

Arbeitskreis Medizin- und Arztstrafrecht

Ansprechpartner:

Dr. Michael Tsambikakis

Telefon: 0221/912645-0

Telefax: 0221/912645-45

E-Mail: medizinstrafrecht@wistev.de

Newsletter Medizin- und Arztstrafrecht

22.10.2010

NR. 2/2010

Die zweite Ausgabe des Newsletters Medizinstrafrecht liegt vor – und sie hat an Umfang zugelegt.

Im Rechtsprechungsteil finden sie die vollständigen Entscheidungsgründe der wegweisenden Urteile des BGH zur Präimplantationsdiagnostik (5. Strafsenat) und zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe (2. Strafsenat). Beide Entscheidungen sind für die amtliche Sammlung vorgesehen und Anmerkungen hierzu können gerne im nächsten Newsletter veröffentlicht werden.

Der Schwerpunkt im letzten Heft lag rund um den Beschluss des OLG Braunschweig vom 23.2.2010 (Ws 17/10) zur Strafbarkeit des Vertragsarztes nach § 299 StGB. In der Folge wurde bekannt, dass die Staatsanwaltschaft Verden gegen rund 50 Ärzte und einen Pharmagroßhändler u.a. wegen des Verdachts der Bestechlichkeit bzw. Bestechung im geschäftlichen Verkehr ermittelt. Der Beschluss des OLG Braunschweig sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Zeichen der Zeit schon vorher darauf hindeuteten, dass der Vertragsarzt von einigen Staatsanwaltschaften als tauglicher Täter des § 299 StGB angesehen werden würde. Ein wichtiges Dokument in diesem Zusammenhang stammt aus der Feder von *Krick*, Oberstaatsanwalt bei der Generalstaatsanwaltschaft Koblenz und seit dem 1.1.2009 u.a. zuständig für Ärzteverfahren nach besonderer Anweisung des Behördenleiters. Er hat sich (anders als das OLG Braunschweig) dezidiert mit den in Rede stehenden Rechtsfragen auseinandergesetzt und gelangt zu dem Ergebnis einer möglichen Strafbarkeit des Vertragsarztes. M.E. ist dieser Beitrag der aktuelle Maßstab, an dem sich Gegenauffassungen messen lassen müssen.

Anschließend erörtert *Dann* die Empfehlungen der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF) zur Korruptionsprävention. Eine Rezension des Fachanwaltskommentars Medizinrecht (Hrsg. *Prütting*) von *Brockhaus* rundet den Newsletter ab.

Für die positiven Rückmeldungen zum Newsletter Medizinstrafrecht bedanken wir uns – Anregungen, Kritik und Beiträge sind jederzeit herzlich willkommen.

RA Dr. Michael Tsambikakis,
Fachanwalt für Strafrecht, Fachanwalt für Medizinrecht, Köln

für den Arbeitskreis Medizin- und Arztstrafrecht der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V.

WisteV Inhalt

Entscheidungen

BGH, 5. Strafsenat, Urteil vom 6. Juli 2010 – 5 StR 386/09 >Präimplantationsdiagnostik<	18
BGH, 2. Strafsenat, Urteil vom 25. Juni 2010 – 2 StR 454/09 >Sterbehilfe<	26

Aufsätze und Anmerkungen

OStA Carsten Krick Die Strafbarkeit von Korruptionsdelikten bei niedergelassenen Vertragsärzten	36
Dr. Matthias Dann, LL.M. A W M F - Empfehlungen zum Umgang mit Interessenkonflikten	56

Rezensionen

Dr. Matthias Brockhaus Prütting: Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2010 – eine Anmerkung aus medizinstrafrechtlicher Sicht	57
---	----

Für den Newsletter können Sie Ihre Emailadresse unter medizinstrafrecht@wistev.de registrieren. Hierfür genügt eine kurze Email mit Angabe der Mailadresse, an die der Newsletter gesendet werden soll.

Der Bezug des Newsletters ist kostenfrei. Die Newsletter sind nach Erscheinen unter www.wistev.de abrufbar.

Bundesgerichtshof

5. Strafsenat, Urteil vom 6. Juli 2010 – 5 StR 386/09

Die nach extrakorporaler Befruchtung beabsichtigte Präimplantationsdiagnostik mittels Blastozystenbiopsie und anschließender Untersuchung der entnommenen pluripotenten Trophoblastzellen auf schwere genetische Schäden hin begründet keine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG. Deren Durchführung ist keine nach § 2 Abs. 1 ESchG strafbare Verwendung menschlicher Embryonen.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat für Recht erkannt:

Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 14. Mai 2009 wird verworfen.

Die Staatskasse hat die Kosten des Rechtsmittels und die hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen des Angeklagten zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf der missbräuchlichen Anwendung von Fortpflanzungstechniken nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG und der missbräuchlichen Verwendung menschlicher Embryonen nach § 2 Abs. 1 ESchG in drei Fällen freigesprochen. In ihrer hiergegen gerichteten Revision rügt die Staatsanwaltschaft die Verletzung materiellen Rechts. Das vom Generalbundesanwalt nicht vertretene Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

I. Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen getroffen:

1. Der Angeklagte ist als Frauenarzt mit dem Schwerpunkt Kinderwunschbehandlung in Berlin tätig. Im Jahr 2005 wandte sich das Ehepaar T. und F. mit dem Wunsch an ihn, eine extrakorporale Befruchtung durchzuführen. Bei einem der Ehepartner lag eine Translokation (Vertauschung einzelner Erbinformationen auf den Chromosomenarmen) vor. Daraus resultierte 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. Im Hinblick auf die Gefahrenlage und dem Wunsch seiner Patienten entsprechend wollte der Angeklagte eine Präimplantationsdiagnostik (im Folgenden: PID) durchführen. Am Tag 5 nach der Befruchtung sollte eine Blastozystenbiopsie (sachgleich: „Trophoblastbiopsie“) erfolgen, bei der dem Blastozysten (Embryo im Stadium einige Tage nach der Befruchtung) pluripotente, d.h. nicht zu einem lebensfähigen Organismus entwicklungsfähige Trophoblastzellen entnommen werden. Die entnommenen Zellen sollten anschließend mittels Fluoreszenz in situ Hybridisierung (FISH) auf Chromosomenaberrationen hin untersucht werden. Die Untersuchung dient dem Zweck, nur Embryonen ohne genetische Anomalien übertragen zu können.

Der Angeklagte hatte Bedenken, ob er sich mit der Durchführung der PID strafbar machen würde. Er holte deshalb bei „einer auf das Embryonenschutzgesetz und seine Auslegung spezialisierten Hochschullehrerin“ (UA S. 8) ein Rechtsgutachten ein. In ihrem Gutachten vom 25. August 2005 gelangte diese zu dem Ergebnis, dass jedenfalls die §§ 2 und 6 ESchG nicht verletzt seien, wies den Angeklagten darauf hin, dass die Strafrechtsslage noch nicht geklärt sei, und riet ihm zur Selbstanzeige.

Das Schreiben verstand der rechtsunkundige Angeklagte so, dass ein Strafbarkeitsrisiko nicht bestehe. Er führte das vorgenannte Verfahren im Dezember 2005 an drei Embryonen (Blastozysten) durch. Die Untersuchung ergab eine Trisomie 16 an der Zelle eines der Embryonen sowie eine Monosomie 13 an der Zelle eines anderen Embryos. Ein Embryo wies keinen Befund auf. Nach Unterrichtung über die Ergebnisse entschied die Patientin, dass nur der Embryo mit negativem Befund in ihre Gebärmutter überführt werden dürfe. In Übereinstimmung damit verfuhr der Angeklagte.

2. Entsprechend dem Rat der Hochschullehrerin erstattete der Angeklagte am 2. Januar 2006 bei der Staatsanwaltschaft Berlin Selbstanzeige. Er wollte eine Bestätigung dafür erhalten, dass die Auffassung von der Straflosigkeit seines Tuns zutreffe. Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren am 22. Januar 2006 wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums des Angeklagten nach § 170 Abs. 2 StPO ein. Ferner wies sie darauf hin, dass sie nicht abschließend zu beurteilen vermöge, ob die Durchführung der PID Strafvorschriften des Embryonenschutzgesetzes verletze. Es sei nicht ihre Aufgabe, abstrakte Aussagen zur Rechtmäßigkeit bestimmter Verhaltensweisen zu treffen.

Nach Erhalt der Einstellungsnachricht bat der Angeklagte die Hochschullehrerin und seinen Verteidiger um Erläuterung, wie die Ausführungen der Staatsanwaltschaft zu verstehen seien und welche Bedeutung ihnen für weitere Behandlungen zukomme. Mit Schreiben vom 7. bzw. 9. März 2006 teilten ihm der Verteidiger und die Hochschullehrerin unabhängig voneinander mit, dass er nach dem Schreiben der Staatsanwaltschaft einschlägige Behandlungen ohne strafrechtliches Risiko weiter vornehmen könne.

3. Im April 2006 nahm der Angeklagte an extrakorporal befruchteten Eizellen seiner Patientin S. die PID nach dem unter Ziff. 1 näher bezeichneten Verfahren vor. Grund war eine bei ihr festgestellte Translokation der Chromosomen 11/22, die eine erhöhte Wahrscheinlichkeit von Fehlgeburten bzw. der Geburt von Kindern mit genetisch bedingten Erkrankungen mit sich brachte. Die Patientin hatte bereits eine wegen einer chromosomalen Translokation schwerstbehinderte Tochter. Eine weitere Schwangerschaft war wegen einer nicht regelrechten Chromosomenanzahl bei dem Embryo abgebrochen worden. Die Untersuchung ergab eine partielle Trisomie 22 an einem von zwei untersuchten Embryonen. Eingesetzt wurde auf Weisung der Patientin nur der Embryo mit negativem Befund.

4. Im Mai 2006 führte der Angeklagte die PID an extrakorporal befruchteten Eizellen seiner Patientin W. durch. Grund war eine bei ihr festgestellte Translokation der Chromosomen 2/22. Die Patientin hatte bereits zwei Fehlgeburten erlitten und einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen. Bei der Untersuchung wurde festgestellt, dass einer von drei untersuchten Embryonen eine Monosomie 22 aufwies, wohingegen die beiden anderen genetisch unauffällig waren. Auf deren Weisung wurden der Patientin nur die beiden unauffälligen Embryonen eingesetzt. Die Patientin wurde schwanger und

gebar ein gesundes Mädchen.

5. Bei allen Behandlungen wurden die Embryonen mit positivem Befund nicht weiter kultiviert. Sie starben deshalb ab.

II.

Das Landgericht hat den Angeklagten aus rechtlichen Gründen freigesprochen. Eine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG sei nicht gegeben, weil der Angeklagte in der Absicht gehandelt habe, seinen Patientinnen zu einer Schwangerschaft zu verhelfen. Die Untersuchung der Embryonen stelle kein durch § 2 Abs. 1 ESchG verbotenes „Verwenden“ dar. Das Absterbenlassen der Embryonen sei als Unterlassen zu werten. Insoweit fehle es dem Angeklagten an einer Garantenstellung. Ferner sei die Entsprechensklausel nach § 13 Abs. 1 StGB nicht erfüllt. Gehe man hingegen von einer Strafbarkeit aus, so habe der Angeklagte im Hinblick auf die ihm erteilten Auskünfte bei der zweiten und dritten Untersuchung in unvermeidbarem Verbotsirrtum (§ 17 Satz 1 StGB) gehandelt. Demgegenüber wäre ein bei der ersten Behandlung gleichfalls gegebener Verbotsirrtum vermeidbar gewesen (§ 17 Satz 2 StGB).

III.

Das Landgericht ist im Ergebnis rechtsfehlerfrei zu der Ansicht gelangt, dass sich der Angeklagte nicht strafbar gemacht hat.

1. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ist nicht verletzt. Eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift setzt in der hier einschlägigen Variante voraus, dass das Unternehmen der künstlichen Befruchtung nicht auf die Herbeiführung einer Schwangerschaft gerichtet ist. Sie tritt dementsprechend nicht ein, wenn der Handelnde eine Schwangerschaft bewirken will. So lagen die Fälle hier. Das Tun des Angeklagten war jeweils von dem Willen getragen, bei den von ihm behandelten Patientinnen – von denen die entnommenen Eizellen auch stammten – eine Schwangerschaft herbeizuführen.

a) § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG verlangt nach allgemeiner Meinung (vgl. Günther in Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG 2008 vor § 1 Rdn. 38; § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rdn. 18 m.w.N.) Absicht im Sinne eines auf den Erfolg ausgerichteten dolus directus ersten Grades (vgl. BGHSt 9, 142, 146; 18, 151, 155 f.; 29, 68, 72 f.). Kommt es dem Täter auf den Erfolgseintritt an, so stehen der Annahme des Absichtserfordernisses weitere Beweggründe bzw. Nebenzwecke nicht entgegen (BGHSt 18, 151, 156). Gleichfalls ist die Absicht – wie der Vorsatz allgemein – nicht „bedingungsfeindlich“; anerkanntermaßen kann der Täter sein Handeln vom Eintritt objektiver Bedingungen abhängig machen, ohne dass an der Endgültigkeit seines Tatentschlusses zu zweifeln wäre (BGHSt 12, 306, 309 f.).

b) Der Angeklagte war im Zeitpunkt der Befruchtungen entschlossen, die jeweils befruchtete einzelne Eizelle auf seine Patientinnen zu übertragen und auf diese Weise eine Schwangerschaft herbeizuführen. Allerdings wollte er die Schwangerschaft nur mit einem gesunden Embryo bewirken. Für den – nicht erhofften, aber befürchteten – Fall eines positiven Befundes wollte er von der Übertragung absehen.

Letzteres stellt seinen bereits endgültig gefassten Handlungsentschluss in Richtung auf Herbeiführung der Schwangerschaft jedoch nicht in Frage. Nicht etwa war die genetische Untersuchung der eigentliche (und mit § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG unverträgliche) Zweck der Befruchtung (a.M. Beckmann ZfL 2009, 125, 127 ff.). Der negative Befund war nach der gebotenen natürlichen Betrachtungsweise vielmehr objektive Bedingung der Übertragung

(vgl. Günther aaO § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rdn. 21; Schneider MedR 2000, 360, 362; Schroth NSTZ 2009, 233, 234). Für den Fall ihres Eintritts sollte der Embryo nach dem Vorstellungsbild des Angeklagten übertragen werden, wobei er nach Lage der Dinge auch mit dem Einverständnis der Patientinnen rechnen durfte. Dass die Patientinnen vor der Übertragung des Embryos in die Gebärmutter nochmals aufgeklärt und um ihr Einverständnis gebeten wurden, entspricht üblichem ärztlichem Vorgehen. Wie bei anderen mehraktigen Behandlungen auch muss es der Patient in der Hand haben, deren Fortführung jederzeit autonom zu beenden. Der Behandlungsablauf liefert deshalb kein Zeugnis dafür, dass die Entscheidung über die Herbeiführung der Schwangerschaft erst nach Abschluss der Untersuchung fallen sollte (a.M. Beckmann aaO S. 128 f.).

c) Der Wille des Angeklagten, die PID durchzuführen, und der Wille, den einzelnen Embryo bei positivem Befund nicht zu übertragen, können nicht als alternative, zur Annahme der Strafbarkeit führende Absichten im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG angesehen werden.

aa) Der Angeklagte wollte die Untersuchung allerdings „unbedingt“ durchführen und hat sie in diesem Sinne „beabsichtigt“. Das ändert jedoch nichts daran, dass der gesamte, die Patientinnen außerordentlich belastende Vorgang der extrakorporalen Befruchtung von dem Willen getragen war, eine Schwangerschaft herbeizuführen. Die Untersuchung war in diesem Gesamtvorgang unselbständiges Zwischenziel. Sie wäre nicht durchgeführt worden, wenn nicht die Absicht der Herbeiführung der Schwangerschaft bestanden hätte.

(1) In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, dass – ungeachtet seines Haupt- bzw. Endziels – vom Täter verfolgte Zwischenziele eine tatbestandsrelevante Absicht ausmachen können, sofern es ihm auf deren Erreichung ankommt (BGHSt 18, 246, 252 f.; 35, 325, 326 f.; Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 15 Rdn. 66 m.w.N.). Indessen führt nicht jedes Zwischenziel zwingend zur Tatbestandserfüllung. Ob der Absicht eine den Deliktstypus prägende Bedeutung beizumessen ist, muss vielmehr durch Auslegung des jeweiligen Tatbestandes ermittelt werden (Cramer/Sternberg-Lieben aaO). Für das „Alternativabsichtsdelikt“ (Schroeder in Festschrift für Lenckner 1998 S. 333, 341) des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG liegt die Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtung in besonderem Maße auf der Hand. Es wäre widersinnig, wenn beispielsweise die stets mitverfolgte Gewinnerzielungsabsicht des Arztes (vgl. Renzikowski NJW 2001, 2753, 2755) oder auch sein Wille, in der Fachwelt und bei seinen Patienten Anerkennung zu finden, als „Alternativabsichten“ eine Strafbarkeit nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG begründen würden. Ein Gebot, dass die extrakorporale Befruchtung ausschließlich der Herbeiführung der Schwangerschaft dienen muss, ist durch die Vorschrift dementsprechend auch nicht normiert (vgl. Duttge GA 2002, 241, 247 f.).

(2) Dem Sinn des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ist zu entnehmen, dass die Herbeiführung der Schwangerschaft – wie vorliegend gegeben – jedenfalls „handlungsleitend“ bzw. „bewusstseinsdominant“ (Schroth aaO S. 235) sein muss. Entgegen im Schrifttum vertretenen Meinungen (Schneider aaO; Schroth aaO) ist der Senat dabei der Auffassung, dass Alternativabsichten denkbar sind, die trotz einer „Bewusstseinsdominanz“ der Primärabsicht zur Strafbarkeit führen. Die Absicht, pluripotente Zellen auf schwerwiegende genetische Belastungen hin zu untersuchen, rechnet jedoch nicht hierher. Ein gesetzliches Verdikt gegen eine solche Untersuchung lässt sich mit hinreichender Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG; vgl. auch Duttge aaO S. 248) weder aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG in seiner Einbettung in den Gesamtzusammenhang des

Embryonenschutzgesetzes noch aus einem sich in der Entstehungsgeschichte des Embryonenschutzgesetzes abbildenden diesbezüglichen Willen des Gesetzgebers herleiten.

(a) Der historische Gesetzgeber wollte durch § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG die extrakorporale Befruchtung nur unter der Voraussetzung erlauben, dass sie auf die Herbeiführung einer Schwangerschaft abzielt; hiermit sollten zugleich vor allem die verbrauchende Embryonenforschung und gespaltene Mutterschaften unter Strafdrohung verboten werden (Regierungsentwurf BTDrucks. 11/5460 S. 6, 8; siehe auch Kabinettsbericht BTDrucks. 11/1856 S. 7 f.). Aussagen des Regierungsentwurfs (aaO S. 12) und Äußerungen außerhalb des eigentlichen Gesetzgebungsverfahrens zur Diagnostik betrafen entwicklungsfähige („totipotente“) Zellen und waren von der Befürchtung getragen, dass jene Zellen geschädigt werden könnten, und zwar mit der Folge von Auswirkungen auf das Leben eines nach der Manipulation ausgetragenen und geborenen Kindes (vgl. Kabinettsbericht aaO S. 8; Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fortpflanzungsmedizin“ 1988 S. 55 f.). Eine PID an totipotenten Zellen ist dementsprechend in § 2 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 ESchG, jeweils i.V.m. § 8 Abs. 1 ESchG, eindeutig untersagt und mit Strafe bedroht (vgl. Günther aaO § 2 Rdn. 16).

Hingegen hatte der Gesetzgeber ersichtlich nicht eine PID an nurmehr pluripotenten Zellen vor Augen, durch die der Embryo den Feststellungen des Landgerichts entsprechend überdies nicht unmittelbar geschädigt, im Übrigen nach derzeitigem medizinisch-naturwissenschaftlichem Erkenntnisstand, soweit ersichtlich, durch den Untersuchungsablauf auch mittelbar nicht nachhaltig gefährdet wird. Dies ist bei der hier durchgeführten Blastozystenbiopsie der Fall. Dem aus 40 bis 80 Zellen bestehenden (Frommel/Taupitz/Ochsner/Geisthövel Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie 2010, 96, 99) Blastozysten werden nicht mehr totipotente (vgl. Beier ZaeFO 2002, 351, 354 ff.) Trophoblastzellen entnommen, die in einem späteren Stadium das (kindliche) Nährgewebe (Placenta) bilden, weswegen der Embryo(-blast) selbst nicht betroffen ist (vgl. zur Unschädlichkeit der Blastozystenbiopsie für die Embryonalentwicklung Neubauer, Medizinisch-naturwissenschaftliche, juristische und ethische Aspekte der Präimplantationsdiagnostik 2009 S. 10 f. m.w.N.).

Derartige Diagnosemethoden standen bei Erlass des Embryonenschutzgesetzes nicht zu Gebote. Die PID wurde seinerzeit erst im Ausland entwickelt (Kaiser in Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG 2008 Einf Rdn. A 197; Steinke/Rahner in Steinke/Rahner/Middel/Schräer, Präimplantationsdiagnostik 2009 S. 29; Middel, Verfassungsrechtliche Fragen der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens 2006 S. 42 f.; siehe auch Böckenförde-Wunderlich, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem 2002 S.128; Giwer, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik 2001 S. 58 f.). Vor diesem Hintergrund wird verständlich, dass sich – obgleich im Gesetzgebungsverfahren angesprochen (vgl. die schriftliche Stellungnahme der Bundesärztekammer für die Expertenanhörung in der 73. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestages vom 9. März 1990, Protokoll Nr. 73 S. 179 f.) – eine ausdrückliche Ablehnung oder auch Billigung der so erfolgenden PID weder im Wortlaut des Gesetzes noch in den Gesetzesmaterialien niederschlägt.

