

Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht Teil 2: Urkunds-, Korruptions- und Vermögensdelikte im Gesundheitswesen sowie Strafrecht am Beginn des Lebens

Wiss. Mitarbeiter Dr. Maximilian Nussbaum, LL.M. (Hannover),
Dipl.-Jur. Natalie Hildermann, Hannover*

Der Beitrag versteht sich als eine Fortführung der Reihe „Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht“ (*Beck, ZJS 2013, 42; dies., ZJS 2013, 156*) und versucht insbesondere, jüngere Entwicklungen der Rechtsprechung, der Strafgesetzgebung und aktuelle wissenschaftliche Debatten in Form von Übungsfällen abzubilden. Die Fälle richten sich in besonderer Weise an Studierende eines kriminalwissenschaftlichen Schwerpunkts. Die Inhalte gehören gleichwohl größtenteils zum Pflichtstoff der juristischen Ausbildung und dürften daher für eine breitere Leserschaft relevant sein. Während der erste Teil dieser Beitragsreihe (ZJS-Ausgabe 4/2025) ärztliche Heileingriffe und die Organisation des Gesundheitswesens im Spiegel der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte betrachten, geht es in diesem zweiten Teil um Vermögens-, Korruptions-, Urkundsdelikte und den strafrechtlichen Schutz am Beginn des Lebens. Der abschließende Beitrag (ZJS-Ausgabe 6/2025) widmet sich Fragen rund um das Medizinstrafrecht am Lebensende.

Fall 6: Korrupter Optiker	851
Fall 7: Großzügige Impfnachweise	853
I. Ausstellen der Impfbescheinigung	854
II. Vorzeigen der Impfbescheinigung	855
Fall 8: Impfung selbst gemacht	856
Fall 9: Impfraser	856
Fall 10: Sortierung von Embryonen.....	859
I. Befruchtung.....	860
II. Untersuchung der Embryonen	861
III. Stehenlassen übriger „auffälliger“ Embryonen	862
Fall 11: Zum Menschen geboren	862

* Der Autor ist und die Autorin war Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Juristischen Fakultät Hannover. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in dem Beitrag das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und andere Geschlechtsidentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint.

Fall 6: Korrupter Optiker

Augenoptiker A steckt mit seiner neu eröffneten Filiale in finanziellen Schwierigkeiten. Er bittet daher seinen Freund F, einen Augenarzt, seine Patienten direkt an ihn zu verweisen. Dafür möchte A dem F eine Provision i.H.v. 200 € zahlen und monatlich Kugelschreiber mit dem Praxislogo des A zuschicken. F ist damit einverstanden und verweist seine Kunden ausschließlich an A.
Strafbarkeit der Beteiligten?

F und A könnten sich der Bestechung bzw. Bestechlichkeit im Gesundheitswesen nach §§ 299a, 299b StGB¹ strafbar gemacht haben. Der personelle Anwendungsbereich von § 299a StGB beschränkt sich auf Angehörige eines Heilberufs. Der weit auszulegende Begriff des Heilberufs umfasst alle Berufe, die der Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten oder Behinderungen dienen oder Leistungen der vorbeugenden Gesundheitspflege zum Gegenstand haben.² Normadressaten sind sowohl akademische Heilberufe wie auch sog. Gesundheitsfachberufe, wobei eingrenzend die Berufsausübung eine durch Gesetz oder Approbations(ver)ordnung geregelte Ausbildung voraussetzen muss.³ Die augenärztliche Tätigkeit des F erfordert eine in der Approbationsordnung für Ärzte (ÄApprO) festgeschriebene Ausbildung. F ist mithin tauglicher Täter i.S.d. § 299a StGB.⁴ Auch steht die Weiterverweisung von Patienten an Augenoptiker im Zusammenhang mit der Berufsausübung des F.⁵

Ein Sichversprechenlassen i.S.v. § 299a StGB erfordert eine Übereinkunft von Geber und Nehmer über die Vorteilsgewährung.⁶ F und A einigten sich über die Zahlung einer Provision i.H.v. 200 € sowie die monatliche Zusendung von Kugelschreibern von A an F. Dabei müsste es sich um einen tatbestandlich erfassten Vorteil i.S.d. § 299a StGB handeln. Identisch zu § 299 StGB deckt der Vorteilsbegriff alle Zuwendungen ab, auf die der Täter keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage objektiv verbessern.⁷ Sowohl die Provision i.H.v. 200 € als auch die monatlich zu liefernden Kugelschreiber stellen einen, wenn auch im Falle der Kugelschreiber geringen, Vermögenszuwachs des F dar. Dabei sieht § 299a StGB keine Geringwertigkeits- oder Bagatellgrenze vor. Gleichwohl werden im gewissen Umfang übliche und daher sozialadäquate⁸ Vor-

¹ Lange war die Anwendung der §§ 331 ff., 299 StGB auf Vertragsärzte umstritten. Der *Große Senat für Strafsachen* verneinte 2012 schließlich die Amtsträgereigenschaft i.S.d. § 311 ff. StGB sowie die Stellung von Vertragsärzten als Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs der gesetzlichen Krankenkassen i.S.v. § 299 StGB, BGH NJW 2012, 2530 (2530 ff.). Aufgrund dieser Entscheidung wurden die Bemühungen des Gesetzgebers zur Kriminalisierung der Korruption im Gesundheitswesen verstärkt und mündeten schließlich 2016 im Erlass der §§ 299a, 299b StGB. Zur Historie siehe *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 299a Rn. 8 ff.

² *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, § 299a Rn. 21; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 299a Rn. 13. Beachte die Anlehnung an § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB (BT-Drs. 18/6446, S. 17).

³ BT-Drs. 18/6446, S. 17; *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 299a Rn. 21.

⁴ Im umgekehrten Fall, wenn also F den A um die Verweisung seiner Kunden bittet, wäre A kein tauglicher Täter i.S.d. § 299a StGB. Vom Tatbestand nicht erfasst sind sog. Gesundheitshandwerker, weil sich ihr Beruf und ihre Tätigkeit nach der HandwO richtet, *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 299a Rn. 21; *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 299a Rn. 16. Dazu zählt auch die Tätigkeit des F als Augenoptiker, die keine durch Gesetz oder Approbationsverordnung geregelte Ausbildung vorsieht.

⁵ Zum Zusammenhang mit der beruflichen Ausübung siehe *Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 299a Rn. 10.

⁶ *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 299a Rn. 29.

⁷ BGH NJW 2001, 2558 (2559); *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 299a Rn. 30.

⁸ Grundlegend zur Lehre der Sozialadäquanz *Rönnau*, JuS 2011, 311 (311 ff.); *Valerius*, JA 2014, 561 (561 ff.).

teilszuwendungen nicht erfasst, weil es in diesen Fällen an der objektiven Eignung zur wettbewerbswidrigen Marktbeeinflussung mangelt.⁹ In diesem Rahmen ist eine Einzelfallbetrachtung erforderlich, für die sich feste Wertgrenzen verbieten.¹⁰ Insofern sind Provisionszahlungen in der vorliegenden Höhe nicht üblich und daher objektiv geeignet, den Markt wettbewerbswidrig zu beeinflussen. Bei den Kugelschreibern handelt es sich um allgemein übliche Werbegeschenke, denen aufgrund ihres geringen Wertes im Einzelfall die Eignung zur wettbewerbswidrigen Marktbeeinflussung abzusprechen ist. Allein die Provisionszahlung stellt daher eine Vorteilsgewährung i.S.d. § 299a StGB dar.

