Sonderdruck aus:

Kriminologie und Medizinrecht

Festschrift für Gernot Steinhilper

Herausgegeben von

Herbert Schiller Michael Tsambikakis



KLAUS ULSENHEIMER

Neuere Entwicklungstendenzen im Arztstrafrecht

I.

Schon 1911 nannte der Strafrechtler Kohler¹ im Zusammenhang mit der Verurteilung eines Gynäkologen wegen fahrlässiger Tötung den Arztberuf einen "gefährlichen Beruf", obwohl damals sicherlich kein "Anlass zur Beunruhigung der Ärzte im allgemeinen bestand.² Denn solche Strafverfahren waren ausgesprochene Raritäten. 100 Jahre später zeigt jedoch eine kritische empirische Bestandsaufnahme, dass die von Kohler seinerzeit befürchtete "Gefährdung des ärztlichen Berufs"³ durch das Strafrecht in unseren Tagen nicht bloße Übertreibung, einseitige Panik- oder Stimmungsmache, sondern Realität ist. Exaktes statistisches Material liegt leider nicht vor, da in den einzelnen Bundesländern die einschlägigen Ermittlungsverfahren und Strafurteile nicht zentral erfasst werden. Alle Einzelmitteilungen und Publikationen bestätigen jedoch die von dem Koblenzer Generalstaatsanwalt Dr. Ulrich schon 1985 getroffene Feststellung, die Ermittlungsbehörden sähen "sich seit einigen Jahren in steigendem Maße mit Verfahren befasst, in denen Ärzte strafbarer Handlungen bezichtigt werden, die im Zusammenhang stehen mit der Ausübung ihres Berufs".4

An dieser Tendenz hat sich nichts geändert, so dass es nicht überrascht, wenn ein Oberstaatsanwalt⁵ unlängst vor einer "Inflation des Strafrechts" auf medizinischem Sektor warnte. Seine Äußerung fiel zwar im Zusammenhang mit der Ausdehnung der Tatbestände der Vorteilsannahme auf Vertragsärzte, aber ich halte sie für verallgemeinerungsfähig und möchte dies im folgenden mit konkreten Beispielen belegen.

П.

Durchmustert man das einschlägige Fallmaterial, gelangt man zu der interessanten Feststellung, dass gerade diejenigen Straftatbestände, die sich speziell an den Arzt wenden,

- die Verletzung der Geheimhaltungspflicht nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB,
- die unrichtige Feststellung der Indikationsvoraussetzungen zum Schwangerschaftsab-
- das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse nach § 278 StGB in der Justizpraxis nur eine vergleichsweise geringe Bedeutung haben.

Kohler, zitiert in Ebermayer, Arzt und Patient in der Rechtsprechung, 1925, 106.

Ebermayer, a.a.O., S. 109.

Ebermayer, a.a.O., S. 107.

ÄRP 1985, 379; Ulsenheimer, MedR 1987, 267 ff.

Im Mittelpunkt des Arztstrafrechts in der Praxis stand schon immer – und steht immer noch – die Frage der Fahrlässigkeit bei ärztlichen Heileingriffen, also der Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung und fahrlässigen Tötung. In beiden Bereichen ist die Zahl der Verfahren kontinuierlich gestiegen, wobei die Ursachen unterschiedlich sind.

1. Gemäß § 230 StGB wird die fahrlässige Körperverletzung nach § 229 StGB auf Antrag des Verletzten verfolgt, es sei denn, "dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält". Die fahrlässige Körperverletzung soll also "grundsätzlich" nur auf Initiative des Patienten hin verfolgt werden, die Bejahung des "besonderen öffentlichen Interesses" hat demgegenüber nach der Intention des Gesetzgebers eindeutig Ausnahmecharakter, d.h. dessen Voraussetzungen sind streng, also restriktiv zu beurteilen.⁶ Nach meinen Beobachtungen und Erfahrungen nehmen jedoch die Staatsanwaltschaften in Fällen fahrlässiger Körperverletzung eines Patienten durch den Arzt ganz generell, fast ausnahmslos das "besondere öffentliche Interesse" – nahezu stets ohne jegliche Begründung – als gegeben an, obwohl eine pflichtgemäße Ermessensentscheidung eine umfassende Abwägung aller Gründe und Umstände der konkreten Tat, insbesondere der Persönlichkeit des Beschuldigten, einer etwa einschlägigen Vorstrafe, der Folgen der Tat für Patient und Arzt, des Grades seines Verschuldens, der Art seines Fehlers und des Interesses des Verletzten an der Strafverfolgung verlangt (§ 234 Abs. 1 RiStBV).

Wenn der Patient keinen oder einen verspäteten Strafantrag gestellt hat und die Körperverletzung nicht auf einem leichtfertigen Verhalten des Arztes beruht, die Tatfolgen nicht erheblich sind und der Arzt sich erstmals einem derartigen Vorwurf ausgesetzt sieht, ist ein "besonderes" öffentliches Interesse kaum zu erkennen, zumal der "Umstand, dass der Verletzte keinen Wert auf Bestrafung legt", Beachtung verdient, wie die Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (§ 234 Abs. 1 Satz 2) ausdrücklich betonen. Eine schnellere und vielleicht auch günstigere Schadensregulierung unter dem Druck des Ermittlungsverfahrens zu erlangen, mag zwar ein verständliches Interesse des Patienten sein, von besonderem öffentlichem Interesse ist es jedoch sicherlich nicht, da der Staatsanwalt "nicht Anwalt des Verletzten" ist. Es widerspricht daher auch "der Funktion und dem Selbstverständnis der Staatsanwaltschaft", das besondere öffentliche Interesse regelmäßig erst dann zu verneinen, wenn die zivilrechtlichen Ansprüche des Verletzten befriedigt sind. §