(b) Eine absolute Unverträglichkeit der auf eine solche Diagnostik ausgerichteten Absicht im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang des Embryonenschutzgesetzes und den von ihm verfolgten Schutzzwecken nicht. Namentlich gewährleistet das Embryonenschutzgesetz – wie etwa die Regelungen in § 2 Abs. 2, § 6

Abs. 2 und § 7 Abs. 2 ESchG zeigen – keinen umfassenden Lebensschutz des Embryos (Middel aaO S. 44; Schroth aaO S. 238). Ausschlaggebend kommt die in § 3 Satz 2 ESchG getroffene Wertentscheidung des Gesetzgebers hinzu. Mit der dort normierten Ausnahme vom Verbot der Geschlechtswahl durch Verwendung ausgewählter Samenzellen hat der Gesetzgeber der aus dem Risiko einer geschlechtsgebundenen Erbkrankheit des Kindes resultierenden Konfliktlage der Eltern Rechnung getragen. Es könne „einem Ehepaar nicht zugemutet werden“, „sehenden Auges das Risiko einzugehen“, „ein krankes Kind zu erhalten, wenn künftig die Möglichkeit bestehen sollte, durch Spermiselektion ein gesundes Kind zur Welt zu bringen“; darüber hinaus „bestehe die Gefahr, dass dann, wenn ein zu erzeugendes Kind mit einer zum Tode führenden geschlechtsgebundenen erblichen Krankheit belastet sei, eine Abtreibung vorgenommen werde“ (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages in BTDrucks. 11/8057 S. 15).

Eine gleichgelagerte Konfliktsituation ist in Fällen wie den verfahrensgegenständlichen gegeben. Mit dem Ausschluss der PID würde – wie dort – sehenden Auges das hohe Risiko eingegangen, dass ein nicht lebensfähiges oder schwerkrankes Kind geboren wird. Gleichfalls wäre zu besorgen, dass im weiteren Verlauf nach einer – hier ärztlicherseits strikt angezeigten (Kaiser aaO Einf Rdn. A 133) und mit denselben Diagnosemethoden durchgeführten (vgl. Kiechle, Gynäkologie und Geburtshilfe 2007 S. 216, 297 f.; Kaiser aaO Einf Rdn. A 59, 140, 198, 201) – invasiven genetischen Pränataldiagnostik (s. auch § 15 Abs. 1 Satz 1 GenDG) im Rahmen des „Beratungsmodells“ nach § 218a Abs. 1 StGB innerhalb der ersten zwölf Wochen seit der Empfängnis, im Rahmen der Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB unter Umständen durch Fetozid (vgl. Fischer, StGB 57. Aufl. § 218a Rdn. 22) gar bis zum Einsetzen der Eröffnungswehen (vgl. BGHSt 32, 194, 196 f.) ein Schwangerschaftsabbruch vorgenommen wird. Der Senat betont, dass die in § 218a Abs. 2 StGB normierte „medizinisch-soziale“ Indikation entgegen im Schrifttum gebrauchten Bezeichnungen (vgl. Kaiser aaO Einf Rdn. A 198; Schroth aaO S. 236) keine gesetzliche Legitimierung einer „Schwangerschaft auf Probe“ bedeutet. Für die Indikation maßgebend ist nicht eine Behinderung des Kindes, sondern die dort beschriebene schwerwiegende Beeinträchtigung der Schwangeren (vgl. BGHZ 151, 133, 139 f.; BGH NJW 2003, 3411, 3412; 2006, 1660, 1661; zur ärztlichen Aufklärungspflicht vgl. BGHZ 89, 95, 100 ff.). Allerdings kann die Indikation gerade in den inmitten stehenden Konstellationen unzweifelhaft relevant werden. Der Senat kann in Anbetracht der in § 3 Satz 2 ESchG getroffenen Wertentscheidung und der hierzu gegebenen Begründung nicht annehmen, dass der Gesetzgeber – der die extrakorporale Befruchtung zur Herbeiführung einer Schwangerschaft in §1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG ohne weitere Voraussetzungen erlaubt hat – die zur Verminderung der genannten gravierenden Risiken geeignete PID an pluripotenten Zellen verboten hätte, wenn sie seinerzeit schon zur Verfügung gestanden hätte.

Aus dem zuletzt genannten Umstand ergibt sich zugleich, dass der Regelung in § 3 Satz 2 ESchG kein Ausschlusscharakter hinsichtlich der Untersuchung und Übertragung von Embryonen beizumessen ist (a.M. Middel aaO S. 41 f. m.w.N.). Mit Rücksicht darauf, dass die hier zu beurteilende Untersuchungsmethode an pluripotenten Zellen im Gesetzgebungsverfahren allenfalls eine ganz untergeordnete Rolle spielte, ist eine bewusste legislatorische Entscheidung in Bezug auf Sachverhalte außerhalb des unmittelbaren Regelungsbereichs von § 3 Satz 2 ESchG nicht erfolgt (ebenso Duttge aaO S. 246).

(c) Ein gesetzliches Verbot der PID kann schließlich nicht aus dem Umstand gefolgert

werden, dass § 15 Abs. 1 Satz 1 des im Wesentlichen am 1. Februar 2010 in Kraft getretenen Gendiagnostikgesetzes vom 31. Juli 2009 (BGBl I S. 2529) vorgeburtliche genetische Untersuchungen (nur) während der Schwangerschaft (vgl. § 2 Abs. 1 GenDG) ausdrücklich erlaubt. Denn der Gesetzgeber hat die Problematik ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herausgenommen (BTDrucks. 16/10532 S. 20). Hätte er mit dem Erlass des Gendiagnostikgesetzes die PID strikt ausschließen wollen, so wäre angesichts der ihm bekannten, langjährigen Auseinandersetzungen um die Zulässigkeit der Untersuchung de lege lata eine ausdrückliche Regelung im Gendiagnostikgesetz oder auch im Embryonenschutzgesetz zu erwarten gewesen, zumindest aber dahin zielende eindeutige Aussagen in den Gesetzesmaterialien. Das ist nicht geschehen.

(3) Die durch den Senat vorgenommene Interpretation führt nicht zur Zulässigkeit einer „unbegrenzten Selektion anhand genetischer Merkmale“ (vgl. Middel aaO S. 45 m.w.N.). Entscheidungsgegenstand ist der Wille zur Durchführung der Untersuchung auf schwerwiegende genetische Schäden zur Verminderung der genannten gewichtigen Gefahren im Rahmen der PID. Diese Zwecksetzung stellt keine die Strafbarkeit begründende Alternativabsicht dar. Beispielsweise für die Absicht der Selektion von Embryonen zum Zwecke der Geschlechtswahl gilt dies aber nicht. Die Geschlechtswahl wird vom Embryonenschutzgesetz – ausgenommen die in § 3 Satz 2 ESchG bezeichneten Fälle – eindeutig verurteilt (§ 3 Satz 1 ESchG). Dies muss auf die Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG durchschlagen. Entsprechendes gälte etwa für eine gezielte Zeugung von Embryonen mit bestimmten Immunitätsmustern (vgl. Kaiser aaO Einf Rdn. A 199; Steinke/Rahner aaO S. 30). Ob angesichts der Wertung des – nicht auf die PID anwendbaren (siehe oben) – § 15 Abs. 2 GenDG das Gleiche für die Absicht gälte, genetische Eigenschaften des Embryos für eine Erkrankung festzustellen, die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik erst nach Vollendung des 18. Lebensjahres ausbricht, hat der Senat nicht zu entscheiden. Dies lässt unberührt, dass eine eindeutige gesetzliche Regelung der Materie wünschenswert wäre.

bb) Der Wille des Angeklagten, den einzelnen Embryo bei positivem Befund nicht zu übertragen, stellt schon keine eigenständige Absicht im Rechtssinn dar. Der Angeklagte hat die Eizellen seiner Patientinnen befruchtet, weil es ihm darauf ankam, eine Schwangerschaft mit einem gesunden Embryo herbeizuführen. Darin und nicht in einer Nichtübertragung des Embryos bei positivem Befund lag sein handlungsleitender Wille. Der Eintritt eines positiven Befundes und die daraus resultierende Nichtübertragung des Embryos sind als außerhalb der Absicht liegende, nicht erwünschte Nebenfolgen zu qualifizieren (vgl. Böckenförde-Wunderlich aaO S. 122).

2. Die Zellentnahmen zum Zweck der Untersuchung der entnommenen Zellen und das „Stehenlassen“ der Embryonen mit positivem Befund verletzen nicht das Verbot des § 2 Abs. 1 ESchG, einen extrakorporal erzeugten menschlichen Embryo zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck zu verwenden.

a) Die durch den Angeklagten vollführten Zellentnahmen stellten kein „Verwenden“ der Embryonen dar. Verwendet wurden – zum Zweck der Untersuchung und vom Embryonenschutzgesetz erlaubt – die entnommenen pluripotenten Trophoblastzellen.

aa) Das Merkmal des Verwendens ist in § 2 Abs. 1 ESchG – wie im Rahmen anderer Strafvorschriften auch (vgl. zu § 250 StGB BGH NStZ 2004, 556; 2008, 687; BGH, Beschluss vom 18. Februar 2010 – 3 StR 556/09) – als zweckgerichteter Gebrauch zu verstehen. Das Verwendungsverbot kann dabei nicht als umfassender Auffangtatbestand

gedeutet werden, der die in der Vorschrift weiter aufgeführten Tatvarianten beinhaltet (a.M. Günther aaO § 2 Rdn. 30); insbesondere der Erwerb ist offensichtlich kein Unterfall des Verwendens. Davon bleibt unberührt, dass das Merkmal seinem Wortlaut und Wortsinn nach eine breite Palette von Handlungen beim Umgang mit dem Embryo erfasst. Um mit dem Übermaßverbot staatlichen Strafens unvereinbare und vom Gesetzgeber gewiss nicht beabsichtigte Strafbarkeiten zu vermeiden, bedarf es der Eingrenzung (insoweit zustimmend auch Günther aaO § 2 Rdn. 32). Diese kann nicht allein mit dem in der Vorschrift weiter vorausgesetzten Alternativzweck der Nichterhaltung des Embryos geleistet werden (a.M. Günther aaO). Im Hinblick darauf, dass „Verwenden“ keine Einwirkung auf die Substanz des betreffenden Embryos verlangt, wäre beispielsweise die Beobachtung (sog. „Embryoscoring“) und damit „Verwendung“ des Embryos zu Lern- oder Lehrzwecken tatbestandsmäßig und strafbar; das Gleiche gälte für die Betrachtung des Embryos unter dem Lichtmikroskop (hierzu Griesinger/Felberbaum/Hepp/Diedrich in: Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich 2008 S. 22, 28 ff.), um morphologisch schwer geschädigte Embryonen zu identifizieren (a.M. Günther aaO § 2 Rdn. 31). Die Eingrenzung hat anhand des mit der Vorschrift verfolgten Zwecks und der sonstigen durch das Embryonenschutzgesetz getroffenen Entscheidungen zu erfolgen.

(1) Mit dem Verbot des § 2 Abs. 1 ESchG wollte der Gesetzgeber ausweislich der amtlichen Überschrift der missbräuchlichen Verwendung von Embryonen entgegenwirken. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass „menschliches Leben grundsätzlich nicht zum Objekt fremdnütziger Zwecke gemacht werden darf“ (Regierungsentwurf aaO S. 10). Vorrangig gedacht war an die Embryonenforschung (vgl. Kabinettsbericht aaO S. 8 unter lit. c; siehe auch den Vorschlag des Bundesrates unter Nr. 4a und die Stellungnahme der Bundesregierung hierzu in Regierungsentwurf aaO S. 14, 18). Ferner sollte die Abspaltung totipotenter Zellen zum Zweck der Diagnostik untersagt werden, „weil sich eine Schädigung des nach der Abspaltung verbleibenden und zum Embryo-Transfer bestimmten Embryos bisher nicht mit Sicherheit ausschließen“ lasse (vgl. Kabinettsbericht aaO S. 8 unter lit. d; ähnlich Regierungsentwurf aaO S. 11 f.).

(2) Keiner der genannten Hauptzwecke des Gesetzgebers trifft auf die hier zu beurteilende Blastozystenbiopsie zu. Weder wird dadurch der Embryo zu Zwecken außerhalb des Gesamtvorgangs der extrakorporalen Befruchtung instrumentalisiert, noch wird er, wie ausgeführt, durch den Eingriff maßgeblich gefährdet; die Möglichkeit der Biopsie pluripotenter Zellen ohne Beeinträchtigung des Embryos hatte der Gesetzgeber vielmehr nicht im Blick (dazu schon oben III. 1 c) aa) (2) (a)). Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass er sie andernfalls verboten hätte, sind nicht vorhanden. Die Einzelbegründung des Regierungsentwurfs zu § 6 ESchG geht im Gegenteil dahin, dass wegen der mit der Abspaltung totipotenter Zellen verbundenen Gefahren „derzeit“ kein Anlass bestehe, Ausnahmen vom strafrechtlichen Verbot des § 6 ESchG „etwa mit Blick auf die Präimplantationsdiagnostik“ in Erwägung zu ziehen (Regierungsentwurf aaO S. 12).

bb) Die Frage muss demnach unter Einbeziehung der mit dem Embryonenschutzgesetz insgesamt verfolgten Ziele beantwortet werden. Wie schon bei der Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG zieht der Senat maßgebend die in § 3 Satz 2 ESchG getroffene Wertentscheidung des Gesetzgebers heran. Danach kann nicht angenommen werden, dass die den Embryo selbst unberührt lassende Entnahme von Trophoblastzellen zur Vermeidung einer Konfliktlage für die Eltern bis hin zu einem real drohenden Schwangerschaftsabbruch vom Embryonenschutzgesetz als „missbräuchliche

Verwendung“ angesehen wird. Davon ausgehend ist das weite Merkmal des Verwendens um die hier zu beurteilende Blastozystenbiopsie zu reduzieren.

b) Der Angeklagte hat die Embryonen mit positivem Befund nicht weiter kultiviert, weswegen sie in der Folge abstarben und verworfen wurden. Gegen § 2 Abs. 1 ESchG hat er dadurch nicht verstoßen.

Das Verhalten des Angeklagten ist als Unterlassen erhaltender Maßnahmen zu werten. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt darin, dass die Zellen nicht weiter versorgt wurden; ihre abschließende „aktive“ Vernichtung, die im Übrigen nicht als „Verwenden“ im Sinne des § 2 Abs. 1 ESchG angesehen werden könnte, vermag daran nichts zu ändern (Schroth aaO S. 236 f. und in Roxin/Schroth [Hrsg.], Handbuch des Medizinstrafrechts 4. Aufl. S. 530, 553). Dahingestellt bleiben kann dabei – was jeweils äußerst zweifelhaft erscheint –, ob dem Arzt eine Garantenstellung gegenüber dem Embryo obliegt (dazu Böcher, Präimplantationsdiagnostik und Embryonenschutz 2004 S. 106 ff.) und ob die Entsprechensklausel nach § 13 Abs. 1 StGB erfüllt ist (vgl. Günther aaO § 2 Rdn. 36). Jedenfalls war es dem Angeklagten weder möglich noch zumutbar, die Embryonen gegen den Willen seiner Patientinnen in deren Gebärmutter zu übertragen und sich dadurch unter anderem nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 ESchG und § 223 StGB strafbar zu machen (vgl. Günther aaO; Böcher aaO S.110f.; Böckenförde-Wunderlich aaO S. 138; Middel aaO S. 49; Duttge aaO S. 247). Gleichfalls lässt sich aus dem Embryonenschutzgesetz keine Pflicht zur unbegrenzten Kryokonservierung ableiten (Günther aaO § 2 Rdn. 37; Schroeder aaO S. 337).

Bundesgerichtshof

2. Strafsenat, Urteil vom 25. Juni 2010 – 2 StR 454/09

1. Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen.

2. Ein Behandlungsabbruch kann sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Tun vorgenommen werden.

3. Gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung nicht zugänglich.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 25. Juni 2010 auf Grund der Hauptverhandlung vom 2. Juni 2010 für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Fulda vom 30. April 2009 aufgehoben.

Der Angeklagte wird freigesprochen.

2. Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das vorbezeichnete Urteil wird als unbegründet verworfen.

3. Die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten fallen der Staatskasse zur Last.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Der Angeklagte verfolgt mit seiner auf die Sachrüge gestützten Revision die Aufhebung des Urteils und seine Freisprechung. Die Staatsanwaltschaft beanstandet mit ihrer auf die Sachrüge gestützten, zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Revision die Strafzumessung. Das Rechtsmittel des Angeklagten hat in vollem Umfang Erfolg, das der Staatsanwaltschaft ist unbegründet.

A. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

Der Angeklagte ist ein für den Fachbereich des Medizinrechts, insbesondere auf Palliativmedizin spezialisierter Rechtsanwalt. Er beriet seit 2006 die beiden Kinder der 1931 geborenen E. K., nämlich die ursprünglich Mitangeklagte G. und deren inzwischen verstorbenen Bruder P. K. .

Frau K. lag seit Oktober 2002 nach einer Hirnblutung im Wachkoma. Sie war seither nicht ansprechbar und wurde in einem Altenheim in B.H. gepflegt und über einen Zugang in der Bauchdecke, eine sog. PEG-Sonde, künstlich ernährt. Frau K., der nach einer Fraktur im Jahr 2006 der linke Arm amputiert worden war, war im Dezember 2007 bei einer Größe von 1,59 m auf ein Gewicht von 40 kg abgemagert. Eine Besserung ihres Gesundheitszustands war nicht mehr zu erwarten.

Nachdem schon ihr Vater im Jahr 2002 eine Hirnblutung ohne schwerwiegende gesundheitliche Folgen erlitten hatte, hatte Frau G. ihre Mutter Ende September 2002 befragt, wie sie und ihr Bruder sich verhalten sollten, falls Frau K. etwas zustoßen sollte. Diese hatte darauf u.a. erwidert, falls sie bewusstlos werde und sich nicht mehr äußern könne, wolle sie keine lebensverlängernden Maßnahmen in Form künstlicher Ernährung und Beatmung, sie wolle nicht an irgendwelche "Schläuche" angeschlossen werden.

Zunächst war für Frau K. deren Ehemann als Betreuer bestellt und später zu dessen Unterstützung eine Berufsbetreuung eingerichtet worden. Die Berufsbetreuerin nahm seit Ende 2005 die Betreuung allein wahr, nachdem der Ehemann der Betreuten verstorben war. Frau G. teilte der Berufsbetreuerin im März 2006 mit, dass sie und ihr Bruder den Wunsch hätten, dass die Magensonde entfernt würde, damit ihre Mutter in Würde sterben könne. Hierbei berichtete Frau G. auch von dem mit ihrer Mutter im September 2002 geführten Gespräch, dessen Inhalt diese trotz der Bitte der Tochter, die Angelegenheit mit ihrem Ehemann zu besprechen und sodann schriftlich zu fixieren, nicht schriftlich niedergelegt hatte. Die Berufsbetreuerin lehnte die Entfernung der Magensonde unter Hinweis auf den ihr nicht bekannten mutmaßlichen Willen der Betreuten ab und blieb auch auf mehrere Interventionen des inzwischen mandatierten Angeklagten bei ihrer Ablehnung.

Der Angeklagte bemühte sich in der Folgezeit zusammen mit Frau G. und deren Bruder um die Einstellung der künstlichen Ernährung. Auf seinen Antrag wurden beide Kinder im

August 2007 zu Betreuern ihrer Mutter bestellt. Der behandelnde Hausarzt unterstützte das Vorhaben der Betreuer, weil aus seiner Sicht eine medizinische Indikation zur Fortsetzung der künstlichen Ernährung nicht mehr gegeben war. Die Bemühungen stießen aber auf Widerstand bei Heimleitung und -personal. Nachdem auch eine ausdrückliche Anordnung des Arztes zur Einstellung der künstlichen Ernährung vom Pflegepersonal nicht befolgt worden war, schlug die Heimleiterin schließlich einen Kompromiss vor. Um den moralischen Vorstellungen aller Beteiligten gerecht zu werden, sollte sich das Personal nur noch um die Pflegeaktivitäten im engeren Sinn kümmern, während Frau G. und Herr K. selbst die Ernährung über die Sonde einstellen, die erforderliche Palliativversorgung durchführen und ihrer Mutter im Sterben beistehen sollten. Nach Rücksprache mit dem Angeklagten erklärten sich Frau G. und Herr K. hiermit einverstanden.

Demgemäß beendete Frau G. am 20. Dezember 2007 die Nahrungszufuhr über die Sonde und begann, auch die Flüssigkeitszufuhr zu reduzieren. Am nächsten Tag wies die Geschäftsleitung des Gesamtunternehmens jedoch die Heimleitung an, die künstliche Ernährung umgehend wieder aufzunehmen. Frau G. und Herrn K. wurde ein Hausverbot für den Fall angedroht, dass sie sich hiermit nicht einverstanden erklären sollten. Darauf erteilte der Angeklagte ihnen am gleichen Tag telefonisch den Rat, den Schlauch der Sonde unmittelbar über der Bauchdecke zu durchtrennen, weil gegen die rechtswidrige Fortsetzung der Sondenernährung durch das Heim ein effektiver Rechtsschutz nicht kurzfristig zu erlangen sei. Nach seiner Einschätzung der Rechtslage werde keine Klinik eigenmächtig eine neue Sonde einsetzen, so dass Frau K. würde sterben können. Frau G. folgte diesem Rat und schnitt Minuten später mit Unterstützung ihres Bruders den Schlauch durch. Nachdem das Pflegepersonal dies bereits nach einigen weiteren Minuten entdeckt und die Heimleitung die Polizei eingeschaltet hatte, wurde Frau K. auf Anordnung eines Staatsanwalts gegen den Willen ihrer Kinder in ein Krankenhaus gebracht, wo ihr eine neue PEG-Sonde gelegt und die künstliche Ernährung wieder aufgenommen wurde. Sie starb dort am 5. Januar 2008 eines natürlichen Todes auf Grund ihrer Erkrankungen.

B.

Das Landgericht hat das Handeln des Angeklagten am 21. Dezember 2007 als einen gemeinschaftlich mit Frau G. begangenen versuchten Totschlag durch aktives Tun gewürdigt, der weder durch eine mutmaßliche Einwilligung der Frau K. noch nach den Grundsätzen der Nothilfe oder des rechtfertigenden Notstandes gerechtfertigt sei. Auch auf einen entschuldigenden Notstand könne sich der Angeklagte nicht berufen. Soweit er sich im Erlaubnisirrtum befunden habe, sei dieser für ihn als einschlägig spezialisierten Rechtsanwalt vermeidbar gewesen.