Schließlich bedarf es einer konkreten Unrechtsvereinbarung.¹¹ Die Gegenleistung für das Sichversprechenlassen muss demnach die künftige Beeinflussung einer der in Nrn. 1–3 abschließend aufgezählten heilberuflichen Entscheidungen sein, die eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb darstellt.¹² Die Zuführung von Patienten nach § 299a Nr. 3 StGB meint die Einwirkung auf einen Patienten mit der Absicht, diesen bei der Auswahl eines Heilberufsanhängers zu beeinflussen.¹³ In der Überweisung von Patienten des F an A liegt eine Beeinflussung jener Auswahlentscheidung. Eine Bevorzugung im inländischen oder ausländischen Wettbewerb stellt die Zuführung dar, wenn die Tat objektiv geeignet ist, eigenen oder fremden Bezug oder Absatz zu fördern und der Täter die Absicht verfolgt, den Geschäftsbetrieb eines Mitkonkurrenten dadurch zu beeinträchtigen.¹⁴ A befindet sich zu anderen Augenoptikern im Wettbewerb um Kunden. Indem F seine Patienten ausschließlich an A überweist, wird der Kundenbestand des A erweitert. Diese wettbewerbliche Bevorzugung ist unlauter, wenn sie geeignet ist, Mitbewerber durch die Umgehung der Regelungen des Wettbewerbs und durch Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen.¹⁵ Indem der Kundenstamm des A durch die Zuweisung der Patienten des F erweitert wird, wird gleichzeitig die Neugewinnung von Kunden durch andere Augenoptiker zu Lasten der an A verwiesenen Patienten verringert. Auch ist diese Bevorzugung nicht ausnahmsweise primärrechtlich zulässig.¹⁶ Jene Bevorzugung weist einen Zusammenhang zur heilberuflichen Tätigkeit des F als Augenarzt auf, bei der Überweisungen an Augenoptiker üblich sind. Schließlich muss im Sinne eines „do ut des“-Verhältnisses der Vorteil mit der Bevorzugung im Wettbewerb inhaltlich verknüpft sein, und zwar so, dass die Bevorzugung gerade bei Ausführung des Referenzverhaltens der Nrn. 1–3 erfolgen soll.¹⁷ F und A vereinbarten, dass die Provisionszahlung gerade für die Verweisung der Patienten durch F an A erfolgen soll. Ein hinreichendes Gegenseitigkeitsverhältnis und mithin auch eine Unrechtsvereinbarung liegen demnach vor.¹⁸ Hinsichtlich des objektiven Tatbestands handelte F auch vorsätzlich. Demnach hat sich F nach § 299a Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

Spiegelbildlich hat sich A nach § 299b Nr. 3 StGB aufgrund des Versprechens wegen einer Vorteilsgewährung strafbar gemacht.

⁹ BGH NJW 2003, 763 (765); *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 299 Rn. 181.

¹⁰ *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 299 Rn. 184.

¹¹ BT-Drs. 18/6446, S. 18, *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 299a Rn. 34.

¹² *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, StGB § 299a Rn. 27.

¹³ BT-Drs. 18/6446, S. 20; *Rainer/Pfuhl*, PharmR 2016, 357 (360); *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, MBO § 31 Rn. 4.

¹⁴ *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. 2021, § 299a Rn. 31.

¹⁵ BT-Drs. 18/6446, S. 21; *Geiger*, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 299a Rn. 47.

¹⁶ Siehe dazu *Fischer/Lutz*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 299a Rn. 12.

¹⁷ *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, StGB § 299a Rn. 40.

¹⁸ Problematisch sind Fälle, in denen es nicht um den Wettbewerb zwischen Unternehmen, sondern zwischen Patienten, beispielsweise um knappe Arzneimittel geht. Siehe dazu Fn. 43 a.E.

Fall 7: Großzügige Impfnachweise

Arzt A ist bekennender Impfgegner. M, der von der Existenz von Viren ebenfalls nicht überzeugt ist, kennt diese Einstellung des A und bittet diesen daher um die Ausstellung einer schriftlichen Impfbescheinigung gegen SARS-CoV-2-Erreger. A weiß, dass M tatsächlich nicht gegen SARS-CoV-2 geimpft ist, stellt ihm einen entsprechenden Nachweis aber dennoch aus. M zeigt die schriftliche Impfbescheinigung in einer Apotheke vor, um einen digitalen Impfnachweis zu erhalten. Strafbarkeit der Beteiligten nach dem StGB und dem IfSG?

§ 20 IfSG

[...]

(4) Zur Durchführung von Schutzimpfungen ist jeder Arzt berechtigt. Fachärzte dürfen Schutzimpfungen unabhängig von den Grenzen der Ausübung ihrer fachärztlichen Tätigkeit durchführen. Die Berechtigung zur Durchführung von Schutzimpfungen nach anderen bundesrechtlichen Vorschriften bleibt unberührt.

§ 22 IfSG

(1) Die zur Durchführung von Schutzimpfungen berechtigte Person hat jede Schutzimpfung unverzüglich in einem Impfausweis oder, falls der Impfausweis nicht vorgelegt wird, in einer Impfbescheinigung zu dokumentieren (Impfdokumentation).

[...]

§ 73 IfSG

[...]

(1a) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

[...]

8. entgegen § 22 Absatz 1 eine Schutzimpfung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig dokumentiert,

[...]

§ 74 IfSG

[...]

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine in § 73 Absatz 1a Nummer 8 bezeichnete Handlung begeht, indem er wissentlich eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zur Täuschung im Rechtsverkehr nicht richtig dokumentiert.

§ 75a IfSG

[...]

(3) Ebenso wird bestraft, wer wissentlich

1. eine in § 74 Absatz 2 oder § 75a Absatz 1 Nummer 1 bezeichnete nicht richtige Dokumentation [...] zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht.

I. Ausstellen der Impfbescheinigung

A könnte sich nach § 267 StGB strafbar gemacht haben. Eine unechte Urkunde i.S.d. § 267 StGB liegt vor, wenn die Verkörperung der Gedankenerklärung nicht von demjenigen stammt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht.¹⁹ § 267 StGB schützt demnach nicht das Vertrauen in die Wahrheit von Urkundeninhalten, sondern das Vertrauen in die Urheberschaft der Verkörperungen. Schriftliche Lügen sind von § 267 StGB nicht erfasst.²⁰ A stellt die schriftliche Impfbescheinigung in seinem eigenen Namen aus. Folglich stellt die Impfbescheinigung jedenfalls keine unechte Urkunde dar.

Weiter kommt eine Strafbarkeit des A aufgrund der Ausstellung eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses nach § 278 Abs. 1 StGB in Betracht. Täter des Sonderdeliktes sind Ärzte,²¹ zu denen auch A zählt. Ein Gesundheitszeugnis sind körperlich oder elektronisch fixierte Aussagen über die körperliche oder psychische Gesundheit oder Krankheit eines Menschen.²² Insofern Impfpässe den Immunisierungszustand einer Person und folglich deren Resilienzen gegen gewisse Krankheitsträger in verkörperter Form dokumentieren, ist darin eine Aussage über den Gesundheitszustand einer Person enthalten.²³ Die schriftliche Impfbescheinigung stellt mithin ein Gesundheitszeugnis dar.²⁴ Da M tatsächlich keine hinreichende Vakzinierung gegen SARS-CoV-2 aufweist, ist die Impfbescheinigung auch unrichtig. Jenes Gesundheitszeugnis wurde von A ausgestellt. Einschränkend muss das Gesundheitszeugnis zur Täuschung im Rechtsverkehr ausgestellt worden sein.²⁵ Die schriftliche Impfbescheinigung dient M dazu, verschiedene Institutionen, wie auch die Apotheke, über seinen Immunisierungsstatus zu täuschen. Da A die mangelnde Vakzinierung des M bekannt war, handelte er diesbezüglich auch wissentlich. Hinsichtlich der Täuschung im Rechtsverkehr ist ausreichend, „dass dem Täter eine solche Nutzung sicher vor Augen steht.“²⁶ In diesem Sinne musste sich auch A aufdrängen, dass M sich die Impfbescheinigung gerade zur Verwendung im Rechtsverkehr ausstellen lässt. Eine Strafbarkeit des A nach § 278 StGB besteht.

