

Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht – Teil 2*

Von Dr. **Susanne Beck**, LL.M. (LSE), Würzburg/Gießen

Der zweite Teil behandelt Spezialfälle potentieller Strafbarkeit von Ärzten. Ihre Bedeutung ergibt sich unter anderem daraus, dass es bei ihnen um die Verletzung oder Gefährdung wichtiger Rechtsgüter geht und sie mit moralisch äußerst umstrittenen Fragen in Zusammenhang stehen. Erläutert werden im Folgenden potentielle Strafbarkeiten eines Arztes wegen Sterbehilfe (Fall 7), wegen Schwangerschaftsabbruchs (Fall 8), wegen Handlungen im Kontext der Organtransplantation (Fälle 9a-c), wegen Abrechnungsbetrugs (Fall 10) und schließlich wegen unerlaubter Datenübermittlung bzw. Verletzung der Schweigepflicht (Fälle 11 und 12).

III. Sterbehilfe: Behandlungsabbruch oder Tötung auf Verlangen?

Fall 7: Die Nachbarinnen E und F kennen sich seit vielen Jahren. E ist seit einiger Zeit herzkrank und verfasst deshalb, in Abstimmung mit ihrem Hausarzt, ein zivilrechtlich wirksames „Patiententestament“, wonach sie für den Fall, dass sie nur noch mit Maschinen am Leben erhalten wird und keine Aussicht auf Besserung ihres Zustands besteht, die Weiterbehandlung ablehnt. Auch der F hat die E hiervon erzählt. Als F die E kurze Zeit später ohnmächtig vor der gemeinsamen Haustür findet, ruft F den Krankenwagen. E wird daraufhin in eine Klinik eingeliefert. Sie liegt im Koma und wird auf Anordnung des Arztes A versorgt (Infusionen, Spritzen, etc.). Allerdings hat ihr Gehirn irreparable Schäden erlitten – eine Aussicht auf Besserung des Zustands besteht nicht, vielmehr ist davon auszugehen, dass sie trotz der getroffenen Maßnahmen nicht mehr lange leben wird. Obwohl F dem A bei einem ihrer Besuche von der Patientenverfügung der E erzählt, bricht A die Behandlung nicht ab. F findet es respektlos, die explizite Verfügung der E zu missachten. Bei ihrem nächsten Besuch schaltet sie deshalb die Herz-Lungen-Maschine ab, woraufhin die E sofort verstirbt. Strafbarkeit der F?

F könnte sich wegen Tötung auf Verlangen gemäß §§ 212 Abs. 1, 216 StGB¹ strafbar gemacht haben, indem sie die

* Fortsetzung aus ZJS 2013, 42. Die in Teil 1 und in diesem zweiten Teil behandelten Kurzfälle können nicht das gesamte Medizinstrafrecht abdecken, sondern lediglich einige wesentliche (dogmatisch interessante oder öffentlich umstrittene) Fragen erörtern und so einen ersten Einblick in die Bandbreite dieses Strafrechtsgebiets geben. Zur Vertiefung seien u.a. empfohlen: *Roxin/Schroth*, Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Aufl. 2007; *Ries*, *Arztrecht: Praxishandbuch für Mediziner*, 2. Aufl. 2008; *Ulsenheimer*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl. 2008.

¹ § 216 StGB wird allgemein als Privilegierung zu § 212 StGB angesehen, vgl. *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl. 2011, § 216 Rn. 1. In einer Klausur wäre es ebenso vertretbar, an dieser Stelle zunächst nur § 212 StGB zu nennen und gegebenenfalls, soweit man dessen Vorliegen bejaht,

lebenserhaltenden Geräte der E abschaltete.² An dieser Stelle ist zunächst festzulegen, ob es sich bei der Handlung um aktives Tun oder Unterlassen nach § 13 StGB handelt.³ In *Fall 7* stellt sich das Abschalten von außen betrachtet physikalisch zunächst als aktives Tun dar. Eine Differenzierung nur nach dem äußeren Erscheinungsbild berücksichtigt jedoch den normativen Gehalt der Kategorien von Tun und Unterlassen nicht angemessen. Insbesondere von der Rechtsprechung⁴ wird deshalb auf den „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“⁵ abgestellt. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die F durch das Beenden der lebenserhaltenden Maßnahmen zwar eigentlich eine Behandlung abbricht, was auf ein Unterlassen hindeutet. Da jedoch die Behandlung von einem Dritten – nämlich dem Arzt – begonnen wurde, F also „mehr“ tun muss als ihre eigene vorherige Aktivität einfach einstellen, spricht aus Sicht der „Schwerpunkts-Theorie“ vieles dafür, hier von einem aktiven Tun auszugehen.

Die Handlung der F könnte jedoch durch Einwilligung der E gerechtfertigt sein.⁶ Die E hat zwar nicht explizit in die

eine mögliche Privilegierung nach § 216 StGB im Anschluss zu prüfen.

² In einem ersten gedanklichen Schritt ist die Sterbehilfe im Übrigen immer zunächst von der straflosen Beteiligung am Suizid abzugrenzen. Da in Deutschland der (versuchte) Selbstmord nicht strafbar ist, ist jede Teilnahme daran ebenfalls straflos. Vgl. hierzu *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, Vorbem. zu den §§ 211 ff. Rn. 34 ff. m.w.N. Zu einem aktuellen Überblick über die Rechtsprechung *Kutzer*, *ZRP* 2012, 135.

