruchsversagung akzessorisch die Tathandlung der Täuschung und einen entsprechenden Irrtum (in Gestalt des sachgedanklichen Mitbewusstseins). Der Vermögensschaden lässt sich dann ebenfalls unschwer aus normativen Wer-

⁸² So das Bonmot von Ransiek siehe *Ransiek*, ZStW 2004 (116), 634.

⁸³ Zu dieser im Überblick m.w.N. *Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede* (o. Fn. 3), Rn. 1692 ff.

⁸⁴ *SSW/Saliger* (o. Fn. 21), § 263 Rn. 24, 31 ff.

⁸⁵ Siehe etwa BGH wistra 2009, 189 (aufgehoben durch BVerfGE 126, 170, 221 ff.) und BGH wistra 2011, 263 (aufgehoben durch BVerfG NJW 2013, 365).

⁸⁶ BGHSt 52, 323, 336 ff. m. krit. Anm. *Knauer*, NStZ 2009, 151, 153 und *Satzger*, NStZ 2009, 297, 302; krit. ebenso *MüKo/Dierlamm/Becker* (o. Fn. 7), § 263 Rn. 279.

tungen herleiten – eben erneut aus der rechtlichen Versagung des Anspruches. So wird dann auch jede nicht offengelegte Vorteilszuwendung im Kontext einer vergüteten Leistung auch bei rein sozialrechtlichen Verstößen stets ein Fall für den Betrug – die wettbewerbsschützenden Korruptionsdelikte des Gesundheitswesens haben sich so weithin erübrigt.

II. Die beschränkt normativierte Täuschung

Ich denke nun, dass zunächst die Tathandlung der Täuschung einer Einschränkung bedarf.⁸⁷ Wenn die Beurteilung einer Rechtsfrage zu den einschlägigen Abrechnungsnormen in der GKV oder PKV tatsächlich noch unklar und umstritten ist, dann verbietet es sich, nur aus der späteren anspruchsversagenden Entscheidung des Gerichts einen entsprechenden früher existenten objektiven Empfängerhorizont zur Auslegung der Erklärung abzuleiten.⁸⁸ Die rechtlichen Maßstäbe müssen die tatsächliche Kommunikation wirklich prägen oder doch bereits als maßgeblich kommuniziert worden sein, weil ihnen anderenfalls selbst für eine typisierende Feststellung des Erklärungswerts keine tatsächliche Rückwirkung auf das handlungszeitliche Verständnis von Äußerungen beigemessen werden kann.⁸⁹ Mag der Rechnungsempfänger ex post schutzwürdig erscheinen, die Bindung des Vermögensverletzungsdelikts an eine zum Tatzeitpunkt vorliegende besondere Angriffsweise gebietet, die normativierende Integration der rechtlichen Elemente in die konkludente Täuschung zu begrenzen. Selbst wenn Normen die Abrechnung regeln und der Empfänger die Abrechnung nicht ohne Weiteres überprüfen kann,⁹⁰ folgt aus dem etwaigen Schutzbedarf noch nicht der legitime Schluss auf die Kommunikation einer Tatsachenaussage, die der Gesetzgeber als Tathandlung einzig anerkannt hat. Hiermit sind Fälle einer lege artis erbrachten Leistung, zu der etwa die Einstufung unter eine bestimmte Gebührensnummer oder die Anwendbarkeit eines nicht präzisierten Vorteilsannahmeverbots streitig sind, nicht reflexhaft zu bestrafen. Erklärungen zu Abrechnungen, die rechtlich umstritten sind, aber keine expliziten tatsächlichen

⁸⁷ Über das Folgende hinausgehend wird im Schrifttum vorgeschlagen, schon bei der Täuschung Falschangaben zur Beachtung von Abrechnungsvorschriften auszublenden, die nicht die Ausgestaltung des wirtschaftlichen Vermögens bzw. der Werthaltigkeit einer Leistung anstreben, dafür *Braun* (o. Fn. 1), S. 121 ff., 130 ff., 140 ff.; *Kubicziel*, medstra 2019, 68, 69; *Krause* (o. Fn. 78), S. 383, 388 f.; hierzu bereits allgemein *Gaede* (o. Fn. 77), S. 967 ff.; skeptisch *Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede* (o. Fn. 3), Rn. 1536.

⁸⁸ Hierzu und zum Folgenden z.B. *Saliger*, FS Imme Roxin, 2012, S. 307, 315 ff.; *Kubicziel*, medstra 2019, 68, 69 f.; *Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede* (o. Fn. 3), Rn. 1531 ff. (auch mit Rückgrenzen) und 1629 ff.; so nun auch zum sog. AGG-Hopping BGHSt 67, 55, 60 sowie BGH NStZ 2023, 37, 39.

⁸⁹ Näher m.w.N. *Gaede* (o. Fn. 5), S. 89 ff.; *AnwK/Gaede* (o. Fn. 6), § 263 Rn. 28; zust. u.a. *Braun* (o. Fn. 1), S. 109 ff., 168.

⁹⁰ Für dieses Argument aber auch partiell *Matt/Renzikowski/Saliger* (o. Fn. 8), § 263 Rn. 16, 51 f.