Zuletzt könnte sich eine Strafbarkeit des A aus § 74 Abs. 2 IfSG ergeben. § 74 Abs. 2 IfSG hebt die Ordnungswidrigkeit des § 73 Abs. 1a Nr. 8 IfSG zu einer Straftat, wenn das Tatobjekt eine Impfung gegen SARS-CoV-2 ist und diese zur Täuschung im Rechtsverkehr entgegen § 22 Abs. 1 IfSG nicht richtig dokumentiert wurde. Unter einer Dokumentation ist unter Verweis auf §§ 73 Abs. 1a, 22 Abs. 1 IfSG die Eintragung von Impfsachverhalten in einem Impfausweis oder in einer gesonderten Impfbescheinigung zu verstehen.²⁷ Prima facie könnte anzunehmen sein, dass insbesondere mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG allein Fälle erfasst sind, in denen die Impfung zwar erfolgt, aber „nicht richtig“

¹⁹ Weidemann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2025, § 267 Rn. 21.

²⁰ BGH NJW 2023, 1973 (1974); Fischer/Lutz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 267 Rn. 27, 29; Kargl, JA 2003, 604 (606 f.).

²¹ Zur Täterqualifikation siehe Magnus, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 278 Rn. 39 ff.

²² Fischer/Lutz, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 277 Rn. 3.

²³ OLG Bamberg NJW 2022, 556 (557); Krüger/Sy, GesR 2021, 626 (626 f.).

²⁴ Anders bei einer Impfunfähigkeitsbescheinigung, siehe dazu Rau, medstra 2023, 230 (230 ff.); Ruppert, medstra 2022, 153 (153 ff.).

²⁵ Hier liegt eine der wesentlichen gesetzgeberischen Änderungen der 2021 vorgenommenen Reform der §§ 277 ff. StGB. Zuvor war jenes Tatbestandsmerkmal auf die Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften beschränkt. Anlass jener Reform waren Strafbarkeitslücken, die im Zuge von 2-G- oder 3-G-Regelungen zunahm. Siehe dazu Gaede/Krüger, medstra 2022, 13 (13 f.).

²⁶ BT-Drs. 20/27, S. 11; Magnus, in: Tsambikakis/Rostalski, Medizinstrafrecht, Kommentar, 2023, StGB § 278 Rn. 31.

²⁷ Gaede/Krüger, NJW 2021, 2159 (2160).

dokumentiert wurde.²⁸ Ein derart enges Verständnis verkennt aber, dass bei einer nicht erfolgten Impfung eine korrekte Dokumentation erst gar nicht möglich ist. Auch wird die Gesundheit anderer Personen gerade durch Personen gefährdet, die ohne tatsächliche Vakzinierung über eine Impfbescheinigung verfügen. Für eine weite Auslegung streitet daher auch das Telos der Norm, wonach das IfSG gem. § 1 Abs. 1 IfSG die Verhinderung der Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten beim Menschen intendiert.²⁹ In diesem Sinne wird auch die Ausstellung der Impfbescheinigung durch A trotz nicht durchgeführter Impfung bei M von § 74 Abs. 2 IfSG erfasst.

Insofern § 73 Abs. 1a Nr. 8 IfSG auf § 22 Abs. 1 IfSG rekurriert, der ausschließlich eine Pflicht zur Impfung berechtigter Personen vorsieht, ist davon auszugehen, dass es sich auch bei § 74 Abs. 2 IfSG um ein Sonderdelikt handelt, das nur Impfberechtigte ausführen können.³⁰ Dafür spricht auch, dass der Passus der Berechtigung in § 22 Abs. 1 IfSG eingeführt wurde, um eine klare Zuordnung der Normadressaten zu ermöglichen.³¹ Da A als Arzt nach § 20 Abs. 4 IfSG zur Durchführung von Impfungen berechtigt ist, ist dieser vom Täterkreis des § 74 Abs. 2 IfSG erfasst.³² Auf der Ebene des subjektiven Tatbestands verlangt § 74 Abs. 2 IfSG die positive Kenntnis von der Unrichtigkeit der dokumentierten Angabe. Im Übrigen ist *dolus eventualis* ausreichend.³³ A wusste, dass M tatsächlich nicht gegen SARS-CoV-2 geimpft wurde. A hat sich daher nach § 74 Abs. 2 IfSG strafbar gemacht. Nach überwiegender Auffassung und Intention des Gesetzgebers stehen die Strafbarkeit gem. § 278 StGB und § 74 Abs. 2 IfSG in Idealkonkurrenz (§ 52 StGB).³⁴

Hinsichtlich der Ausstellung des Gesundheitszeugnisses besteht eine Strafbarkeit des M wegen Anstiftung nach §§ 278, 26 StGB³⁵ und gem. §§ 74 Abs. 2 IfSG, 26 StGB. Jeweils ist die Strafe nach § 28 Abs. 1 StGB zu mildern, weil es sich um Sonderdelikte handelt.³⁶

II. Vorzeigen der Impfbescheinigung

Mit der Vorlage der Impfbescheinigung in der Apotheke hat sich M nach § 279 StGB strafbar gemacht. Zudem bestraft § 75a Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 IfSG als Allgemeindelikt³⁷ die Vorlage einer unrichtigen Impfbescheinigung gegen SARS-CoV-2. Beide Strafbarkeiten des M stehen zueinander im Verhältnis der Idealkonkurrenz.

²⁸ So Lorenz, *medstra* 2021, 210 (213 f.).

²⁹ Krüger/Sy, *GesR* 2021, 626 (631).

³⁰ Gaede/Krüger, *NJW* 2021, 2159 (2161); Kessler, in: Tsambikakis/Rostalski, *Medizinstrafrecht, Kommentar*, 2023, IfSG § 74 Rn. 17.

³¹ BT-Drs. 19/27291, S. 59; Kessler, in: Tsambikakis/Rostalski, *Medizinstrafrecht, Kommentar*, 2023, IfSG § 74 Rn. 17.

³² Kürzlich entschied der BGH, dass es sich hingegen bei § 75a Abs. 1 IfSG a.F. um kein Sonderdelikt handelt, BGH *NJW* 2024, 455 (456 f.).

³³ Krüger/Sy, *GesR* 2021, 626 (631).

³⁴ Geiger, in: Tsambikakis/Rostalski, *Medizinstrafrecht, Kommentar*, 2023, StGB § 278 Rn. 81; Weidemann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2025, § 278 Rn. 10.1; a.A. Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2021, § 278 Rn. 11; Hoven/Weigend, *KriPoZ* 2021, 343 (348).

³⁵ Zu Fragen der Beihilfe aufgrund des Annehmens des Angebots einer unrichtigen Dokumentation einer Coronaschutzimpfung BayObLG *medstra* 2024, 51.

³⁶ Für § 278 StGB Weidemann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2025, § 278 Rn. 2; für § 74 Abs. 2 IfSG Neuhöfer/Kindhäuser, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, Stand: 1.7.2024, IfSG § 74 Rn. 35a.

³⁷ BGH *NJW* 2024, 455 (456 f.); Neuhöfer/Kindhäuser, in: BeckOK Infektionsschutzrecht, Stand: 1.7.2024, IfSG § 75a Rn. 9.1.

Fall 8: Impfung selbst gemacht

T hat große Angst vor Spritzen und bittet daher die befreundete Ärztin B um die Ausstellung einer Impfbescheinigung gegen SARS-CoV-2, ohne dass T die Impfung tatsächlich durchführen lassen möchte. B verweigert unter Hinweis auf ihr ärztliches Berufsethos diese Bitte. Daher beschließt T anderweitig an einer Impfung vorbeizukommen. T trägt in seinen Impfpass eine nie stattgefundene Corona-Schutzimpfung selbst ein, die er mit dem Namen eines fiktiven Arztes unterzeichnet. Nach Vorlage des Impfpasses in einer Apotheke erhält M ein digitales Impfbzertifikat. Strafbarkeit des M nach dem StGB und IfSG?

Anders als in Fall 7 besteht nun eine Diskrepanz zwischen dem tatsächlich Erklärenden – hier M – und der im Dokument als Aussteller erkennbaren Person – hier dem fiktiven Arzt. Demnach liegt eine Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB vor.