³ Zur Abgrenzung generell *Stree/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2010, § 13 Rn. 158 ff. Nach früherer herrschender Ansicht wurde an dieser Stelle zwischen aktiver, indirekter und passiver Sterbehilfe differenziert. Aktive Sterbehilfe wurde immer als strafbar angesehen, ggf. war die Strafe zu mildern, § 216 StGB. Indirekte Sterbehilfe (nicht-intendierte Lebensverkürzung durch die indizierte Verabreichung von Schmerzmitteln) wurde, wenn der Sterbehilfeprozess eingesetzt hatte, ebenso wenig als strafbar angesehen wie, bei Vorliegen bestimmter Bedingungen, die passive Sterbehilfe (das Sterben-Lassen durch Nichtbehandlung). Vgl. hierzu etwa *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (a.a.O.), Vorbem. zu den §§ 211 ff. Rn. 21 ff. m.w.N. Durch die aktuelle Rechtsprechung des BGH wurde diese Bedeutung etwas abgeschwächt, denn nun ist im Falle des (aktiven) Behandlungsabbruchs eine Rechtfertigung durch Einwilligung möglich, vgl. *BGH NJW* 2010, 2963 m. Anm. *Rissing-van Saan*, *ZIS* 2011, 544; *BGH NJW* 2011, 161. Dennoch ist in der Klausur auf Tatbestandsebene zunächst weiterhin zwischen den Handlungsformen zu differenzieren.

⁴ *BGHSt* 6, 59; 49, 164; *BGH NStZ* 1999, 607; *BGH NStZ* 2003, 657; *BGH NStZ* 2005, 447, *BGH NStZ-RR* 2006, 174.

⁵ Vgl. zu der Diskussion etwa *Stoffers*, *JuS* 1993, 23.

⁶ Gerade hier wird also die aktuelle Rechtsprechung zum Behandlungsabbruch relevant, da nur aufgrund dieser die Mög-

Maßnahme der F eingewilligt, sie hat jedoch mittels ihrer Patientenverfügung ihren Willen erklärt. Diese stellt ein zentrales Indiz für ihren mutmaßlichen Willen dar. Durch ihr Verhalten verwirklicht F gerade den auch ihr anvertrauten Wunsch ihrer langjährigen guten Bekannten E und könnte durch eine mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt sein. Fraglich ist jedoch die Dispositionsbefugnis. Das Handeln im Einklang mit einer zivilrechtlich wirksamen Patientenverfügung der F könnte dem Fremdtötungsverbot (das sich u.a. aus § 216 StGB ergibt) widersprechen. Die Einschränkung der Dispositionsbefugnis über das individuelle Rechtsgut Leben ist jedoch nicht umfassend, denn zugleich ist allgemein anerkannt, dass ein Patient nicht gegen seinen Willen weiterbehandelt werden darf – dies wäre eine strafbare Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB. Ein Wunsch nach Beendigung der Behandlung ist also auch dann zu akzeptieren, wenn er bedeutet, dass der Patient verstirbt. Somit spricht viel dafür, dass ein „Behandlungsabbruch“ jedenfalls dann, wenn die Person lebensbedrohlich erkrankt ist, die abgebrochene Maßnahme zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist und ein objektiver und subjektiver Zusammenhang zu der medizinischen Behandlung besteht,⁷ nicht zu missbilligen ist. Da die Patientenverfügung erst kurze Zeit vorher erstellt wurde und auch sonst keinerlei Anhaltspunkte für einen geänderten Willen der E auszugehen ist, ist anzunehmen, dass ein Abbruch der Behandlung auch ihrem Willen in der aktuellen Situation entspricht.

Zu überlegen ist jedoch, ob sich die Patientenverfügung der E möglicherweise nur an den behandelnden Arzt richtet. Bejaht man dies, wäre die Handlung der F doch nach den klassischen Kategorien zu beurteilen und somit als aktive Tötung auf Verlangen strafbar. Dafür, dass die vom BGH geschaffene Kategorie des Behandlungsabbruchs grundsätzlich nur denjenigen betrifft, der die Behandlung durchführt, könnte insbesondere sprechen, dass nur der behandelnde Arzt umfassend über den Gesundheitszustand des Patienten, dessen Überlebenschancen und damit den bezüglich des aktuellen Zustands geltenden Willen umfassend informiert sein kann.⁸ Ein Gegenargument wäre, dass so ein zumindest in manchen Situationen durchaus eindeutig erkennbarer Patientenwille von Dritten missachtet werden müsste. Wenn etwa, wie in *Fall 7*, der behandelnde Arzt A konträr zum Patientenwillen weiterbehandelt, bleibt dem Dritten nur der Weg über die Gerichte – was das Leiden des Patienten erheblich verlängern könnte.⁹

lichkeit einer Rechtfertigung einer letztlich aktiven Tötung überhaupt besteht. Das Urteil expliziert nicht, ob es sich um eine mutmaßliche oder eine antizipierte Einwilligung handelt vgl. *Gaede*, NJW 2010, 2925 (2927). Hier wird von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgegangen.

⁷ BGH NJW 2010, 2963.

⁸ Vgl. zu diesen Fragen etwa *Lackner/Kühl* (Fn. 1), Vorbem. zu den §§ 211 ff. Rn. 8a.

⁹ Zugleich wird an dieser Stelle teilweise für die Strafbarkeit des Dritten angeführt, dass dieser das im BGB geregelte Verfahren (§§ 1694 ff. BGB) nicht eingehalten hat. Dies ist jedoch angesichts dessen, dass eine gewisse Selbständigkeit des Strafrechts beibehalten werden sollte, problematisch. Vgl. zum Zu-

Nicht selten kann man davon ausgehen, dass der Patient für eine solche Situation hofft, dass ein Dritter seinen Willen verwirklicht. In der Klausur sind grundsätzlich beide Ansichten vertretbar, wobei die letztgenannte aufgrund ihres Widerspruchs zu den zivilrechtlichen Regelungen und dem einem Dritten grundsätzlich möglichen Weg über die Gerichte wohl einen größeren Begründungsaufwand erfordert. Je nachdem, welche Ansicht man bezüglich der Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs durch Dritte vertritt, macht sich F in *Fall 7* durch das Abschalten der Geräte entweder nach §§ 212 Abs. 1, 216 StGB¹⁰ wegen Tötung auf Verlangen strafbar oder nicht.