Die Mitangeklagte G. hat das Landgericht freigesprochen, weil sie sich angesichts des Rechtsrats des Angeklagten in einem unvermeidbaren Erlaubnisirrtum befunden und deshalb ohne Schuld gehandelt habe.

C.

I. Die Revision des Angeklagten

Der Angeklagte rügt mit seiner Revision die Verletzung sachlichen Rechts. Sie führt zur Aufhebung des Urteils und zum Freispruch des Angeklagten. Die Annahme des Landgerichts, das Verhalten des Angeklagten P. und das ihm nach § 25 Abs. 2 StGB zurechenbare, auf seinen Rat hin erfolgte Durchtrennen des Versorgungsschlauchs der PEG-Sonde durch die frühere Mitangeklagte G. seien als versuchter Totschlag weder

durch Einwilligung noch auf Grund des Eingreifens sonstiger Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt, hält im Ergebnis rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Eine ausdrückliche rechtliche Würdigung des Geschehens, welches den der Verurteilung zugrunde gelegten Tathandlungen vorausging, hat das Landgericht nicht vorgenommen. Seine Ansicht, dass die vom Heimbetreiber beabsichtigte Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung gegen den Willen der Betreuer und des behandelnden Arztes ein rechtswidriger Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen gewesen wäre, setzt jedoch voraus, dass die vorausgehende Beendigung der Ernährung rechtmäßig war. Davon ist das Landgericht im Ergebnis zutreffend ausgegangen.

a) Bereits mit Urteil vom 13. September 1994 (1 StR 357/94 = BGHSt 40, 257, 261) hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs über einen Fall des Abbruchs der künstlichen Ernährung bei einer irreversibel schwerst hirngeschädigten, entscheidungsunfähigen Patientin im Zusammenwirken von deren zum Pfleger bestellten Sohn und dem behandelnden Arzt entschieden. Da die Grunderkrankung - wie im vorliegenden Fall - noch keinen unmittelbar zum Tod führenden Verlauf genommen hatte, lag, wie der 1. Strafsenat festgestellt hat, kein Fall der so genannten "passiven Sterbehilfe" nach den Kriterien der damaligen "Richtlinien für die Sterbehilfe" der Deutschen Ärztekammer vor (vgl. Deutsches Ärzteblatt 1993 B-1791 f.). Gleichwohl hat der Bundesgerichtshof erkannt, "dass angesichts der besonderen Umstände des hier gegebenen Grenzfalls ausnahmsweise ein zulässiges Sterbenlassen durch Abbruch einer ärztlichen Behandlung oder Maßnahme nicht von vornherein ausgeschlossen (sei), sofern der Patient mit dem Abbruch mutmaßlich einverstanden ist. Denn auch in dieser Situation ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu achten, gegen dessen Willen eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden darf" (BGHSt 40, 257, 262).

In seinem Beschluss vom 17. März 2003 (XII ZB 2/03 - BGHZ 154, 205 = NJW 2003, 1588), der den Fall eines an einem apallischen Syndrom leidenden Patienten betraf, hat der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs allerdings entschieden, das Unterlassen lebenserhaltender oder -verlängernder Maßnahmen bei einem einwilligungsunfähigen Patienten setze voraus, dass dies dessen tatsächlich geäußerten oder mutmaßlichen Willen entspreche und dass die Grunderkrankung einen "irreversibel tödlichen Verlauf" angenommen habe. Hieraus ist in der Literatur vielfach abgeleitet worden, zwischen der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestehe in der Frage der Zulässigkeit so genannter "passiver Sterbehilfe" eine Divergenz (vgl. etwa Höfling/Rixen JZ 2003, 884, 885 ff.; Ingelfinger JZ 2006, 821; Otto NJW 2006, 2217, 2218 f.; Saliger MedR 2004, 237, 240 f.; Sternberg-Lieben in FS für Eser (2005) S. 1185, 1198 ff.; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 43 ff.). Diese Ansicht bestand auch fort, nachdem der XII. Zivilsenat in einem Kostenbeschluss vom 8. Juni 2005 (XII ZR 177/03 - BGHZ 163, 195 = NJW 2005, 2385) entschieden hatte, ein Heimbetreiber sei zur Fortsetzung einer künstlichen Ernährung bei einem entscheidungsunfähigen, an einem apallischen Syndrom leidenden Patienten gegen dessen durch den Betreuer verbindlich geäußerten Willen nicht berechtigt und das Vormundschaftsgericht zu einer Entscheidung nicht berufen, wenn Betreuer und Arzt sich übereinstimmend gegen eine weitere künstliche Ernährung entschieden hatten; der Eintritt in eine mutmaßlich unmittelbar zum Tod führende Phase der Grunderkrankung war danach nicht vorausgesetzt.

Die hierdurch in der öffentlichen Wahrnehmung entstandene Unsicherheit über Voraussetzungen und Reichweite der Erlaubnis, eine lebenserhaltende medizinische Behandlung auf Grund des Patientenwillens zu beenden, ist durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009 (BGBl I 2286) jedenfalls insoweit beseitigt worden (näher dazu unten), als es nach § 1901a Abs. 3 BGB nicht (mehr) auf Art und Stadium der Erkrankung ankommt.

b) Allerdings war, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, die Beendigung der künstlichen Ernährung durch Unterlassen bzw. Reduzierung der Zufuhr kalorienhaltiger Flüssigkeit durch die frühere Mitangeklagte und ihren Bruder schon auf der Grundlage des zur Tatzeit geltenden Rechts zulässig, denn die anerkannten Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Behandlungsabbruch durch so genannte "passive Sterbehilfe" lagen vor. Dabei kam es hier nicht auf einen - im Einzelfall möglicherweise schwer feststellbaren (vgl. BGHSt 40, 257, 260 f.) - mutmaßlichen Willen der Betroffenen an, da ihr wirklicher, vor Eintritt ihrer Einwilligungsunfähigkeit ausdrücklich geäußertes Wille zweifelsfrei festgestellt war. Zwischen den Betreuern und dem behandelnden Arzt bestand überdies Einvernehmen, dass der Abbruch der künstlichen Ernährung dem Willen der Patientin entsprach. Unter diesen Voraussetzungen durfte die Fortsetzung der künstlichen Ernährung unterlassen werden, ohne dass eine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich oder veranlasst gewesen wäre.

c) Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht daher angenommen, dass die von der Heimleitung angekündigte Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung einen rechtswidrigen Angriff gegen die körperliche Integrität und das Selbstbestimmungsrecht der Patientin dargestellt hätte. Nach der schon zur Tatzeit ganz herrschenden Rechtsauffassung verliehen weder der Heimvertrag noch die Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) der Heimleitung oder dem Pflegepersonal das Recht, sich über das Selbstbestimmungsrecht von Patienten hinwegzusetzen und eigenmächtig in deren verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen (vgl. BGHZ 163, 195, 200; Dirksen GesR 2004, 124, 128; Höfling JZ 2006, 145, 146; Hufen NJW 2001, 849, 853; ders. ZRP 2003, 248, 252; Ingelfinger JZ 2006, 821, 829; Lipp FamRZ 2004, 317, 324; Müller DNotZ 2005, 927, 928 f.; Sternberg-Lieben in FS für Eser (2005) S. 1185, 1203; Uhlenbruck NJW 2003, 1710, 1711 f.; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 41 ff.; Wagenitz FamRZ 2005, 669, 670 f.; anders noch OLG München NJW 2003, 1743, 1745; LG Traunstein NJW-RR 2003, 221, 224).

2. Zutreffend hat das Landgericht die Frage verneint, ob die der Verurteilung zugrunde gelegten Handlungen des Angeklagten und der früheren Mitangeklagten, mit denen die rechtswidrige Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung und der hierin liegende Angriff auf die körperliche Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht verhindert werden sollten, schon nach den Regeln der Nothilfe (§ 32 StGB) gerechtfertigt waren. Zwar lag, wie sich aus Vorstehendem ergibt, eine Notwehrlage im Sinne von § 32 StGB vor, welche den Angeklagten und die Betreuerin zur Nothilfe gem. § 32 Abs. 2 StGB berechtigt hätte. Die Verteidigungshandlungen richteten sich hier aber nicht oder nicht allein gegen Rechtsgüter des Angreifers (Sachbeschädigung durch Zerschneiden des Schlauchs), sondern vor allem gegen ein höchstrangiges, anderes Rechtsgut der Angegriffenen selbst. Der Eingriff in das Rechtsgut Leben der angegriffenen Person kann aber ersichtlich nicht durch Nothilfe gegen einen Angriff auf das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit und das Selbstbestimmungsrecht derselben Person gerechtfertigt sein. Er

bedurfte als selbständige Rechtsgutsverletzung vielmehr einer eigenen, von der Nothilfefolge unabhängigen Legitimation.

Auch eine Rechtfertigung aus dem Gesichtspunkt des Notstands gem. § 34 StGB scheidet, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend gesehen hat, vorliegend schon deshalb aus, weil sich der Eingriff des Angeklagten hier gegen das höchstrangige Rechtsgut (Leben) derjenigen Person richtete, welcher die gegenwärtige Gefahr (für die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und des Selbstbestimmungsrechts) im Sinne von § 34 StGB drohte (a.A. Otto, Gutachten zum 56. DJT, 1986, D 44 ff.; Merkel ZStW Bd. 107 (1995) S. 454, 570 f.; ders., Früheuthanasie (2000) S. 523 ff.; Neumann NK-StGB vor § 211 Rn. 127; H. Schneider in MüKo-StGB vor §§ 211 ff. Rn. 111 f.; Chr. Schneider, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung 1998 S. 242 ff.). Eine Entschuldigung gem. § 35 StGB oder aus dem Gesichtspunkt des "übergesetzlichen" Notstands scheidet ebenfalls aus.

3. Eine Rechtfertigung für die Tötungshandlung konnte sich daher hier allein aus dem von den Kindern der Frau K. als deren Betreuern geltend gemachten Willen der Betroffenen, also ihrer Einwilligung ergeben, die künstliche Ernährung abubrechen und ihre Fortsetzung oder Wiederaufnahme zu unterlassen.

Im Unterschied zu den bislang vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen weist der vorliegende die Besonderheit auf, dass die die Wiederaufnahme der künstlichen Ernährung verhindernde, direkt auf die Lebensbeendigung abzielende Handlung der früheren Mitangeklagten, die dem Angeklagten vom Landgericht rechtsfehlerfrei als eigene Handlung gemäß § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet worden ist, nach den allgemeinen Regeln nicht als Unterlassen, sondern als aktives Tun anzusehen ist. Für diesen Fall ist eine Rechtfertigung direkt lebensbeendender Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt der "Sterbehilfe" von der Rechtsprechung bisher nicht anerkannt worden. Hieran hält der Senat, auch im Hinblick auf die durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009 (BGBl I 2286) geänderte zivilrechtliche Rechtslage, nicht fest.

a) Der Gesetzgeber hat den betreuungsrechtlichen Rahmen einer am Patientenwillen orientierten Behandlungsbegrenzung durch Gesetz vom 29. Juli 2009 - so genanntes Patientenverfügungsgesetz - (BGBl I 2286) festgelegt. Das am 1. September 2009 in Kraft getretene Gesetz hatte vor allem auch zum Ziel, Rechts- und Verhaltenssicherheit zu schaffen (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 16/13314 S. 3 f. und 7 f.). Maßstäbe für die gesetzliche Neuordnung waren zum einen das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht der Person, welches das Recht zur Ablehnung medizinischer Behandlungen und gegebenenfalls auch lebensverlängernder Maßnahmen ohne Rücksicht auf ihre Erforderlichkeit einschließt, zum anderen der ebenfalls von der Verfassung gebotene Schutz des menschlichen Lebens, der unter anderem in den strafrechtlichen Normen der §§ 212, 216 StGB seinen Ausdruck findet.

In Abwägung dieser Grundsätze hat der Gesetzgeber des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes nach umfassenden Beratungen und Anhörungen unter Einbeziehung einer Vielzahl von Erkenntnissen und Meinungen unterschiedlichster Art entschieden, dass der tatsächliche oder mutmaßliche, etwa in konkreten Behandlungswünschen zum Ausdruck gekommene Wille eines aktuell einwilligungsunfähigen Patienten unabhängig von Art und Stadium seiner Erkrankung

verbindlich sein und den Betreuer sowie den behandelnden Arzt binden soll (§ 1901a Abs. 3 BGB; vgl. dazu die Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drucks. 16/8442 S. 11 f.; Diederichsen in Palandt BGB 69. Aufl. § 1901a Rn. 16 ff. u. 29). Eine betreuungsgerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit für Entscheidungen über die Vornahme, das Unterlassen oder den Abbruch medizinischer Maßnahmen ist auf Fälle von Meinungsdivergenzen zwischen Arzt und Betreuer oder Bevollmächtigtem über den Willen des nicht selbst äußerungsfähigen Patienten oder über die medizinische Indikation von Maßnahmen beschränkt (§ 1904 Abs. 2 und 4 BGB). Die Regelungen der §§ 1901a ff. BGB enthalten zudem betreuungsrechtliche Verfahrensregeln zur Ermittlung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Betreuten (vgl. dazu Diederichsen aaO Rn. 4 ff. u. 21 ff.; Diehn/Rebhan NJW 2010, 326; Höfling NJW 2009, 2849, 2850 f.).

b) Diese Neuregelung entfaltet auch für das Strafrecht Wirkung. Allerdings bleiben die Regelungen der §§ 212, 216 StGB von den Vorschriften des Betreuungsrechts unberührt, welche schon nach ihrem Wortlaut eine Vielzahl weit darüber hinaus reichender Fallgestaltungen betreffen und auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht etwa strafrechtsspezifische Regeln für die Abgrenzung erlaubter Sterbehilfe von verbotener Tötung enthalten (vgl. BT-Drucks. 16/8442 S. 7 f. u. 9). Im Übrigen ergibt sich schon aus dem grundsätzlich schrankenlosen und die unterschiedlichsten betreuungsrechtlichen Fallgestaltungen erfassenden Wortlaut des § 1901a BGB selbst, dass die Frage einer strafrechtlichen Rechtfertigung von Tötungshandlungen nicht nur als zivilrechts-akzessorisches Problem behandelt werden kann. Wo die Grenze einer rechtfertigenden Einwilligung verläuft und der Bereich strafbarer Tötung auf Verlangen beginnt, ist, ebenso wie die Frage nach der Reichweite einer Körperverletzung rechtfertigenden Einwilligung (§ 228 StGB), eine strafrechtsspezifische Frage, über die im Lichte der Verfassungsordnung und mit Blick auf die Regelungen anderer Rechtsbereiche, jedoch im Grundsatz autonom nach materiell strafrechtlichen Kriterien zu entscheiden ist (ebenso Verrel, Gutachten zum 66. DJT, (2006) C 34 ff. und 57 ff.; vgl. auch AE-Sterbebegleitung GA 2005, 533, 564; a.A. Lipp FamRZ 2004, 317; Neumann/Saliger HRRS 2006, 280, 284; offengelassen für das frühere Betreuungsrecht von Bernsmann ZRP 1996, 87, 90). Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte diese Grenze durch die Regelungen der §§ 1901a ff. BGB nicht verschoben werden (BT-Drucks. 16/8442 S. 9). Die §§ 1901a ff. BGB enthalten aber auch eine verfahrensrechtliche Absicherung für die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts von Patienten, die selbst zu einer Willensäußerung nicht (mehr) in der Lage sind. Sie sollen gewährleisten, dass deren Wille über den Zeitpunkt des Eintritts von Einwilligungsunfähigkeit hinaus gilt und beachtet wird. Diese Neuregelung, die ausdrücklich mit dem Ziel der Orientierungssicherheit für alle Beteiligten geschaffen wurde, muss unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung (vgl. Reus JZ 2010, 80, 83 f.) bei der Bestimmung der Grenze einer möglichen Rechtfertigung von kausal lebensbeendenden Handlungen berücksichtigt werden.

4. Das Landgericht hat eine Rechtfertigung des Angeklagten und der Mittäterin durch Einwilligung der betroffenen Patientin abgelehnt, weil nach seiner Auffassung die Voraussetzungen einer nach bisherigem Recht zulässigen so genannten passiven Sterbehilfe durch Unterlassen der weiteren künstlichen Ernährung nicht vorgelegen haben; es hat das Durchtrennen des Schlauchs der PEG-Sonde als aktives Handeln gewertet und deshalb der Einwilligung der Patientin eine rechtfertigende Wirkung abgesprochen.

a) Diese Ansicht entspricht der bisher in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend vertretenen Auffassung, wonach zwischen (unter bestimmten Bedingungen) erlaubter "passiver" und "indirekter" sowie stets verbotener "aktiver" Sterbehilfe zu unterscheiden sei (vgl. hierzu allgemein: Eser in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 21 ff.; Fischer StGB 57. Aufl. vor §§ 211-216 Rn. 16 ff.; Otto NJW 2006, 2214 ff.; Roxin in Roxin/Schroth Handbuch des Medizinstrafrechts 4. Aufl. S. 83 ff.; Chr. Schneider, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1998 S.33 ff.; H.Schneider in MüKo-StGB vor §§211ff. Rn.88ff.; Schöch in FS für Hirsch (1999) S. 693 ff.; Schreiber NSTZ 2006, 473, 474 ff.; Schroth GA 2006, 549 ff.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis 4. Aufl. (2008) S. 336, Rn. 275 ff., alle mwN; vgl. auch Sterbehilfe und Sterbebegleitung, Bericht der Bioethik-Kommission Rheinland-Pfalz v. 23.April 2004 S. 64 ff.). Das bloße Einstellen künstlicher Ernährung ist danach schon wegen seines äußeren Erscheinungsbildes, jedenfalls aber nach dem Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens, nicht als aktives Tun, sondern als Unterlassen und damit als "passives" Verhalten angesehen worden (BGHSt 40, 257, 265 f.; vgl. dazu auch Coeppecus FPR 2007, 63; Eser aaO Rn. 27 ff.; Fischer aaO Rn. 19 ff.; Rn. 92 u. 104 ff.; Helgerth JR 1995, 338, 339; Kutzer NSTZ 1994, 110, 113 f.; ders. FPR 2007, 59, 62; Merkel ZStW Bd. 107 (1995), 545, 554; H. Schneider aaO; Schöch NSTZ 1995, 153, 154; Schroth GA 2006, 549, 550 ff.; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 13 ff. u. C 56 f.; Vogel MDR 1995, 337, 338 f.; Weigend in LK 12. Aufl. § 13 Rn. 8; jew. mwN; grundlegend dazu schon Geilen, "Euthanasie" und Selbstbestimmung, 1975, S. 22 ff.). Eine zulässige "passive Sterbehilfe" setzt auf der Grundlage dieser Differenzierung nach bisher herrschender Meinung deshalb stets ein Unterlassen im Rechtssinn (§ 13 StGB) voraus; aktives Handeln im natürlichen Sinne soll danach stets als rechtswidriges Tötungsdelikt im Sinne der §§ 212, 216 StGB strafbar sein (vgl. Helgerth JR 1995, 338, 339).

b) An diesem an den äußeren Erscheinungsformen von Tun und Unterlassen orientierten Kriterium für die Abgrenzung zwischen gerechtfertigter und rechtswidriger Herbeiführung des Todes mit Einwilligung oder mutmaßlicher Einwilligung des betroffenen Patienten hält der Senat nicht fest.

aa) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat sich in der Vergangenheit selbst auch nicht durchgängig hieran orientiert, denn ein pflichtwidriges Unterlassen kann den Tatbestand des § 216 StGB ebenfalls erfüllen (BGHSt 13, 162, 166; 32, 367, 371). Schon dies zeigt, dass die Kriterien für die Abgrenzung zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten nicht allein in der äußerlichen Handlungsqualität gefunden werden können. Zwar unterscheidet das Gesetz zwischen dem pflichtwidrigen Unterlassen einer erfolgsabwendenden Handlung und dem aktiv erfolgsverursachenden Tun grundsätzlich wertungsmäßig, da es in § 13 Abs. 2 StGB für den Fall der Erfolgsverursachung durch Unterlassen eine fakultative Strafmilderung bereit hält (vgl. Kargl GA 1999, 459 ff.; Ulsenheimer aaO S. 336). Diese generelle Differenzierung lässt jedoch gleichzeitig die Möglichkeit offen, Tun und Unterlassen wertungsmäßig gleich zu gewichten und damit auch gleich zu behandeln, wenn der zugrunde liegende Lebenssachverhalt dies erfordert.

bb)Die Grenze zwischen erlaubter Sterbehilfe und einer nach den §§ 212, 216 StGB strafbaren Tötung kann nicht sinnvoll nach Maßgabe einer naturalistischen Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln bestimmt werden. Die Umdeutung der erlebten Wirklichkeit in eine dieser widersprechende normative Wertung, nämlich eines tatsächlich aktiven Verhaltens, etwa beim Abschalten eines Beatmungsgeräts, in ein "normativ verstandenes Unterlassen" - mit dem Ziel, dieses Verhalten als "passive

Sterbehilfe" rechtlich legitimieren zu können - ist in der Vergangenheit zu Recht auf Kritik gestoßen und als dogmatisch unzulässiger "Kunstgriff" abgelehnt worden (vgl. etwa Fischer StGB 57. Aufl. vor §§ 211-216 Rn. 20; Gropp in GS für Schlüchter (2002) S. 173, 184; Hirsch in FS für Lackner (1987) S. 597, 605; Kargl GA 1999, 459, 478 ff.).

