

Arztstrafrecht

A. Die Konsequenzen für den Mandanten – Die Schutzaufgabe des Anwaltes

I. Strafrechtliche Konsequenzen

1. Haftstrafe
2. Bewährungsstrafe
3. Geldstrafe
4. Verwarnung mit Strafvorbehalt
5. Einstellung gem. § 153 a StPO
6. Berufsverbot (§ 70 StGB)

II. Strafprozessuale Folgen

1. Haftbefehl (§ 112 ff StPO)
2. Durchsuchung der Praxis- und Privaträume
3. Beschlagnahme von Patientenunterlagen
4. Vermögensarrest
5. Öffentlichkeit der Hauptverhandlung
6. Existenz des Ermittlungsverfahrens
7. Zeugenstellung

III. Berufsrechtliche Folgen

1. Ruhen und Entzug der Approbation
2. Ruhen und Entzug der Kassenzulassung

B. Materielle Strafnormen

1. Vorsätzliche Tötung / Körperverletzung (§§ 212, 223 StGB)
2. Fahrlässige Tötung / fahrlässige Körperverletzung (§§ 222, 229 StGB)
3. Unterlassene Hilfeleistung (§ 323 c StGB)
4. Ärztliche Sterbehilfe
5. Abrechnungsbetrug (§ 263 StGB)
6. Untreue (§266 StGB)
7. Vorteilsannahme / Bestechlichkeit (§§ 299, 331, 332 StGB)
8. Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht (§ 203, 204 StGB)

C. Verteidigeraktivitäten im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung

Arztstrafrecht

- materielles Recht –

Skript zum Fachanwaltskurs Medizinrecht 2006 KAV

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. Ulrich Sommer, Köln

1. vorsätzliche Tötung/Körperverletzung §§ 212, 223 StGB

- Vorsatz

Im Mittelpunkt der Strafbarkeitsprüfung bei ärztlichem Fehlverhalten während einer Behandlung stehen die Fahrlässigkeitsdelikte. Auch wenn ein Verstoß gegen die ärztliche Sorgfaltspflicht nachgewiesen werden kann, ist die Bejahung des Wissens und Wollens des Verletzungserfolges durch den Arzt höchst selten. Selbst bei grob fehlerhaftem Verhalten eines Arztes liegt regelmäßig die Annahme fern, dass die Behandlung eines Patienten durch den Arzt nicht am Wohl des Patienten orientiert und damit die Schädigung vorsätzlich war.

Dennoch sind derartige Konstellationen nicht ausgeschlossen. Hat der Arzt die verursachten nachteiligen Konsequenzen für den Patienten wegen unzulänglicher Anspannung seines Gewissens nicht vorhergesehen, handelt er regelmäßig fahrlässig. Hat er allerdings diese Konsequenzen vorausgesehen und – im Rechtssinne – gebilligt, kommt auch vorsätzliches Verhalten in Betracht (BGH NSTZ 2004, 35, 36). Eine solche Billigung hielt der BGH bei einer unterlassenen Benachrichtigung eines Rettungswagens in einer lebensgefährlichen Situation dann für denkbar, wenn das erkennbare Motiv des fehlerhaft handelnden Arztes in einer Jahre langen Auseinandersetzung mit dem Krankenhaus liegt, in das der Patient hätte verlegt werden sollen. Derartig sachfremde Motive indizieren den Vorsatz.

- Aufklärung und Einwilligung des Patienten in einen Eingriff

Das Vorsatzdelikt gerät unter einem anderen Aspekt in den strafrechtlichen Blickwinkel :

Jeder ärztliche Heileingriff stellt tatbestandlich eine Körperverletzung dar. Das gilt nicht nur für chirurgischen Eingriffe, sondern auch für Therapien mittels Medikamenten oder eine einfache Röntgenuntersuchung. Die Rechtswidrigkeit kann allenfalls durch die Einwilligung des Patienten beseitigt werden (RGSt 25, 375, 380; BGHSt 11, 111).

Grenzen der tatbestandsausschließenden Einwilligung bietet die Sittenwidrigkeitsklausel des § 228 StGB. Ihre Voraussetzungen werden bejaht bei der nicht medizinisch indizierten Organentnahme oder der Verschreibung von Suchtmitteln an Abhängige. Diskutiert wird die Frage bei der gewünschten Sterilisation oder der Wunschsectio.

Täuschung seitens des Arztes und ein entsprechender Irrtum auf Seiten des Patienten können darüber hinaus die rechtfertigende Wirkung einer Einwilligung entfallen lassen. Wird beispielsweise dem Patienten bei der Behandlung Blut für einen HIV-Antikörpertest unter Vorspiegelung eines völlig anderen Verwendungszwecks entnommen, ist eine entsprechende Einwilligung regelmäßig unwirksam. Gehört demgegenüber die Blutentnahme zur notwendigen Diagnostik, kann sie von der allgemeinen Einwilligung des Patienten abgedeckt sein (s. hierzu Eberbach, NJW 1987, 1470; MedR 1996, 180). Spiegelt der Arzt bei seiner Aufklärung wahrheitswidrig dem Patienten vor, er habe hinsichtlich des geplanten Eingriffs eine ausreichende persönliche Erfahrung, besteht bei der Einwilligung ebenfalls ein zu beachtender Willensmangel. Mit der Einwilligung wird jeweils nur ein konkreter tatbestandlicher Eingriff durch einen bestimmten Arzt gerechtfertigt. Auch die individuellen Fähigkeiten und das individuelle Vertrauen des Patienten sind bestimmende Faktoren einer rechtfertigenden Einwilligung (BGHSt 16, 309, 310).

Daneben beeinträchtigen Aufklärungsfehler die Wirksamkeit einer Einwilligung. Wird der Patient nicht ausreichend aufgeklärt, kann auch eine erteilte Erlaubnis nicht rechtfertigend wirken. Führt ein Aufklärungsfehler zum Irrtum beim Patienten, liegt ein Vorsatzdelikt nahe (BGH NStZ-RR 2004, 16). Im Mittelpunkt der Strafbarkeitsbewertung steht daher oft die Frage der Aufklärung vor dem Eingriff.

Entscheidende Frage für die Rechtfertigung eines körperlichen Eingriffs ist daher unter Umständen die Bestimmung des konkreten Umfangs ärztlicher Aufklärungsverpflichtung. Der Prüfungsumfang der Aufklärung ist auch im strafrechtlichen Sinne enorm. Letztlich muss der Patient schlicht wissen, worin er einwilligt und worin die Risiken bestehen. Er muss daher über Anlass, Dringlichkeit, Umfang, Schwere, Risiken, Art und Folgen, mögliche Nebenwirkungen des geplanten Eingriffs, dessen Erfolgsaussichten, Folgen der Nichtbehandlung, etwaige Behandlungs- und Kostenalternativen sowie unter Umständen die besonderen individuellen Fähigkeiten des behandelnden Arztes aufgeklärt werden.

▪ **Umfang der Aufklärung**

Neben der Risikoaufklärung und der therapeutischen Aufklärung obliegt dem Arzt auch eine Diagnoseaufklärung. Er hat vor der Zustimmung des Patienten zu Eingriffen über sämtliche Ergebnisse zu informieren, die ihm aufgrund seiner diagnostischen Tätigkeit bekannt geworden sind. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten hat stets Vorrang. Selbst der Verdacht auf schwerste und unheilbare Krebserkrankungen sind dem Patienten nicht vorzuenthalten. Eine Ausnahme besteht allenfalls bei der konkreten Erwartung einer zusätzlichen gesundheitlichen Schädigung durch die schlichte Mitteilung dieser Ergebnisse.

Risikoaufklärung soll dem Patienten ausreichende Informationen an die Hand geben, damit er die Tragweite des geplanten Eingriffs abschätzen kann. ist notwendig nicht nur bei typischer Weise mit der ärztlichen Maßnahme einhergehenden Risiken, sondern bei besonders schwerwiegenden Folgen auch bei Risikofaktoren, die in den Bereich von 1:1.000.000 und mehr gehen (s. z.B. Polioschluckimpfung, Aidsinfektionsrisiko, Querschnittslähmung bei der Periduralanästhesie). Letztlich ist der Umfang der Aufklärung von einem nur schwer einzuschätzenden Verhältnismäßigkeitsmaßstab abhängig, der

zum einen eine Einschätzung des Risikos beinhaltet, zum anderen einen noch vertretbaren Aufwand von ärztlicher Seite und die Aufnahmefähigkeit des Patienten (s. näher Giebel u.a., Das Aufklärungsgespräch zwischen Wollen, Können und Müssen, NJW 2001, 863 – 868).

Je niedriger der Krankheitswert beim Patienten ist, desto höher sind die Anforderungen an die Aufklärung auch der entferntesten Folgen eines geplanten Eingriffs. Bei medizinisch nicht indizierten Eingriffen, insbesondere bei der ästhetischen Chirurgie oder Sterilisationseingriffen sind die Aufklärungsanforderungen daher besonders hoch. Auf der anderen Seite kann bei vital indizierten Eingriffen, die darüber hinaus unaufschiebbar sind, die Aufklärungspflicht des Arztes minimiert sein. Hier dominiert die Pflicht zur lebensrettenden Maßnahme. Zwischen diesen beiden Polen der Dringlichkeit schwankt die Intensität der Aufklärung.

Wann ein „Risiko“ vorliegt, das eine Aufklärung notwendig macht, hängt vom Einzelfall ab, insbesondere auch von der Abwägung schwerwiegender Folgen. Je weitergehend die Schäden bei möglichen Folgen des Eingriffs sein können, desto eher bedarf es auch bei einem geringen Risiko einer Aufklärung (BGH NJW 1994, 3013 ff).

▪ **Notfälle und hypothetische Einwilligung**

In Ausnahmefällen kann eine ausdrückliche Genehmigung fehlen; eine Rechtfertigung existiert bei der zutreffenden Annahme eines hypothetischen Patientenwillens. Eine derartige mutmaßliche Einwilligung ist auf Notfälle beschränkt. Sie setzt zum einen Situationen voraus, in denen eine tatsächliche Willenserklärung nicht mehr einholbar ist, weil der Patient bewusstlos, komatös oder aus anderen Gründen nicht mehr entscheidungsfähig ist. Der ärztliche Eingriff muss unaufschiebbar sein, so dass auch ein Betreuer nicht mehr rechtzeitig für den Patienten handeln könnte. Darüber hinaus muss die ärztliche Maßnahme vital indiziert sein. Die Situation ist durch eine erhebliche Gefahr für das Leben und die Gesundheit des Patienten gekennzeichnet (BGHSt 45, 219, 223). Eine Lebensgefahr bedeutet dies nicht zwingend (BGHSt 35, 246). Bei der Entscheidung für diese Maßnahme hat sich der Arzt ausschließlich am mutmaßlichen Willen des Patienten zu orientieren. Dabei hat er sämtliche Ansatzpunkte heranzuziehen, aus denen er aufgrund seines Erkenntnishorizontes auf diesen Willen schließen kann.

Weiß der Arzt, dass er einen Zeugen Jehovas – möglicherweise im bewusstlosen Zustand – operieren soll, muss er die ihm bekannten Konsequenzen seines Glaubens in seine Erkenntnis einbeziehen. Er darf daher nicht davon ausgehen, dass eine Bluttransfusion mutmaßlich genehmigt würde. Im Extremfall hat der Arzt daher in dieser Situation auch angesichts des drohenden Todes von einem solchen mutmaßlich abgelehnten Eingriff abzusehen.

