

1/2025

# medstra

## Zeitschrift für Medizinstrafrecht

11. Jahrgang

13. Januar 2025  
S. 1–68

**Herausgegeben von:** Prof. Dr. Karsten Gaede · Prof. Dr. Michael Tsambikakis · Gabriele Cirener · Prof. Dr. Thomas Clemens · Prof. Dr. Gunnar Duttge · Prof. Dr. Thomas Fischer · Prof. Dr. Helmut Frister · Torsten Haase · Prof. Dr. Wolfram Höfling · Prof. Dr. Scarlett Jansen · Prof. Dr. Michael Lindemann · Prof. Dr. Frank Ulrich Montgomery · Dr. Rolf Raum · Prof. Dr. Henning Rosenau · Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski · Prof. Dr. Frank Saliger · Prof. Dr. Karsten Scholz · Dr. Gernot Steinhilper · Prof. Dr. Dr. Klaus Ulsenheimer

**Redaktion:** Prof. Dr. Karsten Gaede · Prof. Dr. Michael Lindemann · Prof. Dr. Michael Tsambikakis

Mit Beiträgen der  
KKH-Fachtagung  
Betrug im Ge-  
sundheitswesen  
2024

- › **Liane Wörner** – Wohin mit §§ 218 ff. StGB? Zur strafverfassungsrechtlich erforderlichen Reform ..... 1
- › **Andreas Mosbacher** – Aktuelle Fragen des Abrechnungsbetruges insbesondere beim Einschalten von Abrechnungsunternehmen ..... 3
- › **Wolfgang Seifert** – Fehlverhalten im nicht-ärztlichen Bereich – ein weiterer Meilenstein ..... 10
- › **Bianca Dittmer / Grit Stottok** – Die Pflicht zur Unterrichtung der Staatsanwaltschaft gem. § 197a Abs. 4 SGB V und ihr Spannungsverhältnis zu sozialrechtlichen Verfahren ..... 19
- › **Nina Schrott** – Der Schutz der Patientenrechte auf dem Prüfstand: Strafrechtliche Schutzlücken bei der Patientenbehandlung? ..... 25
- › Abrechnungsbetrug und Bestechung im Zusammenhang mit der Verordnung von Kompressionsstrümpfen (BGH, Urt. v. 21.3.2024 – 3 StR 163/23) *m. Anm.* Harald Wostry ..... 34
- › Fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen (Export pentobarbitalhaltiger Medizinprodukte ohne Ausfuhrgenehmigung des BAFA; Fehlen eines wirksamen Export-Kontrollsystems) (BGH, Urt. v. 29.5.2024 – 3 StR 507/22) ..... 42



C.F. Müller

medstra-online.de



286202412501

# Unsere Neuen in der gelben Reihe



**Begründet von RA Prof. Dr. Eckhart Müller und RA Alexander Eberth, FAe für Strafrecht. Fortgeführt von RA Dr. Matthias Schütrumpf und RA Jürgen Just, FAe für Strafrecht.**

8., neu bearbeitete Auflage 2025, ca. 310 Seiten, ca. € 49,- ISBN 978-3-8114-6053-9

Die Neuauflage ermöglicht durch einen überarbeiteten Aufbau einen noch gezielteren Zugriff auf die praxisrelevanten Fragestellungen des Betäubungsmittelstrafrechts. Dabei wurde die kompakte Darstellung beibehalten.

Neu hinzugefügt wurden zahlreiche Praxishinweise zur Verteidigungstaktik sowie Formulierungsvorschläge, die bei der Mandatsbearbeitung hilfreich sind. Leitsatzentscheidungen werden in den Fußnoten optisch hervorgehoben, um wichtige Rechtsgrundlagen schnell auffindbar zu machen.

Darüber hinaus wurden alle aktuellen Gesetzesänderungen eingearbeitet, einschließlich:

- Das am 1.4.2024 in Kraft getretene Cannabisgesetz
- Das Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts vom 26.7.2023

**Begründet von Prof. Dr. Günter Kohlmann. Fortgeführt von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Prof. Dr. Markus Wagner und Prof. Dr. Petra Wittig.**

2., völlig neu bearbeitete Auflage 2025, 694 Seiten, € 84,- ISBN 978-3-8114-0844-9

Das in der Erstauflage von Prof. Dr. Günter Kohlmann verfasste Werk wurde unter Beibehaltung der bisherigen Konzeption von einem neuen Autorenteam völlig neu bearbeitet und wieder auf den aktuellen Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum gebracht.

Das praxisorientierte Handbuch ist wissenschaftlich fundiert und bietet Unternehmensjuristen, GmbH-Geschäftsführern und der Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen eine wertvolle Arbeitshilfe.

Themen-Highlights in der 2. Auflage sind u. a.

- » Verantwortungsverteilung im Unternehmen
- » Strafrechtliche Verantwortung im Konzern
- » Strafbarkeitsrisiken trotz Delegation
- » Strafrechtliche Risiken in der Insolvenz der Gesellschaft
- » Steuervergehen zugunsten der Gesellschaft
- » Strafvorschriften des neuen Geschäftsheimnisgesetzes
- » Strafrechtliche Behandlung der Beschäftigung von sog. „Scheinselbstständigen“ nach der Rechtsprechungsänderung des BGH

Digital verfügbar in den Modulen:



Versandkostenfrei bestellen bei **otto-schmidt.de**  
C.F. Müller GmbH, Waldhofer Str. 100, 69123 Heidelberg  
Bestell-Tel. 06221/1859-599, kundenservice@cfmueller.de

## Inhalt

medstra-online.de

### medstra-statement

Professorin Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison) – Wohin mit §§ 218 ff. StGB? Zur strafverfassungsrechtlich erforderlichen Reform ..... 1

### Beiträge

Richter am BGH Professor Dr. Andreas Mosbacher, Leipzig – Aktuelle Fragen des Abrechnungsbetruges – insbesondere beim Einschalten von Abrechnungsunternehmen ..... 3

VRiLSG Wolfgang Seifert – Fehlverhalten im nicht-ärztlichen Bereich – ein weiterer Meilenstein – Zum Urteil des BSG vom 22.2.2024 – B 3 KR 14/22 R ..... 10

OSTA'in Bianca Dittmer / OSTA'in Grit Stottok, ZKG Nürnberg – Die Pflicht zur Unterrichtung der Staatsanwaltschaft gem. § 197a Abs. 4 SGB V und ihr Spannungsverhältnis zu sozialrechtlichen Verfahren ..... 19

Akad. Rätin a.Z. Dr. Nina Schrott, München – Der Schutz der Patientenrechte auf dem Prüfstand: Strafrechtliche Schutzlücken bei der Patientenbehandlung? ..... 25

### Literaturübersicht

Wiss. Mit. Jessica Krüger, MPhil (Cantab), Bucerius Law School, Hamburg – Beitragsübersicht Medizinstrafrecht – Juli bis September 2024 ..... 32

### Rechtsprechung

BGH, Urt. v. 21.3.2024 – 3 StR 163/23  
*m. Anm. Harald Wostry*

Abrechnungsbetrug und Bestechung im Zusammenhang mit der Verordnung von Kompressionsstrümpfen ..... 34

BGH, Urt. v. 4.4.2024 – III ZR 38/23

Anwendbarkeit der Gebührenordnung für Ärzte für ambulante Leistungen eines Krankenhausträgers ..... 38

BGH, Urt. v. 29.5.2024 – 3 StR 507/22

Fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen (Export pentobarbitalhaltiger Medizinprodukte ohne Ausfuhrgenehmigung des BAFA; Fehlen eines wirksamen Export-Kontrollsystems) ..... 42

BGH, Urt. v. 13.6.2024 – III ZR 279/23

Anwendbarkeit der GOÄ auf ambulante Operation in einer Privatkrankenanstalt ..... 49

BGH, Beschl. v. 25.6.2024 – 1 StR 217/24

Betrug durch Abrechnung nicht erbrachter Vermittlungsleistungen ..... 54

BGH, Beschl. v. 26.6.2024 – 1 StR 10/24

Unerlaubtes Inverkehrbringen nicht zugelassener Fertigarzneimittel; Verjährung ..... 54

LG München II v. 13.3.2024 – Endurt. 1 O 5113/21 Hei

Anforderungen an die Aufklärung bei notfallmedizinischer Versorgung ..... 56

LG Berlin I, Urt. v. 8.4.2024 – (540 Ks) 278 Js 405/21 (2/23)

Strafbarkeit der Suizidassistenz bei psychischer Erkrankung des Sterbewilligen ..... 64

## Inhalt

**medstra aktuell**

<b>Aktuelle Rechtsprechung in Kürze</b> .....	R3
<b>Aktuelle Nachrichten</b> .....	R7
<b>Rechtsprechungsvorschau</b> .....	R10
<b>Aus dem Inhalt der nächsten Hefte</b> .....	R11

# So gelingt die Revisionsbegründung

Von RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, FA für Strafrecht, RA Dr. Sebastian Wollschläger, FA für Strafrecht und für Steuerrecht, und RAin Hannah Milena Piel, FAin für Strafrecht.

4., neu bearbeitete Auflage 2025, 1.304 Seiten, gebunden, € 162,- ISBN 978-3-8114-8772-7



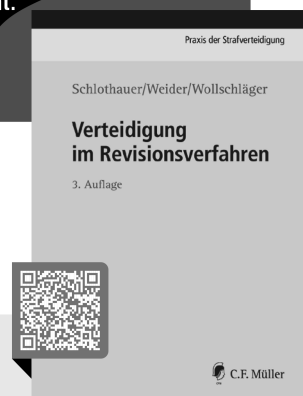
C.F. Müller

**Das Handbuch navigiert den Nutzer mittels eines fragegestützten Leitsystems durch Hauptverhandlungsprotokoll und Urteil. So lassen sich potentielle Fehlerquellen rasch und systematisch erkennen.**

Weitere Erläuterungen unterstützen bei der Anfertigung der Revisionsbegründung und bei der Wahrung aller Form- und Fristenfordernisse – von der Einlegung des Rechtsmittels bis zur Entscheidung durch das Revisionsgericht.

Die Neuauflage berücksichtigt alle wesentlichen Änderungen der StPO

- » im Beweisantragsrecht
- » im Befangenheitsrecht
- » bei der Besetzungsrüge
- » bei den Unterbrechungsfristen
- » bei der DNA-Analyse und Telekommunikationsüberwachung
- » bei der Erweiterung der Möglichkeit der Video-Vernehmung
- » bei den Belehrungspflichten bei der Beschuldigtenvernehmung
- » bei der Revisionsbegründungsfrist.



**Versandkostenfrei bestellen:**

www.otto-schmidt.de  
C.F. Müller GmbH, Waldhofer  
Straße 100, 69123 Heidelberg  
Bestell-Tel. 06221/1859-599  
kundenservice@cfmueller.de

## Aktuelle Rechtsprechung in Kürze

### Verkauf apothekenpflichtiger Medikamente über Amazon

EuGH, Urt. v. 4.10.2024 – C-23/23 – Lindenapotheke

Die Mitgliedstaaten können Mitbewerbern eines mutmaßlichen Verletzers von Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten die Möglichkeit einräumen, diesen Verstoß als verbotene unlautere Geschäftspraxis gerichtlich zu beanstanden. Der Verkauf apothekenpflichtiger Arzneimittel über das Internet erfordert die ausdrückliche Einwilligung des Kunden in die Verarbeitung seiner Daten, auch wenn es sich um nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel handelt. Dies hat die Große Kammer des EuGH mit Urteil vom 4.10.2024 in der Rechtssache C-21/23 – Lindenapotheke entschieden.

Der BGH hat einen Rechtsstreit zwischen zwei deutschen Apothekern zu entscheiden. Der Apotheker, dem die „Lindenapotheke“ gehört, vertreibt seit dem Jahr 2017 apothekenpflichtige Medikamente über Amazon. Die Kunden müssen im Rahmen der Onlinebestellung dieser Medikamente verschiedene Informationen eingeben. Gestützt auf die deutschen Rechtsvorschriften über unlautere Geschäftspraktiken beantragte ein Mitbewerber des Apothekers bei den deutschen Gerichten, dem Inhaber der Lindenapotheke aufzutragen, diese Tätigkeit einzustellen, solange nicht gewährleistet sei, dass die Kunden vorab in die Verarbeitung von Gesundheitsdaten einwilligen können. Die Gerichte erster und zweiter Instanz vertraten die Ansicht, dass dieser Vertrieb eine unlautere und unzulässige Praxis darstelle, da er gegen die DSGVO verstoße. Wenn keine ausdrückliche Einwilligung der die Arzneimittel erwerbenden Kunden vorliege, komme es beim Verkauf nämlich zu einer Verarbeitung von Gesundheitsdaten, die gemäß der DSGVO verboten sei. Der BGH stellte sich die Frage, ob die nationalen Rechtsvorschriften, die es einem Mitbewerber ermöglichen, auf der Grundlage des Verbots unlauterer Geschäftspraktiken Klage gegen den mutmaßlichen Verletzer von Vorschriften der DSGVO zu erheben, mit dieser Verordnung im Einklang stehen.

In seinem Urteil antwortete der Gerichtshof, dass die DSGVO einer nationalen Regelung nicht entgegenstehe, nach der – zusätzlich zu den Rechten und Befugnissen, die die DSGVO den nationalen Aufsichtsbehörden, den betroffenen Personen und den diese Personen vertretenden Verbänden einräume – Mitbewerber des mutmaßlichen Verletzers von Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten auf der Grundlage des Verbots unlauterer Geschäftspraktiken wegen eines Verstoßes gegen die DSGVO gerichtlich gegen diese Person vorgehen könnten. Im Gegenteil – dies trage unbestreitbar dazu bei, die

Rechte der betroffenen Personen zu stärken und ihnen ein hohes Schutzniveau zu gewährleisten. Im Übrigen könne sich dies als besonders wirksam erweisen, da so zahlreiche Verstöße gegen die DSGVO verhindert werden könnten.

Sodann stellte der Gerichtshof fest, dass die von den Kunden bei der Onlinebestellung apothekenpflichtiger Arzneimittel eingegebenen Daten (wie z.B. Name, Lieferadresse und für die Individualisierung der Arzneimittel notwendige Informationen) Gesundheitsdaten im Sinne der DSGVO darstellen, auch wenn der Verkauf dieser Arzneimittel keiner ärztlichen Verschreibung bedarf.

Aus diesen Daten könne nämlich mittels gedanklicher Kombination oder Ableitung auf den Gesundheitszustand einer identifizierten oder identifizierbaren natürlichen Person geschlossen werden, da eine Verbindung zwischen dieser Person und einem Arzneimittel, seinen therapeutischen Indikationen und Anwendungen hergestellt werde, unabhängig davon, ob diese Informationen den Kunden oder eine andere Person betreffen, für die der Kunde die Bestellung tätige. Folglich sei unerheblich, dass ohne ärztliche Verschreibung Arzneimittel nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit und nicht mit absoluter Sicherheit für die Kunden bestimmt seien, die sie bestellt hätten. Nach der Art der Arzneimittel und danach zu differenzieren, ob ihr Verkauf einer ärztlichen Verschreibung bedürfe, liefe dem mit der DSGVO verfolgten Ziel eines hohen Schutzniveaus zuwider. Der Verkäufer müsse diese Kunden daher klar, vollständig und in leicht verständlicher Weise über die spezifischen Umstände und Zwecke der Verarbeitung dieser Daten informieren und ihre ausdrückliche Einwilligung in diese Verarbeitung einholen.

### Vorwurf des Abrechnungsbetruges beim Betrieb von Corona-Teststellen

BGH, Urt. v. 4.12.2024 – 5 StR 498/23

Mit Urteil vom 4.12.2024 hat der 5. Strafsenat des BGH einer Revision der Staatsanwaltschaft gegen ein Urteil des LG Berlin wegen Abrechnungsbetruges beim Betrieb von Corona-Teststellen stattgegeben. Mit der angefochtenen Entscheidung hatte das LG den Angeklagten C. am 27.3.2023 wegen Betrugs in 67 Fällen unter Einbeziehung der Strafe aus einer rechtskräftigen Vorverurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren und neun Monaten verurteilt. Gegen seine Schwester, die Angeklagte W., hat es wegen Beihilfe zum Betrug in 17 Fällen eine Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verhängt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat, wobei es von einer einheitlichen Beihilfetat ausgegangen ist.

Nach den Feststellungen des LG betrieb der Angeklagte C. in Berlin mehrere Spätkaufgeschäfte und Gaststätten. Er ließ sich durch die Senatsverwaltung für Gesundheit für 18 Teststellen mit der Durchfüh-

rung von Corona-Tests beauftragen, wobei er bis auf zwei alle Teststellen unter Fremd- und Falschpersonalien anmeldete. Zwischen Mai und Oktober 2021 rechnete er bei der Kassenärztlichen Vereinigung (KV Berlin) für alle 18 Teststellen in einer Vielzahl von Fällen Testleistungen ab, die nicht durchgeführt worden waren. So fanden an elf Standorten in Wahrheit überhaupt keine Corona-Tests statt, an den übrigen sieben Teststellen stets deutlich weniger als in den Abrechnungen angegeben. Aufgrund der Abrechnungen überwies die KV Berlin insgesamt 9.733.981,04 € auf verschiedene Konten, darunter auch auf solche der Angeklagten W. Nach den Feststellungen unterstützte sie ihren Bruder durch die Bereitstellung der Konten, die Veranlassung von Bargeldauszahlungen und durch die Gestattung der Verwendung ihrer Personalien zum Betrieb von Teststellen.

Bezüglich der unter falschen Personalien betriebenen Teststellen hat das LG den gesamten Auszahlungsbetrag als Schaden angesetzt, auch wenn an diesen Stationen vereinzelt Tests durchgeführt wurden, da die Testleistungen in diesen Fällen nicht durch die beauftragte Person erbracht worden seien. Bei einer unter eigenem Namen betriebenen Teststelle hat die Strafkammer hingegen die Vergütung ermittelt, die auf die dort nach ihrer Schätzung tatsächlich erbrachten Testleistungen entfiel (63.879,03 €), und diese von der Schadenssumme abgezogen, da dem Angeklagten C. insoweit ein Erstattungsanspruch zugestanden habe. In dieser Höhe hat sie von einer Einziehung des Wertes von Taterträgen gegenüber beiden Angeklagten abgesehen.

Der 5. Strafsenat des BGH hat auf die Revision der Staatsanwaltschaft, die lediglich eine Korrektur des Einziehungssauspruchs bezweckte, das Urteil hinsichtlich des Angeklagten C. in den betreffenden Fällen und im Gesamtstrafenausspruch aufgehoben. Zur Begründung führte der Senat aus, das LG habe sein Urteil insoweit auf lückenhafte und widersprüchliche Feststellungen gestützt. Es habe insbesondere Umstände außer Betracht gelassen, die eine dem angenommenen Erstattungsanspruch entgegenstehende Betrugsstrafbarkeit begründen könnten. Nicht in den Blick genommen habe das LG Hinweise darauf, dass der Angeklagte C. seine Dokumentationspflichten nicht erfüllt habe und in seinen Teststellen sowohl ungeschultes Personal eingesetzt als auch bei Abnahme der Tests die Wartezeit nicht eingehalten worden sei. Da somit im Raum stehe, dass er bei den Abrechnungen einheitlich auch über diese Umstände und nicht nur – wie vom LG rechtsfehlerfrei angenommen – über die Anzahl der durchgeführten Tests getäuscht habe, habe der Schuldspruch des Angeklagten C. in den betroffenen Fällen keinen Bestand können. Dies habe insoweit auch den Wegfall des Rechtsfolgenausspruchs sowie die Aufhebung der Verurteilung der Angeklagten W bedingt.

Eine andere Strafkammer des LG wird in diesen Fällen erneut über die Schuld- und Straffrage zu entscheiden und zu prüfen haben, ob – wie von der Staatsanwaltschaft erstrebt – auch insoweit der gesamte von der KV Berlin ausgezahlte Betrag eingezogen werden muss.

---

## Intensivpflege als Schulbegleitung

LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 23.9.2024 – L 16 KR 383/24 B ER

In einem Beschluss vom 23.9.2024 hat das LSG Niedersachsen-Bremen die rechtlichen Anforderungen an die Gewährung von außerklinischer Intensivpflege in der Grundschule klargestellt. Ausgangspunkt war ein Eilverfahren eines achtjährigen Jungen, der an einer angeborenen Störung des Fettstoffwechsels leidet. Aufgrund dieser Erkrankung ist er auf eine spezielle Diät angewiesen, die regelmäßiges Essen und die Vermeidung von Fastenperioden umfasst. Seine Krankenkasse hatte zu Beginn des neuen Schuljahrs im Rahmen einer Sondervereinbarung häusliche Krankenpflege in Form von zwei täglichen Einsätzen des Pflegedienstes während der Schulzeit bewilligt, um die Gabe von MCT-Öl sicherzustellen. Darüber hinaus beantragten die Eltern des Jungen eine außerklinische Intensivpflege als Schulbegleitung, die insbesondere darauf achten sollte, dass ausreichend und richtig gegessen wird und die bei Bedarf nach Erbrechen eingreifen könnte. Die Kasse lehnte diesen Anspruch ab, da sie weitergehende Leistungen nicht für erforderlich hielt. Dagegen meinten die Eltern, dass nur eine Schulassistenz darauf achten könne, dass Mahlzeiten in genügender Menge eingenommen würden, dass ausreichend Kohlenhydrate aufgenommen würden und dass keine Mahlzeiten verweigert würden.

Das LSG ging im Ergebnis über die Auffassung der Krankenkasse noch hinaus. Es vertrat die Ansicht, es bestehe kein Anspruch auf außerklinische Intensivpflege in Form einer Schulbegleitung, so dass selbst die bereits bewilligten Leistungen nicht hätten gewährt werden dürfen. Die Intensivpflege sei schwerstpflegebedürftigen Menschen vorbehalten, die durch den medizinischen Fortschritt außerhalb von Krankenhäusern und Hospizen versorgt werden können. Demgegenüber sei es nicht Aufgabe der Krankenkasse, eine Kompensation für etwaige Versorgungsdefizite im pädagogisch-erzieherischen Bereich zu erbringen. Die Beaufsichtigung eines Kindes beim Essen oder die Versorgung nach Erbrechen falle zudem in den Bereich der Grundpflege und Betreuung, nicht jedoch der Behandlungspflege. Auch die Gabe von gängigen Nahrungsergänzungsmitteln wie Maltodextrin oder MCT-Öl ändere daran nichts, weil diese Maßnahmen in gleicher Weise bei gesunden und kranken Kindern zur Sicherstellung der allgemeinen Ernährung dienen.

---

## Erfolgreiche Kinderwunschbehandlung: Krankenkasse muss für drei Versuche mit derselben Methode zahlen

LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.10.2024 – L 16 KR 101/22

In seinem Urteil vom 16.10.2024 hat der 16. Senat des LSG Berlin-Brandenburg eine für die Praxis bedeutsame Auslegung des § 27a Abs. 1 Nr. 2 SGB V vorgenommen, demzufolge die Krankenkassen die Kosten für drei erfolglose Versuche der Kinderwunschbehandlung übernehmen müssen. Der Senat vertrat die Auffassung, für die Anzahl der erfolglosen Versuche sei nur auf dieselbe Behandlungsmethode abzustellen; dass daneben auch weitere erfolglose Versuche



mit anderen Methoden unternommen worden seien, sei grundsätzlich unbeachtlich.

Die Klägerin, die im August 2019 ihr 40. Lebensjahr vollendete, ist seit dem Jahr 2010 Mutter einer Tochter, die im Wege einer sog. intracytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) geboren wurde. Dabei wird ein einzelnes Spermium mit Hilfe einer sehr feinen hohlen Glasnadel direkt in die Eizelle gespritzt. In der Folge unternahm die Frau zwei weitere Versuche der künstlichen Befruchtung mittels ICSI sowie drei weitere Versuche der Kinderwunschbehandlung mit kryokonservierten Eizellen im Vorkernstadium. Bei der letztgenannten Methode werden Eizellen im Anfangsstadium der Befruchtung bei minus 196 Grad Celsius in flüssigem Stickstoff eingefroren und gelagert. Bis auf eine ICSI im Jahr 2015 zahlte die Frau alle Behandlungsversuche selbst. Lediglich eine im Jahr 2018 durchgeführte ICSI führte zu einer Schwangerschaft mit Fehlgeburt.

Im Jahr 2019 unternahm die Klägerin abermals zwei erfolglose Versuche der Kinderwunschbehandlung mittels ICSI. Ihre Krankenkasse lehnte die – vom Gesetz vorgesehene – Übernahme der hälftigen Kosten ab, da bereits mehr als drei Behandlungsversuche fehlgeschlagen seien. Die hiergegen gerichtete Klage vor dem SG Potsdam blieb ohne Erfolg.

Der 16. Senat des Landessozialgerichts hat der Frau hingegen recht gegeben und die Krankenkasse verurteilt, die geltend gemachten hälftigen Kosten für die beiden erfolglosen ICSI-Behandlungen im Jahr 2019 zu übernehmen. Nach dem insofern maßgeblichen § 27a Abs. 1 Nr. 2 SGB V umfassen die Leistungen der Krankenbehandlung auch medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft, wenn nach ärztlicher Feststellung hinreichende Aussicht besteht, dass durch die Maßnahmen eine Schwangerschaft herbeigeführt wird; eine hinreichende Aussicht besteht nicht mehr, wenn die Maßnahme drei Mal ohne Erfolg durchgeführt worden ist. Nach Ansicht des Senates dürfen unterschiedliche Maßnahmen der künstlichen Befruchtung bei der Zählung der erfolglosen Behandlungsversuche grundsätzlich nicht addiert werden. Dies ergebe sich aus Wortlaut und Zweck der gesetzlichen Regelung. Daher seien die drei erfolglosen Versuche der Befruchtung von kryokonservierten Eizellen nicht mitzuzählen. Überdies könnten als erfolglose Behandlungsversuche nur solche gewertet werden, deren Methode in den Richtlinien über die künstliche Befruchtung des Gemeinsamen Bundesausschusses aufgeführt würden. Dies sei bei der Behandlung mit kryokonservierten Eizellen im Vorkernstadium nicht der Fall. Nicht zu berücksichtigen sei auch die zu einer Fehlgeburt führende ICSI-Behandlung im Jahr 2018. Als erfolgloser Versuch gelte damit nur die nicht zu einer Schwangerschaft führende ICSI-Behandlung im Jahr 2015, so dass die Kosten der zwei weiteren, erfolglosen ICSI-Behandlungen aus dem Jahr 2019 zu übernehmen seien. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig; der Senat hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zugelassen.

---

## Erbringung pharmazeutischer Dienstleistungen durch niedergelassene Apotheken

LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.10.2024 – L 4 KR 254/22 KL und L 4 KR 289/22 KL

Niedergelassene Apotheken dürfen auch weiterhin sog. pharmazeutische Dienstleistungen erbringen. Das hat der 4. Senat des LSG Berlin-Brandenburg mit Urteil vom 23.10.2024 entschieden.

Pharmazeutische Dienstleistungen wurden 2021 als ein neues Betätigungsfeld für Apotheken eingeführt (§ 129 Abs. 5e SGB V). Weil sich Kassen und Apotheken nicht auf einzelne pharmazeutische Dienstleistungen einigen konnten, erging 2022 ein Schiedsspruch. Diesen griff zum einen der Spitzenverband der gesetzlichen Krankenkassen an. Er ist der Auffassung, der Schiedsspruch habe eine standardisierte Blutdruckmessung nicht als pharmazeutische Dienstleistung festsetzen dürfen; außerdem sei die Vergütung für alle insgesamt fünf pharmazeutischen Dienstleistungen durchweg zu hoch und mit Fehlern festgesetzt worden. Diese Klage wurde abgewiesen. Zur Begründung führte der Senat aus, zwar ergäben sich aus dem Wortlaut und der Begründung des Gesetzes nur wenige Hinweise darauf, welche Leistungen einer Apotheke als pharmazeutische Dienstleistung in Frage kommen. Der Senat billigt aber – wie auch das Bundessozialgericht – der Schiedsstelle weite Gestaltungsspielräume bei ihren Entscheidungen zu und lässt schon eine „andeutungsweise“ Begründung genügen. Diesen Anforderungen entspreche der verfahrensgegenständliche Schiedsspruch sowohl zur Frage, was Inhalt einer pharmazeutischen Dienstleistung sein kann, als auch bei den Vergütungen. Soweit die Schiedsstelle im Schiedsspruch für die Höhe der Vergütung umfangreiche Berechnungen angestellt habe und ihr hierbei u.U. Fehler im Detail unterlaufen seien, gehe dies nicht zu ihren Lasten. Denn sie sei grundsätzlich nicht verpflichtet, irgendwelche Rechenschritte offenzulegen. Ohne Bedeutung für die Entscheidung des Gerichts war, dass Apotheken für eine (standardisierte) Blutdruckmessung ggf. mehr Geld bekommen als niedergelassene Ärztinnen und Ärzte.

Zum anderen klagte eine Kassenärztliche Vereinigung, weil sie den Schiedsspruch als Eingriff in ihre gesetzliche Aufgabe – die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung – ansah. Auch diese Klage hatte keinen Erfolg. Sie war nach Ansicht des Senates bereits unzulässig, weil eine Kassenärztliche Vereinigung durch Regelungen zu pharmazeutischen Dienstleistungen in keiner Weise in eigenen Rechten verletzt sein könne.

Die Urteile sind nicht rechtskräftig; wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache hat der Senat jeweils die Revision zugelassen.

---

## Vorläufige Aussetzung des Behandlungsverbotes für Oberschenkelhalsbrüche

LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 30.10.2024 – L 4 KR 419/24 B ER

Mit Beschluss vom 30.10.2024 hat das LSG Niedersachsen-Bremen entschieden, dass gegen einen Hinweis auf ein Behandlungs- und

Abrechnungsverbot Widerspruch mit aufschiebender Wirkung eingelegt werden kann. Somit können die Patienten vorerst weiter versorgt werden.

Ausgangspunkt war ein Eilantrag eines Regionalkrankenhauses aus dem ländlichen Raum, in dem der Medizinische Dienst (MD) eine Kontrolle durchgeführt hatte. Dabei stellte der MD fest, dass die Qualitätsanforderungen für die Versorgung von Oberschenkelhalsbrüchen nicht vollständig erfüllt waren, weil am Wochenende kein Geriater zur Verfügung stand. Infolgedessen übersandte die Krankenkasse ein Schreiben an das Krankenhaus, wonach diese Leistungen nicht mehr erbracht und abgerechnet werden dürften. Das Krankenhaus erhob Widerspruch und argumentierte, dass ein Leistungsverbot neben einer fehlenden Rechtsgrundlage auch unverhältnismäßig sei. Es komme zu einer Gefährdung der Versorgungslage im Einzugsgebiet, da Patienten mit akutem Operationsbedarf über weite Strecken transportiert werden müssten. In den wenigen Häusern, die nach den Kontrollen des MD noch operieren dürften, bestünden bereits erhebliche Engpässe. Nach einem Unfall müsse die Operation innerhalb von 24 Stunden erfolgen, was in diesen Fällen nicht immer gewährleistet sei. Einen solchen Widerspruch hielt die Kasse für unstatthaft, da es sich nach ihrer Ansicht um ein reines Informationsschreiben und keinen Verwaltungsakt handelte.

Das LSG hat die Position des Krankenhauses bestätigt. Die Krankenkasse habe nicht nur allgemeine Hinweise verschickt, sondern einen Verwaltungsakt erlassen. Maßnahmen, die Sanktionen verhängten, gälten als hoheitlicher Akt. Deshalb habe ein Widerspruch gegen solche Maßnahmen aufschiebende Wirkung, d.h., die Sanktion werde bis zur Klärung im Hauptsacheverfahren nicht wirksam. Erst dann werde geprüft, ob ein vollständiger Ausschluss von Leistungen und Abrechnung nach dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ eventuell unverhältnismäßig ist und gegen höheres Recht verstößt.

## Erfolgsloser Eilantrag eines Medizinstudenten, der Nachteile infolge von schöffensbedingten Fehlzeiten im Studium befürchtet

VG Sigmaringen, Beschl. v. 29.11.2024 – 8 K 4191/24

Mit Beschluss vom 29.11.2024 hat die 8. Kammer des VG Sigmaringen den Eilantrag eines Studenten einer Medizinischen Fakultät vom gleichen Tage abgelehnt, der sich im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Nachteile im Studium wendet, die ihm in der Zukunft durch die Ausübung seines Schöffenamts infolge von Fehlzeiten bei Lehrveranstaltungen entstehen könnten.

Der Antragsteller ist Student der Humanmedizin und Schöffe im Bezirk eines LG. Die Studien- und Prüfungsordnung seiner Universität knüpft die Zulassung zur Prüfung für die Lehrveranstaltung „Kursus der Makroskopischen Anatomie“ (der sog. Präparierkurs) an eine Anwesenheit von 85 %. Drei Fehlzeiten sind zulässig. Im Einzelfall können Fehlzeiten kompensiert werden. Bislang hat der Antragsteller bei dem Kurs in diesem Semester noch nicht gefehlt. Mitte September 2024 lud ihn das LG für einen Gerichtstermin am 2.12.2024. An diesem Tag findet auch der Präparierkurs statt. Die Universität lehnte es im Vorfeld ab, dem Antragsteller bereits jetzt eine Kompensation für mögliche schöffensbedingte Fehlzeiten zu gewähren.

Hiergegen wandte sich der Antragsteller an das VG Sigmaringen und beantragte, die Universität zu verpflichten, es zu unterlassen, ihn durch schöffensbedingte Fehlzeiten in seinen Studienleistungen zu benachteiligen. Der Antragsteller sieht unzumutbare Nachteile. Er meint, dies verstoße gegen Vorgaben des Deutschen Richtergesetzes (DRiG), wonach Übernahme und Ausübung des Schöffenamts nicht zu Nachteilen führen dürften.

Dieser Argumentation ist das VG nicht gefolgt. Aus Sicht der Kammer ist gegenwärtig nicht absehbar, ob sich die durch sein Schöffenamts bedingte Abwesenheit von Lehrveranstaltungen überhaupt nachteilig für den Antragsteller auswirkt. Weil zum jetzigen Zeitpunkt ein Nachteil weder entstanden sei noch absehbar drohe, sei der Antragsteller derzeit nicht rechtsschutzbedürftig. Verwaltungsrechtsschutz sei grundsätzlich nachträglicher Rechtsschutz. Das folge aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, welcher der Gerichtsbarkeit ausschließlich die Kontrolle der Verwaltungstätigkeit auftrage, ihr aber grundsätzlich nicht gestatte, bereits im Vorhinein ge- oder verbietend in den Bereich der Verwaltung einzugreifen. Die VwGO stelle ein System nachgängigen – gegebenenfalls vorläufigen – Rechtsschutzes bereit und gehe davon aus, dass dieses zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) grundsätzlich ausreiche. Vorbeugende Klagen – erst recht vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz – seien nur zulässig, wenn ein besonderes schützenswertes Interesse gerade an der Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes bestehe, wenn mit anderen Worten der Verweis auf den späteren Rechtsschutz mit für den Rechtsschutzsuchenden unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre. Ein berechtigtes Interesse an einem vorbeugenden Rechtsschutz könne insbesondere solange nicht anerkannt werden, wie sich noch nicht mit dafür erforderlicher Bestimmtheit übersehen lasse, welche Maßnahmen drohten oder unter welchen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen sie ergehen würden.

So liege es hier. Die Frage, ob die Abwesenheit durch die ehrenamtliche Tätigkeit als Schöffe als Fehlzeit berücksichtigt werden dürfe oder nicht, wirke sich erst aus, wenn der Antragsteller mangels ausreichender Anwesenheitszeiten eine Lehrveranstaltung nicht bestehe oder nicht zu einer Prüfung zugelassen werde. Dann müsste die Universität das Benachteiligungsverbot des § 45 Abs. 1a DRiG sowie die Parallelregelung des Landeshochschulgesetzes (dort § 9 Abs. 7) berücksichtigen.

Ergänzend hat die Kammer den Antragsteller darauf hingewiesen, dass es ihm möglich gewesen wäre, auf die Ladung von Mitte September und den Eintritt der Terminkollision beim LG eine Entbindung an bestimmten Sitzungstagen zu beantragen und seine Anwesenheitspflicht bei der Lehrpflichtveranstaltung am 2.12.2024 sowie die fehlzeitbedingten Folgen als Hinderungsgrund zu nennen. Diese Möglichkeit sehe § 54 GVG ausdrücklich vor.



## medstra-statement

Professorin Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison)\*

# Wohin mit §§ 218 ff. StGB? Zur strafverfassungsrechtlich erforderlichen Reform

*Eine Streichung des § 218 StGB entspricht nicht nur einer Liberalisierung des Schwangerschaftsabbruchs, sie ist erforderlich und geboten. Das von vielen befürwortete Anliegen betrifft nicht nur eine Umverteilung von Freiheits-, sondern die rechtlich dringlich notwendige Gestaltung von Verantwortungssphären. Die Schwangere darf kriminalstrafrechtlich nicht verantwortlich gemacht werden, wann immer die Fortsetzung der Schwangerschaft wegen der damit einhergehenden, umfassenden Lebensumwälzung von ihr nicht getragen werden kann. Der Staat hat seine Verantwortung zum Schutz der Rechte von Frauen, Schwangeren und Personen mit Uterus auf reproduktive Freiheiten, Leben und Gesundheit zu übernehmen und vor Eingriffen in eine Schwangerschaft gegen ihren Willen zu stärken. Insbesondere hat er für gute Bedingungen zum Schutz von Schwangeren und Kindern zu sorgen; das vermeidet Schwangerschaftskonflikte. Mit der derzeitigen Kriminalisierung werden allein strukturelle Diskriminierung und Stigmatisierung verfestigt.*

„Die Eulen der Minerva fliegen um Mitternacht“ (G.W.F. Hegel, 1821, W7, 28): Es ist für liberale, demokratische und menschenwürdige Gesetze nie zu spät. Hier fehlen sie, weil der Schwangerschaftsabbruch in Deutschland weiter eine Straftat und bis zur zwölften Woche p.c. nach Pflichtberatung und dreitägiger Wartefrist nur ausnahmsweise straflos, aber rechtswidrig ist. Sie fehlen, weil ein Abbruch bei kriminologischer Indikation nur bis zur zwölften Woche, bei medizinischer Indikation bis zur Geburt rechtmäßig ist, weil Embryo und Fetus teils ungeschützt und weil Schwangere vor nicht selbstbestimmten Eingriffen zu wenig geschützt sind, sondern mit Pflichten und Zugangsbeschränkungen strukturell diskriminiert werden. Statt Neuregelungen liefert Deutschland historische Begründungen in Gestalt zweier kritisierten Entscheidungen des BVerfG (BVerfGE 39, 1; 88, 203). Der Rechtfertigungsdruck steigt. National spitzt sich die Versorgungsfrage zu. International wurde Deutschland wegen des problematischen Zugangs vom UN-

Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Mai 2023 gerügt (CEDAW/C/DEU/CO9 v. 31.5.2023, S. 13). Doch erzwingt das eine Reform?