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Anforderungen an das "besondere" öffentliche Interesse im Sinne des § 230 StGB strenger zu beurteilen sind als diejenigen an das "allgemeine" öffentliche Interesse, wie es z.B. für die Anklageerhebung bei Privatklagedelikten nach § 376 StPO verlangt wird. Da die fahrlässige Körperverletzung zu dieser Deliktsgruppe gehört (§ 374 Abs. 1 Nr. 4 StPO), könnte die Staatsanwaltschaft den Patienten bei wirksamem Strafantrag auf diesen Weg verweisen. Dass sie dies nur selten tut, verkehrt den Grundgedanken des Gesetzes in sein Gegenteil, ohne dass die Behandlungsseite hiergegen erfolgreich vorgehen könnte. Denn bedauerlicherweise ist die Entscheidung der Staatsanwaltschaft über das Vorliegen des "besonderen öffentlichen Interesses" nach

⁶ So zutreffend Oehler, JZ 1956, 630; LK-Hirsch, § 232 Rdnr. 9; Kaufmann, in: FS für Kleinknecht, 1985, S. 208; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4.Aufl. 2010, § 139 Rdnr. 86 mwN; ders., Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 244.

⁷ Steffen, DRiZ 1972, 153.

⁸ So mit Recht Goetze, Arzthaftungsrecht und Kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot, 1989, 62.

Neuere Entwicklungstendenzen im Arztstrafrecht

herrschender Lehre nicht gerichtlich nachprüfbar, was in der Praxis zu einer weiten, teilweise rein formelhaft begründeten Ausdehnung der Strafverfolgung wegen fahrlässiger Körperverletzung im Gesundheitsbereich geführt hat. Durch das fehlende "richterliche Kontrollrecht" wird das grundsätzliche Antragserfordernis bei fahrlässiger Körperverletzung unterlaufen und die Strafverfolgung auch dann möglich, wenn die Bedeutung der Tat dies nicht rechtfertigt und ein wirksamer Strafantrag fehlt. Die Staatsanwaltschaft hat es praktisch nach eigenem Gutdünken in der Hand, "für das Gericht bindend jederzeit, auch noch in der Revisionsinstanz, das besondere öffentliche Interesse zu bejahen oder zu verneinen".¹0 "So ist nicht das Gericht, sondern die Staatsanwaltschaft Herr des Verfahrens", eine "unliebsame", ¹¹ aber mittlerweise fest etablierte Konsequenz.

2. Das Schwergewicht der ärztlichen Sorgfaltspflichtverstöße liegt im Strafrecht bei den Behandlungs- und Organisationsfehlern, wobei im Zuge der fortschreitenden Spezialisierung und Subspezialisierung der Medizin Organisationsmängel, also Koordinations-, Kooperations- und Informations-, Überwachungs- und Delegationsfehler, immer häufiger Gegenstand strafrechtlicher Ermittlungen sind. Hinzu kommt, dass die Beurteilung meist nicht von einem Sachverständigenvotum abhängt, sondern Staatsanwaltschaft und/oder Gericht selbst entscheiden können und diese Entscheidung ex-post erfolgt, also im Nachhinein, wenn man natürlich immer schlauer ist!

Im Gegensatz zu manch gegenteiligen Äußerungen im juristischen Schrifttum¹² spielen jedoch auch Strafverfahren wegen eines ärztlichen Aufklärungsfehlers im Justizalltag mehr und mehr eine bedeutende Rolle. Staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren und die amtsrichterliche Spruchpraxis zeigen eine Entwicklung, wie wir sie aus den Arzthaftungsprozessen vor den Zivilgerichten kennen: Das Schwergewicht der Anzeige oder der von Amts wegen aufgenommenen Ermittlungen liegt zunächst auf einem ärztlichen Behandlungsfehler, dessen Nachweis jedoch im konkreten Fall – durchgängig nach Einholung eines Gutachtens – schwierig oder dessen Kausalität für den schädlichen Erfolg nicht beweisbar ist. In einer Vielzahl von Fällen weichen Anzeigeerstatter und Staatsanwaltschaft dann auf den Vorwurf unzureichender oder fehlender Aufklärung aus,¹³ der somit auch hier eine Auffangfunktion wie im Zivilrecht übernimmt.

Wenn im Schrifttum unter Hinweis auf den im Strafprozess geltenden Grundsatz "in dubio pro reo" behauptet wird, "die Chance einer Strafanzeige" erhöhe sich nicht dadurch, dass "allein oder zusätzlich" ein Aufklärungsmangel gerügt wird, ¹⁴ ist dies unrichtig. Richtig ist zwar, dass die Beweislast für die Risikoaufklärung im Strafverfahren nicht – wie im Zivilprozess – dem Arzt obliegt, richtig ist auch, dass die "marktgängigen" Merkblätter zur Dokumentation der Aufklärung bei richtigem Gebrauch den Beweis erleichtern und es im Strafverfahren auch keinen "prima-facie-Beweis" gibt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Verstoß gegen die ärztliche Aufklärungspflicht angesichts der bestehenden

10 LK-Hirsch, § 230 Rdnr. 16.

11 Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, § 230 Rdnr. 3.

13 Vgl. dazu Ulsenheimer, MedR 1984, 165.

14 Ulrich, ÄRP 1985, 383.

⁹ Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben, StGB, 28. Aufl. 2010, § 230 Rdnr. 3.

¹² Schewe, Zeitschrift für Rechtsmedizin, 1984, 176; Ulrich, ÄRP 1985, 382; Kern/Laufs, Aufklärungspflicht des Arztes, 1983, S. 176; Peters, Der strafrechtliche Arzthaftungsprozess, 2000, S. 31; Lilie/Orben, Zur Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts, ZRP 2002, 154 ff.

Unklarheiten über ihren Umfang, der – verfehlten – unreflektierten Übernahme der zum Teil überstrengen Grundsätze der zivilrechtlichen Aufklärungsjudikatur durch die Strafgerichte und der vielfach ungenügenden Aufklärungsdokumentation leichter beweisbar ist.