IV. Schwangerschaftsabbruch¹¹

Fall 8: F ist im siebten Monat schwanger, als sie von ihrer Mutter erfährt, dass ihr (ihr bis dahin unbekannter) Vater an der Kreuzberg-Jakobs-Krankheit („Veitstanz“) starb. F lässt daraufhin ihr Kind im Mutterleib auf diese Krankheit untersuchen und es stellt sich heraus, dass das Kind das entsprechende Gen aufweist. Daraufhin wendet sich F an den Arzt A und bittet ihn, das Kind abzutreiben, weil es sie psychisch massiv belasten würde, ein Kind mit dieser tödlichen Krankheit zu bekommen (sie bricht meist zwischen dem 30. und 40. Lebensjahr aus, ist nicht heilbar und führt innerhalb weniger Monate zu einem sehr schmerzhaften Sterbeprozess). A führt daraufhin den Schwangerschaftsabbruch durch.

A könnte sich nach § 218 StGB strafbar gemacht haben. Dass A hier die Schwangerschaft abgebrochen hat, geht aus dem Sachverhalt explizit hervor und er handelte insofern auch wissentlich und willentlich. Es kommt jedoch eine Rechtfertigung¹² nach § 218a Abs. 2 StGB in Betracht (sog. medizinische Indikation). Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Wortlaut der Norm nach nur medizinische Gefahren für die Mutter einen Abbruch rechtfertigen.¹³ Eine solche liegt hier auf den

sammenwirken der beiden Rechtsgebiete *Beck*, in: Thiele (Hrsg.), *Aktive und passive Sterbehilfe, Medizinische, rechtswissenschaftliche und philosophische Aspekte*, 2. Aufl. 2010, S. 169.

¹⁰ Vertritt man die Ansicht, dass F aufgrund ihrer Position die Behandlung nicht abbrechen kann, muss man überdies davon ausgehen, dass es sich bei Abschalten durch einen Dritten um aktives Tun handelt. Allerdings wäre von einer Privilegierung nach § 216 StGB auszugehen.

¹¹ Dass in einer Klausur dieses Schwerpunktbereichs ausschließlich ein Schwangerschaftsabbruch geprüft wird, ist eher unwahrscheinlich, es ist jedoch denkbar, dass ein Nebenaspekt eines Falles sich damit befasst.

¹² Anders als die höchst umstrittene Konstruktion des § 218a Abs. 1 StGB (der Abbruch ist rechtswidrig, aber straffrei), handelt es sich bei § 218a Abs. 2 StGB um einen originären Rechtfertigungsgrund.

¹³ Bis 1995 gab es eine embryopathische Indikation, die die Feststellung einer relevanten Behinderung des Fetus und der Unzumutbarkeit ihn auszutragen, erforderte und überdies eine

ersten Blick nicht vor. Allerdings wird § 218a StGB in aller Regel so ausgelegt, dass die künftige Erkrankung des Kindes eine unzumutbare Belastung für die Mutter darstellt und deshalb den Schwangerschaftsabbruch rechtfertigt.¹⁴ Dies gilt auch für Spätabbrüche, unabhängig davon, ob der Fötus zu diesem Zeitpunkt bereits lebensfähig wäre.¹⁵

Das Wissen um eine genetische Disposition für die Kreuzberg-Jakob-Krankheit des Fötus kann ohne weiteres eine erhebliche psychische Belastung für die Mutter im Sinne der Norm begründen. Nachdem die F den A hier explizit aufgrund der ihr drohenden Belastung um einen Abbruch bittet, ist auch in *Fall 8* eine derartige Indikation zu bejahen. A handelt deshalb gerechtfertigt nach § 218a Abs. 2 StGB. Er ist straflos.

V. Organspende

Fall 9a: Oberarzt O arbeitet auf der Intensivstation der staatlichen Klinikum G. Dort betreut er u.a. X, der nach einem Motorradunfall keine Hirnströme mehr aufweist. Einen Organspendeausweis trägt er nicht bei sich. Die Eltern des X erklären, nichts über seine Einstellung zu Organspende zu wissen und wollen der Entnahme nicht zustimmen. Auch sonst deutet nichts auf einen Willen des X, seine Organe zu spenden, hin. O ist jedoch der Meinung, dass der X nicht umsonst gestorben sein soll und entnimmt ihm deshalb alle spendbaren Organe. Anschließend leitet er diese auf den dafür vorgesehenen Wegen an geeignete Spender weiter.

Die Fragen um die Organentnahme und Organtransplantation sind inzwischen im TPG geregelt.¹⁶ Dessen Anwendungsbereich ist hier eröffnet, § 1 Abs. 2 TPG: In *Fall 9a* ist explizit von „Organen“ die Rede. Eine Strafbarkeit nach diesem Gesetz kann sich aus den Strafvorschriften des §§ 18, 19 TPG ergeben. Hier könnte §§ 19 Abs. 2 Var. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 TPG erfüllt sein. Eine Einwilligung des X i.S.v. § 4 Abs. 1 Nr. 1 liegt nicht vor. Die Eltern des X wissen weder von dessen

22 Wochen-Frist für die Vornahme des Abbruchs und eine gesonderte Beratungspflicht vorsah.

¹⁴ Lackner/Kühl (Fn. 1), § 218a Rn. 11 ff.