Fehlangaben enthalten, werden sich oft (nur) als Äußerung einer Rechtsansicht interpretieren lassen. Damit wird der Empfängerhorizont nicht länger einseitig nach den Interessen des Empfängers an einer möglichst günstigen Kostenstruktur ausgerichtet, indem man die Kommunikationserwartung, so wie es Staatsanwaltschaften allzu oft handhaben, kurzerhand an der strengsten Auslegung des Abrechnungsrechts ausrichtet.⁹¹ Weder der Betrug noch die konkludente Täuschung sind dazu bestimmt, als Mittel der Kosteneindämmung im Gesundheitswesen zu fungieren.

In ebendiesem Sinne hat auch das OLG Düsseldorf in einem Fall, der die Abrechenbarkeit von Laborleistungen betraf, zur Privatliquidation bereits entschieden.⁹² Solange die Abrechnung nach einer bisher nicht aus dem Feld geschlagenen Ansicht in tatsächlicher Hinsicht leistungsunterlegt war, verbietet sich dem Gericht das Votum für eine konkludente Täuschung. Nur wenn die betreffende Abrechnungsvorschrift eindeutig missachtet wurde, soll der Schluss auf konkludent unrichtige Tatsachenbehauptungen eingreifen.

Auf dieser Linie sollten wir in Zukunft in allen Fällen des Gesundheitswesens, aber auch bei anderen Abrechnungen eine Grenze setzen. Ohne eine immerhin indiziell anzunehmende kommunikationsprägende Wirkung etwa der höchstrichterlichen Rechtsprechung müsste der Betrug zu einem allgemeinen Vermögensschädigungsdelikt mutieren. Immerhin hat auch der BGH in einem bisher etwas vereinzelt Fall bekannt, dass die rechtliche Einschätzung zur Abrechnungsfähigkeit zur „Tatzeit“ maßgeblich sein muss. So scheitert zum Beispiel eine konkludente Täuschung darüber, dass eine Zytostatika-Lösung ein verkehrsfähiges Rezepturarzneimittel sei, wenn dieser Erklärungsinhalt dem entsprach, wovon die Erklärungsadressaten nach der im Tatzeitraum bestehenden, rechtlich geprägten Verkehrsschauung ohnehin vernünftigerweise ausgehen mussten.⁹³ In seinen Entscheidungen zum sog. AGG-Hopping hat das Gericht diese Linie fortgeführt und ausgebaut.⁹⁴

III. Der begrenzt normativierte Schaden

Ich komme abschließend zu den notwendigen Veränderungen hinsichtlich des Schadens. Gerade insoweit denke ich, dass das Medizinstrafrecht bzw. die Behandlung des Gesundheitswesens – wie bei der Entscheidung des OLG Düsseldorf zur Täuschung – in Zukunft ein Motor sein sollte, um eine nicht nur von mir⁹⁵ vorge-

⁹¹ Gleichsinnig etwa schon Ulsenheimer/*Ulsenheimer* (o. Fn. 76), Rn. 1140 f.; *Gaede*, medstra 2018, 1 f.

⁹² OLG Düsseldorf medstra 2017, 361 ff.

⁹³ Vorbildlich unter Rekurs auf die zur Tatzeit vorherrschende Rechtsauffassung BGH medstra 2015, 168, 170; 2015, 174, 176 f.; gegen die oberflächliche Entscheidung BGHSt 57, 312, 324 f.

⁹⁴ BGHSt 67, 55, 59 f. und BGH NStZ 2023, 37, 39; dazu auch *Petzsche* HRRS 2023, 74, 79; siehe aber auch krit. *Henckel*, jurisPR-StrafR 22/2022 Anm. 1.

⁹⁵ Näher z.B. schon m.w.N. Ulsenheimer/*Ulsenheimer* (o. Fn. 76), Rn. 1120 ff., 1151; *Gaede*, in:

schlagene Rechtsprechungsänderung zu vollziehen. Selbst dann, wenn Ansprüche zu versagen sind, können wir Anlass dazu haben, etwa die für die Krankenkassen bisweilen wirtschaftlich ideale Situation der Rechtsübertretung nicht stets dem Betrug zu subsumieren.⁹⁶ Hier sollte in Zukunft tatsächlich der Mut zu einer Innovation Platz greifen:

1. Differenzierung nach dem Grund der Anspruchsversagung

Zunächst ist der Schaden unter Rückgriff auf die Normen des Sozial- und Medizinrechts herzuleiten, wenn sich diese als Ausdruck einer zumindest impliziten Vermögensbewertung darstellen. Vermögensbewertende bzw. -verteilende Rechtsnormen dürfen zur Begründung der Strafbarkeit beitragen, weil sie rechtsgutsbezogene Aussagen über die betroffenen Wirtschaftsgüter treffen.⁹⁷ Hierfür müssen aber vermögensbewertende Ziele hinter dem Rechtssatz stehen, der Ansprüche einschränkt oder ausschließt. Dies ist der Fall, wenn eine Vorschrift Bedingungen der medizinisch-wirtschaftlichen Werthaltigkeit zur Art, zum Inhalt oder zur Qualität der Leistung einschließlich der Qualifikation des Leistenden konkretisiert. Wenn das Opfer hiernach keine vollständig werthaltige Leistung erlangt, ist Raum für die Feststellung eines Vermögensschadens. Das Opfer wird mit der Zahlung auf eine fehlende Schuld in der Tat ärmer, ohne dass sich die erhaltene Leistung dem gegenüberstellen ließe.