Problematisch wird die Entscheidung über den Umfang der hypothetischen Einwilligung bei intraoperativ auftretenden Befundänderungen. Der Arzt steht vor der Frage, entweder aufgrund des neuartigen Befundes die Operation abubrechen, eine Einwilligung des Patienten einzuholen und ggf. die Operation zu wiederholen oder angesichts

der fortgeschrittenen Operation ohne ausdrückliche Einwilligung die aus seiner Sicht medizinisch indizierten Maßnahmen zu treffen. Bei vitaler Indikation ist die Erweiterung der Operation regelmäßig berechtigt. Ist demgegenüber eine zusätzliche Operation ohne weitere Gefährdung des Patienten möglich, muss die Operation abgebrochen werden. In jedem Fall kommt dann ein Aufklärungsmangel in Betracht, wenn die intraoperativ eingetretenen Befunde nicht völlig unüblich und damit vorhersehbar waren, was eine entsprechende Aufklärung vor der – ersten – Operation hätte erforderlich gemacht.

Eine andere Frage ist allerdings, ob möglicherweise der Arzt in dieser Situation angesichts seiner Berufspflicht, Leben zu erhalten und Gesundheit zu schützen, nicht durch anderweitige Gesichtspunkte gerechtfertigt sein kann. Aus dem Gesichtspunkt des Notstandes und der Pflichtenkollisionen (§ 34 StGB), unter Umständen sogar aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums kommt die Rechtsprechung in der Regel auch in diesen Fällen zur Straflosigkeit des eingreifenden Arztes.

Mangels anderweitiger Anhaltspunkte kann sich der Arzt stets auf das „Normale“ und „Vernünftige“ zurückziehen. Hierbei hat er auch die Schwere des Eingriffs mit den ansonsten bestehenden Gesundheitsrisiken abzuwägen. Irreparable Eingriffe, wie beispielsweise eine Amputation, dürften hiernach nur dann als genehmigt angesehen werden, wenn sie zur Lebensrettung unabdingbar sind.

▪ **der ausdrücklich entgegenstehende Wille des Patienten**

Selbst bei bestehender Lebensgefahr hat der Arzt den ausdrücklich erklärten entgegenstehenden Willen des Patienten zu respektieren. Verweigern beispielsweise Zeugen Jehovas aus Glaubens- und Gewissensgründen die Bluttransfusion, ist ein Eingriff des Arztes auch dann nicht gerechtfertigt, wenn aufgrund eines Blutverlustes allein eine solche Transfusion das Leben des Patienten retten kann. Die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ist wesentlicher Teil des ärztlichen Aufgabenbereichs. Der Arzt muss das in Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistete Recht auf körperliche Unversehrtheit auch gegenüber einem Patienten respektieren, der es ablehnt, eine lebensrettenden Eingriff zu dulden (BGHSt 32, 367, 378; BVerfGE 32, 96 ff).

Eigenverantwortlich getroffene Patientenverfügungen, die dem Arzt bekannt sind, haben für diesen einen weitgehend bindenden Charakter, müssten in ihrer starken Indizwirkung jedenfalls durch anderweitige überwiegende Momente aufgehoben werden, um ihnen zuwider zu handeln.

▪ **Aufklärungsstrategie: Stufenmodell**

Die Art und Weise der Aufklärung erfolgt nach einem Stufenmodell, das zunächst schriftliche Grundinformationen beinhaltet, in einem weiteren Schritt ein mündliches Aufklärungsgespräch mit der Möglichkeit des Dialogs enthält und letztlich auf die individuellen Patientenumstände abzustimmen ist. Auch entfernte oder geringfügige mögliche Folgen können angesichts besonderer individueller Umstände Gegenstand des Gesprächs sein (der Finger beim Pianisten!).

Hinsichtlich alternativer Behandlungsmethoden ist der Patient zumindest insoweit zu informieren, dass er eine reelle Entscheidungschance besitzt. Er muss die unterschiedlichen Risiken verschiedener Behandlungsmethoden, ihre wissenschaftliche Erprobtheit, die Vor- und Nachteile gleichwertig angesehener Heilungsverfahren ebenso abschätzen können, wie die individuellen Wirkungen (Schmerzen) und Folgen. Entsprechen die aufgezeigten alternativen Methoden alle dem medizinischen Standard, werden vom Arzt weitergehende Hinweise auf Behandlungen in Krankenhäusern mit überlegener Apparatur nicht erwartet.

Die Aufklärung ist nicht formalisiert, ein vertrauensvolles und ausführliches Patientengespräch ist in der Regel ausreichend. Umfangreiche schriftliche Aufklärungsblätter und die Gegenzeichnung des Patienten sind in der Praxis häufig verpönt. Zwar dokumentieren sie nicht die tatsächlich erfolgte Aufklärung, sie stellen aber andererseits ein starkes Indiz für die Existenz des Aufklärungsgesprächs dar. Wie jede Dokumentation kann die Schriftlichkeit somit zumindest für prozessuale Beweisfragen von Belang sein. Indiziell für eine ausreichende Aufklärung durch den Arzt würde allerdings auch der Nachweis sprechen, dass er generell in allen anderen Fällen ordnungsgemäß verfahren ist (OLG Karlsruhe, NJW 1998, 1800).

▪ **der Aufklärungspflichtige**

Aufklärungspflichtig ist grundsätzlich der behandelnde Arzt selbst. Nur er bietet die Gewähr dafür, dass mit Hilfe der nötigen fachspezifischen Kenntnisse dem Patienten – ggf. auf Rückfrage – ausreichende Informationen an die Hand gegeben werden. Bei arbeitsteiligem Zusammenarbeiten, insbesondere in einem Krankenhaus, beschränkt sich die Aufklärungspflicht grundsätzlich auf das jeweilige Fachgebiet. Ein in ein Krankenhaus einweisender Arzt ist nur sehr eingeschränkt zur Auskunft über mögliche Risiken u.ä. verpflichtet; er kann sich hier auf die endgültige und umfassende Aufklärung desjenigen Arztes verlassen, der jeweils selbst den Eingriff vornimmt oder die medikamentöse Therapie verordnet. Ausnahmen können in Fällen der Dringlichkeit, beispielsweise bei dem unbedingten Ratschlag zu einer sofort durchzuführenden Operation, gegeben sein (s. näher BGH MedR 1995, S. 500). Die Delegation der Aufklärung auf ärztliche Mitarbeiter kann zumindest hinsichtlich allgemeiner Bereiche des Aufklärungsgegenstandes zulässig sein.

▪ **Aufklärungsadressat**

Nur der aufgeklärte Patient kann auch einwilligen. Der Adressat der Aufklärung muss somit identisch sein mit demjenigen, der wirksam eine Einwilligung erklären kann. Eine solche Einwilligung ist nicht abhängig von den Regeln rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen. Vielmehr setzt die wirksame Einwilligung stets voraus, dass der Patient die natürliche Einsichts-, Urteils- und Verständnisfähigkeit hat.

Kinder werden hierzu regelmäßig nicht im Stande sein, bei Jugendlichen ist die Art der Erkrankung und die Qualität des geplanten Eingriffs zur Beurteilung der Einsichtsfähigkeit maßgeblich. Bei Routinehandlungen mit überschaubarem Risiko kann auch der Ju-

gendliche wirksam einwilligen. Der sinnvoll erscheinende Wunsch eines einsichtsfähig erscheinenden jungen Mädchens nach der Pille dürfte daher regelmäßig rechtfertigenden Charakter haben. Ansonsten hat der Arzt vor dem Eingriff die Genehmigung eines oder beider Elternteile einzuholen (differenzierend: BGH NJW 1988, 2946 ff).

Bei jugendlichen Patienten, die nicht einsichtsfähig erscheinen, bedarf der Arzt daher der Zustimmung der Eltern, aber auch des Jugendlichen selbst. Erscheint die Weigerung der Eltern unsachlich und verstoßen sie offensichtlich gegen das Gebot, allein das Kindeswohl zu achten, hat der Arzt die Verpflichtung, nach besten Kräften die Eltern eines Besseren zu belehren und ggf. die Bestellung eines Vormundes zu initiieren.

Die Notwendigkeit der Einwilligung in die ärztliche Behandlung entfällt bei volljährigen Patienten auch dann nicht, wenn diese offensichtlich nicht in der Lage sind, die Bedeutung der anstehenden Behandlung zu erfassen. Hier ist der Arzt gehalten, die gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsstrukturen zu berücksichtigen. Grundsätzlich sind nicht die Angehörigen für eine Entscheidung anstelle des hierzu nicht fähigen Patienten berufen. Vielmehr ist gemäß § 1896 BGB ein Bevollmächtigter und / oder Betreuer zu bestellen, der anstelle des Patienten zu entscheiden hat. Dieser hat sich dabei am mutmaßlichen Willen des entscheidungsunfähigen Patienten zu orientieren, unterliegt aber den Beschränkungen des § 1904 BGB. In Eilfällen, in denen ein solcher Betreuer nicht vom Gericht bestellt werden kann, hat sich der Arzt selbst an den Kriterien der mutmaßlichen Einwilligung auszurichten.

▪ **Aufklärungszeitpunkt**

Die Qualität einer Aufklärung ist u.a. von ihrem Zeitpunkt abhängig. Auch hier hat der Arzt darauf zu achten, dass er den Patienten letztlich eine fachlich fundierte eigenverantwortliche Entscheidung ermöglicht. Eine weit zurückliegende Aufklärung muss unter Umständen kurz vor dem Eingriff nochmals aktualisiert werden. Liegt kein Notfall vor, muss der Überlegenszeitraum im Hinblick auf den Umfang des geplanten Eingriffs ausreichend sein, um aus Sicht des Patienten die präsentierten Fakten abwägen zu können. Bei Operationen ist dies spätestens der Vortag des Eingriffs, bei ambulanten Operationen reicht unter Umständen der Tag des Eingriffs selbst (BGH NJW 1995, 2411). Für den Geburtsvorgang wird der Zeitpunkt einer Aufklärung beispielsweise über den Kaiserschnitt auf einen Zeitpunkt festgelegt, in dem die werdende Mutter jedenfalls durch den Geburtsvorgang selbst noch nicht beeinträchtigt ist (BGH NJW 1993, 2372).

▪ **Irrtum des Arztes bei der Aufklärung**

Die Konstruktion der durch Einwilligung gerechtfertigten Körperverletzung nimmt auch Teil an der allgemeinen strafrechtlichen Irrtumsproblematik. Ein möglicher Vorsatz entfällt daher immer dann, wenn der behandelnde Arzt irrig einen rechtfertigenden Sachverhalt annahm, wie beispielsweise die Einwilligungsfähigkeit seines Patienten. Es verbleibt allerdings der Fahrlässigkeitsvorwurf. Ein Verbotsirrtum (mit der ausschließen Folge der möglichen Strafmilderung - §§ 17, 49 StGB) liegt bei einer rechtlichen Fehleinschätzung des Arztes unter Umständen vor. Glaubt er beispielsweise rechtsfehlerhaft, er

brauche keine Einwilligung, so entfällt nicht der Vorsatz, bei Vermeidbarkeit des Irrtums kann er allerdings in den Genuss einer Strafmaßreduktion kommen (BGHSt 45, 219).

2. fahrlässige Tötung/fahrlässige Körperverletzung §§ 222, 229 StGB

- Pflichtwidrigkeit

Die Tatbestandsmäßigkeit setzt voraus, dass der Arzt einen missbilligten Erfolg (Tötung/Körperverletzung) fahrlässig herbeigeführt hat. Fahrlässigkeit erfordert den berechtigten Vorwurf, der Arzt habe diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und im Stande war.