¹⁵ Aus dem Sachverhalt geht nichts über die Methode des Schwangerschaftsabbruchs hervor. Insofern ist zu berücksichtigen, dass Spätabbrüche durch Einleitung einer Fehl- oder Totgeburt erfolgen. Problematisch ist, wie die Situation zu beurteilen ist, wenn der lebensfähige Fötus (i.d.R. nach der 23. Schwangerschaftswoche) danach Lebenszeichen aufweist – denn eigentlich handelt es sich dann um einen Menschen i.S.v. § 212 StGB und der Arzt könnte sich, wenn er den Fötus einfach sterben lässt, wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar machen. Dieser ganze Komplex ist strafrechtlich noch ungeklärt, vgl. Beck, Stammzellforschung und Strafrecht, 2006, S. 127 ff.

¹⁶ Eine Strafbarkeit nach § 212 StGB entfällt mit der Feststellung des Hirntods, vgl. zu diesem Oduncu, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Transplantationsgesetz, Kommentar, 2005, Einl. Rn. 76 ff.

Willen, noch stimmen sie selbst der Entnahme zu. Da auch sonst keine weiteren Anhaltspunkte für eine mutmaßliche Einwilligung vorliegen, macht sich O mit der Entnahme strafbar nach §§ 19 Abs. 2 Var. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 TPG.

Fall 9b: Davon überrascht, wie unproblematisch die bürokratischen Hürden sich umgehen lassen, findet er, dass auch seine Patienten von seinem Einfallsreichtum profitieren sollten.¹⁷ Also manipuliert er die Ergebnisse der Laboruntersuchungen des Dialyse-Patienten Y, was diesen auf der Empfängerliste deutlich nach oben hebt, so dass der O ihm innerhalb weniger Wochen eine neue Niere transplantieren kann. Hat sich O nach dem TPG strafbar gemacht?

Die bloße Manipulation der Empfängerlisten ohne jede finanzielle Zuwendung ist keine Straftat im engeren Sinne, sondern verstößt gegen sonstige Verfahrensvorschriften des TPG (§§ 9 ff. TPG), deren Verletzung lediglich durch die Bußgeldvorschrift des § 20 TPG sanktioniert wird. Die Antwort auf die Fallfrage lautet also: O hat sich nicht strafbar gemacht.¹⁸

VI. Organhandel/Bestechlichkeit

Fall 9c: Als sich das einige Patienten in Bezug auf den Organempfang privilegierende Vorgehen von O unter den Patienten herum spricht, wendet sich der Z an ihn, und bietet ihm 10.000 Euro, wenn er ihm dieselbe Hilfe gewähre wie dem Y. O, der sich selbst für chronisch unterbezahlt hält, kommt der Bitte gerne nach. Der Betrag wird ihm im sofort bezahlt. Kurze Zeit später manipuliert er auch die Diagnose des Z und dieser rückt in der Empfängerliste deutlich nach oben. Strafbarkeit des O?

O könnte nach §§ 18, 19 TPG wegen Organhandels strafbar sein. Die Definition von „Handel treiben“ orientiert sich an der Interpretation dieses Merkmals bei Betäubungsmitteldelikten, wenn auch im Rahmen des TPG teleologisch zu reduzieren. Handel treiben ist danach „jede eigennützige, auf Güterumsatz gerichtete Tätigkeit, selbst wenn es sich nur um eine gelegentliche, einmalige oder vermittelnde Tätigkeit handelt“¹⁹. Die Normen werden eher weit ausgelegt, weshalb etwa die Erfüllung des Merkmals nicht erfordert, dass die auf den Handel gerichtete Tätigkeit zu einem Erfolg führt (also etwa Organe, Organteile oder Gewebe tatsächlich umgesetzt werden). Dies zu vertreten ist auch für die Klausur sinnvoll, da

¹⁷ <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/transplantations-skandal-an-goettinger-uni-klinikum-leber-im-angebot-1.1417466> (10.10.2012).

¹⁸ Da das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht Teil des Prüfungsstoffs der universitären Ausbildung ist, genügt hier in der Klausur – bei entsprechender Fallfrage – grundsätzlich ein Hinweis auf die Sanktionierung nach § 20 TPG. Hier war sogar explizit nur nach der Strafbarkeit gefragt, so dass es auch dieses Hinweises nicht bedarf.

¹⁹ BT-Drs. 13/4355, S. 30

der Begriff „Handel treiben“ überzeugender als erfolgsunabhängig definiert werden kann.

Zumindest zu fordern ist jedoch, dass die ausgeführte Handlung mit einer diesbezüglichen Absicht verbunden ist. In *Fall 9c* wird der Betrag von Z nicht gezahlt, um direkt ein Organ zu erhalten, sondern lediglich für die Verbesserung der Position auf der Empfängerliste. Die direkte Übergabe eines Organs war zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt. Diese bloße Verbesserung der Chancen, von dritter Seite ein Organ zu erhalten, kann angesichts der im Strafrecht wichtigen Wortlautgrenze nicht als „Handel treiben“ mit diesem Organ angesehen werden.²⁰ Der O ist somit nicht strafbar wegen Organhandels nach §§ 18, 19 TPG.