Im Übrigen sollte aber ein strafrechtsautonomer Filter zur Anwendung kommen.⁹⁸ Dienen die Regelungen allein oder dominant dazu, vermögensunabhängige Ziele zu erreichen, weil sie etwa die Statusordnung innerhalb des Vertragsarztsystems umsetzen sollen,⁹⁹ dürfen sie die Schadensbegründung des § 263 StGB nicht vorzeichnen. Anderenfalls würde – entgegen der Haltung der Kammer des BVerfG¹⁰⁰ – die vom Zweiten Senat des BVerfG noch befürchtete Verdrängung

Fischer et al. (Hrsg.), *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens*, 2015, S. 257 ff.; Krause (o. Fn. 78), S. 383, 397 ff.; Braun (o. Fn. 1), S. 191 ff., 241 ff.

⁹⁶ Siehe näher schon Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede (o. Fn. 3), Rn. 1559 ff. und 1570 ff.

⁹⁷ Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede (o. Fn. 3), Rn. 1571, 1579. In diesem Sinne beispielhaft m.w.N. zur grundsätzlich markt- und damit vergütungsrelevanten persönlichen Leistungserbringung durch besonders qualifizierte Personen ERST/Saliger (o. Fn. 33), § 263 StGB Rn. 214.

⁹⁸ Dazu schon m.w.N. Gaede (o. Fn. 5), S. 79 ff.; ebenso nun mit der weithin parallelen Differenzierung nach einem unzulässig selbstständigen Dispositionsschutz Matt/Renzikowski/Saliger (o. Fn. 8), § 263 Rn. 189, 247, 255, die ebenfalls der Rechtsgutbewahrung dient; Saliger/Tsambikakis, MedR 2013, 284, 285 ff.; zu Bedenken an der Trennbarkeit der Fallgruppen etwa Rettke, medstra 2019, 262, 265 f.

⁹⁹ Dazu m.w.N. Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede (o. Fn. 3), Rn. 1579; zu diesem Bsp. etwa auch abl. Stein, MedR 2001, 124 ff.; MüKo/Hefendehl (o. Fn. 7), § 263 Rn. 846 ff.; Schönke/Schröder/Perron (o. Fn. 1), § 263 Rn. 112b; ERST/Saliger (o. Fn. 33), § 263 StGB Rn. 215; Idler, JuS 2004, 1037 ff.; Brockhaus, MedR 2013, 173.

¹⁰⁰ Zuvor wurde schon die gegen BGHSt 57, 95 erhobene Verfassungsbeschwerde nicht zur

wirtschaftlicher Faktoren durch normative Aspekte im Übermaß eintreten.¹⁰¹ Dies gilt auch deshalb, weil sich der heute allgemeine Standard der näheren wirtschaftlichen Bewertung und Bezifferung andernfalls vollends erübrigt, was allein bei vermögensbewertenden Vorschriften hinnehmbar erscheint. Auch das BVerfG hat bereits explizit verlangt, dass selbst im Fall verbotener Geschäfte und damit für rechtliche Ausschlussausschlüsse weiter zusätzlich zu prüfen ist, ob und in welchem Ausmaß das vorliegende Geschäft für den Betroffenen tatsächlich wirtschaftlich nachteilhaft war.¹⁰²

Für eine solche Betrachtung streitet ferner der Umstand, dass die gegenteilige, gleichsam blinde Übernahme primärrechtlicher Ergebnisse den Betrug tatsächlich zum Universaldelikt der wirtschaftlichen Dimension des Gesundheitswesens macht. Obschon die leitenden Materialien bei der Schaffung der §§ 299a und 299b StGB gerade nicht von einer allgemeinen Betrugsstrafbarkeit für den Leistungsaustausch im Gesundheitswesen ausgehen, wird die ursprünglich bejahte Strafbareitslücke heute kurzerhand mit einem weitaus höheren Strafmaß über den Betrug gefüllt.¹⁰³ Darin sollten wir keine systematisch stimmige Auslegung erblicken.

2. Beachtlichkeit der Vorleistung

In diesem Kontext ist die Vorleistung der Leistungserbringer entgegen der Ansicht der Gerichte nicht vorschnell als irrelevant zu bewerten.¹⁰⁴ Die Beschränkung der Saldierung auf nachträglich in engem zeitlichem Zusammenhang eintretende Kompensationen entstammt keinem undurchbrochenen Rechtssatz; vielmehr handelt es sich um eine durch den Wortlaut nicht erzwungene Ableitung der Rechtspraxis, welche die Gerichte selbst mit dem Wort „regelmäßig“¹⁰⁵ einführen. Der Rechtssatz zur Saldierung ist eher Ausfluss einer allzu selten reflektierten Auslegung, die hier ihr Übermaß erreicht. Weil der Rechtssatz bei Ansprüchen die wirtschaftliche Grundausrichtung des Vermögensdelikts sowie seine Ausrichtung auf das Ärmerwerden konterkariert, müssen wir ihn einschränken:¹⁰⁶

Entscheidung angenommen und damit ohne jede Begründung verworfen, BVerfG BeckRS 2014, 59257.