Hinzu kommt der Umstand, dass der Patient im Verfahren gegen den Arzt Zeuge ist, also unter Wahrheitspflicht steht, während dieser als Beschuldigter/Angeklagter auch die Unwahrheit sagen darf, so dass das "Glaubwürdigkeitsduell" meist negativ für den Arzt ausgeht. Seine Beweisnot ist daher in der Praxis des Zivil- und Strafverfahrens bei fahrlässiger Körperverletzung kaum verschieden. Deshalb ist der Arzt auf dem Feld der Aufklärung auch im Strafrecht leicht "verwundbar".

3. Auch im Bereich der fahrlässigen Tötung ist eine Steigerungstendenz bei den Ermittlungsverfahren unverkennbar. Der Grund liegt in zwei Entscheidungen des BGH zu Beginn der 80er Jahre. 15 Während in der früheren Judikatur, insbesondere des Reichsgerichts, 16 aber auch des BGH¹⁷ im Rahmen der Kausalitätsprüfung meist nur nach der Erfolgsabwendung gefragt wird, d.h. ob der Patient bei sachgemäßer Behandlung am Leben geblieben wäre, wird nun bei der Prüfung des Zurechnungszusammenhangs im Rahmen des § 222 StGB auf die Lebensverkürzung abgestellt. Es genügt der Nachweis, dass bei Vornahme der gebotenen Handlung das Leben des Patienten "um einen wesentlichen Zeitraum, mindestens im Bereich von Stunden, verlängert" worden wäre.

Ich möchte dies an einem praktischen Beispiel veranschaulichen: 18

Der angeklagte Frauenarzt hatte im Rahmen einer Laparoskopie, bei der eine Blinddarmverwachsung gelöst und eine Ovarzyste punktiert werden sollte, den Dickdarm tangential in einer Länge von etwa 10 cm mit der Spitze des Trokars aufgeschlitzt. Dadurch kam es zum Übertritt von Kolibakterien in die gesamte Bauchhöhle mit der Folge einer Peritonitis, die der Angeklagte zu spät erkannte. Deshalb wurde die dringend erforderliche Operation zu spät durchgeführt, so dass die Patientin verstarb.

Alle drei in dem Verfahren tätigen Sachverständigen verneinten die Frage, ob die Patientin bei rechtzeitiger Operation mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet worden wäre. Die weitere Frage des Gerichts jedoch, ob die Patientin nicht zumindest länger, und sei es auch nur um Stunden, gelebt hätte, beantwortete der rechtsmedizinische Sachverständige dahingehend, "dass im Falle einer Operation am Samstagabend (dies war der späteste Zeitpunkt einer noch pflichtgemäß durchgeführten Operation) das Leben der Patientin um einen wesentlichen Zeitraum, mindestens um zwei Stunden, verlängert worden wäre", während die beiden anderen Sachverständigen diese Frage nicht bzw. nicht mit Sicherheit zu bejahen vermochten.

Das Tatgericht folgte dem Rechtsmediziner und verurteilte den Arzt zu einer – allerdings maßvollen – Geldstrafe von 90 Tagessätzen. Seine Revision hatte keinen Erfolg. Denn es reiche – so der BGH – "für die Bejahung des Kausalzusammenhangs aus, dass der Tod der Patientin mehrere Stunden früher eintrat, als er ohne das pflichtwidrige Verhalten des Angeklagten eingetreten wäre", und hieran keine vernünftiger Zweifel, also insoweit eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit bestehe.

¹⁵ BGH NStZ 1981, 218; 1985, 26 f.

¹⁶ RG HRR 1930, Nr. 2034; RG JW 1937, 3087, 3089, 3090.

¹⁷ BGH MDR 1956, 144; BGHSt 7, 211, 214.

¹⁸ BGH NStZ 1985, 26 f.

Die Auffassung des BGH führt m.E. letztlich zur Umwandlung des fahrlässigen Erfolgsdelikts gem. § 222 StGB in einen Gefährdungstatbestand. 19 Denn im Ergebnis ist die Gefährdung des Lebens des Patienten der Rechtsgrund für die Bestrafung des Arztes wegen fahrlässiger Tötung. Dass diese "Kausalitäts-Rechtsprechung" tendenziell zu einer Ausweitung der strafrechtlichen Arzthaftung führen kann und führt, lässt sich nicht bestreiten, wie ein Blick in den praktischen Alltag zeigt. Denn wo eine hochgradige Wahrscheinlichkeit, aber keine Gewissheit des Überlebens für den Patienten besteht, wird der Pflichtwidrigkeitszusammenhang nicht verneint, sondern bei nachweisbarer Lebensverkürzung, gleich um welche Zeitspanne, von der Staatsanwaltschaft bejaht und dass Ermittlungsverfahren oftmals nur unter dem Druck der Anklageerhebung nach § 153a StPO eingestellt.

Ich räume ein: Derartige Fallkonstellationen sind insgesamt nicht allzu häufig, sondern bleiben Ausnahmefälle, und Sachverständige sind bei der quantitativen Bezifferung der Überlebenszeit bzw. der Attestierung einer "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" zurückhaltend, doch ist eine Ausweitung der strafrechtlichen Arzthaftung als Folge dieser extensiven Kausalitätsjudikatur unabweisbar.

4. Da sich in arztstrafrechtlichen Verfahren dennoch oftmals nicht nachweisen lässt, ob der letale Ausgang oder die Schädigung des Patienten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bei korrektem Verhalten vermieden werden konnte, weichen Staatsanwaltschaften nicht selten auf den Tatbestand der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c StGB) aus, obwohl diese Strafvorschrift keine besonderen Berufspflichten für Ärzte statuiert und ein vorsätzliches Unterlassen der erforderlichen Hilfe voraussetzt. § 323c StGB ist also kein $Auffangtatbestand^{20}$ für fahrlässig versäumte ärztliche Maßnahmen, wird in der Praxis der Strafverfolgungsbehörden aber dennoch häufig in dieser Weise "missbraucht" - mit der Folge, dass Ermittlungsverfahren eingeleitet oder fortgeführt und nur gegen Zahlung einer Geldauflage gem. § 153a StPO eingestellt werden.