Er könnte jedoch wegen Bestechlichkeit nach § 332 StGB strafbar sein. O müsste Amtsträger sein. In Betracht kommt, da hier nicht von einem Beamtenstatus des O auszugehen ist,²¹ eine Amtsträgerschaft, weil er „sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen“, § 11 Nr. 2 lit. c StGB. Zu den sonstigen Stellen gehören ohne Zweifel auch die mit der Daseinsvorsorge betrauten staatlichen Krankenhäuser.²² Die Daseinsvorsorge gehört zu den öffentlichen Aufgaben, O ist als Amtsträger i.S.v. § 11 Nr. 2 lit. c StGB anzusehen.²³ Die Diagnose, die der Platzierung auf der Liste der Organempfänger zugrunde liegt, stellt eine Dienstaussübung (= ein Handeln im Rahmen der dienstlichen Obliegenheiten, das in dienstlicher Eigenschaft vorgenommen wird²⁴) dar. O hat mit den 10.000 Euro offensichtlich einen Vorteil im Sinne der Norm angenommen.²⁵ Dieser Vorteil wurde auch gerade für eine geplante Verletzung der Dienstpflichten gewährt: O hat das Geld gerade für die unzutreffende Diagnoseerstellung und der damit verbundenen

Platzierung des Z auf der Empfängerliste erhalten. Somit liegt also in *Fall 9c* auch eine Unrechtsvereinbarung²⁶ zwischen O und Z vor. Der objektive Tatbestand ist somit erfüllt. O handelt vorsätzlich, rechtswidrig, schuldhaft. Er hat sich nach § 332 StGB strafbar gemacht.

VII. Abrechnungsbetrug

Fall 10: Der niedergelassene Arzt A lässt Blutabnahmen grundsätzlich von der Sprechstundenhilfe S vornehmen. Im Rahmen der Quartalsabrechnung gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung gibt er mittels eines Zahlen-codes an, einen Anspruch auf Vergütung dieser Leistung als von ihm erbracht zu haben. Die Sachbearbeiterin X der Kassenärztlichen Vereinigung geht davon aus, dass dies zutreffend sei, und überweist dem A einen entsprechend überhöhten Betrag (Anteil an der Gesamtvergütung)²⁷. Strafbarkeit des A nach § 263 Abs. 1 StGB?

A könnte sich in *Fall 10* wegen Betrugs zu Lasten der Krankenkasse strafbar gemacht haben, § 263 Abs. 1 StGB. Dem Sachverhalt nach hat er die X²⁸ bei Beschreibung der erbrachten Leistung über den Erbringer getäuscht. Darüber hat sich die X aufgrund der Angaben des A auch geirrt – auch dies ist hier ausdrücklich im Sachverhalt geschildert, so dass es auf ein sachgedankliches Mitbewusstsein der X nicht ankommt. X hat hier auch eine entsprechende Überweisung an A auch gerade aufgrund dieses Irrtums veranlasst: In Fällen wie dem hier geschilderten beinhalten die Leistungsbeschreibungen immer auch die höchstpersönliche Leistungserbringung durch den Arzt. Wird die jeweilige ärztliche Leistung durch nicht-ärztliches Personal erbracht, so darf die Leistung nicht als ärztliche abgerechnet werden.²⁹ Der Irrtum war somit relevant für die Verfügung der X.

Gerade im Bereich des Abrechnungsbetrugs ist stark umstritten, über wessen Vermögen verfügt wird: Keineswegs wird dem Arzt jede Behandlung einzeln von der jeweiligen

²⁰ Auch bei sonstigen Gütern würde man es nicht als „Handel“ ansehen, wenn eine Person einer anderen Person lediglich bessere Chancen verschafft, dieses Gut von einem Dritten zu erwerben. Auch Beihilfe oder ähnliches zu einem Handel treiben liegt hier nicht vor, da der Erhalt des Organs von der zuständigen Stelle im Erfolgsfall ja gerade nicht unter dieses Tatbestandsmerkmal fällt.

²¹ BGH NStZ 2001, 425 (426); BGHSt 31, 264 (279); Hanseatisches OLG MedR 2000, 371 (372); *Cramer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 331 Rn. 17; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 331 Rn. 11.

²² OLG Karlsruhe NJW 1983, 352.

²³ BGHSt 46, 310 (313); Plausibel ist es jedenfalls, den angestellten Chefarzt eines Kreiskrankenhauses als Amtsträger anzusehen. Stark umstritten ist dies bei Vertragsärzten (pro: *Fischer* [Fn. 21], § 11 Rn. 22c m.w.N.; contra: *Neupert*, NJW 2006, 2811 [2814]).

²⁴ *Cramer* (Fn. 21), § 331 Rn. 10; *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 331 Rn. 8, jeweils m.w.N.

²⁵ „jede Leistung [...], auf die der Amtsträger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert“, *Korte*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2011, § 331 Rn. 61.

²⁶ Zu dieser Voraussetzung *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 152 Rn. 89 ff.

²⁷ Zu Details vgl. *Schuhr*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2011, § 263 Rn. 16.

²⁸ In der Praxis wird in der Regel keine Sachbearbeiterin die Abrechnung entschlüsseln, sondern die Daten werden maschinell verarbeitet. In diesen Fällen ist fraglich, ob die Unterschrift durch einen Sachbearbeiter ausreicht, um von einer Täuschung i.S.v. § 263 Abs. 1 StGB auszugehen, oder ob nicht stattdessen ein Computerbetrug i.S.v. § 263a StGB in Betracht zu ziehen ist (so *Schuhr* [Fn. 27], § 263a Rn. 2 ff.).

²⁹ Dies ist auch ein Problem in Bezug auf den Wert der Leistung – es stellt sich die Frage, ob die Leistungen tatsächlich immer allein dadurch mehr wert, dass sie durch den besser ausgebildeten Arzt erbracht werden. Auf einer generellen Ebene sei auch darauf hingewiesen, dass der Wert einer Leistung in einem öffentlich-rechtlichen System ohne Markt ohnehin nur schwer feststellbar ist; vgl. *Schuhr* (Fn. 27), § 263 Rn. 43 ff. Diese sehr spezielle Frage muss jedoch in einer Klausur nicht diskutiert werden.

gesetzlichen Krankenkasse überwiesen, sondern diese überweisen in bestimmten Zeitabständen bestimmte Geldbeträge an die Kassenärztliche Vereinigung, die den Gesamtbetrag dann, abhängig von der jeweiligen Leistung, an die jeweiligen Ärzte verteilt (vgl. hierzu etwa § 85 SGB V). Somit wird jedenfalls nicht über das Vermögen der Krankenkasse verfügt, da diese den Betrag bereits überwiesen hat.³⁰