Weiter könnte M sich nach § 279 StGB strafbar gemacht haben. Das Gesundheitszeugnis muss in diesem Fall nicht aus einer Tat nach §§ 277, 278 StGB herrühren.³⁸ Folglich macht sich M auch durch den Gebrauch des eigens hergestellten Gesundheitszeugnisses in der Apotheke grundsätzlich nach § 279 StGB strafbar. Indes ist diese Strafbarkeit nach § 279 StGB a.E. subsidiär zur Urkundenfälschung nach § 267 StGB.³⁹

Umstritten ist, ob auch im Falle des § 75a Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 IfSG das Dokument aus einer Tat nach §§ 74 Abs. 2, 75a Abs. 1 Nr. 1 IfSG herrühren muss.⁴⁰ Dagegen spricht, dass in diesem Fall eine nicht unerhebliche Strafbarkeitslücke verbleiben könnte. Auch besteht ein solches Erfordernis bei § 279 StGB, den der Gesetzgeber als Pendant zu § 75a Abs. 3 Nr. 1 IfSG fasste, nicht. Daher muss die Impfbescheinigung nicht aus einer Tat nach §§ 74 Abs. 2, 75a Abs. 1 Nr. 1 IfSG herrühren.⁴¹

Das Impfbzertifikat stellt eine unrichtige Dokumentation i.S.d. § 75a Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 IfSG dar. Folglich hat sich M mit dem Gebrauch des Impfbzertifikats in der Apotheke nach § 75a Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 IfSG strafbar gemacht.

Fall 9: Impfräser

Im Zuge der Corona-Pandemie wird ein gemäß zahlreichen medizinischen Untersuchungen wirksamer Impfstoff gegen SARS-CoV-2 entwickelt. Für die Durchführung der Schutzimpfungen ist das Niedersächsische Ministerium für Soziales, Arbeit, Gesundheit und Gleichstellung zuständig und trägt dabei auch die Kosten der Impfung.⁴² Aufgrund einer anfänglichen Knappheit des Vakzins wird gem. § 1 Abs. 2 CoronaImpfV a.F. die Impfstoffverteilung anhand einer Einteilung in Priorisierungsgruppen auf Grundlage abstrakter Kriterien geregelt. C hat große Sorgen vor einer Ansteckung mit dem Corona-Virus und möchte nicht darauf warten, gemäß der Priorisierungsreihenfolge geimpft zu werden. Sie erstellt daher an ihrem Computer ein Attest einer fiktiven Ärztin T, wonach C, der Wahrheit

³⁸ Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2021, § 279 Rn. 2.

³⁹ Hierin liegt eine weitere Neuerung der 2021 vorgenommenen Reform der §§ 277 ff. StGB. Zuvor war das Vorliegen einer Sperrwirkung des § 277 StGB zu § 267 StGB auch bei einer nicht approbierten Medizinalperson umstritten. Siehe dazu BGH medstra 2023, 240 (240 ff.); Schmidhäuser, medstra 2022, 21 (25 ff.).

⁴⁰ Bejahend OLG Bamberg NJW 2022, 556 (558); LG Osnabrück MedR 2022, 38 (40).

⁴¹ Krüger/Sy, GesR 2021, 626 (632).

⁴² Zur Vereinfachung wird von einer alleinigen Kostentragung des Landes ausgegangen. Tatsächlich tragen der Bund und die Länder die Kosten der Durchführung von Corona-Schutzimpfungen.

widersprechend, an einer Lungenerkrankung leidet. Eine derartige Lungenerkrankung ist der Kategorie „Schutzimpfung mit hoher Priorisierung“ zugeordnet. Mit dem Attest in der Hand sucht C ein nahegelegenes Impfzentrum auf. An diesem Tag werden gemäß der in der CoronaimpfV a.F. normierten Reihenfolge nur Personen mit höchster oder hoher Priorisierung geimpft. Mitarbeiter M des Impfzentrums vergibt an C nach Vorlage des Attests einen Termin für eine Impfung am selben Tag. Die Impfung wird durchgeführt und C geht erfreut nach Hause.

Strafbarkeit der C nach § 263 StGB?⁴³

C könnte sich des Betrugs nach § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten des Landes Niedersachsen strafbar gemacht haben. Indem C dem M das gefälschte Attest vorzeigte, erklärte sie, der Wahrheit widersprechend, unter einer Lungenerkrankung zu leiden. Dadurch rief sie eine Fehlvorstellung des M über eine bei ihr tatsächlich nicht vorhandene Lungenerkrankung und damit die vorschriftsgemäße Einordnung in die Impfreihenfolge hervor.

Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne führt.⁴⁴ Es stellt sich die Frage, ob schon die Terminvereinbarung mit M zu einer unmittelbaren Vermögensminderung führt oder noch keine unmittelbare Vermögensverfügung vorgenommen wird. Das Merkmal der Unmittelbarkeit der Vermögensverfügung dient allein der Abgrenzung des (Sach-)Betrugs als Selbstschädigungsdelikt vom Diebstahl (in mittelbarer Täterschaft) als Fremdschädigungsdelikt.⁴⁵ Eine unmittelbare Vermögensminderung ist daher nur auszuschließen, soweit die Täuschung dem Täter lediglich die tatsächliche Möglichkeit verschafft, durch weitere selbstständige, insbesondere deliktische Zwischenschritte den Schaden herbeizuführen.⁴⁶ Demgegenüber liegt eine Unmittelbarkeit der Verfügung vor, wenn kein weiteres Handeln des Täters zur Vermögensverfügung erforderlich ist.⁴⁷ Nachdem C den M getäuscht hat, brauchte es seinerseits keine wesentlichen Handlungen mehr, um die Impfung zu erhalten, sodass eine unmittelbare Verfügung durch M vorliegt.⁴⁸

Die Vermögensminderung tritt allerdings nicht bei M, sondern beim Land Niedersachsen, das zu diesem Zeitpunkt die Kosten der Impfung trägt, ein (sog. Dreiecksbetrug). Diese Verfügung des M müsste den Verantwortlichen des Landes Niedersachsen daher zuzurechnen sein. Gemäß der engen

⁴³ Hinsichtlich einer Strafbarkeit nach den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten kann auf die von der Rspr. aufgestellten Grundsätze zum Organspendeskandal verwiesen werden (*Krüger*, medstra 2021, 271 [275]). Vgl. dazu Fall 4 in *Nussbaum/Hildermann*, ZJS 2025, 669 (677). Bezüglich einer Strafbarkeit nach den Urkundsdelikten ist auf Fall 7 und 8 zu verweisen. Zu einer Strafbarkeit nach § 246 Abs. 1 StGB urteilte das OLG Naumburg in BeckRS 2023, 29819 Rn. 11 ff., dass der Anspruch auf die Durchführung einer Corona-Schutzimpfung gem. § 1 Abs. 1 CoronaimpfV die Rechtswidrigkeit der Zueignung entfallen lasse. Dass die Immunisierung entgegen der Priorisierungsreihenfolge der CoronaimpfV a.F. erfolgte, kann im Lichte des Art. 103 Abs. 2 GG keine strafbarkeitsbegründende Wirkung entfalten. Vgl. auch LG Halle medstra 2023, 329 (333 f.). A.A. aber LG Nürnberg-Fürth BeckRS 2022, 4626 Rn. 73 ff.; *Krüger*, medstra 2021, 271 (280). Eine Strafbarkeit nach §§ 299a, 299b StGB ist abzulehnen, da die Vorschriften den Wettbewerb unter Patienten um eine bestmögliche Behandlung nicht schützen, LG Nürnberg-Fürth medstra 2023, 121 (121 f.).

⁴⁴ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 13 Rn. 70.

⁴⁵ *Fahl*, medstra 2023, 71 (72); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 13 Rn. 74.

⁴⁶ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 13 Rn. 74.

⁴⁷ *Fahl*, medstra 2023, 71 (72). Wiederum stellen *Brodowski/Gahn*, Jura 2022, 768 (769), darauf ab, dass es insofern keines Hinzutuns des Opfers mehr bedarf, als die Impfberechtigung bei dem zur Impfung vergebenen Termin nicht mehr geprüft wird.