### Beschränkung reproduktiver Rechte

Im Vergleich der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gehört Deutschland mit Malta und Polen zu den Staaten mit den weitestgehenden Zugangsbeschränkungen (Center for Reproductive Rights 2024). Mit Pflichtberatung, Wartefrist und Rechtswidrigkeit werden sogar besonders hohe Hürden aufgestellt, Ärzt\*innen zur Teilnahme an rechtswidrigen Verfahren quasi gezwungen. Die *Abortioncare Guidelines* 2022 der Weltgesundheitsorganisation fordern dagegen explizit die vollständige Entkriminalisierung ohne kostensteigernde, zugangsbeschränkende Pflichten und Wartefristen und unabhängig vom Gestationsalter (ausführend Starski, KOM-Bericht, Kap. 6). Der problematische Zugang zum Schwangerschaftsabbruch schränkt die reproduktiven Rechte (nur!) von Schwangeren ein, bedingt Abhängigkeiten (beruflich, sozial) und Diskriminierungen. Diese Bestandsaufnahme ist nicht lediglich Auslegung im Sinne femininer Selbstbestimmung im Kampf gegen patriarchale Machtstrukturen und zur Aufgabe ungebohrenen Lebensschutzes (Duttge, medstra 2022, 207) und mündet auch nicht in eine Unterschreitung des Untermaßverbotes (Rostalski, medstra 2024, 4). Vielmehr ist sie Resultat einer umfassenden Prüfung der verfassungsrechtlichen Belange aller unmittelbar Betroffenen unter Berücksichtigung interdisziplinär

\* Prof. Dr. Liane Wörner, LL.M. (UW-Madison) ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie an der Universität Konstanz/Deutschland. Sie ist wissenschaftliche Koordinatorin der Arbeitsgruppe 1 (Schwangerschaftsabbruch) der von der Bundesregierung 2023 eingesetzten Kommission für reproduktive Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin.

gewonnener, heute vorliegender wissenschaftlicher Erkenntnis. Betroffen sind zuerst Frauen (und gebärfähige Personen), mit ihnen Embryonen/Feten. Die gesundheitlichen Gefahren und psychosozialen Folgen von Schwangerschaft sind mittlerweile multidisziplinär erforscht mit deutlich mehr Erkenntnissen aus den Bezugsdisziplinen; das Recht berücksichtigt sie nicht. Daten zur aktuellen Versorgungslage ergänzen das Bild (ELSA-Studie 2024). Die vom BVerfG 1993 aufgegebenen Prüfung der Wirksamkeit der Beratungsregelung zum Schutz von Embryo und Fetus zeigt, dass das Strafrecht mit in sich nicht stimmigen Strafbefreiungsregulierungen und bleibenden Strafbarkeitslücken überfordert ist.

Historisch wie rechtssoziologisch mag man vielleicht die Entscheidungen mit einem im damaligen Recht abgebildeten, heute längst überholten Frauenbild erklären. Dieses war zur damaligen Zeit in der Rechtswissenschaft weit verbreitet, wenn auch nicht unbestritten. Auch insgesamt lässt sich für Politik und Gesellschaft feststellen: Wir sind in Rollenbildern verhaftet. Das Recht hinkt gesellschaftlichen Entwicklungen und veränderten Anschauungen hinterher. Die Homosexualität unter Männern ist erst seit 1994 gesamtdeutsch straffrei (29. StrÄndG 1994). Die Vergewaltigung in der Ehe und von Männern ist erst seit 1997 strafbar (33. StrÄndG 1997). Die Zugangsbeschränkung zum Schwangerschaftsabbruch diskriminiert weiter. Das Problem besteht darin, dass das Gericht gleich zweifach (1975 und 1993) dem im Parlament ausgehandelten demokratischen Kompromiss einer Fristenregelung (5. StrRG 1974, SFHG 1992) einseitig die Grundrechtspositionen des *nasciturus* entgegenstellte, dessen Schutz nicht auch nur für bestimmte Zeit aufgehoben werden könne. Doch was gilt, wenn es darum gar nicht geht, der Schutz gar nicht eingeschränkt werden soll, sondern im reformierten Recht sogar verbessert werden kann? Es ist erforderlich, dass sich auch die Strafrechtswissenschaft ehrlich diese Fragen stellt.

### Der Schwangerschaftsabbruch gehört nicht in das Strafrecht

Ob der Schwangerschaftsabbruch außerhalb des Strafrechts reguliert werden kann, hat die von der Bundesregierung eingesetzte, interdisziplinäre Expertenkommission bis 2024 geprüft, dazu politische und zivilgesellschaftliche Entscheidungsträger befragt und schließlich einstimmig empfohlen, den frühen Abbruch bis zur zwölften Woche p.c. rechtmäßig zu stellen; gleiches für den Abbruch bis zur 20./22. Woche zu erwägen und die Spätschwangerschaft besser als bisher zu schützen. Beratung und Versorgung sollen den entscheidenden Regelungsbaustein bilden. Das sind per se keine Fragen für das Strafrecht. Im aktuellen Strafrecht als widersprüchlich festgestellt ist:

**Bei fetopathischen** Befunden greift das aktuelle über das frühere Recht hinaus, indem es den Abbruch bis zur Geburt, nicht nur bis zur extrauterinen Lebensfähigkeit, gestattet. Doch Spätabbrüche sind ethisch nicht unbedenklich, bei Abbruchsautomatismus sogar verfassungswidrig. Ärzt\*innen sind Rechtsunsicherheiten ausgesetzt, auch wenn Selbstanzeigen nach Fetozyd oft eingestellt werden. **Embryo und Fetus** sind vor vorsätzlicher und fahrlässiger Schädigung gegen den Willen der Schwangeren nicht geschützt (Weißer, GA 2023, 548). Die vom BVerfG ausgesprochene Schutzpflicht über das ungeborene Leben wird vielmehr vollständig der Schwangeren überantwortet. Dabei ließe sich gerade hier die Verantwortung zum Schutz des Lebens teilen und die Frau stützen, wie das der aktuell im Bundestag eingebrachte Gesetzesentwurf auch vorsieht (BT-

Drucks. 20/13775). Die **Nötigung** zum Schwangerschaftsabbruch führt zu höherer Strafzumessung in § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB. Die (versuchte) Nötigung, das zu unterlassen, wird trotz legalisierten, wenn auch rechtswidrigen Zugangs erst mit dem Gehsteiggesetz 2024 allenfalls anerkannt (BGBl. 2024 I Nr. 351). Nach Abschaffung des Werbeverbots in § 219a StGB a.F. (BGBl. I 2022, 1082) bestraft § 219b StGB weiter das **Inverkehrbringen von Mitteln** oder Gegenständen zum rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch, obwohl ein nicht legalisiertes Umfeld beim Schwangerschaftsabbruch mit der Beratungsregelung 1995 abgeschafft sein soll. Es bedeutet faktisch, dass Mittel zum Schwangerschaftsabbruch nach Zulassung von Praxen und Kliniken vorfinanziert werden müssen.

Bei alledem sinkt die **Zahl** der Schwangerschaftsabbrüche nicht. Für 2023 verzeichnet *destatis* erneut einen Anstieg um 2,2 % auf 106.218 Fälle. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 218 StGB und § 218a StGB ist von Beginn an verkehrt (*Merkel*, NK-StGB § 218 Rz. 1). Psychosozial, gesundheitlich und ethisch tritt hinzu: **Beratungspflichten** mit Wartefristen, abhängig vom Gestationsalter, sind für Schwangere menschenrechtlich problematisch. Das Hauptargument gegen die Zulassung von Leihmutterchaft gilt für ungewollt Schwangere nicht: Schwangergehen ist gesundheitlich gefährlich. Das Gesundheitsrisiko für Schwangere und Fetus steigt mit Gestationsalter. Auch deshalb fordern internationale Verpflichtungen und die WHO den effektiven, legalen, straffreien Zugang zu Schwangerschaftsabbrüchen ohne Gesundheitsrisiko und unabhängig vom Gestationsalter.

### Ein Recht für Alle und neue Verantwortungsverteilung: Das geht!

Einen Lebensschutz für Embryo/Fetus stellen diese Erkenntnisse nicht in Frage. Weder der Kommissionsbericht, noch der am 17.10.2024 mit 26 Verbänden der Zivilgesellschaft übergebene Gesetzesentwurf (<https://tinyurl.com/schwangerschaftsabbruch-gesetz>) übergehen den Lebensschutz.

Nur hat das Lebensrecht vor der Geburt deshalb nicht das gleiche Gewicht wie danach, weil zwischen Embryo/Fetus und Schwangerer eine körperliche Einheit in Gestalt vollständiger existenzieller Abhängigkeit besteht. Der Fetus ist ohne Schwangere denkunmöglich. Bei gleichem Lebensrecht wären Konflikte „Leben gegen Leben“ verfassungsrechtlich nicht lösbar, der Schwangerschaftsabbruch selbst bei Lebensgefährdung der Schwangeren rechtswidrig. Bei medizinischer Indikation ist er unumstritten schon heute rechtmäßig; ohne Einschränkung geht es nicht. Ausgangspunkt jener Einschränkung ist dann aber die unmittelbar Betroffene, die Schwangere, die Frau. Der fortschreitenden Entwicklung des Fetus und seiner zunehmenden Unabhängigkeit vom Körper der Frau lassen sich so Abstufungen beim Lebensschutz entnehmen (*Brosius-Gersdorf*, KOM-Bericht, Kap. 5). Über Details darf man streiten.

Entscheidend ist, dass es sich mit den Rechten der Schwangeren umgekehrt verhält. Ihr Verlangen nach Abbruch ist verfassungsrechtlich durch ihr Persönlichkeitsrecht und ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit geschützt. Die Schwangerschaft betrifft und verändert ihr ganzes Leben. Den Grundrechten der Frau kommt in der Frühphase der Schwangerschaft starkes Gewicht zu, weil ein staatlicher Zwang zur Fortsetzung einer noch lang andauernden Schwangerschaft eine erhebliche Belastung darstellt. Die Bedeutung dieser Belastung verkennt das BVerfG, wenn es die Grundrechte der Schwangeren zwar erwähnt, aber

betont, dass sie sich zu keinem Zeitpunkt gegenüber dem Lebensrecht des Embryo/Fetus durchsetzen. Die körperlichen und psychischen Auswirkungen einer Schwangerschaft sind dauerhaft und unumkehrbar lebensverändernd und können auch bei bester medizinischer Versorgung Tod bedeuten.

Wann immer der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft unzumutbar ist, entfällt die Pflicht zur Austragung, der Abbruch muss rechtmäßig sein. Dass die Schutzpflicht an der Zumutbarkeitsgrenze endet, hat selbst das BVerfG betont (BVerfGE 88, 203). Dies ist in Umsetzung der wissenschaftlichen Erkenntnisse über ungewollte Schwangerschaften und gesundheitliche Risiken nun rechtlich einzustellen und bedeutet für die Frühphase zwingend, für die mittlere Phase fakultativ, Rechtmäßigkeit. Was derzeit nur persönlicher Strafausschlussgrund nach § 218a Abs. 4 StGB bis zur 22. Woche für die Schwangere ist, kann für alle straffrei sein. Erst in der Spätphase muss der Abbruch rechtswidrig, nicht strafbar sein. Die Rechtswidrigkeit folgt aus der verfassungsrechtlichen Abwägung, dass jetzt der Fetus nicht mehr zwingend auf die Schwangere angewiesen ist und je fortgeschrittener die Schwangerschaft, desto eher ist es zumutbar, das Ungeborene zur Geburt zu bringen. Rechtmäßigkeit bei medizinischer Indikation bleibt unbenommen; Details bedürfen dringend der Debatte.

#### Vom Kopf auf die Füße

Das stellt das bisherige Recht deshalb vom Kopf auf die Füße, weil es die Unzumutbarkeit des Eingehens ungewollter Schwangerschaften anerkennt und ein Recht zum Abbruch auf Verlangen in der frühen Schwangerschaft gewährt. Es achtet die unmittelbar Betroffenen, maßgeblich die Frauen. Zugleich plädiert es für einen höheren Schutz in der Spätschwangerschaft und beseitigt Widersprüche.

Lässt sich der Gesetzgeber auf das Minimum der Rechtmäßigkeit des Frühabbruchs ein, wäre schon manches gewonnen. Doch bleiben dann Pflichtberatung, Wartefrist, Strafbarkeitsrisiko, Stigmatisierung und Versorgungslücke. Wenn weiter

selbst gezahlt werden muss, wäre den Frauen nicht geholfen, wie der Vergleich zu Österreich zeigt. Der Gesetzentwurf vom 17. Oktober plädiert deshalb für eine umfassende Lösung. Die weitreichende Stütze, die er in der Zivilgesellschaft erfährt, spricht für sich. Es ist möglich und verfassungsmäßig, die §§ 218 bis 219b StGB zu streichen und den Schwangerschaftsabbruch im Schwangerschaftskonfliktgesetz zu regeln.

Die Legalisierung stärkt die Versorgung. Verhütung und sexuelle Aufklärung werden ausgebaut, Stigmatisierung abgebaut, der Gesundheitsschutz gebessert. Unzumutbarkeit einer (unge wollten) Schwangerschaft wird offen ansprechbar. Schwangerschaftskonfliktvermeidung wird überhaupt erst möglich. Essenzieller Baustein des Regelungsvorschlags ist ein umfassender Anspruch auf Beratung. Sie ist zentral zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten, bei pränataldiagnostischen Befunden, in der Paarberatung und Aufklärung. Sie soll eine verantwortliche Entscheidung unterstützen und umfassende soziale, juristische sowie psychosoziale Informationsangebote beinhalten. An vorab festgelegten Zielsetzungen darf sie nicht orientiert sein. Die zunehmende Diversität Betroffener muss sie berücksichtigen; Sprachmittlung sicherstellen.

Des Strafrechts bedarf es in diesem Konzept dennoch: Zum Schutz der Schwangeren vor nicht selbstbestimmten Abbrüchen (§ 218 StGB-neu). Der Lebensschutz wird mit der Achtung der Frau, dem Schutz vor ungewollten Schwangerschaften und einem umfassenden Beratungsanspruch gestärkt. Unbenommen kann der Gesetzgeber Embryo und Fetus vor Drittzugriffen gegen den Willen der Schwangeren zusätzlich schützen. Nur die Liberalisierung des Schwangerschaftsabbruchs ausgehend von der Frau gibt dem Gesetzgeber und der Gesellschaft auf, die Grundlagen für eine lebenswerte und kinderfreundliche Gesellschaft zu schaffen. Wer bestraft, gibt alle Pflicht und Verantwortung der einzelnen Frau und lässt sie damit dort allein, wo sie Hilfe am dringlichsten benötigt, mit Kind, ohne Kind, vor, wie nach der Entscheidung dazu.

---

## Beiträge

---

*Richter am BGH Professor Dr. Andreas Mosbacher, Leipzig\**

## Aktuelle Fragen des Abrechnungsbetruges – insbesondere beim Einschalten von Abrechnungsunternehmen

*Beim Abrechnungsbetrug im Rahmen vertragsärztlicher Versorgung stellen sich spezielle Fragen, wenn Abrechnungsunternehmen eingeschaltet werden: Wer wird hier wo durch wen getäuscht? Wo kann eingezogen werden? Wie verhält es sich mit Tatbegriff, Strafklageverbrauch und Konkurrenzen? Gibt es besondere Anforderungen an die Anklageschrift in dieser Konstellation? Der Beitrag versucht nach einer für die weitere Bearbeitung notwendigen Darstellung der Grundzüge des Abrechnungsbetruges in der Recht-*

*sprechung des BGH, auf alle diese Fragen Antworten zu geben, die sich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientieren.*

---

\* Der Autor ist Richter im 5. Strafsenat des BGH und Honorarprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht, insbesondere Wirtschaftsstrafrecht und Revisionsrecht, der Universität Leipzig.



## I. Problemstellung

Der Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen stellt angesichts seiner wirtschaftlichen Bedeutung seit jeher einen Schwerpunkt der wirtschaftsstrafrechtlichen Strafverfolgung dar. Besondere Herausforderungen gibt es dabei im Rahmen vertragsärztlicher Versorgung, wenn Leistungserbringer bei Zulassung, Leistungserbringung oder Abrechnung von bestimmten Vorgaben des Sozialrechts abweichen und zusätzlich Abrechnungsunternehmen eingeschalten.<sup>1</sup> Um die spezifischen Probleme der Einschaltung von Abrechnungsunternehmen klarer herausarbeiten zu können, müssen zunächst die Grundlagen der Betrugsprüfung bestimmt werden. Für eine mögliche Strafbarkeit kommt es bei relevanten Falschangaben entscheidend darauf an, ob der geltend gemachte Vergütungsanspruch aus sozialrechtlichen Gründen entfällt. Die Sozialrechtsakzessorietät der einschlägigen Betrugsschadensprüfung ist nach wie vor das Kernproblem des Abrechnungsbetruges im Rahmen vertragsärztlicher Versorgung (auf die sich die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren). Aber auch bei anderen Tatbestandsmerkmalen, den Konkurrenzen und der Einziehung stellen sich spezifische Fragen, die im Folgenden kurz dargestellt werden.

## II. Grundlagen des Abrechnungsbetruges nach der Rechtsprechung des BGH

### 1. Konkludente Erklärungsinhalte

Mit der Übersendung einer Abrechnung an die gesetzliche Krankenkasse (KK) oder die Kassenärztliche Vereinigung (KV) erklärt der Leistungserbringer zunächst ausdrücklich alle dort genannten Parameter wie den Tag und den Umfang der Leistungserbringung und ggf. eine Tätigkeit durch den genannten Vertragsarzt (ausgewiesen durch seine LANR). Der konkludente Erklärungswert geht weit darüber hinaus und ist auf der Grundlage der zum Erklärungsempfänger bestehenden Rechtsbeziehungen aus dessen – dem Erklärenden bekannten – Sicht zu ermitteln. Entscheidende Kriterien für die Auslegung eines rechtsgeschäftlich bedeutsamen Verhaltens sind neben der konkreten Situation der jeweilige Geschäftstyp und die dabei typische Pflichten- und Risikoverteilung zwischen den Partnern.<sup>2</sup> Der Verkehr erwartet im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines Anspruchs vor allem eine wahrheitsgemäße Darstellung, soweit die Tatsache wesentlich für die Beurteilung des Anspruchs ist und der Adressat sie aus seiner Situation nicht ohne weiteres überprüfen kann. Bei der vertragsärztlichen Versorgung bestimmt der sozialrechtliche Rahmen also auch den konkludenten Erklärungswert der Rechnungslegung.<sup>3</sup> Bei der Vergütung von ärztlichen Leistungen nimmt die Rechtsprechung dementsprechend an, der Arzt bringe mit der Abrechnung auch zum Ausdruck, die Voraussetzungen der hierfür relevanten Rechtsvorschriften seien eingehalten worden.<sup>4</sup> Der Vertragsarzt hat die sachliche Richtigkeit seiner Abrechnung schließlich eigens zu bestätigen (§ 45 Abs. 1 BMV-Ä), mithin zu garantieren.<sup>5</sup> Abzugrenzen ist die falsche Erklärung von der fehlgehenden Rechtsauffassung, so dass bei Grenzfällen eine genaue Bestimmung des konkludenten Erklärungsinhalts erforderlich sein kann.<sup>6</sup>

Nach Auffassung des BGH wird konkludent etwa Folgendes erklärt: dass keine Rückvergütung in Form eines Kick-Back erfolgt ist;<sup>7</sup> dass keine unzulässige Zusammenarbeit des Vertrags-

arztes mit einem Leistungserbringer entgegen § 128 Abs. 2 SGB V erfolgt ist;<sup>8</sup> dass die abgerechneten Leistungen auch genau in der angegebenen Form und nicht in einer nicht abrechenbaren Art und Weise erfolgt sind;<sup>9</sup> dass eingesetztes Pflegepersonal die erforderliche Qualifikation besitzt;<sup>10</sup> dass die Voraussetzungen zur vertragsärztlichen Zulassung vorliegen;<sup>11</sup> bei Abrechnung unter einer Gebührennummer, dass diese Leistung unter die Leistungsbeschreibung dieser Gebührennummer fällt, zu den kassenärztlichen Versorgungsleistungen gehört und nach dem allgemeinen Bewertungsmaßstab abgerechnet werden kann;<sup>12</sup> dass dem Einsatz von Hilfskräften Einzelanweisungen des Arztes zugrunde lagen, wenn dies Voraussetzung für die vertragsärztliche Abrechnung ist;<sup>13</sup> eine Leistungserbringung „in freier Praxis“.<sup>14</sup>

### 2. Irrtum

Die falsche Erklärung muss beim Erklärungsempfänger zu einem Irrtum führen. Hier gelten nach der Rechtsprechung des BGH folgende Besonderheiten:<sup>15</sup> Bei dem standardisierten, auf Massenerledigung angelegten Abrechnungsverfahren ist es nicht erforderlich, dass der jeweilige Mitarbeiter hinsichtlich jeder einzelnen geltend gemachten Position die positive Vorstellung hat, sie sei nach Grund und Höhe berechtigt. Vielmehr genügt die stillschweigende Annahme, die ihm vorliegende Abrechnung sei insgesamt „in Ordnung“. Daher setzt ein Irrtum auch nicht voraus, dass tatsächlich eine Überprüfung der Abrechnungen im Einzelfall durchgeführt wurde. Für die Annahme eines täuschungsbedingten Irrtums ist es deshalb ausreichend, dass ein entsprechendes sachgedankliches Mitbewusstsein der Krankenkassenmitarbeiter vorlag. Wenn es um das grundsätzliche Mitbewusstsein der Geltendmachung eines tatsächlich bestehenden sozialrechtlichen Erstattungsanspruchs geht, bedarf es weder einer Individualisierung des jeweils handelnden Mitarbeiters der Krankenkassen noch der Feststellung seiner individuellen Vorstellungen. Zweifel an der Richtigkeit einer Abrechnung lassen einen Irrtum nicht ohne weiteres entfallen.<sup>16</sup>

Prozessual kann das Tatgericht in dieser Situation bereits aus den Indizien des äußeren Ablaufs darauf schließen, dass alle Mitarbeiter der Krankenkassen irrtümlich von dem normativ geprägten Vorstellungsbild ausgingen, es würden nur dem

1 Vgl. hierzu insb. *Schultz*, medstra 2021, 339.

2 Grundlegend BGHSt 51, 165 (Hoyzer).

3 BGH, medstra 2018, 160 Rz. 44 (Röntgenkontrastmittel).

4 BGHSt 65, 110 Rz. 23 (MVZ); vgl. zum Apotheker BGH, medstra 2015, 298.

5 Vgl. BSG, MedR 1998, 338.

6 OLG Stuttgart, medstra 2020, 183.

7 BGH, medstra 2018, 160 Rz. 45 (Röntgenkontrastmittel).

8 BGH, wistra 2024, 382.

9 BGH, NSTZ 1993, 388.

10 BGH, medstra 2015, 54; medstra 2023, 41.

11 BGHSt 65, 110 Rz. 23 (MVZ).

12 BGH, NSTZ 1993, 388; vgl. auch BGHSt 57, 95.

13 BGH, NSTZ 1995, 85.

14 BGH, Urt. v. 2.10.2024 – 1 StR 156/24.

15 BGH, medstra 2015, 298 m.w.N.

16 Näher BGH, NJW 2003, 1198 m.w.N.

Grunde nach gerechtfertigte Erstattungsansprüche für tatsächlich erbrachte Leistungen geltend gemacht. Eine Vernehmung der Krankenkassenmitarbeiter zu ihren Vorstellungen bei der Anweisung der Auszahlungen an den täuschenden Leistungsträger ist deshalb in der Hauptverhandlung nicht erforderlich.<sup>17</sup>

Fraglich ist ein Irrtum, wenn bei größeren Verwaltungseinheiten die eine Hand nicht weiß, was der anderen bekannt ist.<sup>18</sup> Entscheidend für die Betrugsstrafbarkeit ist, dass der Verfügende getäuscht wird, also in einem arbeitsteilig aufgestellten Unternehmen oder einer entsprechenden Behörde diejenige konkrete Person irrt, die eine Zahlung anweist.<sup>19</sup> Moniert eine geschädigte Pflegekasse etwa wiederholt, dass der betreffende Pflegedienst über keine verantwortliche Pflegekraft (PDL) verfügt, begleicht aber gleichwohl dessen Rechnungen,<sup>20</sup> ist nach der Rechtsprechung des BGH erforderlich, ganz konkret zu ermitteln, wer was mit welcher Kenntnis getan hat und wie derartige Informationen weitergegeben wurden.<sup>21</sup> In aller Regel wird es in solchen Konstellationen am entsprechenden Vorsatz fehlen, denn wer derartige Abmahnungen erhält, kann begründet davon ausgehen, dass diese wichtigen Informationen bis zur Abrechnungsstelle durchdringen und nicht etwa pflichtwidrig zurückgehalten werden.

### 3. Vermögensverfügung

Die Vermögensverfügung besteht regelmäßig in einer Zahlung an den Leistungserbringer oder ein Abrechnungszentrum, also einer Leistung des Getäuschten, die unmittelbar zu einem Vermögensabfluss führt. Etwas schwieriger liegen die Dinge, wenn intern mit anderen Ansprüchen „verrechnet“ wird. Haben KK oder KV etwa Rückzahlungsansprüche gegenüber dem Leistungserbringer und erklären sie die Aufrechnung mit dem von diesem geltend gemachten (vermeintlichen) Zahlungsanspruch, führt dies aus ihrer Sicht zur Befriedigung dieser Forderung, so dass sie ihren ursprünglichen Rückzahlungsanspruch nicht weiter geltend machen und der Leistungserbringer jedenfalls wirtschaftlich-faktisch von einer Forderung frei wird. Bei einem echten Kontokorrentverhältnis führt die bloße Verbuchung von Forderungen zwar bis zum – durchweg periodischen – Rechnungsabschluss nicht zum Erlöschen der den beiden Posten zugrunde liegenden Ansprüche.<sup>22</sup> In aller Regel werden Ermittlungen aber erst nach Rechnungsabschluss erfolgen, so dass es bei der Frage der Vermögensverfügung (und des Vermögensschadens) nur Probleme geben kann, wenn die Täuschung vor Rechnungsabschluss entdeckt wird.<sup>23</sup>

### 4. Vermögensschaden

Der BGH bestimmt den Schaden beim Abrechnungsbetrug gemäß den allgemeinen dogmatischen Grundsätzen: Ein Schaden im Vermögen des Verfügenden liegt dann vor, wenn es wirtschaftlich betrachtet zu einer Vermögensminderung kommt, also ein Vermögensabfluss nicht gleichzeitig durch eine adäquate Vermögensmehrung ausgeglichen wird. Der BGH formuliert dies wie folgt: „Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung). Maßgebend ist dabei der Zeit-

punkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswertes unmittelbar vor und nach der Verfügung. In den für die Schadensbetrachtung anzustellenden Vermögensvergleich muss eine Vermögensmehrung beim Verfügenden einbezogen werden, wenn der Vermögenszuwachs unmittelbar durch die Verfügung erfolgt ist. Unmittelbar bedeutet, dass die Vermögensverfügung selbst Vorteil und Nachteil zugleich hervorbringt.“<sup>24</sup>

Im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung entsteht der Zahlungsanspruch des Leistungserbringers gegenüber KK oder KV nicht schon durch die Leistung wie etwa die Versorgung eines Patienten, sondern nur, wenn die Leistung von der richtigen Person in der vorgesehenen Art und Weise erbracht und nach den sozialrechtlichen Vorgaben abgerechnet wird.<sup>25</sup> Welche Regeln des Sozialrecht hierzu im Einzelnen gelten und wann eine Verletzung zum Verlust des Vergütungsanspruchs führt, ist eine Frage des Einzelfalls.<sup>26</sup> Grundsätzlich gilt die Pflicht zur „peinlich genauen“ Abrechnung.<sup>27</sup> Zahlen KK oder KV irrtumsbedingt an den Leistungserbringer, führt dies zunächst zum Vermögensabfluss bei ihnen.<sup>28</sup> Nur wenn es hierdurch unmittelbar einen Vermögenszuwachs gibt, entsteht kein Schaden. Bei der Zahlung auf eine vom Leistungserbringer geltend gemachte vermeintliche Forderung kommt es also darauf an, ob diese besteht, denn dann wird die KK oder KV in Höhe der Zahlung von einer Verbindlichkeit frei (Vermögensmehrung). Besteht nach sozialrechtlichen Vorgaben kein Anspruch des Rechnungslegers, gibt es keine Kompensation. Da betrugsdogmatisch allein im Zeitpunkt der Vermögensverfügung saldiert wird, bleiben andere Aspekte (vorherige Behandlung) außer Betracht; diese können aber für die Strafzumessung von Belang sein, jedenfalls bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung.<sup>29</sup> Wer gesetzlich Krankenversicherte (oder Pflegeversicherte) also außerhalb der sozialrechtlichen Vorgaben behandelt, handelt auf eigenes wirtschaftliches Risiko.<sup>30</sup> Diese vom BGH nach allgemeinen Betrugsgrundsätzen seit jeher angewandte „sozialrechtliche“, „streng sozialrechtliche“ oder „streng formale“ Betrachtungsweise bei der Schadensbestim-

17 Vgl. auch BGH, NStZ 2014, 98, 100; NStZ 2014, 215, 216; NStZ-RR 2017, 375, 376; NStZ 2019, 43.

18 Näher hierzu Leppich medstra 2024, 71, 78.

19 Vgl. BGH, wistra 2010, 148; wistra 2015, 392.

20 Beispiel bei Leppich, medstra 2024, 71, 78.

21 Vgl. BGH, wistra 2010, 148; wistra 2015, 392.

22 Vgl. BGH, JR 2024, 544, 546 m. Anm. Bechtel.

23 Vgl. hierzu auch BGH, Beschl. v. 10.3.2021 – 1 StR 499/20 (Versuch).

24 BGHSt 65, 110 Rz. 45 (MVZ).

25 Vgl. BSGE 106, 222 Rz. 52 ff.; BSG Urst. v. 2.7.2013 – B 1 KR 49/12 R; BSGE 94, 213 Rz. 26; vgl. zur richtigen Abrechnung als Vergütungsvoraussetzung zuletzt BSG KRV 2024, 112; BSG KRV 2024, 149; zu Privatpatienten grundlegend BGHSt 57, 95.

26 Vgl. etwa zur Hörgeräteversorgung BSGE 133, 17; zu neueren Ansätzen Gaede, medstra 2024, 205; ders. MedR 2024, 703.

27 Vgl. BSG, KRV 2024, 32 m.w.N.

28 Vgl. zur Schädigung einer KV BGHSt 65, 110 Rz. 36.

29 Vgl. BGH, medstra 2015, 54, 58; medstra 2018, 160 Rz. 66; BGHSt 65, 110 Rz. 13, 76; zweifelhaft bei Einsatz unqualifizierten Pflegepersonals, vgl. aber BGH, medstra 2023, 41.

30 BGHSt 65, 110 Rz. 49 (MVZ).

mung<sup>31</sup> ist lange von der Literatur kritisiert,<sup>32</sup> vom BVerfG aber bestätigt worden:<sup>33</sup> „Dass für die wirtschaftliche Bewertung eines Zahlungsvorganges auch die sozial- und zivilrechtlichen Rahmenbedingungen maßgeblich sind, stellt kein Spezifikum der kassenärztlichen Abrechnung dar, sondern spiegelt lediglich wider, dass erst die Anerkennung einer Forderung durch die Rechtsordnung dieser in einem Rechtsstaat wirtschaftlichen Wert verleiht.“

Bei Sammelerklärungen ist Folgendes zu beachten:<sup>34</sup> Werden einzelne Leistungen, die für sich betrachtet ordnungsgemäß erbracht und abgerechnet sind, zusammen mit „Luftleistungen“ oder nicht ordnungsgemäß erbrachten Leistungen abgerechnet, sind nicht sämtliche Leistungen vom Formalmangel erfasst, so dass auch bei „streng formaler Betrachtung“ kein Anlass besteht, den Vermögensschaden auf die Quartalsabrechnungen insgesamt ausgreifen zu lassen. Allein der Umstand, dass sämtliche Leistungen auf Grundlage einer Abrechnungs-Sammelerklärung abgerechnet werden, führt nicht gleichsam zu einer „Kontaminierung“ der ordnungsgemäß erbrachten Leistungen.

Prozessual ist wichtig, dass schriftliche Mitteilungen von KK oder KV gem. § 251 Abs. 1 Nr. 4 StPO unter erleichterten Bedingungen in der Hauptverhandlung verlesen werden können, soweit diese Urkunden das Vorliegen oder die Höhe eines Vermögensschadens betreffen. Hierfür eignet sich besonders das vom Gesetzgeber als gleichwertige Alternative zur Verlesung in der Hauptverhandlung konzipierte verfahrensstraffende Selbstleseverfahren.<sup>35</sup> Der Vernehmung von Mitarbeitern der KK oder KV bedarf es in diesem Fall regelmäßig nicht. Da der Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 250 StPO) nach der Rechtsprechung des BGH ohnehin nur den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis betrifft, können nach Maßgabe der Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) Aussagen von Mitarbeitern oder anderen auch durch einen anderen Zeugen (Ermittlungsführer) in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

## 5. Vorsatz und Absicht, sich oder einen Dritten rechtswidrig zu bereichern

Für den notwendigen Vorsatz hinsichtlich aller genannten objektiven Tatbestandsmerkmale reicht Eventualvorsatz aus. Dieser ist schon anzunehmen, wenn der Täter deren Verwirklichung ernsthaft für möglich hält und billigend in Kauf nimmt. Ob das der Fall ist, ist eine im Einzelfall zu beantwortende Tatfrage. Hinzukommen muss die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit reicht wiederum bedingter Vorsatz aus, der schon anzunehmen ist, wenn der Täter nach seiner Vorstellung nicht genau weiß, ob der von ihm erstrebte Vermögensvorteil rechtswidrig ist, er dies aber für möglich hält und bei seiner Täuschungshandlung billigend in Kauf nimmt.<sup>36</sup> Der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil und der verursachte Vermögensschaden müssen zudem einander entsprechen. Der Vorteil muss die Kehrseite des Schadens sein, also als unmittelbare Folge der täuschungsbedingten Vermögensverfügung dem Täter (oder einem Dritten) direkt aus dem geschädigten Vermögen zufließen („Stoffgleichheit“).<sup>37</sup> Das wird beim Abrechnungsbetrug in aller Regel kein Problem sein.

## 6. Betrug oder Computerbetrug?

Bislang dominieren im Bereich des Abrechnungsbetrugs Ermittlungsverfahren und Verurteilungen wegen Betruges nach § 263 StGB. Aufgrund steten Zuwachses elektronischer Verarbeitung wird sich in vielen Fällen die Frage stellen, ob nicht stattdessen ein Computerbetrug nach § 263a StGB vorliegt.<sup>38</sup> Dieser unterscheidet sich in der hier relevanten Variante vom Betrug dadurch, dass nicht täuschend auf ein menschliches Bewusstsein eingewirkt wird, sondern durch eine den Sozialrechtsvorgaben widersprechende Dateneingabe eine rechtswidrige Vermögensmehrung erstrebt wird. Eine Verwendung von Daten ist nach der vorzunehmenden betrugsspezifischen Auslegung dann „unbefugt“, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person Täuschungscharakter hätte.<sup>39</sup> Dies ist angesichts des konkludenten Erklärungswertes der Abrechnungen in aller Regel kein Problem; man muss sich also lediglich fragen, ob Mensch oder Maschine getäuscht werden, wobei grundsätzlich auf den abzustellen ist, der irrtumsbedingt über Vermögen verfügt. Zwar ist auch Wahlfeststellung zwischen Betrug und Computerbetrug möglich, allerdings nur für den beim Abrechnungsbetrug eher unwahrscheinlichen Fall einer Unaufklärbarkeit des tatsächlichen Ablaufs.<sup>40</sup>

## 7. Konkurrenzen

### a) Besonderheiten beim uneigentlichen Organisationsdelikt

Konkurrenzrechtlich macht es einen Unterschied, ob der Leistungserbringer selbst die Abrechnung gegenüber dem Kostenträger vornimmt oder ob er damit im Rahmen einer Praxis oder eines Betriebs Mitarbeiter beauftragt. Beschränkt sich sein Tatbeitrag darauf, den Betrieb einzurichten und zu organisieren, oder werden in einem Betrieb eine Vielzahl von einzelnen Tatbeiträgen ohne konkreten unterscheidbaren Bezug zu den jeweils einzelnen Täuschungshandlungen (Abrechnungen) vorgenommen, werden die unterschiedlichen Tatbeiträge, soweit sie nicht einzelnen Betrugstaten konkret zuzuordnen sind, als „uneigentliches Organisationsdelikt“ zu einer Tat im Rechtssinne zusammengefasst.<sup>41</sup> Das hat u.a. folgende Konsequenzen: Die Verjährung beginnt für alle zu einer Tat zusammengefassten Taten erst mit der Beendigung insgesamt zu laufen, sofern sich einzelne Handlungen nicht allein auf die konkrete Förderung einzelner Taten beschränken.<sup>42</sup> Weil alle durch die Einrichtung und den Betrieb eines Unternehmens sowie durch

31 Vgl. zuletzt BGH, wistra 2024, 382 m.w.N.

32 Vgl. nur Saliger/Tsambikakis MedR 2013, 284, 286; Volk, NJW 2000, 3385, 3387.

33 BVerfG, medstra 2021, 376 (MVZ).

34 OLG Karlsruhe, medstra 2024, 401.

35 Vgl. BGH, NStZ 2021, 246, 247.

36 BGHSt 42, 268; BGHSt 37, 178.

37 Vgl. BGH, wistra 2024, 388 m.w.N.

38 Zum Thema näher Leppich, medstra 2024, 71, 76 f.

39 Vgl. BGH, NJW 2013, 2608, 2610; OLG Hamm, NStZ 2020, 673, 674.

40 Vgl. BGH, wistra 2024, 68 m.w.N.

41 Vgl. BGHSt 65, 110 Rz. 55 (MVZ); BGHSt 49, 177, 184.

42 BGH, Urt. v. 11.11.2020 – 1 StR 328/19 Rz. 50 ff.



nicht näher geförderten Straftaten eine Tat im Rechtssinne (§ 52 StGB) darstellen, ist regelmäßig auch nur von einer prozessualen Tat auszugehen. Dies kann zum Strafklageverbrauch führen, wenn ein Teil dieser Tat bereits abgeurteilt wurde; im Zweifel ist von einer Tat und damit von Strafklageverbrauch auszugehen.<sup>43</sup> Für den Anklageverfasser bedeutet das, dass für die Bestimmtheit des Anklagevorwurfs nach § 200 Abs. 1 S. 1 StPO nicht mehr an Substanz verlangt wird als materiell-rechtlich für einen Schuldspruch erforderlich ist.<sup>44</sup> Kein uneigentliches Organisationsdelikt liegt hingegen vor, wenn der Leistungserbringer bei allen Abrechnungen durch Einzelanweisungen und detaillierte Vorgaben Einfluss nimmt.<sup>45</sup>

## b) Mehrere Abrechnungen an einem Tag: „Tagesrechtsprechung“

Natürliche Handlungseinheit (§ 52 StGB) ist anzunehmen, wenn zwischen einer Mehrheit gleichartiger strafrechtlich bedeutsamer Betätigungen ein derart unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint und die einzelnen Betätigungsakte auch durch ein gemeinsames subjektives Element miteinander verbunden sind.<sup>46</sup> Der BGH geht – recht pragmatisch – davon aus, dass die Einreichung mehrerer Rechnungen an einem Tag bei einheitlichem Täuschungswillen im Sinne natürlicher Handlungseinheit regelmäßig zu nur einer Betrugsstat nach § 52 StGB führt.<sup>47</sup> Diese „Tagesrechtsprechung“ sollte daher auch bei allen Formen des Abrechnungsbetruges Anwendung finden, jedenfalls, wenn es um dieselben Empfänger geht. Die Anklage ist dann – sofern sonst keine konkurrenzrechtlichen Besonderheiten bestehen – hierauf auszurichten.