Auch dieses Phänomen zeigt die expansiveTendenz im Arztstrafrecht, da ansonsten die Strafvorschrift des § 323c StGB insgesamt in der Justizpraxis bei sachgemäßer Subsumtion eine relativ unbedeutende Rolle spielt.

- 5. Eine weitere, erst in den letzten Jahren praktisch relevant gewordene Ausdehnung der Strafbarkeit im ärztlichen Bereich betrifft die Körperverletzung mit Todesfolge, also § 227 StGB.
- a) Bekanntlich beurteilt die Rechtsprechung seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 31.5.189421 den ärztlichen Heileingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung, selbst wenn er absolut indiziert und lege artis durchgeführt worden ist. Der Arzt bedarf daher zur Rechtfertigung seines Tuns der Einwilligung des Patienten, die nur wirksam ist, wenn er ihn zuvor ordnungsgemäß aufgeklärt hat.

Die Auffassung der Rechtsprechung hat für die Ärzteschaft so lange keine praktisch bedeutsamen Konsequenzen, solange dem Arzt nur ein fahrlässiges Handeln, also der Tatbestand des § 229 StGB vorgeworfen wird, da diese Norm nicht Anknüpfungspunkt für die Qualifikationstatbestände § 224 (gefährliche Körperverletzung), § 226 (schwere

20 Kreuzer, NJW 1967, 278 ff; Ulsenheimer, a.a.O., Rdnr. 249.

21 RGSt 25, 375 ff.

¹⁹ Vgl. dazu Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, § 1 Rdnr. 224.

Körperverletzung) und § 227 (Körperverletzung mit Todesfolge) sein kann. Steht jedoch eine *vorsätzliche* Körperverletzung im Raum, können eben diese Strafbestimmungen Anwendung finden und einen Strafrahmen bis zu 10 Jahren bzw. nicht unter drei Jahren begründen.

- b) Im Regelfall geht es natürlich nur um ärztliche Fahrlässigkeit, so dass, wie der BGH betont, "die ausdrückliche Erörterung der Frage, ob der Arzt den Patienten vorsätzlich an Leben oder Gesundheit geschädigt hat, nur unter besonderen Umständen geboten ist". ²² Denn "die Annahme, dass die Art und Weise der Behandlung nicht am Wohl des Patienten orientiert war, wird auch bei medizinisch grob fehlerhaftem Verhalten des Arztes häufig fernliegen". Der behandelnde Arzt will "normalerweise den Patienten nicht in seiner Gesundheit schädigen, sondern ihm helfen". ²³ Die in Einzelfällen "dennoch erfolgte Zufügung vermeidbarer Schmerzen oder gesundheitlicher Nachteile" beruhe in aller Regel auf mangelnder Erfahrung, mangelndem Wissen oder mangelnder Prüfung, nicht aber auf einem wissentlichen und willentlichen²⁴ ärztlichem Verhalten.
- c) Trotz dieser durch Studium, Berufswahl und Berufsausübung geprägten, "auf Wissenschaft und Humanität" gegründeten²⁵ und in seinem Berufsethos tief verwurzelten inneren Einstellung des "normalen" Arztes, der ein "billigendes Inkaufnehmen" der Schädigung des Patienten bei der Krankenbehandlung widerspricht, mehren sich jedoch in jüngster Zeit die Ausnahmefälle. Die insoweit ergangenen Entscheidungen²⁶ sind dadurch charakterisiert, dass der Arzt entweder durch wahrheitswidrige Angaben die Einwilligung des Patienten erschlichen oder aber den Aufklärungsanforderungen nicht genügt und das Gericht insoweit Vorsatz bejaht hat.

Wenn aber der Arzt um die fehlende Einwilligung weiß, gelangt man zwangsläufig zur Annahme vorsätzlicher Körperverletzung. Damit ist – bei fahrlässig verursachtem Tod des Patienten – der Tatbestand des § 227 StGB zu prüfen, eine Strafvorschrift, die für jeden Arzt ein erhebliches Strafbarkeits- und Existenzrisiko wegen des enormen Strafrahmens bedeutet. Dies hielt die Rechtsprechung aber trotz ihrer grundsätzlich vorsatzablehnenden Haltung bei ärztlichen Heileingriffen nicht davon ab, in mehreren Urteilen aus den letzten Jahren die tatsächlichen Voraussetzungen des § 227 StGB zu bejahen. Zu Unrecht, wie ich meine.

d) Denn § 227 StGB verlangt neben einer vorsätzlichen Gesundheitsschädigung, die den Tod des Patienten ursächlich und vorhersehbar zur Folge hat, als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal die Verwirklichung des der Körperverletzung immanenten Risikos. § 227 StGB gehört zu den sog. erfolgsqualifizierten Delikten, deren Unrechtsgehalt nach heute anerkannter Rechtsauffassung nicht in der bloßen Kombination einer Vorsatz- mit einer Fahrlässigkeitstat besteht, vielmehr liegt ihr besonderer Unrechtskern, das Wesen dieses Delikttyps, in der Realisierung der spezifischen, vom Grundtatbestand ausgehenden typi-

²² NStZ 2004, 35, 36.

²³ BayObLG NStZ-RR 2004, 45; ebenso BGH NStZ 2004, 35, 36.

²⁴ BayObLG NStZ-RR 2004, 45; ebenso BGH NStZ 2004, 35, 36.

²⁵ Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, 4. Aufl. 2010, § 1 Rdnr. 1.