⁴⁸ Vgl. dazu auch *Fahl*, medstra 2023, 71 (72). Angenommen, C würde von A erneut beim Impftermin befragt werden, würde sich insofern etwas an der Unmittelbarkeit verändern, als die Verbindung zur Täuschung bei M allzu stark gelockert würde. Sodann läge jedoch eine erneute Täuschung bei A vor, auf die eine unmittelbare Verfügung durch A folgt.

Ermächtigungstheorie liegt eine Zurechnungseinheit von Verfügendem und Geschädigtem vor, wenn der Verfügende zivilrechtlich zu der Verfügung ermächtigt gewesen ist.⁴⁹ Als Mitarbeiter des Impfzentrums war M zur Vergabe von Impfterminen befugt. Die Verfügung ist nach der Ermächtigungstheorie folglich dem Land Niedersachsen zuzurechnen. Erst recht kann die Verfügung nach der weiten faktischen Nähetheorie und der vermittelnden Lagertheorie zugerechnet werden.⁵⁰

Fraglich ist aber, ob dem Land ein Vermögensschaden entstanden ist. Der Vermögensschaden ist anhand eines Vermögensvergleichs zu ermitteln. Ein Schaden liegt dann nicht vor, wenn zugleich und unmittelbar ein kompensierender Vermögenszuwachs begründet wird.⁵¹ Die Kosten der an C vorgenommenen Corona-Schutzimpfung trägt das Land Niedersachsen. Nach § 1 Abs. 1 CoronImpfV besteht im Rahmen der Verfügbarkeit des Impfstoffs ein Anspruch auf eine Corona-Schutzimpfung. Bei Durchführung einer Corona-Schutzimpfung erlischt dieser Anspruch hinsichtlich der konkreten Impfung, auch wenn die Person nach der Impfreiheitsfolge noch nicht berechtigt war. Eine Schadenskompensation ist daher ähnlich den Fällen der noch nicht fälligen Forderungen anzunehmen.⁵² Auf Grundlage der Zweckverfehlungslehre könnte dennoch ein Schaden zu bejahen sein. Danach liegt in Fällen der bewussten Selbstschädigung dann ein Schaden vor, wenn zweckgebundene Mittel verringert werden, ohne dass der hierdurch erstrebte Zweck seinem sozialen Sinn nach erreicht worden ist.⁵³ Ähnlich zum Fall der bewussten Selbstschädigung könnten die Grundsätze auch hier greifen, weil die Schutzimpfung täuschungsbedingt vor Entstehen des Anspruchs aus der CoronImpfV erbracht wurde.⁵⁴ Der Zweck der Impfung nach Reihenfolge liegt ausweislich der Gesetzesmaterialien zur CoronImpfV im früheren Schutz vulnerabler Personen.⁵⁵ Diesem Zweck läuft es zuwider, wenn die Anzahl an Vakzinen zu Lasten bevorzogter Impflinge verringert wird.⁵⁶ Dem könnte aber entgegengehalten werden, dass der Schutz besonders vulnerabler Personen nicht der einzige Zweck der Impfung ist. Vielmehr besteht dieser auch im Entstehen einer Herdenimmunität. Dieser Zweck wird auch durch die Impfung von Personen erreicht, die noch nicht an der Reihe sind.⁵⁷ Zum Teil wird deshalb angenommen, dass allein die Dispositionsbefugnis des Landes Niedersachsen betroffen sei.⁵⁸ Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass der Zweck einer Herdenimmunität den eines frühzeitigen Schutzes von besonders vulnerablen Personen nicht als dominanten verdrängt. Mit der Priorisierung geht gerade eine von der Herdenimmunität abweichende dominante Zwecksetzung der Impfung im Zeitraum einer erheblichen Knappheit einher, die erst im Laufe der Zeit in den Hintergrund tritt.⁵⁹ Ein Vermögensschaden liegt daher vor. C handelte auch vorsätzlich und in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung. Folglich hat C sich nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁴⁹ Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 142; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 13 Rn. 107.

⁵⁰ Siehe dazu Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 27. Aufl. 2025, § 13 Rn. 108 ff.

⁵¹ Beukelmann, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2025, § 263 Rn. 51.

⁵² Vgl. auch Krüger, medstra 2021, 271 (279).

⁵³ BGH NJW 1963, 1835 (1837).

⁵⁴ Vgl. erneut Krüger, medstra 2021, 271 (279).

⁵⁵ Referentenentwurf zur CoronImpfV v. 8.2.2021, S. 1. Eine Zweckbindung kann auch bei öffentlichem Vermögen vorgenommen werden (Hefendehl, in: MüKo-StGB, Bd. 5,4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 1057).

⁵⁶ Krüger, medstra 2021, 271 (279). Einen Vermögensschaden bejahend daher Brodowski/Gahn, Jura 2022, 768 (770).

⁵⁷ Fahl, medstra 2023, 71 (73); Krüger, medstra 2021, 271 (279 f.).

⁵⁸ Ebenda.

⁵⁹ Deshalb scheint auch der Vergleich von Fahl, medstra 2023, 71 (73), nicht völlig zu treffen: „Es ist aber sehr zweifelhaft, ob ein Bettelbetrug auch dann angenommen werden würde, wenn sich in der Schlange der Bedürftigen einer bei der Essensausgabe vordrängelte.“

Fall 10: Sortierung von Embryonen

A ist als Gynäkologe mit dem Schwerpunkt Kinderwunschbehandlung tätig. Das Ehepaar B und C wendet sich mit dem Wunsch einer In-Vitro-Fertilisation an A. Bei C liegt eine Translokation (Vertauschung einzelner Erbinformationen auf den Chromosomenarmen) vor. Daraus resultiert die hohe Wahrscheinlichkeit einer genetisch auffälligen Schwangerschaft mit einer Trisomie 13 oder 14. In beiden Fällen ist die Leibesfrucht nicht lebensfähig. Regelmäßig endet die Schwangerschaft mit einem Abort oder einer Totgeburt. Andernfalls verstirbt das Neugeborene wenige Tage nach der Geburt. In Kenntnis dieser Gefahrenlage und auf Wunsch von B und C führte A im Jahr 2024 fünf Tage nach der extrakorporalen Befruchtung eine Präimplantationsdiagnostik (PID) durch. Die Zustimmung einer interdisziplinär zusammengesetzten Ethikkommission wurde zuvor nicht eingeholt. Bei der PID werden dem Blastozysten (Embryo im Stadium einige Tage nach der Befruchtung) pluripotente, d.h. nicht zu einem lebensfähigen Organismus entwicklungsfähige Zellen entnommen, die anschließend auf Chromosomenaberrationen, also genetische Anomalien, hin untersucht werden. Im Rahmen der Blastozystenbiopsie ist eine Beeinträchtigung des Embryos ausgeschlossen. Von den insgesamt drei Embryonen wies ein Embryo keine genetische Anomalie auf. Nachdem A das Ehepaar über diesen Befund unterrichtet hatte, wurde dem Wunsche der C entsprechend nur der Embryo mit negativem Befund in ihre Gebärmutter überführt. Die übrigen Embryonen starben nach einer gewissen Dauer ohne Hinzutun des A ab.

Strafbarkeit des A nach dem ESchG?⁶⁰

§ 1 ESchG

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

[...]

2. es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt,

[...]

§ 2 ESchG

(1) Wer einen extrakorporal erzeugten oder einer Frau vor Abschluß seiner Einnistung in der Gebärmutter entnommenen menschlichen Embryo veräußert oder zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck abgibt, erwirbt oder verwendet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

[...]

§ 3a ESchG

(1) Wer Zellen eines Embryos in vitro vor seinem intrauterinen Transfer genetisch untersucht (Präimplantationsdiagnostik), wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Besteht auf Grund der genetischen Disposition der Frau, von der die Eizelle stammt, oder des Mannes, von dem die Samenzelle stammt, oder von beiden für deren Nachkommen das hohe Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit, handelt nicht rechtswidrig, wer zur Herbeiführung einer Schwangerschaft mit schriftlicher Einwilligung der Frau, von der die Eizelle stammt, nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik Zellen des Embryos in vitro vor dem intrauterinen Transfer auf die Gefahr dieser Krankheit genetisch untersucht. Nicht rechts-

⁶⁰ Angelehnt an BGH NJW 2010, 2672 (2672 ff.).

widrig handelt auch, wer eine Präimplantationsdiagnostik mit schriftlicher Einwilligung der Frau, von der die Eizelle stammt, zur Feststellung einer schwerwiegenden Schädigung des Embryos vornimmt, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führen wird.