Eine solche wertende Umdeutung aktiven Tuns in ein normatives Unterlassen wird den auftretenden Problemen nicht gerecht. Ein "Behandlungsabbruch" erschöpft sich nämlich nach seinem natürlichen und sozialen Sinngehalt nicht in bloßer Untätigkeit; er kann und wird vielmehr fast regelmäßig eine Vielzahl von aktiven und passiven Handlungen umfassen, deren Einordnung nach Maßgabe der in der Dogmatik und von der Rechtsprechung zu den Unterlassungstaten des § 13 StGB entwickelten Kriterien problematisch ist und teilweise von bloßen Zufällen abhängen kann. Es ist deshalb sinnvoll und erforderlich, alle Handlungen, die mit einer solchen Beendigung einer ärztlichen Behandlung im Zusammenhang stehen, in einem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammenzufassen, der neben objektiven Handlungselementen auch die subjektive Zielsetzung des Handelnden umfasst, eine bereits begonnene medizinische Behandlungsmaßnahme gemäß dem Willen des Patienten insgesamt zu beenden oder ihren Umfang entsprechend dem Willen des Betroffenen oder seines Betreuers nach Maßgabe jeweils indizierter Pflege- und Versorgungserfordernisse zu reduzieren (zum Begriff des "tätigen Behandlungsabbruchs" vgl. schon Jähnke in LK-StGB 11. Aufl. vor § 211 Rn. 18; ähnl. Roxin in Roxin/Schroth Handbuch des Medizinstrafrechts 4. Aufl. S. 94 f.; vgl. §214 AE-Sterbehilfe 1986 und §214 AE-Sterbebegleitung GA 2005, 552, 560 f. sowie Nr. II u. III der Grundsätze der BÄK zur ärztlichen Sterbebegleitung, Fassung 2004). Denn wenn ein Patient das Unterlassen einer Behandlung verlangen kann, muss dies gleichermaßen auch für die Beendigung einer nicht (mehr) gewollten Behandlung gelten, gleich, ob dies durch Unterlassen weiterer Behandlungsmaßnahmen oder durch aktives Tun umzusetzen ist, wie es etwa das Abschalten eines Respirators oder die Entfernung einer Ernährungssonde darstellen. Dasselbe gilt, wenn die Wiederaufnahme einer dem Patientenwillen nicht (mehr) entsprechenden medizinischen Maßnahme in Rede steht (so etwa Eser in Schönke/Schröder/Eser StGB 27. Aufl. vor § 211 Rn. 31 f.; Roxin NStZ 1987, 345, 350; LG Ravensburg NStZ 1987, 229), die verhindert werden soll.

cc) Da eine Differenzierung nach aktivem und passivem Handeln nach äußerlichen Kriterien nicht geeignet ist, sachgerecht und mit dem Anspruch auf Einzelfallgerechtigkeit die Grenzen zu bestimmen, innerhalb derer eine Rechtfertigung des Handelns durch den auf das Unterlassen oder den Abbruch der medizinischen Behandlung gerichteten Willen des Patienten anzuerkennen ist, müssen andere Kriterien gelten, anhand derer diese Unterscheidung vorgenommen werden kann. Diese ergeben sich aus den Begriffen der "Sterbehilfe" und des "Behandlungsabbruchs" selbst und aus der Abwägung der betroffenen Rechtsgüter vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ordnung.

Der Begriff der Sterbehilfe durch Behandlungsunterlassung, -begrenzung oder -abbruch setzt voraus, dass die betroffene Person lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung oder Verlängerung des Lebens geeignet ist. Nur in diesem engen Zusammenhang hat der Begriff der "Sterbehilfe" einen systematischen und strafrechtlich legitimierenden Sinn. Vorsätzliche lebensbeendende Handlungen, die außerhalb eines solchen Zusammenhangs mit einer medizinischen Behandlung einer Erkrankung vorgenommen werden, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung dagegen von vornherein nicht zugänglich; dies ergibt sich ohne Weiteres aus

§ 216 und § 228 StGB und den diesen Vorschriften zugrunde liegenden Wertungen unserer Rechtsordnung.

Eine durch Einwilligung gerechtfertigte Handlung der Sterbehilfe setzt überdies voraus, dass sie objektiv und subjektiv unmittelbar auf eine medizinische Behandlung im oben genannten Sinn bezogen ist. Erfasst werden hiervon nur das Unterlassen einer lebenserhaltenden Behandlung oder ihr Abbruch sowie Handlungen in der Form der so genannten "indirekten Sterbehilfe", die unter Inkaufnahme eines möglichen vorzeitigen Todeseintritts als Nebenfolge einer medizinisch indizierten palliativen Maßnahme erfolgen.

Das aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen legitimiert die Person zur Abwehr gegen nicht gewollte Eingriffe in ihre körperliche Unversehrtheit und in den unbeeinflussten Fortgang ihres Lebens und Sterbens; es gewährt ihr aber kein Recht oder gar einen Anspruch darauf, Dritte zu selbständigen Eingriffen in das Leben ohne Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung zu veranlassen. Eine Rechtfertigung durch Einwilligung kommt daher nur in Betracht, wenn sich das Handeln darauf beschränkt, einen Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt, indem zwar Leiden gelindert, die Krankheit aber nicht (mehr) behandelt wird, so dass der Patient letztlich dem Sterben überlassen wird. Nicht erfasst sind dagegen Fälle eines gezielten Eingriffs, der die Beendigung des Lebens vom Krankheitsprozess abkoppelt (vgl. zu dieser Unterscheidung auch Höfling JuS 2000, 111, 113; Verrel, Gutachten zum 66. DJT, 2006, C 64).

Eine solche Unterscheidung nach den dem Begriff des Behandlungsabbruchs immanenten Kriterien der Behandlungsbezogenheit und der Verwirklichung des auf die Behandlung bezogenen Willens der betroffenen Person ist besser als die bisherige, dogmatisch fragwürdige und praktisch kaum durchführbare Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Handeln geeignet, dem Gewicht der betroffenen Rechtsgüter in der Abwägung Geltung zu verschaffen und für alle Beteiligten eine klare rechtliche Orientierung zu bieten.

Die tatbestandlichen Grenzen des § 216 StGB bleiben hierdurch unberührt. Dies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers des Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes, wonach Handlungen, die der Ablehnung einer medizinischen Maßnahme oder der Untersagung ihrer Fortführung durch den betroffenen Patienten Rechnung tragen, von einer Tötung auf Verlangen i.S.d. § 216 StGB strikt zu unterscheiden sind (vgl. BT-Drucks. 16/8442 S. 3, 7 f.).

dd) Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens gelten beweismäßig strenge Maßstäbe, die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter Rechnung zu tragen haben (vgl. schon BGHSt 40, 257, 260 f.). Dies hat insbesondere zu gelten, wenn es beim Fehlen einer schriftlichen Patientenverfügung um die Feststellung eines in der Vergangenheit mündlich geäußerten Patientenwillens geht. Die Verfahrensregeln der §§ 1901a ff. BGB, insbesondere das zwingend erforderliche Zusammenwirken von Betreuer oder Bevollmächtigtem und Arzt sowie gegebenenfalls die Mitwirkung des Betreuungsgerichts, sichern die Beachtung und Einhaltung dieser Maßstäbe.

c) Die Anwendung der oben dargelegten Grundsätze einer Rechtfertigung des Behandlungsabbruchs ist nicht auf das Handeln der den Patienten behandelnden Ärzte sowie der Betreuer und Bevollmächtigten beschränkt, sondern kann auch das Handeln

Dritter erfassen, soweit sie als von dem Arzt, dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten für die Behandlung und Betreuung hinzugezogene Hilfspersonen tätig werden. Dies folgt schon daraus, dass sich ein Behandlungsabbruch in der Regel nicht in einzelnen Handlungen oder Unterlassungen erschöpft, sondern unter Umständen ein Bündel von meist palliativ-medizinischen Maßnahmen erfordert, die nicht notwendig vom behandelnden Arzt selbst vorgenommen werden müssen.

5. Ob der Senat mit der dargelegten Auslegung des § 216 StGB und der Inhaltsbestimmung des Rechtfertigungsgrunds der Einwilligung im Rahmen der Sterbehilfe von früheren tragenden Entscheidungen anderer Senate des Bundesgerichtshofs abweicht, kann dahinstehen, weil der Senat auf der Grundlage der neuen gesetzlichen Regelung der §§ 1901a ff. BGB zu entscheiden hatte; eine Anfrage gem. § 132 Abs. 3 GVG war daher nicht geboten (vgl. BGHSt 44, 121, 124; BGH NSTz 2002, 160 f.). Wäre nach der Rechtslage vor dem 1. September 2009 das Handeln des Angeklagten nicht gerechtfertigt gewesen, so wäre die Rechtsänderung jedenfalls gemäß § 2 Abs. 3 StGB und § 354a StPO zu seinen Gunsten zu berücksichtigen.

6. Der Angeklagte hat als von den Betreuern der Frau K. hinzugezogener und sie beratender Rechtsanwalt ebenso wenig rechtswidrig gehandelt wie die Betreuer selbst. Er war deshalb gemäß § 354 Abs. 1 StPO durch den Senat freizusprechen.

II. Die Revision der Staatsanwaltschaft

Die allein gegen die Strafzumessung gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft ist nach alledem unbegründet und war deshalb zu verwerfen.

WisteV Aufsätze und Anmerkungen

**OStA Carsten Krick¹, Generalstaatsanwaltschaft
Koblenz**

**Die Strafbarkeit von Korruptionsdelikten
bei niedergelassenen Vertragsärzten²**



I.

Ein altes Sprichwort besagt: „Wer gut fahren will, der muss auch gut schmieren“ (Benjamin in Zimmermanns Zitatlexikon für Juristen, 1998, S. 137, Ax/Schneider, Rechtshandbuch Korruptionsbekämpfung, 2006, Rdnr. 113). Die praktische Relevanz

¹ Der Verfasser ist Dezernent bei der Generalstaatsanwaltschaft in Koblenz; der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder.

² Überarbeiteter und mit Fußnoten versehener Vortrag gehalten auf der 4. Fachtagung „Betrug im Gesundheitswesen“ am 17. und 18. 02. 2010 in Hannover (KHK-Allianz). Vorgeschlagene Zitierweise: „Krick, WisteV-Med 2/2010, S. 21 ff.“

dieser bekannten Volksweisheit finden wir gegenwärtig leider oftmals bestätigt. Kein Lebensbereich scheint gegen die Versuchung gefeit, eine amtliche, vergleichbar wirtschaftliche oder politische Funktion zu der Erlangung persönlicher - in der Regel finanzieller - Vorteile zu missbrauchen (Ax/Schneider, a.a.O.).

Die Korruption betrifft sowohl die Politik und die Verwaltung als auch die Wirtschaft. Sie untergräbt das Vertrauen in den Rechtsstaat sowie die Integrität des Wettbewerbs und führt letztlich zu einer Zersetzung der Funktionsfähigkeit der staatlichen, gesellschaftlichen und marktwirtschaftlichen Strukturen. Auch in Deutschland wird die Korruption längst „auf dem Vormarsch“ befindlich angesehen, zumal gerade in der jüngeren Vergangenheit immer wieder neue spektakuläre Korruptionssachverhalte bekannt geworden sind. Zwar weisen die polizeilichen Kriminal- und Strafverfolgungsstatistiken für die Bestechungsdelikte im Vergleich zur Gesamtkriminalität insgesamt nach wie vor vergleichsweise geringfügige Zahlen aus, doch geht man allgemein von einem beträchtlichen Dunkelfeld aus (s. dazu näher Ax/Schneider, a.a.O., Rdnr. 114).

Das gilt auch hinsichtlich des Gesundheitswesens. Auf dem Gesundheitsmarkt in Deutschland werden pro Jahr etwa 230 Milliarden Euro umgesetzt. Schätzungsweise 145 Milliarden Euro entfallen hierbei auf den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung. Davon sollen nach groben Einschätzungen dem öffentlichen Gesundheitswesen etwa sechs bis zwanzig Milliarden Euro jährlich durch Betrug und Korruption verloren gehen (vgl. etwa Badle, NJW 2008, 1028, 1028).

Der seit Jahren stetig steigende Kostendruck im Gesundheitswesen hat das öffentliche Bewusstsein für dessen zunehmend schwierige Finanzierung geweckt. Dieser Wandel in der allgemeinen Wahrnehmung wird begleitet von einer verstärkten Berichterstattung über Fehlverhaltensweisen der am Gesundheitswesen Beteiligten. Angesichts der Presseberichterstattung über bundesweite Ermittlungen gegen Verantwortliche führender Pharmaunternehmen und niedergelassene Vertragsärzte, denen für die Verschreibung von Produkten dieser Unternehmen systematisch Umsatzvergütungen gewährt worden waren, sowie etwa zuletzt über die Zahlungen von Prämien an Ärzte für die Überweisung von Patienten an bestimmte Kliniken gewinnt dabei auch die Diskussion über die strafrechtliche Bewertung solcher Vorgänge zunehmend an Bedeutung (s. hierzu etwa Klötzer, NStZ 2008, 12, 12 m.w.N.).

Die Bandbreite der - auch durch staatsanwaltschaftliche Ermittlungen - zunehmend in den Blickwinkel der Öffentlichkeit gerückten Verhaltensweisen, durch die Einfluss auf den Wettbewerb genommen wird, reicht dabei von der Ausrichtung von Kongressreisen, bei denen die Anreise- und Übernachtungskosten sowie Spesen durch pharmazeutische Unternehmen übernommen werden, dem Abschluss entgeltlicher Studien-, Berater- und Forschungsverträge, Spenden an medizinische Einrichtungen und Fördervereine, Gehaltszahlungen an Ärzte und Klinikmitarbeiter, der Veranstaltung oder finanziellen Unterstützung von Symposien oder Fortbildungen, der Vergütung von Vorträgen, Publikationen oder des Vorsitzes bei einer Diskussionsveranstaltung bis hin zu Bonuszahlungen oder Umsatzbeteiligungen auf Grund der ärztlichen Verordnung bestimmter Produkte (Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., § 13 Rdnr. 1). Dabei handelt es sich indes nicht in allen Fällen um unzweifelhaft strafwürdige Handlungen, wie dies etwa bei als Spenden deklarierten Rabatten, getarnten Zuwendungen, Scheinberaterverträgen, verdeckten Provisionszahlungen oder aufwendigen Einladungen der Fall sein kann, sondern auch um Sachverhalte, bei denen ein wissenschaftlicher

Vortrag oder eine sorgfältig angelegte Studie lediglich angemessen honoriert werden oder bei denen die Zuwendung wegen der Teilnahme an einer ausschließlich der Fortbildung dienenden Tagung erfolgt (Ulsenheimer, a.a.O.). Dass hierbei in der öffentlichen Diskussion oft nicht ausreichend differenziert wird, liegt wohl auch daran, dass im täglichen Sprachgebrauch mit dem Wort „Korruption“ in der Regel mehr als nur die Bezeichnung eines rechtlichen Sachverhalts, nämlich zugleich eine moralische Bewertung, zum Ausdruck gebracht wird (s. hierzu etwa Ax/Schneider, a.a.O., Rdnr. 118 m.w.N.). So fällt dieser Begriff häufig bereits im Zusammenhang mit der Käuflichkeit einer Gesinnung, sei es, dass „sich jemand korrumpieren lässt“ oder „seine Ideale verkauft“. Auch im Kontext mit Protektion, Betrug oder Lobbyismus wird gerne das Wort „Korruption“ verwandt. Dieses Verständnis dürfte vor allem auf die Verwendung des Begriffs in der Medienberichterstattung zurückzuführen sein, bei der das Wort „Korruption“ oftmals schon als Synonym für „Skandale“ jeglicher Form oder bei solchen Begebenheiten gebraucht wird, die lediglich von den Wertvorstellungen der sie beurteilenden Personen abweichen (Ax/Schneider, a.a.O., m.w.N.).

Bei der öffentlichen Wahrnehmung einer Korruptionsdebatte wird ebenfalls nicht selten mit zweierlei Maß gemessen. So stimmen zwar viele zu, dass es unmoralisch ist, andere zu bestechen oder sich selbst bestechen zu lassen. Die Frage aber nach dem rechtlich zulässigen Rahmen, in dem dies geschieht, wird von denjenigen, die ihre wirtschaftlichen Ziele auch mittels Bestechung verfolgen, längst nicht immer mit solcher Heftigkeit gestellt, wie ihre moralische Empörung sich zumeist äußert, wenn sie mit entsprechenden Sachverhalten und der Frage ihrer etwaigen Strafbarkeit in einen Zusammenhang gebracht werden. So soll beispielsweise nach einem Bericht von Spiegel-Online vom 17. September 2009 nach dem Bekanntwerden der Einstellung einer Vielzahl entsprechender Ermittlungsverfahren ein Vertreter der Ärzteschaft Zahlungen eines Pharmakonzerns an niedergelassene Ärzte aus Anlass der vorrangigen Verordnung seiner vertriebenen Produkte als „ganz normales, natürliches Verhalten“ kommentiert haben. Andererseits ist auch nicht zu verkennen, dass auf Grund der mitunter öffentlich diskutierten sowie teilweise abweichend beurteilten rechtlichen Sachverhalte bei der Ärzteschaft zunehmend Ängste vor vorschnellen Korruptionsvorwürfen sowie Verunsicherung darüber entstanden sind, ob und in welchen Fällen ein strafbares Verhalten vorliegt.

Das Gesetz stellt nicht jede Form der Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung generell unter Strafe, sondern lediglich bestimmte, in den §§ 108e, 298, 299, 331 ff StGB näher geregelte Verhaltensweisen einzelner Personengruppen. Eine Ausweitung der dort geregelten Strafbarkeit über den Wortsinn dieser Bestimmungen hinaus, kommt - auch wenn dies auf Grund neuer Entwicklungen und der Notwendigkeit, das Strafrecht aktuellen Gegebenheiten anzupassen, mitunter kriminalpolitisch an sich wünschenswert erschiene - wegen des strafrechtlichen Analogieverbots (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB; s. dazu etwa BVerfG, Beschluss vom 19. März 2007 - 2 BvR 2273/06 -; OLG Koblenz, NJW 2004, 524, 525 - jew. m.w.N. -) nicht in Betracht. Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass der Anwendungsbereich und die Reichweite des Straftatbestands sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen. Damit soll einerseits sichergestellt werden, dass die Normadressaten voraussehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist (BVerfG, a.a.O.). Ferner soll durch das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot gewährleistet werden, dass die Entscheidung über ein strafwürdiges Verhalten grundsätzlich durch den Gesetzgeber und nicht erst durch die Rechtsprechung getroffen wird. Das schließt allerdings nicht die

Verwendung von gesetzlichen Begriffen aus, die im besonderen Maße einer Deutung durch die Gerichte bedürfen. Wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von strafrechtlichen Bestimmungen ist es vielmehr unvermeidlich, dass es in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten strafbar ist, so dass die Rechtsprechung in diesen Fällen das Gesetz auslegen kann. Der Normadressat muss aber - jedenfalls im Regelfall - anhand der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten unter Strafe gestellt ist oder zumindest das Risiko einer Bestrafung besteht (BVerfG, NJW 2001, 1848, 1849; OLG Koblenz, a.a.O.). Eine über den erkennbaren Wortsinn der Vorschrift hinausgehende Bewertung eines Sachverhalts als Straftat wäre daher rechtlich nicht zulässig. Dies gilt selbst dann, wenn in Folge des Bestimmtheitsgebotes besonders gelagerte Einzelfälle aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes hinausfielen, die ähnlich strafwürdig erscheinen wie das unter Strafe gestellte Verhalten. Es ist dann Sache des Gesetzgebers, zu entscheiden, ob er die Strafbarkeitslücke bestehen lassen oder durch eine neue Regelung schließen will (BVerfG, Beschluss vom 19. März 2007 - 2 BvR 2273/06 -).

Wenn vor diesem Hintergrund, wie auch unlängst im Rahmen der öffentlich geführten Diskussion wegen der Strafbarkeit von Einweisungsprämien, nach der Ärzte wegen der Zuweisung von Patienten an bestimmte Kliniken sogenannte „Kopfprämien“ erhalten haben sollen, bei rechtlich nicht ganz eindeutigen Sachverhalten, in denen das Strafrecht gefordert scheint, oftmals geradezu reflexartig der Ruf nach einer strafrechtlichen Verfolgung oder Gesetzesänderungen erfolgt, sollte allerdings nicht übersehen werden, dass Strafdrohungen nicht dem Bild einer entschlossenen Rechtspolitik in der öffentlichen Wahrnehmung, sondern einem gesetzlich legitimen Rechtsgüterschutz dienen (s. hierzu näher Hassemer, ZRP 2009, 221, 222).

II.

Es bedarf aus meiner Sicht daher in erster Linie einer genauen Analyse der jeweiligen Sachverhalte und der ihnen zu Grunde liegenden rechtlichen Problemstellungen um zu sehen, ob die angesprochenen Verhaltensweisen der Vertragsärzte nach geltender Rechtslage strafbar sind oder nicht. Im Zuge dieses Kurzvortrages sollen indes nicht sämtliche denkbaren Sachverhaltskonstellationen, sondern lediglich einzelne Fragen, vor allem im Zusammenhang mit dem so genannten Pharmamarketing und dessen strafrechtlicher Bewertung, angesprochen werden. Hierbei geht es in erster Linie um diejenigen Fälle, in denen beispielsweise von Herstellern medizinischer Produkte, sonstigen Drittanbietern oder Krankenhausträgern Zuwendungen an Vertragsärzte, wie etwa umsatzbezogene Bonuszahlungen oder andere finanzielle Vergütungen, mit dem Ziel erfolgen, bei dem Bezug von Medikamenten, Heil- und Hilfsmitteln oder der Einweisung von Patienten wettbewerbswidrig gegenüber anderen Anbietern bevorzugt zu werden.

Die strafrechtliche Bewertung solcher Praktiken hängt zunächst davon ab, gegenüber wem die durch die Zuwendung von Vorteilen beeinflussten Leistungen abgerechnet werden.