²⁶ LG Saarbrücken, siehe *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, § 1 Rdnr. 1549; BGH NStZ 2008, 278; BGH NStZ 2008, 150; BGH MedR 2008, 158 = GesR 2007, 482; BGH NJW 2011, 1088 = MedR 2011, 809.

schen Risiken in Bezug auf den Qualifikationserfolg. Für den Tatbestand der Vorschrift genügt also nicht, dass

"zwischen der Körperverletzungshandlung und dem Todeserfolg überhaupt ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Vielmehr ergibt sich aus Sinn und Zweck des § 226 StGB (sc. § 227 StGB), dass hier eine engere Beziehung zwischen der Körperverletzung und dem tödlichen Erfolg verlangt wird. Die Vorschrift soll der mit der Körperverletzung verbundenen Gefahr des Eintritts der qualifizierenden Todesfolge entgegenwirken. Sie gilt deshalb nur für solche Körperverletzungen, denen die spezifische Gefahr anhaftet, zum Tode des Opfers zu führen; gerade diese Gefahr muss sich im tödlichen Ausgang niedergeschlagen haben" (sog. Unmittelbarkeitszusammenhang).27

Grund für die erhebliche Strafverschärfung ist also die "spezifische Gefahrenträchtigkeit" der vorsätzlichen Rechtsgutverletzung.²⁸ Judikatur und Lehre sprechen insoweit meist kurz von der notwendigen "Unmittelbarkeit" zwischen Grundtatbestand und Qualifikation. Doch ist, wie Geilen mit Recht hervorgehoben hat, diese "Unmittelbarkeitsformel mit ihrem Rekurs auf die dem Tatbestand eigentümliche Gefahr für die konkrete Entscheidung" wenig griffig²⁹ und deshalb präzisierungsbedürftig: Die erforderliche "besondere Affinitätsbeziehung zwischen Qualifikationserfolg und Grunddelikt" ist streng tatbestandsbezogen – unter Ausschaltung außertatbestandlicher Gefährdungsmomente – zu beurteilen, wird also durch das "Kriterium einer ausschließlich tatbestandsspezifischen Gefahrverwirklichung" näher bestimmt.30

e) Wendet man diese, in Rechtsprechung und Lehre anerkannte Rechtsauffassung auf die Fälle eines in Kenntnis fehlender Einwilligung durchgeführten ärztlichen Heileingriffs an, gelangt man m.E. zwingend zu dem Ergebnis, dass zwar eine vorsätzliche Gesundheitsschädigung vorliegt, diese auch ursächlich für den etwaigen Tod des Patienten und dieser für den Arzt vorhersehbar ist, das vorgeschriebene Tatbestandsmerkmal des "Unmittelbarkeitszusammenhangs" aber fehlt. Wenn wirklich ein ärztlicher Heileingriff vorliegt, besteht dessen Sinn und Zweck in der Behandlung eines kranken Patienten, so dass schon tatbestandlich eine Körperverletzung verneint und stattdessen die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts geahndet werden müsste. Der Unrechtsgehalt der eigenmächtigen Heilbehandlung "liegt nicht in der Zufügung eines schweren Körperschadens",31 sondern in der Nichtbeachtung des Patientenwillens, so dass es auch verfehlt ist, bei derartigen Fallgestaltungen die qualifizierten Körperverletzungstatbestände anzuwenden, sei es § 224 StGB wie im sog. "Zitronensaftfall",32 sei es § 227 StGB wie in anderen Entscheidungen.33

Gerade weil eine Heilbehandlung in Rede steht, geht von ihr nicht eine "spezifische Gefährlichkeit" im Sinne der Körperverletzungsdelikte aus, da der Arzt bei seinem Vorgehen etwaige negative Folgen, Komplikationen, den Eintritt spezifischer Risiken zu vermeiden

²⁷ BGHSt 31, 96.

Siehe dazu mit Nachweisen Ulsenheimer, FS für Bockelmann, 1979, 413; BGH NStZ 2008, 278.

Geilen, Welzel-FS, 1974, 676.

Geilen, a.a.O., S. 682.

LK-Lilie, vor § 223 Rdnr. 3. 31

BGH MedR 2011, 809.

BGH NStZ 2008, 278; BGH NStZ 2008, 150; BGH MedR 2008, 158. Zu dieser Problematik siehe auch Widmeier, FS Roxin, 2011, 439 ff.; Sternberg-Lieben/Reichmann, MedR 2012, 97 f.; Rönnau,

hofft. Allein die Tatsache, dass diese auf Heilung und Helfen ausgerichtete Tätigkeit des Arztes ohne den Willen des Patienten erfolgt, macht daraus nicht eine dem Grunddelikt, also dem Heileingriff, innewohnende tatbestandsmäßige Gefahr für die Verwirklichung des qualifizierenden Erfolges (Tod oder besonders schwere Verletzung des Patienten). Im Propofolfall³⁴ mag der angeklagte Narkosearzt sich fahrlässig oder sogar leichtfertig über die Warnhinweise des Herstellers des Narkosemittels hinweggesetzt haben und die Todesfolge fahrlässig verursacht sein – doch ist dies die typische Konstellation einer fahrlässigen Tötung. Die Missachtung des Patientenwillens macht sie nicht zu einem Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB). Die besondere Gefahr lag hier in dem Sorgfaltsverstoß und seinen Wirkungen, nicht aber in der fehlenden Einwilligung der Mutter des Kindes.