Teilweise wird an dieser Stelle angenommen, dass es sich um Vermögen der niedergelassenen Ärzte handelt, da die KV letztlich die Gelder nur für diese sammelt und anschließend verteilt,³¹ also quasi treuhänderisch verwaltet. Die X würde also über das Vermögen der Ärzte verfügen. Sie kann hier diese kann nach allen hierzu vertretenen Theorien, insbesondere auch nach der herrschenden Lagertheorie³², als insoweit Verfügungsbefugte³³ angesehen werden, da sie – auch wenn kein direkter Vertrag zwischen ihr und den Ärzten vorliegt – zu der Verfügung nicht nur faktisch in der Lage ist, sondern auch rechtlich befugt, und überdies als im Lager der Ärzte stehend anzusehen ist. In diesem Fall könnte man überlegen, ob alle anderen Vertragsärzte einen Vermögensschaden erleiden würden, weil ihnen bei der Verteilung aufgrund des Vorgehens des A nur ein geringerer Betrag zugeteilt werden wird. Insofern ist jedoch problematisch, dass ihnen vor bzw. zum Zeitpunkt der Einreichung der Quartalsabrechnung noch keine hinreichend gefestigte Vermögensposition – bezüglich des konkreten Betrags – zusteht, dass insofern von einem Schaden kaum gesprochen werden kann.³⁴

Es ist deshalb überzeugender, davon auszugehen, dass es sich bei dem Geldbetrag – zumindest kurzfristig – um eigenes Vermögen der Kassenärztlichen Vereinigung handelt.³⁵ In

diesem Fall könnte unproblematisch eine Verfügung über dieses Vermögen bejaht werden – wobei, wie oben bereits erläutert, die Tatsache, dass eine Mitarbeiterin der Vereinigung handelt, nach allen hierzu vertretenen Theorien nichts an der Einordnung als Verfügung über (für die Mitarbeiterin fremdes) Vermögen ändert. Auch ein Schaden läge nach dieser Ansicht in *Fall 12* vor, da die KV nach der Verfügung einen geringeren Geldbetrag hat als vorher. Die Verfügung beruht auch auf dem Irrtum, der Schaden auf der Verfügung. A handelt vorsätzlich und mit der Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern. Sollte er sich darüber irren, dass seine Angaben eine Täuschung über relevante Tatsachen darstellen, würde es sich hierbei jedenfalls nur um einen vermeidbaren Verbotsirrtum handeln. A ist somit strafbar nach § 263 Abs. 1 StGB zu Lasten der Krankenkasse.

VIII. Datenschutz und Schweigepflicht

Fall 11: O kommt als neuer Patient in die Praxis des B. Die Sprechstundenhilfe vergisst, dem O das sonst übliche Formular zur Unterschrift vorzulegen, in dem erklärt wird, dass der Patient mit der Mitteilung seiner Daten an die privatärztliche Verrechnungsstelle einverstanden ist. Da O Privatpatient ist, teilt B einige Zeit später der Verrechnungsstelle seinen Namen, Anschrift, Art der Erkrankung und der Behandlung mit, obwohl er in der Akte gesehen hat, dass die Einwilligung des O hierzu fehlt. Er geht davon aus, dass O mit der Datenübermittlung schon einverstanden sein wird – diese Weiterleitung sei ja schließlich üblich.

Die ärztliche Schweigepflicht und der sorgsame Umgang mit Patientendaten sind die Basis eines vertrauensvollen Arzt-Patienten-Verhältnisses. Eine wichtige Norm zu dessen Schutz ist § 203 StGB. In *Fall 11* könnte sich B durch Weitergabe von Daten wegen Verletzung eines Privatgeheimnisses gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB zum Nachteil des O strafbar gemacht haben. Er müsste ein fremdes Geheimnis, d.h. Tatsachen, die sich auf die Person des Betroffenen beziehen und geheim, also nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich sind, offenbart haben.³⁶ Bei der Tatsache, dass O bei B in Behandlung war, sowie bei der Art der Erkrankung handelt es sich um fremde Geheimnisse, die dem B im Rahmen der Behandlung bekannt geworden sind.³⁷ B hat das Geheimnis der ärztlichen Verrechnungsstelle mitgeteilt. Dies ist dann keine Offenbarung i.S.v. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wenn die Verrechnungsstelle als berufsmäßig tätiger Gehilfe des B nach § 203 Abs. 2 S. 2 StGB nicht als „Dritter“ anzusehen wäre,

dem Studierenden sollte jedoch die Komplexität der Situation in groben Zügen bekannt sein.

³⁶ Fischer (Fn. 21), § 203 Rn. 4 f.

³⁷ Ein Anvertrauen, also Einweihen in ein Geheimnis unter Umständen, aus denen sich eine Verschwiegenheitspflicht ergibt, liegt wohl nicht vor, weil O dem B ihren Namen nicht unter dem Siegel der Verschwiegenheit genannt hat und der Arzt die Art der Erkrankung ja selbst durch die Untersuchung feststellt. Zu dem Begriff vgl. *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 203 Rn. 13.

³⁰ Im Übrigen läge insofern dann auch kein Vermögensschaden vor, da sich der überwiesene Betrag im Nachhinein nicht mehr ändert. Vgl. zu der Komplexität dieser Konstellationen *Schuhr* (Fn. 27), § 263 Rn. 30.

³¹ *Freitag*, Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrug im deutschen Gesundheitswesen, 2008, S. 119 ff.

³² BGHSt 18, 221 (223 f.); BGH NStZ 2008, 339; vgl. zu der Debatte etwa *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 263 Rn. 65 ff.