(3) Eine Präimplantationsdiagnostik nach Absatz 2 darf nur

[...]

2. nachdem eine interdisziplinär zusammengesetzte Ethikkommission an den zugelassenen Zentren für Präimplantationsdiagnostik die Einhaltung der Voraussetzungen des Absatzes 2 geprüft und eine zustimmende Bewertung abgegeben hat und

[...]

vorgenommen werden.

I. Befruchtung

Zunächst kommt eine Strafbarkeit des A nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG in Betracht. Danach macht sich strafbar, wer es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Als negatives Tatbestandsmerkmal schließt die Absicht, eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt, die Annahme des Tatbestands grundsätzlich aus.⁶¹ Entscheidend ist daher die Frage, ob die Befruchtung der Eizelle durch A auch dann noch von der Absicht getragen ist, eine Schwangerschaft herbeizuführen, wenn vor der Übertragung eine PID vorgenommen wird und im Falle eines auffälligen Befundes der jeweilige Embryo nicht in die Gebärmutter überführt werden soll.⁶²

Erstens könnte angenommen werden, dass die Absicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft in diesem Fall nicht bereits bei der Befruchtung, sondern erst nach der Untersuchung der befruchteten Eizelle entsteht. Die Befruchtung würde demnach allein zum Zwecke der „Qualitätskontrolle des Embryos“ erfolgen.⁶³ Dagegen spricht aber, dass es dann zu einer künstlichen Aufteilung eines einheitlichen Gedankengangs kommt. Der Arzt handelt von Beginn an mit dem Ziel, dass die Behandlung auf die Herbeiführung einer Schwangerschaft gerichtet ist.⁶⁴

Zweitens ist fraglich, ob der unter der Bedingung eines negativen Befunds stehende Transfer des Embryos die Annahme jener Absicht ausschließt. Das wäre der Fall, wenn es sich beim Verzicht des Transfers bei einem positiven Befund um eine tatbestandsrelevante Alternativabsicht handelt. Der *dolus directus* ersten Grades wird primär nach der voluntativen Beziehung zwischen Täterpsyche und Taterfolg definiert, wobei das kognitive Element definitorisch ohne Bedeutung ist.⁶⁵ Ob der Täter den Eintritt des erwünschten Erfolgs auch für sicher hält, ist daher unerheblich.⁶⁶ Es ist anerkannt, dass der Täter sein Handeln vom Eintritt objektiver Bedingungen abhängig machen kann, ohne dass es an der Endgültigkeit seines Entschlusses mangelt.⁶⁷ So liegt auch im Falle der PID keine Alternativabsicht hinsichtlich des Verzichts auf den Transfer des Embryos bei einem pathologischen Befund

⁶¹ *Schroth*, NStZ 2009, 233 (234); nach *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 74, handelt es sich dabei um einen positiv zu umschreibenden Zweck, d.h. der Täter muss einen konkreten, über die bloße Nichtherbeiführung einer Schwangerschaft hinausgehenden Zweck verfolgen.

⁶² Vgl. auch *Schroth*, NStZ 2009, 233 (234).

⁶³ So *Beckmann*, MedR 2001, 169 (170).

⁶⁴ *Schneider*, MedR 2000, 360 (362); *Schroth*, NStZ 2009, 233 (234).

⁶⁵ *Samson*, JA 1989, 449 (450); *Schneider*, MedR 2000, 360 (362).

⁶⁶ *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 77; *Schneider*, MedR 2000, 360 (362); *Schuster*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 15 Rn. 67.

⁶⁷ BGH NJW 2010, 2672 (2673); BGH NJW 1959, 777 (778).

vor. Bei einer natürlichen Betrachtungsweise war der negative Befund vielmehr eine objektive Bedingung des Transfers.⁶⁸ Die Absicht des A zur Herbeiführung einer Schwangerschaft der C wird dadurch nicht ausgeschlossen.⁶⁹ Eine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG liegt nicht vor.

II. Untersuchung der Embryonen

Weiter könnte sich A nach § 3a Abs. 1 ESchG strafbar gemacht haben. Danach besteht in § 3a Abs. 1 ESchG ein strafbewehrtes Verbot der Durchführung einer PID an „Zellen eines Embryos.“ Gemäß einer wörtlichen Auslegung des Straftatbestands sind alle Untersuchungen nach dem Stadium der Befruchtung grundsätzlich verboten.⁷⁰ Teilweise wird vertreten, dass nicht alle Untersuchungen ab dem Stadium der Befruchtung prinzipiell verboten seien, sondern das Entwicklungspotenzial der Zellen maßgebend sei. Nur Zellen, die sich zu menschlichem Leben, Organen oder Geweben entwickeln können, seien daher vom Verbot der PID erfasst.⁷¹ Eine Stütze findet diese These im Wortlaut des § 2 Nr. 3 lit. b PIDV, wonach Zellen eines Embryos nur solche Zellen sind, die sich selbst oder deren Tochterzellen sich unter geeigneten Bedingungen zu Zellen unterschiedlicher Spezialisierung, jedoch nicht zu einem Individuum entwickeln vermögen.⁷² Gegen diese Auslegung spricht aber eine mangelnde Stütze im Wortlaut des § 3a ESchG, der keine Eingrenzung auf bestimmte embryonale Zellen vornimmt.⁷³ Auch geht eine derartige tatbestandliche Restriktion am Wortlaut des § 8 Abs. 1 ESchG vorbei, wonach der Gesetzgeber die gesamte Eizelle als eine Entität erfasst, sodass sich eine Differenzierung zwischen den hieraus entwickelnden embryologischen Stadien verbietet.⁷⁴ Zudem war es gerade die Absicht des Gesetzgebers, Gendiagnosen am extrakorporalen Embryo eng zu begrenzen.⁷⁵ Demzufolge ist eine einschränkende Auslegung anhand des Entwicklungspotenzials der jeweiligen Zellen nicht vorzunehmen. Die entnommenen pluripotenten Zellen werden vom Verbot der PID nach § 3a Abs. 1 ESchG erfasst. Zwar besteht das hohe Risiko einer schweren Erbkrankheit nach § 3a Abs. 2 ESchG. Insoweit bedarf es aber insbesondere nach § 3a Abs. 3 Nr. 2 ESchG der Zustimmung einer interdisziplinär zusammengesetzten Ethikkommission an den zugelassenen Zentren für Präimplantationsdiagnostik. Ohne Einholung der erforderlichen Zustimmung handelte A demnach rechtswidrig. Eine Strafbarkeit nach § 3a Abs. 1 ESchG liegt vor. § 3a ESchG verdrängt dabei § 2 Abs. 1 ESchG als Spezialgesetz.⁷⁶

⁶⁸ BGH NJW 2010, 2672 (2673); Böcher, PID und ESchG, 2004, S. 78; Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser, Embryonenschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2014, Vor § 1 Rn. 40; a.A. aber Faßbender, NJW 2001, 2745 (2748); Renzikowski, NJW 2001, 2753 (2756).

⁶⁹ Zur Frage, ob trotz einer bewusstseinsdominierenden Absicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft danebenstehende Alternativabsichten eine Schwangerschaft begründen können BGH NJW 2010, 2672 (2674 f.); Schneider, MedR 2000, 360 (362).

⁷⁰ Frommel, JZ 2013, 488 (490). Nicht erfasst sind totipotente embryonale Zellen, da es sich dabei nach § 8 Abs. 1 ESchG bereits um einen Embryo und insoweit begriffsnotwendig nicht mehr um die „Zelle eines Embryos“ handelt. Dazu Müller-Terpitz, in: Spickhoff; Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, ESchG § 3a Rn. 6.