- der Maßstab

Der Vorwurf setzt für jeden Einzelfall die Formulierung derjenigen Sorgfaltsmaßstäbe voraus, die ein Arzt an den Tag legen müsste. Objektivierender Ausgangspunkt ist der „Stand der Wissenschaft“ oder – anders formuliert – der Standard eines erfahrenen Facharztes. Gefordert wird die Einhaltung einer berufsspezifischen Sorgfalt. Diese Maßstäbe sind dynamisch. Sie entwickeln sich sowohl durch Forschung als auch durch die Anwendung neuer Methoden und Arzneien.

Der Maßstab ist nicht ein idealtypischer. Nicht das denkbare ärztliche Optimum ist der strafrechtlich relevante Messfaktor, sondern das konkret von einem durchschnittlichen Arzt zu erwartende Handlungsspektrum. Die Festlegung des Maßstabes hat zum einen zu berücksichtigen, dass der Arzt generell „gefahrgeneigter“ Tätigkeit unterworfen ist. Selbst bei der Anwendung allergrößten Geschicks sind negative Erfolge häufig nicht zu vermeiden. Dies gilt auch im Hinblick darauf, dass trotz intensivster Forschungen Zusammenhänge des Funktionierens des menschlichen Organismus undurchschaubar und damit letztendlich nicht kontrollierbar sind.

Der Sorgfaltsmaßstab akzeptiert das Prinzip der ärztlichen Therapiefreiheit. Zahlreiche Behandlungssituationen lassen dem Arzt den Spielraum, unterschiedlich wirksame und unterschiedliche Erfolg versprechende Heilverfahren anzuwenden (BGHSt 37, 383, 385). Zumindest bei gleich wirksamen Methoden, bei denen insgesamt von einem ähnlichen Risikoniveau auszugehen ist, kann der behandelnde Arzt nach seinem pflichtgemäßen Ermessen wählen.

Der Standard eines erfahrenen Facharztes soll – insbesondere nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung – der Maßstab sein, an dem sich ein ärztliches Verhalten im konkreten Fall zu orientieren hat. Dabei kommt es nicht auf die formelle Facharztstellung an, vielmehr wird von dem handelnden Arzt erwartet, dass er theoretisch wie praktisch den von ihm vorgenommenen Eingriff so beherrscht, wie das von einem Facharzt dieses

Fachs normaler Weise erwartet werden kann. Maßgeblich ist eine ex-ante-Betrachtung. Zur Konkretisierung der Standards wird häufig auf Leitlinien der medizinisch-wissenschaftlichen Fachgesellschaften zurückgegriffen. Diese sind zwar nicht für jeden Arzt verbindlich (s. OLG Hamm NJW-RR 2000, 401), zeigen aber eine überwiegende Überzeugung maßgeblicher ärztlicher Kreise auf. Ihre Bedeutung für die Formulierung einer konkretisierten Sorgfalt im Einzelfall ist daher nicht von der Hand zu weisen.

Absolut formulierte Standards werden regelmäßig durch die Situationsbezogenheit relativiert. Das konkret zu erwartende sorgfältige ärztliche Handeln hängt beispielsweise davon ab, ob der Betroffene ein Facharzt oder ein Arzt für Allgemeinmedizin ist, ob er klinisch tätig oder niedergelassen ist, ob die Behandlung in einem Spezialkrankenhaus, einer Universitätsklinik oder einem allgemeinen Krankenhaus erfolgt.

- Garantenstellung des Arztes

Der Verstoß gegen ärztliche Pflichten erfolgt zumeist durch aktives Tun. Wird dem Arzt ein Behandlungsfehler durch Unterlassen vorgeworfen, hängt seine Strafbarkeit u.a. von der Begründung einer Garantenstellung ab.

Die Rechtsprechung verneint eine allgemeine Garantenstellung des Arztes. Insbesondere löst die allgemeine Hilfspflicht, wie sie in § 323c StGB thematisiert ist, eine Garantenstellung nicht aus. Selten wird durch ein allgemeines Vorverhalten (Ingerenz) eine strafrechtliche Handlungspflicht begründet werden. Anders ist dies allerdings, wenn davon ausgegangen werden kann, dass der Arzt eine Behandlung übernommen hat. Hier reicht eine Übernahme tatsächlicher Art, der Abschluss eines Behandlungsvertrages ist in formeller Hinsicht nicht erforderlich. Ausreichend soll daher bereits ein telefonischer Ratschlag des Arztes sein, der nachfolgendes Unterlassen als strafwürdig erscheinen lassen kann. Ohne eine solche Übernahme trifft den Arzt keine Handlungspflicht. Selbst wenn er gerufen wird, macht die schlichte Ablehnung eines Hausbesuchs den Arzt nicht zu einem potentiellen Straftäter. Anders ist dies allenfalls, wenn der Arzt in seiner Eigenschaft als Bereitschaftsarzt angesprochen worden ist (BGHSt 7, 211).

Trifft den Arzt eine Handlungspflicht, so wird der Vorwurf eines Behandlungsfehlers häufig in einem Unterlassen liegen. Wenn der Arzt eine Diagnostik oder eine indizierte Behandlung nicht durchgeführt hat, liegt der Schwerpunkt des Vorwurfs auf einem Unterlassen; hat der Arzt agiert, und zwar aufgrund einer fehlerhaften Behandlung, ist Anknüpfungspunkt des fehlerhaften Verhaltens das aktive Tun (BGH NSTZ 2004, 35).

- der Behandlungsfehler

Im Mittelpunkt der strafrechtlichen Prüfung steht der „Behandlungsfehler“ – früher auch als „Kunstfehler“ bezeichnet. Fahrlässigkeitsvorwürfe aufgrund von Behandlungsfehlern in Form der Verletzung fachärztlicher Standards werden im ärztlichen Bereich wie folgt unterschieden:

- Diagnosefehler

Der Umgang bei der Untersuchung der Auswertung erhobener Befunde zur Feststellung einer Krankheit ist standardisiert. Einen Diagnosefehler begeht, wer diesen Standards entsprechende Untersuchungen in einer sich aufdrängenden Situation unterlässt oder Bewertungen von Untersuchungsergebnissen vornimmt, die den Standards widersprechen. Auch die Standards verhindern nicht ein im Einzelfall fehlerhaftes Erkennen einer Krankheit, eine Fehldiagnose ist strafrechtlich daher unter Umständen tolerabel, nicht allerdings ein Diagnosefehler. Fahrlässig ist ein Verhalten, wenn zusätzliche abklärende Maßnahmen – ggf. auch durch einen kompetenteren Spezialisten – unterlassen wurden. Auf der anderen Seite ist nicht jede theoretisch mögliche Untersuchung durchzuführen, wenn eine ausreichend sichere Diagnose gestellt werden kann. Dabei gilt: Je höher das Risiko und die Schwere einer gemutmaßten Erkrankung eingeschätzt wird, desto mehr Untersuchungen sind erforderlich.

- Behandlungsfehler i.e.S.

Fehlerhaft kann die eigentliche Behandlung sein, indem entgegen der ärztlichen Kunst eine falsche Behandlungsmethode ausgewählt wird. In Betracht kommt insbesondere eine fehlerhafte Medikation, eine Unter- oder Überdosierung prinzipiell adäquater Mittel oder die Ignorierung von schädlichen Wirkungen aufgrund der besonderen Patientenkonstellation.

Fehlerhaft sind auch schlichte „handwerkliche“ Mängel. Das Verwechseln von Blutproben, Unterlagen o.ä. und hieraus resultierend schädliche Wirkungen, fehlerhafte Schnitte während einer Operation oder gar das Zurücklassen von Operationsbesteck im Körper des Patienten.

Auch wenn dem Arzt angesichts der zu erwartenden Kenntnisse kein Verstoß gegen Sorgfaltspflichten bei der eigentlichen Behandlung vorgeworfen werden kann, kann die mangelnde Erkenntnis der eigenen Defizite die Fahrlässigkeit durch ein Übernahmeverschulden begründen. So muss ein Arzt im Praktikum oder ein Arzt im Notdienst alsbald seine eigenen Mängel erkennen und sich um kompetentere ärztliche Unterstützung bemühen (BGH JR 1986, 248; NJW 1984, 654, 657; NJW 1992, 1560, 1561).

- Aufklärungsfehler

Zu den ärztlichen Behandlungspflichten, deren Verletzung den Vorwurf der Fahrlässigkeit begründen kann, gehört auch die Aufklärung des Patienten über die Diagnose, die geplante Behandlung und deren denkbare Folgen. Auch die Freiheit der Methodewahl entbindet den Arzt nicht, seinen Patienten hinsichtlich der Alternativmöglichkeiten aufzuklären.

Im zivilrechtlichen Haftungsbereich stellt das Abstellen auf Aufklärungsmängel schon fast ein Standard dar, bei dem insbesondere subjektive Verschuldensfragen ausgeblendet werden. Im Hinblick auf den unterschiedlichen Rechtscharakter des strafrechtlichen Verfahrens ist allerdings anerkannt, dass die zivilrechtlichen Maßstäbe „nicht unbesehen“ auf die Fragen strafrechtlicher Fahrlässigkeit übertragen werden dürfen (BGH NJW 1990, 2562).

- Organisationsfehler

Die moderne ärztliche Behandlung ist geprägt durch Arbeitsteilung. Niedergelassene Fachärzte und allgemeine Ärzte kooperieren ebenso (horizontale Arbeitsteilung) wie ein in seiner personellen Besetzung häufig wechselndes Behandlungsteam im Krankenhaus (vertikale Arbeitsteilung). Da das Strafrecht nur eine persönliche Verantwortung kennt, ist in diesen Fällen die besondere ärztliche Aufgabenstellung eines jeden einzelnen zu definieren und ggfls. ein Zurückbleiben hinter diesem Verantwortungsbereich festzustellen. Fahrlässigkeit begründet allerdings nicht nur unzureichende Behandlung im eigenen Teilbereich für jeden einzelnen Arzt, sondern möglicherweise auch eine Missachtung der von ihm zu erwartenden Kooperation. Denkbar ist hier eine unzureichende Kommunikation mit Kollegen, unzureichende Koordination der einzelnen Behandlungen, fehlerhafte Auswahl anderer Ärzte, unzulässige Delegation eigener Arbeiten sowie letztlich Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Kompetenzen unterschiedlicher Fachrichtungen.

▪ horizontale Arbeitsteilung

Prinzipiell kann jeder Arzt den Fähigkeiten und der Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabs des mit ihm agierenden Arztes vertrauen (BGHSt 43, 306, 310; 47, 224, 231). So darf sich angesichts der abgegrenzten fachlichen Zuständigkeit ein Anästhesist auf die vorhergehende Anamnese und Diagnose des Chirurgen verlassen und seinen Arbeitsbereich hierauf einstellen (BGH NJW 1980, 649). Individuell aufklärbar ist aber stets der sich überschneidende Aufgabenbereich in der prä-, intra- und postoperativen Phase; ggfls. sind konkrete Übungen in einem Krankenhaus ebenso heranzuziehen wie allgemeine interdisziplinäre Absprachen zwischen den beteiligten Fachverbänden. Der Vertrauensgrundsatz bei der horizontalen Arbeitsteilung ist aber dann einzuschränken, wenn ein Arzt an eine andere ärztliche Beurteilungsgrundlage anknüpft, die für ihn erkennbar unvollständig oder sogar fehlerhaft ist. Mit steigendem Behandlungsrisiko nimmt die Verpflichtung zu ergänzenden und zusätzlichen Aktivitäten eines jeden einzelnen Arztes zu.