## III. Abrechnungsunternehmen auf Seiten des Leistungserbringers

### 1. Vorfrage: Echtes oder unechtes Factoring?

Schaltet der Leistungserbringer ein Abrechnungsunternehmen ein,<sup>48</sup> geschieht dies in aller Regel in Form des echten oder unechten Factorings. Echtes Factoring zeichnet aus, dass die Forderung des Leistungserbringers gegenüber der KK oder KV vom Factoringunternehmen angekauft und vom Leistungserbringer abgetreten wird; das wirtschaftliche Risiko der Forderungsbeitreibung (Delkredererisiko) liegt nunmehr beim Factoringunternehmen (Factor).<sup>49</sup> Demgegenüber verbleibt bei der Forderungsabtretung im Wege des unechten Factorings das Ausfallrisiko bei dem ursprünglichen Forderungsinhaber (Leistungserbringer); die Abtretung erfolgt in diesen Fällen erfüllungshalber zur Kreditsicherung.<sup>50</sup> Unechtes Factoring ist den Kreditgeschäften zuzuordnen; ist die abgetretene Forderung nicht beitreibar, wird der Factoringkunde nach Maßgabe des Factoringvertrages auf Erstattung des Kredits, der in der Bevorschussung der Forderung liegt, in Anspruch genommen. Die Forderungsabtretung dient dabei der Sicherung der Ansprüche des Factoring-Unternehmens aus diesem Geschäft.<sup>51</sup>

Maßgeblich für die Abgrenzung beider Formen ist, ob das wirtschaftliche Ergebnis der Einziehung dem Abtretenden zukommen soll, wobei nicht allein auf den Wortlaut der vertraglichen Vereinbarung, sondern auf die gesamten ihr zugrunde liegen-

den Umstände und ihren wirtschaftlichen Zusammenhang abzustellen ist. Entscheidend für die Annahme echten Factorings spricht, dass die Forderung einerseits endgültig – also ohne die Möglichkeit der Rückbelastung – auf den Erwerber übertragen wird und dieser andererseits insbesondere das Delkredererisiko, das heißt das volle wirtschaftliche Risiko der Beitreibung der Forderung, übernimmt.<sup>52</sup> Das Wort „Forderungskauf“ in entsprechenden Verträgen (und der bisher dazu ergangenen Rechtsprechung) ist – wie einzelne Verträge belegen – nicht allein aussagekräftig, es kommt vielmehr auf die vertraglichen Regelungen insgesamt an, deren Auslegung dem Tatgericht obliegt.

## 2. Abrechnungsbetrug beim echten Factoring

### a) Betrug gegenüber dem Factoringunternehmen

Beim echten Factoring wird in erster Linie das Factoringunternehmen (der Factor), also das Abrechnungszentrum, getäuscht und geschädigt, denn es erhält für seinen Kaufpreis kein adäquates Äquivalent, sondern nur eine Scheinforderung. Existiert die als bestehend verkaufte Forderung nicht, kann sie auch nicht durch Abtretung übertragen werden; es gilt das allgemeine Leistungsstörungenrecht wegen Nichterfüllung (§ 275 Abs. 1 BGB).<sup>53</sup> Eingezogen wird als Tatertrag der vom Abrechnungsunternehmen erlangte Kaufpreis (§ 73 StGB) oder dessen Wert (§ 73c StGB), bei Aufrechnung oder bei Gutschrift innerhalb eines Kontokorrents nach periodischem Rechnungsabschluss der Wert der aufgerechneten bzw. gutgeschriebenen Forderung (§ 73c StGB).<sup>54</sup> Konkurrenzrechtlich ergeben sich im Vergleich zu üblichen Betrugsfällen keine Besonderheiten: Jede täuschende Einwirkung, die zu einem Vermögensschaden führt, stellt materiell-rechtlich (und damit regelmäßig auch prozessual) eine Tat i.S.v. § 52 StGB dar. Führen mehrere täuschende Einwirkungen zu nur einer Vermögensverfügung, ist dies ebenso nur eine Tat des Betruges wie im umgekehrten Fall, dass eine täuschende Einwirkung zu mehreren Vermögensverfügungen führt. Wer also einen „Waschkorb“ voller Rechnungen dem Factoringunternehmen (oder der KK oder KV) übergibt, begeht aufgrund natürlicher Handlungseinheit nur eine Betrugsstat.<sup>55</sup>

43 BGH, NStZ 2020, 691.

44 BGHSt 57, 88; BGHSt 56, 183.

45 BGH, wistra 2022, 160.

46 BGH, Beschl. v. 29.8.2024 – 2 StR 90/24.

47 Vgl. nur BGH, Beschl. v. 25.6.2024 – 1 StR 217/24; Beschl. v. 11.9.2024 – 2 StR 340/23; Beschl. v. 12.1.2023 – 1 StR 400/22; Beschl. v. 16.8.2022 – 4 StR 226/21; Urt. v. 20.8.2020 – 3 StR 94/20.

48 Zum Thema ausführlich *Schultz*, medstra 2021, 339.

49 BGH, NJW 2018, 2254.

50 BGH, NJW 2018, 2254.

51 BGH, NJW 2018, 2254.

52 BGH, NJW 2018, 2254.

53 BGHZ 238, 327.

54 Vgl. BGHSt 66, 147 Rz. 113.

55 Vgl. BGH, Beschl. v. 16.8.2022 – 4 StR 226/21; BGHSt 57, 95.

## b) Gleichzeitig Betrug in mittelbarer Täterschaft gegenüber dem Kostenträger

Das Factoringunternehmen reicht die angekauften Forderungen beim Kostenträger ein. Die konkludente Erklärung des Leistungserbringers über das Bestehen der sozialrechtlichen Abrechnungsvoraussetzungen wird dann von einem gutgläubigen Tatmittler an die eigentlich für den Forderungsausgleich verantwortliche Stelle weitergereicht. In den Worten des BGH: „Die von den ‚Tauschkunden‘ angekauften Rezepte reichte der Angeklagte mit seinen monatlichen Abrechnungen über die A. GmbH bei den Krankenkassen ein... Die Abrechnungsstelle bearbeitete die Rezepte in Form von Computerdateien und gab Sammelrechnungen an die einzelnen Krankenkassen weiter... Die Einschaltung der A. GmbH führte in diesem Zusammenhang nur dazu, dass die jeweilige Tat vom Angeklagten in mittelbarer Täterschaft begangen wurde. Sie ändert nichts am Erklärungswert der an die Krankenkassen weitergereichten Abrechnungen.“<sup>56</sup> Hierauf kommt es dem Leistungserbringer auch an, denn nur dann wird das Factoringunternehmen weiter Forderungen von ihm ankaufen und ihn nicht auf vertraglicher oder deliktischer Grundlage in Regress nehmen. Vom Leistungserbringer aufgrund überlegenen Wissens durch sein gutgläubiges Werkzeug Abrechnungsunternehmen getäuscht zahlt der Kostenträger auf der Grundlage der falschen Abrechnungen irrtumsbedingt an das Factoringunternehmen den Abrechnungsbetrag aus. Damit liegt ein Betrug in mittelbarer Täterschaft durch den Leistungserbringer zu Lasten von KK oder KV vor, bei dem es ihm auf die rechtswidrige Bereicherung eines Dritten – des Factoringunternehmens – ankommt (§ 263, § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB). KK oder KV entsteht auch ein Schaden, denn der Zahlungsabfluss wird nicht kompensiert, weil KK oder KV nicht von einer Forderung frei werden; diese bestand eben nach sozialrechtlichen Maßstäben nicht.

Der Betrug gegenüber dem Factoringunternehmen und gegenüber dem Kostenträger in mittelbarer Täterschaft werden durch eine Handlung vorgenommen, so dass nach § 52 StGB beide Betrugstaten in Tateinheit zueinanderstehen. Der BGH drückt dies wie folgt aus: „Durch das Einreichen der Rechnungen nebst Leistungsnachweisen täuschte die Angeklagte die Krankenkassen – und ab Mai 2015 zudem den Abrechnungsdienstleister o. – konkludent über das Vorliegen der den Zahlungsanspruch begründenden Tatsachen... Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht auch angenommen, dass dem Abrechnungsdienstleister und den Krankenkassen in Höhe der geleisteten Zahlungen ein Vermögensschaden entstanden ist.“<sup>57</sup>

## c) Besonderheiten der mittelbaren Täterschaft: Konkurrenzen, Versuchsbeginn, Einziehung

Konkurrenzrechtlich ist bei der mittelbaren Täterschaft von folgenden Grundsätzen auszugehen: „Die Beurteilung der Konkurrenzen (§§ 52, 53 StGB) richtet sich auch für den mittelbaren Täter nach dessen Tatbeitrag, unabhängig von der konkurrenzrechtlichen Beurteilung der Handlungen, die ihm zuzurechnen sind. Hat ein mittelbarer Täter, der an der unmittelbaren Ausführung der Taten nicht beteiligt ist, seinen alle Einzeldelikte fördernden Tatbeitrag bereits im Vorfeld erbracht, werden ihm die Handlungen des Tatmittlers als tateinheitlich begangen zugerechnet, da sie in seiner Person durch den ein-

heitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob beim Tatmittler Tateinheit oder Tatmehrheit anzunehmen wäre, ist demgegenüber ohne Belang.“<sup>58</sup> Das heißt zunächst, dass es in erster Linie darauf ankommt, wie viele Täuschungshandlungen (Abrechnungseinreichungen) der gutgläubige Tatmittler gegenüber dem geschädigten Kostenträger vornimmt.<sup>59</sup> Reicht der Leistungserbringer etwa täglich Rechnungen an das Abrechnungsunternehmen weiter, rechnet dieses monatlich aber nur einmal gegenüber der KK ab, liegt nur ein Betrug pro Monat vor. Umgekehrt kann es nach allgemeinen Grundsätzen für den mittelbaren Täter aber auch nicht mehr Taten geben als eigene Tathandlungen: Reicht der Leistungserbringer lediglich einmal pro Monat Rechnungen beim Abrechnungsunternehmen ein, rechnet dieses gegenüber der KK aber täglich ab, bleibt es beim Leistungserbringer bei einer Tat des Betruges.<sup>60</sup> Der mittelbare Täter kann also nicht mehr Taten begehen als der Tatmittler, aber weniger. Kann im Nachhinein der tatsächliche Ablauf nicht mehr aufgeklärt werden, gilt hinsichtlich der Konkurrenzen der Zweifelsatz. Lässt sich nicht feststellen, durch wie viele Handlungen i.S.d. §§ 52, 53 StGB der Beschuldigte die Taten gefördert hat, ist im Zweifel zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass er nur eine Handlung begangen hat.<sup>61</sup>

Für den Versuchsbeginn gelten bei mittelbarer Täterschaft nach der Rechtsprechung des BGH folgende Besonderheiten: Ein unmittelbares Ansetzen zur Tat i.S.d. § 22 StG liegt regelmäßig erst dann vor, wenn der Täter seine Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen hat und dieser die Tathandlung nach den insoweit maßgeblichen Vorstellungen des Täters in engem Zusammenhang mit dem Abschluss der Einwirkung vornehmen soll, das geschützte Rechtsgut daher aus Sicht des Täters bereits in diesem Zeitpunkt gefährdet ist.<sup>62</sup> In aller Regel wird bei Einschaltung eines Abrechnungsunternehmens der Versuch einer Täuschung des Kostenträgers mit dem Einreichen von Abrechnungen beim Factoringunternehmen beginnen, denn alsdann ist mit einer zügigen Geltendmachung der Forderung gegenüber KK oder KV zu rechnen; deren Vermögen erscheint schon zu diesem Zeitpunkt gefährdet.

Bei der Einziehung ist bei Tateinheit zwischen den einzelnen materiell-rechtlichen Taten zu unterscheiden. Erlangt hat der Leistungserbringer aus seiner Tat zu Lasten des Abrechnungsunternehmens den von diesem ausgereichten Zahlbetrag oder bei interner Verrechnung mit offenen Forderungen die Befreiung von einer Verbindlichkeit in dieser Höhe. Aus seiner Tat in mittelbarer Täterschaft zu Lasten des Kostenträgers erlangt zunächst das Abrechnungsunternehmen den bei ihm eingehenden Zahlbetrag; da dieses aber in aller Regel gutgläubig ist, kann bei ihm nichts eingezogen werden (vgl. § 73b StGB). Der Leistungserbringer wird hingegen wirtschaftlich-faktisch in Höhe der Zahlung von der gegen ihn bestehenden (vertragli-

56 BGH, medstra 2015, 298.

57 BGH, medstra 2023, 41.

58 BGH, wistra 2021, 149.

59 BGH, NSTZ-RR 2004, 9.

60 Vgl. BGH, wistra 2023, 254.

61 BGH, NSTZ 2014, 702.

62 Vgl. BGH, wistra 2015, 29, 32 zur Einschaltung eines Steuerbüros; allgemein BGH, NSTZ 2021, 92; BGHSt 68, 15.

chen oder deliktischen) Regressforderung des Abrechnungsunternehmens befreit, weil die abgetretene Forderung beglichen wurde und nun keine Rückforderung mehr droht. Gerade das bezweckt er mit seiner Täuschung auch, denn das Abrechnungsunternehmen wird mit ihm nur zusammenarbeiten, wenn es sich nach dem Forderungskauf beim Kostenträger schadlos halten kann. Dieser wirtschaftliche Vorteil kann nach § 73c StGB beim Leistungserbringer eingezogen werden, und zwar auch dann, wenn das Verfahren nach § 154a StPO auf den Betrug zum Nachteil der KK oder KV beschränkt wurde. Zu bedenken ist aber auch, dass die Rechtsprechung jedenfalls bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung im Verhältnis Vertragsarzt – KV (oder KK) nach § 73d Abs. 1 StGB diejenigen Aufwendungen vom Einziehungsbetrag in Abzug bringt, die auf eine Leistung zugunsten des Verletzten der Tat entfallen.<sup>63</sup> Geht es um das Abrechnungsunternehmen als Verletzten der Betrugstat, findet ein solcher Abzug nicht statt, denn diesem gegenüber hat der Vertragsarzt keine Verbindlichkeit, die er etwa durch die Behandlung von Kassenpatienten erfüllt. Der Einziehungsbetrag kann deshalb deutlich höher ausfallen, wenn man beim echten Factoring nur den Betrug zum Nachteil des Abrechnungsunternehmens in den Blick nimmt.

Besteht auf Seiten des betrügenden Leistungserbringers eine wirtschaftlich tätige Gesellschaft bürgerlichen Rechts (oder gar eine juristische Person), auf deren Konto die Zahlungsbeträge eingehen, ist nach der Rechtsprechung für die Einziehung zwischen den Vermögenssphären zu unterscheiden.<sup>64</sup> Der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommt eine eigene Rechtsfähigkeit zu; sie ist daher als Drittbegünstigte anzusehen. Eine Vermögensmehrung bei einem Drittbegünstigten schließt jedoch grundsätzlich eine gegen den handelnden Täter anzuordnende Einziehung aus. Das gilt auch dann, wenn der Täter die Möglichkeit hat, auf das Vermögen des Drittbegünstigten zuzugreifen. Eine Einziehungsanordnung gegen den für eine Gesellschaft handelnden Täter kommt lediglich dann in Betracht, wenn er diese nur als formalen Mantel nutzt und eine Trennung zwischen Täter- und Gesellschaftsvermögen tatsächlich nicht existiert oder wenn jeder aus der Tat folgende Vermögenszufluss bei der Gesellschaft sogleich an den Täter weitergeleitet wird.

### 3. Abrechnungsbetrug beim unechten Factoring

#### a) Betrug gegenüber dem Factoringunternehmen

Beim unechten Factoring ist die Frage, ob auch hier regelmäßig ein Betrug zum Nachteil des Abrechnungsunternehmens vorliegt, ungleich schwerer zu beantworten. Auch wenn der BGH hierzu noch keine näheren Ausführungen gemacht hat, dürften folgende Grundsätze gelten: Im Vordergrund steht beim unechten Factoring die Kreditfunktion.<sup>65</sup> Das Abrechnungsunternehmen zahlt regelmäßig den eingereichten Rechnungsbetrag abzgl. einer Provision an den Leistungserbringer aus und zieht anschließend die Forderung gegenüber dem Kostenträger ein; der Leistungserbringer erhält Liquidität und ist von der Forderungsverwaltung entlastet. Dies lässt es naheliegend erscheinen, die Rechtsprechung zum Betrug bei der Darlehenserschleichung heranzuziehen. Die täuschende Erklärung des Leistungserbringers besteht in der mit Rechnungsweitergabe verbundenen konkludenten Behauptung, dass die sozialrechtlichen Abrechnungsvoraussetzungen vorliegen; die Sicherungsabtretung der angeblich bestehenden Forderung gegenüber dem Kosten-

träger geht ins Leere. Irrtumsbedingt zahlt das Abrechnungsunternehmen den Rechnungsbetrag abzgl. seiner Provision aus. Ob ihm dadurch aber auch ein Schaden entsteht, ist oft schwierig nachzuweisen, wenn man diese Zahlung als Darlehen ansieht. Denn nach der Rechtsprechung des BGH gilt:<sup>66</sup> Ob die Hingabe eines Darlehens einen Vermögensschaden bewirkt, ist durch einen für den Zeitpunkt der Darlehenshingabe anzustellenden Wertvergleich mit dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgläubigers zu ermitteln. Die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs wird dabei durch die Bonität des Schuldners und den Wert etwa bestellter Sicherheiten bestimmt; entscheidend ist die wirtschaftliche Betrachtung. Gegebenenfalls muss mit sachverständiger Beratung für jeden Zeitpunkt der Vermögensverfügung des Geschädigten der jeweilige Wert des Rückzahlungsanspruchs unter Berücksichtigung der Bonität des Beschuldigten ermittelt werden; denn nur bei Vorliegen eines täuschungsbedingten Minderwerts des Darlehensrückzahlungsanspruchs zu diesem Zeitpunkt ist die Annahme eines Schadens gerechtfertigt. Danach ist es außer beim ersichtlichen Fehlen jeder Bonität (reine Betrugstätigkeit etwa im Pflegebereich) nicht möglich, auf einen Betrugsschaden schon deshalb zu schließen, weil die Sicherheit (Forderungsabtretung) für sich gesehen wertlos ist.<sup>67</sup> Es bietet sich bei komplizierteren Konstellationen deshalb an, insoweit nach § 154a StPO zu verfahren.

#### b) Besonderheiten beim Betrug in mittelbarer Täterschaft gegenüber dem Kostenträger

Reicht das Abrechnungsunternehmen die zur Sicherheit abgetretenen Forderungen beim Kostenträger ein, stellt dies nach dem oben Ausgeführten einen Betrug zum Nachteil von KK oder KV in mittelbarer Täterschaft dar, der gegebenenfalls in Tateinheit zu einem Betrug zum Nachteil des Kostenträger steht (§ 52 StGB). Dem täuschenden Leistungserbringer kommt es dabei auf die Auszahlung der Rechnungssumme an das Abrechnungsunternehmen an, um von seinem Darlehensrückzahlungsanspruch frei zu werden. Dieser beim Leistungserbringer durch die Zahlung des Kostenträgers unmittelbar eintretende Vorteil kann nach § 73c StGB eingezogen werden. Hinsichtlich des vom Abrechnungsunternehmens einbehaltenen Provisionsanteils dürfte Folgendes gelten: Schuldet der Leistungserbringer mit Einreichen der Rechnung dem Abrechnungsunternehmen die Zahlung dieser Provision unabhängig vom Bestehen der einzuziehenden Forderung, wird er von diesem Anspruch jedenfalls wirtschaftlich-faktisch frei, wenn das Abrechnungsunternehmen die Zahlung des Kostenträgers auf diese Rechnung erhält. Die Befreiung von einer solchen Verbindlichkeit ist ein wirtschaftlicher Vorteil, der ihm durch die Tatbegehung zu Lasten der KK/KV zufließt (daneben wird er zudem vom Darlehensrückzahlungsanspruch frei) und deshalb

63 Vgl. BGHSt 65, 110 Rz. 55 (MVZ).

64 Vgl. BGH, Beschl. v. 16.8.2022 – 4 StR 226/21; dies gilt nach allgemeinen Grundsätzen natürlich nicht für rein kriminelle Zusammenschlüsse wie Betrügerbanden, denen die Rechtsordnung die Anerkennung verweigert; vgl. aber auch BGH, wistra 2023, 255 Rz. 9; wistra 2024, 156 Rz. 4.

65 BGH, NJW 2018, 2254.

66 BGH, wistra 2018, 124; wistra 2023, 512; vgl. auch BGH, Beschl. v. 10.3.2021 – 1 StR 499/20.

67 So aber Schultz, medstra 2021, 339, 342.



nach § 73c StGB der Einziehung unterliegt. Aus der Tat zum Nachteil des Abrechnungsunternehmens erhält er den Provisionsanteil jedenfalls darlehensweise, denn insoweit verzichtet das Abrechnungsunternehmen auf die Beitreibung und hält sich an der späteren Rechnungsbegleichung durch den Kostenträger schadlos.

Kommt es erst in der Hauptverhandlung zu einer Verfahrensbeschränkung oder -einstellung nach § 154 Abs. 2 oder § 154a Abs. 2 StPO, kann die Staatsanwaltschaft die Einziehung im objektiven Verfahren hinsichtlich des eingestellten Teils beantragen, wenn deren Voraussetzungen vorliegen (vgl. § 76a Abs. 1 und 3 StGB). Da schon Anklage erhoben und das Verfahren insoweit eröffnet war, reicht in diesem Fall ein mündlicher Antrag der Staatsanwaltschaft auf Einziehung im selbstständigen Verfahren, wobei zur Begründung auf die Anklageschrift verwiesen werden kann, wenn nichts relevant Neues insoweit geschehen ist. Anschließend bedarf es eines gerichtlichen Hinweises auf die Möglichkeit der Einziehung im selbstständigen Verfahren.<sup>68</sup>

#### IV. Fazit

Der Abrechnungsbetrug zeigt in der Praxis immer wieder neue Rechtsprobleme auf. Der BGH hat zu diesen bislang nur teilweise Stellung genommen. Bei der Einschaltung von Abrechnungsunternehmen ergeben sich neue Rechtsfragen auf der Ebene der Tathandlung, der Schadensbestimmung, der Konkurrenzen und der Einziehung. Auch bei diesen wäre eine höchstrichterliche Klärung wünschenswert. Legt man die allgemeinen Maßstäbe an, zeigt sich, dass der Abrechnungsbetrug zwar keine dogmatische Sonderstellung einnimmt, aber viele sozialrechtliche Vorfragen und manchmal auch schwierige allgemeine strafrechtliche Fragen aufwirft. Der Justiz täte deshalb eine Spezialisierung gut,<sup>69</sup> wie sie auf Ebene der Wissenschaft und Anwaltschaft schon vielfach besteht.

68 BGH, NJW 2024, 3080.

69 Vgl. Leppich, medstra 2024, 71; Nunner/Distler/Behrenhoff, medstra 2024, 78.

### VRiLSG Wolfgang Seifert\*

## Fehlverhalten im nicht-ärztlichen Bereich – ein weiterer Meilenstein

Zum Urteil des BSG vom 22.2.2024 – B 3 KR 14/22 R

*Kann es sein, dass Leistungserbringer in der gesetzlichen Krankenversicherung ihre Leistungen formal korrekt abrechnen, aber sich trotzdem schadensersatzpflichtig machen? Ja, hat der 3. Senat des Bundessozialgerichts in einem sehr lesenswerten Urteil entschieden und dabei auch interessante Fragen zur Abgrenzung von Schadensersatz und öffentlich-rechtlichem Erstattungsanspruch, zum Schadensumfang und zur Verjährung erörtert.*

In den ersten Jahren dieses Jahrtausends sorgten neuartige Fälle in der Fachwelt der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), aber auch darüber hinaus für negative Schlagzeilen: Apotheken wurde vorgehalten, Zytostatika, deren Grundbestandteile sie im Ausland kostengünstig erworben hatten, gegenüber Krankenkassen zu überhöhten Preisen abzurechnen. Nicht wenige dieser Fälle haben auch die Justiz beschäftigt. Eine gewisse Brisanz liegt darin, dass über dieselbe Fallkonstellation sowohl der Bundesgerichtshof (BGH)<sup>1</sup> als auch das Bundessozialgericht (BSG)<sup>2</sup> zu entscheiden hatte – mit einer Divergenz in der letztlich ausschlaggebenden Frage. Das Urteil des BSG enthält einerseits Altbekanntes, klärt andererseits aber auch bislang offene Fragen grundlegender Art und bildet daher einen weiteren Meilenstein bei der Bekämpfung von Leistungsmissbrauch im Gesundheitswesen.

### I. Einführung

Zytostatika sind Arzneimittel, die das Zellwachstum bzw. die Zellteilung verhindern<sup>3</sup> und daher insbesondere in der Onkolo-

gie, also zur Behandlung von Krebserkrankungen, im Rahmen einer Chemotherapie eingesetzt und parenteral<sup>4</sup> verabreicht werden<sup>5</sup>. Sie werden durch die Vermischung eines Wirkstoffs mit einer bestimmten Trägerlösung in einem patienten-individuellen Verhältnis, das sich aus der ärztlichen Arzneimittelverordnung ergibt, in Apotheken hergestellt. Benötigt wird eine besondere personelle, räumliche und apparative Ausstattung<sup>6</sup>, über die bundesweit nur etwa 300 Apotheken verfügen.<sup>7</sup> Aus Sicherheitsgründen, etwa zur Aufrechterhaltung einer Kühlkette, sollen Zytostatika grundsätzlich Patientinnen und Patienten

\* Dieser Beitrag ist die überarbeitete Fassung eines Vortrags bei der 10. Fachtagung „Betrug im Gesundheitswesen“ der Kaufmännischen Krankenkasse (KKH) am 15./16.5.2024 in Hannover.

1 BGH, Urt. v. 4.9.9.2012 – 1 StR 534/11; Urt. v. 14.12.2014 – 5 StR 405/13.

2 BSG, Urt. v. 22.2.2024 – B 3 KR 14/22 R.

3 Vgl. auch Bayerisches LSG, Urt. v. 14.11.2007 – L 12 KA 16/06, Rz. 34, zit. nach juris.

4 Parenteral = „am Darm vorbei“; die Verabreichung erfolgt typischerweise durch Injektion, Infusion o.Ä.

5 Dettling/Kieser/Ulshöfer, PharmaR 2009, 421.

6 Vgl. Kommentar zur Leitlinie der Bundesapothekerkammer zur Qualitätssicherung für die „Aseptische Herstellung und Prüfung applikationsfertiger Parenteralia“ (Stand: 14.5.2024); www.abda.de, Stichwortpfad: Für Apotheker, Qualitätssicherung, Leitlinien, Leitlinien und Arbeitshilfen, Leitlinien zum Thema „Herstellung“.

7 Näher Dettling u.a., 422, m.w.N.

nicht ausgehändigt werden. Ob Zytostatika von ihrer Rechtsnatur her als Fertig- oder als Rezepturarzneimittel zu qualifizieren sind, war lange Zeit umstritten. Die Antwort auf diese Frage ist für das deutsche Recht<sup>8</sup> wegen der höchst unterschiedlichen Regelungsdichte für diese beiden Arten von Arzneimitteln von weitreichender Bedeutung: Während für Fertigarzneimittel ein äußerst umfangreiches Regelwerk, insbesondere zu ihrer Zulassung und Herstellung, aber auch bezüglich Kennzeichnungs-, Informations- und Beobachtungspflichten, existiert<sup>9</sup>, sind Rezepturarzneimittel – gem. § 1a Abs. 8 Apothekenbetriebsordnung definiert als Arzneimittel, die „in der Apotheke im Einzelfall auf Grund einer Verschreibung oder auf sonstige Anforderung einer einzelnen Person und nicht im Voraus hergestellt“ werden – weitgehend unreguliert.

## II. Sachverhalt

Die beklagte Apothekerin verwendete für die Herstellung der streitigen Zytostatikazubereitungen Fertigarzneimittel, die nicht für den deutschen Markt bestimmt waren, nicht über eine deutsche Pharmazentralnummer (PZN) verfügten und die im Vergleich zu für den deutschen Markt bestimmten Fertigarzneimitteln deutlich preisgünstiger waren. Jeweils standen in Deutschland wirkstoffgleiche, mit deutscher PZN versehene Fertigarzneimittel zu deutlich höheren Preisen zur Verfügung. Für die von der Beklagten verwendeten, nicht für den deutschen Markt bestimmten Fertigarzneimittel bestand in Deutschland kein Preisregime.

Die Beklagte rechnete diese Zytostatikazubereitungen gegenüber der klagenden Krankenkasse (KK) jeweils nach den von der Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) i.V.m. der vertraglichen „Hilfssteuer“<sup>10</sup> geregelten einheitlichen Apothekenabgabepreisen ab, welche auf Basis der einheitlichen Herstellerabgabe- und Apothekeneinkaufspreise zur Herstellung verwendeter Fertigarzneimittel auf dem deutschen Markt ermittelt waren („Lauer-Taxe“<sup>11</sup>), und gab dazu die im streitigen Zeitraum zutreffende deutsche PZN für Rezepturarzneimittel an. Durch deren Verwendung war für die KK nicht erkennbar, dass die bei der Herstellung der streitigen Zytostatikazubereitungen eingesetzten Fertigarzneimittel nicht für den deutschen Markt bestimmt waren und keine deutsche PZN hatten. Die entsprechenden Abrechnungen der Beklagten in den Jahren 2003 bis 2007 wurden von der KK vergütet, die von der Beklagten über ihren Beschaffungsweg und die tatsächlichen geringeren Einkaufspreise der verwendeten Fertigarzneimittel nicht informiert worden war.

Seit 2007 liefen Ermittlungen gegen die Beklagte, von denen die KK noch im selben Jahr Kenntnis erlangte. Sie erhob 2010 Klage auf Feststellung, dass die Beklagte den wegen möglicherweise falscher Abrechnung von Zytostatikazubereitungen entstandenen Schaden zu ersetzen habe. 2011 legte sie eine Schadensbeziehung für die Jahre 2004 bis 2007 i.H.v. 374.999,63 € vor und beantragte die Verurteilung der Beklagten zur Schadensersatzzahlung in dieser Höhe. Die KK war vor dem Landessozialgericht (LSG)<sup>12</sup> erfolgreich, das die Beklagte zu Schadensersatz verurteilte. Die Revision der Beklagten war erfolglos.

## III. Rechtsprechung des BGH

Die einschlägige Rechtsprechung des BGH vollzog sich in zwei Akten. Denn mit der o.g. Fallkonstellation mussten sich im Abstand von zwei Jahren zwei Strafsenate des BGH befassen: der 1. Strafsenat in seinem Urteil vom 4.9.2012 (1 StR 534/11), der 5. Strafsenat in seinem Urteil vom 14.12.2014 (5 StR 405/13)<sup>13</sup>.

### 1. Erster Akt

Der 1. Strafsenat qualifizierte Zytostatika als Fertigarzneimittel und begründete dies – stark verkürzt dargestellt – damit, dass ein „in Deutschland nicht zugelassenes Fertigarzneimittel [...] durch Hinzugabe von Kochsalzlösung, um eine Injektion vornehmen zu können, nicht zu einem zulassungsfreien Rezepturarzneimittel“ werde<sup>14</sup>. Da die Vorinstanz dies anders gesehen und den angeklagten Apotheker aus Rechtsgründen von den auf § 96 Nr. 5 Arzneimittelgesetz (AMG) – Inverkehrbringen eines zulassungsbedürftigen, aber nicht zugelassenen Fertigarzneimittels – und § 263 Strafgesetzbuch (StGB) – Betrug zum Nachteil von KK und Privatversicherten – gestützten Vorwürfen freigesprochen hatte, verwies der 1. Strafsenat den Rechtsstreit an diese zurück.

### 2. Zweiter Akt

Der 5. Strafsenat, der sich mit einer Strafbarkeit nach dem AMG nicht befassen musste, konnte ausdrücklich offen lassen, ob er der Rechtsauffassung des 1. Senates zur Rechtsnatur von Zytostatikazubereitungen folgen würde. Nach seinem Urteil ist für eine Täuschung i.S.v. § 263 StGB auf die Vorstellung der maßgeblichen Verkehrskreise (insbesondere auch innerhalb der GKV) abzustellen. Diese qualifizierten nach Einschätzung des 5. Strafsenats Zytostatikazubereitungen im Tatzeitraum als Fertigarzneimittel, so dass es insoweit an einer zur Täuschung geeigneten Handlung des angeklagten Apothekers fehle. Auch dass dieser bei der Abrechnung der Zytostatikazubereitungen nicht seine tatsächlichen Einkaufspreise, sondern die sich aus der Lauer-Taxe ergebenden Preise angesetzt habe, begründe keine (konkludente) Täuschung, weil er hierzu nach den gesetzlichen und vertraglichen Abrechnungsbestimmungen nicht verpflichtet gewesen sei. Selbst bei einer Offenlegung der Einkaufsvorteile durch ihn hätten die KK die mit der Abrechnung geltend gemachten Zahlungsansprüche nicht mindern dürfen.

8 Näher zur Abgrenzung nach Unionsrecht: *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser*, Arzneimittelrecht, 3. Aufl. (2020), § 2 Rz. 169 m.w.N.

9 Näher *Fuhrmann* u.a., Fn. 8, Rz. 168 m.w.N.

10 Gemeint ist damit der „Vertrag über die Preisbildung für Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen (§§ 4 und 5 der Arzneimittelpreisverordnung)“; [www.gkv-spitzenverband.de](http://www.gkv-spitzenverband.de), Stichwortpfad: Krankenversicherung, Arzneimittel, Rahmenverträge.

11 So wird das auf den Unternehmer *Josef Lauer* zurückgehende, heute von einem Tochterunternehmen der Bundesvereinigung Deutscher Apothekenverbände (ABDA) herausgegebene Arzneimittelinformationssystem für alle an der pharmazeutischen Versorgung Beteiligten bezeichnet; vgl. <https://www.pharmazeutische-zeitung.de/index.php?id=20536>.

12 Bayerisches LSG, Urt. v. 16.11.2021 – L 5 KR 591/19.

13 Beide Entscheidungen finden sich bei juris.

14 So der Leitsatz zu dieser Entscheidung.

Im Ergebnis nimmt der 5. Strafsenat eine Regelungslücke an, die der angeklagte Apotheker habe nutzen dürfen<sup>15</sup>.

#### IV. Rechtsprechung des BSG

Der 3. Senats des BSG wies die von ihm zugelassene<sup>16</sup> Revision der beklagten Apothekerin zurück.

##### 1. Rechtsgrundlagen der Versorgung

Das BSG stellt zunächst die Rechtsgrundlagen für die Versorgung mit Zytostatikazubereitungen in der GKV dar. Die Ermächtigungsgrundlage für entsprechende Preisregelungen findet sich in § 78 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AMG, wonach durch Rechtsverordnung Preise für in Apotheken hergestellte und abgegebene Arzneimittel festgesetzt werden dürfen, und in § 5 der hierauf beruhenden AMPreisV („Apothekenzuschläge für Zubereitungen aus Stoffen“). Diese Vorschrift ermächtigt ihrerseits im Hinblick auf die Abgabe von Rezepturarzneimitteln zu vertraglichen Preisregelungen. Umgesetzt wurde dies von den Spitzenorganisationen der Apotheken bzw. der KK mit der o.g. Hilfstaxe<sup>17</sup>, die nach ihrem § 4 als Bestandteil der Arzneilieferverträge auf Landesebene gem. § 129 Abs. 5 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) gilt.<sup>18</sup>

##### 2. Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch

Das BSG ging – wie vor ihm bereits der 5. Senat des BGH – davon aus, dass die beklagte Apothekerin diese gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben eingehalten hatte, so dass ihr gegenüber der KK ein entsprechender Zahlungsanspruch zustand. Weil die Abgabe und Abrechnung der streitigen Zytostatikazubereitungen formal nicht den gesetzlichen und geschriebenen vertraglichen Abgabe- und Abrechnungsregelungen widersprachen und die Vergütung daher nicht ohne Rechtsgrund geleistet worden war, schied ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch (aufgrund Retaxation<sup>19</sup> nach Rechnungsprüfung) nach Auffassung des BSG aus. Zwar habe die Beklagte offenkundig die Grundlagen der Vertragsbeziehung zwischen ihr und der KK missachtet; für eine Sanktionierung dieses Fehlverhaltens sei den geschriebenen vertraglichen Regelungen aber kein Instrumentarium zu entnehmen<sup>20</sup>.