¹⁰¹ Z.T. zur Untreue so etwa BVerfGE 126, 170, 211 f., 227 f.; BVerfG NJW 2012, 907, 916 f.; 2013, 365, 366 f.; zweifelnd auch noch BGH NJW 2003, 1198, 1200. Zur Begründetheit dieser Forderung Gaede (o. Fn. 5), S. 62 ff.

¹⁰² BVerfGE 126, 170, 212. Nur verbal BGHSt 57, 95, 113 f.

¹⁰³ Zur Kritik schon näher Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede (o. Fn. 3), Rn. 1610 ff. und BT-Drs. 18/6446, S. 12; Wartjen, medstra 2018, 193 f.; Saliger, medstra 2019, 258, 261; begrüßend aber Fischer, medstra 2019, 257 f.; Michels, medstra 2018, 65 f.

¹⁰⁴ Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede (o. Fn. 3), Rn. 1573 ff. Anders aber Kölbel, JZ 2013, 849, 851 f.; partiell Spickhoff/Schubert (o. Fn. 18), § 263 StGB Rn. 44: teleologische Reduktionen bei der Abwehr sanktionsartiger Ausschlussausschlüsse.

¹⁰⁵ Siehe nur BGH NStZ 1999, 353, 354 und selbst BGHSt 57, 95, 114: „regelmäßig“.

¹⁰⁶ Vgl. bereits krit. m.w.N. Walter, FS Herzberg, 2008, S. 763 ff.; Küper, JZ 2009, 800, 801;

Zum einen ließe die undurchbrochene Aufrechterhaltung des Rechtssatzes Anspruchsausschlüsse maßgeblich sein, die vermögensfremden Zielen dienen,¹⁰⁷ während die tatsächlichen wirtschaftlichen Folgen infolge des pauschalen Ausschlusses aus dem Blick geraten. Zum anderen dient die Vorleistungspflicht der Ärzte nicht dem Schutz der Vermögen der KV, der Krankenkasse, der anderen Vertragsärzte oder gar der Patienten. Die Pflicht bezweckt nicht, etwa einer Krankenkasse ein Recht auf eine entgeltfreie Leistung zuzuweisen. Vielmehr besteht bereits vor der Leistung regelmäßig ein diese umspannender Behandlungsvertrag, der Vergütungsansprüche dem Grunde nach anlegt und die Vorleistungsbereitschaft des Leistungserbringers erst erklärt. Zumal eine allgemeine Vorleistungspflicht des Patienten (der KV/der Kassen) ebenso wie eine Zug-um-Zug-Leistung angesichts der notwendigen Behandlung ausscheidet, drängt es sich auf, den zeitlich gestreckten Leistungsaustausch als wirtschaftlich sinnvolle Einheit zu betrachten. Er ist einer Gesamtbetrachtung zuzuführen, wie sie zur Saldierung der Untreue bei einem wirtschaftlich sinnvollen Gesamtplan schon länger bekannt ist.¹⁰⁸ Hierfür spricht ebenso die im Grunde inkonsequente, aber letztlich vorherrschende Berücksichtigung der scheinbar wertlosen Leistung in der Strafzumessung;¹⁰⁹ sie lebt längst von einer wirtschaftlich orientierten Gesamtbetrachtung und gesteht ein, dass mit der bisherigen Praxis nur ein sog. formaler Schaden festgestellt wird.¹¹⁰ Eine Erklärung, weshalb bei der sinnvollen Einheit aus Vorleistung und späterer Entgeltentrichtung anders als bei der Untreue keine Ausnahme greifen sollte, bleibt die Rechtsprechung den Ärzten und anderen Leistungserbringern schuldig.

3. Schwierige aber mögliche Bewertung

Schließlich spricht ein letztes Gegenargument nicht durchgreifend für den Status quo. Die für delikt fremde Anspruchsausschlüsse eingeforderte wirtschaftliche Saldierung der ausgetauschten Leistungen scheitert nach richtiger Auffassung auch nicht daran, dass sich der wirtschaftliche Wert erbrachter Leistungen ohne die verbindliche Anknüpfung an die jeweiligen Anspruchsbewertungen von GOÄ oder EBM nicht bestimmen lasse. Schon der These der Rechtsprechung, dass die ausgleichenden wirtschaftlichen Effekte im Rahmen der Strafzumessung konkret

Gaede (o. Fn. 95), S. 257, 270 f.; *Saliger*, medstra 2019, 258, 260 f.; *Kudlich*, in: Kubiciel/Hoven (Hrsg.), *Korruption im Gesundheitswesen*, 2017, S. 111, 119 f.; *Kubicjel*, medstra 2019, 68, 71.

¹⁰⁷ Hierzu schon *Gaede* (o. Fn. 95), S. 257, 266 ff. unter Rekurs auf BVerfGE 126, 170, 212.

¹⁰⁸ Siehe hierfür mit einem anderen wirtschaftlichen Hintergrund: BGHSt 47, 295, 302; m.w.N. SSW/*Saliger* (o. Fn. 21), § 266 Rn. 71, 75; ders. S. 142 ff.