³³ An dieser Stelle ist von Diebstahl in mittelbarer Täterschaft abzugrenzen. Liegt, wie hier, ein unproblematischer Fall vor, sollten die Ausführungen dazu in etwa der Länge der hier angestellten Überlegungen entsprechen.

³⁴ Diese Position ist teilweise widersprüchlich, da sie einerseits davon ausgeht, dass das Vermögen von der Krankenkasse direkt auf die Ärzte übergeht, andererseits aber die Vermögensposition – insofern zu Recht – als noch nicht gefestigt genug ansieht, eben der jeweilige Anteil des Arztes noch nicht feststeht. Diese Unsicherheit bezüglich des Betrags spricht gerade für die sogleich dargestellte Position. Ein Vermögen der Gesamtheit aller Vertragsärzte scheidet aus, weil diese in keinem zivilrechtlichen Sinne eine Vermögensgemeinschaft sind.

³⁵ So *Schuhr* (Fn. 27), § 263 Rn. 49 ff. m.w.N. Hierfür spricht etwa, dass sie selbst mit diesem Vermögen haftet und Rücklagen bildet. Auch in einer medizinstrafrechtlichen Klausur muss auf diese Aspekte nicht im Detail eingegangen werden,

denn diese gelten als befugte Mitwisser.³⁸ Kennzeichen eines berufsmäßig tätigen Gehilfen ist dessen organisatorische Einbindung in den Betrieb oder hier der Arztpraxis und Weisungsgebundenheit.³⁹ Die Abrechnungsstelle ist jedoch weder organisatorisch eingebunden noch weisungsgebunden und damit kein berufsmäßig tätiger Gehilfe. B hat durch Weiterleitung an diese Stelle das Geheimnis offenbart. Er handelte auch in Kenntnis aller Umstände des objektiven Tatbestands und mit dem Willen zu ihrer Verwirklichung, somit vorsätzlich.

A müsste überdies unbefugt gehandelt haben. Dieses Merkmal bezieht sich auf die Rechtswidrigkeit der Offenbarung, d.h. eine diesbezügliche Befugnis begründet einen Rechtfertigungsgrund.⁴⁰ Eine Offenbarungsbefugnis könnte sich aus einer Einwilligung des O ergeben. Ausdrücklich wurde eine solche nicht erteilt. Im Abschluss des Behandlungsvertrags könnte jedoch eine konkludente Einwilligung liegen, wenn die Offenbarung der Natur der Sache nach selbstverständlich oder nach allgemeinem Verständnis üblich ist.⁴¹ Es trifft zwar zu, dass die Abrechnung regelmäßig an ärztliche Verrechnungsstellen übertragen wird. Bei der Frage, ob in die Offenbarung eines Privatgeheimnisses konkludent eingewilligt wurde, sind jedoch auch Art und Gewicht des Geheimnisses zu berücksichtigen.⁴² Gesundheitsdaten umfassen oft sehr persönliche, gewichtige Geheimnisse, deren Bekanntwerden erhebliche Folgen haben kann. Aus diesem Grund ist nicht davon auszugehen, dass ein Patient mit Eingehen des Behandlungsvertrags konkludent in die Weitergabe seiner Daten an die ärztliche Verrechnungsstelle einwilligt.⁴³ Denkbar wäre eine mutmaßliche Einwilligung. Diese kommt jedoch jedenfalls nur dann in Betracht, wenn die tatsächliche Einwilligung nicht eingeholt werden kann.⁴⁴

Hier hätte O ohne weiteres noch nachträglich gefragt werden können, so dass keine mutmaßliche Einwilligung vorliegt. Auch eine Rechtfertigung aufgrund Wahrnehmung berechtigter Interessen ist abzulehnen. So ist bereits fraglich, ob aus § 193 StGB ein allgemeiner Rechtfertigungsgrund abgeleitet werden kann, da über § 34 StGB in der Regel ebenso zutreffende Ergebnisse erzielt werden können.⁴⁵ Jedenfalls setzt dieser Rechtfertigungsgrund voraus, dass die Handlung erforderlich ist. B könnte jedoch O fragen, er könnte die Abrechnung dieses einen Patienten aber auch selbst vornehmen. Somit ist die Offenbarung an die Verrechnungsstelle zur Wahrnehmung seiner Interessen gerade nicht erforderlich. Mangels Erforderlichkeit kommt auch eine Rechtfertigung nach § 34 StGB von vorneherein nicht in Betracht.

Auch ist die Schuld des B in *Fall 11* nicht aufgrund eines Irrtums ausgeschlossen. Zwar glaubte B, dass sich die konkludente

Einwilligung des O aus den Umständen ergebe, hierbei handelt es sich jedoch nicht um einen Irrtum über tatsächliche Umstände, sondern über die Grenzen der konkludenten Einwilligung, also um einen Erlaubnisirrtum (§ 17 StGB entsprechend).⁴⁶ Nach § 17 S. 2 StGB schließt dieser die Schuld nur aus, wenn er unvermeidbar war. Für die Frage der Vermeidbarkeit ist entscheidend, ob der Täter das Unrecht seiner Tat unter Einsatz aller seiner Erkenntniskräfte hätte erkennen können.⁴⁷ Dazu gehört es auch, im Zweifel einen Rechtskundigen zu fragen.⁴⁸ Dies hat B nicht getan, somit ist der Irrtum vermeidbar. B handelt also schuldhaft, die Strafe kann jedoch nach § 17 S. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. B ist strafbar gemäß § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB.⁴⁹

Fall 12: Arzt A behandelt den drogenabhängigen Patienten P. Während einer Untersuchung erzählt ihm P, dass er oft völlig „zugedröhnt“ – also unter derart starkem Drogeneinfluss, dass er nicht mehr zurechnungsfähig ist – mit dem Auto fährt. A versucht, ihm das auszureden, jedoch ohne Erfolg. Deshalb ruft A schließlich bei der Polizei an und berichtet dem Polizeibeamten von den Aussagen des P.