##### 3. Anspruch auf Schadensersatz

Die KK konnte ihre Forderung daher nur auf einen Anspruch auf Schadensersatz stützen. Als Rechtsgrundlage hierfür zog das BSG § 69 S. 3 SGB V und § 61 S. 2 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) i.V.m. § 241 Abs. 2 und § 280 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) heran. Nach § 69 S. 1 SGB V a.F. (textgleich heute: § 69 Abs. 1 S. 1 SGB V) regeln das Vierte Kapitel des SGB V – d.h. §§ 69–140h SGB V – sowie die §§ 63 und 64 SGB V abschließend die Rechtsbeziehungen der KK und ihrer Verbände u.a. zu Apotheken und ihren Verbänden. Nach § 69 S. 3 SGB V a.F. (textgleich heute: § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V) gelten für Rechtsbeziehungen u.a. nach § 69 S. 1 SGB V im Übrigen die Vorschriften des BGB entsprechend, soweit sie mit den Vorgaben des § 70 SGB V (Qualität, Humanität und Wirtschaftlichkeit) und den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten nach dem Vierten Kapitel des SGB V vereinbar sind. Gemäß § 61 S. 2 SGB X gelten (auch) für öffentlich-rechtliche Verträge ergänzend

die Vorschriften des BGB entsprechend. Ein Anspruch nach der somit auf doppeltem Wege entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 280 Abs. 1 BGB<sup>21</sup> setzt voraus, dass zwischen den Beteiligten ein Rechtsverhältnis besteht, ein Beteiligter eine hieraus folgende Pflicht verletzt, dies zu vertreten und dem anderen Beteiligten einen Schaden verursacht hat. Diese Voraussetzungen bejahte das BSG.

Zentralen Raum nehmen in seinen Ausführungen die Fragen der Pflichtverletzung (hierzu 4.), des Schadensumfangs (hierzu 5.) und der Verjährung (hierzu 6.) ein. Dass zwischen der Beklagten Apothekerin und der KK ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis bestand, das durch parlaments- und untergesetzliche sowie vertragliche Regelungen (§ 129 Abs. 1 SGB V, die Verträge auf Bundes- bzw. Landesebene nach § 129 Abs. 2 und 5 SGB V sowie die in letztere einbezogene Hilfstaxe) begründet und ausgestaltet war, bedurfte nur einer knappen Feststellung, ebenso wie das Vertretenmüssen der Pflichtverletzung.

##### 4. Pflichtverletzung

Die konkrete Pflicht, deren Missachtung der beklagten Apothekerin maßgeblich angelastet wurde – die Pflicht, den Bezug preisgünstigerer Zytostatika aus dem Ausland der KK mitzuteilen – leitet das BSG aus der allgemeinen, wechselseitigen vertraglichen Nebenpflicht ab, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der anderen Vertragspartei Rücksicht zu nehmen (§ 241 Abs. 2 BGB). Diese Rücksichtnahmepflichten umfassen Aufklärungs- und Schutzpflichten, und zwar auch jenseits entsprechender gesetzlicher oder vertraglicher Regelungen. Das bestehende Regelwerk stand aus Sicht des BSG der Annahme solcher (ungeschriebener) Pflichten nicht entgegen, weil im konkreten Fall entsprechende Neben-, insbesondere Informationspflichten zwischen Apotheken- und KK-Seite nicht vereinbart waren.

Von den Aufklärungspflichten umfasst sieht das BSG Informationen für die andere Vertragspartei über Umstände, die diese nicht erkennt, aber erkennbar für sie von wesentlicher Bedeutung sind und die zu Gefahren für ihre Rechtsgüter und Interessen führen, so dass sie nach der Verkehrsanschauung Aufklärung erwarten darf. Für die hier zu beurteilende Fallkonstel-

15 Gestützt auf das Urteil des 5. Strafsenats des BGH gab das LSG Niedersachsen-Bremen (Urt. v. 18.12.2019 – L 4 KR 274/18, Revision nicht zugelassen) einem Apotheker Recht und verneinte ein Rückforderungsrecht der KK in Höhe der vom Apotheker erzielten Einkaufsvorteile.

16 Im Urteil der Vorinstanz (Bayerisches LSG, Urt. v. 16.11.2021 – L 5 KR 591/19) war die Beklagte verurteilt, die Revision aber nicht zugelassen worden, obwohl dies m.E. aufgrund der Abweichung zum Urteil des LSG Niedersachsen-Bremen (Fn. 52) und der grundsätzlichen Bedeutung dieser Fallkonstellation für die Missbrauchsbekämpfung nahegelegen hätte.

17 S. Fn. 10.

18 Weil die einschlägigen Regelungen – nicht zuletzt aufgrund des hierzu besprechenden Fallkomplexes – seither umfangreiche Änderungen erfahren haben, wäre die Darstellung weiterer Details für aktuelle Fragen kaum von Bedeutung, so dass hiervon an dieser Stelle abgesehen wird.

19 Näher zur Retaxation (oder auch Retaxierung): *Frohn/Schmidt*, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. (2020), § 16 Rz. 339 ff.

20 BSG, a.a.O., Rz. 18.

21 § 280 Abs. 1 BGB wurde vom BSG bereits in zahlreichen früheren Entscheidungen entsprechend angewandt: z.B. Urt. v. 12.11.2013 – B 1 KR 22/12 R, Rz. 9 ff.; Urt. v. 24.1.2008 – B 3 KR 2/07 R, Rz. 20 ff.; Urt. v. 16.2.2012 – B 9 VG 1/10 R, Rz. 36; Urt. v. 9.4.2019 – B 1 KR 5/19 R, Rz. 30; jeweils juris.



lation bedeutete dies: Eine Zytostatika herstellende Apotheke musste die KK vor der Abgabe und Abrechnung von Zytostatikazubereitungen informieren, dass bei Herstellung von Rezepturarzneimitteln Fertigarzneimittel Verwendung finden, die nicht für den deutschen Markt bestimmt waren und deren Einkaufspreis deutlich geringer war als der nach Anlage 3 zur Hilfstaxe maßgebliche. Denn erkennbar seien die damaligen o.g. vertraglichen Regelungen und deren Festpreisregime als Ausgabenregulierungsinstrument davon ausgegangen, es würden von den herstellenden Apotheken für Zytostatikazubereitungen grundsätzlich nur für den deutschen Markt bestimmte Fertigarzneimittel mit deutscher PZN und Listung in der „Lauer-Taxe“ eingekauft und verwendet und auf dieser Grundlage Zytostatikazubereitungen abgegeben und abgerechnet sowie abgenommen und vergütet. Dass dies für die KK von wesentlicher Bedeutung war, war – so das BSG – für die beklagte Apothekerin als professionelle Systembeteiligte ebenso erkennbar gewesen wie Umstand, dass KK eine Abweichung von diesen dem Vertrag zugrunde liegenden Vorstellungen nicht selbst erkennen konnte.

Zum Gegenstand von Schutzpflichten zählt das BSG die Rücksichtnahme auf erkennbar zu schützende Rechtsgüter der anderen Vertragspartei; Vertragsparteien müssen sich – auch (und gerade) im öffentlichen Recht – so verhalten, dass Rechtsgüter des anderen Teils nicht geschädigt werden. Daher hätte die beklagte Apothekerin die KK vor der Abgabe ihrer Zytostatikazubereitungen an Versicherte informieren müssen über

- die bei der Herstellung verwendeten Fertigarzneimittel und deren Beschaffungsweg, wenn und soweit dieser vom vertraglich vorausgesetzten Beschaffungsweg abwich, und
- deren Einkaufspreis, wenn und soweit dieser deutlich unter dem Preis lag, der den vertraglichen Preisbestimmungen zugrunde lag.

Diese Informationspflichten wies das BSG der Beklagten zu, weil sie als Apothekeninhaberin in einer vertraglichen Rechtsbeziehung zur KK stand und daher für sie erkennbar gewesen sei, dass

- im Rahmen der Vertragsdurchführung sowohl für die Abnahme der Leistungen der Apotheke durch die KK als auch für die Vergütung das gesetzliche Gebot der Wirtschaftlichkeit galt (§ 70 Abs. 1 SGB V),
- die KK die – für sie gesetzlich verpflichtende – Einhaltung dieses Gebots zum ihr anvertrauten Schutz von Beitragsmitteln nur mit den o.g. Informationen prüfen konnte, und
- die KK sich diese Informationen damals nicht selbst beschaffen und so ihre bzw. die ihr anvertrauten Rechtsgüter nicht selbst schützen konnte.

Dieses (Zwischen-)Ergebnis sicherte das BSG durch eine Hilfsüberlegung ab: Die von ihm angenommene ungeschriebene vertragliche Nebenpflicht verhindert auch, dass der Vertragszweck und die ausdrücklichen leistungserbringungsrechtlichen Regelungen durch hiervon seinerzeit nicht eigens erfasstes Verhalten einseitig ausgehöhlt wird.

An dieser Stelle nimmt das BSG unmittelbar Bezug auf das o.g. Urteil des 5. Senats des BGH. Es verneinte eine – ggf. zur Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes verpflichtenden (vgl. § 2 Gesetz zur Wahrung der Ein-

heitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes) – Abweichung, weil der BGH über die Strafbarkeit nach § 263 StGB, das BSG hingegen über einen vertraglichen Schadensersatzanspruch zu entscheiden gehabt habe. Außerdem sei der BGH von einer Lücke im preisrechtlichen Regime für Zytostatikazubereitungen ausgegangen; dies stehe der Annahme einer ungeschriebenen vertraglichen Nebenpflicht Zytostatikazubereitungen herstellender Apotheken nicht entgegen.

## 5. Schaden

Der Schaden (nach § 249 Abs. 1 BGB) bestand nach Ansicht des BSG in der gesamten von der KK geleisteten Vergütung. Es geht insoweit davon aus, dass die KK, hätte sie vom Beschaffungsweg und den Einkaufspreisen der Apothekerin Kenntnis gehabt, deren Zytostatikazubereitungen nicht hätte abnehmen und vergüten dürfen, weil Abgabe und Abrechnung evident außerhalb der für beide Beteiligten geltenden Vertragsgrundlagen lagen.

Der vielleicht naheliegenden Auffassung, die Höhe des Schadens sei auf die Differenz zwischen dem Einkaufspreis der Beklagten und dem Vertragspreis zu begrenzen, hat das BSG eine Absage erteilt. Hierbei würde nur Gewinn der Beklagten abgeschöpft und an die KK weitergereicht, aber nicht berücksichtigt, dass aufgrund des Verhaltens der Beklagten im konkreten Fall die vertragliche Vertrauensgrundlage für Abgabe, Abrechnung und Vergütung der streitigen Zytostatikazubereitungen ganz entfallen war. Denn die Pflichtverletzung der Apothekerin traf die Vertragsbeziehung in ihrem Kern, weil nicht nur Verstöße gegen einzelne Abgabe- oder Abrechnungsregelungen in Rede stehen, sondern das Unterlaufen der Vertragsgrundlagen des Abgabe- und Preisregimes für Zytostatikazubereitungen über Jahre hinweg zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil. Die von der Beklagten praktizierte Leistungserbringung entsprach insgesamt nicht den Vertragsgrundlagen. Zur Verdeutlichung weist das BSG darauf hin, dass das Festpreisregime für Zytostatikazubereitungen schon damals nicht als Anreiz ausgestaltet gewesen sei, durch die Beschaffung von nicht für den deutschen Markt bestimmten, deutlich preisgünstigeren Fertigarzneimitteln die Gewinnmöglichkeit der Apotheken einseitig massiv zu erweitern und die KK zugleich in erheblichem Umfang nicht entstandene Kosten zu vergüten haben. Ein Mitverschulden der KK sah das BSG nicht.

## 6. Verjährung

Das BSG hielt die von ihm festgestellten Schadensersatzforderung für die Jahre 2004 bis 2007 nicht für verjährt.<sup>22</sup> Es wandte insofern die gesetzlichen Verjährungsbestimmungen an und nicht die vertraglichen (kürzeren) Fristen für Retaxationen, weil es um solche im vorliegenden Fall nicht gehe. Einschlägig war somit die Verjährungsfrist von vier Jahren nach § 45 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I), die das BSG in ständiger Rechtsprechung<sup>23</sup> im Leistungserbringungsrecht ana-

22 Das Jahr 2003 betreffende Forderungen hatte die KK im Berufungsverfahren – wohl wegen eingetretener Verjährung – zurückgenommen (Bayerisches LSG, Urt. v. 16.11.2021 – L 5 KR 591/19, Rz. 14, zit. nach juris).

23 BSG, Urt. v. 14.3.2024 – B 3 KR 14/22 R, Rz. 38, mit Verweis auf die BSG, Urt. v. 9.4.2019 – B 1 KR 5/19 R, Rz. 37 (für Rückzahlungs- und Scha-

log heranzieht. Im Hinblick auf den Beginn der Verjährungsfrist prüft das BSG zwei Alternativen, die je für sich das gefundene Ergebnis tragen:

Nach (§ 69 S. 3 SGB V, § 61 S. 2 SGB X i.V.m.) § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB beginnt die Verjährung nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem der Gläubiger – hier: die KK – vom Schaden Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Kenntnis erlangte KK hier im Jahre 2007. In diesem Jahr begannen die Ermittlungen gegen die beklagte Apothekerin, von denen die KK noch in 2007 erfuhr. Die vierjährige Verjährungsfrist begann demnach mit Ablauf des Jahres 2007 und endete am 31.12.2011. Die Vorgänge im Jahr 2004 betreffende Schadensersatzforderung war also weder bei Erhebung der Feststellungsklage 2010 noch bei Bezifferung des Schadensersatzanspruchs 2011 abgelaufen (§ 45 Abs. 2 SGB I i.V.m. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

In Betracht kam zudem, § 45 Abs. 1 SGB I („Ansprüche auf Sozialleistungen verjähren in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie entstanden sind.“) auch für den Beginn der Verjährungsfrist analog anzuwenden. Da im vorliegenden Fall indes der Schaden infolge der Abnahme und Vergütung der Zytostatikazubereitungen durch die KK in den Jahren 2004 bis 2007 eintrat, wäre die vierjährige Frist für die meisten Leistungsfälle bei Erhebung der Feststellungsklage 2010 bzw. bei Bezifferung des Schadensersatzanspruchs 2011 abgelaufen gewesen (§ 45 Abs. 2 SGB I i.V.m. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Das BSG behilft sich mit einer teleologisch ausgerichteten Überlegung: „Jedenfalls in der hier vorliegenden, von § 45 Abs. 1 SGB I ohnehin nicht unmittelbar erfassten leistungserbringungsrechtlichen Konstellation, in der der vertragliche Schadensersatzanspruch auf der Verletzung einer ungeschriebenen vertraglichen Nebenpflicht zur Information des Vertragspartners, deren Verletzung für die Klägerin zunächst nicht erkennbar war, beruht, konnte die Verjährung ausnahmsweise nicht zu laufen beginnen, bevor die Klägerin von der Pflichtverletzung und dem Schaden erstmals Kenntnis erlangt hat (oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen). Andernfalls liefe der [...] Schadensersatzanspruch wegen einer – wie hier – zunächst nicht erkennbaren Informationspflichtverletzung durch die Beklagte für Teilzeiträume (2004 und 2005) leer.“

## 7. Verfassungsrecht

Abschließend prüfte das BSG noch die Vereinbarkeit seines Ergebnisses mit Verfassungsrecht. Zwar schützt die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) auch für Apotheken die Erzielung von Gewinnen, dies jedoch nicht um jeden Preis. Es verletzt Art. 12 Abs. 1 GG daher nicht, Apotheken in ihrem Verhältnis zu KK für verpflichtet zu halten, bei der Leistungserbringung die Vertragsgrundlagen zu wahren und bei Verletzung dieser Pflicht Schadensersatz in Höhe der Vergütung zu leisten. Denn: Ist dies schon im allgemeinen Wirtschaftsverkehr anerkannt, wie § 241 Abs. 2 und § 280 Abs. 1 sowie § 249 Abs. 1 BGB zeigen, gilt dies erst recht im besonderen öffentlich-rechtlichen Verhältnis von Apotheken und KK, das durch das Ziel der Wirtschaftlichkeit der Arzneimittelversorgung und damit der Sicherung der finanziellen Stabilität der GKV als einem überragend wichtigen Gemeinwohlbelang geprägt ist. Auch wenn eine im Rahmen der GKV systemkonformen Gewinnerzielungsabsicht von Apotheken anerkannt wird, verletzt die o.g. Diskrepanz

von Fiktion und Realität die offen zutage liegenden Interessen der KK, auf die die Beklagte Rücksicht zu nehmen musste.

## V. Anmerkungen

### 1. Zytostatika als Rezepturarzneimittel

Sind Zytostatikazubereitungen Rezepturarzneimittel? Diese Frage galt es zuallererst zu klären, und die Antwort lag nicht auf der Hand. Denn der 1. Senat des BGH<sup>24</sup> hatte diese Frage verneint, hierfür in der Literatur aber (teils heftige Kritik) einstecken müssen<sup>25</sup>, weil er der bis dahin herrschenden Ansicht in Rechtsprechung, Literatur und Praxis widersprach<sup>26</sup>. Auch der 5. Senat des BGH<sup>27</sup> befasste sich mit der o.g. Frage. Er ließ eine Antwort darauf – von seiner weiteren Gedankenführung aus konsequent – ausdrücklich offen. Seine Ausführungen lassen indes vermuten, dass er die Rechtsauffassung des 1. Senats nicht teilt. Das BSG ging in seinem o.g. Urteil vom 22.2.2024 nicht näher auf den Meinungsstreit ein, sondern setzte voraus, dass Zytostatikazubereitungen als Rezepturarzneimittel zu qualifizieren seien<sup>28</sup>. Dies hatte der 3. Senat des BSG bereits in seinem Urteil vom 22.2.2023<sup>29</sup> (zur Abrechnungsfähigkeit des Verwurfs von Arzneimittelzubereitungen nach der Hilfstaxe) so gesehen, im Übrigen ohne jegliche Diskussion und ohne ein Eingehen auf die abweichende Auffassung des 1. Senats des BGH.

### 2. Rechtsgrundlage für die Rückforderung

Die nächste sich stellende Frage, wenn man aus sozialrechtlicher Sicht die „Zyto-Fälle“<sup>30</sup> betrachtet, lautet: Warum bedurfte es überhaupt eines Anspruchs auf Schadensersatz? Hätte es nicht genügt, dass die betroffene KK einfach die geleistete Vergütung unter Hinweis auf ihre fehlende Leistungspflicht zurückfordert?

#### a) Kein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch

Der 3. Senat des BSG und der 5. Senat des BGH sind sich einig: Die Abgabe und Abrechnung widersprachen damals auch bei Verwendung deutlich preisgünstigerer und nicht für den deutschen Markt bestimmter Zytostatikazubereitungen formal nicht den gesetzlichen und geschriebenen vertraglichen Abgabe- und Abrechnungsregelungen. Die Vergütung durch die KK war daher nicht ohne Rechtsgrund geleistet worden, so dass auch ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch aufgrund

densersatzansprüche von KK), v. 21.4.2015 – B 1 KR 11/15 R, Rz. 12 ff., v. 19.11.2019 – B 1 KR 10/19 R, Rz. 11, sowie v. 12.5.2005 – B 3 KR 32/04 R, Rz. 14 ff. (für Vergütungsansprüche von Krankenhäusern); jeweils zit. nach juris.

24 BGH, Urt. v. 4.9.2012 – 1 StR 534/11 (vgl. oben unter III.).

25 Vgl. nur Wesser, jurisPR-MedizinR 8/2012 Anm. 4; Brand/Unsel, ZWH 2012, 482 ff.; Ufer, ZMGR 2013, 145 ff.; zustimmend hingegen Schröder, Fachdienst Strafrecht 2012, 338504.

26 Nachweise insoweit bei Wesser, jurisPR-MedizinR 8/2012 Anm. 4, unter C.

27 BGH, Urt. v. 14.12.2014 – 5 StR 405/13 (vgl. oben unter III.).

28 BSG, a.a.O., Rz. 12.

29 BSG, Urt. v. 22.2.2023 – B 3 KR 7/21 R.

30 So die etwas saloppe Bezeichnung von Waßmer (NZWiSt 2015, 467 ff.) für die eingangs geschilderte Fallkonstellation.

einer Retaxation ausschied. Die Feststellung des BSG, formal sei gegen den Vergütungsanspruch der beklagten Apothekerin nichts einzuwenden, klingt zunächst überzeugend, erweist sich aber – hierzu sogleich (s.u. V. 5.) – bei näherem Hinsehen als nicht unproblematisch. Hätte das BSG indes an dieser Stelle dem BGH widersprochen, hätte es eine Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (vgl. § 2 RsprEinhG) in Erwägung ziehen müssen, wohlwissend, dass solche Verfahren nicht nur erheblichen Aufwand hervorrufen, sondern dem Vernehmen nach auch bei allen Beteiligten keine Begeisterung auslösen.

Die Abgabe und Abrechnung der streitigen Zytostatikazubereitungen widersprachen nach Ansicht des BSG „nur“ den zwar ungeschriebenen, aber offenkundigen Grundlagen der Vertragsbeziehung zwischen den Beteiligten. Für deren Verletzung war den geschriebenen vertraglichen Regelungen kein Instrumentarium zu entnehmen, so dass als Rechtsgrundlage für einen Rückforderungsanspruch der KK nur das Rechtsinstitut des Schadensersatzes blieb.

## b) Die bisherige Rechtsprechung des BSG

An dieser Stelle drängt sich die (Zwischen-)Frage nach dem Verhältnis von öffentlich-rechtlichem Erstattungsanspruch und Ansprüchen auf Schadensersatz auf, das das BSG in der Vergangenheit wiederholt und in unterschiedlichen Fallgestaltungen beschäftigt hat.

Dem Urteil des BSG vom 17.12.2009<sup>31</sup> lag (vereinfacht) folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Versicherter legte in betrügerischer Absicht in einer Apotheke Arzneimittel-Verordnungen vor, bei denen handschriftlich die Mengenangabe verändert worden war, ohne handschriftliche Bestätigung des Vertragsarztes. Dies verstieß gegen Vorschrift des Landesvertrages nach § 129 Abs. 1 SGB V, so dass die Apotheke auf der Grundlage dieser Verordnung keine Arzneimittel an den Versicherten hätte abgeben dürfen. Sie tat es gleichwohl, die KK zahlte zunächst und forderte später den gezahlten Betrag zurück.

Das BSG verneinte einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch (hier in Gestalt der Retaxation), weil die KK die im Landesvertrag vorgesehene Frist für die Geltendmachung von „sachlichen und rechnerischen Berichtigungen, Taxbeanstandungen sowie Beanstandungen wegen fehlender Verordnungsblätter“<sup>32</sup> versäumt hatte. Das BSG verneinte aber auch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung vertraglicher Nebenpflichten. Warum? Das BSG nahm an, dass im konkreten Fall die dem Apotheker vorgeworfene Pflichtverletzung allein in einem Verstoß gegen landesvertragliche Abgabebestimmungen bestand, so dass ein – neben dem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch stehender – Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten ausschied. Die Rechtsfolgen der Verletzung von solchen Abgabebestimmungen seien vielmehr im Landesvertrag abschließend geregelt. Zur Begründung wies das BSG darauf hin, dass der Landesvertrag mit seinen Regelungen zu Rechnungs- und Taxberichtigungen, einem zusätzlichen Beanstandungsrecht und einer Vertragsstrafe ein ausgewogenes Instrumentarium zum Schutz der Vermögensinteressen der KK und der Apotheken bei Verstößen gegen Abgabebestimmungen bereit hielt, das mit seinen Fristen auch das Interesse des vorleistungspflichtigen Apothekers an Rechtsfrieden nach der Zahlung be-

rücksichtigt. Durch den (konkreten) Landesvertrag nicht ausgeschlossen seien Schadensersatzansprüche der KK wegen Verhaltensweisen des Apothekers, die außerhalb des o.g. Rahmens stehen, z.B. wegen Verstoßes gegen vertragliche oder gesetzliche Informations- und Schutzpflichten (§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V und § 61 S. 2 SGB X i.V.m. § 241 Abs. 2 und § 280 BGB) und wegen unerlaubter Handlung (§ 823 BGB). Schon damals nahm der 3. Senat des BSG eine (auch in seiner aktuellen Entscheidung enthaltene) Differenzierung nach der Art des Verstoßes vor.

Zum selben Ergebnis gelangte der 1. Senat des BSG in einem Urteil vom 7.3.2023<sup>33</sup>. Dort ging es um die Frage, ob einem Krankenhaus die unwirtschaftliche vorzeitige Verlegung einer gesetzlich Versicherten in ein anderes Krankenhaus vorzuwerfen war. Die KK dieser Versicherten nahm das verlegende Krankenhaus wegen der von ihr an das aufnehmende Krankenhaus zu zahlenden Vergütung in Anspruch. Auch der 1. Senat des BSG sah im konkreten Fall den Vergütungsanspruch des Leistungserbringers – und zwar sowohl des verlegenden als auch des aufnehmenden Krankenhauses – als durch das vermeintlich unwirtschaftliche Verhalten nicht tangiert an. Er sah aber nicht das Wirtschaftlichkeitsgebots des SGB V (§ 12 Abs. 1 S. 2 sowie § 2 Abs. 1 S. 1, § 4 Abs. 3, § 70 Abs. 1 SGB V) an sich, sondern speziell die durch § 17c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) statuierte Pflicht des Krankenhausträgers, „durch geeignete Maßnahmen darauf hin[zuwirken], dass [...] eine vorzeitige Verlegung oder Entlassung aus wirtschaftlichen Gründen unterbleibt“, als verletzt an. Da die Folgen einer Verletzung dieser Pflicht in § 17c Abs. 1 KHG nicht geregelt sind, ist Raum für einen Schadensersatzanspruch gem. § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB. Auch der 1. Senat des BSG prüfte somit zunächst, ob die Folgen einer Pflichtverletzung nicht spezialgesetzlich – hier durch den Gesetzgeber des KHG – geregelt sind, und sah einen Anspruch auf Schadensersatz nur wegen einer insoweit bestehenden Regelungslücke als eröffnet an.

In einem – hier nicht ins Gewicht fallenden – Punkt unterscheidet sich diese Konstellation von den beiden Sachverhalten, über die der 3. Senat des BSG jeweils zu entscheiden hatte. Das Fehlverhalten des Leistungserbringers verursachte hier den Schaden nicht bei dessen Leistung(erbringung) selbst, sondern an anderer Stelle. Diese Konstellation gleicht dem aus dem Zivilrecht bekannten Mangelfolgeschaden<sup>34</sup>, an dessen Struktur das BSG<sup>35</sup> bereits im Vertragsarztrecht für den sog. „sonstigen Schaden“ (§ 48 Bundesmantelvertrag-Ärzte bzw. § 29 S. 2 Bundesmantelvertrag-Zahnärzte) angeknüpft hat.

Schon 10 Jahre zuvor hatte der 1. Senat des BSG in seinem Urteil vom 12.11.2013<sup>36</sup> über einen noch etwas komplexeren Fall zu entscheiden. Dort hatte – vereinfacht dargestellt – während der stationären Behandlung einer Versicherten in einem Krankenhaus (KH 1) dieser die Ambulanz eines anderen Kranken-

31 BSG, Ur. v. 17.12.2009 – B 3 KR 13/08 R, Rz. 36 ff., zit. nach juris.

32 BSG, a.a.O., Rz. 33.

33 BSG, Ur. v. 7.3.2023 – B 1 KR 4/22 R, Rz. 20, 24 ff., zit. nach juris.

34 Vgl. nur Mankowski, JuS 2006, 481 ff.

35 BSG, Ur. v. 29.6.2011 – B 6 KA 16/10 R, Rz. 17, zit. nach juris.

36 BSG, Ur. v. 12.11.2013 – B 1 KR 22/12 R; kritisch hierzu Wigge/Schütz A&R 2017, 51 ff.



hauses (KH 2), bei der sie in ständiger ambulanter Behandlung war, Arzneimittel verordnet, die von Apotheken bei der KK der Versicherten abgerechnet wurden. Die KK machte gegenüber dem KH 1 Schadensersatz wegen der Arzneimittelkosten geltend<sup>37</sup>. Auch damals stützte der 1. Senat des BSG den von ihm für möglich gehaltenen Anspruch auf Schadensersatz auf § 69 S. 3 SGB V i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB analog<sup>38</sup>. Einen solchen Anspruch sah das BSG nicht durch einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ausgeschlossen. Dieser könnte hier nur gegenüber dem KH 2 bestehen, da „auch bei einem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch der Vorrang der Leistungsbeziehung zu beachten [ist]: Wer etwas einem anderen rechtsgrundlos leistet, kann grundsätzlich nur vom Leistungsempfänger Herausgabe des Erlangten verlangen, nicht von einem Dritten wegen dessen Bereicherung in sonstiger Weise“.<sup>39</sup>

Falls es noch eines Beweises bedurft hätte, belegt dieser Fall eindrucksvoll, dass sozialrechtliche Fälle mit Ansprüchen auf Schadensersatz alles andere als trivial sind.

### 3. Vertragliche Nebenpflichten im SGB V

Den breitesten Raum in dem zu besprechenden Urteil des BSG nehmen seine Herleitung und Ausformung der hier streitentscheidenden ungeschriebenen vertraglichen Nebenpflichten ein. Hierzu drei kurze Bemerkungen:

Nach den Entscheidungsgründen des 3. Senats war im vorliegenden Fall die kumulative Verletzung von Aufklärungs- und Schutzpflichten nicht ausschlaggebend. Auch jede der beiden festgestellten Pflichtverletzungen hätte für sich genommen den Schadensersatzanspruch begründet. Dies wird bei künftigen Fällen, in denen Ansprüche auf die Verletzung von Nebenpflichten gestützt werden, zu beachten sein.

Mit der Pflicht zu wechselseitiger Rücksichtnahme zwischen KK und Leistungserbringer konnte der 3. Senat Rechtsprechung des 1. Senats des BSG<sup>40</sup> fortführen. Dieser hatte „berücksichtigt [...], dass die Beteiligten aufgrund eines dauerhaften Vertragsrahmens ständig professionell zusammenarbeiten. Ihnen sind die gegenseitigen Interessenstrukturen geläufig. In diesem Rahmen ist von ihnen eine gegenseitige Rücksichtnahme zu erwarten.“

Nach Ansicht des 3. Senats des BSG schließt der Grundsatz, dass geschriebene Abgabe- und Abrechnungsregelungen eng am Wortlaut orientiert auszulegen sind, ungeschriebene vertragliche Nebenpflichten nicht aus. Dem ist zuzustimmen. Der genannte Auslegungsgrundsatz kann auf eine lange und breite Tradition im Leistungserbringungsrecht der GKV zurückblicken. Der 3. Senat selbst hat ihn schon früher im Recht der Arzneimittelversorgung nach dem SGB V<sup>41</sup>, aber auch bei den Verträgen über Hebammenleistungen<sup>42</sup> angewandt, ebenso wie bereits seit etlichen Jahren auch die für Fragen der Krankenhausvergütung zuständigen Senate<sup>43</sup> und schon seit Jahrzehnten der 6. Senat für das Kassen- bzw. Vertragsarztrecht<sup>44</sup>. Aber nicht nur der Auslegungsgrundsatz gilt generell, sondern auch die Schlussfolgerung des BSG: Ungeschriebene Nebenpflichten existieren im gesamten Leistungserbringungsrecht der GKV und widersprechen dem Auslegungsgrundsatz nicht, sondern basieren auf ihm<sup>45</sup>.

### 4. Die Überprüfung von Normverträgen

Ein genaueres Hinsehen auf die Ausführungen des 3. Senats lohnt die Frage nach der gerichtlichen Überprüfung leistungserbringungsrechtlicher Normverträge. Hierbei stößt man auf eine bemerkenswerte historische Entwicklung.

Vor etwas über 20 Jahren hatte (ebenfalls) der 3. Senat des BSG<sup>46</sup> die Frage zu klären, ob ein Krankenhaus verpflichtet gewesen wäre, eine in einer Hauptabteilung stationär behandelte Versicherte kostengünstiger in einer Belegabteilung<sup>47</sup> zu behandeln. Der 3. Senat verneinte dies mit folgender Begründung: „Das Wirtschaftlichkeitsgebot allein [...] begründet keine Fürsorgepflicht des Krankenhauses für die sparsame Mittelverwendung des Vertragspartners. [...] Dem Vertragsmodell liegt [...] die Vorstellung zu Grunde, dass jede Seite ihre Interessen zu wahren sucht, der Einigungsdruck aber zu einem angemessenen Interessenausgleich führt. Besondere Schutz- und Fürsorgepflichten werden im Vertragsrecht einer Vertragspartei zu Gunsten der anderen Partei nur dann auferlegt, wenn auf Grund wirtschaftlicher oder sozialer Übermacht die Verhandlungsparität nicht gegeben ist, wie es etwa im Arbeitsrecht der Fall ist. Im Verhältnis von Krankenhäusern zur KK sind solche Ungleichgewichte nicht zu erkennen. Hier kann von den KKn erwartet werden, dass sie ihren Auftrag zur sparsamen Mittelverwendung in vollem Umfang eigenverantwortlich wahrnehmen und durch entsprechende Vertragsgestaltung – soweit ein Konsens zu erzielen ist – auch umsetzen. [...] Das Wirtschaftlichkeitsgebot verpflichtet ein Krankenhaus lediglich, innerhalb der für dieses Haus abgeschlossenen Leistungsvereinbarungen wirtschaftlich zu handeln“. Auch wer sich bislang nur am Rande mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot des SGB V befasst hat, dürfte staunen über diese aus heutiger Sicht eigenwillige Interpretation eines der Grundprinzipien der GKV. Allerdings unterlag auch der 5. Senat des BGH in seiner o.g. Entscheidung aus dem Jahr 2014 – ohne sich auf dieses Urteil des 3. Senats des BSG zu berufen – noch diesem Missverständnis.

Schon zurückhaltender formulierte derselbe Senat des BSG 10 Jahre später bei der Prüfung, ob ein Krankenhaus aus Kos-

37 Und außerdem – in einem ruhenden Verfahren – gegenüber dem KH 2 einen (Arzneimittel-)Regress nach vertragsärztlichen Regeln (vgl. hierzu nach heutigem Recht § 106, § 106b SGB V).

38 Ob dessen Voraussetzungen vorlagen, sollte das LSG nach Zurückverweisung prüfen.

39 BSG, a.a.O., Rz. 21 f.

40 BSG, Urt. v. 19.11.2019 – B 1 KR 10/19 R, Rz. 14, zit. nach juris.

41 BSG, Urt. v. 22.2.2023 – B 3 KR 7/21 R, Rz. 15, zit. nach juris.

42 BSG, Urt. v. 22.2.2023 – B 3 KR 13/21 R, Rz. 21, zit. nach juris.

43 Ständige Rspr. seit BSG, Urt. v. 13.12.2001 – B 3 KR 1/01 R, Rz. 17 zit. nach juris; vgl. zuletzt BSG, Urt. v. 25.6.2024 – B 1 KR 20/23 R, Rz. 14, zit. nach juris. m.w.N.

44 Ständige Rspr. seit BSG, Urt. v. 7.10.1976 – 6 RKA 15/75, Rz. 23, zit. nach juris.; vgl. zuletzt BSG, Beschl. v. 9.2.2024 – B 6 KA 11/23 B, Rz. 11, zit. nach juris. m.w.N.

45 BSG, Urt. v. 22.2.2024 – B 3 KR 14/22 R, Rz. 28, zit. nach juris.

46 BSG, Urt. v. 24.7.2003 – B 3 KR 28/02 R.

47 Weiterführend zum Belegarztwesen vgl. § 18 KHEntgG sowie die Kommentierung hierzu bei BeckOK KHR/Böhneke, 9. Ed. (Stand: 15.9.2024); s.a. Stollmann/Wollschläger in Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. (2019), § 81 Rz. 148 ff.

tengründen eine sog. Fallzusammenführung<sup>48</sup> hätte vornehmen müssen<sup>49</sup>: „Die sich aus der auf Dauer angelegten intensiven Vertragsbeziehung zwischen einem Leistungserbringer und einer Krankenkasse ergebenden gegenseitigen Treue- und Rücksichtnahmepflichten (§ 69 Abs 1 S 3 SGB V iVm § 241 Abs 2 BGB und § 242 BGB) gehen nicht so weit, dass vertraglich eingeräumte Vergütungsansprüche nicht voll ausgeschöpft werden dürfen. Treue- und Rücksichtnahmepflichten aus Vertragsverhältnissen wirken sich regelmäßig lediglich auf vertragliche Nebenpflichten aus, die nicht ausdrücklich geregelt sind. Eindeutig vereinbarte Vergütungsansprüche können dadurch nicht eingeschränkt werden.“

Mit dem hier zu besprechenden Urteil befindet sich der 3. Senat des BSG nun in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des 1. und 6. Senats des BSG, wonach Normverträge zwischen KK und Leistungserbringer(verbände)n gerichtlicher Überprüfung auf Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht (konkret: dem Wirtschaftlichkeitsgebot) unterliegen. So hat der 6. Senat<sup>50</sup> entschieden, eine zwischen KK und einer Kassenärztlichen Vereinigung vereinbarte Regelung, dass Anträge der KK auf Durchführung einer Wirtschaftlichkeitsprüfung innerhalb eines Jahres nach dem Ende des betroffenen Quartals zu stellen sind, dürfe nicht als Ausschlussfrist verstanden werden; dies verstieße gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot. Und für den Krankenhausbereich befand der 1. Senat des BSG<sup>51</sup>, dass Verträge nach § 112 SGB V zwar Modalitäten zur Abrechnung von Krankenhausleistungen – z.B. Abrechnungs- und Zahlungsfristen nebst der Folgen bei Nichteinhaltung (etwa Verzugszinsen), Verrechnungsmodalitäten oder Teilzahlungen – regeln dürfen. Sie können aber weder das Wirtschaftlichkeitsgebot noch das dieses konkretisierende Prüf- und Beanstandungsrecht der KK nach §§ 275, 276 SGB V einschränken. Verträge nach § 112 SGB V dürfen daher keine materiell-rechtliche Ausschlussfristen für die Beanstandung von Krankenhaus-Abrechnungen, verkürzte Verjährungsfristen oder sonstige Einschränkungen der den KK zustehenden Überprüfungsmöglichkeiten vorsehen.

Für die beiden unteren Instanzen wäre es wünschenswert gewesen, dass sich der 3. Senat des BSG in seiner neuesten Entscheidung eindeutig von seiner früheren, anderslautenden Rechtsauffassung distanziert, indem er sie explizit aufgibt. Ohne eine solche ausdrückliche Erklärung – das lehrt die Praxis in vergleichbaren Situationen – steht zu befürchten, dass sich die unteren Instanzen noch lange mit dem Einwand der Leistungserbringerseite auseinandersetzen müssen, so streng dürfe man das mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot nicht sehen, immerhin existiere doch auch gegenläufige Judikatur des BSG.

## 5. Die Berechnung des Schadens

Der Schaden umfasst die gesamte von der KK an die beklagte Apothekerin gezahlte Vergütung für die Zytostatikazubereitungen. Das überrascht zunächst nicht, entspricht es doch der ständigen Rechtsprechung des BSG in vergleichbaren Fällen. Leichte Irritation ruft eher hervor, dass der 3. Senat dieses Ergebnis – eigentlich ohne Not – aus zwei Argumentationssträngen herleitet, von denen der erste nur bedingt überzeugt.