¹⁰⁹ Aus jüngerer Zeit so wieder BGH medstra 2018, 160, 167; LG Hamburg medstra 2019, 377, 382.

¹¹⁰ Offen so BGH NJW 2014, 3170, 3172; siehe ferner BGH NSTZ 1995, 85, 86: kein negativer Beitrag zur Kostensteigerung im Gesundheitswesen; BGH NJW 2003, 1198, 1200; OLG Koblenz MedR 2001, 144, 145; *Schubr*, wistra 2012, 265, 266.

berücksichtigen werden könnten,¹¹¹ liegt die Annahme einer möglichen Bewertung zugrunde. Zudem existieren mit den verschiedenen Indices für konkrete Leistungen Wertansätze, welche eine wirtschaftliche Einordnung der Leistung fördern. Es wäre schließlich widersprüchlich, für die Begründung des Betrugsschadens Schätzungen, Schadenshochrechnungen und hypothetische Wettbewerbspreise¹¹² zuzulassen, für schadensverhindernde/-vermindernde Kompensationen aber nur klar taxierte Leistungen zu akzeptieren. Jedenfalls für den Betrug muss eine Bewertung zulässig sein, damit das Strafrecht seine eigene teleologische Vorgabe achten kann.

D. Fazit in Thesen

Ich möchte zum Abschluss ein Fazit in drei Thesen ziehen:

- Die Rechtsprechungsgrundsätze zum Abrechnungsbetrug stellen sich nicht als strafrechtliche Sonderdogmatik dar – in ihr gelangt eine allgemein weite Auslegung des Betruges zugunsten schutzwürdiger Personen zum Ausdruck, die betont normativ ansetzt.
- Die Grundsätze der Rechtsprechung machen den Tatbestand zu einem universell anwendbaren Delikt, mit dem sich beliebigen rechtlichen Zielen effektiv Nachdruck verleihen lässt – der Bedarf für die Etablierung und Anwendung neuer Delikte wird derart erheblich beschränkt.
- Die weite normativierende Interpretation des Betruges bedarf der Begrenzung. Konkret muss die konkludente Täuschung in Konstellationen einschränkend ausgelegt werden, in denen noch kein rechtlich genährter objektiver Empfängerhorizont bestehen konnte. Ebenso sollte die Saldierbarkeit von Leistungen auch in Abweichung von allgemeinen Lehren zur Erhaltung eines wirtschaftlich fundierten Vermögensschädigungsdelikts ausgedehnt werden.

¹¹¹ BGH NStZ 1995, 85, 86; NJW 2003, 1198, 1200; wohl auch BGH medstra 2018, 160, 167.

¹¹² BGHSt 38, 186, 190 ff.; 47, 83, 88 f.; BGH NStZ 2005, 157, 158; wistra 2001, 103 ff.; LK/Tiedemann (o. Fn. 13), § 263 Rn. 165 f.; abl. aber AnwK/Gaede (o. Fn. 6), § 263 Rn. 141.

Rechtssicherheit für Ärzteschaft und Pflege: Utopie oder Fessel?

Bericht zur Podiumsdiskussion mit Dr. Martina Wenker, Prof. Dr. habil. Thomas Klie, Prof. Dr. Dr. Urban Wiesing und Dr. Peter Gretenkort, Moderation: Prof. Dr. Gunnar Duttge

Wiss. Mitarb. Niklas Pfeifer

Nachdem sich bereits jeweils im Anschluss an die in diesem Band dargestellten Vorträge rege Debatten entwickelt hatten, war von der die Institutstagung abschließenden Podiumsdiskussion nicht weniger zu erwarten. Diese Erwartung wurde nicht enttäuscht, denn die Diskutantin und die Diskutanten – teils auf dem Podium, teils digital zugeschaltet – nahmen erneut enthusiastisch die Gelegenheit zum interdisziplinären Austausch wahr. Dieser sollte, wie der Moderator *Prof. Dr. iur. Gunnar Duttge*, Leiter der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht des Instituts für Kriminalwissenschaften in Göttingen, einleitend ausführte, der Horizonterweiterung dienen, indem gerade die Vorstellungswelten, Erwartungen und Problemansalysen *aufserhalb* des Rechts Gehör finden.

So war es angemessen, dass mit *Frau Dr. med. Martina Wenker* eine Nichtjuristin den ersten Impuls lieferte. In ihrem Kurzvortrag wies die Lungenärztin und langjährige Präsidentin der niedersächsischen Ärztekammer auf das Dilemma hin, in das sich die moderne Medizin immer tiefer hineinbewege: Mit zunehmender Rationalisierung aufgrund ökonomischer Zwänge würden auch die rechtlichen Ein-

schränkungen zunehmen, während zugleich der individuelle Patient immer höhere Ansprüche an die Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems stelle. Der Mediziner müsse in diesem Spannungsfeld navigieren, wobei ihn die allgegenwärtigen Aufklärungspflichten in die Defensive drängen würden; jeden Tag stünde er sprichwörtlich mit einem Fuß im Gefängnis. Hinzu käme der nicht weniger allgegenwärtige Personal- und Ressourcenmangel, der durch die Rechtsunsicherheit nur weiter verstärkt werde. An den praktischen Bedürfnissen ausgerichtete Rechtssicherheit sei daher eines der Desiderate der Stunde, mithin eine Utopie.