▪ vertikale Arbeitsteilung

Der Vertrauensgrundsatz gilt auch bei vertikaler Arbeitsteilung. Jeder in die Behandlung Einbezogene darf sich darauf verlassen, dass sein Partner oder der ihm untergeordnete Mitarbeiter seinen Aufgabenbereich mit der gebotenen Sorgfalt wahrnimmt und erfüllt. Die hierarchischen Strukturen in einem Krankenhaus sind häufig die Grundlage für derart berechtigtes Vertrauen. Der Chefarzt darf darauf vertrauen, dass eine konkret den Oberarzt übergebene Aufgabe von diesem fehlerlos erfüllt wird, ebenso wie sich der Oberarzt beispielsweise auf den Stationsarzt verlassen kann. Ist Letzterer zum Nachtdienst eingeteilt und gibt – obwohl Veranlassung besteht – über eine Komplikation keine Mitteilung an den Oberarzt, kann Letzterem grundsätzlich kein strafrechtlicher Vor-

wurf gemacht werden. Auch darf der Oberarzt darauf vertrauen, dass ein von ihm eingesetzter Arzt im Praktikum von ihm zu erwartende Tätigkeiten fehlerfrei durchführt.

Die Inanspruchnahme des Vertrauensgrundsatzes setzt jedoch stets voraus, dass zum einen bereits beim Einsatz eines hierarchisch Untergeordneten die Aufgabenübertragung den von diesem zu erwartenden Fähigkeiten entspricht (ansonsten: Auswahlverschulden). Zum anderen besteht trotz dieses Grundsatzes die regelmäßige Pflicht zu einer Kontrolle (ansonsten: Überwachungsverschulden). Gerade die Pflicht zur Überwachung variiert auf den verschiedenen Ebenen der Hierarchie. Besonders deutlich ist dies beim AiP, dessen Ausbildung noch nicht beendet ist und der seine Kenntnisse und praktische Fähigkeiten vertiefen soll. Hier wird eine sehr engmaschige Aufsicht verlangt, in jedem Fall die Rufbereitschaft des Aufsichtspflichtigen. Problematisch erscheint die Erfüllung der Aufsichtspflicht schon dann, wenn einem AiP alleine ein Bereitschaftsdienst übertragen wird (s. BGH NJW 1993, 2989, 2991).

Die Aufrechterhaltung des Vertrauensgrundsatzes setzt darüber hinaus die Einhaltung konkreter Instruktionen und Informationen bei der Delegation voraus. Je nach zu erwartendem Wissensstand des Beauftragten ist dieser vor Übernahme des eigenverantwortlichen Bereichs über die Umstände des konkreten Falles und möglicher Risiken aufzuklären. Dies gilt insbesondere bei der Übertragung von Behandlungsteilen auf nicht ärztliches Personal. So kann der Gynäkologe grundsätzlich die Leitung und Durchführung der Geburt der Hebamme überantworten; spätestens im Zeitpunkt von Komplikationen hat er aber wiederum die primäre Verantwortung, während die Hebamme Gehilfin bleibt (BGHNJW 1995, 1611). Jeder Arzt kann auch einer Krankenschwester vertrauen, wenn diese beispielsweise eine korrekt angeordnete Infusion durchzuführen hat. Verwechselt diese die Infusionen, ist prinzipiell der Arzt – außer im Falle der erhöhten Erkennbarkeit einer Verwechslungsgefahr – strafrechtlich für die Folgen nicht verantwortlich. Sind Injektionen und Blutentnahmen medizinischem Personal zu übertragen, gilt demgegenüber die Blutübertragung als originär ärztlicher Aufgabe, die er nicht delegieren darf.

- Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Erfolg der Körperverletzung oder des Todes

Obwohl auf der einen Seite eindeutig eine Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes festgestellt werden kann und auf der anderen Seite zeitlich nachfolgend ein strafrechtlich relevanter Erfolg eingetreten ist, scheitert die Feststellung der Strafbarkeit häufig aufgrund einer negativen Beurteilung des rechtlichen Ursachenzusammenhangs. Dieser Ursachenzusammenhang ist in einem doppelten Sinne zu überprüfen:

Zum einen ist in einem „klassischen“ strafrechtlichen äquivalenten Ursachenzusammenhang zu überprüfen, ob das Verhalten des Arztes hinweggedacht werden kann, ohne dass der strafrechtliche Erfolg entfielen. Steht somit in einem reinen naturwissenschaftlichen Sinne fest, dass beispielsweise der Patient auch dann gestorben wäre, wenn der Arzt gar nicht gehandelt hätte, ermangelt es an der Kausalität des Verhaltens. Hätte beispielsweise langfristig eine durch fehlerhafte Diagnose nicht erkannte Krebserkrankung

kung eines Arztes zum Tode des Patienten geführt, starb der Patient allerdings tatsächlich vorzeitig an den Folgen einer völlig anderen ärztlichen chirurgischen Fehlleistung bei einer Blinddarmoperation, so entfällt eine Kausalität der primären Fehldiagnose für den Erfolg.

Darüber hinaus ist der kausale Zusammenhang unter einem rechtlich bewertenden Aspekt zu überprüfen. Der Zusammenhang ist gerade im Hinblick auf die Qualität des festgestellten ärztlichen Pflichtenverstößes zu überprüfen. In einer hypothetischen Fragestellung ist zu bewerten, ob der Erfolg auch dann eingetreten wäre, wenn der Arzt sich nicht pflichtwidrig verhalten hätte, wenn sein tatsächliches Tun also hypothetisch durch die Variante eines sorgfaltsgemäßen Verhaltens ersetzt würde. Eine Verurteilung wegen einer strafrechtlichen Fahrlässigkeitstat kann damit nur erfolgen, wenn gerade diejenigen Umstände, die die Pflichtverletzung des Arztes ausmachen, für den Tod oder die Körperverletzung seines Patienten wirksam geworden sind.

Für diesen Erfolg irrelevant wäre ein sorgfaltswidriges Verhalten, wenn es letztlich keinerlei Einfluss auf das Leben oder die Gesundheit des Patienten gehabt hat (BGHSt 11, 1 ff; 30, 228 ff; 37, 106 ff; NJW 2000, 2754 ff). So kann auf einer fehlerhaften falschen Diagnose und hierauf beruhend einer falschen – weil unwirksamen - Therapie ein strafrechtlicher Fahrlässigkeitsvorwurf nicht beruhen, wenn auch bei richtiger Diagnose das Leben des Patienten angesichts des fortgeschrittenen Krankheitsverlaufs nicht hätte gerettet werden können.

Die Problematik kulminiert in der Entscheidung der regelmäßig nicht aufklärbaren Frage des hypothetischen Verlaufs. Materiellrechtlich gibt die höchstrichterliche Rechtsprechung vor, dass eine Strafbarkeit nur dann vorliegt, wenn bei pflichtgemäßem Handeln der Erfolg „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert worden wäre“ (BGHR StGB § 222 Kausalität Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3, Nr. 4). Prozessual scheidet die Feststellung einer solchen „Sicherheit“ häufig an dem Grundsatz, dass in Zweifelsfällen tatsächlicher Art zu Gunsten des Beschuldigten zu entscheiden ist. Schon der geringste Zweifel des Richters daran, ob bei pflichtgemäßem Verhalten des Arztes der Tod des Patienten tatsächlich entfallen wäre, müsste zur Verneinung des Ursachenzusammenhangs und damit zum Wegfall der Strafbarkeit führen. So ist ein Fehler, der in einer nicht rechtzeitig durchgeführten Operation besteht, dann für den Tod des Patienten nicht ursächlich geworden, wenn auch eine rechtzeitige Operation lediglich zu einer gewissen Wahrscheinlichkeit einer Überlebenschance geführt hätte.

Die sich hierdurch andeutende Weite eines strafrechtsfreien Raums wird durch die höchstrichterliche Rechtsprechung durch zwei Gesichtspunkte praktisch eingeschränkt:

Auch wenn der Nachweis des Zusammenhangs zwischen ärztlichem Fehlverhalten und dem konkret eingetretenen Erfolg nicht feststeht, soll nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Fehlverhalten zumindest die Art des Erfolgseintritts in zeitlicher Hinsicht beeinflussen haben könnte. Auch wenn der pflichtgemäß handelnde Arzt den Erfolg im Ergebnis nicht verhindert hätte, so hätte er unter Umständen dazu beitragen können, das Leben des Patienten zu verlängern. Die Rechtsprechung begnügt sich nicht mit der Feststellung, dass gerade beim Todeserfolg der vergleichbare Zeitpunkt in eine unbestimmt

ferne Zukunft verlagert wird. Vielmehr wird der Pflichtwidrigkeitszusammenhang stets dann bejaht, wenn feststeht, dass der Arzt das Leben des Patienten auch nur kurzfristig hätte verlängern können (BGH NSTZ 1981, 218). Auch der „Todgeweihte“ hat nach Ansicht der Rechtsprechung Anspruch auf optimale ärztliche Behandlung; eine Strafbarkeit eines Arztes wird daher auch bejaht, wenn dieser einen durch Tabletteneinnahme bereits irreversibel geschädigten Selbstmordpatienten einen Tag zu spät in ein Krankenhaus einweist, wenn eine frühere Behandlung im Krankenhaus das Leben auch nur um Stunden verlängert hätte.

Ein zweiter Gesichtspunkt erweitert den Strafbarkeitsbereich, wenn nicht auf den „endgültigen“ Todes – oder Körperverletzungserfolg abgestellt wird, sondern ein früherer Bezugspunkt als tatbestandsmäßiger Erfolg gewählt wird. Hätte ein sachgemäßes ärztliches Verhalten den endgültigen Erfolg auch in enger temporärer Sicht nicht verhindert, so hätte aber möglicherweise der andere „Erfolg“ der Erhöhung körperlicher Schmerzens vermieden werden können. Zumindest in einer hierin liegenden Körperverletzung lässt sich unter Umständen aus Sicht des Gerichts ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang bejahen.

Diese unterschiedlichen Betrachtungsweisen können dazu führen, dass sowohl bei horizontaler als auch vertikaler Teilung des medizinischen Aufgabenbereichs unterschiedliche ärztliche Fehler sich jeweils als ursächlich darstellen können. Eine verspätete Krankenhauseinweisung kann sich ebenso als todesursächlich herausstellen wie ein nachfolgender chirurgischer Fehler, der die Verlängerung der Überlebenschance des selben Patienten verhindert. Ursächlich kann auch ein pflichtwidriges ärztliches Verhalten sein, wenn später agierende Ärzte ebenfalls pflichtwidrig zur Abwendung der bereits hervorgerufenen Lebensgefahr keine zusätzlichen wirksamen Maßnahmen treffen.

Auch eine tatbestandsmäßige Verletzung der Aufklärungspflicht setzt zur Strafbarkeit voraus, dass der Fehler für den tatsächlich eingetretenen Erfolg relevant war. Beim Aufklärungsmangel ist daher stets zu prüfen, ob nicht der verletzte Patient auch bei ausreichender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte. Häufig ist im Strafprozess aufgrund der Nachweislast der Staatsanwaltschaft eine derartige hypothetische Einwilligung nicht auszuschließen sein. Ein Lösungsansatz bietet in diesen Fällen auch die Lehre der Beschränkung der Strafbarkeit im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm. Stirbt beispielsweise ein Kind aufgrund operativer Komplikationen, so kann der im Vorfeld mangelhaft aufklärende Anästhesist dann nicht strafbar sein, wenn diese Mängel nicht in sachlichen Zusammenhang mit der eigentlichen Todesursache zu bringen sind (zu einem weiteren Beispiel siehe BGH NSTZ 1996, 34 f).