⁷¹ So Frommel, JZ 2013, 488 (490).

⁷² Frommel, JZ 2013, 488 (490).

⁷³ BVerwG NVwZ-RR 2021, 633 (634).

⁷⁴ Patzke, Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik auf dem Prüfstand, 2020, S. 137 f.

⁷⁵ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, ESchG § 3a Rn. 7; BT-Drs. 17/5451, S. 7.

⁷⁶ Frommel, JZ 2013, 488 (490). In der Leitentscheidung BGH NJW 2010, 2672 (2675) wird das „Verwenden“ i.S.v. § 2 Abs. 1 ESchG in einer teleologischen Auslegung verneint, wenn dem Embryo pluripotente Zellen entnommen werden. Die Argumentation dürfte sich aber mit der Einführung des spezielleren § 3a ESchG erübrigen haben.

III. Stehenlassen übriger „auffälliger“ Embryonen

Schließlich stellt sich die Frage, ob das Stehenlassen und Nicht-Weiter-Kultivieren eines Embryos eine Verwendung i.S.d. § 2 Abs. 1 ESchG darstellen kann. Da beim Stehenlassen der Embryonen keinerlei Einsatz von Energie stattfindet, handelt es sich dabei um ein Unterlassen, für das strafbarkeitsbegründend eine Garantenstellung vorliegen muss.⁷⁷ A müsste also als Garant verpflichtet sein, die befruchtete Eizelle zum Zwecke ihrer Erhaltung auf C zu übertragen. Durch die faktische Übernahme im Rahmen des Behandlungsverhältnisses übernimmt A spätestens mit dem Beginn der Behandlung eine Schutzpflicht gegenüber C, wobei der Behandlungsvertrag auch den Schutz eines Dritten – etwa den des Nasciturus – erfassen kann.⁷⁸ Insofern sich bei Verträgen über die Behandlung oder Entbindung einer Schwangeren die Sorgfalts- und Obhutspflichten des Arztes auch auf den Nasciturus erstrecken, muss dies auch für die PID gelten.⁷⁹ Beim Embryonentransfer gegen oder ohne den Willen der Frau besteht angesichts des drohenden Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht und die körperliche Unversehrtheit der Frau jedoch eine Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens, die bereits auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen ist.⁸⁰ Im Falle eines positiven Befunds soll nach dem Willen der C ein Transfer der „auffälligen“ Embryonen unterbleiben. Insoweit ist eine Garantenstellung des A zwar anzunehmen, hinsichtlich eines Transfers der Embryonen mit positivem Befund liegt aber eine Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens vor. Das Stehenlassen der „auffälligen“ Embryonen stellt daher kein nach § 2 Abs. 1 ESchG strafbares Unterlassen dar.⁸¹

Fall 11: Zum Menschen geboren

Die Ärztin A stellt bei einer Untersuchung der im siebten Monat mit Zwillingen schwangeren P fest, dass ein Fötus eine schwere Entwicklungsstörung aufweist. Zunächst nimmt P Abstand von der Möglichkeit eines selektiven Fetozids, also Abtötung des geschädigten Fötus durch Verschluss der Nabelschnur, auch weil ein solches Vorgehen Risiken für den gesunden Zwilling birgt. Einen Monat später setzen die Wehen bei P ein, wobei sich im Nachhinein nicht feststellen lässt, ob es sich um Eröffnungs- oder lediglich Vorwehen handelt. P äußert gegenüber A deutlich, nur das gesunde Kind zur Welt zu bringen zu wollen. A leitete die Entbindung mittels Kaiserschnitts ein. Sie schneidet in die Bauchdecke, dann in den Uterus der P ein und durchtrennt sodann die Nabelschnur des gesunden Zwillinges und übergibt ihn der Neonatologie. Anschließend tötet sie den entwicklungsgestörten Zwilling mittels Injektion von Kaliumchlorid ab.

Strafbarkeit der A gem. § 212 StGB?⁸²

⁷⁷ BGH NJW 2010, 2672 (2676); *Schneider*, MedR 2000, 360 (363); *Schroth*, NStZ 2009, 233 (236 f.).

⁷⁸ *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 106; *Schneider*, MedR 2000, 360 (363).

⁷⁹ *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 107; *Schneider*, MedR 2000, 360 (363); a.A. aber *Schroth*, NStZ 2009, 233 (236 f.). Zusätzlich kann eine Garantenstellung aus Ingerenz entstehen, dazu ausführlich *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 107 ff.

⁸⁰ *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 110 f.; *Schneider*, MedR 2000, 360 (363).

⁸¹ Vertretbar wäre es hier ebenfalls, eine Strafbarkeit wegen der mangelnden Erfüllung der Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB abzulehnen, da das Unterlassen lebenserhaltender Maßnahmen zugunsten des Embryos in seinem Unrechtsgehalt der aktiven missbräuchlichen Verwendung nicht entspricht. So *Böcher*, PID und ESchG, 2004, S. 112; *Günther*, in: *Günther/Taupitz/Kaiser*, Embryonenschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 26.

⁸² Angelehnt an BGH NJW 2021, 645 (645 ff.).

Die hier weichenstellende Frage ist, zu welchem Zeitpunkt ein Statuswechsel zwischen Leibesfrucht und Mensch stattfindet. Denn erst, wenn aus strafrechtlicher Perspektive die „Schwangerschaft endet“ und das „Leben beginnt“ greift der strafrechtliche Schutz der §§ 211 ff. StGB. Streitig ist, ob hierbei der Beginn⁸³ oder das Ende des Geburtsvorgangs⁸⁴ diese Zäsur bildet. Für den früheren Zeitpunkt stritt lange Zeit der Privilegierungstatbestand der Kindstötung, § 217 StGB a.F., der die Tötung „in oder gleich nach der Geburt“ den Tötungsdelikten zuordnete.⁸⁵ Mit dessen Streichung⁸⁶ wollte der Gesetzgeber jedoch gerade nicht zum Ausdruck bringen, dass die Tötungsdelikte nicht mehr „in der Geburt“ gelten sollen.⁸⁷ Im aktuellen Gesetzestext lassen sich kaum noch überzeugende Anknüpfungspunkte für die Diskussion ausmachen. Auf den ersten Blick könnte man einen Hinweis auf den späteren Zeitpunkt in § 219 Abs. 1 S. 1 StGB vermuten, der vom Schutz „des ungeborenen Lebens“ durch die §§ 218 ff. StGB spricht.⁸⁸ Diese Grammatik ist jedoch im Regelungszusammenhang des § 219 StGB zu sehen: Die dort angesiedelten Beratungsregelungen finden allein für einen Abbruch nach § 218a Abs. 1 StGB Anwendung, dem jede zeitliche Nähe zur problematischen Konstellation fehlt. Nach Beginn des Geburtsvorgangs kann eine Beratung ihren gewünschten Effekt, die Schwangere ggf. zur Fortführung der Schwangerschaft zu bewegen, nämlich ohnehin nicht mehr sinnvoll herbeiführen.⁸⁹ In die andere Richtung lässt sich ein stärkerer Hinweis § 218 Abs. 1 StGB und der Anknüpfung an den Begriff der Schwangerschaft gewinnen. Zieht man im Ausgangspunkt ein medizinisches Verständnis heran, so spannt sich diese zwischen Konzeption (Vereinigung von Ei- und Spermazelle) bis zur Eröffnung des Geburtsvorgangs.⁹⁰ Ab der Eröffnung des Geburtsvorgangs befindet sich die Schwangerschaft nämlich in der „Selbstauflösung“.⁹¹ Aus dem Umstand, dass § 218 Abs. 1 S. 2 StGB den Zeitraum zwischen Konzeption und Einnistung aus dem Anwendungsbereich ausklammert, ließe sich fortführend e contrario entnehmen, dass eine Modifikation des strafrechtlichen gegenüber dem medizinischen Schwangerschaftsbegriff nur am Anfang, nicht aber am Ende des Verlaufs vorzunehmen ist.⁹²

Mit Blick auf § 1 BGB könnte es andererseits systematisch naheliegen, an die Vollendung der Geburt anzuknüpfen.⁹³ Jedoch lässt sich dem hierbei zugrundeliegenden Argument der „Einheit der Rechtsordnung“ die Relativität der Rechtsbegriffe vor dem Hintergrund eines abweichenden Regelungszwecks im Zivilrecht entgegenhalten.⁹⁴

⁸³ BGH NJW 1984, 674 (674 f.); jüngst BGH NStZ 2024, 168 (169); m.w.N. aus der Literatur *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 7 ff.; sowie *Schweiger*, medstra 2022, 373 (373 ff.).