Auch in *Fall 12* könnte A wegen Verletzung eines Privatgeheimnisses strafbar sein (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB). A ist Arzt und damit tauglicher Täter. Er müsste ein fremdes Geheimnis, welches ihm als Arzt anvertraut oder sonst bekannt geworden ist, offenbart haben. Ein fremdes Geheimnis sind Tatsachen, die sich auf die Person des Betroffenen beziehen und geheim, d.h. nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich sind.⁵⁰ Bei den „zugedröhnten“ Autofahrten des P handelt es sich um eine Tatsache, die sich auf A bezieht und die nur ihm selbst oder wenigen anderen bekannt ist. A wurde dieses Geheimnis auch von P anvertraut (= Einweihen in ein Geheimnis unter Umständen, aus denen sich eine Verschwiegenheitspflicht ergibt⁵¹), da die Auskunft des P gerade im Rahmen eines Arzt-Patienten-Gesprächs erfolgte, das ja im der Verschwiegenheitspflicht des Arztes geschieht. A hat das Geheimnis offenbart, also einem Dritten mitgeteilt, als er bei der Polizei anrief und den Sachverhalt mitteilt. A handelte auch in dem Bewusstsein, dass er hiermit ein ihm als Arzt anvertrautes Geheimnis offenbart und wollte dies, auch Vorsatz liegt also vor.

A könnte jedoch zur Offenbarung befugt sein und damit gerechtfertigt handeln. Eine solche Befugnis könnte sich aus einer Einwilligung ergeben, die hier jedoch offensichtlich nicht vorliegt. Auch eine mutmaßliche Einwilligung kommt

³⁸ *Hegemann/Niehaus*, NStZ 2008, 57 (58).

³⁹ *Fischer* (Fn. 21), § 203 Rn. 21.

⁴⁰ BayObLGSt 82, 76; *Fischer* (Fn. 21), § 203 Rn. 31.

⁴¹ *Lenckner/Eisele* (Fn. 37), § 203 Rn. 24b.

⁴² *Fischer* (Fn. 21), § 203 Rn. 33a.

⁴³ BGHZ 115, 128.

⁴⁴ *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 203 Rn. 130.

⁴⁵ Vgl. dazu *Schünemann* (Fn. 44), § 203 Rn. 131.

⁴⁶ *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 130.

⁴⁷ BGHSt (GrS) 2, 194.

⁴⁸ *Fischer* (Fn. 21), § 17 Rn. 9.

⁴⁹ In der Klausur ist an dieser Stelle das Strafantragserfordernis nach § 205 StGB zu beachten.

⁵⁰ *Fischer* (Fn. 21), § 203 Rn. 4 f.

⁵¹ OLG Köln NStZ 1983, 412.

nicht in Betracht, da es dem A ja möglich gewesen wäre, eine Einwilligung einzuholen.⁵²

A könnte jedoch nach § 34 StGB gerechtfertigt sein. Eine Notstandslage, d.h. eine gegenwärtige Gefahr⁵³ für ein notstandsfähiges Rechtsgut, voraus. Die Einnahme von Drogen führt stark verminderten Reaktionsfähigkeit und zu einer erheblich erhöhten Unfallgefahr. Dabei könnten andere Verkehrsteilnehmer verletzt oder sogar getötet werden. Da auch jederzeit damit zu rechnen ist, dass P eine solche Fahrt durchführt, liegt eine Dauergefahr für Leib und Leben von Verkehrsteilnehmern und damit eine Notstandslage vor. Sein Handeln müsste erforderlich sein, d.h. es dürfte kein milderes, gleich gut geeignetes Mittel zur Verfügung stehen. A hat zunächst versucht, den P von diesen Fahrten abzubringen. Eine andere Möglichkeit, diese Fahrten zu verhindern, ist nicht ersichtlich. Das Informieren der Polizei war also erforderlich.

Das bedrohte Rechtsgut überwiegt hier auch, im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung, das beeinträchtigte Rechtsgut wesentlich: Gefährdet sind insbesondere Leben, Gesundheit und Eigentum anderer Verkehrsteilnehmer. Durch A beeinträchtigt wird das Geheimhaltungsinteresse des P, das als Teil des Selbstbestimmungsrechts des Patienten zwar Verfassungsrang hat, jedoch einen deutlich niedrigeren als etwa das Rechtsgut Leben. Auch wenn die möglichen Folgen der Handlung des A für P erheblich sind (z.B. Strafverfolgung wegen der Drogen und der Autofahrten), wiegt dies deutlich weniger schwer als die Bedrohung des Lebens einer Vielzahl von Personen bei jeder Fahrt unter Drogeneinfluss.⁵⁴ A ist deshalb nach § 34 StGB gerechtfertigt und somit straflos.

⁵² BGHSt 35, 246, 249; *Fischer* (Fn. 21), Vor § 32 Rn. 4.

⁵³ Gegenwärtige Gefahr ist ein Zustand, „dessen Weiterentwicklung den Eintritt eines Schadens ernsthaft befürchten lässt, sofern nicht alsbald Gegenmaßnahmen ergriffen werden“. Erfasst ist dabei auch die Dauergefahr, also ein gefahrdrohender Zustand von längerer Dauer, der aber jederzeit in einen Schaden umschlagen kann, ohne dass die Möglichkeit ausgeschlossen ist, dass der Schadenseintritt noch eine Weile auf sich warten lässt. Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 42. Aufl. 2012, Rn. 303 ff. m.w.N.

⁵⁴ Vgl. auch BGH NJW 1969, 2288.