- Schutzzweckzusammenhang

Weitere Einschränkungen des Strafbarkeitsbereichs erfolgen unter konkreter Berücksichtigung des Schutzzweckes der Sorgfaltspflicht, deren Verletzung den Fahrlässigkeitsvorwurf begründen soll. Auch wenn bei Hinwegdenken der Pflichtwidrigkeit und ihrer hypothetischen Ersetzung durch ein pflichtgemäßes ärztliches Handeln der Erfolg nicht eingetreten wäre, kann ausnahmsweise der Fahrlässigkeitsvorwurf entfallen, wenn die in

Frage stehende Sorgfaltspflicht der Vermeidung völlig anderer Erfolge diene, als sie letztendlich tatsächlich eingetreten sind.

So vermag beispielsweise ein frühzeitiger Kaiserschnitt während der Geburt natürliche Geburtsschmerzen über viele Stunden zu vermeiden; gerade diesen Zweck dient aber eine solche Maßnahme und die Aufklärung hierüber nicht; vielmehr dient die ärztliche Pflicht zur Durchführung eines Kaiserschnitts ausschließlich der Abwendung einer Lebens- oder Gesundheitsgefahr der Schwangeren und des ungeborenen Kindes.

Gleiches gilt häufig für eine mehraktiges Handeln des Arztes. Ein Ursachenzusammenhang ist zum Beispiel dann zu bejahen, wenn der Tod eines Patienten deswegen später eingetreten wäre, weil auch die Operation zu einem späteren Zeitpunkt angesetzt worden wäre. Auch wenn intraoperativ kein Fehler des Chirurgen festzustellen und damit ursächlich für das Ableben war, hatte er insofern pflichtwidrig gehandelt, als er notwendige Voruntersuchungen unterlassen hatte. Die Ergebnisse der Voruntersuchung hätten den Chirurgen zwar auch nicht von der Operation abgehalten, da sie allerdings Zeit in Anspruch genommen hätten, wäre sowohl Operation als auch Todeseintritt verschoben worden. Damit hat sich allerdings ein Erfolg realisiert, der gerade nicht im Schutzzweck des verletzten Pflichtenkreises einer ausreichende Voruntersuchung lag (BGHSt 21, 59).

- die objektive Vorhersehbarkeit des Erfolges

Objektive Voraussetzungen eines jeden Fahrlässigkeitsdelikts ist die generelle Vorhersehbarkeit des Erfolges und Ihres Pflichtwidrigkeitszusammenhangs. Entgegen seiner dogmatischen Begründung wird dieser Gesichtspunkt von der Rechtsprechung in der Praxis sehr weit ausgelegt. Tatsächlich dürfte es häufig zweifelhaft sein, ob auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt der Arzt mit dem konkreten Kausalverlauf und dem Erfolg rechnen musste. Die Rechtsprechung begnügt sich häufig damit festzustellen, dass allein der Erfolg jedenfalls nicht jenseits aller Lebenserfahrung für den handelnden Arzt gewesen sei.

- die persönliche Schuld des Arztes

Der Schuldvorwurf kann generell entfallen, wenn ausnahmsweise angesichts ungewöhnlicher Umstände ein objektiver Sorgfaltspflichtverstoß subjektiv dem Arzt nicht vorgeworfen werden kann. Denkbar ist auch, dass aufgrund individueller Umstände die subjektive Vorhersehbarkeit des Erfolges verneint werden kann, und schließlich können besondere Umstände die Zumutbarkeit der Einhaltung der gebotenen Sorgfalt entfallen lassen.

Letztlich können Strafzumessungsgesichtspunkte zu gravierend unterschiedlichen Rechtsfolgen eines feststehenden Sorgfaltspflichtverstoßes führen. Die persönliche und unvermeidbare Stresssituation des Arztes kann hier ebenso sehr eine Rolle spielen wie die relative Schwierigkeit einer richtigen Diagnose. Auf der anderen Seite können auch in den Auswirkungen überschaubare Verstöße dann besonderes negativ geahndet

werden, wenn dahinter eine der Üblichkeit entsprechende Sorglosigkeit des Arztes aufscheint oder gar die Zusammenhänge mit wirtschaftlichen Vorteilen erkennbar sind.

- Verfolgungsvoraussetzung der einfachen Körperverletzung

Sowohl die fahrlässige (§ 230) als auch die einfache (§ 223 StGB) Körperverletzung kann nur verfolgt werden, wenn ein Antrag des Geschädigten vorliegt (§ 229 StGB). Ein solcher Antrag muss wirksam, d.h. mit der entsprechenden inhaltlichen Deutlichkeit, in der vorgesehenen Frist (drei Monate) und von der berechtigten Person gestellt werden.

Liegt ein wirksamer Strafantrag nicht vor, kommt eine Strafverfolgung nur in Betracht, wenn die Staatsanwaltschaft das „besondere öffentliche Interesse“ an der Strafverfolgung bejaht. Da diese Alternative vom Gesetzgeber als subsidiär gedacht ist, müssen auf Seiten der Staatsanwaltschaft besondere Umstände hervorgehoben werden, um auch ohne den Willen des Verletzten verfolgend einzuschreiten. Anhaltspunkte für Maßstäbe liefert Nr. 234 Abs. 1 der RiStBV. Einschlägige Vorstrafen des Arztes oder sein besonders leichtfertiges Handeln können hiernach die besondere Aktivität der Staatsanwaltschaft legitimieren.

3. unterlassene Hilfeleistung (§ 323c StGB)

Der Tatbestand der unterlassenen Hilfeleistung gehört zu den regelmäßigen Prüfungspunkten im Rahmen staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen gegen Ärzte. Zwar handelt es sich bei dem Delikt keinesfalls um ein auf Ärzte zugeschnittenes Sonderdelikt, tatbestandliche Kollisionen resultieren allerdings durch typische ärztliche Tätigkeiten, insbesondere bei Ärzten in Notdiensten. Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit ist nicht eine Garantenstellung und damit ein besonderes Verhältnis zwischen dem Handlungspflichtigen und dem gefährdeten Opfer. § 323c StGB knüpft vielmehr an die allgemeine Not- hilfepflicht für jedermann an, wonach er bei seinen Fähigkeiten und Möglichkeiten zu rascher und wirksamer Hilfeleistung in Notfällen aufgerufen ist. Diese allgemeine Hilfs- pflicht trifft den Arzt im Besonderen, da er im Gegensatz zu Dritten häufig allein über die Fähigkeiten verfügt, eine wirksame Hilfe zu leisten.

- Unglücksfall

Der Zustand einer Krankheit ist kein Unglücksfall. Anders jedoch die akute Verschlimme- rung oder eine überraschende Wendung in einem Krankheitsverlauf. Gleiches gilt für einen Suizidversuch.

Die Hilfe „bei“ einem Unglücksfall hat der Arzt immer dann zu leisten, wenn eine konkre- te räumliche und zeitliche Beziehung zu dem Unglücksgeschehen besteht. Dies wird re- gelmäßig dann der Fall sein, wenn der Arzt im Rahmen seines Notdienstes von den Um- ständen einer Erkrankung erfährt. Gleiches gilt auch, wenn er in seiner ärztlichen Eigen- schaft konkret von Bekannten oder Nachbarn zu Hilfe gerufen wird.

- Erforderlichkeit der Hilfe

Erkennt der Arzt, dass er helfen kann, hat er nach seinen besonderen Fähigkeiten sofort all diejenigen Hilfeleistungen anzubieten, die aus seiner Sicht zur Abwendung von Schäden wirksam sind. Als Schäden gelten auch die Schmerzen eines Todgeweihten, deren Linderung der Arzt herbeiführen kann.

Auch wenn der Arzt entsprechend seinen Fähigkeiten die ihm zumutbare bestmögliche Hilfe zu leisten hat (BGHSt 21,50,54), hängt die Begründung der Strafbarkeit bei § 323c StGB vom positiven Kenntnisstand des Arztes ab. Unterlassene Hilfeleistung stellt ein Vor- satzdelikt dar, die Strukturen der fahrlässigen Körperverletzung sind daher zur Bewertung ärztlichen Handelns nicht zu übernehmen. Auch wenn dem Arzt möglicherweise im Rahmen des von ihm gewählten Handlungsspektrums ein Sorgfaltspflichtverstoß vorge- worfen werden könnte, begründet dies nicht die Strafbarkeit nach § 323c, wenn der Arzt subjektiv von der Richtigkeit und Erfolgträchtigkeit seines Handelns ausging.

-Zumutbarkeit der Hilfe

Die Erfüllung von Handlungspflichten hängt darüber hinaus davon ab, ob der Arzt bei Einschätzung des Grades der Gesundheitsgefährdung unter Berücksichtigung eigener schutzwürdiger Interessen handeln musste. Diskutiert wird dieser Gesichtspunkt häufig im Zusammenhang mit der Verweigerung von Patientenaufnahmen in Krankenhäusern, weil die Kapazitäten erschöpft sind. Hier hängt die Möglichkeit der Weiterverweisung an ein anderes Krankenhaus stets von den individuellen Umständen ab, wie der Dringlichkeit eines möglichen Eingriffs, den bekannten Kapazitäten und Fähigkeiten anderer Krankenhäuser sowie deren Erreichbarkeit.

4. Ärztliche Sterbehilfe

Unter Sterbehilfe wird im weiteren Sinne jede ärztliche Handlung bzw. Unterlassen am Ende des Lebens eines Patienten verstanden. Hierunter fallen auch Handlungen, die letztlich nicht die Herbeiführung oder auch nur Beschleunigung des Todeseintritts verursachen. Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe einerseits, sowie direkter und indirekter Sterbehilfe andererseits. Darüber hinaus werden ärztliche Handlungen eingeordnet als Hilfe beim Sterben oder Beihilfe zur Selbsttötung.

Bei den Abgrenzungen handelt es sich berufsethisch, medizinisch und moralisch um einen höchstproblematischen Bereich, der allerdings in der Praxis aktuell noch relativ selten aufscheint. Die allgemeine gesellschaftliche Diskussion und juristische theoretische Bearbeitung der Problematik ist demgegenüber um so intensiver (Schreiber, Das ungelöste Problem der Sterbehilfe, NStZ 2006, 473ff.).

- Aktive Sterbehilfe

Bei der direkten aktiven Sterbehilfe handelt es sich um ein Phänomen, das nach aktueller Rechtslage zweifellos strafbar ist.

Sterbehilfe ist nur entsprechend dem erklärten oder mutmaßlichen Patientenwillen durch die Nichteinleitung oder den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen zulässig, um dem Sterben – ggfls. unter wirksamer Schmerzmedikation – seinen natürlichen, der Würde des Menschen gemäßen Verlauf zu lassen (BGHSt 37, 376, 379). Es ist daher grundsätzlich zwischen der strafbaren täterschaftlichen Tötung auf Verlangen und der straflosen aktiven Teilnahme an einem Selbstmord zu unterscheiden.

In die letzte Fallgruppe wird nach herrschender Ansicht auch die durch den Arzt durchgeführte Abschaltung eines Reanimationsgerät für den Fall irreversiblen Bewusstlosigkeit des Patienten eingeordnet. Wo im Ergebnis ein medikamentös therapeutischer Behandlungsabbruch zulässig wäre, spricht nichts gegen die Zulässigkeit auch des technisierten Behandlungsabbruchs. Ebenfalls hierunter fällt die Fallsituation, in der in extremen Ausnahmesituationen (unerträgliche Schmerzen, unabwendbarer baldiger Todeseintritt, ausdrücklicher und ernsthafter Todeswunsch des Patienten) ein Abschalten des Reanimationsgerätes durch den hierum bittenden bewusstseinsklaren Patienten erfolgt.

- Indirekte aktive Sterbehilfe

Als straflose indirekte Sterbehilfe ist vom BGH eine vom Arzt durchgeführte lege artis gebotene schmerzlindernde Medikation bei einem sterbenden Patienten angesehen worden, wobei als unbeabsichtigte, aber in Kauf genommene unvermeidbare Nebenfolge der Todeseintritt beschleunigt wurde (BGH NStZ 1997, 182).