## a) Ein Widerspruch?

Der 3. Senat beruft sich zunächst darauf, dass die KK bei Kenntnis vom Beschaffungsweg und den Einkaufspreisen der Apothekerin deren Zytostatikazubereitungen nicht hätte abnehmen und vergüten dürfen. Spätestens hier geraten Leserinnen und Leser ins Stocken. Hatte das BSG doch zu Beginn der Entscheidungsgründe festgehalten, dass die KK dem Vergütungsanspruch der Apothekerin nichts habe entgegenzusetzen können (und ihr daher kein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch zustehe), da sie alle Abrechnungsvorschriften eingehalten habe. Dass die KK zugleich aber die Zytostatika-Zubereitungen nicht habe (abnehmen und insbesondere) vergüten dürfen, erscheint als kaum zu übersehender Widerspruch hierzu. Man könnte die Formulierungen des BSG an dieser Stelle allerdings auch für etwas unglücklich halten. Denn im Hinblick auf die betroffene Rechtsmaterie – das Schadenersatzrecht – wollte es wohl lediglich zum Ausdruck bringen, dass die KK an Zytostatikazubereitungen, die nicht den vertraglichen Voraussetzungen (Beschaffungsweg, Einkaufspreis) entsprechen, kein Interesse hatte und haben durfte, so dass der Ersatzanspruch auf das gesamte Interesse (i.e. die gesamte Vergütung) ging.

Jenseits dieses argumentativen Stolpersteins ist es im Übrigen nicht widersprüchlich, einen Vergütungsanspruch zu bejahen, aber auch einen gegenläufigen Schadenersatzanspruch, ggf. in identischer Höhe. Dies entspricht zum einen der Rechtsprechung des BGH<sup>52</sup> zur Abrechnung ärztlicher Leistungen nach der GOÄ ohne Hinweis an die gesetzlich versicherte Patientin, dass sie die erbrachte Leistung auch kostenfrei im Rahmen der GKV hätte erhalten können. Auch insoweit hat der Vergütungsanspruch Bestand unabhängig davon, dass ihm ggf. ein Gegenanspruch auf Schadenersatz wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht (hier aus § 630c Abs. 3 BGB) entgegensteht. Auch der 1. Senat des BSG<sup>53</sup> hat jüngst einen Schadenersatzanspruch einer KK gegen ein Krankenhaus trotz dessen Vergütungsanspruchs bejaht.

## b) Die streng formale Betrachtungsweise

Zum anderen – dieser Argumentationsstrang des BSG hätte m.E. vollkommen ausgereicht – griffe es zu kurz, würde man in Fällen des Leistungsmissbrauchs nur den Gewinn abschöpfen, indem der Schadenersatzanspruch auf die Differenz zwischen Vertrags- und tatsächlichem Einkaufspreis begrenzt wäre.

Auch wenn der 3. Senat des BSG auf sie nicht Bezug nimmt, steht an dieser Stelle unwillkürlich die sog. „streng-formale Be-

48 Instruktiv hierzu *Lungstras/Bockholdt*, NZS 2021, 1, 11 ff. sowie zuletzt BSG, Urt. v. 11.5.2023 – B 1 KR 10/22 R, Rz. 12 ff., 31 ff., zit. nach juris, (auch zur geänderten Rechtslage ab 1.1.2019 durch § 8 Abs. 5 Satz 3 KHEntgG).

49 BSG, Urt. v. 28.11.2013 – B 3 KR 33/12 R, Rz. 21, zit. nach juris; eine vertragliche Nebenpflicht zur Fallzusammenführung wurde im konkreten Fall verneint.

50 BSG, Urt. v. 3.2.2010 – B 6 KA 37/08 R, Rz. 19, zit. nach juris.

51 BSG, Urt. v. 13.11.2012 – B 1 KR 27/11 R, Rz. 35 ff.; Urt. v. 21.4.2015 – B 1 KR 11/15 R, Rz. 21; Urt. v. 19.11.2019 – B 1 KR 10/19 R, Rz. 9, jeweils zit. nach juris.

52 BGH, Urt. v. 9.5.2000 – VI ZR 173/99, Rz. 32 ff.; Urt. v. 28.1.2020 – VI ZR 92/19, Rz. 14; jeweils zit. nach juris und m.w.N.

53 BSG, Urt. v. 7.3.2023 – B 1 KR 4/22 R, Rz. 20, 24 ff., zit. nach juris.

trachtungsweise<sup>54</sup> des BSG bei Leistungsstörungen im Leistungserbringungsrecht der GKV im Raum. Nach ihr ist jenseits untergeordneter, formaler Verstöße („reine Ordnungsvorschriften“) grundsätzlich die gesamte erlangte Vergütung zu erstatten bzw. zu verwehren, auch wenn die Leistungen den Versicherten im Einzelfall nützlich sind<sup>55</sup>. Denn alle „mit dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung befassten Senate des BSG sehen ein allgemeines Prinzip darin, dass Leistungserbringer auch bereicherungsrechtlich die Abgeltung von Leistungen, die unter Verstoß gegen Vorschriften erbracht worden sind, die bestimmte formale oder inhaltliche Voraussetzungen aufstellen, selbst dann nicht beanspruchen können, wenn die Leistungen im Übrigen ordnungsgemäß erbracht worden sind“<sup>56</sup>. Der Hintergrund dieses Standpunkts liegt auf der Hand<sup>57</sup>: Es bestünde wenig Anreiz zu regelkonformem Verhalten, wenn Leistungserbringer selbst bei schweren Pflichtverletzungen nur befürchten müssten, finanziell nicht schlechter dazu stehen, als sie bei pflichtgemäßem Verhalten stünden. Oder mit anderen Worten: Ihre Steuerungsaufgabe könnten die Regelungen zur Leistungserbringung nicht erfüllen, wenn Leistungserbringer die gesetz- oder vertragswidrig bewirkten Leistungen anderweitig, etwa über einen Wertersatzanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, im Ergebnis dennoch vergütet bekämen<sup>58</sup>.

Der 3. Senat des BSG betont vielmehr, dass die Pflichtverletzung der beklagten Apothekerin die Vertrauensgrundlage im Verhältnis zur klagenden KK betrifft. Er nimmt hier ausdrücklich Bezug auf dieselbe Dimension erreichende Pflichtverletzungen, etwa die Rechtsprechung des 6. Senats des BSG<sup>59</sup> zur vertragsärztlichen Pflicht zur peinlich genauen Leistungsabrechnung oder die des 1. Senats des BSG<sup>60</sup>, der bei der Konkretisierung der Verwirkung in Krankenhausvergütungsstreitigkeiten maßgeblich auf die Vertrauensgrundlage zwischen den Akteuren abstellt.

## 6. Noch einmal: Verfassungsrecht

Abschließend noch ein Blick auf die verfassungsrechtliche Absicherung der Entscheidung. Der 3. Senat des BSG konnte sich recht kurz fassen: „Zwar schützt die grundrechtliche Berufsfreiheit auch für Apotheken die Erzielung von Gewinnen, dies jedoch nicht um jeden Preis.“<sup>61</sup> Längerer Ausführungen bedurfte es nicht, denn auch das insoweit vom 3. Senat des BSG zitierte BVerfG hatte bereits „festgestellt, dass eine geordnete Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln die vorrangige Aufgabe des Apothekers ist, hinter der das Streben nach Gewinn zurückzutreten hat“<sup>62</sup>. Letzteres hatte das BVerfG in seiner Entscheidung zum Apotheken-Mehrbetrieb<sup>63</sup> auch damit begründet, dass Apothekerinnen und Apothekern – im Gegensatz zur gewerblichen Wirtschaft – „Dienste höherer Art aufgetragen“ seien.

## VI. Resümee

Das Urteil des 3. Senats vom 22.2.2024 – B 3 KR 14/22 R – ist ein Meilenstein für die Bekämpfung von Leistungsmissbrauch in der GKV. Es enthält zwar wenig wirklich Neues, greift aber viele schon bekannte Aspekte aus früherer Rechtsprechung des BSG auf, die es z.T. in einen neuen Zusammenhang stellt und in einigen entscheidenden Punkten weiterentwickelt

Und noch ein Appell zum Schluss: Es ist unbefriedigend, wenn Grundsatzfragen eines Rechtsgebietes nicht zuerst von der jeweiligen Fachgerichtsbarkeit entschieden werden. Vollständig verhindern lässt sich dies kaum. Zu beobachten ist leider – von dieser Kritik nehme ich die Gerichtsbarkeit, der ich angehöre, nicht aus –, dass nach dem Prinzip des „Hannemann, geh Du voran“<sup>64</sup> die zu Entscheidungen berufenen Institutionen der Justiz wechselseitig gerne die fachfremde zuerst entscheiden lassen anstatt beherzt die „eigenen“ Fachfragen zu klären, damit die fachfremden Institutionen ihre Entscheidungen darauf aufbauen können. Wünschenswert wären insoweit Kontaktaufnahmen zwischen den betroffenen Gerichtsbarkeiten (einschließlich der Staatsanwaltschaft), besser noch ein regelmäßiger, auch von den jeweiligen Leitungen der Gerichte und Staatsanwaltschaften geförderter Austausch. Im konkreten Fall hätte wohl schon ein Anruf des 5. Senats des BGH bei einem der mit dem Leistungsrecht des SGB V befassten Senate des BSG genügt, um sein Missverständnis, Einkaufsvorteile von Leistungserbringern müssten in einem auf einer Zwangsversicherung beruhenden, solidarisch finanzierten System wie der GKV nicht weitergegeben, sondern dürften (ggf. unbegrenzt) einbehalten werden, ausräumen zu können.

54 Der Begriff selbst dürfte allerdings in der Strafjustiz geprägt worden sein.

55 Zur Thematik zuletzt BSG, Urt. v. 12.8.2021 – B 3 KR 8/20 R, Rz. 20 ff., zit. nach juris (zum Vergütungsanspruch eines Hörgeräteakustikers, der die Vorlage einer Versorgungsanzeige versäumt).

56 Statt vieler: BSG, Urt. v. 12.8.2021 – B 3 KR 8/20 R, Rz. 20 ff.; Urt. v. 28.9.2010 – B 1 KR 3/10 R, Rz. 32; Urt. v. 4.5.1994 – 6 RKa 40/93, Rz. 18, zit. nach juris.

57 Und hat auch das BVerfG überzeugt: BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 7.5.2014 – 1 BvR 3571/13, Rz. 38, zit. nach juris.

58 BSG, Urt. v. 4.5.1994 – 6 RKa 40/93, Rz. 18, zit. nach juris; im Übrigen st. Rspr. seit BSG, Urt. v. 28.5.1965 – 6 RKa 1/65.

59 BSG, Urt. v. 21.3.2012 – B 6 KA 22/11 R, Rz. 34 ff., 42 ff., zit. nach juris m.w.N.

60 BSG, Urt. v. 19.11.2019 – B 1 KR 10/19 R, Rz. 14, zit. nach juris.

61 BSG, Urt. v. 22.2.2024 – B 3 KR 14/22 R, Rz. 41, zit. nach juris.

62 BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 4.11.2015 – 2 BvR 282/13, 2 BvQ 56/12, Rz. 24, zit. nach juris.

63 BVerfG, Urt. v. 13.2.1964 – 1 BvL 17/61, Rz. 34, zit. nach juris.

64 Vgl. zu dieser auf ein Märchen der Gebrüder Grimm zurückgehenden Redensart nur den Eintrag in der „Liste geflügelter Worte/H“ unter de.wikipedia.org.



*OSTa'in Bianca Dittmer / OSTa'in Grit Stottok, ZKG Nürnberg\**

# Die Pflicht zur Unterrichtung der Staatsanwaltschaft gem. § 197a Abs. 4 SGB V und ihr Spannungsverhältnis zu sozialrechtlichen Verfahren

*Der Beitrag beleuchtet die Unterrichtungspflicht der Staatsanwaltschaft gemäß § 197a Abs. 4 SGB V und gibt einen Einblick in die bisher von Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen gelebte Praxis. Die Unverzüglichkeit der Unterrichtung wird anhand konkreter Einzelfälle bewertet und die vielfältigen Wechselwirkungen zwischen der Unterrichtung, dem nachfolgenden Ermittlungsverfahren und den sozialrechtlichen Verfahren dargestellt.*

Die ZKG ist bayernweit zuständig für die Ermittlung von Korruptions- und Vermögensstraftaten, die von Angehörigen der Heilberufe im Zusammenhang mit der Berufsausübung begangen wurden und unabhängig von der Zugehörigkeit zu Heilberufen für Betrugstaten im Zusammenhang mit Abrechnungen gem. §§ 7, 9 bis 12 Corona-Testverordnung – TestV. Vorgänge, bei denen sich ein Anfangsverdacht ausschließlich gegen Privatpersonen richtet, fallen hingegen in die Zuständigkeit der örtlichen Staatsanwaltschaften. In diesem Zusammenhang sind beispielsweise Fälle der nicht von einem Pflegedienst abgerechneten Verhinderungspflege zu nennen, in denen die Verhinderung der Pflegeperson vorgetäuscht wird und eine Privatperson sich wahrheitswidrig als die die Verhinderungspflege übernehmende Person anzeigt, um hierdurch das zur Verfügung stehende Extrabudget abzuschöpfen, ohne dass ein Fall der Verhinderungspflege tatsächlich vorliegt.

Der Einblick der Autorinnen bzgl. der Unterrichtungspraxis beschränkt sich auf Ermittlungsverfahren aus dem sachlichen und örtlichen Zuständigkeitsbereich der ZKG.

Der Aufsatz setzt sich zunächst mit den Voraussetzungen der Unterrichtungspflicht im Allgemeinen auseinander. Im zweiten Teil werden Fallbeispiele aus der Praxis dargestellt, mit besonderem Augenmerk auf der bisherigen Handhabung des Tatbestandsmerkmals der Unverzüglichkeit der Unterrichtung. Der dritte Teil beschäftigt sich mit den Wechselwirkungen zwischen der Unterrichtung der Staatsanwaltschaft und dem sozialrechtlichen Verfahren.

## I. Die Voraussetzungen der Unterrichtungspflicht im Allgemeinen

Die Unterrichtungspflicht der Krankenkassen und weiterer Organisationen ist in § 197a Abs. 4 SGB V gesetzlich normiert. Bezüglich der Kassenärztlichen Vereinigungen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung ergibt sich die Unterrichtungspflicht aus § 81a Abs. 4 SGB V, der inhaltsgleich gestaltet ist. Der Beitrag bezieht sich im ersten Teil auf § 197a Abs. 4 SGB V.

Nach § 197a Abs. 4 SGB V **sollen** die Krankenkassen und die weiteren in Abs. 1 genannten Organisationen (Landesverbände und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen) die Staatsanwaltschaft **unverzüglich** unterrichten, wenn die Prüfung ergibt, dass ein **Anfangsverdacht** auf strafbare Handlungen mit **nicht nur geringfügiger Bedeutung** für die gesetzliche Krankenversicherung **bestehen könnte**.

### 1. Anfangsverdacht

Ausgangspunkt muss demnach die Prüfung sein, ob ein Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen gegeben ist. Dies ist nach der strafrechtlichen Definition immer dann der Fall, wenn es nach kriminalistischer Erfahrung möglich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat begangen worden ist, mithin die Möglichkeit einer späteren Verurteilung besteht<sup>1</sup>. Erforderlich ist das Vorliegen konkreter Tatsachen, die dafür sprechen, dass der zu untersuchende Lebenssachverhalt eine Straftat enthält. Bloße, nicht durch konkrete Umstände bedingte Vermutungen oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen nicht aus<sup>2</sup>. Ob ein Anfangsverdacht gegeben ist, bestimmt sich stets nach den Umständen des Einzelfalls. Nicht erforderlich für die Bejahung des Anfangsverdachts ist das Vorliegen eines hinreichenden oder dringenden Tatverdachts<sup>3</sup>. Beide Verdachtsgrade setzen eine höhere Verurteilungswahrscheinlichkeit voraus als der bloße Anfangsverdacht. Eine hohe Verurteilungswahrscheinlichkeit ist in diesem Verfahrensstadium jedoch nicht erforderlich. Auch der tatsächliche Nachweis eines strafbaren Verhaltens ist nicht Aufgabe der Krankenkassen, sondern Hoheitsgebiet der Staatsanwaltschaft und muss deshalb zur Bejahung des Anfangsverdachts seitens der Mitteiler nicht erbracht werden.

\* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag der Autorinnen bei der 10. Fachtagung „Betrug im Gesundheitswesen“ der Kaufmännischen Krankenkasse (KKH) am 15.5.2024 in Hannover und versteht sich im Wesentlichen als Erfahrungsbericht aus der Praxis. Die Autorinnen sind Oberstaatsanwältinnen bei der Bayerischen Zentralstelle zur Bekämpfung von Betrug und Korruption im Gesundheitswesen (ZKG) bei der Generalstaatsanwaltschaft Nürnberg.

1 Peters in MünchKomm/StPO, 2. Aufl. (2024), § 152 Rz. 35.

2 Beukelmann in BeckOK/StPO, 52. Ed. (Stand 1.7.2024), § 152 Rz. 4.

3 **Hinreichender Tatverdacht** ist gegeben, wenn die Staatsanwaltschaft den Fall nach Beurteilung der Sach- und Rechtslage mit überwiegender Sicherheit für verurteilungsfähig hält (Kölbel/Neßeler in BeckOK/StPO, 52. Ed. [Stand 1.7.2024], § 112 Rz. 9). **Dringender Tatverdacht** ist anzunehmen bei großer Wahrscheinlichkeit, dass der Beschuldigte als Täter oder Teilnehmer eine Straftat begangen hat (Krauß in BeckOK/StPO, 52. Ed. [Stand 1.7.2024], § 112 Rz. 9).

Grundsätzlich führt auch nicht jeder objektive Abrechnungsverstoß dazu, dass von einem Anfangsverdacht ausgegangen werden kann. Gleichwohl sollte ein objektiver Verstoß gegen die sozialrechtlichen Abrechnungsbestimmungen in der Regel als Anknüpfungspunkt für eine weitergehende Prüfung dienen. Da die Strafbarkeit wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB vorsätzliches Handeln voraussetzt, sind diejenigen Fälle herauszufiltern, in denen Leistungen ersichtlich versehentlich falsch abgerechnet wurden. Des Weiteren ist der Anfangsverdacht des Betruges regelmäßig ausgeschlossen, soweit auf Seiten der Krankenkassen umfassende Kenntnis über den zur Abrechnung gebrachten Sachverhalt besteht, also im Ergebnis kein Irrtum des Verfügenden gegeben ist.<sup>4</sup> Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn bereits im Vorfeld der Abrechnung ein offener Streit über die Abrechnungsfähigkeit einer GOP besteht. Dies ist jedoch von der konkreten Wissenszurechnung im Einzelfall abhängig. Dieser komplexe Themenbereich ist nicht Gegenstand dieser Erörterung.

Fachgebietsübergreifend wird stets der Anfangsverdacht zu bejahen sein, wenn Anhaltspunkte für den Verdacht der Abrechnung nicht erbrachter Leistungen bestehen, denn ein sachlicher – rechtskonformer – Grund für die bewusste Abrechnung sog. Luftleistungen ist nicht ersichtlich.

Indizien<sup>5</sup> für vorsätzliche Falschabrechnung sind gegeben, soweit Anhaltspunkte für ein systematisches Vorgehen erkennbar sind, die Falschabrechnung einen größeren Umfang hat, Manipulation von Dokumentationen in Form von Urkundenfälschung oder falscher Dokumentationen oder ein Zusammenwirken mit weiteren Personen, wie Patienten und deren Angehörigen, offenbar wird.

In den verschiedenen Fachgebieten traten in der Vergangenheit neben der Abrechnung von Nichtleistungen typische Fallkonstellationen auf, in denen ein Anfangsverdacht naheliegend ist. Im Bereich der Physiotherapie ist von einem Anfangsverdacht auszugehen, soweit Anhaltspunkte für die Abrechnung von Leistungen erkennbar sind, die von nicht ausreichend qualifiziertem Personal erbracht wurden. Diese Fallkonstellation ist häufig zu finden bei der Abrechnung besonderer Zertifikatsleistungen, wie z. B. manuelle Therapie, Bobath und krankengymnastische Behandlungsverfahren unter Ausnutzung der natürlich vorhandenen Anregungs- und Hemmungsmechanismen des Nervensystems zur Verbesserung der funktionellen Alltagsbewegungen bei neurologischen Krankheitsbildern (KG-ZNS) oder soweit Mitarbeiter mit der Qualifikation Masseur und medizinischer Bademeister physiotherapeutische Leistungen erbringen. Im Bereich der Pflegedienste sind typische Fallkonstellationen, dass nicht ausreichend qualifiziertes Personal trotz entsprechender vertraglicher Vorgabe oder zu wenig Personal trotz vereinbarter Personalquoten eingesetzt wird. Darüber hinaus kann sich ein Anfangsverdacht daraus ergeben, dass Leistungen für Zeiträume abgerechnet werden, in denen die Stelle der verantwortlichen Pflegefachkraft (Pflegedienstleitung) und deren Stellvertretung nicht besetzt war.

## 2. Keine geringfügige Bedeutung (Bagatellgrenze)

Die Unterrichtung der Staatsanwaltschaft ist nicht vorgeschrieben, wenn die strafbaren Handlungen nur geringfügige Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung haben. Nach der Gesetzesbegründung sind derartige Bagatellfälle nicht mittei-

lungspflichtig, damit nicht ein allgemeines Klima des Misstrauens im komplexen Verhandlungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung erzeugt wird<sup>6</sup>. Weitere konkretisierende Merkmale lassen sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Das SGB V gibt keine monetäre Bagatellgrenze vor. Die hierzu vertretenen Auffassungen haben eine Bandbreite von 25 bis 1.000 €. Teilweise wird vertreten, sich am Begriff des geringen Schadens nach § 248a StPO (Diebstahl geringwertiger Sachen) zu orientieren, da dies exakter und einfacher sei<sup>7</sup>. Der BGH zieht die Geringwertigkeitsgrenze derzeit bei einem Verkehrswert einer Sache von 25 €<sup>8</sup>. Ausgehend vom Wortlaut der Vorschrift muss berücksichtigt werden, dass maßgeblicher Bezugspunkt für die Bemessung der Bagatellgrenze „die Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung“ ist. Dies hat einerseits zur Folge, dass nicht auf die Schadenshöhe der einzelnen Krankenkasse abzustellen ist, sondern die unterrichtende Krankenkasse im Rahmen ihrer Überlegungen zur Geringfügigkeit der strafbaren Handlungen sämtliche auf die verschiedenen Kassen entfallenden Schäden im Blick behalten sollte<sup>9</sup>. Andererseits bedeutet dies aber nicht, dass die Schadenssumme besonders hoch sein muss, um die Geringfügigkeitsgrenze zu überschreiten, da dies zu einer nicht zu rechtfertigenden Privilegierung straffällig gewordener Heilberufangehöriger gegenüber anderen Betrügnern führen würde<sup>10</sup>. Vorzugsweise sollte auch bei der Prüfung der Bagatellgrenze auf den konkreten Einzelfall abgestellt werden und in die Prognoseentscheidung einbezogen werden, dass auch Einzelfälle mit zunächst nur kleinen Schadenssummen sich im Laufe der Ermittlungen zu großen Schadenssummen weit jenseits des Bagatellbereiches ausweiten können. Dies kommt z. B. dann in Betracht, wenn einzelne GOPs über einen längeren Zeitraum und in Bezug auf mehrere Patienten falsch abgerechnet werden.

## 3. Prognoseentscheidung der Krankenkasse

Nach dem Wortlaut der Norm besteht die Unterrichtungspflicht bereits, soweit ein Anfangsverdacht „bestehen könnte“. Die Verwendung des Konjunktivs „bestehen könnte“ bei Beurteilung des Sachverhalts hinsichtlich eines etwaigen Anfangsverdachts bedeutet, dass durch die Krankenkasse zu prognostizieren ist, wie die Staatsanwaltschaft bei verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage die vorliegenden Anhaltspunkte bewerten würde. Die Feststellung, ob ein Anfangsverdacht tatsächlich vorliegt, ist Aufgabe der Staatsanwaltschaft<sup>11</sup>. Sollte die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen anders beurteilen und den Anfangsverdacht verneinen, so wird die Einstellung des Verfahrens nach

4 Findl/Haase/Nunner, in Hdb. StA, 7. Aufl. (2023), Teil 2, Kap. 19 Rz. 102.

5 Näher dazu Findl/Haase/Nunner, in Hdb. StA, 7. Aufl. (2023), Teil 2, Kap. 19 Rz. 139 ff.

6 Baier, in Krauskopf Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Stand: Februar 2024, § 197a SGB V, Rz. 12.

7 Hilgendorf, in Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), Kap. 14 Rz. 50.

8 Fischer, StGB, 71. Aufl. (2024), § 248a StGB Rz. 3a.

9 Steinhilper, in Handbuch des Arztrechts, 19. Aufl. (2019), Kap. 6, § 41 IV, Rz. 25.

10 Hilgendorf, in Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), Kap. 14 Rz. 500.

11 Richter, in BeckOK/Sozialrecht, Stand 1.6.2024, § 81a SGB V Rz. 7.

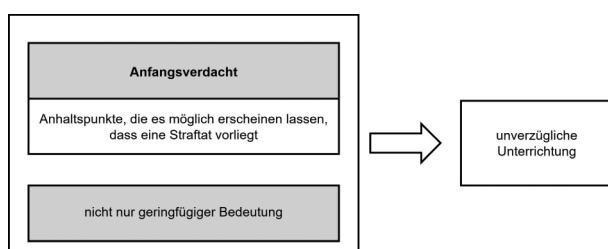
§ 152 Abs. 2 StPO erfolgen, ohne dass Ermittlungen aufgenommen werden. Negative Konsequenzen für die unterrichtende Krankenkasse oder den Betroffenen sind nicht zu erwarten.

#### 4. Unverzüglichkeit

Gemäß dem Wortlaut des Tatbestandes ist bei Vorliegen eines Anfangsverdachts „unverzüglich“ zu unterrichten. Nach der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB bedeutet dies, dass die Vorlage „ohne schuldhaftes Zögern“ erfolgen muss, nicht jedoch, dass „sofort“ zu unterrichten ist, sobald sich die Indizien zu einem Anfangsverdacht verdichtet haben. Vielmehr sind Sinn und Zweck sowie systematische Stellung des § 197a Abs. 4 SGB V bei der Bemessung der Frist zu berücksichtigen. Die Prüfungs- und Überlegungsfrist bemisst sich auch an dieser Stelle nach den Umständen des Einzelfalles<sup>12</sup>. Beim Verdacht des Abrechnungsbetrugs sind in der Praxis häufig komplexe Fragestellungen zu beantworten, wie beispielsweise Verträge bezüglich einzelner Zeiträume hinsichtlich konkreter Vorgaben zu Personalquoten und Qualifikationsanforderungen zu prüfen. Zahlreiche Dokumente, etwa Abrechnungsunterlagen und Leistungsnachweise, müssen zusammengestellt werden. Dementsprechend kann, je nach den Umständen des Einzelfalles, selbst ein halbes Jahr noch „unverzüglich“ sein<sup>13</sup>. Von Unverzüglichkeit kann jedoch im Regelfall keine Rede mehr sein, wenn die Krankenkasse mit dem Leistungserbringer bereits eine Rückzahlungsvereinbarung getroffen hat oder ein Klageverfahren vor dem Sozialgericht anhängig ist. Für die Beurteilung der Frage, ob die unverzügliche Unterrichtung erfolgt ist, muss auch die Frage aufgeworfen werden, wessen Kenntnis vom Anfangsverdacht fristauslösender Umstand ist. Unseres Erachtens ist dabei auf die Prüfung des Falles auf Sachbearbeiterebene abzustellen und nicht maßgeblich, wann der Vorstand der Krankenkasse oder die Fehlverhaltensstelle, die in der Regel die Formulierung und Übermittlung der Unterrichtungsanzeige vornimmt, von dem Anfangsverdacht erfährt. Maßgeblich ist bereits die Kenntnis des Mitarbeiters, der den Abrechnungsfehler erkennt oder bei dem ein anderweitiger Hinweis offenbar wird. Folglich sollte innerhalb der Krankenkasse ein schneller Informationsfluss sichergestellt sein, insbesondere wenn Abrechnungsprüfung und Fehlverhaltensstelle organisatorisch getrennt sind.

#### 5. Vorlagepflicht an die Staatsanwaltschaft

Aus der Formulierung „sollen“ lässt sich weiterhin entnehmen, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen, also dem Bestehen eines Anfangsverdachts und fehlender Geringfügigkeit, eine Ermessensreduzierung erfolgt und eine Vorlagepflicht besteht. Grafisch aufgearbeitet stellt sich dies wie folgt dar:



## II. Die Unterrichtung der Staatsanwaltschaft in der Praxis - Fallbeispiele

Wann und in welcher Form die Staatsanwaltschaft durch die einzelnen Krankenkassen und Kassenärztlichen sowie Kassen-zahnärztlichen Vereinigungen in der Praxis unterrichtet wird, wird – von den oben dargestellten Besonderheiten des Einzelfalles abgesehen – von Krankenkassen und Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen unterschiedlich gehandhabt. Zum Teil differiert der Zeitpunkt der Unterrichtung sogar nach den betroffenen Bereichen (z. B. Pflege, Physiotherapie, Arzneimittel etc.).

Anhand der folgenden Fälle aus der Praxis möchten wir aufzeigen, wie die Unterrichtung der Staatsanwaltschaft in der Vergangenheit gehandhabt wurde und ob aus unserer Sicht die Übermittlung eines Sachverhalts an die ZKG im Einzelfall rechtzeitig, noch vertretbar oder verspätet erfolgt ist.

##### Praxisbeispiel 1:

##### Aus dem Bereich Pflegedienst:

Juli 2017	Mitteilung einer Angehörigen ggü. KK, dass Pflegepersonal in Intensivpflege nicht über die vereinbarten Qualifikationsanforderungen verfüge
Nov. 2017	Anonymer Hinweis ggü. KK, dass Einsatz nicht ausgebildeter Mitarbeiter in Intensivpflege
	Zusammenstellung der Verträge, Abrechnungsunterlagen und Leistungsnachweise bzgl. des Intensivpflegepatienten sowie sämtlicher Intensivpflegepatienten des Pflegedienstes
April 2018	Unterrichtung der Staatsanwaltschaft

Das Verfahren nahm seinen Anfang im Juli 2017 durch die Mitteilung einer Angehörigen eines Intensivpflegepatienten gegenüber der Krankenkasse, dass das eingesetzte Personal nicht über die erforderlichen Qualifikationsanforderungen verfüge. Nach dem zwischen der Krankenkasse und dem beauftragten Pflegedienst geschlossenen Vertrag war vorgesehen, dass das eingesetzte Personal in der 1:1-Versorgung über besondere Qualifikationen im Bereich der Intensivpflege und Beatmungskurse verfügen muss. In den nächsten Wochen wurde die Mitarbeiterin dann durch Mitarbeiter der Krankenkasse angehört und Unterlagen (z. B. Leistungsnachweise) bezüglich des konkreten Versicherten überprüft. Unabhängig von dieser Beschwerde ging im November 2017 ein anonymer Hinweis bzgl. desselben Pflegedienstes bei der Krankenkasse ein, in dem moniert wurde, dass nicht ausgebildete Mitarbeiter in der Intensivpflege eingesetzt würden. Daraufhin prüften Mitarbeiter der Krankenkasse die Verträge, Abrechnungsunterlagen und Leistungsnachweise nicht nur bezüglich des im Juli 2017 konkret benannten Intensivpflegepatienten, sondern bezüglich sämtlicher Intensivpflegepatienten, die von dem Pflegedienst betreut wurden und stellten die entsprechenden Dokumente zusammen.

Die Unterrichtung der Staatsanwaltschaft erfolgte dann im April 2018. Obgleich im April 2018 bereits 9 Monate vergangen waren ab dem Zeitpunkt, in dem sich die Indizien sukzessive zu einem konkreten Anfangsverdacht verdichtet hatten, erfolgte die Unterrichtung nach unserer Auffassung angesichts der

<sup>12</sup> Rehberg in BeckOGK/BGB (1.6.2024), § 121 Rz. 12.

<sup>13</sup> Rehberg in BeckOGK/BGB (1.6.2024), § 121 Rz. 12.



hohen Komplexität und größeren Dimension des Falles rechtzeitig.

#### Praxisbeispiel 2:

##### Aus dem Bereich Ergotherapie:

Jan. 2019	Hinweis einer ehemaligen Mitarbeiterin ggü. KK bzgl. fehlender Qualifikation
Juni 2020	telefonische Versichertenbefragung durch KK
Okt. 2020	Einleitung Anhörungsverfahren → Anfangsverdacht gegeben
Sept. 2021	letzte Anweisung durch KK (Praxisaufgabe)
Juni 2023	sozialrechtlich geltend gemachter Schaden (inklusive Vertragsstrafe) beglichen
<b>Februar 2024</b>	<b>Unterrichtung der Staatsanwaltschaft</b>

Das Verfahren nahm seinen Anfang im Januar 2019 durch Mitteilung einer ehemaligen Arbeitnehmerin der Ergotherapiepraxis, dass Mitarbeiter ohne die erforderliche Qualifikation Behandlungen durchführen würden. Mitarbeiter der Krankenkasse führten daraufhin ab Juni 2020 telefonische Versichertenbefragungen durch und leiteten im Oktober 2020 wegen der vorgenannten sowie weiterer Vorwürfe das Anhörungsverfahren ein. Spätestens nach Abschluss der Versichertenbefragungen und Verfassung des Anhörungsschreibens (Oktober 2020) konnte aufgrund der Gesamtumstände der Anfangsverdacht bejaht werden. Denn es lag ein konkreter Hinweis einer ehemaligen Mitarbeiterin vor, der durch das Ergebnis der Versichertenbefragung bestärkt wurde. Nichtsdestotrotz erfolgte die Unterrichtung der Staatsanwaltschaft erst im Februar 2024 zu einem Zeitpunkt, zu dem nicht nur die ergotherapeutische Praxis bereits seit fast zweieinhalb Jahren aufgegeben war, sondern auch acht Monate nach Schadenswiedergutmachung. Die Unterrichtung der Staatsanwaltschaft erfolgte in diesem Fall nicht unverzüglich.

Die späte Unterrichtung der Staatsanwaltschaft im Februar 2024 hatte zur Folge, dass konkrete Details teilweise wegen Verjährung nicht mehr ermittelt werden konnten, da die Aufnahme von Ermittlungen den Anfangsverdacht einer verfolgbaren Straftat voraussetzt. Von weiteren Ermittlungen hinsichtlich des nicht verjährten Teils wurde abgesehen und von der Möglichkeit einer Einstellung aus Opportunitätsgründen gem. § 153 Abs. 1 StPO Gebrauch gemacht, da ersichtlich war, dass im verbleibenden Teil von einer nur geringen Schadenssumme ausgegangen werden konnte, die Tatzeit bereits länger zurück lag und darüber hinaus bereits eine überobligatorische Schadenswiedergutmachung geleistet worden war.

#### Praxisbeispiel 3:

##### Aus dem Bereich der Physiotherapie:

Mitte Okt. 2023	Mitteilung einer Patientin an die KK, dass Physiotherapeutin ausweislich der Abrechnungen in der Patienten-App im August Leistungen abgerechnet hat, die nicht erbracht worden sind
1 Woche später	tel. Nachfrage bei Patientin durch KK bzgl. weiterer Umstände
Mitte Nov. 2023	Antwort der Patientin (Schilderung eines Therapieabbruchs nach 2 Terminen; abgerechnete Termine liegen zeitlich vor Therapieabbruch und sind nicht kompatibel mit den ehemals vereinbarten Terminen; Patientin legt Belege vor, nach denen sie zu dieser Zeit im Urlaub war)
<b>Ende Dez. 2023</b>	<b>Unterrichtung der Staatsanwaltschaft</b>

In dem oben dargestellten Fall erfolgte die Unterrichtung der Staatsanwaltschaft unmittelbar nachdem die Krankenkasse von dem Verhalten der Physiotherapeutin Kenntnis erhalten hatte. Aus Sicht der Staatsanwaltschaft war auf Grund der Schilderungen der Patientin ein Anfangsverdacht i. S. v. § 152 StPO klar ersichtlich. Ein versehentliches Abrechnen der ursprünglich vereinbarten Termine erscheint bei dieser Konstellation im Einzelfall nahezu ausgeschlossen. Zu Recht hat die Kranken-

kasse von der Unterrichtung auch nicht unter dem Aspekt einer geringfügigen Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung abgesehen. Zwar liegt der Verordnungswert nur bei im Vergleich zu anderen Fällen in diesem Bereich eher als niedrig zu bezeichnenden 500 €. Andererseits kann ein solcher Vermögensschaden keineswegs als Bagatellschaden bezeichnet werden.

#### Praxisbeispiel 4:

##### Aus dem Bereich der kassenärztlichen Versorgung:

Januar 2022	Patientin teilte KV mit, dass in ihrer KK-App Abrechnungen von ihrem Hausarzt auftauchen, die nicht stattgefunden haben (z. B. Vorsorgeuntersuchungen und Blutuntersuchungen); auch Familienmitglieder seien betroffen
	Überprüfung durch KV ergibt statistisch massiv auffällige Werte für verschiedene GOP sowie auffällige Abrechnungsketten
<b>Mitte April 2022</b>	<b>Unterrichtung der Staatsanwaltschaft vor Bekanntgabe der Plausibilitätsprüfung mit entsprechender Anforderung von Patientenunterlagen</b>

Auffällig ist zunächst, dass auch dieser Fall seinen Ausgang in der Nutzung einer Krankenkassen-App nahm. Die Patientin bemerkte sowohl bei sich als auch bei ihren Kindern Unregelmäßigkeiten bei den abrufbaren Abrechnungen des Arztes. So habe der Arzt an Tagen, an denen sie ausschließlich zum Impfen die Praxis aufgesucht hätten, verschiedene Vorsorgeuntersuchungen und Beratungsgespräche mit sog. F-Diagnosen abgerechnet, während die Impfleistungen an vorhergehenden Tagen abgerechnet wurden. Zum Teil wurden auch die Impfleistungen an den korrekten Tagen abgerechnet. In diesen Fällen wurden die zusätzlichen, jedoch nicht stattgefundenen Leistungen an Tagen unmittelbar vor oder nach den Impfleistungen abgerechnet. Die Patientin konnte dabei die Daten der Impfungen durch Eintragungen in den jeweiligen Impfpässen belegen.

Eine in der Folge durchgeführte Überprüfung durch die Kassenärztliche Vereinigung ergab massive statistische Auffälligkeiten für verschiedene GOPen (z. B. 35100, 35110, 30200) sowie die Verwendung von Abrechnungsketten.