- f) Ich kann dies im einzelnen hier nicht weiter ausführen, doch zeigt sich, dass die heutige Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs als tatbestandsmäßige Körperverletzung zu Weiterungen führen kann, die zwar schon früh gesehen, aber Jahrzehnte nicht in die Praxis umgesetzt wurden. Das hat sich in den letzten Jahren geändert und folgt damit der hier dargestellten Grundtendenz einer Ausweitung der strafrechtlichen Haftung des Arztes. Dies ist umso überraschender, als der BGH ausdrücklich hervorgehoben hat, aus seiner Subsumtion des ärztlichen Heileingriffs unter die Körperverletzungstatbestände folge "aber nicht, dass der Arzt sich mit jedem nach einer mangelhaften Aufklärung (und folglich aufgrund unwirksamer Einwilligung) vorgenommenen Eingriff wegen Körperverletzung strafbar macht oder für alle sich aus dem Eingriff ergebenden Risiken strafrechtlich einzustehen hätte".35 Eine Beschränkung der Strafbarkeit könne "sich insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Schutzzweckgedankens ergeben".36
- 6. Als weiteren Beleg für die "Inflation des Strafrechts" möchte ich die extensive Auslegung der §§ 299 StGB bzw. 331 StGB (Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr bzw. Vorteilsannahme) anführen. Konkret geht es "angesichts manch fragwürdiger Vertriebspraktiken im Gesundheitswesen" um die Frage, ob Vertragsärzte als "Amtsträger" oder zumindest als "Beauftragte" im Sinne der §§ 331, 332 bzw. § 299 StGB anzusehen sind. Erstmals hatte ein Oberlandesgericht (Braunschweig) 2010 den niedergelassenen Vertragsarzt als "Beauftragten" im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB des geschäftlichen Betriebs der Krankenkassen qualifiziert, ohne allerdings letztendlich entschieden zu haben, da die vom Tatbestand vorausgesetzte "Unrechtsvereinbarung" nicht ausreichend ermittelt worden war.

In der Sache selbst ging es um einen Apotheker, der einem Arzt den Umbau seiner nahe gelegenen Praxis in sechsstelliger Höhe (€ 180.000,00) finanziert und ihm monatlich Zuschüsse zu den Mietkosten gezahlt hatte. Als Gegenleistung bevorzugte der Arzt den Apotheker bei der Verschreibung teurer Krebsmedikamente (Zytostatika).

Nach diesem Urteil kam es zur Aufnahme zahlreicher Ermittlungsverfahren gegen niedergelassene Ärzte, wobei allerdings § 299 StGB teils für anwendbar erachtet, teils aber

³⁴ BGH NStZ 2008, 278 f.

³⁵ BGH NStZ 1996, 34, 35 mit Anm. Ulsenheimer, a.a.O., S. 132 f.

³⁶ BGH NStZ 1996, 34, 35; Ulsenheimer, a.a.O., Rdnr. 131.

³⁷ Leipold/Beukelmann, NJW-Spezial, 2011, 472.

³⁸ MedR 2010, 497 m. Anm. Steinhilper, MedR 2010, 499 ff.; Dannecker, GesR 2010, 281 ff.; Warntjen/Schelling, PharmaR 2010, 509 ff.; Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis, wistra 2010, 418 ff.; Weidhaas, ZMGR 2010, 199 ff.

auch wie bisher abgelehnt wurde. So folgte z.B. das Landgericht Hamburg³⁹ der Rechtsauffassung des OLG Braunschweig, während in einem anderen Fall das LG Stade⁴⁰ die Anwendbarkeit des § 299 StGB auf niedergelassene Ärzte ablehnte.

Gegen beide Entscheidungen wurde Revision eingelegt, einmal zum 3. und einmal zum 5. Strafsenat, die am 5.5.41 und 20.7.201142 folgende Vorlagebeschlüsse an den Großen Senat in Strafsachen fassten:

- (1) "Handelt ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung eines Hilfsmittels) als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB?
- (2) Hilfsweise für den Fall der Verneinung von Frage 1: Handelt ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassene Arzt bei Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung eines Hilfsmittels) im Sinne des § 299 StGB als Beauftragter der gesetzlichen Kranken-

Über die nach § 132 Abs. 4 GVG wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache vorgelegten Fragen hat der Große Senat nun am 29.3.2012 entschieden.⁴³ Die Formulierung der Fragen deutete auf die Annahme von Strafbarkeit hin, die lange Zeitdauer bis zur Entscheidung in diesem Sinne sprach allerdings dagegen. Man durfte spekulieren - und für viele überraschend verneinte der Große Senat beide Vorlegungsfragen!

Er hat damit der Versuchung widerstanden, Missständen im Gesundheitswesen unter extensiver Interpretation vorhandener Strafvorschriften entgegenzutreten. Der Schlusssatz seines Urteils lautet: "Die Anwendung bestehender Strafvorschriften, deren Tatbestandsstruktur und Wertungen der Erfassung bestimmter Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Erbringung von Gesundheitsleistungen nach den Vorschriften der gesetzlichen Krankenversicherung als strafrechtlich relevant entgegenstehen, auf der Grundlage allein dem Gesetzgeber vorbehaltener Strafwürdigkeitserwägungen ist der Rechtsprechung jedoch versagt".44 Damit ist klargestellt: etwaige Gesetzeslücken im Besonderen Teil des Strafrechts müssen durch den Gesetzgeber geschlossen und straffreies Verhalten darf nicht unter Verstoß gegen den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz nullum crimen sine lege geahndet werden, indem man eine entsprechend weite Auslegung sucht - und natür-

Die Entscheidung des Großen Senats ist bezüglich der Urteilsbegründung und im Ergebnis uneingeschränkt zu begrüßen, doch es gehört wenig Prophetie dazu, ein Einschreiten des Gesetzgebers vorherzusagen, da im Bereich der Politik und der Verbände entsprechende Schritte postwendend angekündigt wurden. Ich zitiere beispielhaft die Äußerung des Vorstands des GKV-Spitzenverbandes: "Der heutige Beschluss des Großen Strafsenats ist kein Freifahrtschein für niedergelassene Ärzte und Pharmareferenten, sondern ein klarer

³⁹ GesR 2011, 164 mit Anm. Geis, S. 641.

⁴⁰ ZMGR 2011, 148 ff.

⁴¹ Az. 3 StR 458/10; mit ablehnender Bespr. Schuhr, NStZ 2012, 11 ff.

⁴² Az. 5 StR 115/11.

NJW 2012, 2530 ff. = GesR 2012, 479 ff.

⁴⁴ Großer Senat BGH NJW 2012, 2530, 2535.