Prof. Dr. iur. Thomas Klie nahm den Faden auf. Der Freiburger Rechtsanwalt und Experte für soziale Gerontologie und Pflege, der sich gegenwärtig mit Fragen der Zukunft der Pflege beschäftigt, sah große Herausforderungen bei der weiteren Entwicklung dieses unverzichtbaren Berufsfeldes. Zwar drohe entgegen der medial verbreiteten Annahme kein „Pflexit“, wohl aber eine weitere beachtliche Verschärfung des Ressourcenmangel. Zum Desiderat der Rechtssicherheit führte er aus, dass es vollständige Rechtssicherheit in dem ureigen auf Vertrauen basierenden Behandlungsverhältnis nicht geben könne. Dieses Vertrauen müsse stets Vorrang vor dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit genießen. Vertrauen würde durch professionelle Selbstverantwortung geschaffen, die nicht mit institutionalisierter und verrechtlichter Qualitätssicherung verwechselt werden dürfe. Die Beschäftigung des Systems mit sich selbst irritiere das Vertrauen. Es zeige sich ein ambivalenter Trend der Verrechtlichung: Einerseits trüge das Drängen auf immer mehr Patientenschutz zunehmend Misstrauen in die therapeutische Beziehung. Andererseits brächte der stetig zunehmende Ökonomisierungsdruck selbstreferenzielle Systemlogiken mit sich. Die angesprochene Ressourcenknappheit verschärfe das Problem weiter und erlaube es der von ökonomisierenden Erwägungen getragenen sog. Qualitätssicherung, schleichend an die Stelle der Moral zu treten. Die Überbetonung rechtlicher Legitimationsbedürftigkeit störe klinische Routinen und begünstige die Tendenz zur formalen Absicherung institutioneller Haftungsrisiken. „Haftungsangst“ sei aber unprofessionell. Es bräuchte kritische Selbstreflexion und kompetenzorientierte (eben nicht: hierarchieorientierte) Kooperation innerhalb institutionell abgesicherter Handlungsspielräume. Rechtssicherheit solle so das Vertrauen in die Medizin und Pflege stärken, nicht gefährden.

Prof. Dr. med. Dr. phil. Urban Wiesing riet aus medizinethischer Perspektive zu einem differenzierten Umgang mit dem Begriff Rechtssicherheit. Die Medizin sei durch einen vorwissenschaftlichen, moralischen Imperativ geprägt: Den Kranken sei zu helfen, dabei sei ihre Selbstbestimmung zu achten. Die Regeln innerhalb der Medizin seien kein Selbstzweck, sondern Instrumente zur Verwirklichung dieses übergeordneten Ziels. „Rechtssicherheit“ beschreibe die Qualität dieser Regeln – ihres Inhalts, aber auch der Art und Form ihrer Normierung. Absolute Rechtssicherheit gäbe es dabei nicht, sondern nur den jeweils angemessenen Grad hiervon, abhängig vom jeweiligen, situativ bestimmten Problemfeld. Rechts(un)sicherheit sei dabei stets nur eine wahrgenommene, empfundene. Man dürfe sie nicht mit Freiheit (von Regelungen) oder Unwissenheit (über die Rechtslage) verwechseln.

Richtig verstandene, d. h. angemessene Rechtssicherheit sei eine Utopie. Sowohl Überregulation (Beispiel: Arzneimittelrecht) als auch Unterregulation (Beispiel: ex-post-Triage) könne aber zur Fessel werden. Regulierung solle die Medizin letztlich bei der Erreichung ihres übergeordneten Ziels unterstützen.

Der abschließende Impuls aus der Perspektive der Notfall- und Intensivmedizin kam sodann von *Dr. med. Peter Gretenkort*, Facharzt für Anästhesie, leitender Notarzt am Helios Klinikum Krefeld und stellvertretender Vorsitzender der Bundesvereinigung der Arbeitsgemeinschaften der Notärzte Deutschlands. Er lenkte zunächst die Aufmerksamkeit auf das Berufsfeld des Notfallsanitäters, das nicht weniger als die Ärzteschaft und die Pflege auf Rechtssicherheit angewiesen sei. Er exemplifizierte dies am Beispiel des Notfallsanitätergesetzes von 2021, dessen § 2a Notfallsanitätern unter bestimmten Voraussetzungen heilkundliche Maßnahmen auch invasiver oder medikamentöser Art gestatte, hinsichtlich dieser Voraussetzungen aber noch viele Fragen offenlasse. Es sei zu erwarten, dass die mangelnde Erfahrung der häufig jungen Notfallsanitäter mitunter zur Selbstüberschätzung führe, die dann strafrechtliche Konsequenzen haben könne. Anästhesisten wiederum stünden als „Mitbehandler“ ständig in potenziellem Konflikt mit ihren ärztlichen Kollegen, beispielsweise bei Fragen der Aufklärung. Zur Frage der ex-post-Triage griff *Gretenkort* die von Frau Prof. Dr. iur. Scarlett Jansen in ihrem Vortrag¹ eingeführte Floß-Metapher auf. Diese sei stark verkürzt, denn bei einer Triage-Situation in der klinischen Praxis müsse der Mediziner nicht zwischen zwei Personen, sondern einer Vielzahl entscheiden. Das „Floß“ sei mehr eine „Eisscholle“, die schon lange im Meer treibe, randvoll besetzt mit einem Dutzend Geretteter, die unterschiedlich schnell auskühlen. Wenn nun im Wasser ein weiterer rettungsbedürftiger Mensch herannahe, müsse man entscheiden, ob dieser möglicherweise eine höhere Rettungschance hat als einer der schon auf der Scholle sitzenden Geretteten. Diese Entscheidung mache sich kein Intensivmediziner leicht. *Gretenkort* schloss mit der Einschätzung, dass Rechtssicherheit keine Fessel sei, aber eine Utopie bleibe.