1. Bezieht der Vertragsarzt einen Teil der von ihm gegenüber dem Kassenpatienten erbrachten Sachleistungen, wie z.B. Verbandsmittel, Kontrastmittel, Augenlinsen oder Zahnersatz, von Drittanbietern und rechnet er diese sodann direkt mit den gesetzlichen Krankenkassen ab, ohne gegenüber dem Kostenträger Angaben zu ihm hierbei verdeckt gewährten Rückvergütungen, d. h. sogenannten „Kick-back-Leistungen“ (s. hierzu etwa

Badle, NJW 2008, 1028, 1033 f.; Kölbel, wistra 2009, 129, 130), zu machen, liegt ein Delikt des Betrugers (§ 263 StGB) zum Nachteil der Krankenkassen vor, da die Abrechnung des vollen Preises gegenüber der Kasse die stillschweigende, unzutreffende Erklärung enthält, dass diese Kosten tatsächlich und endgültig angefallen sind (BGH, NStZ 2004, 568, 569 m. Anm. Ulsenheimer, MedR 2005, 622; Geis, GesR 2006, 345; abweichend: OLG Hamm, NStZ-RR 2006, 13, 13 f. = MedR 2005, 236, 237, das in diesen Fällen den Tatbestand der Untreue - § 266 StGB - als gegeben erachtet). Hierdurch ist den Krankenkassen, die für den vollen Betrag aufgekommen sind, auch ein entsprechender Schaden entstanden, weil dem Arzt nur die Erstattung der von ihm tatsächlich verauslagten Kosten durch den Kostenträger zusteht (BGH, a.a.O.; vgl. auch § 44 Abs. 5 Satz 4 Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV-Ä -).

Eine Strafbarkeit des Arztes gemäß § 299 Abs. 1 StGB wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr kommt dagegen nicht in Betracht, da der Vertragsarzt in diesem Falle bei dem Bezug der Waren oder der gewerblichen Leistungen als eigener Geschäftsherr handelt, so dass die gesetzlichen Voraussetzungen dieses Tatbestandes nicht gegeben sind (s. auch Tiedemann in Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 299 Rdnr. 18; 32 m.w.N.).

Ebenso scheidet, worauf ich an späterer Stelle noch näher eingehen werde, eine Strafbarkeit des Vertragsarztes wegen eines Amtsträgerbestechungsdeliktes gemäß § 331 StGB bzw. § 332 StGB aus.

2. Werden die von dem Vertragsarzt verordneten Leistungen demgegenüber von den Kassenpatienten über Dritte bezogen und von diesen gegenüber den Krankenkassen abgerechnet, unterscheidet sich die Rechtslage auf Grund der Besonderheiten des kassenärztlichen Abrechnungssystems. Darüber hinaus kommt es für die weitere rechtliche Beurteilung darauf an, ob die auf Grund der Vorteilsgewährung verordneten Leistungen medizinisch notwendig waren oder nicht.

2.1. War die verordnete Leistung medizinisch nicht indiziert, ist der Tatbestand der Untreue (§ 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB) zum Nachteil der gesetzlichen Krankenkassen gegeben (BGHSt 49, 17, 24 = NJW 2004, 454, 456 = wistra 2004, 143, 145 = StV 2004, 422, 423 m. zust. Anm. Herffs, wistra 2006, 63; s. dazu ferner BGH, NStZ 2004, 568, 569 m. Anm. Ulsenheimer, MedR 2005, 622; Geis, GesR 2006, 345; Weidhaas, ZMGR 2005, 52, 55), weil der Vertragsarzt in diesem Falle seine im Außenverhältnis wirksame Befugnis zur Vermögensverfügung oder -verpflichtung im Verhältnis zum Geschäftsherrn entgegen § 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V bestimmungswidrig ausgeübt hat. Nach den Prinzipien des kassenärztlichen Abrechnungssystems handelt der Vertragsarzt bei der Ausstellung einer Verordnung als Vertreter der Krankenkasse, indem er an ihrer Stelle das Rahmenrecht (§§ 91, 92 SGB V) der einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung (§ 27 SGB V) konkretisiert (vgl. auch § 29 ff. Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV-Ä -; § 15 Abs. 1 Ersatzkassenverordnung - EKV -). Der Vertragsarzt darf allerdings den materiellen und formellen Rahmen der kassenärztlichen Versorgung nicht verlassen (BGH, a.a.O.; vgl. ferner BSG, BSGE 73, 271, 278, 281 f.). Er darf deshalb Leistungen, die jenseits der Bandbreite offener Wertungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst nicht notwendig, nicht ausreichend oder unzumutbar sind, nicht verordnen (§ 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V; s. dazu auch §§ 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V, 16 Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV - Ärzte -). Verschreibt der Vertragsarzt eine Leistung zu Lasten der Krankenkasse, obwohl er sie in diesem Sinne nicht bewirken darf, missbraucht er die ihm gesetzlich eingeräumten Befugnisse. Damit verletzt er zugleich seine Betreuungspflicht gegenüber

dem Vermögen der Krankenkassen. Indem der Vertragsarzt ärztliche Leistungen verordnet, erfüllt er die im Interesse der Krankenkasse liegende Aufgabe, gemäß den §§ 29 ff. SGB V deren Mitglieder mit Arznei- und Verbandsmitteln sowie sonstigen Heil- und Hilfsmitteln oder kieferorthopädisch zu versorgen. Da er bei der Erfüllung dieser Aufgabe der Kasse gegenüber kraft Gesetzes verpflichtet ist, medizinisch nicht notwendige Leistungen (§ 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V) nicht zu bewirken, kommt darin eine Vermögensbetreuungspflicht zum Ausdruck (BGH, BGHSt, a.a.O. = NJW, a.a.O. = wistra, a.a.O. = StV, a.a.O., 424). Der Vertragsarzt nimmt insoweit Vermögensinteressen der Krankenkasse wahr. Der aus der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht resultierende Vermögensnachteil der für die Leistung aufkommenden Krankenkasse besteht in diesem Falle darin, dass sie die Leistung vergütet hat, obgleich die Leistung wegen deren fehlender sozialrechtlicher Erstattungsfähigkeit von dem Versicherten nicht beansprucht, von den Leistungserbringern nicht bewirkt und von den Kassen daher nicht bewilligt werden durfte (§ 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V).

Neben der Untreue kommt - wie wir noch sehen werden - ein Delikt des Vertragsarztes gemäß § 299 Abs. 1 StGB wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr in Betracht.

Ein Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) zum Nachteil der Krankenkassen scheidet in diesen Fällen dagegen aus (vgl. BGH, BGHSt a.a.O., 23 = NJW, a.a.O. = wistra, a.a.O., 144 f. = StV, a.a.O., 423; NStZ, a.a.O., 570). Zwar enthält das von dem Patienten bei dem Leistungserbringer, beispielsweise einem Apotheker, vorgelegte Rezept die stillschweigende Behauptung, dass es sich bei den verschriebenen Medikamenten oder Hilfsmitteln um notwendige Leistungen handelt. Es fehlt jedoch an einem für dessen Vermögensverfügung, d.h. die Aushändigung des Arznei- oder Hilfsmittels, kausalen Irrtum, da der Leistungserbringer auf Grund der Vorlage einer ordnungsgemäß ausgestellten kassenärztlichen Verordnung regelmäßig berechtigt und gesetzlich verpflichtet ist, die ärztliche Verordnung auf Kosten der Krankenkasse auszuführen. Ob die Leistung notwendig im Sinne von § 12 Abs. 1 SGB V ist, haben die Leistungserbringer, die in der Regel ohnehin keinen (medizinischen) Einblick in das Arzt-Patienten-Verhältnis haben, so dass sich ihnen die (fehlende) Notwendigkeit sozialversicherungsrechtlicher Leistungen nicht erschließt, abgesehen von den Fällen, in denen ein Missbrauch offensichtlich ist, hingegen grundsätzlich nicht zu prüfen (BGH, BGHSt, a.a.O., 21 ff = NJW, a.a.O. = wistra, a.a.O. = StV, a.a.O.; NStZ, a.a.O.; BSG, BSGE 77, 194, 208 f.; Herffs, a.a.O., 64 m.w.N.; vgl. dazu auch § 17 Abs. 4, 5, 5a, 8 ApoBetrO; §§ 129 Abs. 2 SGB V, 3 Abs. 1 des Rahmenvertrages des Deutschen Apothekerverbandes e.V. und den Spitzenverbänden der Krankenkassen über die Arzneimittelversorgung, 4 Abs. 1, 5 Satz 4 und 5 Arzneliefervertrag - ALV - bzw. §§ 126, 127 SGB V, § 8 der gemeinsamen Empfehlung der Spitzenverbände der Krankenkassen). Ein Schaden des Leistungserbringers liegt ebenfalls nicht vor, da dieser, wenn er sich an die ärztliche Verordnung hält, in seinem Vertrauen auf die Bezahlung des Kaufpreises durch die Krankenkasse geschützt ist (vgl. BGH, NStZ, a.a.O.; BSG, SozR 3-2500 § 132a Nr. 3). Die Krankenkasse kann dem Leistungserbringer Einwendungen, die die ärztliche Verordnung betreffen, regelmäßig nicht entgegenhalten, so dass ihr ein Leistungsverweigerungsrecht nicht zusteht (BGH, a.a.O.; BSG, BSGE 77, 194, 206); ihr bleibt insoweit lediglich die Möglichkeit eines Rückgriffs gegenüber dem Arzt (vgl. BGH, BGHSt, a.a.O. = NJW, a.a.O., 456 = wistra, a.a.O., 145 = StV, a.a.O.).

Durch die zeitlich spätere Weiterleitung der vertragsärztlichen Verordnung an die Krankenkasse durch den (gutgläubigen) Leistungserbringer hat der Arzt auch keine Täuschung gegenüber den Krankenkassen begangen, die diese zu einer ihm vorteilhaften

Vermögensverfügung veranlassen könnten. Sofern die Kasse überhaupt eine inhaltliche Prüfung auf die medizinische Notwendigkeit verordneter Heil- oder Hilfsmittel vornimmt, erfolgt dies ausschließlich im Hinblick auf die mögliche Geltendmachung von Regressansprüchen gegenüber dem Vertragsarzt. Insoweit bestünde jedoch keine Stoffgleichheit zwischen dem in dem Unterlassen eines etwaigen Rückgriffs liegenden Vermögensnachteil der Krankenkasse und den von dem Vertragsarzt auf Grund der sachwidrigen Verordnung erlangten oder erstrebten Bonuszahlungen oder sonstigen Zuwendungen. Im Übrigen wäre ein solcher Betrug unter den hier gegebenen Umständen wegen des Fehlens eines neuen, eigenständigen Schadens als straflose, mitbestrafte Nachtat der vorangegangenen Untreue anzusehen (BGH, NStZ 2004, 568, 570; OLG Hamm, a.a.O., 14; s. dazu auch Herffs, a.a.O., 65).

2.2. War die verordnete Leistung dagegen medizinisch erforderlich, scheidet eine Strafbarkeit des Vertragsarztes, sieht man von der wegen eines Bestechungsdeliktes ab, in aller Regel aus.

2.2.1. Eine Untreue (§ 266 StGB) kommt grundsätzlich nicht in Betracht, da der Umstand, dass die Verordnung der an sich medizinisch indizierten Leistung gegebenenfalls auf Grund der in Aussicht gestellten Drittzugewendungen und wettbewerbswidrigen Erwägungen erfolgt ist, gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen keine Verletzung einer spezifischen Vermögensbetreuungspflicht darstellt. Zwar soll durch die §§ 3, 34 der jeweiligen Berufsordnungen für Ärzte (BOÄ) und die am 1. Januar 2010 in Kraft getretene Regelung des § 128 Abs. 6 SGB V, mit der das in § 128 Abs. 2 SGB V (a.F.) bereits für Heil- und Hilfsmittel vorgesehene Verbot von Zuwendungen an Vertragsärzte auf die Verordnung von Arzneimitteln und sonstigen Leistungen nach den §§ 31 und 116b Abs. 6 SGB V erstreckt worden ist, die Gewährung von finanziellen Vorteilen im Zusammenhang mit der Versorgung von Versicherten ohne Kenntnis und Beteiligung der Krankenkassen ausgeschlossen werden (vgl. BT-Drs. 16/12256, S. 65). In der Rechtsprechung ist indes anerkannt, dass Rechtsbeziehungen, die sich - in einzelnen Facetten - als Treueverhältnis im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB darstellen, sonstige Verpflichtungen enthalten können, deren Einhaltung nicht vom Untreuetatbestand geschützt ist (vgl. BGHSt 47, 295, 297). Daher begründet nicht jede Zuwiderhandlung gegen eine gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht, sondern nur der Verstoß gegen solche Pflichten, die - wie bspw. das Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß § 12 Abs. 1 SGB V (vgl. dazu auch §§ 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V, 16 Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV-Ä -) - konkret auf die Wahrnehmung bestimmter Vermögensinteressen des Geschäftsherrn abzielen (BGH, BGHSt 47, 295, 297; Samson/Günther in SK-StGB, 6. Aufl., § 266 Rdnr. 28). Das ist hier nicht der Fall. Die Nichterfüllung des dem Geschäftsherrn analog § 687 Abs. 2 BGB zustehenden Anspruchs auf Herausgabe von Provisionen oder sonstigen Schmiergeldern ist ebenfalls keine Verletzung einer qualifizierten Treuepflicht im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB (vgl. BGH, NStZ 1995, 233, 234; BGHR, StGB, § 266 Nachteil 49; wistra 2001, 304, 305; BGHSt 47, 295, 298; 49, 317, 335; Schünemann, NStZ 2006, 196, 201).

Es fehlt überdies bei dieser Sachverhaltskonstellation regelmäßig an einem Vermögensnachteil der Krankenkassen. War die von dem niedergelassenen Arzt verordnete Leistung ungeachtet der ihm deswegen gegebenenfalls gewährten Umsatzbeteiligung medizinisch der Sache nach erforderlich, erleiden die Krankenkassen auf Grund der Verordnung keinen Vermögensnachteil, da sie zu der Leistung der aus medizinischer Sicht erforderlichen (§ 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V) Behandlung gesetzlich verpflichtet sind (vgl. §§ 2, 11, 27, 31, 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Die Tatsache, dass die

Provisions- bzw. Schmiergeldabrede gemäß den §§ 134, 138 Abs. 1 BGB zivilrechtlich nichtig ist, führt nicht zu der Unwirksamkeit des Hauptvertrages (BGH, BGHZ 110, 156, 175; 141, 357, 359 f.; 360; NJW 1998, 2531, 2533; kritisch Bernsmann, StV 2005, 576, 577 f.), so dass weder die verordnete Leistung noch die in Rechnung gestellte ärztliche Behandlung von der Nichtigkeit dieser Absprache berührt werden.

Selbst wenn die den Ärzten gewährten Zuwendungen von dem Hersteller des verschriebenen Produkts in dessen Preis einkalkuliert worden wären und verordnete, den Krankenkassen in Rechnung gestellte Mittel deswegen wirtschaftlich überteuert wären und der Vertragsarzt hiervon Kenntnis hätte, so dass hierin ein vorsätzlicher Verstoß gegen das eine spezifische Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes darstellende Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V) gesehen werden könnte (vgl. BGH, BGHSt 47, 295, 298 f.; NStZ 2004, 568, 569 f.; OLG Hamm, a.a.O.), läge - soweit es verschreibungspflichtige (§ 29 Abs. 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV-Ä -) Arzneimittel betrifft - nicht zwangsläufig ein Schaden der Krankenkassen vor, da die Kassen gemäß den §§ 35, 35a SGB V ohnehin nur zu der Zahlung eines Festbetrages für Medikamente mit demselben oder einem pharmakologisch vergleichbaren Wirkstoff verpflichtet sind, soweit der Bundesausschuss für Ärzte und Krankenkassen in den Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V für dieselbe Gruppe von Arzneimitteln Festbeträge festgesetzt hat oder durch das Bundesministerium für Gesundheit durch Rechtsverordnung entsprechende Festbeträge bestimmt worden sind (näher zu dieser Thematik etwa Neupert, NJW 2006, 2811, 2811). Da nach § 35 Abs. 4 SGB V ein Festbetrag für Arzneimittel mit denselben Wirkstoffen (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB V) allerdings erst drei Jahre nach der ersten Zulassung eines wirkstoffgleichen Arzneimittels festgesetzt werden kann, käme ein Vermögensnachteil der Krankenkassen daher grundsätzlich allenfalls bei neu zugelassenen Arzneimitteln in Betracht. Darüber hinaus können sich nachträgliche, umsatzbezogene Zuwendungen von Pharmaunternehmen an Vertragsärzte auf Grund der Preisbindung verschreibungspflichtiger Fertigarzneimittel, d.h. des gesetzlich gewährleisteten einheitlichen Herstellerabgabepreises (vgl. § 78 Abs. 2, 3 AMG), nicht unmittelbar auf die Abgabepreise der Fertigarzneimittel auswirken, so dass ein Schaden nur dann gegeben sein könnte, wenn die Zuwendungen an den Vertragsarzt allgemein, d.h. umsatzunabhängig, bereits in den Herstellerabgabepreis eingeflossen wären. Davon abgesehen, muss sich nicht jede Schmiergeldzahlung an einen Beauftragten ohne weiteres auf den Produktpreis auswirken (vgl. BGH, NStZ 1995, 233, 234). Solche Zahlungen können auch, ohne dass der Bestechende im gleichen Umfang zwangsläufig Preisanpassungen vornehmen müsste, generell im Hinblick auf eine beabsichtigte Steigerung der Umsatzzahlen erfolgen. Für die Preisgestaltung ist nämlich eine Reihe von Faktoren bestimmend (s. dazu auch Bernsmann, a.a.O., 577). Deshalb wird es in jedem Einzelfall, je geringer der Umsatzanteil und je niedriger die Beträge in ihrer absoluten Höhe sind, umso gewichtigerer Anhaltspunkte bedürfen, die den Schluss zulassen, dass die Schmiergeldzahlungen tatsächlich in die Kalkulation des Bestechenden eingestellt waren (vgl. BGH, BGHR, StGB, § 266 Abs. 1, Nachteil 49). Nur dann können sie sich als Nachteil im Sinne des § 266 StGB zum Schaden des Geschäftsherrn auswirken (BGH, a.a.O.). Dieselbe Problematik besteht bei Heilmitteln, soweit gemäß § 125 Abs. 2 SGB V zwischen den Krankenkassen, ihren Landesverbänden oder Arbeitsgemeinschaften mit den Leistungserbringern oder Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer oder einer gemeinsam zu benennenden unabhängigen Schiedsperson Höchstpreise vereinbart oder festgelegt worden sind sowie bei Hilfsmitteln, für die zwischen den Verbänden so genannte Versorgungspauschalen oder gemäß § 36 SGB V einheitliche Festpreise festgesetzt worden sind.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht auf Grund formaler, sozialversicherungsrechtlicher Besonderheiten. Bei einem Austauschverhältnis ist an sich ein Vermögensnachteil dann gegeben, wenn die durch die Leistung bedingte Vermögensminderung nicht durch eine entsprechende Gegenleistung kompensiert wird (BGH, NStZ 2008, 96, 98 m.w.N.). Rechnet ein Arzt eine Leistung ab, die er überhaupt nicht (BGH, NJW 1990, 1549, 1549 f.), nicht vollständig oder ohne entsprechende fachliche Qualifikation erbracht hat, liegt daher ein Vermögensschaden vor (vgl. etwa die Nachweise bei Volk, NJW 2000, 3385, 3386 f.). Bei der Schadensberechnung im Kassenarztrecht müssen darüber hinaus die Besonderheiten des Vertragsarztrechts und des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenkassen beachtet werden (BGH, NStZ 1993, 388, 388). Da die Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts über die Leistungserbringung an die Erfüllung bestimmter formaler oder inhaltlicher Voraussetzungen gekoppelt sind, ist eine Leistung bereits dann sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähig, wenn die Leistung in Teilbereichen nicht den gestellten Anforderungen entspricht, selbst wenn sie im Übrigen ordnungsgemäß erbracht worden ist (vgl. BSG, BSGE 39, 288, 290; 74, 154, 158). Handelt es sich dabei allerdings lediglich um einen Verstoß gegen eine Vorschrift des Sozialversicherungsrechts, die eine reine Ordnungsfunktion hat und nicht der Sicherstellung der Qualität der Leistungserbringung dient, besteht kein Anlass, eine Erstattungsfähigkeit der Leistung abzulehnen (vgl. BSG, NZV 2006, 29, 32 m.w.N.; s. dazu ferner Ellbogen, a.a.O., 262). Diese streng formale Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts wirkt sich, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, auch auf den strafrechtlichen Schadensbegriff aus (BGH, NStZ 1995, 85, 86 m. Anm. Hellmann, NStZ 1995, 232; s. dazu ferner BGH, NStZ 2003, 313, 315 m. Anm. Beckemper/Wegner, NStZ 2003, 315; Herffs, Der ärztliche Abrechnungsbetrug, S. 119; kritisch Ulsenheimer, a.a.O., § 14 Rdnr. 33; Volk, a.a.O., 3388; Stein, MedR 2001, 124, 131; Ellbogen, ArztRecht 2009, 260, 263 f.). Es spielt dann folglich keine Rolle, ob der Krankenkasse durch die Verordnung des Arztes Aufwendungen in gleicher Höhe erspart geblieben sind, weil die Leistung medizinisch indiziert war; derartige Kompensationen sind für die Frage der Tatbestandsverwirklichung nicht von Bedeutung, sondern lediglich bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (BGH, NStZ 1995, 85, 86). Da die (lediglich) sachwidrige Auswahl des verordneten Produkts eines bestimmten Herstellers nicht die Art, den Inhalt oder die Qualität der eigentlichen Leistungserbringung betrifft, wird deren Erstattungsfähigkeit vorliegend indes auch unter Zugrundelegung der formalen, sozialrechtlichen Betrachtungsweise nicht berührt. Dasselbe gilt hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit des ärztlichen Honoraranspruchs.