- Passive Sterbehilfe

Die Straflosigkeit der passiven Sterbehilfe setzt zunächst einen unumkehrbaren Krankheitsverlauf beim Patienten voraus, der irreversibel erscheint und in relativ kurzer Zeit zum Todeseintritt führen wird. Erst nach diesen vom Arzt sorgfältig vorzunehmenden Bewertungen ist der „Sterbevorgang“ eingetreten.

In diesem Stadium ist es gerechtfertigt unter bestimmten Umständen Sterbehilfe zu leisten (BGHSt 40, 257, 260). Dabei ist der Arzt verpflichtet, das Selbstbestimmungsrecht seines Patienten zu respektieren. Lehnt der Patient einen lebensrettenden Eingriff ab, so hat der Arzt dies zu akzeptieren. Wird vom Krebspatienten beispielsweise eine künstliche Ernährung abgelehnt, so besteht keine Pflicht des Arztes, gegen diesen Willen zu handeln, auch wenn der Arzt den nahenden Tod zumindest durch sein Eingreifen aufschieben könnte. Problematisch erscheint allenfalls die Situation, in der der Patient nicht bewusstseinsklar ist oder für den Arzt erkennbar andere Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass der Patient seinen Willen nicht ausreichend bilden und artikulieren kann. Bei der Erforschung des mutmaßlichen Willens hat zum einen der Arzt die ihm konkreten erkennbaren Umstände der individuellen Willensbildung zu beachten, zum anderen hat er sich mangels solcher individueller Anhaltspunkte an allgemeinen Wertvorstellungen zu orientieren.

5. Betrug (§ 263 StGB)

Der sogenannte Abrechnungsbetrug ist kriminalistisch als gravierendes Problem während der letzten beiden Jahrzehnte entdeckt worden. Staatsanwaltschaften konzentrieren sich in ungewöhnlicher Weise auf Verdachtsmomente in dieser Richtung, Krankenkassen mutmaßen strafrechtlich belangvolle Schäden in Milliardenhöhe. Die gesellschaftlich erkannte Problematik lässt sich angesichts der Kompliziertheit des Betrugstatbestandes häufig nur mit Mühe in die offensichtlich erwünschte Strafbarkeit eines Arztes umsetzen. Rechtsdogmatisch sind daher aktuell zahlreiche Fragen noch ungeklärt.

Die Sachverhaltskonstellationen weisen regelmäßig derart viele Varianten auf, dass Leitlinien für die Anwendung des § 263 nur schwer aufzustellen sind. So ist zum einen regelmäßig danach zu differenzieren, ob es um Abrechnungen eines niedergelassenen Arztes oder eines Krankenhauses handelt. Eine entscheidende Weichenstellung der rechtlichen Beurteilung eines Abrechnungsbetruges ist die Differenzierung danach, ob es sich bei der Behandlung um einen Privatpatienten oder aber um einen Kassenpatienten handelt. Die Beziehung zum Kassenpatienten ist regelmäßig rechtlich dadurch komplex, dass dieser einerseits die unmittelbare Ansprechperson des Arztes ist, andererseits tatsächlich erfolgte Zahlung von dessen gesetzlicher Krankenkasse erfolgen. Diese Zahlung wiederum erfolgen in einem komplexen Verfahren an die Kassenärztliche Vereinigung, die ihrerseits aufgrund zusätzlicher Kriterien Zahlungen an die einzelnen Ärzte weiterleitet. Bei der Verschreibung von Arzneimitteln wird zur Erhöhung der Komplexität dieses Verhältnisses noch ein Apotheker eingeschaltet. Wer in diesem zum Teil unübersichtlichen Verhältnis Getäuschter sein kann, wer aufgrund der Täuschung eine Vermögensverfügung vorgenommen hat, die letztendlich zu einem Vermögensschaden geführt hat, ist im Einzelfall stets diskutabel, ebenso wie die Tatsache, ob der beschuldigte Arzt subjektiv diesen rechtlich zum Teil verworrenen Verlauf durchschaut und in seine „Absicht“ mit einbezogen hat.

Eine Typisierung der Problematik lässt sich aktuell daher weniger an den gesetzlichen Tatbeständen festmachen als vielmehr an den bislang ausgemachten Erscheinungsformen der ärztlichen Abrechnungen, denen der Geruch der strafrechtlichen Relevanz anhaftet.

- Täuschung

Der von der Rechtsprechung bejahte Täuschungsansatz im Zusammenhang mit Honorarabrechnungen ist vielfältig. Ausgangspunkt ist regelmäßig die vom Arzt mit der Abrechnung abgegebene Erklärung, wonach die von ihm abgerechneten Leistungen von ihm persönlich oder auf seine Anordnung und unter seiner Aufsicht und Verantwortung von nicht ärztlichen Hilfspersonen erbracht worden sind und die Abrechnung sachlich richtig und vollständig ist. Bei der vierteljährlichen Einreichung der Abrechnungsunterlagen wird seitens des Kassenarztes regelmäßig auch eine sogenannte Sammelerklärung unterschrieben, in der er die angeblich peinlich genaue Erfassung seiner Leistungen entsprechend den Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und

Krankenkassen sowie die sachlich rechnerische Richtigkeit der Abrechnung ausdrücklich versichert. Entsprechen die Angaben, auf die sich die Versicherung bezieht, nicht den Tatsachen, liegt regelmäßig der Verdacht der Täuschung nahe.

Unproblematisch ist die Annahme der Täuschung bei Anrechnung tatsächlich nicht erbrachter Leistungen. Setzt der Arzt also Gebührenziffern in die Abrechnung und dokumentiert er letztlich nur fingierte Leistungen, täuscht er damit. Gleiches gilt für Leistungen, die nicht delegierbar sind, die er aber selbst nicht erbracht hat, oder für die normale Delegation an ärztliches Hilfspersonal ebenso wie für die Delegation von Chefarztleistungen an Assistenzärzte.

Problematisch ist die Abgrenzung bei Sachverhalten, in denen die durch den Arzt vorgenommene Interpretation diskussionswürdig ist. Bei der Liquidierung nach GOÄ und bei der Angabe bestimmter Leistungsziffern werden vom Arzt häufig nicht bestimmte Tatsachen behauptet, er erklärt vielmehr häufig mittelbar, dass er der Ansicht sei, durch seine Tätigkeit die Vorgaben der jeweiligen Leistungsziffern ausgefüllt zu haben. Die mit der Abrechnung vorliegende Behauptung, dass ein Honoraranspruch besteht, kann hiernach grundsätzlich keine Tatsache darstellen, sondern bezieht sich lediglich auf die Ansicht des Bestehens eines Rechtsverhältnisses. Liegt somit der Angabe des Arztes zwar eine tatsächliche Handlung zugrunde und wird lediglich die Möglichkeit in Betracht gezogen, dass diese die Voraussetzungen einer bestimmten Abrechnungsziffer tatsächlich nicht erfüllt, kann es daher häufig an der Voraussetzung einer betrügerischen Tatsachenbehauptung mangeln (Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 3. Aufl. Rndnr. 14/43). Vertretbare Auslegungsspielräume im Rahmen der Abrechnungen sind daher strafrechtlich nicht betrugsrelevant.

Dieser Ermessensbereich des abrechnenden Arztes wird regelmäßig verlassen, wenn er beispielsweise Abrechnungen als eigene darstellt, obwohl sie von einem insoweit nicht zugelassenen Kollegen tatsächlich erbracht worden sind oder wenn eine einheitliche Leistung zur Erhöhung des Gebührenaufkommens auf mehrere Tage oder mehrere Patienten „verteilt“ wird.

Auch die Ignorierung tatsächlich erhaltener Rabatte seitens der Hersteller und Lieferfirmen soll prinzipiell eine Täuschung darstellen, da die Kassenärzte regelmäßig verpflichtet sind, derartige Vorteile weiterzugeben. Andererseits existiert für den Vertragsarzt aber keine Verpflichtung, in Zweifelfällen von sich aus auf die Kassenärztliche Vereinigung oder gar die Krankenkasse zuzugehen. Eine Täuschung durch Unterlassen gegenüber den Krankenkassen entfällt regelmäßig, da insoweit dem Arzt keine Garantstellung zukommt (Ulsenheimer, Rndnr.: 14/2)).

Durch den Arzt erstellte fingierte Rezepte, die von dem Patienten tatsächlich nicht benötigte Leistungen bescheinigen, erfüllt regelmäßig ebenfalls die Voraussetzungen der Täuschung (BGH *Strafverteidiger* 2004, 422 ff).

- Irrtum

Ein Privatpatient erhält die zu kritisierende Abrechnung durch den Arzt unmittelbar. Bei der Bejahung eines Irrtums ist daher maßgeblich auf dessen Vorstellung abzustellen. Bei einem Kassenpatienten ist Empfänger der ärztlichen Erklärung die Kassenärztliche Vereinigung. Derjenige Prüfer im Rahmen der KV unterliegt regelmäßig dann einem Irrtum, wenn er entgegen den Tatsachen von der Gewissheit der behaupteten Tatsache ausgeht, ja sogar, wenn er eine Unrichtigkeit der in der Erklärung enthaltenen Behauptungen des Arztes für wahrscheinlich hält (BGH wistra 1992, 1997). Leichtgläubigkeit des Getäuschten soll für den Irrtum ohne Belang sein (BGH NSTZ 2003, 313).

Problematisch erscheint die Irrtumserregung eines Krankenhauspatienten, der entgegen seiner ursprünglichen Erwartung nicht vom Chefarzt persönlich behandelt wird, der allerdings in der abschließenden Abrechnung mit einer entsprechenden Leistung konfrontiert wird. Hat er vertraglich – was die Regel ist – einer Vertretungsregel zugestimmt, entfällt ein täuschungsbedingter Raum.

- Vermögensverfügung und Vermögensschaden

Während beim Privatpatienten die Personenidentität weitgehend gewahrt ist, wirken sich im Kassenarztrecht die unterschiedlichen Beteiligungen unter Umständen auf die Bejahung eines Tatbestandes aus.

Die letztendlich erfolgte Zahlung einer Krankenkasse aufgrund unberechtigter Abrechnungen dürfte regelmäßig nicht tatbestandserheblich sein. Die pauschalierte Gesamtvergütung führt dazu, dass individuelle Falschabrechnungen den Gesamtbetrag nicht erhöhen, der von den Krankenkassen zur Verfügung gestellt wird. Die hierauf erfolgenden Schritte der Kassenärztlichen Vereinigung können allerdings vermögensrelevant sein, da aufgrund dieser Gesamtvergütung eine Abrechnung gegenüber sämtlichen Vertragsärzten erfolgt. Diese erleiden einen Vermögensschaden, wenn ihnen letztlich geringere Honorar beträge ausgezahlt werden, als sie im Fall einer korrekten Abrechnung des täuschenden Arztes erhalten hätten. Auch wenn bereits zu einem früheren Zeitpunkt von einer tatbestandlichen Vermögensgefährdung gesprochen werden kann, erfolgt somit die Realisierung des strafrechtlichen Schadens erst mit der von der KV vorgenommenen abschließenden individuellen Punktwertermittlungen, der Berechnung der ärztlichen Honorarhöhe sämtlicher Vertragsärzte sowie der Bekanntgabe und Übersendung der Honorarbescheide und hierauf basierend der Überweisung der sich hieraus ergebenden Geldbeträge.