⁸⁴ Dafür etwa *R. Herzberg/A.I. Herzberg*, JZ 2001, 1106 (1106 ff.); *Hoven*, medstra 2020, 65 (66); *Mitsch*, HRRS 2021, 297 (299); skeptisch hinsichtlich der h.M. auch *Merkel*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 218 Rn. 33 ff.

⁸⁵ Anders hingegen *Neumann*, StV 2021, 462 (462 f.), der § 217 StGB a.F. lediglich als zwingend entnehmen will, dass es nicht auf das Ende der Geburt ankommen konnte, aber gleichwohl auf einen Moment im Geburtsvorgang, in dem das Kind ein Mensch werde.

⁸⁶ BGBl. I 1998, S. 164.

⁸⁷ *Neumann*, StV 2021, 462 (463).

⁸⁸ Vgl. *Lorenz*, JR 2021, 340 (341); *R. Herzberg/A.I. Herzberg*, JZ 2001, 1106 (1110).

⁸⁹ *M. Krüger*, medstra 2022, 29 (32).

⁹⁰ Vgl. *Jäger*, JA 2021, 342 (344); *M. Krüger*, medstra 2022, 29 (33 m.w.N.).

⁹¹ BGH NStZ 2024, 168 (169); vgl. aber zur Umkehrung dieser Formulierung *Vogel*, JR 2024, 419 (420): „Was noch in Selbstauflösung befindlich ist, hat sich folglich noch nicht selbst aufgelöst, besteht also noch, und was noch besteht, kann abgebrochen werden – und wer würde bei einer Frau, die schon Eröffnungswehen hat, aufhören, von einer Schwangeren zu sprechen?“

⁹² So *M. Krüger*, medstra 2022, 29 (33).

⁹³ Vgl. etwa *Hoven*, medstra 2020, 65 (65 f.).

⁹⁴ BGH NJW 2021, 645 (647); ausf. dazu *M. Krüger*, medstra 2022, 29 (32).

Wenn für den Beginn des Geburtsvorgangs vorgetragen wird, dass auf diese Weise ein zusätzlicher Schutz des in der Geburt befindlichen Kindes, insbesondere vor fahrlässigen Behandlungsfehlern (§§ 222, 229 StGB) erreicht werden könne, dann ist darin nicht etwa ein teleologisch-dogmatisches Argument, sondern ein (durchaus berechtigtes) rechtspolitisches Verlangen zu sehen. Es richtet sich jedoch nicht an den Rechtsanwender, sondern an den Gesetzgeber.⁹⁵

Daher dürfte letztlich das an § 218 Abs. 1 StGB anknüpfende Argument für den Beginn der Geburt das ausschlaggebende bleiben. Hier lässt sich nicht feststellen, ob es sich bei den Wehen der P bereits um Eröffnungswehen handelte, sodass es maßgeblich darauf ankommt, wann die Geburt bei einem Kaiserschnitt beginnt. In Betracht kommen etwa die Einleitung der Narkose, der Einschnitt der Bauchdecke oder die Öffnung des Uterus.⁹⁶ Für den letzten Moment spricht insbesondere, dass erst hier das Kind unmittelbar betroffen ist und deutlich wird, dass nicht ein sonstiger Eingriff im Bauchraum vorgenommen wird.⁹⁷ Jedoch ist selbst dieser (relativ späte) Zeitpunkt dann problematisch, wenn die Gebärmutter zu anderen Zwecken als der Entbindung, etwa zur medizinischen Behandlung des Fötus, geöffnet wird. In solchen Fällen wäre die mit dem strafrechtlichen Lebensschutz kaum zu vereinbarende Konsequenz, dass der gewichtigere Schutzstatus der §§ 211 ff. StGB nur für eine Zwischenzeit gewährt würde. Alternativ blieben die Tötungsdelikte ggf. auch über einen längeren Zeitraum anwendbar, obwohl das Kind noch im Uterus verbleibt.⁹⁸ Um das Problem eines solchen Statuswechsels zu vermeiden, wird von der Rspr. berechtigterweise auf subjektiver Seite zusätzlich gefordert, dass die Öffnung des Uterus die Beendigung der Schwangerschaft bezweckt.⁹⁹ Daher handelt es sich bei dem geschädigten Zwilling im Zeitpunkt der Tötung um einen „anderen Menschen“ i.S.d. § 212 StGB, der kausal und objektiv zurechenbar sowie vorsätzlich von A getötet wird.

Eine Rechtfertigung kommt nicht in Betracht: Die Notwehrhilfe gem. § 32 StGB scheidet unabhängig von der Frage, ob von der bloßen Existenz eines geschädigten Fötus überhaupt ein Angriff ausgehen kann¹⁰⁰, aus, weil keine Gefahr mehr für den bereits entbundenen Zwilling bestand.¹⁰¹ Aus demselben Grund scheidet auch eine Rechtfertigung über § 34 StGB. Auch eine (analoge) Anwendung des § 218a Abs. 2 StGB kann unabhängig von einer zweifelhaften medizinisch-sozialen Indikation¹⁰² keine Rechtfertigung einer Tötung gem. § 212 Abs. 1 StGB bringen, möchte man die gefundene Grenzziehung zwischen Nasciturus und Mensch nicht nivellieren. Für eine Entschuldigung über § 35 StGB fehlt es erneut an einer qualifizierten Gefahr für Mutter oder gesunden Zwilling sowie an einer entsprechenden Nähebeziehung der A¹⁰³, sodass sie gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar ist.

⁹⁵ Lorenz, JR 2021, 340 (341); Lorenz/Bade, ZfL 2020, 429 (436); Lorenz, NJW 2024, 299 (300); Hoven, medstra 2020, 65 (66); Neumann, StV 2021, 462 (463); Vogel, JR 2024, 419 (420); anders hingegen BGH NStZ 2024, 168 (169); Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 8; Kaltenhäuser, JuS 2015, 785 (786); Steinberg, medstra 2024, 112 (114).

⁹⁶ Nachw. zu den einzelnen Ansichten bei BGH NJW 2021, 645 (648).

⁹⁷ Vgl. Kaltenhäuser, JuS 2015, 785 (787).

⁹⁸ Vgl. auch Jäger, JA 2021, 342 (344); Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 7; krit. im Hinblick auf das Statuswechsel-Argument gegen die frühe Zäsur M. Krüger, medstra 2022, 29 (31 Fn. 19).

⁹⁹ BGH NJW 2021, 645 (648). Dass sich selbst so manche Konstellationen im Hinblick auf das Problem des Statuswechsels kaum in den Griff kriegen lassen, zeigt folgendes Gedankenspiel: Im Zeitpunkt der Uterusöffnung liegt ein Entbindungswille vor, aufgrund situativer Besonderheiten wird der Entbindungszeitpunkt aber verschoben und die Gebärmutter wieder verschlossen; vgl. Lorenz, JR 2021, 340 (341 f.). Das Problem des Statuswechsels ist auch bei der natürlichen Entbindung denkbar, da mittels sog. Tokolyse der Geburtsvorgang auch nach Eintritt der Eröffnungswehen gehemmt werden kann (dazu R. Herzberg/A.I. Herzberg, JZ 2001, 1006 [1111 f.]).

¹⁰⁰ Jäger, JA 2021, 342 (344).

¹⁰¹ BGH NJW 2021, 645 (649).

¹⁰² Vgl. dazu krit. Duttge, MedR 2020, 846 (847).

¹⁰³ Vgl. auch Eisele, JuS 2021, 272 (273).