2.2.2. Ein Betrug (§ 263 StGB) scheidet in diesen Fällen ebenfalls aus.

Es erscheint bereits fraglich, ob der ausgestellten Verordnung oder der am Quartalsende gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung erfolgten Abrechnung der erbrachten Behandlungsleistung der Erklärungswert zukommt, dass die Leistungen nicht durch etwaige wettbewerbswidrige Zuwendungen beeinflusst sind oder waren. In der Rechtsprechung ist zwar anerkannt, dass außer durch ausdrückliche Erklärung, namentlich durch bewusst unwahre Behauptungen, eine Täuschung im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB auch konkludent erfolgen kann, nämlich durch irreführendes Verhalten, dass nach der Anschauung der jeweiligen Verkehrskreise und den in der Erklärungssituation relevanten rechtlichen Normen als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist (BGHSt 47, 1, 3; NStZ 2007, 151, 152 f.; NJW 2009, 2900, 2901). Der Erklärungswert eines Verhaltens ergibt sich demnach nicht nur aus demjenigen, was ausdrücklich zum Gegenstand der Kommunikation gemacht wird, sondern aus den Gesamtumständen der konkreten Situation (BGH, NStZ 2007, 151, 153). Dieser unausgesprochene

Kommunikationsinhalt wird wesentlich durch den dem Erklärenden bekannten Empfängerhorizont und damit durch die ersichtlichen Erwartungen der Beteiligten bestimmt (BGH, a.a.O.). So enthält etwa die Abrechnung einer ärztlichen Leistung nicht nur die stillschweigende Behauptung, die Leistung in dem angegebenen Umfang erbracht zu haben (OLG Hamm, NStZ 1997, 130, 131) und dass diese Leistung unter die Leistungsbeschreibung der entsprechenden Gebührennummer fällt, sondern auch, dass sie zu den kassenärztlichen Versorgungsleistungen gehört und zu den anerkannten Leistungen zählt, also generell, d.h. nach allgemeinen Maßstäben, verordnet und abgerechnet werden kann (vgl. BGH, NStZ 1993, 388, 389; NStZ 1994, 188, 189; Hefendehl in Münchener Kommentar, StGB, § 263 Rdnr. 97; Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 263 Rdnr. 16c; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 263 Rdnr. 35). Das ist hier indes der Fall, so dass es an einer diesbezüglichen Täuschung fehlt.

Darüber hinaus kann ein konkludenter Erklärungsinhalt zwar auch sein, dass etwas nicht geschehen ist (so genannte „Negativtatsache“; vgl. etwa BGH, BGHSt 47, 83, 87; NStZ 2007, 151, 152; OLG München, NJW 2009, 1288, 1289; Fischer, a.a.O., § 263 Rdnr. 22). Das kann jedoch bei - wie hier - rechtlich vorkonturierten Rahmenbedingungen, innerhalb derer die Erklärungen erfolgen, nur dann gelten, soweit die verschwiegenen Tatsachen für den Sachverhalt, auf den sich das kommunikative Verhalten bezieht, nach den hierfür maßgebenden rechtlichen Verhältnissen und dem normativen Gesamtzusammenhang von Bedeutung sind, da eine darüber hinaus gehende Erklärung nach der Verkehrsanschauung der Beteiligten irrelevant wäre und keinen Täuschungswert hätte (BGH, NJW 2009, 2900, 2901 m.w.N.; Hefendehl, a.a.O., Rdnr. 103.). Da die Erstattungsfähigkeit der an sich sachgerechten Verordnung und der ärztlichen Behandlung durch die gegebenenfalls wettbewerbswidrige Anbieter- oder Herstellerauswahl aus den bereits näher dargelegten Erwägungen nicht tangiert wird, so dass dieser Aspekt bei der Verschreibung der verordneten Leistung und der Honorarabrechnung kein für deren rechtliche Beurteilung wesentlicher Gesichtspunkt ist, kommt den vorgenannten Erklärungen meines Erachtens auch kein entsprechender Erklärungsinhalt zu.

Eine Täuschungshandlung durch Unterlassen kommt ebenfalls nicht in Betracht, da es aus denselben Gründen, mit denen das Bestehen einer entsprechenden spezifischen Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB abzulehnen ist, an der hierzu erforderlichen Garantenstellung (§ 13 Abs. 1 StGB) fehlt (s. dazu auch Ulsenheimer, a.a.O., Rdnr. 29 f.). Die von der Rechtsprechung (vgl. BGH, NStZ 2004, 568, 569; OLG Hamm, NStZ-RR 2003, 13, 14) in den Fällen, in denen der Vertragsarzt einen Teil der von ihm erbrachten Sachleistungen von Dritten bezieht und diese direkt mit den Krankenkassen abrechnet, ohne Angaben zu ihm gewährten Rückvergütungen zu machen, angestellten Überlegungen, der Vertragsarzt müsse einen hierbei erhaltenen Nachlass an den Kostenträger weitergeben (vgl. auch § 44 Abs. 5 Satz 4 Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV-Ä -; s. dazu auch Dahm, MedR 2003, 460; Ulsenheimer, a.a.O., Rdnr. 17; 29), sind auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragbar, da es hier nicht um die Erstattung gesondert berechneter Materialkosten, sondern um mit der verordneten Leistung in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehende Zuwendungen geht, die sich nicht im Sinne einer Reduzierung des Zahlungsanspruchs auf die Höhe der Zahlungspflicht der Krankenkassen ausgewirkt haben können.

Es liegt überdies wegen der grundsätzlichen Erstattungsfähigkeit der Leistungen kein Vermögensschaden der Krankenkassen vor. Selbst wenn das von dem Vertragsarzt verordnete Produkt im Hinblick auf die Zuwendungspraxis des Herstellers übersteuert

wäre, dürfte es jedenfalls an der erforderlichen Stoffgleichheit zwischen dem aus der Nichtgeltendmachung eines Regresses resultierenden Vermögensschaden der gesetzlichen Krankenkassen und dem von dem Hersteller erhaltenen vermögenswerten Vorteil des Arztes fehlen.

2.2.3. Die gesetzlichen Voraussetzungen der Vorteilsnahme oder Bestechlichkeit eines Amtsträgers gemäß den §§ 331, 332 StGB sind ebenfalls nicht gegeben. Da der niedergelassene Vertragsarzt nach einhelliger Auffassung nicht Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2a oder b StGB ist, käme eine entsprechende Strafbarkeit nur dann in Betracht, wenn der Arzt bei der medizinischen Verordnung von Leistungen gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2c Alt. 3 StGB für eine sonstige Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr nähme. Unter einer in dieser Hinsicht sonstigen Stelle ist eine behördenähnliche Institution zu verstehen, die selbst zwar keine Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinne darstellt, aber rechtlich befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen und der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben mitzuwirken (BGH, BGHSt 49, 214, 219; NJW 2007, 2932, 2933; 2009, 3248, 3249). Zu den öffentlichen Aufgaben gehören dabei nicht nur die Eingriffs- und Leistungsverwaltung, sondern auch der Bereich der staatlichen Daseinsfürsorge (BGH, st. Rspr., vgl. BGHSt 38, 199, 201 m.w.N.). Handelt es sich um privatrechtlich organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand, kommt es für die Frage, ob diese Stellen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr nehmen, darauf an, ob sie bei einer funktionalen Gesamtbetrachtung der sie kennzeichnenden Merkmale derart staatlicher Steuerung unterliegen, dass sie als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen (BGH, st. Rspr., s. etwa BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 50, 299, 303; wistra 2009, 20, 21 m.w.N.). Für die Eigenschaft einer Anstalt oder Körperschaft des öffentlichen Rechts als sonstige Stelle kommt es dagegen nicht darauf an, ob sie einer solchen staatlichen Steuerung unterliegen (BGH, Urteil vom 27. November 2009 - 2 StR 104/09 -), so dass auch solche Körperschaften des öffentlichen Rechts, die, wie die gesetzlichen Krankenkassen (§ 4 Abs. 1 SGB V) auf Grund der besonderen Natur der ihnen zur Erfüllung anvertrauten Aufgaben, keiner Staatsaufsicht unterliegen, sonstige Stellen (§ 11 Abs. 1 Nr. 2c Alt. 3 StGB) darstellen (vgl. BGH, a.a.O.).

Es erscheint indes fraglich, ob der niedergelassene Arzt im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c Alt. 3 StGB dazu bestellt ist, im Auftrag der gesetzlichen Krankenkassen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Der Vertragsarzt nimmt zwar auf Grund seiner Einbindung in das kassenärztliche System Aufgaben der öffentlichen Gesundheitsfürsorge wahr. In § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB ist für die Abgrenzung des „Amtsträgers“ von einer Privatperson allerdings eine Eigenschaft der Person und nicht ihre konkrete Handlung als Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung hervorgehoben. Dies entspricht der Systematik des Gesetzes, wonach die zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Auftrag einer Behörde oder einer anderen Stelle handelnden Personen, um Amtsträger zu sein, eine vergleichbare Stellung haben müssen wie Beamte, Richter oder Personen, die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen (BGH, BGHSt 43, 96, 104). Daran würde es fehlen, wenn bereits jede Person, die für eine Behörde bei der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung in deren Auftrag tätig wird, „Amtsträger“ im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB wäre. Auch eine Gleichsetzung mit den für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten, die durch die §§ 331 ff., 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB von der Strafdrohung erfasst werden, wäre nicht verständlich, wenn zur Erfüllung des Tatbestandes nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB bereits ein privatrechtlicher Auftrag genügen würde (BGH, a.a.O., 105). Schließlich ist auch nach dem Wortlaut dieser Vorschrift eine von der privatrechtlichen Beauftragung zu unterscheidende

Bestellung zum Amtsträger erforderlich (BGH, StV 1997, 182; BGHSt 43, 96, 105 m.w.N.). Es bedarf daher entweder eines besonderen öffentlich-rechtlichen Bestellungsaktes oder einer organisatorischen Eingliederung in die Behördenstruktur (BGHSt 43, 96, 105 f.; NJW 1998, 2373, 2373; Urteil vom 27. November 2009 - 2 StR 104/09 -; vgl. dazu ferner Haft, NJW 1995, 1113, 1117; Zeiler, MDR 1996, 439, 441 f.). Das Erfordernis der besonderen öffentlich-rechtlichen Bestellung grenzt überdies die Vorteilsnahme und die Bestechlichkeit gemäß den §§ 331 und 332 StGB von derjenigen eines Beauftragten im Sinne von § 299 Abs. 1 StGB ab (BGH, BGHSt 43, 96, 105 [zu § 12 UWG a.F.]). Derjenige, der bei einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft im Bereich der Daseinsvorsorge nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich eingeschaltet wird, ist deren „Beauftragter“ und seine Bestechung, um Wettbewerber zu benachteiligen, erfüllt den Straftatbestand des § 299 Abs. 2 StGB (BGH, a.a.O.), sein eigenes Verhalten den des § 299 Abs. 1 StGB. Daher liegt eine strafrechtliche Regelungslücke nicht vor, wenn der privatrechtlich Beauftragte nicht als Amtsträger behandelt wird (BGH, a.a.O.; vgl. auch BGH, NStZ 2009, 562, 564).

Im Hinblick auf dessen fehlende organisatorische Eingliederung in die Strukturen der Krankenkassen und angesichts der Tatsache, dass durch dessen Zulassung zur kassenärztlichen Versorgung (§ 95 SGB V; § 4 Abs. 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV-Ä -) und dessen Einbindung in das kassenärztliche Abrechnungssystem dem Vertragsarzt letztlich keine hoheitlichen Befugnisse übertragen werden, wird eine Amtsträgereigenschaft gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2c Alt. 3 StGB des niedergelassenen Arztes - meines Erachtens zu Recht - bislang überwiegend abgelehnt (so etwa Fischer, a.a.O., § 11 Rdnr. 22c; Taschke, StV 2005, 406, 409 f.; Reese, PharmR 2006, 92, 94; Klötzer, a.a.O., 16; a.A.: Neupert, a.a.O., 2811; Pragal/Apfel, Arzneimittel & Recht 2007, 10, 16 ff., 19; zu den Rechtsbeziehungen zwischen Arzt und KV, KV und Kasse, Patient und Kasse sowie zwischen Arzt und Patient s. etwa Volk, a.a.O., m.w.N.; eingehend zu der Rechtsstellung des Vertragsarztes s. ferner BVerfG, BVerfGE 11, 30).

Aus den gleichen Gründen kann der Vertragsarzt auch nicht als eine für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtete Person im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB, die den Amtsträgern in den §§ 331 ff. StGB gleichgestellt wäre, angesehen werden.

2.2.4. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass in diesen Fällen der Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB), der unter anderem den Schutz des freien Wettbewerbs bezweckt (BT-Drs. 13, 5584, S. 9; BGHSt 31, 207, 210 f.), zunehmend in den Blickpunkt der strafrechtlichen Diskussion und der Strafverfolgungsbehörden rückt, da ein Wettbewerbsverstoß dort auf der Hand liegt.

2.2.4.1. Täter einer Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr gemäß § 299 Abs. 1 StGB kann nur sein, wer Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes ist. Die Krankenkassen sind zweifellos ein geschäftlicher Betrieb im Sinne dieser Vorschrift (eingehend zu dieser Frage: Sahan, ZIS 2007, 69, 70 f.); auch öffentlich-rechtliche Unternehmen können bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, soweit sie nicht hoheitlich handeln und durch Austausch von Leistung und Gegenleistung am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, ein Geschäftsbetrieb sein (BGHSt 2, 396, 403 f.). Es dürfte auch Einigkeit darüber bestehen, dass der niedergelassene Arzt wegen seiner freiberuflichen Stellung nicht bei den Krankenkassen angestellt ist (vgl. § 1 Abs. 2 der jeweiligen Berufsordnungen für Ärzte - BÄO -; BVerfG, BVerfGE 11, 31, 39 f.; s. dazu ferner Wigge in Schnapp/ Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, Das gesamte

KassenarztR, S. 206, Rdnr. 8; Klötzer, a.a.O., 13). Eine etwaige Strafbarkeit gemäß § 299 StGB steht und fällt daher im Wesentlichen zunächst mit der Frage, ob niedergelassene Ärzte bei der Verordnung von Leistungen als Beauftragte der Krankenkassen handeln.

Beauftragter im Sinne des § 299 StGB ist jede Person, die, ohne Inhaber oder Angestellter des Betriebes zu sein, auf Grund ihrer Stellung befugtermaßen für den Betrieb geschäftlich handeln und unmittelbar oder mittelbar Einfluss auf die den Rahmen des Geschäftsbetriebes betreffenden Entscheidungen ausüben kann (BGH, a.a.O., 401; NJW 2006, 3290, 3298; BayObLG, wistra 1996, 28, 30). Der Begriff ist weit auszulegen (BGH, BGHSt 2, 396, 401; BayObLG, a.a.O.). Maßgebend sind die tatsächlichen Verhältnisse; einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsbefugnis bedarf es nicht (BGH, a.a.O.; Diemer/Krick in Münchener Kommentar, StGB, § 299 Rdnr. 5; Dannecker in Nomos-Kommentar, StGB, 2. Aufl., § 299 Rdnr. 22 - jew. m.w.N. -; eingehend zu dieser Problematik Tiedemann, a.a.O., Rdnr. 17 f.; a.A. Geis, wistra 2005, 369, 370; Sahan, a.a.O., 71). Auch außen stehende Personen, wie etwa Selbständige, können daher Beauftragte sein, soweit sie auf Grund der ihnen eingeräumten Stellung zumindest faktisch in der Lage sind, Entscheidungen für den Betrieb zu treffen oder zu veranlassen (vgl. etwa BGH, BGHSt 43, 96, 105 [zu § 12 UWG a.F.]; NStZ 2009, 562, 564; Fischer, a.a.O., § 299 Rdnr. 10 m.w.N.; Dannecker, a.a.O.; Rudolphi in SK-StGB, a.a.O., § 299 Rdnr. 4 m.w.N.; Schneider/Gottschaldt, wistra 2009, 133, 136).

Nachdem - soweit ersichtlich - in der Literatur in der Vergangenheit nahezu einhellig davon ausgegangen worden war, dass der niedergelassene Vertragsarzt als Träger eines freien Berufs nicht von dem Tatbestand des § 299 StGB erfasst wird (s. nur Schauensteiner, Wachstumsbranche Korruption. „10 Gebote der Korruptionsbekämpfung“. Forderungen an Gesetzgeber und Verwaltung, in Bundeskriminalamt (Hg.), Wirtschaftskriminalität und Korruption, BKA-Herbsttagung 2002, S. 73, 89; Stellpflug, Arzt und Wirtschaft, 2002, 26), mehrten sich neuerdings die Stimmen, die - mit beachtlichen Gründen - den in die kassenärztliche Versorgung eingebundenen Vertragsarzt bei der Verordnung medizinischer Leistungen als „Beauftragten“ (§ 299 Abs. 1 StGB) der Krankenkassen ansehen (so etwa Pragal, NStZ 2005, 133; ders./Apfel, Arzneimittel & Recht 2007, 10; zustimmend: Tiedemann, a.a.O., Rdnr. 18, Fischer, a.a.O., Rdnr. 10a f.; Bannenberg in Gesamtes Strafrecht, StGB/StPO/Nebengesetze, Handkommentar/Dölling, Duttge, Rössner, § 299 Rdnr. 9; Böse, MedR 2008, 585; ferner - im Ergebnis - Bernsmann, a.a.O., 578; offenbar einschränkend: Schneider/Gottschaldt, a.a.O.; a.A. Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 299 Rdnr. 2; Geis, wistra 2005, 369; ders., wistra 2007, 361; Taschke, StV 2005, 406; Reese, PharmR 2006, 92).

2.2.4.1.1. Zum besseren Verständnis der Problematik bedarf es meines Erachtens zunächst eines Blickes auf die rechtlichen Beziehungen zwischen den an der Verordnung eines Rezeptes Beteiligten.

Die Krankenkassen erfüllen ihre den Versicherten gegenüber bestehende Verpflichtung zur Erbringung von Sach- und Dienstleistungen im Rahmen der Krankenbehandlung (vgl. § 2 Abs. 1 SGB V; § 27 SGB V) durch die Inanspruchnahme von Leistungen und Diensten externer Anbieter, unter anderem auch des niedergelassenen Arztes. Die Krankenkassen wirken insoweit bei der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung mit den Ärzten zusammen (§ 72 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Der den Versicherten gesetzlich zustehende Anspruch auf Naturalverschaffung setzt dabei notwendig voraus, dass ein an der

vertragsärztlichen Versorgung teilnehmender Arzt - durch die Diagnose einer Erkrankung - den Eintritt eines Versicherungsfalles feststellt und eine medizinisch nach Zweck und Art bestimmte Behandlung verordnet (BSG, BSGE 73, 271, 282; NJW 1998, 850, 852). Der Vertragsarzt hat bei der Verordnung von Leistungen gegenüber der Krankenkasse indes das Gebot der Wirtschaftlichkeit (§ 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V) zu beachten.

Der freiberuflich tätige Arzt wird seinerseits in das System der vertragsärztlichen Versorgung dadurch eingegliedert, dass er mit der Zulassung gemäß § 95 Abs. 3 SGB V Pflichtmitglied in der für ihn zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung wird. Durch diese Einbindung in das System der vertragsärztlichen Versorgung wird der Arzt verpflichtet, sozial versicherte Personen zu behandeln. Darüber hinaus überträgt der zwischen den Bundes- und Landesverbänden der gesetzlichen Krankenkassen und den Kassenärztlichen Bundes- und Landesvereinigungen abgeschlossene Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV-Ä - den kraft der sozialrechtlichen Zulassung an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Vertragsärzten die Verantwortung für die Verordnung von Arzneimitteln und sonstigen Heil- und Hilfsmitteln (§§ 4, 29 ff. Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV-Ä -). Dem niedergelassenen Vertragsarzt wird hierbei eine Beurteilungsprärogative im Hinblick auf seine medizinischen Einschätzungen eingeräumt (sog. „Verordnungshoheit“; § 29 Abs. 1 Satz 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV-Ä - bzw. § 15 Abs. 1 Satz 2 Ersatzkassenverordnung - EKV -).

Diese vertraglichen Regelungen erlangen für den Vertragsarzt durch die gemäß den §§ 95 ff. SGB V in Verbindung mit den Zulassungsordnungen erteilte Zulassung, also die Berechtigung zur Teilnahme an der gesetzlichen Krankenversicherung, unmittelbare Geltung. Dies ergibt sich einerseits aus § 95 Abs. 3 Satz 3 SGB V, wonach für die zugelassenen Ärzte „die vertraglichen Bestimmungen über die vertragsärztliche Versorgung verbindlich sind“. Andererseits bewirkt aber auch die sozialrechtliche Zulassung gemäß § 95 Abs. 3 Satz 1 SGB V, dass der Arzt Mitglied der örtlichen Kassenärztlichen Vereinigung (KV) wird. Die für den Vertragsarzt verbindliche Satzung der jeweiligen KV regelt wiederum, dass „die Bestimmungen der von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung geschlossenen Verträge, die dazu gefassten Beschlüsse, die Bestimmungen über die überbezirkliche Durchführung der ärztlichen Versorgung sowie die Versorgung durch Psychotherapeuten und die übrigen Bestimmungen gemäß §§ 5-8 dieser Satzung, das Honorarverteilungsrecht und die nach dieser Satzung sowie der Geschäftsordnung gefassten Beschlüsse des Vorstandes und der Vertreterversammlung für die Mitglieder der KV verbindlich sind“. Die Kollektivverträge zwischen den Krankenkassenverbänden und den Kassenärztlichen Vereinigungen in Verbindung mit der auf Antrag erfolgten „Kassenzulassung“ eines Arztes bewirken somit letztlich in ihrem Zusammenspiel, dass bestimmte Regelungen der Kollektivverträge für den Vertragsarzt unmittelbar gelten (zum Ganzen vgl. etwa BGH, BGHSt 49, 17 = NJW 2004, 454 = wistra 2004, 143 = StV 2004, 422; Pragal/Apfel, a.a.O., 12; Klötzer, a.a.O., 14 f.).