Gunnar Duttge eröffnete nunmehr die Diskussion, indem er die Ambivalenz in der Erwartungshaltung seitens des medizinischen Personals an das Recht aufzeigte: Einerseits verlange man nach Eindeutigkeit, andererseits nach möglichst großen Handlungsspielräumen. Die Politik wiederum reguliere häufig zu detailliert, aus wissenschaftlicher Sicht fehle es trotzdem an belastbaren Kriterien zur Beurteilung Einzelfalles. Was aber sei dann das von Urban Wiesing angesprochene „angemessene“ Maß an Regulierung und wie könne man dieses erreichen?

Wiesing antwortete, die Kunst der Gesetzgebung und Rechtsprechung müsse rational untersucht werden. Man müsse sich im Sinne einer „evidence based“ Gesetzgebung und Rechtsprechung fragen, wo sich welche Regelungen bewährt haben. *Martina Wenker* sah im historischen Rückblick eine Entwicklung in Zyklen, in denen sich der ökonomische Druck auf das Gesundheitssystem verstärke und wieder abschwäche. Die Corona-Pandemie habe als Katalysator für eine dramatische

¹ Vgl. S. 53 ff.

Verschärfung der Situation gesorgt. Man müsse nun die Ressource Arzt/Ärztin/Pflegefachkraft zielgerichteter dort einsetzen, wo sie am dringendsten gebraucht würde: am Krankenbett. Dann sei der Rechtsrahmen – jedenfalls im Regelfall – ein kleineres Problem, als viele glauben würden.

Zu dem von Peter Gretenkort indirekt angesprochenen Problemkreis des Arztvorbehalts fragte *Gunnar Duttge* nach, ob es hier nicht mehr Regulierung bräuchte, denn bislang fänden sich nur wenige ausdrückliche Regeln zur Abgrenzung der Kompetenzbereiche von Ärzten, Pflegern und Notfallsanitätern, dafür aber eine umfangreiche und unübersichtliche Rechtsprechungspraxis.

Gretenkort prognostizierte auch ausgehend von den Erfahrungen in anderen Ländern eine zunehmende Substitution von ärztlichen Leistungen durch nichtärztliches medizinisches Personal. Daher stelle sich die wichtige Frage nach der „roten Linie“. Für bestimmte Aufgaben brauche man Ärzte, z. B. für Narkosen bei schwer verletzten Patienten. Kompetenzzuweisungen aufgrund bloßen Standesdenkens seien aber verfehlt. Problematisch sei in diesem Kontext die öffentlich nicht diskutierte Rationierung von medizinischem Personal und sonstigen Ressourcen, auf die man sich unumgänglich einstellen müsse.

An *Thomas Klie* gerichtet fragte *Gunnar Duttge*, ob es in der Intensivmedizin und -pflege der Klarstellung der Kompetenzverteilung zwischen Ärzten und Pflegern durch das Recht bedürfe. *Klie* bejahte dies grundsätzlich. Das Recht sei ein wesentliches Medium zur Klärung von Verantwortlichkeiten. Das Berufsrecht stoße die Selbstbindung der Berufsträger an. Dies funktioniere dann, wenn diese sich die gesetzliche Wertung zu eigen machen und in ihr professionelles Handeln integrieren würden. Die Fachpflege müsse sich eigenverantwortlich in den Behandlungsprozess einbringen und den Patienten begleiten, dürfe den Prozess aber nicht dominieren. Umgekehrt hätten Ärzte die pflegerische Tätigkeit nicht zu bestimmen. Die medizinischen Professionen müssten sich aufeinander zubewegen und die Kompetenzabgrenzung erlernen. Das Recht dürfe hier nicht zu stark eingreifen. Für einen konstruktiven Diskurs über Kompetenzverteilungen fehle es der Pflege aber noch an Selbstorganisation. Sie brauche rechtliche Handlungssicherung, um ihre Souveränität zu entwickeln. Diese könnte durch Korrekturen im geltenden Recht, z. B. in den Verfahrensvorschriften des Betreuungsrechts erreicht werden.