Liegen den Abrechnungen des täuschenden Arztes keine reellen Leistungen zugrunde, ist der Schaden offensichtlich. Häufig wird sich jedoch eine wirtschaftlich messbare Vermögensminderung nicht feststellen lassen, da trotz bestimmter Täuschungsinhalte tatsächlich die entsprechenden geldwerten Leistungen erbracht worden sind. Ob in einem solchen Fall ein Schaden im Sinne des § 263 StGB entfallen kann, ist umstritten. Die Rechtsprechung weitet hier häufig den Strafbarkeitsbereich mit der Behauptung sehr weit aus, dass im Sozialversicherungsrecht lediglich eine „streng formale Betrachtung“ vorliegt.

tungsweise“ herrsche. Leistungen sollen hiernach insgesamt nicht erstattungsfähig sein, wenn diese auch nur im Teilbereichen den entsprechenden Anforderungen der in Bezug genommenen Ziffern nicht entsprechen. Kompensationen mit Ersparnissen, die die Krankenkassen durch Nichtbegleichung tatsächlich erbrachter Teilleistungen erhalten haben, sollen hiernach nicht möglich sein. Von der Literatur wird kritisiert, dass unzulässigerweise die Rechtsprechung von dem grundsätzlichen wirtschaftlichen Vermögensbegriff des Strafrechts abgewichen ist und damit im Ergebnis häufig ärztliche Verstöße bei der Abrechnung als solche sanktioniert, ohne auf den eigentlichen Schutzzweck des § 263 StGB Rücksicht zu nehmen.

Von der Rechtsprechung bislang nicht erörtert, sind die Auswirkungen des sogenannten Praxisbudgets auf die Feststellung eines Vermögensschadens. Hat der Arzt im laufenden Quartal sein Praxisbudget bereits überschritten und überschreitet der von ihm geltend gemachte überhöhte Betrag diese Summe nicht, lässt sich die vermögensrechtliche Neutralität des gesamten Vorgangs vertreten. Leistungen werden hier dem Arzt überhaupt nicht vergütet, so dass deren strafrechtliche Relevanz negiert werden kann.

Regelmäßig dürfte auch kein Schaden eines Privatpatienten vorliegen, der nicht – wie erwartet – vom Chefarzt behandelt wurde, sondern in vertraglich zulässigerweise vom Assistenzarzt. Ist die Qualität der ärztlichen Leistungen nicht zu beanstanden, kann ein Vermögensschaden nicht bejaht werden.

- Subjektive Voraussetzungen

Sowohl die subjektive Kenntnis hinsichtlich aller Umstände der Vermögensverschiebungen einerseits als auch die besondere Bereicherungsabsicht des Arztes ist in vielen Fällen problematisch. Mangelhafte subjektive Durchdringung eines komplexen Geschehens kann hier häufig zur Bejahung eines Tatbestandsirrtums führen.

6. Untreue des Vertragsarztes (§ 266 StGB)

Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit kann sich für den Kassenarzt dadurch ergeben, dass er im Rahmen der Behandlung Entscheidungen trifft, die sich vermögensmindernd bei der gesetzlichen Krankenkasse auswirken. Der Vertragsarzt wird als mit öffentlich-rechtlicher Rechtsmacht Beliehener angesehen, der verpflichtet ist, den materiellen und formellen Rahmen der Kassenärztlichen Versorgung einzuhalten. Zu diesen Vorschriften zählt insbesondere § 12 Abs. 1 SGB V, der die Verschreibung von ärztlichen Mitteln verbietet, sofern diese nicht notwendig, nicht ausreichend oder unzweckmäßig sind. Auch wenn zwischen dem Vertragsarzt und der Krankenkasse normalerweise keine unmittelbaren rechtlichen Beziehungen bestehen, kann dieser Hintergrund zu einer Bejahung der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB führen.

Auch wenn die Kassenärztliche Vereinigung normalerweise nur eine Zahlungs- und Verrechnungsstelle ist, bestehen aufgrund der gesetzlichen Vorschriften Betreuungsverpflichtungen des Vertragsarztes gegenüber der kostentragenden Krankenkasse. Er hat durch die Möglichkeit, mit unmittelbarer Wirkung für das Vermögen der Krankenkasse Rezepte zu verschreiben, eine hervorgehobene Pflichtenstellung mit einem selbstverantwortlichen Entscheidungsbereich – eine Kompetenz, die die Voraussetzungen des § 266 StGB erfüllt.

Verschreibt der Kassenarzt Medikamente, deren Verordnung eindeutig unter keinem medizinischen Gesichtspunkt gerechtfertigt ist, kann er den Untreuetatbestand erfüllen (BGH Strafverteidiger 2004, 422 ff). Allerdings können diese Erwägungen nicht ausgeweitet werden auf Entscheidungen des Arztes, die lediglich sachlich umstritten sind. Medizinisch indizierte Verordnungen, die allenfalls unter dem Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkt diskutabel sind, berühren den strafrechtlich relevanten Bereich der Vermögensbetreuungspflicht nicht (Taschke, Strafverteidiger 2005 S. 408).

7. Bestechungstatbestände

- **Vorteilsannahme (§ 331 StGB)**
- **Bestechlichkeit (§ 332 StGB)**
- **Angestelltenbestechung (§ 299 StGB)**

Bestechungstatbestände im Zusammenhang mit Tätigkeiten von Ärzten werden regelmäßig dann diskutiert, wenn insbesondere von der Pharmaindustrie oder anderen Lieferanten von Arznei- oder Heilmitteln Ärzten Vorteile zuteil werden. Da zumindest in der Vergangenheit von Kongressen über Reisen bis hin zu Werbegeschenken derartige Verhaltensweisen der Üblichkeit entsprachen, hat spätestens seit der Veränderung der Bestechungstatbestände im Jahre 1997 Verunsicherungen eingesetzt. Der sogenannte Herzklappenskandal hat zu zahlreichen Verfahren und Verurteilungen, aber gleichzeitig zu Fragen der korrekten Abgrenzung der Strafbarkeitsbereichs geführt.

- Amtsträger

Voraussetzung für die Strafbarkeit gem. Vorteilsannahme und Bestechlichkeit ist die Amtsträgereigenschaft des Arztes. Hiernach ist nicht nur der Arzt im Beamtenstatus tauglicher Täter (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 a StGB), sondern alle angestellten Ärzte im öffentlichen Bereich. Auch wenn der öffentliche Bereich sich einer Trägerschaft in privatrechtlicher Form bedient, wird grundsätzlich eine Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge wahrgenommen, so dass letztlich Täter alle angestellten Ärzte in Universitätskliniken, Kreis-, Bezirks- oder städtische Krankenhäuser sind. Demgegenüber fallen niedergelassene Ärzte oder Belegärzte als Freiberufler nicht in den Tatbestandsbereich.

Nach herrschender Meinung sollen kirchlich geführte Krankenhäuser grundsätzlich nicht dem Bereich der Bestechungsdelikte unterfallen, ebenso wenig Häuser, die von gemeinnützigen Organisationen geführt werden. Nur Aufgaben, die ihrer Natur nach typischer Weise staatlichen Behörden vorbehalten sind (s. hierzu BGH NJW 2001, 2104), fallen in den Schutzzweck der Normen. Dieser besteht darin, dass letztendlich die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes bewahrt werden soll. Der Bürger soll Vertrauen darin haben, dass die mit öffentlichen Aufgaben betrauten Amtsträger nicht käuflich sind, sondern sich ausschließlich bei ihren Entscheidungen an sachlichen Gesichtspunkten orientieren.

- Dienstausübung

Strafbar sind Verhaltensweisen des Amtsträgers, die im Zusammenhang mit einer Dienstausübung erfolgen. Dieser Begriff wird weit ausgelegt und umfasst alle Handlungen, die nicht völlig außerhalb des Aufgabenbereichs des Amtsträgers liegen. Die schlichte Materialauswahl bei mehreren angebotenen Medizinprodukten fällt schon für einen Krankenhausarzt hierunter (BGH NSTZ-RR 2003, 171). Ansatzpunkt der Delikte ist damit grundsätzlich kein pflichtwidriges Verhalten, sondern das übliche erlaubte und zulässige Verhalten des Amtsträgers im Rahmen seiner öffentlichen Aufgaben.

- Vorteile

Die Strafbarkeit nach § 331 StGB setzt voraus, dass ein Vorteil für den Amtsträger in Rede steht. Hierunter ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert (BGHSt 47, 295, 304).

Wirtschaftliche Vorteile reichen ebenso wie immaterielle Verbesserungen der Lage. Diese Besserstellung muss sich nicht auf den Amtsträger selbst beziehen, sondern kann sich in seinem Sinne auch auf einen Dritten auswirken. Selbst von einem Klinikarzt mit einem Pharmaunternehmen vereinbarte Vorteile, die sich letztendlich ausschließlich für Patienten oder Mitarbeiter günstig auswirken, können einen Vorteil i.S.d. Vorschrift sein. Die Bejahung des Vorteils ist auch nicht ausgeschlossen, weil die Vorteilsgewährung das vertraglich vereinbarte Entgelt für eine Leistung des Amtsträgers darstellt; hier kann je nach Fallgestaltung bereits der Abschluss des Vertrages selbst als Vorteil gewertet werden (BGHSt 31, 208).

Aus Gründen der Sozialadäquanz sind geringwertige Höflichkeitsgeschenke kein strafbewehrter Vorteil. Die Praxis zieht die Grenze aktuell wertmäßig bei ca. 25,00 Euro.

- Unrechtsvereinbarung

Auch wenn die Änderung des Tatbestandes sprachlich den Kern der Strafbarkeit des § 331 verschüttet hat, hängt die Strafbarkeit vom Vorliegen einer sogenannten Unrechtsvereinbarung ab. Hierin wird das grundsätzliche Verhältnis zwischen dem Gebenden und Nehmenden in strafrechtlich relevanter Hinsicht charakterisiert. Im Ergebnis muss durch dieses Verhältnis der Eindruck erweckt werden, dass durch die Art der Zuwendung im Rahmen der Geschäftsbeziehung letztlich eine Abhängigkeit des Nehmenden gegeben ist.

Der Arzt als Amtsträger macht sich dann strafbar, wenn er etwas Dienstliches nicht aus dienstlichen Gründen, sondern primär im Hinblick auf den Sponsor tut. Vorteilsgewährungen aus Gründen der „Klimaverbesserung“ oder der sogenannten „Pflege der Krankenhauslandschaft“ geraten damit zwar eher in den Strafbarkeitsbereich, sind jedoch nicht per se als Unrechtsvereinbarungen zu werten. Die positiv festzustellende Abhängigkeit des Nehmers hängt von zahlreichen Faktoren ab, die im Einzelfall ein solches Verhältnis bestimmen können. Dies beginnt mit der Höhe der Zuwendungen, der Länge und Intensität der Geschäftsbeziehungen sowie der offen erkennbaren Motivation und Zielrichtung des Gebers. Voraussetzung der Vorteilsannahme ist zwar nicht – wie bei der Bestechlichkeit – ein unrechtes Handeln des Arztes. Auch sein grundsätzlich rechtmäßiges Handeln ist dann zu kritisieren, wenn seine dienstliche Tätigkeit letztlich im Hinblick auf die Vorteile ein Nähe- und Abhängigkeitsverhältnis signalisiert.

Ausdrückliche Ausnahmen trotz Vorliegens aller Tatbestandsvoraussetzungen hat die Rechtsprechung für die Akquisition von sogenannten Drittmitteln im Rahmen von Hoch-

schulforschungen gemacht (BGH NSTZ 2003, 148 ff). Insbesondere bei Einhalten der formellen Voraussetzungen des Hochschulrechts (Anzeigen und Genehmigungen) verneint die Rechtsprechung eine Unrechtsvereinbarung, da angesichts der Üblichkeiten in diesem Bereich des Forschungssponsorings Mutmaßungen über einen unlauteren Zusammenhang per se unberechtigt seien.