Der Vertragsarzt handelt bei der Verordnung einer Sachleistung kraft der ihm durch das Kassenarztrecht verliehenen Kompetenzen (vgl. §§ 72 Abs. 1, 73 Abs. 2 SGB V) als Vertreter der Krankenkassen (BGH, BGHSt 49, 17, 24 = NJW 2004, 454, 456 = wistra 2004, 143, 145 = StV 2004, 422, 423 m. zust. Anm. Herffs, wistra 2006, 63; BGH, NStZ 2004, 568, 569 m. Anm. Ulsenheimer, MedR 2005, 622; Geis, GesR 2006, 345; BSG, BSGE 73, 271, 278; 77, 195, 200 = NJW 1996, 2450 [Ls]; Urteil vom 3. August 2006 - B 3 KR 6/06 R -; OLG Hamm, NStZ 2004, 568, 569; s. dazu ferner Weidhaas, ZMGR 2005, 52, 55). Das gilt auch dann, wenn der Arzt dem Patienten etwa ein Arzneimittel

verschreibt, das Medikament dann jedoch selbst aushändigt oder unmittelbar verabreicht, und der Versicherte das ihm auf Grund des Rezeptes von einer Apotheke erhaltene Präparat später an die Arztpraxis zurückreicht. Der Arzt gibt in diesen Fällen mit Wirkung für und gegen die Kasse eine Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrages über die verordnete Leistung ab. Der Leistungserbringer, dem das Angebot der Krankenkasse mit Vorlage der vertragsärztlichen Verordnung durch den Versicherten - als Boten - angetragen wird, nimmt dieses an, indem er dem Versicherten die verordnete Sachleistung aushändigt. Es handelt sich hierbei um einen zwischen der Krankenkasse unter Einschaltung des Vertragsarztes als deren Vertreter und dem Leistungserbringer zu Gunsten des Versicherten geschlossenen Kaufvertrag (§ 69 Satz 3 SGB V, §§ 328, 433 BGB; vgl. BGH, a.a.O.; BSG, a.a.O.).

Der niedergelassene Vertragsarzt besitzt damit durch das Instrument der Verordnung die Rechtsmacht, im Außenverhältnis eine Zahlungspflicht der Krankenkassen verbindlich zu begründen. Dem Apotheker oder dem sonstigen Leistungserbringer obliegt insoweit - eine im Wesentlichen lediglich auf formale Aspekte (§§ 73 Abs. 2 Nr. 7, 129 Abs. 1 SGB V, § 4 Abs. 2 Arzneliefervertrag - ALV -; §§ 34, 93 SGB V; § 17 Abs. 5 ApoBetrO) - beschränkte Prüfungspflicht; darüber hinaus gehend ist der Leistungserbringer nicht berechtigt, zu überprüfen, ob die Verschreibung sachlich gerechtfertigt war (BGH, BGHSt, 49, 17, 20 f = NJW 2004, 454, 456 = wistra 2004, 143, 145 = StV 2004, 422, 423; NSTz 2004, 568, 570; BSG, BSGE 77, 194, 204 f.; 208 f. = NJW 1996, 2450 [Ls]; Herffs, a.a.O., 64 m.w.N.; Reese, a.a.O., 94; vgl. auch § 17 Abs. 4; 5; 5a; 8 ApoBetrO; §§ 129 Abs. 2 SGB V, § 3 Abs. 1 des Rahmenvertrages des Deutschen Apothekerverbandes e.V. und den Spitzenverbänden der Krankenkassen über die Arzneimittelversorgung, § 4 Abs. 1, Abs. 5 Satz 4 und 5 Arzneliefervertrag - ALV - bzw. §§ 126, 127 SGB V, § 8 der gemeinsamen Empfehlung der Spitzenverbände der Krankenkassen). Dem steht auch nicht entgegen, dass der Apotheker gemäß § 129 Abs. 1 SGB V in bestimmten Fällen, insbesondere, wenn der Arzt ein Arzneimittel nur unter seiner Wirkstoffbezeichnung verordnet oder die Ersetzung durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel nicht ausgeschlossen hat (§ 129 Abs. 1 Nr. 1a und b SGBV), verpflichtet ist, das Medikament durch ein wirkungsgleiches, aber preisgünstigeres Präparat zu ersetzen. Dasselbe gilt hinsichtlich dessen Berechtigung, während der Dienstbereitschaft ein anderes, wirkstoffgleiches Arzneimittel abzugeben, wenn das verschriebene Arzneimittel nicht verfügbar ist und kein dringender Fall vorliegt (vgl. § 17 Abs. 5a ApoBetrO). Zu einer abweichenden Beurteilung gibt schließlich auch nicht der Umstand Anlass, dass in den zwischen den Krankenkassen und den Apothekenverbänden (§ 129 Abs. 5 SGB V) sowie den Krankenkassen und der Pharmaindustrie (§ 130a Abs. 8 SGB V) getroffenen „Rabatt- bzw. Rahmenverträgen“ zusätzliche Regelungen darüber enthalten sind, welche Arzneimittel der Versicherte bezahlt bekommt. Ist die Krankenkasse der Ansicht, die Leistung sei sachlich nicht erforderlich gewesen (§ 12 Abs. 1 SGB V; § 16 Bundesmantelvertrag-Ärzte – BMV-Ä -), verbleibt ihr somit lediglich die Möglichkeit eines Rückgriffs im Innenverhältnis zum Vertragsarzt.

2.2.4.1.2. Die Befürworter der Auffassung, der Vertragsarzt verfüge über die für die Stellung eines „Beauftragten“ (§ 299 Abs. 1 StGB) erforderliche Entscheidungskompetenz, verweisen angesichts dessen meines Erachtens zu Recht auf dessen Möglichkeit, für die Krankenkassen bei der Verordnung von Leistungen auf den Abschluss entsprechender Kaufverträge hinzuwirken und insoweit nach außen rechtlich bindend für diese zu handeln.

Der Einwand der gegenteiligen Ansicht, der Arzt trete insoweit nicht als deren Beauftragter auf, da er als Inhaber einer eigenen Praxis eine eigenverantwortliche Tätigkeit als Freiberufler (vgl. § 1 Abs. 2 der jeweiligen Berufsordnungen für Ärzte - BAÖ -) ausübe, verfängt dagegen nicht. Hierbei wird nämlich verkannt, dass der in Rede stehende Geschäftsbetrieb nicht die Arztpraxis, sondern die vertretene Krankenkasse ist, zu deren Lasten Rezepte verordnet werden.

Der Anwendung des § 299 StGB steht es ferner nicht entgegen, dass der „Beauftragte“ zugleich Inhaber eines eigenen Betriebes ist. Von dieser Bestimmung werden vielmehr auch beruflich selbständige Personen erfasst, soweit sie - wie hier - für einen anderen geschäftlichen Betrieb tätig werden (vgl. BGH, BGHSt 43, 96, 105; BayObLG, a.a.O.; s. dazu ferner etwa Rudolphi, a.a.O., Rdnr. 5 m.w.N.; Fischer, a.a.O., m.w.N.).

Die Überlegung, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Vertreterstellung des Vertragsarztes im Rahmen der Untreueprüfung gemäß § 266 StGB lasse sich nicht auf § 299 StGB übertragen, greift ebenfalls nicht, da es sich hierbei nicht um eine „spezifische Untreuerrechtsprechung“ handelt. Der Bundesgerichtshof hat in den angesprochenen Entscheidungen ausgehend von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nähere Betrachtungen zu den Rechtsbeziehungen der an der vertragsärztlichen Verordnung einer Leistung Beteiligten angestellt und aus der Vertreterstellung des Vertragsarztes bei der Verordnung kassenärztlicher Leistungen auf dessen Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen geschlossen. Warum diese rechtlichen Zusammenhänge sich nicht auch auf die Frage einer Beauftragtenstellung im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB auswirken sollten, bei der es auf die Möglichkeit ankommt, nach außen befugtermaßen für einen anderen Betrieb zu handeln, erschließt sich nicht.

Das ferner von der gegenteiligen Auffassung gebrauchte Argument, das Gesetz gehe, wie § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB V zeige, davon aus, dass Vertragsärzte und Krankenkassen in jeweils eigenständigen Verantwortungsbereichen tätig werden und nur bei der Gewährleistung der medizinischen Versorgung zusammenwirken, so dass der Arzt - wirtschaftlich - für sich selbst - bzw. therapeutisch betrachtet - für den Patienten tätig werde (vgl. bspw. Geis, wistra 2005, 369, 370; Taschke, a.a.O., 410; Reese, a.a.O., 96 f.), kommt bei dieser Sachlage auch keine entscheidende Bedeutung zu; die Stellung eines Beauftragten (§ 299 Abs. 1 StGB) verlangt keine wie auch immer geartete, weitergehende strukturelle Einbindung in den Geschäftsbetrieb (s. etwa BGHSt 43, 96, 105 [zu § 12 Abs. 2 UWG a.F.]; BayObLG, a.a.O.).

Darüber hinaus verfängt schließlich auch die Überlegung nicht, dass angesichts der Regelung des § 15 Abs. 1 Satz 2 Ersatzkassenverordnung - EKV - bzw. der des § 29 Abs. 1 Satz 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV-Ä - eine Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes ausscheide (so etwa Geis, a.a.O.). Dem niedergelassenen Arzt wird insoweit lediglich ein unantastbarer Beurteilungsspielraum im Hinblick auf seine medizinischen Erwägungen eingeräumt, die so genannte „Verordnungshoheit“. Dies ändert jedoch nichts daran, dass, worauf es für die Frage der Stellung eines Beauftragten (§ 299 Abs. 1 StGB) allein maßgebend ankommt, der Vertragsarzt bei der Verordnung von Sachleistungen nach außen befugtermaßen für die Krankenkassen handelt und diese gegenüber dem Versicherten rechtsgeschäftlich wirksam verpflichtet. Auch die - auf die Abrechnung der ärztlichen Leistungen bezogene - teilweise Zwischenschaltung der KV als Verrechnungsstelle steht der Beauftragtenstellung nicht entgegen (so aber bspw. Klötzer, a.a.O., 14 f.). Entscheidend für die Beauftragteneigenschaft ist lediglich, dass der Vertragsarzt die Möglichkeit hat, auf die betrieblichen Entscheidungen über den Erwerb

und den Bezug von Waren Einfluss zu nehmen (vgl. dazu etwa Rudolphi, a.a.O., Rdnr. 6). Das ist hier der Fall (vgl. §§ 31 ff, 129 SGB V); das Bestehen einer unmittelbaren Geschäftsbeziehung zu dem geschäftlichen Betrieb ist dagegen nicht erforderlich (vgl. BGH, BGHSt 2, 396, 401; Fischer, a.a.O.).

Überdies überzeugt auch die Erwägung nicht, bei § 299 StGB reiche - im Gegensatz zur Untreue (§ 266 StGB) - eine durch das Gesetz eingeräumte Befugnis, für einen geschäftlichen Betrieb zu handeln, nicht aus, erforderlich sei vielmehr eine rechtsgeschäftlich erteilte Bevollmächtigung (vgl. bspw. Geis, a.a.O.; Ulsenheimer, a.a.O., § 13 Rdnr. 41). Davon abgesehen, dass die Befugnis des Vertragsarztes neben einer gesetzlich festgelegten Vertretungsmacht auch auf rechtsgeschäftlichen Regelungen basiert, lassen sich weder dem Wortlaut der Bestimmung noch auf Grund eines systematischen Vergleichs mit § 266 StGB Gründe für eine derartige Einschränkung des Begriffs des „Beauftragten“ im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB entnehmen. Dem Tatbestandsmerkmal kommt vielmehr - auch vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Norm, das Interesse der Allgemeinheit an einem freien Wettbewerb möglichst umfassend zu sichern (BT-Drs. 13, 5584, S. 9; BGH, BGHSt 31, 207, 210) - eine Auffangfunktion zu (BayObLG, a.a.O.; Fischer, a.a.O., Rdnr. 10; Dannecker, a.a.O., Rdnr. 27; Momsen in BeckOK StGB, § 299 Rdnr. 11). Der Begriff ist daher weit auszulegen (RG, RGSt 68, 70, 74; 72, 62, 63 f.; BGH, BGHSt 2, 396, 401). Erfasst wird jeder, der auf Grund seiner - zumindest faktischen oder auch gesetzlichen - Stellung berechtigt und verpflichtet ist, für einen Geschäftsbetrieb zu handeln, und Einfluss auf die im Rahmen des Betriebes zu treffenden Entscheidungen hat (BGH, a.a.O.).

Schließlich geht auch der Einwand fehl, die Stellung des Vertragsarztes bei der Verordnung von Sachleistungen zu Lasten der Krankenkassen sei allenfalls eine - wenngleich wichtige - Sekundärpflicht im Rahmen des primären Auftrags zur medizinischen Versorgung der Versicherten. Von dem Begriff der Beauftragtenstellung (§ 299 Abs. 1 StGB) ausgenommen sind lediglich rein untergeordnete Tätigkeiten des Beauftragten, die ohne Einfluss auf die den Betrieb betreffenden Entscheidungen sind (BayObLG, a.a.O.; Diemer/Krick, a.a.O.). Das ist hier indes ersichtlich nicht der Fall.

2.2.4.2. Bejaht man eine Beauftragtenstellung des Vertragsarztes bei der Verordnung von Sachleistungen, erscheint darüber hinaus allenfalls diskussionswürdig (vgl. auch Tiedemann, a.a.O., Rdnr. 18, 32), ob die wettbewerbswidrige Bevorzugung in diesen Fällen, wie es § 299 Abs. 1 StGB erfordert, „bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen“ erfolgt, weil der Patient bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation die verordnete Leistung tatsächlich von dem Apotheker oder einem anderen Leistungserbringer und nicht unmittelbar von den Krankenkassen bezieht (s. dazu auch Fischer, a.a.O., Rdnr. 10, der jedoch - systemwidrig - bereits die Stellung eines Beauftragten davon abhängig macht, dass dieser in der Lage sein muss, auf Entscheidungen, die den Waren- und Leistungsaustausch des Betriebs betreffen, Einfluss zu nehmen). Der Begriff „bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen“ ist ebenfalls weit auszulegen (Diemer/Krick, a.a.O., Rdnr. 17; Fischer, a.a.O., Rdnr. 14 - jew. m.w.N. -); der zu Bevorzugende muss daher nicht notwendig der Bezieher der Waren oder der Leistung sein (BGH, BGHSt 2, 396, 401; Tiedemann, a.a.O., Rdnr. 31; Diemer/Krick, a.a.O.; Dannecker, a.a.O., Rdnr. 55 - jew. m.w.N. -; s. dazu ferner Fischer, a.a.O.). Für die Anwendung des § 299 StGB ist es vielmehr gleich, ob die Waren oder gewerblichen Leistungen von dem Vorteilsgeber (bzw. dem Dritten, in dessen Interesse der Geber handelt) bezogen werden sollen oder aber von dem Geschäftsherrn des Vorteilsempfängers, weil in beiden Fällen der Wettbewerb betroffen sein kann (BGH, a.a.O.). Da der Bezug von

Waren oder Leistungen, für die eine Bevorzugung gewährt werden soll, allerdings eine geschäftliche Angelegenheit des Betriebes sein muss, dem der Beauftragte angehört (vgl. RG, RGSt 47, 183, 185; 66, 81, 83; 72, 132, 133; OLG Nürnberg, WRP 1981, 603, 603; Diemer/Krick, a.a.O.; Fischer, a.a.O.), wäre der Tatbestand jedoch nur dann verwirklicht, wenn es sich bei der von dem Patienten bezogenen Sachleistung um eine Leistung der Krankenkasse handelte. Das ist - rein rechtlich gesehen - der Fall, da die ärztliche Verordnung einen Kaufvertrag zwischen dem Anbieter und der Krankenkasse vermittelt, als deren Vertreter der Vertragsarzt handelt. Darüber hinaus ist die gesetzliche Krankenkasse auch bei wirtschaftlicher Betrachtung (s. dazu Tiedemann, a.a.O., Rdnr. 32) letztlich als Bezieher der verordneten Leistungen anzusehen (so Pragal/Apfel, a.a.O., 94; zustimmend - mit gewissen Einschränkungen - Tiedemann, a.a.O.; a.A.: Geis, a.a.O., 371), da es vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Vorschrift, den freien Wettbewerb gegen unlautere Einflussnahmen Dritter zu schützen, keinen gravierenden Unterschied macht, ob der Geschäftsbetrieb, dem der Beauftragte angehört, die Waren bzw. gewerblichen Leistungen selbst bezieht oder ob sie - mit dessen Vermittlung - an Dritte ausgekehrt werden. Schließlich spricht auch ein systematischer Vergleich mit den §§ 331 ff. StGB für diese Wertung. Dem Begriff „bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen“ in § 299 StGB dürfte wie den Merkmalen in den §§ 331 ff. StGB „für die Dienstausbübung“ bzw. „Diensthandlung“, die den von der Vorteilsgewährung intendierten Handlungsbereich des Amtsträgers kennzeichnen, in erster Linie eine deskriptive, den Wettbewerbsgegenstand („Waren“ und „gewerbliche Leistungen“) näher umschreibende Funktion zukommen. Eine dahingehende Einschränkung des Tatbestandes, dass von § 299 StGB lediglich der Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen unmittelbar im Verhältnis zwischen dem Vorteilsgeber und dem Geschäftsherrn des Vorteilnehmers erfasst würde, lässt sich daher weder aus dem Wortlaut der Bestimmung noch dem Schutzzweck der Vorschrift oder aus systematischen Erwägungen herleiten.

2.2.4.3. Da auch die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen des § 299 StGB in diesen Fällen unproblematisch gegeben sind, kann der Vertragsarzt sich bei der Verordnung von Leistungen wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr strafbar machen, wenn er einen Vorteil als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen auf Grund sachfremder Erwägungen gegenüber anderen Anbietern bevorzugt. Ob diese Voraussetzungen in tatsächlicher Hinsicht vorliegen und nachzuweisen sind, ist allerdings eine Frage des jeweiligen Einzelfalles und damit Tatfrage.

Hinsichtlich der subjektiven Tatseite des § 299 Abs. 1 StGB gilt dabei Folgendes:

Der subjektive Tatbestand des § 299 Abs. 1 StGB setzt - zumindest bedingten - Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale voraus. Der Vorsatz des Täters muss also (lediglich) die tatsächlichen Gegebenheiten umfassen, aus denen sich seine Stellung als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes, die Wettbewerbslage und das Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Vorteilsgewährung und Bevorzugung ergeben. Darüber hinaus muss er die tatsächlichen Umstände, die sein Verhalten als unlauter erweisen, ebenfalls zumindest in der Form des Eventualvorsatzes kennen. Bei der Tatbestandsalternative des Forderns muss der Täter überdies in der Absicht handeln, eine Unrechtsvereinbarung zu Stande zu bringen (Diemer/Krick, a.a.O., Rdnr. 22).

Der Vorsatz (§ 16 StGB) setzt dagegen nicht voraus, dass der Täter die Bewertung seines Verhaltens als unlauter oder als strafbar erkennt. Die unzutreffende rechtliche

Bewertung seines Verhaltens kann allenfalls als Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB Bedeutung erlangen (vgl. Rudolphi, a.a.O., Rdnr. 10; Diemer/Krick, a.a.O.).

Ein Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB liegt aber nicht schon dann vor, wenn der Täter keine Kenntnis von der Strafbarkeit seines Verhaltens und der Anwendbarkeit eines Strafgesetzes hat (BGH, BGHSt 45, 97, 100 f.). Ob der Täter glaubt, strafrechtliche Normen zu verletzen, ist grundsätzlich nicht von Bedeutung. In einem Verbotsirrtum handelt der Täter vielmehr nur dann, wenn ihm die Einsicht fehlt, dass sein Tun gegen die durch das verbindliche Recht erkennbare materielle Rechtsordnung verstößt (BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07 -; Lackner/Kühl, a.a.O., § 17 Rdnr. 2). Für die erforderliche Unrechtseinsicht reicht es dabei aus, wenn er bei der Begehung der Tat bereits mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt (BGH, Urteil vom 3. April 2008 - 3 StR 394/07 - = NStZ-RR 2009, 13 [LS] m.w.N.; Lackner/Kühl, a.a.O., Rdnr. 4).

Von der Überlegung, ob der Täter bei der Begehung der Straftat die Einsicht hatte, Unrecht zu tun, zu unterscheiden ist die - sich erst in einem zweiten Schritt stellende - Frage, welche Konsequenzen ein solcher Verbotsirrtum hat. Dies hängt davon ab, ob er vermeidbar war oder nicht. Ist er unvermeidbar, entfällt die Schuld (§ 17 Satz 1 StGB), so dass der Täter straflos handelt. Bei einem vermeidbaren Verbotsirrtum kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden (§ 17 Satz 2 StGB). Die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums (§ 17 Satz 1 StGB) setzt allerdings voraus, dass der Täter alle seine geistigen Erkenntniskräfte einsetzt und etwa aufkommende Zweifel durch Nachdenken oder Einholung eines verlässlichen und sachkundigen Rechtsrates beseitigt hat (vgl. BGH, BGHSt 21, 18, 20). Erkundigt sich der Täter bei Dritten, müssen sowohl die Auskunft gebende Person als auch die Auskunft selbst aus Sicht des Täters verlässlich sein. Das ist hinsichtlich der Auskunft nur dann der Fall, wenn sie objektiv, verantwortungsbewusst und nach pflichtgemäßer Prüfung der Sach- und Rechtslage erteilt worden ist (BGH, Urteil vom 3. April 2008 - 3 StR 394/07 - = NStZ-RR 2009, 13 [LS]). Darüber hinaus darf der Täter sich auf die ihm erteilte Auskunft nur dann verlassen, wenn der Auskunft gebenden Person sämtliche Tatsachen bekannt sind, die für die Beurteilung der an ihn gestellten Frage von Bedeutung sind (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 - 5 StR 470/04 -, insoweit nicht abgedruckt in NStZ 2006, 214). Die Auskunftsperson ist in diesem Sinne ferner nur dann verlässlich, wenn sie die Gewähr für eine diesen Anforderungen entsprechende Auskunftserteilung bietet (BGH, BGHSt 40, 257, 264). Der Täter darf weiter nicht vorschnell auf die Richtigkeit des ihm mitgeteilten Standpunktes vertrauen und seine Augen nicht vor hiervon abweichenden Ansichten und Entscheidungen verschließen. Ein von einem auf dem entsprechenden Rechtsgebiet versierten Rechtsanwalt erteilter Rat oder sonstige Mitteilungen vermögen daher nur dann einen in jedem Falle unvermeidbaren Verbotsirrtum zu begründen, wenn der Täter nach den für ihn erkennbaren Umständen auf die Richtigkeit der Auskunft vertrauen durfte. Das ist nicht der Fall, wenn die - mögliche - Unerlaubtheit seines Handelns für den Täter auf Grund seiner Kenntnisse und seines Bildungsstandes sowie seines Gewissens an sich erkennbar gewesen wäre, und er auf Grund der Auskunft nicht mehr als eine bloße Hoffnung haben konnte, ein Strafgesetz greife hier unter Umständen nicht ein (BGH, Urteil vom 3. April 2008 - 3 StR 394/07 - = NStZ-RR 2009, 13 [LS]). Der Täter darf sich daher auf die von ihm eingeholten Informationen nicht alleine deswegen verlassen, weil sie für sein Vorhaben günstig sind. Lediglich zur Absicherung und nicht zur wirklichen Klärung erbetene Auskünfte scheiden daher als Grundlage eines unvermeidbaren Verbotsirrtums aus; Mitteilungen, die erkennbar vordergründig oder sonst mangelhaft

sind oder nach dem Willen des Nachfragenden lediglich eine „Alibifunktion“ haben, können den Täter ebenfalls nicht entlasten (BGH, a.a.O.).