Auch in diesem Fall ist nach unserer Auffassung ein Anfangsverdacht i. S. v. § 152 StPO gegeben. Bereits die Angaben der Patientin, unterlegt durch die Einträge in den Impfpässen, sprechen angesichts der mehrfach festgestellten Unregelmäßigkeiten gegen eine versehentliche Falschabrechnung. Nachdem die Schilderungen der Patientin mit den statistischen Auswertungen nicht nur in Einklang stehen, sondern darüber hinaus objektive Anhaltspunkte bieten, dass es sich nicht nur um eine Falschabrechnung bzgl. dieser Familie handelt, bestand unseres Erachtens eine klare Unterrichtungspflicht gem. § 81a Abs. 4 SGB V, der auch zeitnah nachgekommen wurde.

Praxisbeispiel 5:Aus dem Bereich der kassenärztlichen Versorgung:BES ist Facharzt für Anästhesiologie und im Krankenhaus K als ermächtigter Arzt tätig.

Ende März 2017	KV erhält anonymen Hinweis, wonach BES gegen Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung verstößt: - Narkosegespräche würden regelmäßig nicht vom BES geführt - Kaum Arzt-Patienten-Kontakte durch BES
Anfang Mai 2017	Einleitung der Plausibilitätsprüfung für 3/2016 und 4/2016 und Anforderung von Dokumentationen für ausgewählte Patienten sowie Anforderung von Rezepten bei KK
Mitte Mai 2017	BES reicht Unterlagen ohne Stellungnahme ein → Auswertung der Patientendokumentationen ergibt, dass Leistungen durch andere Ärzte dokumentiert sind, aber vom BES abgerechnet wurden

Weiterer Ablauf:

Juni 2017	KV erweitert Abrechnungsprüfung auf 1/2014 bis 2/2016 und fordert weitere Dokumentationen an
Juli 2017	BES reicht weitere Unterlagen ein
Januar 2018	Ausweitung Plausibilitätsprüfung bis 3/2017 und Anforderung entsprechender Patientendokumentationen
Februar 2018	BES reicht weitere Unterlagen ein
Mitte Mai 2018	Honoraraufhebungsbescheid
Ende Mai 2018	Widerspruch d. BES gegen Honoraraufhebungsbescheid
Juli 2018	<b>Unterrichtung der Staatsanwaltschaft</b>

Im vorliegenden Fall bestand die Besonderheit darin, dass die Mitteilung von Auffälligkeiten bei dem betreffenden Arzt gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung anonym erfolgte. Auch anonyme Anzeigen können Grundlage eines Anfangsverdachts sein. Dies deshalb, weil ein pauschaler Ausschluss anonymen Anzeigen als Grundlage eines Anfangsverdachts dem zentralen Anliegen des Strafverfahrens, welches in der Ermittlung der materiellen Wahrheit in einem justizförmigen Verfahren als Voraussetzung für die Gewährleistung des Schuldprinzips liegt, widerspricht<sup>14</sup>. Auf der anderen Seite ist bei einer anonymen Anzeige wegen der erhöhten Gefahr und des nur schwer bewertbaren Risikos einer falschen Verdächtigung besonders sorgfältig zu prüfen, ob sie von beträchtlicher sachlicher Qualität ist oder mit ihr zusammen schlüssiges Tatsachenmaterial vorgelegt worden ist<sup>15</sup>. Insoweit hat die Kassenärztliche Vereinigung völlig zutreffend die anonyme Anzeige zunächst einer Bewertung unterzogen und für die weitere Beurteilung Patientenunterlagen bei dem Arzt und den Behandlungen zugehörige Rezepte bei den Krankenkassen angefordert. Als bei Auswertung der angeforderten Unterlagen allerdings zu Tage trat, dass Leistungen vielfach durch andere Ärzte dokumentiert und auch die zugehörigen Rezepte von diesen Ärzten unterzeichnet worden waren, ergab sich aus Sicht der Staatsanwaltschaft auf Grund des nunmehr vorliegenden schlüssigen Tatsachenmaterials bereits eindeutig ein Anfangsverdacht des Abrechnungsbetruges. Zu diesem Zeitpunkt wäre deshalb aus Sicht der Staatsanwaltschaft eine Unterrichtung gem. § 81a Abs. 4 SGB V angezeigt gewesen.

Praxisbeispiel 6:Aus dem Bereich Coronatestzentrum:

04/2021-03/2022	Abrechnungszeitraum
Januar 2023	KV-interne Bitte um Einleitung einer Prüfung wg. Auffälligkeiten (Abrechnung für geschlossene Teststelle, Steigerung der Testzahlen entgegen Pandemieverlauf, keine Meldung der Testzahlen an Öffentlichen Gesundheitsdienst)
Februar 2023	Einleitungsschreiben bzgl. vertiefter Prüfung für April 2022 mit der Bitte um Vorlage von Unterlagen
Oktober 2023 bis Ende Dez 2023	Amtshilfeersuchen zur Klärung der Beauftragung an Gesundheitsamt Erfolgreiche Kommunikationsversuche mit Leistungserbringer
Februar 2024	<b>Unterrichtung der Staatsanwaltschaft</b>

Der dargestellte Fall fällt als eines von vielen Verfahren wegen Abrechnungsbetruges im Zusammenhang mit der Abrechnung von Corona-Tests auf Grund der Anordnung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz gem. §§ 143 Abs. 4, 147 Nr. 2 GVG vom 2.6.2021 in die Zuständigkeit der ZKG. Auffällig ist in diesem Fall, dass bereits im Januar 2023 bei der Kassenärzt-

lichen Vereinigung Erkenntnisse dazu vorlagen, dass durch das betroffene Coronatestzentrum auch für Zeiten Abrechnungen erfolgten, in denen das Testzentrum nach Angaben des zuständigen Gesundheitsamts geschlossen war. Mag dies für sich gesehen angesichts des eher geringen Zeitraumes von einem Monat im Einzelfall unter Umständen noch nicht für einen Anfangsverdacht ausgereicht haben, legt die Zusammenschau mit den beiden ebenfalls festgestellten weiteren Auffälligkeiten einen Anfangsverdacht i. S. v. § 152 StPO nahe. In diesem Fall wäre es aus Sicht der Staatsanwaltschaft angezeigt gewesen, diese zeitnah unter Vorlage der entsprechenden Unterlagen zu unterrichten. Die Unterrichtungspflicht begründet sich in diesem Fall auf § 7a Abs. 4 TestV in der Fassung vom 1.7.2021 bzw. auf § 7a Abs. 1b Satz 5 TestV in der Fassung vom 1.9.2022. Aus Sicht der Staatsanwaltschaft gab es insoweit keinen Grund, zunächst eine vertiefte Prüfung gem. § 7a Abs. 2 TestV in der Fassung vom 1.7.2021 bzw. § 7 Abs. 1b TestV in der Fassung vom 1.9.2022 durchzuführen und die Unterrichtung der Staatsanwaltschaft vom Ergebnis dieser Prüfung abhängig zu machen.

### III. Wechselwirkungen zwischen der Unterrichtungspflicht und sozialrechtlichen Verfahren

Im Rahmen unserer Tätigkeit in Ermittlungsverfahren sind wir bereits mit einer ganzen Reihe an sozialrechtlichen Verfahren in Berührung gekommen. An dieser Stelle seien folgende Verfahren aus den unterschiedlichen Fachbereichen genannt:

Kassen(zahn)ärztlicher Bereich:

Plausibilitätsprüfung und sachlich-rechnerische Richtigstellung, § 106d SGB V

Apotheken:

- Retaxation lt. Rahmenvertrag über die Arzneimittelversorgung gem. § 129 Abs. 2 SGB V und entsprechende Ergänzungsvereinbarungen
- Durchsetzung sonstiger Erstattungsansprüche, vgl. LSG München, BeckRS 2019, 46034

Physiotherapie:

§ 18 des Vertrages nach § 125 Abs. 1 SGB V über die Versorgung mit Leistungen der Physiotherapie und deren Vergütung

Pflege:

- Abrechnungsprüfung, § 114 SGB XI
- Anhörung nach § 24 Abs. 1 SGB X i. V. m. § 9 und 36 Abs. 2 des Vertrages gem. § 132a SGB V über die Versorgung mit häuslicher Krankenpflege

Auch wenn es sich hierbei um keine abschließende Aufstellung handelt, ist deutlich zu erkennen, dass viele Fachbereiche eigenständige und in ihrem Ablauf und Voraussetzungen unterschiedliche sozialrechtliche Verfahren vorsehen, die meist noch vor der Unterrichtung der Staatsanwaltschaft eingeleitet wer-

14 BVerfG, Beschl. v. 14.7.2016 – 2 BvR 2474/14, BeckRS 2016, 50709 Rz. 17.  
15 Vgl. LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 14.2.2024 – 18 Qs 51/23, BeckRS 2024, 4093 Rz. 22.

den. Zum Teil führen auch Erkenntnisse aus diesen Verfahren erst zum Vorliegen eines Anfangsverdachts und zur Unterrichtung der Staatsanwaltschaft.

## 1. Für und Wider einer schnelleren Unterrichtung

Stellt man die Frage nach den Vorteilen einer schnelleren oder späteren Unterrichtung der Staatsanwaltschaft, wird man schnell feststellen, dass sich für beide Varianten gute Gründe finden lassen. Durch eine schnelle Unterrichtung der Staatsanwaltschaft können bei Vorliegen eines Anfangsverdachts zügig Ermittlungsmaßnahmen eingeleitet werden. Damit lässt sich zum einen die Gefahr der Vernichtung oder Verfälschung von Beweismitteln verringern. Zum anderen sind beispielsweise Zeugenvernehmungen umso erfolgversprechender, je zeitnäher sie durchgeführt werden. Es ist kein Geheimnis, dass durch Zeitablauf das Erinnerungsvermögen sinkt und vielfach Eindrücke überlagert werden. Dies gilt umso mehr, wenn die betroffenen Zeugen – wie z. B. im Bereich des Betrugs bei Pflegediensten häufig anzutreffen – bereits unter kognitiven Einschränkungen leiden. Auch Maßnahmen der Vermögenssicherung, zu denen die Staatsanwaltschaften gem. § 111e Abs. 1 S. 2 StPO bei Vorliegen eines dringenden Tatverdachts angehalten sind, sind erfolgversprechender, je eher sie umgesetzt werden können. Selbst wenn keine Verschiebung von Vermögenswerten stattfindet, führt häufig allein der Zeitablauf zu einem teils erheblichen Geldverbrauch durch Luxusausgaben. Nicht selten scheitert die Sicherung von Vermögenswerten gar an einer zwischenzeitlich eingetretenen Insolvenz. Sofern das strafbare Verhalten weit in die Vergangenheit zurückreicht, ist zudem zu bedenken, dass lediglich durch besondere strafprozessuale Maßnahmen im Ermittlungsverfahren (vgl. § 78c StGB) eine verjährungsunterbrechende Wirkung erzielt werden kann. Im Übrigen ist zu bedenken, dass eine Änderung der festgestellten Situation regelmäßig erst nach Unterrichtung der Staatsanwaltschaft und entsprechender beweisichernder Ermittlungsmaßnahmen, wie beispielsweise einer Durchsuchung, möglich ist. Jede Offenlegung des Tatverdachts oder Anordnung einer Änderung würde den Erfolg des Ermittlungsverfahrens nachhaltig gefährden. Aus diesem Grund werden häufig Leistungen weiterhin von den Krankenkassen an Leistungserbringer vergütet, obwohl bereits der Verdacht des Abrechnungsbetruges besteht. Eine solche Schadensvertiefung kann durch eine schnelle Unterrichtung der Krankenkassen vermieden werden. Dies gilt ebenfalls vor dem Hintergrund, dass gerade auch bei Abrechnungsverstößen auf Grund fehlender Qualifikationen mit dem Auftreten von Pflegemängeln gerechnet werden muss. Eine schnelle Unterrichtung der Staatsanwaltschaft ist hier auch zur Vermeidung von Gesundheitsschäden angebracht.

Ob eine schnelle Unterrichtung der Staatsanwaltschaft zu einer höheren Einigungsmotivation auf Seiten des Beschuldigten führt, hängt letztlich von der in diesen Bereichen üblichen anwaltlichen Vertretung des Beschuldigten ab. Die Vertretung durch einen Rechtsanwalt führt häufig dazu, dass offen über Einigungsmöglichkeiten diskutiert und entsprechende Möglichkeiten ausgelotet werden können. Die Vorschrift des § 160b StPO bietet hierfür eine ausgezeichnete Grundlage. Den gebetsmühlenhaften Erklärungen der Staatsanwaltschaft, dass eine frühzeitige geständige Einlassung, welche ggf. monate- oder jahrelange kleinteilige Ermittlungen und Auswertungen ent-

behrlich macht, gerade in diesem Verfahrensstadium gegenüber einem Abwarten des nicht selten am Ende zum Tatnachweis führenden Ermittlungsergebnisses überaus positive Auswirkungen sowohl auf die Strafzumessung im Strafverfahren als auch in sozialrechtlichen Verfahren bzgl. des Erhalts der Kassenzulassung oder der Approbation haben kann, wird seitens der Beschuldigten leider – zumindest aus unserer Sicht – viel zu selten Glauben geschenkt. Die Unterrichtung kann deshalb bisweilen zu einer Blockadehaltung des Beschuldigten im sozialrechtlichen Verfahren führen.

Aus Sicht der Staatsanwaltschaft sprechen aber natürlich auch einige gute Gründe für eine spätere Unterrichtung. So zeichnet eine erst nach zeitaufwendigen eigenen Recherchen und mit entsprechend beigefügten Unterlagen versehene Unterrichtungserklärung regelmäßig ein genaueres Bild von dem betreffenden Sachverhalt und kann auf diese Art und Weise letztlich auch zu einer Beschleunigung des Ermittlungsverfahrens beitragen. Für den sachbearbeitenden Staatsanwalt ist in diesem Fall unter Umständen schon nach erfolgter Unterrichtung eine Beurteilung dahingehend möglich, ob und welche weiteren Ermittlungen erfolgversprechend sind. Staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Ermittlungskapazitäten können in diesem Fall sehr zielgerichtet eingesetzt werden. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass bei einer solchen Beurteilung der Blickwinkel von Krankenkassen und Ermittlungsbehörden nicht immer derselbe ist. Vor diesem Hintergrund erscheint es für die zügige Bearbeitung aus unserer Sicht überaus wichtig, dass ein vom Einzelfall losgelöster allgemeiner Austausch zwischen den Krankenkassen bzw. den Kassenärztlichen Vereinigungen und der Staatsanwaltschaft dahingehend, welche Unterlagen in welchen Fallgestaltungen für eine Fallbearbeitung von Beginn an notwendiger Bestandteil der Unterrichtungserklärung sein sollten, stattfindet. Auch dies schließt natürlich nicht aus, dass darüber hinaus Unterlagen von Seiten der Staatsanwaltschaft nachgefordert werden, um eine genaue Beurteilung aus Sicht der Ermittlungsbehörde vornehmen zu können oder weitere Ermittlungsmaßnahmen zu planen.

Bei all dem dargestellten Für und Wider muss aber natürlich die gesetzgeberische Leitentscheidung im Blick behalten werden. Danach hat die Unterrichtung – wie oben bereits dargestellt – unverzüglich zu erfolgen. Sie soll die Staatsanwaltschaft in die Lage versetzen zu prüfen, ob auch aus ihrer Sicht entsprechend der Prognose der unterrichtenden Stelle ein Anfangsverdacht i. S. v. § 152 StPO vorliegt. Diese Prüfung setzt voraus, dass der Unterrichtung neben der Schilderung des Sachverhaltes die wesentlichen Unterlagen, welche zur Beurteilung des Falles notwendig sind, beigefügt sind. Die Unterrichtung hat vor diesem Hintergrund folglich so schnell wie möglich und so gut wie möglich zu erfolgen. Je komplexer und umfangreicher die Fallgestaltung, desto mehr Zeit ist der unterrichtenden Stelle für die eigene Beurteilung und die Zusammenstellung der vorzulegenden Unterlagen zuzubilligen.

## 2. Verhältnis von sozialrechtlichen Verfahren und Ermittlungsverfahren

In diesen Zusammenhang drängt sich zudem die Frage auf, in welchem Verhältnis die o. g. sozialrechtlichen Verfahren zu dem Ermittlungsverfahren stehen. Führt die Unterrichtung der Staatsanwaltschaft dazu, dass diese Verfahren zum Stillstand



verdammt sind? Diese Frage lässt sich klar mit nein beantworten. Beide Verfahren können selbstverständlich nebeneinander betrieben werden. Vor allem die in der Praxis – aus guten Gründen – häufig anzutreffende spätere Beschränkung des Verfahrens gem. §§ 154, 154a StPO führt für Krankenkassen und kassenärztliche Vereinigungen zu der Notwendigkeit, Rückzahlungsansprüche im sozialrechtlichen Verfahren separat und zeitnah zu verfolgen. Es versteht sich aber von selbst, dass dies jedoch kein ausreichender Grund ist, ein noch nicht offen geführtes Ermittlungsverfahren ohne Rücksprache mit der zuständigen Staatsanwaltschaft zu offenbaren. Allerdings dürfte eine solche Offenbarung zum einen in den wenigsten Fällen erforderlich sein, zum anderen hat auch die Staatsanwaltschaft ein Interesse daran, das Ermittlungsverfahren möglichst zügig durch Abschluss verdeckter Ermittlungsmaßnahmen offen führen zu können. Dies deshalb, weil grundsätzlich immer mit der Möglichkeit gerechnet werden muss, dass ein verdeckt geführtes Ermittlungsverfahren – aus welchen Gründen auch immer – den Beschuldigten bekannt wird. Sind in diesem Fall die verdeckten Ermittlungsmaßnahmen nicht abgeschlossen, droht häufig unmittelbar ein Beweismittelverlust. Diesem Risiko möchte sich keine Ermittlungsbehörde ohne Not aussetzen. Ob und wann ein Ermittlungsverfahren ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks offenbart werden kann, lässt sich im Einzelfall entweder durch eine Rückfrage bei der zuständigen Staatsanwaltschaft oder eine entsprechende Information durch die Staatsanwaltschaft klären. Im späteren Verfahrensstadium ist eine Information der Ermittlungsbehörden über den Sachstand im sozialrechtlichen Verfahren wichtig, für einen sachgerechten Verfahrensabschluss. So stellt die Kooperation mit den

Krankenkassen bei der Schadensermittlung und Schadenswiedergutmachung zum einen ein ganz wesentliches Element im Rahmen der Strafzumessung dar, zum anderen ist eine erfolgte Schadenswiedergutmachung für die Frage der Einziehung von Bedeutung.

Soweit nunmehr die Frage aufkommt, wie in diesem Zusammenhang der nemo tenetur-Grundsatz sichergestellt wird, ist diese Frage mit Blick auf § 65 SGB I zu beantworten. Das BVerfG hat in seiner Grundsatzentscheidung zur Aussagepflicht des Gemeinschuldners<sup>16</sup> ausdrücklich auf die Regelung von § 65 Abs. 3 SGB I verwiesen und insoweit festgestellt, dass die derart gegen einen Zwang zur Selbstbezeichnung geschützten Prozessparteien und Verfahrensbeteiligten im Ergebnis lediglich das Risiko einer für sie ungünstigen Tatsachewürdigung tragen. Aus den Urteilsgründen ist insoweit abzuleiten, dass es die in § 65 Abs. 3 SGB I getroffene Regelung ohne Weiteres als ausreichend erachtet. Es ist damit Sache des Beschuldigten abzuwägen, ob er im sozialrechtlichen Verfahren Angaben macht und Unterlagen vorlegt.

Im Ergebnis stehen folglich sozialrechtliche Verfahren und das Ermittlungs- bzw. Strafverfahren grundsätzlich nebeneinander. Ob beide parallel oder ein Verfahren nach dem anderen betrieben wird, hängt zum einen von der dargestellten gesetzgeberischen Leitentscheidung und zum anderen von den geschilderten Umständen und Auswirkungen im Einzelfall ab.

16 BVerfG, Beschl. v. 13.1.1981 – 1 BvR 116/77, NJW 1981, 1431.

**Akad. Rätin a.Z. Dr. Nina Schrott, München\***

## Der Schutz der Patientenrechte auf dem Prüfstand: Strafrechtliche Schutzlücken bei der Patientenbehandlung?

*Das Strafrecht spielt in der aktuellen Debatte um den Schutz der Rechte von Patientinnen und Patienten bzw. ein Patientenrechtegesetz 2.0 kaum eine Rolle. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass dies nur zum Teil gerechtfertigt ist: Zwar zwingt die zivilrechtliche Paralleldiskussion um eine (weitere) „patientenfreundliche“ Reduktion des Beweismaßes im Strafrecht weder zur Anwendung der sog. Risikohöhlungslehre noch der Schaffung neuer (Heilbehandlungs-)Gefährdungstatbestände. Hingegen lassen sich Gedanken der strafrechtlichen Produkthaftung durchaus im Sinne des Patientenschutzes fruchtbar machen, wobei jedoch die damit verbundene, jedenfalls faktische Absenkung des Kausalitätserfordernisses auf produktbezogene Sachverhalte ohne naturwissenschaftlich gesicherte Kausalitäts-Erfahrungssätze beschränkt bleiben sollte. Mit Blick auf etwaige Einfallstore hypertrophen Strafrechts für Ärztinnen und Ärzte – v.a. hinsichtlich einer Strafbarkeit nach § 227 StGB – betont der Beitrag*

*die Notwendigkeit einer dogmatisch sauberen Differenzierung zwischen den verschiedenen tatbestandsspezifischen Anknüpfungspunkten (insbesondere Grunddelikt vs. „Gesamtbehandlungsgeschehen“), damit Gesamtbetrachtungen nur dort ange stellt werden, wo sie tatsächlich angezeigt sind.*

\* Die Autorin ist Akad. Rätin a. Z. und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie von Prof. Dr. Armin Engländer an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Vortrag, den die Verfasserin am 13.3.2024 auf dem 9. Bucerius-Medizinrechtstag in Hamburg gehalten hat. Für die Schriftfassung wurde der Text überarbeitet und insbesondere hinsichtlich des Fußnotenapparats deutlich erweitert. Der mündliche Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

## I. Patientenrechte, Schutzlücken und die Ausstrahlungswirkung der §§ 630a ff. BGB

In der aktuellen Debatte um den Schutz der Patientenrechte bzw. ein Patientenrechtegesetz 2.0<sup>1</sup> bleibt ein Bereich weitgehend außer Betracht – der des Strafrechts. Dies mag zum einen schlichtweg daran liegen, dass es sich bei den §§ 630a ff. BGB um zivilrechtliche Normen handelt, die für das Strafrecht zwar, aber eben auch nur Ausstrahlungswirkung besitzen.<sup>2</sup> D.h. Strafgerichte werden sich – ganz im Sinne der Einheit der Rechtsordnung – in aller Regel an der zivilrechtlichen Rechtsprechung und deren Auslegungsergebnissen orientieren;<sup>3</sup> gleichwohl verbleibt ein eigener, sozusagen strafrechtsautonomer Bereich.<sup>4</sup> Als Medizinstrafrechtler bzw. -strafrechtlerin zieht man daher – so hat es zumindest den Anschein – die §§ 630a ff. BGB gerne als ergänzendes Argumentationsmaterial heran, um ohnehin schon Gedachtes und als richtig Erkanntes mit dem Qualitätssiegel „Vergleiche BGB“ dogmatisch abzusichern. Eine dezidierte inhaltliche Auseinandersetzung mit dem spezifischen materiellen Gehalt der zivilrechtlichen Normen sowie der Frage ihrer „Übertragbarkeit“ auf das Strafrecht erscheint dann in dieser Funktion oftmals verzichtbar.<sup>5</sup>

Der zweite Punkt, der meiner Meinung nach einen Grund dafür bildet, warum gerade die strafrechtliche Diskussion in diesem Zusammenhang eher oberflächlich ausfällt, ist der Begriff der Patientenrechte als solcher. Denn zumindest bei Zugrundelegung eines klassischen Verständnisses geht es im Straf(prozess)recht weniger um das Bestehen bzw. die Verletzung subjektiver (Patienten-)Rechte als vielmehr um die Verletzung von Rechtsgütern als rechtlich geschützte Interessen.<sup>6</sup> Fraglich sind also nicht Umfang und Schutzniveau der Rechte von Patientinnen und Patienten, sondern zu klären ist, ob deren Rechtsgüter, namentlich die der körperlichen Unversehrtheit sowie der (auch informationellen) Selbstbestimmung durch das bestehende Gesetzesrecht hinreichend geschützt sind. Die aktuelle Diskussion um Patientenrechte wandelt sich damit im Strafrecht – so auch der Titel des Beitrags – zu einer Schutzlücken-Debatte.

Die dahinterstehende Frage, wie weit der grundsätzlich fragmentarische Charakter des Strafrechts reicht bzw. wann v.a. gesetzgeberisches Handeln angezeigt ist, ist dabei wohl fast so alt wie das Strafrecht selbst – und im Zusammenhang mit ärztlichen (Heil-)Behandlungen seit jeher besonders umstritten.<sup>7</sup> Die Regelungen der §§ 630a ff. BGB sowie die aktuellen Überlegungen zu einem Patientenrechtegesetz 2.0 bieten nun – trotz oder gerade wegen der bisherigen strafrechtlichen Zurückhaltung in diesem Kontext – einen willkommenen Anlass, die alte Schutzlücken-Debatte wieder aufzugreifen und unter diesen neuen, spezifizierten Vorzeichen fortzuführen.

Zu diesem Zweck werde ich zunächst einen kursorischen Überblick über die patientenschutzbezogene Strafgesetzgebung des letzten Jahrzehnts geben, um so allgemeine Tendenzen ausmachen und ein erstes „normatives“ Lagebild entwerfen zu können (unter II.). Hierauf aufbauend soll konkret nach alten und ggf. neuen Schutzlücken gefragt werden (unter III.), die sich insbesondere vor dem Hintergrund der kodifizierten Regelungen zum Behandlungsvertrag in zum Teil neuer Form stellen. Der Beitrag endet mit einem kurzen Resümee (unter IV.).

## II. (Straf-)Gesetzgeberische Aktivitäten und ein erstes „normatives“ Lagebild

Ein allgemeines „Schutzlücken-Schließ-Gesetz“ als strafrechtliches Pendant zum Patientenrechtegesetz sucht man vergebens. Gleichwohl ist der Gesetzgeber in den letzten Jahren im Bereich des Medizinstrafrechts nicht untätig geblieben:

So sollten etwa im Kernstrafrecht mit §§ 299a und 299b StGB, der Bestechlichkeit bzw. Bestechung im Gesundheitswesen, ausdrücklich *Strafbarkeitslücken* geschlossen werden, die durch die „Jahrhundertentscheidung“ des BGH aus dem Jahr 2012<sup>8</sup> entstanden waren, wonach es sich bei Vertragsärzten weder um Amtsträger i.S.d. der §§ 331 ff., 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB noch um Beauftragte der Krankenkassen (vgl. §§ 299 ff. StGB) handelt.<sup>9</sup> Auch die in Reaktion auf die zahlreichen „Impfpass-Fälschungen“ während der Corona-Pandemie erfolgte Neufassung der §§ 277 ff. StGB diente (mindestens) der Beseitigung von Rechtsunsicherheiten hinsichtlich einschlägiger Bestrafungsmöglichkeiten.<sup>10</sup> Das Schließen unmittelbar *behandlungsbezo-*

1 Dazu beispielhaft *Bollweg*, MedR 2023, 103; *Hart*, MedR 2023, 110; *Katzenmeier*, MedR 2023, 118; *ders.*, MedR 2023, 93; *Kieker*, MedR 2023, 101; *Reinhardt*, MedR 2023, 94; *Rixen*, MedR 2023, 116; *Schwartz*, MedR 2023, 97.

2 In diese Richtung auch *Valerius*, medstra 2021, 2, 9. Ausnahmen bestehen freilich dort, wo sich die unmittelbare Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Regelung aus der Norm selbst ergibt (so z.B. beim Verwendungsverbot des § 630c Abs. 2 S. 3 BGB).

3 Ähnlich *Kraatz*, Arztstrafrecht, 3. Aufl. (2023), S. 32 Rz. 45: zivilrechtliche Rechtsprechung [hier zur Aufklärung] als „Leitlinie, die es auch im Strafrecht zu beachten gilt“.

4 Ähnlich *Valerius*, medstra 2021, 2 [zur Aufklärung]; vgl. auch BGHSt 55, 191, 200 [zur rechtfertigenden Einwilligung]. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die nach wie vor kontrovers geführte und durch die zivilrechtliche Regelung des § 630h Abs. 2 S. 2 BGB beileibe nicht „vorentschiedene“ Debatte um die Zulässigkeit der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht; zusammenfassend (auch zum Transfer der Rechtsfigur ins Strafrecht) *Krüger*, medstra 2017, 12, 14 ff. m.w.N.; s. auch *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung (2014), S. 46 ff.

5 Exemplarisch bzgl. der Aufklärungsnormen des BGB *Kraatz* (Fn. 3), S. 32 Rz. 45 ff.

6 Dahingehend die überwiegende Ansicht, s. nur *Neumann/Saliger* in NK-StGB, 6. Aufl. (2023), vor § 1 Rz. 109; *Joecks/Erb* in MünchKommStGB, 4. Aufl. (2020), Einl. Rz. 32 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 54. Aufl. (2024), § 1 Rz. 9 ff. m.w.N.; *Hefendehl*, GA 2007, 1 ff.; *Young-Whan Kim*, ZStW 124 (2012), 591, 609; ausführlich *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 ff.; vgl. aber auch *Hirsch*, Das Verbrechen als Rechtsverletzung. Subjektive Rechte im Strafrecht (2021), S. 85 ff.

7 Vgl. insofern etwa den „Jahrhundertstreit“ (*Katzenmeier*, ZRP 1997, 156) um die Schaffung eines Sonderstrafatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung; ausführlich *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis (2000), S. 445 ff.; vgl. auch den dahingehenden Referentenwurf von 1996 (§ 229 StGB-E), abgedruckt bei *Katzenmeier*, ZRP 1997, 156.

8 BGHSt 57, 202.

9 Vgl. BT-Drucks. 18/6446, 11.

10 Vgl. BT-Drucks. 20/15, 2: Gewährleistung eines „von dogmatischen Unsicherheiten freie[n] strafrechtliche[n] Schutz[es] des Rechtsverkehrs vor unrichtigen Gesundheitszeugnissen“ u.a. in Reaktion auf LG Osnabrück, JZ 2022, 313 mit Anm. *Schrott*, wonach wegen einer Sperrwirkung der §§ 277 ff. StGB a.F. eine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung verneint wurde und damit im Ergebnis Strafflosigkeit vorlag. Siehe inzwischen aber BGHSt 67, 147 und BGH, BeckRS 2023, 19471: keine Sperrwirkung der §§ 277 ff. StGB a.F.

gener Schutzlücken hatten die Neuregelungen aber freilich nicht im Sinn.<sup>11</sup>

Einen eindeutigeren Patientenbezug weisen hingegen der 2012 ins BGB implementierte § 1631d BGB, der die medizinisch nicht indizierte, v.a. religiös motivierte Knabenbeschneidung der elterlichen Personensorge unterstellt, sowie der drei Jahre alte § 1631e BGB auf, welcher „umgekehrt“ ein grundsätzliches Verbot monoteologischer<sup>12</sup> bzw. „aufschiebbarer“ geschlechtsangleichender Behandlungen bei intersexuellen Kindern normiert.<sup>13</sup> Daneben sind u.a. das Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen vom 12.6.2020<sup>14</sup> sowie der unlängst eingefügte § 5c IfSG zu nennen, der u.a. ein Verbot der ex post-Triage statuiert.<sup>15</sup>

Einerseits lässt sich damit – insbesondere mit Blick auf die letztgenannten Regelungen – eine zunehmende Tendenz zur Einzelfallgesetzgebung beobachten, die versucht, durch immer neue „Normumgetüme“ tatsächliche wie vermeintliche Schutzlücken bei der Behandlung von Patientinnen und Patienten durch die (zumeist) *Ausweitung* kodifizierter Strafbarkeit zu schließen.<sup>16</sup> Gleichzeitig wird intensiv über die Zulässigkeit von Leihmutterschaft und Eizellspende gestritten und es mehren sich Stimmen, die eine Reform des Schwangerschaftsabbruchs (§§ 218 ff. StGB) sowie der Sterbehilfe befürworten – jeweils mit dem Ziel, den Bereich des gesetzlich Erlaubten zu erweitern.<sup>17</sup>

So heterogen die angeführten Regelungsbereiche sind, so lässt sich damit im Sinne eines Zwischenfazit doch zumindest festhalten, dass der garantierte Schutz(umfang) patienten- bzw. behandlungsbezogener Rechtsgüter nach wie vor gesetzgeberisches Thema bleibt – wenngleich mit zum Teil gegenläufigen Tendenzen und unterschiedlicher Stoßrichtung. Dagegen geht und ging es bei den gesetzgeberischen Aktivitäten, anders als im Bereich der §§ 630a ff. BGB, kaum einmal um die explizite Kodifikation gefestigter Rechtsprechungslinien.

### III. Von alten und neuen behandlungsbezogenen „Schutzlücken“

Gleichsam vor der Folie der §§ 630a ff. BGB stellt sich damit die grundsätzliche Frage nach dem „richtigen“ Verhältnis von Ballast und Leerstelle, von strafrechtlichem „Zu-Viel“ und strafrechtlichem „Zu-Wenig“.

Ich möchte hierbei zwei Themenbereiche herausgreifen, die mir mit Blick auf etwaige strafrechtliche Leerstellen besonders wichtig erscheinen: einerseits das weite Feld des Beweisrechts<sup>18</sup>, zivilrechtlich kodifiziert v.a. in § 630h BGB (unter 1.); andererseits die den gesamten Regelungskomplex der §§ 630a ff. BGB durchziehende Unterscheidung zwischen Aufklärungs- und Behandlungsfehlern, die bei unbedarfter dogmatischer Handhabung zum Einfallstor übermäßiger ärztlicher Sanktionierung werden kann (unter 2.).

#### 1. Behandlungsvertragsrechtliche Beweisregelungen und die Diskussion um eine Beweismaßreduktion als Impulsgeber für ein „patientengerechtes“ Strafrecht?

Wohl mit am intensivsten im Zusammenhang mit dem Patientenrechtegesetz werden und wurden die Regelungen zur Beweislast in § 630h BGB diskutiert. Inzwischen mehren sich u.a. auf Seiten der Patientenvertretungen Stimmen, die im Rahmen eines „neuen“ § 630h Abs. 6 BGB eine gesetzliche „Beweismaß-

reduktion“ hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität fordern. Danach soll es für die Annahme eines Haftungstatsbestands ausreichen, wenn für den Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler einerseits und dem geltend gemachten Gesundheitsschaden andererseits eine lediglich *überwiegende Wahrscheinlichkeit* besteht.<sup>19</sup> Ließe sich eine solche Beweismaßreduktion dann aber nicht vielleicht auch – ganz im Sinne bestmöglichen Patientenschutzes und zur Schließung etwaiger Strafbarkeitslücken – auf das Strafrecht „transferieren“, zumindest dem Gedanken nach?

Freilich, die beweisrechtliche Situation ist im Strafrecht eine grundlegend andere als im Zivilrecht: Statt des Beibringungsgrundsatzes gilt der Amtsermittlungsgrundsatz und bei bestehenden Zweifeln ist der Angeklagte in *dubio pro reo* freizusprechen; insofern ergeht gerade keine Entscheidung nach Beweislast. Beweislastverteilungs- bzw. -umkehr-Regelungen bleiben dem Strafrecht daher grundsätzlich fremd.<sup>20</sup> Was sich aber gleichwohl findet, sind Ansätze zur Reduzierung des Beweis-

- 11 D.h. von Leerstellen, die sich unmittelbar auf den medizinischen Umgang mit der Patientenschaft beziehen. So sind z.B. §§ 299a, 299b StGB nach ganz h.M. und Ansicht der Rspr. auch nicht auf den Wettbewerb zwischen Patientinnen und Patienten (z.B. um limitierte Behandlungsressourcen wie etwa knappe Impfstoffe) anwendbar, vgl. *LG Nürnberg-Fürth*, MedR 2022, 688 mit Anm. *Dittrich/Gierok*; s. auch *Beukelmann/Heim*, NJW-Spezial 2022, 50.
- 12 D.h. von Behandlungsmaßnahmen, die allein in der Absicht erfolgen, das körperliche Erscheinungsbild des intergeschlechtlichen Kindes an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts anzugleichen; vgl. § 1631e Abs. 1 BGB; s. hierzu auch *Schrott*, MedR 2024, 314, 321.
- 13 Die Neuregelung grundsätzlich begrüßend *Coester-Waltjen/Henn*, FamRZ 2021, 1589, 1595; kritischer – auch und v.a. hinsichtlich ihres Konfliktlösungspotentials – dagegen *Schrott*, medstra 2021, 358, 359 ff.; *dies.*, MedR 2024, 314, 321 f.
- 14 BGBl. I 1285; monografisch *Grafe*, Zur Strafbarkeit von Konversionsmaßnahmen unter besonderer Berücksichtigung des „Gesetzes zum Schutz vor Konversionsbehandlungen“ (2022).
- 15 Instrukтив hierzu *Engländer*, medstra 2023, 142, 144 ff.
- 16 Besonders deutlich wird dies z.B. hinsichtlich § 1631e BGB; vgl. dazu bereits Fn. 13.
- 17 Vgl. z.B. die Empfehlungen der von der Bundesregierung eingesetzten Expertenkommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin in ihrem im April 2024 veröffentlichten Abschlussbericht, S. 23 ff. und S. 38 f., <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/238402/8d276c6c55d679d192cdb9a2f03ee820/bericht-kommission-zur-reproduktiven-selbstbestimmung-und-fortpflanzungsmedizin-data.pdf> [9.12.2024]; inzwischen existiert auch ein entsprechender Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, Vgl. BT-Drucks. 20/13775. Zusammenfassend zur aktuellen Sterbehilfe-Debatte inkl. der (inzwischen gescheiterten) drei fraktionsübergreifenden Gesetzentwürfe zur Suizidbeihilfe, von denen einer eher restriktiv (Entwurf *Castellucci* u.a.) und zwei eher liberal (Entwürfe *Helling-Plahr* u.a., *Künast* u.a.) ausgerichtet waren, *Ennuschat*, ZRP 2023, 197; vgl. in diesem Zusammenhang auch BVerfGE 153, 182: Recht auf selbstbestimmtes Sterben.
- 18 Ohne Fragen der Beweisverwertung.
- 19 Dahingehend z.B. AOK-Bundesverband, Positionspapier Patientenrechte, (2021), S. 37, <https://www.aok.de/pp/hintergrund/patientenrechte/> [9.12.2024]; zust. MedR-Anwälte e.V., Positionspapier „Mehr Patientenrechte wagen“, (2022), S. 6, <https://medizinrechtsanwaelte.de/app/upload/s/2023/01/Mehr-Patientenrechte-wagen-Positionspapier-des-Medizinrechtsanwaelte-e.V..pdf> [9.12.2024]; grds. auch *Gutmann*, SoVD-Gutachten „Stärkung und Weiterentwicklung der Patientenrechte in Deutschland“ (2021), S. 16 m.w.N., <https://www.sovd.de/fileadmin/bundesverband/pdf/attachments/gutachten-patientenrechte/SoVD-gutachten-patientenrechte-barrierefrei.pdf> [9.12.2024]; ablehnend aber *Katzenmeier*, MedR 2023, 118, 121 ff.
- 20 Vgl. *Bülte*, JZ 2014, 603, 612: „Dem Strafverfahren sind Beweisregeln und Vermutungen fremd.“; plakativ *Eb. Schmidt*, Deutsches Strafprozessrecht (1967), Rz. 102; s. aber auch *Volk*, NStZ 1996, 105, 106 und *Walter*, JZ 2006, 340.



umfangs, genauer: zur Veränderung – d.h. Verringerung – des Gegenstands der Beweiserhebung, mithin dessen, was überhaupt zu beweisen ist:

### a) Risikoerhöhungslehre und/oder neue Gefährdungsdelikte als taugliche Mittel zur Schließung patientenbezogener Schutzlücken?