Gunnar Duttge bemerkte dazu, dass das klassische *Arztrecht* möglicherweise in einem veralteten, hierarchischen Denken festhängt. *Martina Wenker* sah dies anders. Jede Berufsgruppe hätte ihre Vorbehaltsaufgaben. Die Aus- und Weiterbildungsordnungen gäben Auskunft über die jeweiligen Kompetenzen. Auch stünden die Berufsgruppen mittlerweile im regen Dialog. Hier habe sich in den letzten Jahren viel bewegt. *Gunnar Duttge* erwiderte, dass diese Entwicklung im klassischen *Arztrecht* in Literatur und Rechtsprechung bislang nicht angekommen sei.

Thomas Klie ergänzte daraufhin, dass die Entwicklung nicht neu sei – das zeige gerade der Blick ins Ausland. Neu sei aber die größere Offenheit seitens der inländischen Ärzteschaft für dieses Thema. Die Pflege sei lange Zeit unzutreffenderweise als bloßer Delegationsadressat gesehen worden. Ein Bildungsproblem in der Pflege

trüge dazu bei, dass sie nicht als eigenständige Profession angesehen würde. Deutschland stehe, was die Eigenständigkeit der Pflege anbelangt, auf einer Stufe mit Usbekistan.

Gunnar Duttge richtete zum Abschluss noch eine letzte Frage an die Expertin und Experten: „Wenn Sie einen dezidiert an das Recht gerichteten Wunsch frei hätten, wie sähe dieser aus?“ *Martina Wenker* wünschte sich, das Recht und Medizin im Dialog bleiben. *Thomas Klie* wünschte sich, dass sich das Recht in den Dienst der verantwortlichen Professionalisierung der Gesundheitsberufe stellt. *Peter Gretenkort* wünschte sich, dass Juristinnen und Juristen häufiger die medizinische Perspektive einnehmen. Es könne auch nicht schaden, mal eine Intensivstation von innen zu sehen. Dies gelte selbstverständlich auch für die Politikerinnen und Politiker.

Dem Autor blieb – auch nach weiteren Gesprächen im Anschluss an die Diskussion – der Eindruck, dass der interdisziplinäre Dialog, wie er an diesem Tag geführt wurde, kein Selbstzweck ist, sondern den Weg für wechselseitiges Verständnis ebnet. Dieses wiederum scheint für konstruktive, d. h. praxistaugliche Rechtssetzung und -auslegung einerseits wie auch für eine verständige und einsichtige Rezeption und Umsetzung des Rechts andererseits unabdingbar. So lassen sich Fesseln sprengen und Utopien werden Wirklichkeit – auch im Angesicht der immer neuen, immer komplexeren Herausforderungen, denen sich die moderne Medizin und die in ihr Wirkenden gegenübersehen.

Verzeichnis der Autoren und Mitwirkenden

Prof. Dr. iur. Gunnar Dutte, Leiter der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht sowie Geschäftsführender Direktor des Göttinger Zentrums für Medizinrecht

Prof. Dr. iur. Karsten Gaede, Inhaber des Lehrstuhls für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht sowie Direktor des Instituts für Medizinrecht an der Bucerius Law School Hamburg

Prof. Dr. iur. Klaus Ferdinand Gärditz, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn sowie Richter am Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (8. Senat)

Dr. med. Peter Gretenkort, Facharzt für Anästhesie am Helios Klinikum Krefeld, Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Notärzte in Nordrhein-Westfalen sowie stellvertretender Vorsitzender der Bundesvereinigung der Arbeitsgemeinschaften der Notärzte Deutschlands (BAND)

Prof. Dr. iur. Scarlett Jansen, Inhaberin der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Trier, Direktorin des Trierer Instituts für Geldwäsche- und Korruptionsstrafrecht sowie Mitglied der Ständigen Kommission für Organtransplantation der Bundesärztekammer

Prof. Dr. habil. iur. Thomas Klie, Rechtsanwalt, Sozialwissenschaftler sowie Experte für soziale Gerontologie und Pflege, Freiburg

Wiss. Mitarb. Niklas Pfeifer, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Gunnar Duttge, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. em. Dr. iur. Christoph Sowada, früherer Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafverfahrensrecht an der Universität Greifswald (bis 2022)

Dr. med. Martina Wenker, Präsidentin der Ärztekammer Niedersachsen sowie Fachärztin für Innere Medizin, Hannover

Prof. Dr. med. Dr. phil. Urban Wiesing, Inhaber des Lehrstuhls für Ethik in der Medizin sowie Direktor des Instituts für Ethik und Geschichte der Medizin an der Universität Tübingen

Prof. Dr. iur. Frank Zieschang, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Im Medizinstrafrecht begegnen vielfach normative Setzungen, die von den Modellen der allgemeinen Strafrechtsnormen abweichen: Es stellt sich daher die zentrale Frage, wann sich diese Abweichung als „Motor der Innovation“ für das allgemeine Strafrecht begreifen lässt und wann sie „prinzipienlos“ dessen gut begründete Rahmengenbungen verletzt. Mit dieser Grundthematik, bezogen auf die Wechselwirkungen zwischen Medizinstrafrecht und allgemeinen Strafrechtslehren, beging das Kriminalwissenschaftliche Institut der Juristischen Fakultät Göttingen das 15. Kolloquium und damit ein kleines Jubiläum.

ISBN: 978-3-86395-621-9
ISSN: 1864-2136
eISSN: 2512-7047



Universitätsverlag Göttingen