Nach wie vor in einer nicht geklärten Grauzone ist in diesem Zusammenhang allerdings eine durchaus angemessene Zahlung, die sich auf – unter Umständen genehmigungsfreie - Nebentätigkeiten, Gutachter- und Vortragshonorare ärztlicher Amtsträger bezieht.

Die Bestechlichkeit (§332 StGB) ist charakterisiert durch die besondere Qualität der dienstlichen Handlung. Hierbei muss es sich entweder um eine pflichtwidrige Diensthandlung handeln oder aber um eine nicht sachgerechte, sondern gerade durch den Vorteil beeinflusste Ermessensausübung. Die Abgrenzung hinsichtlich der letzteren Variante ist in der Praxis regelmäßig schwierig, da der Ermessensbereich zum einen sehr weit sein kann, zum anderen die von § 332 StGB vorausgesetzte Motivation nur schwer nachweisbar ist. Dass beispielsweise ein über die Anschaffung bestimmter Geräte oder bestimmte Medikamente zu entscheidende Arzt sich gerade für ein bestimmtes Produkt entschieden hat, von dessen Herstellerfirma er Vorteile erlangt hatte, lässt sich stets dann nicht als ermessenswidrige Bevorzugung bewerten, wenn es nachvollziehbarer Weise rein sachliche Erwägungen gegeben hat, um diesem Einkauf den Vorzug zu geben (BGHSt 15, 239 ff).

Noch weiter ist der Strafbarkeitsbereich im Hinblick darauf, dass sich möglicherweise von Seiten des Amtsträgers ein Sichtbereitzugehen zur Ermessensausübung ausreicht. Die schlichte Annahme des Vorteils soll als Indiz zur Tatbestandserfüllung hier aber nicht ausreichen (BGH NSTZ 2003, 159). Auch die Entgegennahme von Beträgen eines Pharma-herstellers für Betriebs- und Weihnachtsfeiern und die Übernahme von Kosten für Kongressreisen ist für sich allein kein ausreichendes Indiz; anders kann dies allerdings bei Vorteilen aussehen, bei denen der dienstliche Bezug nicht mehr gegeben ist („Schmiergelder“). Auch üppige Essenseinladungen sind kein Indiz dafür, dass sich ein Arzt schlüssig zu Pflichtwidrigkeiten bereit erklärt; erfolgt jedoch am Tage nach der Einladung unmittelbar eine umfangreiche Bestellung beim Einladenden, kann die Unrechtsvereinbarung ausreichend deutlich geworden sein (BGH MedR 2000, 193).

- Genehmigungen (§ 331 Abs. 3 StGB)

Vom Dienstherrn eingeholte Genehmigungen für das Verhalten des Arztes stellen regelmäßig Rechtsfertigungsgründe dar. Sind dem Dienstherrn sämtliche Umstände des Gebens und Nehmens bekannt und billigt er diese, entfällt eine Strafbarkeit des Arztes.

Ein „Fordern“ kann allerdings regelmäßig nicht genehmigt werden.

Darüber hinaus ist die Einhaltung der besonderen formellen Zuständigkeit zu beachten. Die Genehmigung muss sich darüber hinaus exakt auf das fragliche Geschäft beziehen. Allgemeine Genehmigungen, die lediglich im Zusammenhang mit der Diensttätigkeit

stehen, wie beispielsweise Urlaubs- oder Nebentätigkeitsgenehmigungen, thematisieren die Rechtfertigung der Vereinbarung in toto gerade nicht und taugen daher nicht als Tatbestandsausschluss.

- Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 1 StGB)

Dieser Tatbestand erfasst alle Ärzte, denen nicht die Eigenschaft als Amtsträger zukommt, die aber dennoch Angestellte in einem Krankenhaus sind. Ausdrücklich nicht erfasst werden Praxisinhaber selbst, d.h. die frei praktizierenden und selbständigen Vertragsärzte.

Der Schutzzweck des § 299 StGB divergiert grundsätzlich von dem der Bestechungsdelikte. Der freie und redliche Wettbewerb sollte durch diese Vorschrift geschützt werden. Angestellte sollten völlig unabhängig von jeglicher Schmiergeldzahlung Entscheidungen im Rahmen ihrer Unternehmen treffen. Allein die Tatsache des Geldflusses in diesem Zusammenhang begründet bereits die Strafbarkeit. Der Eintritt eines schädlichen Erfolges für das Unternehmen selbst wird vom Tatbestand nicht gefordert.

Bei diesem Delikt handelt es sich um ein Antragsdelikt. Der fehlende Antrag kann allerdings durch die Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses durch die Staatsanwaltschaft ersetzt werden.

- Verhaltenskodex Arzt/Industrie (s. hierzu Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 3.Aufl. 2003)

Als Orientierungshilfe sind von den Ärzte- und Pharmaverbänden Grundprinzipien festgelegt worden, deren strikte Beachtung die nach wie vor bestehenden Unsicherheitszonen minimieren:

- **Trennungsprinzip**

Umsatzgeschäfte und konkrete Zuwendungen müssen in jeder Hinsicht entkoppelt sein.

- **Transparenzprinzip**

Alle Kontakte zwischen Pharmafirmen und Krankenhausmitarbeitern müssen offen gelegt und genehmigt werden.

- **Dokumentationsprinzip**

Absprachen sind schriftlich und vollständig niederzulegen.

- **Bargeldlosigkeitsprinzip**

Zuwendungen sollen nur in Form von Überweisungen oder Schecks erfolgen.

- **Prinzip der Kontendistanz**

Begünstigte Ärzte dürfen keine Verfügungsmacht über diejenigen Konten haben, auf die Zuwendungen der Industrie fließen; das gilt auch für Fördervereine.

- **Das Prinzip der Fremdnützigkeit**

Der Zweck der Zuwendungen muss eindeutig im Klinikbereich bestehen; reine Privatinteressen müssen absolut ausgeschaltet sein.

- **Prinzip der Verhältnismäßigkeit**

Leistungen und Gegenleistungen müssen stets in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.

8. Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht (§ 203 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 204 StGB)

Die ärztliche Schweigepflicht stellt einen tragenden Pfeiler der Arzt/Patientenbeziehung dar. Das Recht des Patienten, dass die von ihm dem Arzt mitgeteilten intimen Tatsachen von diesem gewahrt werden, wurzelt letztlich in der grundgesetzlich geschützten Menschenwürde. Wer sich in ärztliche Behandlung begibt, muss und darf erwarten, dass alles was der Arzt im Rahmen seiner Berufsausübung über seine gesundheitliche Verfassung erfährt, geheim bleibt und nicht zur Kenntnis Unberufener gelangt. Nur so kann zwischen Patient und Arzt jenes Vertrauen entstehen, das zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Wirkens zählt, weil es die Chancen der Heilung vergrößert und damit der Aufrechterhaltung einer leistungsfähigen Gesundheitsfürsorge im allgemeinen dient (BVerfG NJW 1972, 1123 f).

Dieser Geheimnisbereich zwischen Arzt und Patienten ist in der Rechtsordnung vielfach geschützt. Insbesondere sind im Strafverfahren ärztliche Unterlagen beschlagnahmefrei, der Arzt selbst hat als Zeuge ein Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 53 StPO.

Die Pflicht zur Verschwiegenheit ist im Strafrecht mit Sanktionen bewehrt. Mit der Verletzung der Schweigepflicht riskiert der Arzt damit die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens.

- Der tatbestandsmäßige Umfang des geschützten Geheimnisbereichs

Der Geheimnisbereich umfasst alle Tatsachen, die dem Arzt im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit bezüglich seines Patienten zur Kenntnis gebracht worden sind. Insbesondere geht es um Ergebnisse von Untersuchungen, der Art einer Krankheit und ergriffenen Therapiemaßnahmen. Aber auch im Patientengespräch erlangte Kenntnisse anderer privater Umstände unterfallen diesem Bereich. Nicht nur Informationen, die der Arzt typischer Weise aufgrund des ihm durch das Sonderverhältnis entgegen gebrachten Vertrauens erhält, sind schutzwürdig, vielmehr wird der Begriff sehr weit ausgelegt (BGHSt 38, 369, 370). Ausgenommen sind lediglich offenkundige Tatsachen. Auch die Informationen, die der Arzt im Rahmen seiner Aufgabe als Sachverständiger erlangt, unterliegen der Verschwiegenheitspflicht. Ausnahmen bestehen lediglich insoweit, als der Arzt im Rahmen gesetzlicher Zwangsbefugnisse agiert (§§ 81 ff, 126 a StPO).

Geschützt sind auch diejenigen Informationen, die der minderjährige Patient dem Arzt anvertraut. Abhängig vom Alter des Kindes und der Art der Erkrankung kann im Einzelfall das Recht der Eltern auf Information überwiegen. Grundsätzlich gilt die Schweigepflicht auch noch nach dem Tod des Patienten.

- Rechtfertigung der Offenbarung von Geheimnissen

Berechtigt ist der Arzt zur Weitergabe von Informationen, wenn er hierzu vom Patienten ausdrücklich ermächtigt worden ist. Eine solche Entbindung von der Schweigepflicht ist

häufig im Interesse des Patienten selbst, wenn ein nachbehandelnder Arzt auf die Informationen eines anderen Arztes angewiesen ist. Ohne eine solche Entbindung darf allerdings auch in diesen Fällen keine Information erfolgen. Anderes gilt möglicherweise dann, wenn im Rahmen einer Krankenhauseinweisung der Patient wie selbstverständlich von der Information eines Mitarbeiterstabes ausgehen muss.

Der Kranken- oder Überweisungsschein sowie die Einweisung in ein Krankenhaus stellen regelmäßig das Einverständnis des Patienten damit dar, dass notwendige Informationen zur Feststellung der Leistungspflicht an die Krankenkasse weitergeleitet werden können (§ 60 SGB I).

Ohne Einwilligung des Patienten dürfen demgegenüber seine Daten auch nicht an privatärztliche oder gewerbliche Verrechnungsstellen weitergegeben werden (BGH NJW 1991, 2957). Eine mutmaßliche Einwilligung kann nach entsprechend sorgfältiger Abwägung der Arzt im Falle der Bewusstlosigkeit oder gar des Todes des Patienten unter Umständen unterstellen.

Gerechtfertigt ist die Offenbarung entsprechender Tatsachen auch im Rahmen der Wahrnehmung berechtigter eigener Interessen des Arztes, beispielsweise bei der gerichtlichen Geltendmachung von ausstehenden Honorarforderungen.

Auf einen rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB kann sich der Arzt nur in Ausnahmefällen berufen. Bedrohte andere Rechtsgüter müssen in diesen Fällen allerdings das Rechtsgut der ärztlichen Schweigepflicht wesentlich überwiegen. Dies wird bei Vermeidung einer schweren Straftat bejaht erscheint aber fraglich, wenn der Arzt ohne Genehmigung Informationen über seinen an Aids erkrankten Patienten an dessen Ehefrau weitergibt. Ein Informationsrecht – und sogar eine entsprechende Pflicht – hat der Arzt dann, wenn er gegenüber der informierten Person eine Garantenstellung hat.

- Antragsdelikt (§ 205 Abs. 1 StGB)

Die Verletzung der Geheimhaltungspflicht wird nur auf Antrag verfolgt. Da andererseits § 203 StGB kein Privatklagedelikt ist, kann die Staatsanwaltschaft den Anzeigenerstatter nicht auf den Privatklageweg verweisen. Liegt sowohl ein Antrag als auch ein Anfangsverdacht vor, ist die Staatsanwaltschaft daher gehalten, Ermittlungen einzuleiten und durchzuführen.