#### aa) Risikoerhöhungslehre

Zu nennen ist hier insbesondere die Risikoerhöhungslehre, die den v.a. im Zusammenhang mit Fahrlässigkeitsdelikten relevant werdenden Pflichtwidrigkeitszusammenhang bereits dann bejaht, wenn das pflichtwidrige Verhalten (sprich: die „fehlerbehaftete“ Behandlung) im Vergleich zum rechtmäßigen Alternativverhalten (sprich: der „fehlerfreien“ Behandlung) das Risiko des Erfolgeintritts *deutlich erhöht* hat.<sup>21</sup> Dagegen fordern Rechtsprechung und h.Lit. für eine Zurechnung, dass der tatbestandliche Erfolg bei pflichtgemäßem Täterverhalten *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* verhindert worden wäre (sog. Vermeidbarkeitstheorie).<sup>22</sup> Abgesehen von den unterschiedlich gewählten Bezugspunkten (Risiko vs. Erfolgeintritt) wird also auch i.R.d. Risikoerhöhungslehre, ähnlich wie in der zivilrechtlichen Debatte, eine Absenkung dessen, was es nachzuweisen gilt, gefordert. Dadurch soll einer zu starken Einschränkung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit – so der gängige Vorwurf an die h.M.<sup>23</sup> – entgegengewirkt und es sollen, um in der Diktion des Beitrags zu bleiben, behandlungsbezogene Schutzlücken geschlossen werden.

Richtig ist sicherlich, dass sich der Nachweis des Eintritts einer (auch deutlichen) Risikoerhöhung sehr viel einfacher wird führen lassen, als darzutun, dass bei pflichtgemäßem Verhalten der tatbestandliche Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre. Diese „patientenfreundliche“ Absenkung des Beweisumfangs stellt aber zugleich den gewichtigsten dogmatischen Einwand gegen die Risikoerhöhungslehre dar. Der nämlich besteht meines Erachtens weniger in einem Verstoß gegen den *in dubio*-Grundsatz – zu einer Risikoerhöhung muss es ja tatsächlich-nachweisbar gekommen sein<sup>24</sup> – als vielmehr in der *contra legem* erfolgenden Umdeutung von Verletzungs- in bloße Gefährdungsdelikte: Denn Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit wäre nicht mehr der Zusammenhang zwischen Tathandlung und Verletzungserfolg, sondern es genügte der Nachweis einer kausal auf das Täterverhalten rückführbaren gesteigerten *Gefahr* für das geschützte Rechtsgut – eben eines erhöhten Risikos für eine Verletzung desselben. Die tatbestandliche Rechtsgutsverletzung selbst verkäme zu einer bloßen objektiven Bedingung der Strafbarkeit.<sup>25</sup>

#### bb) Alternative: Neue Gefährdungsdelikte?

Solche Unstimmigkeiten strafbarkeitserweiternder Dogmatik könnte man freilich umgehen, indem man schlichtweg neue abstrakte bzw. konkrete Gefährdungsdelikte schafft. Der Eintritt eines Todes- bzw. Körperverletzungserfolgs wäre dann gerade nicht mehr Teil des gesetzlichen Tatbestands, müsste also unstreitig nicht mehr zur Überzeugung des Gerichts<sup>26</sup> feststehen. Stattdessen würde der Nachweis genügen, ein bestimmtes ärztliches Fehlverhalten habe eine abstrakte bzw. konkrete Gefahr für Leib oder Leben der behandelten Person geschaffen.

Was unter Patientenschutzgesichtspunkten auf den ersten Blick vielleicht vielversprechend erscheinen mag, passt bei näherer Betrachtung aber kaum in die ausdifferenzierte Gesamtsystematik des StGB, die ganz bewusst zwischen der Ausgestaltung einer Verhaltensnorm als Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt unterscheidet. Danach kommen abstrakte wie konkrete Gefährdungstatbestände vor allem dort zum Einsatz, wo bestimmte Verhaltensweisen im Vorfeld pönalisiert werden sollen.<sup>27</sup> Das Verhalten selbst wird dabei vom Gesetzgeber als entweder in der konkreten Situation (z.B. Straßenverkehrsgefährdung infolge Trunkenheit nach § 315c StGB, sog. konkretes Gefährdungsdelikt) oder aber als für das in Rede stehende Schutzgut generell (besonders) gefährlich eingestuft (vgl. Brandstiftungshandlungen nach § 306a Abs. 1 StGB, sog. abstraktes Gefährdungsdelikt).<sup>28</sup>

Das Anzünden eines Wohnhauses oder betrunkenes Fahren sind jedoch wertungsmäßig hinsichtlich ihrer „Grundgefährlichkeit“ – mithin ihres Gefährdungspotentials – kaum vergleichbar mit der Vornahme einer medizinischen Behandlung.<sup>29</sup> Dies gilt auch und besonders vor dem Hintergrund,

21 Grundlegend Roxin, ZStW 74 (1962), 411; ders. ZStW 78 (1966), 214; vgl. auch Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. (2020), § 11 Rz. 88 ff. mit umfangreich(sten) Nachweisen in Fn. 281; zum Ganzen s. auch Rengier, Strafrecht AT, 16. Aufl. (2024), § 52 Rz. 34 ff. m.w.N.; Duttge in MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 15 Rz. 181.

22 BGHSt 11, 1, 4 ff.; 30, 228, 230; 37, 106, 127; 49, 1, 4; BGH NStZ 2004, 151; Dencker, JuS 1980, 210, 212; Beck, JA 2009, 268; vgl. auch Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), § 6 Rz. 302 f.

23 Siehe nur Roxin/Greco (Fn. 21), § 11 Rz. 89.

24 Dahingehend auch Kraatz (Fn. 3), § 4 Rz. 153 m.w.N.; ähnlich Roxin/Greco (Fn. 21), § 11 Rz. 90.

25 Ebenso Duttge in MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 15 Rz. 182 m.w.N.; Rengier (Fn. 21), § 52 Rz. 35; Kraatz (Fn. 3), § 4 Rz. 153. Dagegen aber wiederum Roxin/Greco (Fn. 21), § 11 Rz. 93 mit dem Argument, dass die Zurechnung eines Erfolgs zum objektiven Tatbestand *stets* nur durch eine vom Täter geschaffene Gefährdung vermittelt werde. Dieser Einwand überzeugt hingegen kaum, da zentraler Vorwurf nicht die „Zurechnungsvermittlung“ qua Gefährschaffung ist, sondern der Umstand, dass sich objektive (und subjektive) Sorgfaltspflichtverletzungen letztlich auf einen reinen Gefährdungserfolg beziehen (müssen), ohne dass es *in diesem Zusammenhang* auf den Eintritt eines Verletzungserfolgs als grundsätzlich konstituierendes Element eines Verletzungsdelikts ankäme. Kritisiert werden also weniger die „Vermittlungsmodalitäten“ der Zurechnung als vielmehr deren Bezugsobjekt.

26 „Keine vernünftigen Zweifel“, vgl. § 261 StPO.

27 Zieschang, Die Gefährdungsdelikte (1998), S. 13; vgl. auch Jakobs, ZStW 97 (1985), 751, 767 f.

28 Statt vieler Heine/Bosch in Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), vor §§ 306 ff. Rz. 1a, 4; s. auch Koriath, GA 2001, 51, 53, 64, 74; für eine Unterscheidung zwischen „Gefährdungsdelikten“ (Gefährdung eines Gutes) und „Gefährlichkeitsdelikten“ (Gefährlichkeit einer Handlung) Hirsch, FS A. Kaufmann (1993), S. 545 ff.; ders., FS Tiedemann (2008), S. 145, 151. Neumann/Saliger in NK-StGB, Strafgesetzbuch, 6. Aufl. (2023), vor § 1 Rz. 251 weisen in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass die „Einteilung der Straftaten“ (z.B. in Verletzungs- und Gefährdungsdelikte) immer auch auf einer „gesetzgeberischen Entscheidung, die auch anders ausfallen könnte“, beruht und „Moment einer Schutztechnik [ist], der nicht nur systematische, sondern auch bewertende Vorstellungen zugrunde liegen“. Insofern kommt es mit Blick auf das Prinzip des Rechtsgüterschutzes darauf an, „dass der Gesetzgeber das Gefährdungspotential der inkriminierten Handlungsweise richtig einschätzt“ (Neumann/Saliger in NK-StGB, Strafgesetzbuch, 6. Aufl. [2023], vor § 1 Rz. 260 [bzgl. abstrakter Gefährdungsdelikte], *Hervorhebung durch die Verf.*). Erforderlich ist also stets (auch) ein entsprechender gesetzgeberischer Wertungsakt.

29 Vgl. Neumann/Saliger in NK-StGB, Strafgesetzbuch, 6. Aufl. (2023), vor § 1 Rz. 260; s. hierzu auch bereits Fn. 28. Die „Grundgefährlichkeit“ (bzw. das Gefährdungspotential) bezieht sich dabei einerseits auf das konkret in Rede stehende Schutzgut inkl. der Intensität und Art seiner (befürchte-



dass die (wohl) h.M. den ärztlichen Heileingriff als grundsätzlich (körperverletzungs-)tatbestandliches Verhalten einstuft.<sup>30</sup> Denn aus dieser, ohnehin primär dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten vor eigenmächtigen Heileingriffen geschuldeten Klassifizierung<sup>31</sup> lässt sich auf normativer Ebene lediglich der Schluss ziehen, dass medizinische Maßnahmen keiner Sonderdogmatik unterfallen sollen, sondern bei einem tatsächlich eingetretenen (bzw. intendierten) Verletzungserfolg eine Bestrafung nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich angezeigt ist, sofern keine wirksame Einwilligung vorliegt. Eine generell bzw. konkret erhöhte und damit die Sanktionierung über strafbarkeitserweiternde Gefährdungstatbestände rechtfertigende „Gefährlichkeit“ wird den Heilbehandlungshandlungen damit aber nicht bescheinigt.<sup>32</sup>

Neue Gefährdungsdelikte hinsichtlich medizinischer Behandlungsmaßnahmen ließen sich daher kaum systemkonform in das bestehende Gefüge aus Verletzungs- und Gefährdungsnormen eingliedern.

### cc) Zwischenfazit

Damit erscheinen weder die Risikoerhöhungslehre noch die Schaffung neuer Gefährdungsdelikte im Zusammenhang mit ärztlichen Heilbehandlungen als dogmatisch überzeugendes oder gar angezeigtes Mittel für mehr Patientenschutz.

### b) Strafrechtliche Produkthaftung und die Absenkung des Kausalitätserfordernisses

Unter Umständen könnte man in diesem Zusammenhang aber über eine Absenkung des Kausalitätserfordernisses der *conditio sine qua non*-Formel nachdenken – nicht im luftleeren Raum, sondern erneut unter Rückbezug auf konkrete zivilrechtliche Behandlungsvertragsnormen, hier insbesondere § 630h Abs. 5 S. 1 BGB. Danach wird bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers grundsätzlich vermutet, dass dieser für die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit *ursächlich*, mithin kausal gewesen ist.

Wie bereits erwähnt, sind allgemeine Beweislastregeln und derart umfassende Vermutungswirkungen dem *in dubio pro reo*-Grundsatz verpflichteten Straf(verfahrens)recht grundsätzlich fremd.<sup>33</sup> Möchte man hier nicht sämtliche Grundprinzipien und Strukturannahmen auf den Kopf stellen, verbietet sich eine 1:1-Übertragung.

Gleichwohl lassen sich auch im Strafrecht Rechtsfiguren und Anwendungsbereiche finden, die zumindest in eine ähnliche Richtung deuten, wenngleich die angenommenen Wirkungen weniger umfangreich ausfallen. Zu denken ist hier beispielsweise an die strafrechtliche Produkthaftung mit ihren berühmten Entscheidungen zu Ledersprays<sup>34</sup> und Holzschutzmitteln<sup>35</sup> sowie, im hiesigen Kontext noch etwas sachnäher, das Verfahren vor dem LG Aachen zur Ursächlichkeit des Medikaments „Contergan“ für embryonale Fehlbildungen.<sup>36</sup> Gemein war all diese Fällen, dass es an einer hinreichend sicheren naturwissenschaftlichen Grundlage für den Kausalitätsnachweis zwischen Tathandlung und Erfolg fehlte.<sup>37</sup> Es konnte schlichtweg nicht abschließend geklärt werden, ob es tatsächlich die Inhaltsstoffe des in den Verkehr gebrachten Ledersprays, die Bestandteile des verkauften Holzschutzmittels oder der in den verschriebenen Contergan-Tabletten enthaltene Wirkstoff Thalidomid wa-

ren, die am Ende die Rechtsgutsverletzung, sprich: die Gesundheitsschädigung beim Verbraucher, bewirkt hatten. Die Rechtsprechung bejahte die Ursächlichkeit dennoch und behalf sich im Lederspray-Fall mit dem Argument, alle anderen in Betracht kommenden Schadensursachen hätten ausgeschlossen werden können.<sup>38</sup> In der Holzschutzmittel-Entscheidung ging sie sogar noch weiter und hielt den Kausalitätsnachweis bereits deshalb für erbracht, weil „nach einer Gesamtbewertung der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und anderer Indiztatsachen die – zumindest – Mitverursachung des Holzschutzmittels zweifelsfrei festgestellt“<sup>39</sup> worden sei. Der BGH ließ damit eine Art „generelle Kausalität“ genügen, beschränkte sich also auf die Feststellung einer „irgendwie“ gearteten (Mit-)Ursächlichkeit.<sup>40</sup>

Während die Ergebnisse der zitierten Entscheidungen *als solche* überwiegend auf Zustimmung stießen, wurde der Weg dorthin in der Literatur vielfach als dogmatisch „unsauber“ kritisiert.<sup>41</sup> Ohne an dieser Stelle auch nur ansatzweise auf die dahinterstehenden Grundsatzfragen – Sind naturwissenschaftliche Aussagen für die Richterschaft verbindlich? Darf/Muss der Kausalitätsbegriff modifiziert werden? Geht es „nur“ um Wahrscheinlichkeiten oder doch um forensische Wahrheiten? Usw. usf. – adäquat eingehen zu können, so lässt sich damit mit Blick auf etwaige patientenbehandlungsbezogene Schutzlücken jedenfalls das Folgende konstatieren:

Eine schlichte Umkehr der Beweislast, wie sie § 630h Abs. 5 S. 1 BGB im Zivilrecht für grobe Behandlungsfehler vorsieht,

ten) Beeinträchtigung, andererseits aber insbesondere auch auf den Lebensbereich, in dem die fragliche Handlung stattfindet, sowie auf die möglichen (Aus-)Wirkungen der Tat; vgl. insofern auch die Unterscheidung zwischen Gefährdungs- und Gefährlichkeitsdelikten nach Hirsch, s. hierzu bereits Fn. 28. So weist etwa Kindhäuser, Analytische Strafrechtswissenschaft (2021), S. 658 darauf hin, dass Gefährdungsdelikte (nur) „dort ihren genuinen Platz [haben], wo es um die Absicherung institutionalisierter Lebensbereiche geht, die *per se* gefährlich oder in hohem Maße missbrauchsanfällig sind“. Als weitere Begründungsansätze werden u.a. die Gemeingefährlichkeit der Handlung, die „Unbeherrschbarkeit“ des Tatmittels sowie der Umstand, dass es vernünftig wäre, anzunehmen, dass eine rationale Person die fragliche Handlung unterlassen würde, genannt, dazu Koriath, GA 2001, 51, 67 ff. m.w.N. All dies trifft für den Bereich medizinischer (Heil-)Behandlungen grundsätzlich nicht zu, die in aller Regel von einem „vernünftigen“ Grund getragen sind und mit durchaus beherrschbaren, in ihren Wirkungen auf den Individualkontext beschränkten Mitteln durchgeführt werden. Zum „Bedürfnis nach Standardisierung“ und „leichter zu handhabende[n] Interpretationsschemata“ in diesem Zusammenhang Jakobs, ZStW 97 (1985), 751, 767.

30 Siehe nur RGSt 25, 375, 377 ff.; 74, 91, 92 f.; BGHSt 11, 111, 112; 12, 379, 382 ff.; Engländer in Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. (2020), § 223 Rz. 18; Kargl, GA 2001, 538, 553; zum Streitstand Paeffgen/Zabel in NK-StGB, Strafgesetzbuch, 6. Aufl. (2023), § 228 Rz. 56 ff.

31 Siehe nur Paeffgen/Zabel in NK-StGB, Strafgesetzbuch, 6. Aufl. (2023), § 228 Rz. 56 m.w.N.; vgl. auch BGHSt 11, 111, 112.

32 Zu diesem Aspekt s. bereits Fn. 29.

33 Siehe hierzu bereits Fn. 20.

34 BGHSt 37, 106 = NJW 1990, 2560 = NStZ 1990, 587 – Lederspray-Entscheidung.

35 BGHSt 41, 206 = NJW 1995, 2930 = NStZ 1995, 590 – Holzschutzmittel-Entscheidung.

36 LG Aachen, JZ 1971, 507.

37 Vgl. Jähnke, JURA 2010, 582, 584: Kausalität als „Kernproblem“.

38 BGH, NStZ 1990, 587, 589.

39 BGH, NStZ 1995, 590, 592.

40 Zum Begriff s. auch Volk, NStZ 1996, 105, 108.

41 Zusammenfassend Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 6), § 6 Rz. 230 m.w.N.

ließe sich mit dem Straf(verfahrens)recht aktueller Prägung nicht vereinbaren.<sup>42</sup> Gleichwohl sind auch dem Strafrecht gewisse Erleichterungen hinsichtlich des Kausalnachweises nicht *per se* wesensfremd und werden in der (höchst-)richterlichen Rechtsprechung – ungeachtet etwaiger dogmatischer Friktionen – auch so praktiziert (Stichwort: strafrechtliche Produkthaftung). Zumindest rechtstatsächlich dürften daher keine nennenswerten Leerstellen für Patientinnen und Patienten bestehen, denen z.B. sorgfaltspflichtwidrig ein Medikament verschrieben, eine Prothese eingesetzt oder ein Herzschrittmacher implantiert worden ist, deren Ursächlichkeit für eine nachfolgende Gesundheitsschädigung zwar äußerst nahe liegt, aber nicht mittels eines naturwissenschaftlichen Erfahrungssatzes zweifelsfrei nachgewiesen werden kann.

Dagegen wird man über die allgemeinen Anforderungen, insbesondere den vorgelagerten Nachweis des Vorliegens eines Behandlungsfehlers, nicht umhinkommen.<sup>43</sup> Der Schluss vom Faktum der Schadensrealisation auf ein vorsätzliches oder fahrlässiges Fehlverhalten, wie ihn § 630h Abs. 1 BGB nahelegt, bleibt dem Medizinstrafrechtler, der Medizinstrafrechtlerin grundsätzlich verwehrt.

Ebenso bestehen massive Bedenken hinsichtlich einer allgemeinen Ausweitung des Gedankens der strafrechtlichen Produkthaftung dahingehend, diese (1.) produktunabhängig auszugestalten und (2.) auch auf Bereiche auszudehnen, in denen es nicht mehr „nur“ um das Fehlen naturwissenschaftlich gesicherter Kausalitäts-Erfahrungssätze geht, sondern das Vorliegen ganzer Kausalketten zwischen Handlung und Erfolg in Zweifel steht. Andernfalls deutete man gesetzlich als Erfolgsdelikte ausgestaltete Tatbestände vollends zu abstrakten Gefährdungsdelikten um.<sup>44</sup> Sollten durch eine solche Beschränkung tatsächlich strafrechtliche „Leerstellen“ entstehen, dann wären diese jedenfalls keine behandlungsbezogenen *Schutzlücken*, sondern notwendiger Ausfluss eines fragmentarischen, dem Gesetzlichkeitsprinzip verpflichteten Strafrechts – und damit grundsätzlich hinzunehmen.

## 2. Gesetzesinhärenter „dogmatischer Wirrwarr“ als Einfallstor eines für Ärztinnen und Ärzte hypertrophen Strafrechts?

Wurden bisher vorrangig patientenbezogene Schutzlücken als strafrechtliche „Leerstellen“ in den Blick genommen, ist es umgekehrt auch möglich, dass sich ein sanktionsbezogenes „Zu-Viel“ für Ärztinnen und Ärzte ergibt. Der Grund hierfür kann einerseits in einer fehlgeleiteten Gesetzgebung liegen, andererseits aber auch Folge eines im Gesetz zumindest (mit-)angelegten „dogmatischen Wirrwarrs“<sup>45</sup>, einer jedenfalls dogmatisch anspruchsvollen Situation, sein.

Aber der Reihe nach: Seit jeher und nun in § 630h BGB noch einmal ausdrücklich verankert, unterscheidet man zwischen Aufklärungs- und Behandlungsfehlern. Da die bloße Verletzung des Selbstbestimmungsrechts *als solche* aber nicht unter Strafe steht, ist man im Strafrecht grundsätzlich gezwungen, trotz dieser gesetzlichen Differenzierung auf die Behandlung als Ganzes inkl. vorangegangener Aufklärung und – möglichst – wirksamer Einwilligung abzustellen.<sup>46</sup> Diese „Mehraktigkeit“ ist jedoch dogmatisch nicht immer ganz leicht zu fassen und kann – deliktssystematisch falsch verortet (hierzu sogleich) –

zu einem Einfallstor hypertrophen Strafrechts werden: nicht ein Zu-Wenig ist dann zu beklagen, sondern Ärztinnen und Ärzte werden Objekt übermäßiger Sanktionierung.

Virulent wird diese Gefahr insbesondere in (doppelten) Kombinationsfällen, d.h. immer dann, wenn sowohl Aufklärungs- und Behandlungsfehler als auch Vorsatz- und Fahrlässigkeits-elemente zusammentreffen.<sup>47</sup> An einem Beispiel: Fachärztin F täuscht i.R.d. Aufklärung gegenüber Patient P bewusst über einen aufklärungsrelevanten Umstand (z.B. verschweigt sie, vielleicht aus finanziellen Motiven, relevante Behandlungsalternativen und/oder -risiken; = „vorsätzlicher Aufklärungsfehler“). P willigt in die Behandlung ein. Unterläuft F nun während der Behandlung ein (weiterer) fahrlässiger *Behandlungsfehler*<sup>48</sup> infolgedessen der Patient verstirbt, stellt sich die Frage nach einer Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB).

Eine vorsätzliche und infolge des Fehlens einer wirksamen Einwilligung (Stichwort: „vorsätzlicher Aufklärungsfehler“) rechtswidrige Körperverletzung liegt vor.<sup>49</sup> Eine objektiv fahrlässige

42 Bülte, JZ 2014, 603 macht in diesem Zusammenhang aber darauf aufmerksam, dass das „Strafrecht vergangener Zeiten“ durchaus zahlreiche gesetzliche Vermutungen enthielt, so z.B. die (widerlegbare) Vermutung der Bereicherungsabsicht bei der Sachentwendung nach § 1112 PrALR II 20 (Preußisches Allgemeines Landrecht).

43 Vgl. insofern aber im Zivilrecht § 630h Abs. 1 BGB, wonach ein Fehler des Behandelnden vermutet wird, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat.

44 Dahingehend auch Volk, NSTZ 1996, 105, 110.

45 Verstanden als eine gesetzliche Situation, die den Rechtsanwender zumindest vor dogmatische Herausforderungen stellt, ohne dass hiermit *per se* ein Vorwurf an den Gesetzgeber verbunden wäre.

46 Dagegen bilden im Arzthaftungsrecht Aufklärungs- und Behandlungsfehler unterschiedliche Streitgegenstände, vgl. nur OLG Dresden, Hinweisbeschluss v. 28.3.2018 – 4 U 23/18, BeckRS 2018, 8935.

47 Die dichotome Unterscheidung zwischen Aufklärungs- und Behandlungsfehlern ist hier eher chronologisch als streng im Sinne des Zivilrechts zu verstehen, d.h. das oben Gesagte gilt auch dann, wenn ein (vorsätzlicher) Fehler bei bzw. i.R.d. der Aufklärung erfolgt ist, der zivilrechtlich als Behandlungsfehler einzustufen wäre. Zu den Unterschieden hinsichtlich der Beweislast im Zivilrecht s. aber Frahm, NJW 2021, 216 [Behandlungsfehler] und NJW 2022, 2899 [Aufklärungsfehler]. Im vorstehenden Sinn soll die Unterscheidung also v.a. verdeutlichen, dass sich die Fehler bei verschiedenen, zeitlich versetzten Handlungsschritten vollzogen haben.

48 Z.B. sorgt F nicht für eine hinreichende Narkoseüberwachung durch einen Anästhesisten, verwendet eine „falsche“ Medikation oder durchtrennt die „falschen“ Nervenstränge, Venen etc.

49 Jeweils bezogen auf die wohl h.M. zum ärztlichen (Heil-)Eingriff, vgl. hierzu bereits Fn. 30. An dieser Stelle offenbaren sich aber bereits erste Friktionen, sofern man – wie üblich – hinsichtlich Vorsatztatens im Bereich medizinischen Handelns schlichtweg darauf verweist, dass in diesem Zusammenhang auch bei „medizinisch grob fehlerhaftem Verhalten“ die Annahme von Vorsatz bezüglich des Körperverletzungserfolgs „nur unter besonderen Umständen geboten“ sei und deshalb Vorsatztatens hier nur in Ausnahmefällen in Betracht kämen. Dahingehend z.B. Kraatz (Fn. 3), § 3 Rz. 39 und Waßmer, Medizinstrafrecht, 1. Aufl. (2022), § 4 Rz. 16, jeweils unter Verweis auf BGH NSTZ 2004, 35, 36 und BGH MedR 2014, 812 – wobei sich beide Entscheidungen ohnehin primär auf eine Strafbarkeit nach § 227 StGB beziehen. Denn hinsichtlich des eigentlichen Schnittes als grundsätzlich maßgeblichem Körperverletzungserfolg (s.o., z.B. Durchtrennung der Vene, Amputation des Beines etc.) wird der Arzt so gut wie immer mit Wissen und Wollen, mithin vorsätzlich handeln. Dass er den *Behandlungsfehler* in aller Regel fahrlässig begeht (d.h. die „falsche“ Vene durchtrennt, das „falsche“ – gesunde – Bein abnimmt etc.), lässt sich über die Figur des Erlaubnistatbestandsirrtums adäquat erfassen: Der Behandelnde geht davon aus, die „richtige“

Tötung als Teilelement des § 227 StGB wird ebenfalls zu bejahen sein, da F bei der Behandlung ein fahrlässiger Behandlungsfehler unterlaufen ist, an dessen Folgen P kausal und grundsätzlich objektiv zurechenbar verstirbt. Da § 227 StGB aber mehr ist als die Summe aus § 223 StGB und § 222 StGB – vgl. insofern bereits den deutlich erhöhten Strafraum der Norm – muss für eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge ein besonders enger, mithin ein sog. *spezifischer Gefährdungszusammenhang* zwischen dem Grunddelikt (hier: § 223 StGB) und der schweren Folge (hier: dem Tod des P) bestehen.<sup>50</sup> In typischer Lehrbuchdiktation: Im tödlichen Erfolg muss sich gerade die dem Grundtatbestand anhaftende eigentümliche („tatbestandsspezifische“) Gefahr niedergeschlagen haben.<sup>51</sup>

Hier aber gilt es nun genau zu differenzieren: Was ist das vorsätzliche<sup>52</sup> Grunddelikt, auf das abzustellen ist, und welche *spezifische* Gefahr haftet diesem an? Da es hinsichtlich des fahrlässigen Behandlungsfehlers am Vorsatz fehlt,<sup>53</sup> kommt insofern allein die Vornahme der nicht wirksam eingewilligten Operation als solche in Betracht. Die Durchführung eines medizinischen Eingriffs, dessen Einwilligung man sich täuschend „erschlichen“ hat, stellt insofern unzweifelhaft eine vorsätzliche Körperverletzung dar. Es bedeutete nun aber eine Überdehnung, die diesem Grunddelikt anhaftende spezifische Gefährlichkeit (auch) darin zu sehen, dass nicht eingewilligten Operationen generell und stets das Risiko innewohnt, dass es im Rahmen ihrer Durchführung zu weiteren Behandlungsfehlern kommt, in deren Folge die behandelte Person verstirbt. Denn das wäre gerade keine spezifische, sondern eine reichlich unspezifische, eine allgemeine Gefahr.

Ähnlich sehen dies der BGH sowie weite Teile des Schrifttums. Sie betonen, dass in Fällen,

„in denen der Grundtatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung durch einen ärztlichen Heileingriff verwirklicht wird, welchem keine ausreichende Aufklärung und Einwilligung zugrunde lieg[en], [...] der gefahrsspezifische Zurechnungszusammenhang nur dann gegeben [ist], wenn sich in dem Tod gerade die Gefahr realisiert hat, auf die der Patient in dem vorangegangenen Aufklärungsgespräch nicht oder nicht ausreichend hingewiesen worden ist“<sup>54</sup>.

Das ist sicherlich richtig. Ich hebe diesen Aspekt dennoch besonders hervor – aus zwei Gründen: Einerseits, weil nach wie vor Entscheidungen ergehen, die diese Prämissen nicht hinreichend berücksichtigen und Ärztinnen und Ärzte deshalb nach § 227 StGB verurteilt werden, wo meines Erachtens lediglich eine Strafbarkeit nach §§ 223, 224 StGB in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung im Raum steht.<sup>55</sup>

Andererseits aber – und dies ist der viel wichtigere Grund – deshalb, weil die Ausführungen in Rechtsprechung und Literatur allzu sehr nach Ausnahmenvorschrift und ärztlichen Sonderregeln klingen, wo es sich eigentlich schlichtweg um klassische § 227er-Dogmatik handelt:

Anknüpfungsobjekt der Prüfung des Gefahrverwirklichungszusammenhangs ist und bleibt allein das vorsätzliche Grunddelikt und damit die Vornahme der nicht eingewilligten, weil „unaufgeklärten“ Behandlung (s. oben). Tritt hingegen ein hiervon grundsätzlich unabhängiger, todesursächlicher (fahrlässiger) Behandlungsfehler hinzu, darf dieser nicht einfach im

Sinne eines bei natürlicher Betrachtung „einheitlichen Gesamtbehandlungsgeschehens“ diesem Grundtatbestand „zugeschlagen“ werden – auch wenn das Strafrecht, wie eingangs erwähnt, grundsätzlich gehalten ist, bei der Strafbarkeitsbeurteilung des ärztlichen (Heil-)Eingriffs die gesamte Behandlung in den Blick zu nehmen.<sup>56</sup> Besteht sodann zwischen dem dergestalt „beschränkten“ Grunddelikt und der Todesfolge kein spezifischer Gefährdungszusammenhang, weil der allein die vorsätzliche Körperverletzung bedingende vorsätzliche Aufklärungsmangel<sup>57</sup> in keinem inneren Zusammenhang zum unmittelbar todesursächlichen fahrlässigen Behandlungsfehler steht, ist der Weg über den Verbrechenstatbestand des § 227 StGB versperrt.

## IV. Resümee und Ausblick

Ich komme zu einem knappen Resümee: Die titelgebende Frage nach strafrechtlichen Schutzlücken bei der Patientenbehandlung lässt sich unter derart vielgestaltigen Gesichtspunkten stellen, dass eine punktuelle Betrachtung erforderlich wurde. Bezogen auf den Bereich des Beweisrechts war es Ansinnen des Beitrags, herauszuarbeiten, dass die zivilrechtliche Paralleldiskussion um eine Beweismaßreduktion im Strafrecht weder zur Anwendung der Risikoerhöhungslehre noch der Schaffung neuer Gefährdungstatbestände zwingt. Stattdessen erweisen sich beide Ansätze als dogmatisch nur bedingt tragfähig und im vorliegenden Kontext kaum „systemkonform“. Hieraus ggf. erwachsende strafrechtliche „Leerstellen“ sind hinzunehmen.

Dagegen lassen sich Gedanken der strafrechtlichen Produkthaftung durchaus im Sinne des Patientenschutzes fruchtbar machen, wobei jedoch die damit verbundene, jedenfalls faktische

Vene, das „richtige“ Bein zu behandeln; entsprechend läge bei Zugrundelegung dieses Vorstellungsbildes eine wirksame, das „richtige“ Bein, die „richtige“ Vene betreffende Einwilligung seitens des Patienten vor. Ein solcher Erlaubnistatbestandsirrtum lässt dann (zumindest nach überwiegender Ansicht) den Vorsatzschuldvorwurf entfallen; mithin scheiden Vorsatzdelikte aus. Eine Bestrafung aus Fahrlässigkeitsdelikten bleibt in diesen Fällen aber gleichwohl möglich. Der vielfach zu findende Hinweis, in derartigen Fällen komme lediglich eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht, ist daher zumindest verkürzt – und deshalb u.U. geeignet, Verwirrung über die jeweiligen Bezugsobjekte – auch i.R.d. § 227 StGB (s.u.) – zu stiften.

50 Ganz h.M., s. nur BGH, NStZ 2021, 494, 498; Eschelbach in BeckOK/StGB, 63. Ed. (1.11.2024), § 227 Rz. 7.

51 Siehe nur Rengier, Strafrecht BT II, 25. Aufl. (2024), § 16 Rz. 5.

52 Erforderlich ist ein vorsätzliches, rechtswidriges und schuldhaftes Grunddelikt, vgl. Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. (2019), § 227 Rz. 1.

53 Siehe hierzu auch bereits Fn. 49.

54 Knauer/Brose in Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. (2022), StGB § 227 Rz. 4; ebenso Widmaier in FS Roxin II (2011), 439, 447; Sternberg-Lieben/Reichmann, MedR 2012, 97, 98; vgl. auch BGH NJW 2011, 2895, 2897.

55 Vgl. in diesem Zusammenhang z.B. LG Braunschweig Ur. v. 9.1.2018 – 9 Ks 401 Js 4535/11, BeckRS 2017, 157040. Darin hat das LG Braunschweig einen die Indikation vorspiegelnden Urologen (vgl. insofern bereits Fn. 47) wegen Körperverletzung mit Todesfolge verurteilt, nachdem er die Behandlung seines Patienten trotz Abwesenheit des Anästhesisten fortführte und der Patient infolge auftretender Narkosekomplikationen, die (nur) ein anwesender Narkosespezialist hätte beheben können, verstarb. Anders dagegen die diesbzgl. Falllösung bei Schrott, Medizinstrafrecht, 1. Aufl. (2024), S. 71 ff.

56 Dahingehend aber LG Braunschweig Ur. v. 9.1.2018 – 9 Ks 401 Js 4535/11, BeckRS 2017, 157040: „Verknüpfung“.

57 Läge lediglich ein fahrlässiger Aufklärungsmangel vor, griffen die Grundsätze des Erlaubnistatbestandsirrtums mit der Folge, dass nach h.M. eine Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt ausscheidet; vgl. hierzu bereits Fn. 49.



Absenkung des Kausalitätserfordernisses auf produktbezogene Sachverhalte ohne naturwissenschaftlich gesicherte Kausalitäts-Erfahrungssätze beschränkt bleiben sollte.

Mit Blick auf etwaige Schutzlücken für die behandelnde Ärzteschaft durch Einfallstore hypertrophen Strafrechts lässt sich festhalten, dass „saubere“ Rechtsanwendung zwar nicht vor Strafe schützt, jedoch eine übermäßige Sanktionierung verhindert. Insbesondere bei § 227 StGB gilt es daher, dogmatisch

korrekt zwischen den verschiedenen tatbestandsspezifischen Anknüpfungspunkten zu differenzieren und Gesamtbetrachtungen nur dort anzustellen, wo diese tatsächlich angezeigt sind. Dann, aber auch nur dann, präsentieren sich die einschlägigen Regelungen des StGB als taugliches Instrumentarium, um die Rechtsgüter von Behandlern und Behandelten gleichermaßen wirksam zu schützen.

## Literaturübersicht

*Wiss. Mit. Jessica Krüger, MPhil (Cantab), Bucerius Law School, Hamburg*

# Beitragsübersicht Medizinstrafrecht – Juli bis September 2024

Der Beitrag stellt die Aufsätze und Anmerkungen zusammen, die im 3. Quartal 2024 in einschlägigen Fachzeitschriften zum gesamten Medizinstrafrecht veröffentlicht worden sind. Zu den Aufsätzen geben kurze Inhaltsangaben eine erste Orientierung.

In diesem Heft setzt die *medstra* ihre Übersicht über die einschlägige Beitrags- und Anmerkungsliteratur im Medizinstrafrecht fort. Erneut möchten wir Sie darauf hinweisen, dass Sie die Erfassung Ihres Beitrages gern absichern können, indem Sie etwa ein PDF-Dokument an die Autorin senden ([medstra@law-school.de](mailto:medstra@law-school.de)).

### I. Aufsätze in Zeitschriften

1. *Silke Dulle/Andreas Scheffold*, GuP 2024, S. 151-155: **Die Auswirkungen des MedCanG auf die Unternehmenspraxis**

Im Zuge der teilweisen Legalisierung von Cannabis zu Genusszwecken hat auch die Regelung von Medizinalcannabis einige Änderungen erfahren, die in diesem Beitrag aufbereitet werden. Entscheidend sei insbesondere, dass Medizinalcannabis nun kein Betäubungsmittel mehr sei und das Vergabeverfahren für den Anbau in ein Erlaubnisverfahren geändert worden sei. Auch die Änderungen, die sich auf den Genehmigungsvorbehalt der Krankenkassen bei einer Verordnung von Medizinalcannabis ergeben, werden untersucht.