Die Bewertung, ob vor dem Hintergrund der nicht einheitlichen rechtlichen Bewertung der einschlägigen Sachverhalte ein Verbotsirrtum des Vertragsarztes vorliegt und ob dieser für ihn vermeidbar oder unvermeidbar sei, wird daher in jedem Einzelfall auf der Grundlage der dort gefundenen Erkenntnisse zu beurteilen sein. Die schlichte Unterstellung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums zu Gunsten des Arztes, ohne dass hierfür konkrete Anhaltspunkte gegeben wären, erschiene dagegen rechtlich nicht haltbar (vgl. etwa BGH, NStZ-RR 2007, 279, 280; Urteil vom 28. Oktober 2009 - 1 StR 205/09 - m.w.N.).

3. Die zuletzt angesprochene Problematik der Vorteilsannahme bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln unterscheidet sich im Übrigen aus meiner Sicht nicht wesentlich von der vor wenigen Monaten öffentlich diskutierten Frage der Strafbarkeit eines Vertragsarztes wegen des Erhalts so genannter Zuweisungsprämien für die Einweisung eines Kassenpatienten in ein bestimmtes Krankenhaus (eingehend zu dieser Thematik vgl. etwa Kölbel, wistra 2009, 129; Schneider/Gottschaldt, wistra 2009, 133). Da der dem Versicherten gegen die gesetzlichen Krankenkassen zustehende Anspruch auf Krankenbehandlung neben der ärztlichen Behandlung und Versorgung mit Heilmitteln und sonstigen medizinischen Leistungen auch die Krankenhausbehandlung beinhaltet (§ 27 Abs. 1 Satz 2 SGB V; vgl. auch § 26 Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV-Ä -), die vertragsärztliche Versorgung gemäß § 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 SGB V auch die Verordnung einer Krankenhausbehandlung zum Gegenstand haben kann, und die gemäß den §§ 109, 112 SGB V zwischen den Landesverbänden der Kranken- und Ersatzkassen sowie den Landeskrankenhausesgesellschaften oder Vereinigungen der Krankenhausträger geschlossenen Vereinbarungen als Voraussetzung einer stationären Behandlung in der Regel, d.h. soweit kein Notfall vorliegt, die Notwendigkeit einer vertragsärztlichen Einweisung (s. auch § 73 Abs. 4 SGB V) vorsehen, kann auch in diesen Fällen eine Strafbarkeit des Vertragsarztes nach § 299 Abs. 1 StGB in Betracht kommen (a.A. Kölbel, a.a.O., 132; Schneider/Gottschaldt, a.a.O., 136).

Dem steht meines Erachtens nicht entgegen, dass es nach den vorgenannten Verträgen darüber hinaus für die Aufnahme in ein Krankenhaus - in kostenrechtlicher Hinsicht - grundsätzlich einer vorherigen Kostenübernahmeerklärung oder sonstigen Kostenzusage durch die Krankenkasse bedarf (vgl. BSG, NJW 2008, 1980, 1983) und dass gemäß § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB V die vollstationäre Aufnahme weiter erst nach Prüfung des Krankenhauses erfolgt (s. dazu BSG, a.a.O., 1984), da es für die Beauftragtenstellung (§ 299 Abs. 1 StGB) des Vertragsarztes alleine darauf ankommt, dass er die Kompetenz hat, die Entscheidung über den Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen zumindest mitzutreffen (BGH, a.a.O.; BayObIG, a.a.O.; Rudolphi, a.a.O., Rdnr. 6; Lackner/ Kühl, a.a.O., § 299 Rdnr. 2 m.w.N.). Die Tatsache, dass zusätzlich noch andere Stellen in die Aufnahmeentscheidung eingebunden sind, spricht daher nicht zwingend für eine abweichende Beurteilung. Das gilt jedenfalls dann, wenn - wie in diesen Fällen - die Mitwirkung des Arztes nicht nur eine lediglich untergeordnete Funktion hat, sondern Voraussetzung für den Bezug der Leistung ist, so dass er - zumindest mittelbar - hierauf Einfluss nehmen kann.

Dr. Matthias Dann, LL.M.; Düsseldorf

**A W M F - Empfehlungen zum Umgang
mit Interessenkonflikten**



Korruptionsprävention zielt im Wesentlichen darauf ab, Interessenkonflikte zu vermeiden. Das Trennungsprinzip, wonach die professionelle Urteilsfähigkeit eines Entscheiders nicht durch entgeltliche oder unentgeltliche Zuwendungen beeinflusst werden darf, spielt hierfür bekanntlich eine zentrale Rolle. Die Bundesärztekammer hat dem bereits in ihren Hinweisen und Erläuterungen zu § 33 (Muster-)Berufsordnung aus dem Jahr 2003 und ihren Empfehlungen zur Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit (Umgang mit der Ökonomisierung des Gesundheitswesens) aus dem Jahr 2007 Rechnung getragen.

Die Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF) hat im April 2010 nachgezogen und Empfehlungen zum Umgang mit Interessenkonflikten für Publikationen in Fachgesellschaftsorganen, für Fachgesellschaftskongresse und Leitlinienentwicklung verabschiedet (abrufbar über: <http://www.uni-duesseldorf.de/AWMF/pk2010/pk-2010-dok-interessenkonflikte.pdf>). Die eingeforderten Maßnahmen lassen sich aus dem Trennungs-, dem Transparenz-, dem Äquivalenz- und dem Dokumentationsprinzip ableiten, deren Bedeutung als Compliance-Stützpfiler heute unbestritten ist. Ergänzend nimmt die AWMF auf die Empfehlungen des US-amerikanischen Institute of Medicine (IOM, Conflict of Interest in Medical Research, Education and Practice, 2009, Zusammenfassung abrufbar über: http://books.nap.edu/catalog.php?record_id=12598) und des International Committee of Medical Journal Editors (ICMJE, Uniform Requirements for Manuscripts Submitted to Biomedical Journals, www.icmje.org) Bezug.

Die AWMF ruft Autoren, die in Fachgesellschaftsorganen publizieren, dazu auf, finanzielle Interessenskonflikte, die aus einer Kooperation mit der Industrie resultieren, nach bestimmten Standards offen zu legen. Sie orientiert sich dabei maßgeblich an den Empfehlungen des ICMJE. Noch hervorzuheben ist, dass in die publizistische Bewertung klinischer Studien mit einfließen soll, wie unabhängig diese von externer Einflussnahme sind.

Die Empfehlungen des AWMF für die Durchführung von Fachgesellschaftskongressen spiegeln diejenigen wieder, die man in den einschlägigen Kodizes des FSA („FS Arzneimittelindustrie e. V.“) und des AKG („Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen e. V.“) findet. Bemerkenswert sind allerdings die Ausführungen zur Erforderlichkeit von Bewirtungen bei Kongressen. Diese sollen nur in einem solchen Umfang erfolgen, der notwendig ist, „um die Teilnehmer zu stärken, damit sie den fachlichen Inhalten der Veranstaltungen weiter folgen können (z.B. gemeinsames Mittagessen, Pausenbewirtung mit Gebäck oder belegten Brötchen, Fingerfood, Heiß- und Kaltgetränke).“ Es bleibt zu hoffen, dass in Zukunft keine behördlich kontrollierten Berechnungen angestellt werden müssen, um den Tagesbedarf eines durchschnittlichen Kongressteilnehmers zu ermitteln. Die Fachgesellschaften sind außerdem dazu angehalten, von jedem Referenten eine Offenlegung seiner Interessenkonflikte vor Beginn der Veranstaltung zu fordern. Des Weiteren sollen Kongresse „einschließlich des

Finanzierungssysteme“ so zu gestalten sein, dass sie von der Industrie weitestgehend unbeeinflusst sind. Falls eine Finanzierung über die Industrie erfolge, solle diese detailliert und standardisiert offengelegt werden (zum Beispiel durch Angaben des Sponsorings im Kongressprogramm).

Der Schlussteil der Empfehlungen betrifft den Umgang mit Interessenkonflikten im Rahmen der Leitlinienentwicklung. Erster und wahrscheinlich wichtigster Schritt ist, dass das Finanzierungskonzept einer Leitlinienentwicklung bei deren Anmeldung durch die federführende Fachgesellschaft offen gelegt werden muss. Soll eine Finanzierung durch Dritte erfolgen, die direkten Einfluss nehmen können, führt dies zur Ablehnung der Anmeldung. Noch mehr Transparenz will die AWMF dadurch schaffen, dass die für die Leitlinienentwicklung Verantwortlichen zu Beginn ihrer Arbeit eine schriftliche Erklärung zu Interessenskonflikten vorlegen müssen. Diese Erklärungen werden anschließend unter dem Gesichtspunkt der Befangenheit bewertet. Um eine Reproduzierbarkeit der Bewertungen zu gewährleisten, soll eine „Befangenheitsskala“ entwickelt werden. Man darf gespannt sein, wie dieses Instrument ausgestaltet sein wird. Möglicherweise lässt es sich auch gewinnbringend für andere Konstellationen nutzbar machen.

Zusammenfassend kann man sagen, dass die AWMF-Empfehlungen ein starkes Bestreben nach Transparenz und Sachlichkeit erkennen lassen. Sie dürften dazu beitragen, das Bewusstsein in der Ärzteschaft für die Gefahr von Interessenskonflikten noch weiter zu schärfen.

Prütting: Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2010 – eine Anmerkung aus medizinstrafrechtlicher Sicht

I.

Im Jahr 2010 ist in erster Auflage der „Fachanwaltskommentar Medizinrecht“ von Dorothea Prütting erschienen, die als Ministerialdirigentin im Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW tätig ist. Das mehr als 1500 Seiten starke Werk füllt eine Lücke, denn erstmals erscheint auf dem ansonsten hart umkämpften Markt des Medizinrechts eine – wie es im Vorwort heißt – „übersichtliche und praxisrelevante Kommentierung der wesentlichen einschlägigen Gesetze“. Diese Intention manifestiert sich bereits in der Auswahl der Autoren, die sich weitestgehend aus Rechtsanwälten, Richtern und in der Bundesärztekammer bzw. der Kassenärztlichen Bundesvereinigung tätigen Praktikern zusammensetzt. Systematisch ist das Werk als (klassische) Kurzkomentierung wesentlicher medizinrechtsrelevanter Vorschriften konzipiert. Selbstverständlich kann eine derartig ehrgeizige Konzeption nicht sämtliche Rechtsgebiete des weiten Gebietes des Medizinrechts umfassen. Die Auswahlentscheidung wird überdies dadurch erschwert, dass die Gesetzeslage insgesamt

äußerst heterogen ist (Lippert, NJW 2010, 1731, 1732). Prütting konzentriert sich demgemäß auf die praktisch relevanten Vorschriften, wobei dem Arzneimittelgesetz (AMG), dem Apothekengesetz (ApoG), dem Medizinproduktegesetz (MPG) und dem Sozialgesetzbuch V ein breiter Raum eingeräumt wird.

II.

Aus hiesiger Sicht interessieren vorrangig die einschlägigen medizinstrafrechtlichen Vorschriften.

Auch wenn der Fokus des Fachanwaltkommentars naturgemäß nicht auf die Arbeit des im Medizinstrafrecht tätigen Strafverteidigers gerichtet ist, findet sich gleichwohl eine wertvolle Kommentierung wichtiger Strafvorschriften aus dem StGB (§§ 203, 263, 266, 299 StGB), die von dem Kölner Strafverteidiger Tsambikakis erarbeitet worden sind. Bemerkenswert ist, dass die Thematik ärztliche Behandlungsfehler (fahrlässige Körperverletzung bzw. Tötung) keinerlei Erwähnung findet. Tsambikakis beschränkt die Kommentierung somit auf das „Wirtschaftsstrafrecht der Medizin“, welches – insbesondere im Hinblick auf den Abrechnungsbetrug – zwischenzeitlich aus praktischer Sicht eine weitaus höhere Bedeutung als das „klassische“ Arztstrafrecht erlangt haben dürfte. Vor diesem Hintergrund ist die getroffene Auswahl nachvollziehbar und vertretbar.

Entsprechend der praktischen Bedeutung nimmt die Kommentierung des (Abrechnungs-) Betruges als „Kernstück“ des Wirtschaftsstrafrechts der Medizin eine zentrale Stellung in der Kommentierung ein. Tsambikakis fokussiert seine Ausführungen zunächst auf eine Beschreibung des objektiven Tatbestandsmerkmals der Täuschung. Diese Ausführlichkeit macht Sinn, denn in der Tätigkeit der Ermittlungsbehörden sowie der instanzgerichtlichen Rechtsprechung ist immer wieder zu beobachten, dass vorschnell und pauschal von einer betrugsrelevanten Täuschungshandlung ausgegangen wird. Die Komplexität und das selbst für Spezialisten nur schwer zu durchdringende Abrechnungswesen im System der gesetzlichen Krankenkassen zwingt – wie Tsambikakis zutreffend bemerkt und auch anhand von Rechtsprechungsnachweisen belegt – zu einer differenzierteren Betrachtungsweise. Aus diesem Grunde verdient die Einschätzung von Tsambikakis Zustimmung, dass „angesichts der Unbestimmtheit zahlreicher Gebührenziffern und der Unsicherheit ihrer Anwendung (...) nicht jede Falschabrechnung eine Täuschung“ sein kann (§ 263 Rn. 22). Diese Feststellung sollte für den Verteidiger Anlass genug sein, vorschnellen Behauptungen der Strafverfolgungsbehörden in Form von Verteidigungsschriftsätzen entgegen zu treten. Ebenso lesenswert sind die Anmerkungen zum Schadensbegriff. Bekanntlich stellt sich hierbei in der Praxis regelmäßig die Problematik, dass der BGH für die gesetzliche Krankenversicherung die im Sozialrecht geltende streng formale Betrachtungsweise übertragen hat, die zu einer schematischen Feststellung des Schadens führt. Tsambikakis liefert dem Praktiker auch hier wertvolle Argumentationshilfen, indem er unter Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung und Literaturfundstellen darauf hinweist, dass diese Grundsätze nicht uneingeschränkt gelten könnten, etwa im Falle der Zulassung faktisch angestellter Ärzte als Partner einer zugelassenen Gemeinschaftspraxis (§ 263 Rn. 51). Besondere Erwähnung verdienen auch die Ausführungen zur Strafzumessung beim Abrechnungsbetrug. Tsambikakis weist zutreffend darauf hin, dass die Möglichkeit eines Täter-Opfer-Ausgleiches (§ 46a StGB) in der Praxis zu wenig Anwendung finde, der erhebliches Potenzial für eine wesentliche Strafreduzierung biete (§ 263 Rn. 76).

Ein weiterer Schwerpunkt liegt in der Kommentierung der Untreuevorschrift (§ 266 StGB), die die Rechtsprechung – bedauerlicherweise – zwischenzeitlich auch im Medizinstrafrecht als Auffangnorm (schwer nachzuweisender Abrechnungsbetrugs-Konstellationen) für sich entdeckt hat und die „aktuell im Fokus von Wissenschaft und Praxis“ steht (§ 266 Rn. 3). Demgegenüber plädiert Tsambikakis – entsprechend der allgemeinen Kritik an dem kaum fassbaren objektiven Tatbestand der Untreue – dafür, den Tatbestand „restriktiver als bisher anzuwenden“ (§ 266 Rn. 4). Tsambikakis zeigt in seinen Ausführungen sodann deutlich auf, worin die Argumentationsschwächen der (medizinstrafrechtlichen) Untreue-Rechtsprechung liegen. Mit der herrschenden Literaturauffassung wendet sich Tsambikakis gegen die These der Rechtsprechung, die Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebotes (§§ 12 I 2, 70 I 2 SGB V) begründe einen Missbrauch der Befugnisse des Arztes (§ 266 Rn. 10, 14). Überzeugend ist auch die Argumentation, dass Kernpunkt der vertragsärztlichen Tätigkeit die medizinische Behandlung durch den Arzt sei, und die Pflicht zur Vermögensfürsorge keine wesentliche Hauptpflicht des Arztes begründen könne (§ 266 Rn. 13).

Erwähnung verdient auch die Kommentierung zu § 299 StGB. Den Schwerpunkt legt Tsambikakis hierbei auf die (hochstreitige) Frage der Tätertauglichkeit (Beauftragtenstellung) niedergelassener Vertragsärzte. Entsprechend der (bislang noch) herrschenden Meinung lehnt Tsambikakis die Beauftragteneigenschaft des niedergelassenen Arztes zu Recht ab. Überzeugend weist Tsambikakis u.a. darauf hin, dass strafbarkeitsbegründend sei, dass zwischen dem Beauftragten und Auftraggeber eine rechtsgeschäftliche Beziehung bestehen müsse. Eine solche bestehe im Verhältnis zwischen Krankenkassen und Ärzten nicht. Der Vertragsarzt sei auch nicht durch die vertragsärztliche Zulassung in den Betrieb der Krankenkassen eingebunden. Dagegen spreche auch, dass die vertragsärztliche Zulassung nicht durch die gesetzlichen Krankenkassen, sondern durch Ärzte und Krankenkassen im paritätisch besetzten Gremium der Selbstverwaltung erfolge (vgl. § 299 Rn. 15). Leider sind die Ausführungen nicht mehr auf dem aktuellen Stand. So konnte die erst nach Fertigstellung des Manuskriptes ergangene Entscheidung des OLG Braunschweig vom 23.02.2010 (Ws 17/10, vgl. hierzu auch WISTEV-Newsletter Arbeitskreis Medizin- und Arztstrafrecht 1/2010, abrufbar unter: <http://www.wistev.de/html/img/pool/AK4-Newsletter-2010-1.pdf>) – in der die Beauftragtenstellung niedergelassener Vertragsärzte erstmals obergerichtlich bejaht worden ist – ebenso wenig Berücksichtigung finden wie die hierauf folgenden literarischen Anmerkungen (vgl. hierzu u.a. auch Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis, wistra 2010, im Erscheinen, voraus. 11/2010).

Bedauerlicherweise findet die sehr instruktive und ausführliche Kommentierung in den außerstrafgesetzlichen Normen keine Fortsetzung. Äußerst knapp werden etwa von Gutmann die praxisrelevanten (Blankett-) Strafvorschriften des AMG (§§ 95 ff. AMG) behandelt, so dass die Kommentierung über die bereits bekannte Kommentarliteratur keinen neuen Erkenntnisgewinn liefert. Nur kurz erwähnt wird von Edelhäuser auch die Strafnorm des § 41 MPG, die sich weitestgehend auf eine bloße Wiedergabe des Gesetztextes reduziert. Die Straf- und Bußgeldvorschriften zum Apothekergesetz (§§ 23, 25 ApoG) von D. Prütting werden bloß im Wortlaut zitiert.

III.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der neue Fachanwaltskommentar Medizinrecht (auch) aus medizinstrafrechtlicher Sicht insbesondere für den Strafverteidiger von großem Nutzen ist. Erwähnenswert ist, dass sich die Kommentierung der strafrechtlich relevanten Kernvorschriften nicht nur auf die Wiedergabe der Rechtsprechung und

Literatur beschränkt, sondern dass wichtige, ideenreiche Argumentationshilfen für den verteidigenden Praktiker geliefert werden. Die systematische Darstellung im üblichen Kommentarformat erleichtert hierbei den schnellen Zugriff auf die einschlägigen Fundstellen. Das Werk ist daher sowohl für den Berufsanfänger, als auch für den erfahrenen Strafverteidiger insbesondere im Hinblick auf die sich stetig verschärfende, verteidigungsunfreundliche Rechtsprechung zu den §§ 263, 266 und 299 StGB uneingeschränkt zu empfehlen.

RA Dr. Matthias Brockhaus, Essen/Düsseldorf
Fachanwalt für Strafrecht

Impressum:

Newsletter des WisteV-Arbeitskreises Medizin- und Arztstrafrecht

Ein Dienst der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung, Verwaltungssitz: Rundeturmstr. 12, 64283 Darmstadt

Redaktionsleitung: Rechtsanwalt Dr. Michael Tsambikakis

Webmaster/ Layout: Rechtsanwältin Hannah Milena Piel.

Urteilseinsendungen, Urteilsanmerkungen und Aufsatzmanuskripte bitte an folgende Anschrift: RA Michael Tsambikakis, strafverteidiger|büro, Aduchtstr. 7, 50668 Köln, medizinstrafrecht@wistev.de.

Manuskripte: Die veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem WisteV-Arbeitskreis Medizin- und Arztstrafrecht das ausschließliche Veröffentlichungsrecht. Eingeschlossen ist insbesondere die Befugnis zur Veröffentlichung im Internet (www.wistev.de) sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung. Kein Teil des Newsletters darf ohne schriftliche Genehmigung des WisteV-Arbeitskreises Medizin- und Arztstrafrecht reproduziert oder anderweitig veröffentlicht werden. Ein Autorenhonorar ist ausgeschlossen.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung sind der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung WisteV vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

Erscheinungsweise: Vierteljährlich, elektronisch.

Bezugspreis: kostenlos.

Anmeldung zum Newsletterbezug unter medizinstrafrecht@wistev.de / www.wistev.de.