Auftrag an den Gesetzgeber, die in diesem Rechtsstreit sichtbar gewordenen Lücken im Strafrecht zu schließen".⁴⁵ Insofern bedeutet das Urteil zwar zunächst einmal einen Stopp im "Sanktionierungs- und Verfolgungseifer",⁴⁶ doch dürfte schon bald im Gewand einer neuen Strafbestimmung der Expansionskurs des Strafrechts im Bereich des Gesundheitswesens seine Fortsetzung finden.

7. Eine extensivere Linie als bisher hatte der BGH auch zur Frage der Anwendbarkeit des § 266 StGB auf den Vertragsarzt bei Fehlverhalten gegenüber den Krankenkassen eingeschlagen. Dies entspricht der allgemeinen Tendenz in der neueren Justizpraxis, den Untreuetatbestand als "alles überstrahlendes Universaldelikt" zu begreifen und damit diese Norm nun auch im Gesundheitswesen als Auffangtatbestand für ärztliches Fehlverhalten mit Vermögensbezug heranzuziehen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese "Untreuexpansion" inzwischen deutlich gerügt und eine restriktive Auslegung gefordert, so dass in Zukunft die "Untreuewelle" mutmaßlich wohl abebben wird, zumal nach den Ausführungen des Großen Senats die These, der Vertragsarzt sei Beauftragter oder Vertreter der Krankenkassen, nicht mehr haltbar ist. 50

Ein weiteres Argument gegen diese Auffassung ergibt sich auch aus dem Urteil des BSG vom 17.12.2009. ⁵¹ Danach erwirbt der Apotheker einen *unmittelbaren* Vergütungsanspruch gegen die Krankenkassen, ⁵² und von wenigen Ausnahmen abgesehen sind unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Kassenärzten und Krankenkassen ausgeschlossen. Deshalb ist die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber den Krankenkassen mit der Folge möglicher Untreuestrafbarkeit bei Verletzung dieser Pflicht weitestgehend im Schrifttum auf Ablehnung gestoßen. ⁵³ Die Argumente sind zahlreich, ⁵⁴ wobei das Schlagendste m.E. die Tatsache ist, dass der Vertragsarzt trotz seiner Einbindung in das gesetzliche, öffentlich-rechtlich geprägte Krankenversicherungssystem ein *freiberuflich* praktizierender, *selbständig* agierender, wirtschaftlich und rechtlich unabhängiger Arzt ist, der, getragen vom Vertrauen seiner Patienten, in erster Linie für deren Gesundheit tätig ist. Darin liegt sein vorrangiger, aus der Berufsordnung klar ersichtlicher Auftrag und in diesem Bewusstsein nimmt er eigenverantwortlich die Ge-

⁴⁵ Münchner Merkur vom 23./24.6.2012, S. 6.

⁴⁶ Wohlers/Kudlich, ZStW, Bd. 119 (2007), 375.

⁴⁷ BGHSt 49, 17 ff = MedR 2004, 268 ff.; BGH MedR 2004, 613 ff = NStZ 2004, 568 ff.; OLG Hamm, MedR 2005, 236 ff. mit Anm. Steinhilper, S. 239 ff.; Siehe zu den BGH-Entscheidungen Ulsenheimer, MedR 2005, 622 mwN; Leimenstoll, Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes, Diss. Köln 2012.

⁴⁸ Seier, in: FS Geilen, 2003, 146.

⁴⁹ NStZ 2010, 626 mit Anm. Satterling, NStZ 2011, 376; Krüger, NStZ 2011, 369 und Saliger, NJW 2010, 3195.

⁵⁰ Denn die Untreue-Begründung des BGH beruhte auf der These, der Vertragsarzt handle bei Ausstellung einer Verordnung (von Medikamenten) als Vertreter der Krankenkasse und erfülle deshalb bei nicht indizierter Verschreibung die Missbrauchsalternative des § 266 StGB. Vom Großen Senat wurde diese Konsequenz allerdings ausdrücklich offen gelassen, BGH NJW 2012, 2530, 2534.

⁵¹ BSGE 105, 157 ff.

⁵² BGH NJW 2012, 2530, 2534.

⁵³ Siehe dazu Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, § 15 Rdnr. 15/18 Anm. 31 mwN.; besonders instruktiv Schnapp, Der Vertragsarzt – Sachwalter der gesetzlichen Krankenkassen?, in: FS Herzberg, 2008, S. 795 ff; a.A. Schroth, in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, 200. 202.

⁵⁴ Siehe dazu im einzelnen: Ulsenheimer, MedR 2005, 622 ff.

Neuere Entwicklungstendenzen im Arztstrafrecht

sundheitsinteressen der gesetzlich versicherten Patienten wahr, mögen ihm dabei auch gewisse öffentlich-rechtliche Beschränkungen auferlegt sein. Insofern ist auch der Vorsatz der Untreue kaum zu begründen.

8. Ein weiteres Beispiel für den Expansionsdrang der Rechtsprechung im Arztstrafrecht lässt sich aus dem Betrugsbereich anführen. Während allenthalben anerkannt ist, dass der Schadensbegriff im Rahmen des § 263 StGB im Kern und Ausgangspunkt wirtschaftlich geprägt ist und nur in Randzonen rechtliche Einschränkungen erfährt (sog. juristischökonomische Vermittlungslehren), soll beim Abrechnungsbetrug innerhalb des vertragsärztlichen Vergütungssystems die streng formale Betrachtungsweise gelten.55 Diesen - m.E. auch im Bereich des Vertragsarztrechts kritikwürdigen - "formellen Schadensbegriff"56 überträgt der BGH nun auch auf die GOÄ-Abrechnung eines freiberuflich tätigen, privat liquidierenden Arztes,⁵⁷ obwohl es in diesem Fall um eine "individuelle Vertragsbeziehungzwischen Arzt und Patient sowie um den Schutz des individuellen Patientenvermögens"58 geht und zur Begründung der Normativierung des Schadens die "nicht marktwirtschaftlich, sondern rechtsnormativ" organisierten Bestimmungen des vertragsärztlichen Versorgungssystems angeführt werden. Deshalb fehlt für diese Übertragung auf die privatärztliche Abrechnung von Leistungen gegenüber dem Privatpatienten jegliche Grundlage.59

Mit Recht stellt Tiedemann in seiner Besprechung des Urteils abschließend fest, "durch exzessive Normativierung des Schadensbegriffs" entferne sich der BGH "von dessen wirtschaftlichem Ausgangspunkt"60 und gelange zu einer "Nullbewertung von Leistungen, die unter Verstoß gegen die GOÄ erbracht worden sind".61 Mit dem Argument, der Arzt habe einen Rechtsanspruch auf Bezahlung vorgespiegelt und deshalb sei der Patient - irrtumsbedingt - "in Höhe des zu Unrecht Gezahlten geschädigt",62 wird aus der "Rechtswidrigkeit privatärztlicher Abrechnung von tatsächlich erbrachten Leistungen eine völlige wirtschaftliche Wertlosigkeit."63 Dies widerspricht der Mahnung des Bundesverfassungsgerichts,64 dass "normative Gesichtspunkte bei der Feststellung eines Nachteils" zwar "durchaus eine Rolle spielen können", wirtschaftliche Überlegungen aber nicht verdrängen" dürfen.65

⁵⁵ BGH NStZ 1995, 85 f; BGH GesR 2003, 87, 90; OLG Koblenz, MedR 2001, 144, 145; zustimmend Beckember/Wegner, NStZ 2003, 315; ablehnend Grunst, NStZ 2004, 533, 537 f.; Itzler, JuS 2004, 1037, 1040; siehe dazu auch Volk, NJW 2000, 3385, 3388; Stein, MedR 2001, 124 ff., 131; ablehnend auch Schönke/Schröder/Cramer/Perron, § 263 Rdnr. 112; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis,

Tiedemann, JZ 2012, 526.

⁵⁷ BGH MedR 2012, 388 = JZ 2012, 518 ff mit Anm. Tiedemann, S. 525 ff.

Tiedemann, a.a.O., S. 527.

⁵⁹ Tiedemann, a.a.O., S. 527.

⁶⁰ Tiedemann, a.a.O., S. 528.

Tiedemann, a.a.O., S. 527; ablehnend mit überzeugender Kritik auch Brand/Wostry, StV 2012, 619 ff.; Dann, NJW 2012, 2011 spricht sogar von einem "verfassungswidrigen Schadensbegriff".

BGH a.a.O., S. 523.

Tiedemann, a.a.O., S. 525.

Ausgesprochen in bezug auf § 266 StGB.

BVerfG StraFo 2012, 27; siehe auch Kudlich, JA 2011, 790 und Krüger/Borgert, ZWH 2012, 213,

Ш.

Um bei aller Kritik nicht missverstanden zu werden: Ich plädiere in diesen Fällen ärztlichen Fehlverhaltens mit vermögensrechtlichem Einschlag keineswegs für Sanktionslosigkeit, quasi für einen Freibrief zugunsten des Arztes. Aber auch ohne Strafverfahren und Strafurteile stehen höchst wirksame, vielleicht sogar wirkungsvollere Sanktionen im Vertragsarztrecht, Berufsrecht und Verwaltungsrecht zur Verfügung, angefangen von den Prüfungs- und Korrekturmaßnahmen des SGB V, z.B. der Wirtschaftlichkeitsprüfung, über das vertragsärztliche Disziplinarverfahren bis hin zum Entzug der Kassenzulassung, dem berufsgerichtlichen Verfahren mit erheblichen Geldbußen und dem Ruhen oder gar der Entziehung der Approbation durch die Verwaltungsbehörde (Regierungspräsidenten). Alle diese Maßnahmen, die nebeneinander verhängt werden können, bieten – jedenfalls zusammen – äußerst scharfe und einschneidende Waffen im Kampf gegen Abrechnungsmanipulationen.

IV.

Ärztliches Handeln kann sich selbstverständlich nicht im rechtsfreien Raum abspielen, sondern muss rechtlicher Kontrolle unterliegen, und der Arzt steht wie jeder andere Staatsbürger auch "unter dem allgemeinen Gesetz" und damit auch den Strafgesetzen. Aber der von mir auf ganz verschiedenen Ebenen und in unterschiedlichen Bereichen aufgezeigte "Trend zum Strafrecht" überschätzt dessen abschreckende Wirkung und schafft fragwürdige Ergebnisse. Kein geringerer als der berühmte Strafrechtler Binding betonte als eine "Beobachtung von größtem Werte: die des fragmentarischen Charakters aller Strafgesetze" und warnte vor dem "Expansionsdrang gegen das Gesetz". Wir sollten dafür eintreten, dass der anerkannte Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts auch im ärztlichen Bereich gelten muss und die staatliche Strafgewalt nur als ultima ratio der sozialen Kontrolle in Betracht kommen darf. In dieser Feststellung weiß ich mich einig mit unserem verenten Jubiliar, dem wir diese Festschrift widmen und in dessen umfangreichem, breit gefächertem Œuvre sich immer wieder auch Beiträge mit strafrechtlichen Themen und dem wichtigen Hinweis finden, strafrechtliche Sanktionen nur bei Fehlen anderweitiger angemessener Reaktionsmöglichkeiten einzusetzen.

⁶⁶ Eser, in: Ethische Probleme des ärztlichen Alltags, 1988, S. 98 ff.; Franzki, MedR 1994, 171.

⁶⁷ Wohlers/Kudlich, ZStW Bd. 119 (2007), 375.

⁶⁸ So mit Recht auch Schuhr, NStZ 2012, 11, 15.

⁶⁹ Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1902, S. 20 ff.

⁷⁰ BT Bd. 1, S. 22.

⁷¹ Jescheck/Weigend, a.a.O., S. 53 Anm. 10.

⁷² Siehe z.B. MedR 2010, 502.