2. *Karsten Gaede*, MedR 2024, S. 703-712: **Sanktionen des Sozialrechts – Zündstoff im Medizinwirtschaftsstrafrecht? Die nächste Karriere des Abrechnungsbetruges<sup>1</sup>**

Der Abrechnungsbetrug, so *Gaede*, sei weiterhin die Kernnorm des Medizinwirtschaftsstrafrechts, im Gegensatz zu den §§ 299a, 299b StGB mit ihren schwieriger nachzuweisenden Tatbestandsmerkmalen. Dies werde durch neuere Entwicklungen im Sozialrecht, insbesondere den vollumfänglichen Ausschluss von Vergütungen bei Verstößen gegen § 128 Abs. 2

StGB V, noch verstärkt. *Gaede* kritisiert diese Entwicklungen und plädiert zur Begrenzung der Betrugsstrafbarkeit anhand des § 128 StGB V dafür, schon im Sozialrecht die vom Gesetz aufgestellten begrenzenden Merkmale ernst zu nehmen. Die Fallgruppe, nach der staatliche Vermögenssanktionen dem Schaden des Betruges nicht unterfallen, will er auch auf sanktionsweise entfallene sozialrechtliche Ansprüche ausdehnen und die tatbestandlichen Schranken der Korruptionsdelikte begrenzend berücksichtigen.

3. *Jan-David Hoppe*, A&R 2024, S. 189-197: **Strafrechtliche Ermittlungen wegen CBD in der Apotheke**

Anlässlich verschiedener Ermittlungsverfahren gegen Apotheker wegen des Verkaufs von CBD-Öl untersucht *Hoppe* die Strafbarkeitsrisiken, die sich beim Verkauf von CBD-Produkten ergeben. Konkret wurde von der StA im Ausgangsfall eine Strafbarkeit wegen Verstoßes gegen Vorschriften des Lebensmittel- und FuttermittelGB angenommen. *Hoppe* geht zunächst auf das Ermittlungsverfahren ein und die Verteidigungsmöglichkeiten, die in diesem Stadium bestehen. Sodann widmet er sich einer ausführlichen materiellrechtlichen Prüfung der strafrechtlichen Vorwürfe und stellt – auch vor dem Hintergrund der nunmehr erfolgten teilweisen Legalisierung von Cannabis – Überlegungen zu Einstellungsmöglichkeiten an.

4. *Lorenz Leitmeier*, JM 2024, S. 320-323: **Schwangerschaftsabbruch: Springt die Ampel auf Grün?**

In dem Beitrag widmet sich *Leitmeier* der Frage, ob eine Liberalisierung des Schwangerschaftsabbruchs rechtlich und politisch möglich erscheint. Er legt dar, weshalb die bisherige Rege-

<sup>1</sup> Der Beitrag ist, wie derjenige von *Lindemann* (s.u.) eine Verschriftlichung des Vortrags auf der Medizinrechtslehrtagung 2024. Für eine ausführlichere Zusammenfassung des Vortrags und der anschließenden Diskussion s. den Tagungsbericht von *Krüger*, *medstra* 2024, 233.



lung „verkorkst“, „voller Wertungswidersprüche“ und damit letztlich „unaufrichtig“ sei. Die Regelung könne daher sinnvoll nicht aus der Perspektive des Strafrechts, sondern als Ergebnis einer langjährigen rechtspolitischen Auseinandersetzung erfasst werden. Insgesamt begrüßt es *Leitmeier*, wenn sich der Gesetzgeber trotz der erwartbar heftigen gesellschaftlichen Debatten dem Thema wieder annimmt, betont gleichzeitig aber die Notwendigkeit der Kompromissfindung.

5. *Michael Lindemann*, MedR 2024, S. 713-721: **Healthcare Compliance – Korruption und Kooperation**

Der Beitrag hat Healthcare Compliance und die Rechtswirklichkeit der Korruptionstatbestände zum Thema. *Lindemann* stellt fest, dass die Bedeutung der Korruptionstatbestände, gemessen an Hellfelddaten, zwar gering zu sein scheine, die Einführung der Normen gleichzeitig aber Einfluss auf Akteure im Gesundheitswesen und die Strafverfolgung gehabt habe. Vor diesem Hintergrund stellt er die Ergebnisse einer eigenen qualitativen Untersuchung vor, die Einblicke in die Compliance-Praxis im Bereich Korruption gibt. Insgesamt stellt er fest, dass aufgrund der Unschärfe der Korruptionstatbestände die Bedeutung von Healthcare Compliance und insbesondere eines vorausschauenden Indizienmanagements groß sei, um schon einen Anfangsverdacht zu vermeiden. Zu den Herausforderungen der Implementierung eines wirksamen CMS gehöre aber auch, dass sich die Messbarkeit eines solchen Systems schwierig gestalte.

6. *Ingo Palsherm*, GesR 2024, S. 477-482: **Über die Zulässigkeit des Fotografierens und Filmens von (Intensiv-)Patienten**

Der Beitrag untersucht die Zulässigkeit des Anfertigens von Bildaufnahmen von Patienten auf der Intensivstation. Ausführlich wird zunächst die strafrechtliche Rechtslage gem. § 201 StGB behandelt und untersucht, wann eine Aufnahme in einem gegen einen Einblick besonders geschützten Raum stattfindet und den höchstpersönlichen Lebensbereich der Person verletzt. Sodann fragt *Palsherm* nach einer möglichen Rechtfertigung, die er bei einer Anfertigung von Bildern zum Zwecke eines der mentalen Gesundheit des Patienten dienenden Intensivtagebuchs auch annimmt. Abschließend behandelt der Beitrag noch verfassungs- und datenschutzrechtliche Fragen sowie ein Verbot von Aufnahmen nach dem Hausrecht der Einrichtung.

7. *Tilman Reichling*, HRRS 2024, S. 231-237: **Zum Abrechnungsbetrug bei der Durchführung von (Nicht-)Arztleistungen nach § 12 der Coronavirus-Testverordnung**

Die Einordnung von möglichen Betrugsfällen bei der Abrechnung von Corona-Tests nach der Corona-Testverordnung ist Gegenstand dieses Beitrags. Da die TestV bei der Höhe des abzurechnenden Betrags zwischen ärztlichen und nicht-ärztlichen Leistungserbringern differenziert, widmet sich *Reichling* primär dieser Abgrenzung. Er legt die Testverordnung anhand der gängigen Auslegungsmethoden aus und konkretisiert so, wann eine ärztliche Leistungserbringung vorliegt.

8. *Stephanie Rohlfig Dijoux*, MedR 2024, S. 573-575: **Gesetzesentwurf zur „Fraternité“ in Frankreich – über die Liberalisierung der Sterbehilfe**

*Rohlfig Dijoux* stellt einen französischen Gesetzesentwurf vor, der ab Mai dem Senat zugeleitet werden soll, und in dem die

Sterbehilfe in Frankreich neu geregelt werden soll. Dem Entwurf zufolge soll sowohl Beihilfe zum Suizid als auch „Euthanasie“ erlaubt werden. Letztere soll nur zulässig sein, wenn der eigenverantwortlich entscheidende, volljährige Patient an einer schweren Krankheit leidet, die in absehbarer Zeit zum Tode führt und unerträgliches Leiden verursacht. Der Gesetzesentwurf stoße auf erhebliche Widerstände in der Ärzteschaft; ein Bürgergerrat hingegen, der zur Untermauerung des Gesetzes einberufen worden war, befürwortete grundsätzlich die Zulassung jeder Form von aktiver Sterbehilfe.

9. *Felix Ruppert/Leonie Laubacher*, ZRP 2024, S. 132-136: **Mehr Selbstbestimmung in der Reproduktionsmedizin?**

Der Beitrag beleuchtet die Empfehlungen der von der Bundesregierung eingesetzten Kommission zur Fortpflanzungsmedizin. Nach Ansicht der Autoren schütze das Verbot der Eizellspende kein „konkretes Rechtsgut“, sei gleichheitswidrig und daher verfassungswidrig. Dass die Kommission dem Gesetzgeber einen Spielraum einräumt, die Strafnorm aufrechtzuerhalten, kritisieren *Ruppert* und *Laubacher* entsprechend. Auch das gegenwärtige Totalverbot der Leihmutterchaft und das Ergebnis der Kommission, der Gesetzgeber könne an dem Verbot festhalten, überzeugt die Autoren nicht.

10. *Oliver Tolmein*, GuP 2024, S. 133-136: **Suizid und Suizidassistentz**

*Tolmein* zeichnet in diesem Beitrag die Rechtsprechung des BVerwG zur Freigabe von Natrium-Pentobarbital von seiner ersten, aufsehenerregenden Entscheidung 2017 bis hin zu zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2023 nach. Er analysiert die Argumentation des Gerichts in den unterschiedlichen Entscheidungen. In den jüngeren Entscheidungen sei das BVerwG zwar nicht ausdrücklich davon abgerückt, dass in einer extremen Notlage eine Freigabe durch das BfArM erfolgen müsse, dennoch sei nun schwer vorstellbar, wann ein solcher Fall vorliegen könne. Insgesamt solle der Gesetzgeber aber die weitere Entwicklung der Sterbehilfe-Debatte nicht den Gerichten überlassen, sondern selbst tätig werden.

11. *Josua Zimmermann*, MedR 2024, S. 494-500: **Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben und der Anspruch auf Betäubungsmittel zu Suizidzwecken**

Auch *Zimmermann* widmet sich der Besprechung der jüngsten Entscheidung des BVerwG zur Freigabe von Natrium-Pentobarbital. Dazu gibt *Zimmermann* zunächst einen Überblick über den umstrittenen Wirkstoff und seine gesetzliche Einordnung, sowie die jüngere Rechtsprechung von BVerfG und BVerwG zur Sterbehilfe und dem Einsatz von Betäubungsmitteln dabei. In der jüngsten Entscheidung des BVerwG erkennt *Zimmermann* sodann zwar einige Ansatzpunkte für Kritik, plädiert aber gleichzeitig dafür, dass der Zugang zu Suizidmitteln keinesfalls ohne Sicherungen möglich sein dürfe. Letztlich, so *Zimmermann*, sei hier vor allem der Gesetzgeber angesprochen, die Materie neu zu regeln.

## II. Anmerkungen

► BGH, Beschl. v. 2.11.2023 – 6 StR 128/23 = medstra 2024, 110: Abgrenzung zwischen Tötungsdelikten und Schwangerschaftsabbruch

Anmerkung von Sebastian Vogel, JR 2024, S. 416-423

► BGH, Beschl. v. 19.12.2023 – 4 StR 325/23 = medstra 2024, 237: Gefährliche Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs

Anmerkung von Frank Zieschang, JR 2024, S. 364-371

► BGH, Beschl. v. 18.10.2023 – 1 StR 146/23 = medstra 2024, 171: Impfzertifikat

Anmerkung von Fynn Wenglarczyk, JR 2024, S. 498-505

► BVerwG, Urt. v. 7.11.2023 – 3 C 8.22 = medstra 2024, 248: Versagung einer Erlaubnis zum Erwerb von Natrium-Pentobarbital zum Zweck der Selbsttötung

Anmerkung von Josef Lindner, MedR 2024, S. 530-532

Anmerkung von Yury Safoklov, MedR 2024, S. 528-530

► VG Düsseldorf, Beschl. v. 15.11.2023 – 29 L 2480/23: Bescheinigung über medizinische Kontraindikation einer Masernimpfung

Anmerkung von Friederike Gebhard, MedR 2024, S. 537-539

► OLG Hamm, Urt. v. 5.10.2023 – 1 ORs 27/23 = medstra 2024, 256: Unerlaubter Konsum von Betäubungsmitteln zur Abwendung schwerer Gesundheitsbeeinträchtigungen

Anmerkung von Mustafa Oğlakcioğlu/Justine Diebel, NStZ 2024, S. 424-427

► OLG Celle, Urt. v. 9.4.2024 – 2 ORs 29/24: Impfunfähigkeitsbescheinigung

Anmerkung von Frank Zieschang, MedR 2024, S. 597-599

► AG Saarbrücken, Beschl. v. 30.6.2024 – ZBG AR 1394/24: Fixierung im saarländischen Maßregelvollzug

Anmerkung von Lorenz Bode, NStZ-RR 2024, S. 294-296

# Rechtsprechung

## Abrechnungsbetrug und Bestechung im Zusammenhang mit der Verordnung von Kompressionsstrümpfen

StGB §§ 25, 73, 73c, 263, 299a; SGB V § 128 Abs. 2

An der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, wonach in Fällen des von Leistungserbringern oder Apothekern begangenen Abrechnungsbetruges der einer gesetzlichen Krankenkasse entstandene Vermögensschaden sozialrechtsakzessorisch zu bestimmen ist, wird festgehalten. Es auch ist nicht geboten, die Regelung des § 128 Abs. 2 SGB V im Rahmen einer Strafbarkeit wegen Betruges restriktiver als nach sozialrechtlichem Verständnis auszulegen.

(nicht amtl.)

BGH, Urt. v. 21.3.2024 – 3 StR 163/23

**Stichworte:** Abrechnungsbetrug – Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen – Verordnung von Kompressionsstrümpfen – Kick Back – Vermögensschaden – streng formale Betrachtungsweise – Einziehung von Taterträgen – Einziehung von Wertersatz

### Gründe:

- Das LG hat die Angeklagte wegen „gemeinschaftlichen“ gewerbs- und bandenmäßigen Betruges in 145 Fällen sowie Bestechlichkeit im Gesundheitswesen in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Ferner hat es gegen sie die „Einziehung von Wertersatz“ i.H.v. 76.870,34 € angeordnet. Die auf die Sachrüge gestützte Revision der Angeklagten führt zur Neufassung des Schuldspruchs und hat zum Einziehungsausspruch den aus der Ur-

teilsformel ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet.

I. 1. Das LG hat folgende Feststellungen getroffen:

2

Die Angeklagte war zugelassene Vertragsärztin der Kassenärztlichen Vereinigung Rheinland-Pfalz. Sie betrieb eine chirurgisch-phlebologische Einzelpraxis. Die mitangeklagten Eheleute Q. waren die verantwortlichen Geschäftsführer der F. GmbH, eines Sanitätshauses, das Versicherte der A. und der Ersatzkassen mit Hilfsmitteln der Orthopädie- und Medizintechnik sowie mit Rehabilitationsmitteln versorgte.

a) Vor dem Jahr 2015 vereinbarte der Mitangeklagte Q. mit der Angeklagten, ihr zukünftig für die Zuführung von Patienten zur Versorgung mit flachgestrickten Kompressionsstrümpfen wirtschaftliche Vorteile i.H.v. zehn Prozent des jährlichen Umsatzes der F. GmbH mit solchen von der Angeklagten verordneten und von der GmbH gegenüber den Krankenkassen abgerechneten Hilfsmitteln zu gewähren. Der Mitangeklagte setzte davon seine Ehefrau und die Mitangeklagte D., eine Mitarbeiterin des Sanitätshauses, in Kenntnis. Die Vereinbarung wurde zunächst einvernehmlich wie folgt praktiziert: Die Angeklagte stellte ihren Patienten eine Vielzahl von Verordnungen über flachgestrickte Kompressionsstrümpfe aus. Die Mitangeklagte D. hielt eigene feste „Sprechstunden“ in den Praxisräumen der Angeklagten, im Rahmen derer sie eine hohe Anzahl der betroffenen Patienten beriet und vermaß. Zwei mitangeklagte Praxismitarbeiterinnen der Angeklagten koordinierten die Patiententermine bei der Mitangeklagten D. Zumindest in einigen Fällen empfahl die Angeklagte diese und das Sanitätshaus; zahlreiche Patienten wurden schon durch das Angebot der Vermes-

3

4

sung in den Praxisräumen in Richtung dieses Sanitätshauses gelenkt.

5 Im Zeitraum vom 1.1.2015 bis zum 2.6.2016 rechnete die F. GmbH in 43 Fällen die von der Angeklagten entsprechend der Vereinbarung verordnete Kompressionsware gegenüber der A. ab. Die Sachbearbeiter veranlassten in Unkenntnis der Abrede die Auszahlung der geltend gemachten Beträge in einer Gesamthöhe von 87.786,31 € an das Unternehmen. Als Gegenleistung für die Zuführung von Versicherten der A. sowie anderer Krankenkassen übernahm die GmbH – verdeckt durch Scheinanstellungen – Lohnkosten der Angeklagten für die mitangeklagten Praxismitarbeiterinnen im Umfang von 26.109,79 € und erbrachte Barzahlungen in unbekannter Höhe an sie (Tatkomplex I).

6 b) Anlässlich des Inkrafttretens des Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen am 4.6.2016 kam der Mitangeklagte Q. mit der Angeklagten überein, die Zusammenarbeit in modifizierter Form fortzuführen. Im Einvernehmen der Beteiligten wurde die Vereinbarung fortan insoweit abweichend praktiziert, als die Mitangeklagte D. die Patienten der Angeklagten in einer von der F. GmbH eigens zu diesem Zweck eröffneten Filiale beriet und vermaß, die nur wenige Meter von der Arztpraxis entfernt war, und die GmbH die wirtschaftlichen Vorteile i.H.v. zehn Prozent des jährlichen Umsatzes als sog. Boni bar an die Angeklagte auszahlte. Im Übrigen blieb das Vorgehen unverändert.

7 Im Zeitraum vom 9.6.2016 bis zum 22.10.2018 rechnete die F. GmbH in weiteren 102 Fällen die von der Angeklagten vereinbarungsgemäß verordnete Kompressionsware gegenüber der A. ab. Die weiterhin uninformierten Sachbearbeiter veranlassten die Auszahlung der geltend gemachten Beträge in einer Gesamthöhe von 128.050,24 € an das Unternehmen. Als Gegenleistung für die Zuführung von Versicherten der A. sowie anderer Krankenkassen entrichtete die GmbH an die Angeklagte folgende Barbeträge: 5.200 € für das Restjahr 2016, 23.817 € für das Jahr 2017 und 21.743,55 € für das Jahr 2018, mithin insgesamt 50.760,55 € (Tatkomplex II).

8 2. Das LG hat die Feststellungen rechtlich wie folgt gewürdigt:

9 Indem die Angeklagte in den zwei Tatkomplexen aufgrund des gemeinsam mit den mitangeklagten Eheleuten Q. und der Mitangeklagten D. gefassten Tatplans medizinische Strümpfe verordnet habe, damit die F. GmbH die Ware absprachegemäß gegenüber der A. abrechne, und sich finanziell an den auf diese Weise generierten Umsätzen beteiligt habe, habe sie in insgesamt 145 Fällen mittäterschaftlich einen Betrug gem. § 263 Abs. 1, § 25 Abs. 2, § 53 StGB begangen. Sie habe jeweils den Qualifikationstatbestand des § 263 Abs. 5 StGB verwirklicht, weil sie die Taten gewerbsmäßig und als Mitglied der aus ihr und diesen drei Mitangeklagten bestehenden Bande verübt habe. Der A. seien in Höhe der gesamten ausgezahlten Rechnungsbeträge Vermögensschäden entstanden. Die Krankenkasse habe jeweils auf eine Nichtschuld geleistet, weil der F. GmbH wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot der unzulässigen Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten und Leistungserbringern gem. § 128 Abs. 2 SGB V keine Vergütungsansprüche gegen diese zugestanden hätten.

10 Indem sich die Angeklagte im Tatkomplex II als Angehörige eines Heilberufs im Zusammenhang mit dessen Ausübung eine

zehnprozentige Beteiligung am Jahresumsatz der von ihr verordneten Kompressionsware als Gegenleistung dafür habe versprechen lassen und in den Jahren 2016, 2017 und 2018 angenommen habe, dass sie bei der Zuführung von Patienten die F. GmbH im inländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, habe sie sich nach der seit dem 4.6.2016 geltenden Gesetzeslage darüber hinaus wegen Bestechlichkeit im Gesundheitswesen in drei Fällen nach § 299a Nr. 3, § 53 StGB strafbar gemacht.

3. Die gegen die Angeklagte angeordnete „Einziehung von Wertersatz“ i.H.v. 76.870,34 € hat das LG auf § 73 Abs. 1, § 73c StGB gestützt. Mindestens in diesem Umfang habe sie für ihre Taten Vermögenswerte erlangt, und zwar zunächst (Tatkomplex I) in Form von ersparten Aufwendungen (Lohnkosten) im Gesamtwert von 26.109,79 €, sodann (Tatkomplex II) durch Bargeldzahlungen über insgesamt 50.760,55 €.

II. Die Revision der Angeklagten führt neben sprachlichen Korrekturen im Schuld- und Einziehungsausspruch zur Herabsetzung des der Einziehung des Wertes von Taterträgen unterliegenden Geldbetrages. Im Übrigen bleibt das Rechtsmittel erfolglos.

1. Die auf die Sachrüge veranlasste Nachprüfung des angefochtenen Urteils hat zum Schuld- und Strafausspruch keinen der Angeklagten nachteiligen Rechtsfehler ergeben. Allerdings hat die Kennzeichnung der mittäterschaftlichen Tatbegehung als „gemeinschaftlich“ im Tenor zu entfallen (vgl. BGH, Beschl. v. 14.7.2022 – 3 StR 11/22, juris Rz. 3; v. 16.3.2023 – 2 StR 381/22, juris Rz. 2, jeweils m.w.N.).

Entgegen der Rechtsansicht der Verteidigung besteht kein Anlass, von der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung abzurücken, wonach in Fällen des von Leistungserbringern oder Apothekern begangenen Abrechnungsbetruges der einer gesetzlichen Krankenkasse entstandene Vermögensschaden sozialrechtsakzessorisch zu bestimmen ist (vgl. BGH, Beschl. v. 25.7.2017 – 5 StR 46/17, NStZ-RR 2017, 313, 314; Urt. v. 19.8.2020 – 5 StR 558/19, BGHSt 65, 110 Rz. 66 ff., jeweils m.w.N.; entsprechend zum ärztlichen Abrechnungsbetrug s. BGH, Urt. v. 19.8.2020 – 5 StR 558/19, a.a.O., Rz. 47 ff.; ferner *Hefendehl* in MünchKomm/StGB, 4. Aufl., § 263 Rz. 847 ff.). Es ist ebenso wenig geboten, die Regelung des § 128 Abs. 2 SGB V im Rahmen einer Strafbarkeit wegen Betruges restriktiver als nach sozialrechtlichem Verständnis auszulegen (zum von Art. 103 Abs. 2 GG umfassten Entgrenzungsverbot vgl. BVerfG, Beschl. v. 5.5.2021 – 2 BvR 2023/20, wistra 2021, 436 Rz. 16 ff.). Außerdem hat das LG auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zutreffend angenommen, dass die Angeklagte Zuwendungen in Form der Übernahme von Lohnkosten für die beiden mitangeklagten Praxismitarbeiterinnen erhielt. Als alleinige faktische Arbeitgeberin blieb sie, auch nachdem die zwei Frauen bei der F. GmbH scheinangestellt worden waren, im vollen Umfang zur Zahlung des jeweiligen Arbeitsentgelts verpflichtet (vgl. BGH, Beschl. v. 7.12.2016 – 1 StR 185/16, NStZ 2017, 354, 355). Von diesen Verbindlichkeiten wurde sie unabhängig davon befreit, ob und inwieweit Arbeitsleistungen der Mitarbeiterinnen dem Sanitätshaus zugutekamen.

2. Der Einziehungsausspruch hat keinen Bestand, soweit das LG die „Einziehung von Wertersatz“ über 59.539,18 € hinaus angeordnet hat. Im Umfang des Mehrbetrages hat die Maßnah-



me zu entfallen. Im Übrigen erweist sich die Entscheidung über die Vermögensabschöpfung als rechtsfehlerfrei. Der Einziehungsausspruch ist dementsprechend in analoger Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO zu ändern. Zudem ist in der Urteilsformel klarzustellen, dass sich die Wertersatzeinziehung auf Taterträge i.S.d. § 73 Abs. 1, § 73c StGB – in Abgrenzung zur Wertersatzeinziehung gem. § 74 Abs. 1 und 2, § 74c StGB – bezieht.

- 16 a) Im Tatkomplex I, aufgrund dessen die Angeklagte wegen gewerbsmäßigen Bandenbetruges in 43 Fällen verurteilt worden ist, belegen die Urteilsgründe nicht, dass sie die ersparten Aufwendungen im Gesamtwert von 26.109,79 € vollumfänglich durch oder für diese Straftaten i.S.d. § 73 Abs. 1 StGB erlangte. Der notwendige Zusammenhang ist lediglich i.H.v. 8.778,63 € gegeben.
- 17 Nach den Urteilsfeststellungen flossen die von der A. ausbezahlten Beträge als Taterlöse (§ 73 Abs. 1 Alternative 1 StGB) der F. GmbH und nicht der Angeklagten zu. Im Hinblick auf die Beteiligung an den Betrugsdelikten kamen die vom Sanitätshaus übernommenen Lohnkosten ihr als Tatentgelte (§ 73 Abs. 1 Alternative 2 StGB) zugute. Allerdings betrifft dabei nur ein Teilbetrag die abgeurteilten 43 Fälle. Denn die Angeklagte erhielt die Befreiung von den Lohnkosten als Gegenleistung dafür, dass sie Verordnungen für der F. GmbH zugeführte Patienten ausstellte, die bei der A., aber auch bei anderen Krankenkassen versichert waren. Die Betrugstaten zum Nachteil dieser weiteren Kassen sind indes nicht Gegenstand des Urteils.
- 18 Nach den getroffenen Feststellungen erhielt die Angeklagte als Tatentgelte für die 43 abgeurteilten Betrugsfälle des Tatkomplexes I wirtschaftliche Vorteile i.H.v. 8.778,63 €. Denn nach der einvernehmlich praktizierten Vereinbarung bemisst sich der Vermögenszuwachs bei ihr auf zehn Prozent der von der A. in diesem Komplex geleisteten 87.786,31 €.
- 19 Ein höherer Geldbetrag kann auch nicht im Wege der erweiterten Wertersatzeinziehung nach § 73a Abs. 1, § 73c StGB abgeschöpft werden. Diese Maßnahme setzt voraus, dass es sich bei den erlangten Gegenständen um Erträge aus anderen rechtswidrigen Taten des Täters handelt, die im Einzelnen nicht näher feststellbar sind; sie ist subsidiär gegenüber der Einziehung in möglichen Strafverfahren wegen der Herkunftstaten (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Beschl. v. 27.7.2023 – 3 StR 132/23, juris Rz. 11 m.w.N.). Ein Anhalt dafür, dass eine Verfolgung weiterer Betrugstaten der Angeklagten zum Nachteil anderer Krankenkassen ausscheidet, weil sie nicht näher aufklärbar sind, besteht nicht.
- 20 b) Im Tatkomplex II, aufgrund dessen die Angeklagte neben den weiteren 102 Fällen des gewerbsmäßigen Bandenbetruges der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen in drei Fällen schuldig gesprochen worden ist, erweist sich hingegen die Annahme des LG, die Erträge aus den Straftaten beliefen sich auf 50.760,55 €, entgegen der in der Zuschrift des Generalbundesanwalts dargelegten Auffassung als zutreffend.
- 21 In dieser Höhe erlangte die Angeklagte durch die drei Taten der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen Bargeld. Die betreffenden wirtschaftlichen Vorteile unterliegen deshalb in vollem Umfang als Taterlöse der Einziehung des Wertes von Taterträgen. Dass sich das Verfahren nicht auf die von der F. GmbH gegenüber anderen Krankenkassen abgerechneten Verordnungen

gen bezieht, wirkt sich nur auf die Vermögensabschöpfung wegen der Betrugs-, nicht wegen der Korruptionsdelikte aus. Denn die i.S.d. § 299a Nr. 3 StGB angenommenen Vorteile umfassen den der Angeklagten aufgrund der Unrechtsvereinbarung zugewandten Gesamtbetrag unabhängig von vorausgegangenem anderweitigen Zahlungen an den Zuwendenden.

Der Wertersatzeinziehung i.H.v. 50.760,55 € im Tatkomplex II 22 steht nicht entgegen, dass wegen der 102 Fälle des Betruges – entsprechend der Berechnung im Tatkomplex I – lediglich Taterträge (Tatentgelte) im Wert von 12.805,02 € hätten eingezogen werden können. Die Voraussetzungen der Einziehung sind vielmehr eigenständig für jede Tat und jeden Tatbestand zu prüfen (vgl. BGH, Beschl. v. 26.2.2003 – 2 StR 492/02, juris Rz. 13; v. 13.6.2023 – 3 StR 152/23, NSTZ-RR 2023, 310; Berg, StraFo 2023, 374, 376 m.w.N.).

3. Angesichts des geringen Teilerfolgs ist es nicht unbillig, die 23 Angeklagte mit den gesamten Kosten ihres Rechtsmittels zu belasten (§ 473 Abs. 4 StPO). Ebenso wenig besteht jedenfalls unter Billigkeitsgesichtspunkten Anlass, in entsprechender Anwendung des § 465 Abs. 2 StPO die Kostenentscheidung des erstinstanzlichen Urteils infolge der Herabsetzung des der Einziehung des Wertes von Taterträgen unterliegenden Geldbetrages zu ändern (vgl. BGH, Beschl. v. 21.12.2021 – 3 StR 381/21, wistra 2022, 254 Rz. 25 m.w.N.; v. 12.12.2023 – 4 StR 62/23, juris Rz. 4).

## Anmerkung

Der 3. Strafsenat des BGH hatte sich in seinem Urteil vom 21.3.2024 u.a. mit der Strafbarkeit einer Vertragsärztin zu befassen, die mit einem Sanitätshaus unzulässigerweise zusammengearbeitet und hierfür finanzielle Vorteile erhalten hatte. Der BGH bestätigte die Verurteilung der Angeklagten wegen Bestechlichkeit im Gesundheitswesen in drei Fällen und wegen mittäterschaftlich begangenen Betruges in 145 Fällen. Die Begehung der Taten erfolgte nach Auffassung des BGH – nicht überraschend – jeweils gewerbs- und bandenmäßig (§ 263 Abs. 5 StGB).

### I. Betrug zum Nachteil der Krankenkassen

Im Hinblick auf den Betrugsschaden folgt auch diese Entscheidung der ständigen Rechtsprechungslinie,<sup>1</sup> die eine sozialrechtsakzessorische Schadensbestimmung vornimmt: Aufgrund des Verstoßes gegen das Verbot unzulässiger Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten und Leistungserbringern gem. § 128 Abs. 2 SGB V hatte das Sanitätshaus nach landgerichtlicher Würdigung keinen Anspruch auf die Vergütung der Hilfsmittelversorgung, so dass die Krankenkassen auf eine Nichtschuld leisteten. An diesem Betrug habe sich die Angeklagte durch die ausgestellten Verordnungen mittäterschaftlich beteiligt.<sup>2</sup>

Diese Passage belegt eindrücklich jene Konsequenz, die aus der Vermengung von Schutzgutkonzepten der Bestechlichkeit und Beste-

1 Vgl. nur BVerfG medstra 2021, 376, 378 mit Anm. Dann; Krit. Saliger medstra 2019, 258, 261 (Verstoß gegen das Verschleifungsverbot), Wodarz/Teubner medstra 2021, 74, 80 f. und ebenso grundsätzlich. krit. zur Sozialrechtsakzessorietät das medstra-statement von Gaede medstra 2024, 205 ff. Zur Rechtsprechungslinie s. ferner BGHSt 65, 110 ff. und BGH NJW 2024, 1827 ff.

2 BGH, Ur. v. 21.3.2024 – 3 StR 163/23, medstra 2025, 34.



chung im Gesundheitswesen mit jener der Vermögensdelikte folgt.<sup>3</sup> Mit Inkrafttreten<sup>4</sup> der §§ 299a, 299b StGB ist aus dem vollendeten Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen aufgrund der formalen Schadensermittlung ein „Auffangtatbestand“ geworden,<sup>5</sup> der automatisch mitverwirklicht wird, sobald die Beteiligten den Inhalt einer gem. §§ 299a, 299b StGB strafbaren Unrechtsvereinbarung in die Tat umsetzen.<sup>6</sup> Das heißt: Man hat es bei unzulässigen Kooperationsabreden, die schon zu Leistungsabrechnungen geführt haben, in der Regel immer mit Wettbewerbs- und Vermögensdelikten sowie ggf. allen weiteren außerstrafrechtlichen Konsequenzen einer Vermögensstraf-tat im Gesundheitswesen zu tun.<sup>7</sup>

Dieser Befund verweist deutlich auf die bislang von der Rechtsprechung nicht hinreichend beachtete Frage nach dem angemessenen Konkurrenzverhältnis der Wettbewerbs- zu den Vermögensdelikten im Gesundheitswesen: Wenn §§ 299a, 299b StGB tatsächlich auch die Vermögensinteressen der Kostenträger schützen sollen,<sup>8</sup> dann erscheint eine kritische Nachfrage dahingehend, weshalb es noch gerechtfertigt sein sollte, dass der vollendete Abrechnungsbetrug gem. § 263 StGB die eine Täuschung und den Vermögensschaden mitbegründende, vorhergehende Bestechlichkeit gem. § 299a StGB nicht konsumiert,<sup>9</sup> durchaus naheliegend.

Dass außerdem ein Beharren auf formalen Schadensmaßstäben bei fehlerhaften Abrechnungen nicht überzeugt, ist bereits an anderer Stelle ausführlich dargelegt worden,<sup>10</sup> und auch in der Rechtsprechung gab es gewisse Ansätze aus jüngerer Zeit, die einen pauschalen Anspruchsverfall nicht als Anknüpfungspunkt für die Bemessung des Vermögensschadens akzeptieren.<sup>11</sup>

Gleichwohl: Mit dieser Entscheidung hat der 3. Strafsenat einer differenzierten Betrachtungsweise eine Absage erteilt und für die Praxis insbesondere das Argument, dass die Versorgung der Versicherten ordnungsgemäß durchgeführt wurde, noch weiter entwertet, als es bisher schon der Fall war.

## II. Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

Der 3. Strafsenat bestätigt zudem die Verurteilung der angeklagten Vertragsärztin wegen Bestechlichkeit im Gesundheitswesen in drei Fällen. Mit der zum 4.6.2016 in Kraft getretenen Vorschrift des § 299a StGB hat bekanntlich der Gesetzgeber die Annahme von Vorteilen als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten unter Strafe gestellt.

Indem sich die Angeklagte ab diesem Zeitpunkt entsprechend der getroffenen Unrechtsvereinbarung eine Beteiligung am Umsatz der von ihr verordneten Kompressionsstrümpfe versprechen ließ und in den Jahren 2016, 2017 und 2018 Barzahlungen als Gegenleistung für die unlautere Bevorzugung des Sanitätshauses annahm, machte sie sich nach landgerichtlicher Auffassung und mit Bestätigung durch den BGH in drei Fällen wegen Bestechlichkeit im Gesundheitswesen strafbar.

Die Entscheidung verdeutlicht insoweit die strafrechtliche Bedeutung außerstrafrechtlicher Kooperationsbestimmungen,<sup>12</sup> deren Stellenwert innerhalb der §§ 299a, 299b StGB als Maßstäbe einer Unterscheidung von sachgemäßen und sachfremden Entscheidungen<sup>13</sup> seit Einführung dieser Tatbestände Gegenstand des Diskurses ist, ohne allerdings neue Erkenntnisse zu bringen.

## III. Einziehung von Taterträgen

### 1. Differenzierung zwischen Taterlösen und Tatentgelten

Schließlich hatte der Senat über die Einziehung der von der Angeklagten erlangten Taterträge zu entscheiden. Er reduzierte den vom LG angeordneten *Wertersatzverfall*,<sup>14</sup> da die Angeklagte die vom LG eingezogenen Beträge nicht vollumfänglich durch oder für diese Straftaten i.S.d. § 73 Abs. 1 StGB erlangte. Insoweit belegen die Urteilsgründe nicht den erforderlichen Zusammenhang.<sup>15</sup>

Maßgebliches Abgrenzungskriterium war die Unterscheidung zwischen den dem Sanitätshaus zugeflossenen Taterlösen und den der Angeklagten gewährten Tatentgelten. Denn nur hinsichtlich der abgeurteilten Fälle des Betruges zum Nachteil der AOK flossen der Ärztin als Gegenleistung für die Hilfsmittelverordnungen Vorteile in Form einer Beteiligung an den kassenärztlichen Vergütungen und einer Befreiung von Lohnkosten für ihre Mitarbeiter zu. Nicht abgeschöpft werden konnten auf dieser Grundlage die Erträge aus weiteren, nicht zum Gegenstand des Verfahrens gemachten Betrugsstaten.

Diese Differenzierung des BGH ist konsequent. Sie verdeutlicht, dass bei der Einziehung von Taterträgen stets genau zu prüfen ist, welche Vermögenswerte dem Täter tatsächlich aus den oder für die konkret abgeurteilten Taten zugeflossen sind. Eine pauschale Abschöpfung aller im Zusammenhang mit der kriminellen Tätigkeit erlangten Vermögenswerte ist demnach nicht zulässig.

### 2. Keine erweiterte Einziehung

Auch die Voraussetzungen der erweiterten Einziehung nach § 73a StGB lagen insoweit nicht vor, da es an Feststellungen dazu fehlte, so dass eine Verfolgung der Taten mangels Aufklärbarkeit im Einzelnen ausschied. Diese Klarstellung des BGH ist zu begrüßen, da sie die ho-

3 Ausführlich dazu *Ulsenheimer/Gaede* in dies., *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Aufl. (2020), Rz. 1610 ff.; *Warntjen* medstra 2018, 193 ff. (Betrug als „Allzweckwaffe“).

4 Vgl. zur Vorgeschichte *Heger* in *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl. (2023), § 299a Rz. 1.

5 Zu einer möglichen Mitverwirklichung des § 266 StGB vgl. etwa *Sahan* in: *Graf/Jäger/Wittig*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. (2024), § 299a StGB Rz. 32.

6 Vgl. zu notwendigen konkurrenzrechtlichen Überschneidungen zwischen §§ 299a und 263 StGB *Lindemann* in: *LK/StGB*, Online (2023), § 299a Rz. 46 m.w.N.

7 Vgl. auch *Dannecker/Schröder* in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger*, StGB, 6. Aufl. (2023), § 299a Rz. 264; Krit. jedoch *Wolk/Prütting* medstra 2023, 289 ff. mit der These, dass Verstöße gegen Kooperationsverbote nicht zwingend einen Vergütungsausschluss in Bezug auf die erbrachten Leistungen nach sich ziehen müssen.

8 So die Annahme des Gesetzgebers in BT-Drucks. 18/6446, 13; zustimmend *Momsen/Laudien* in: *BeckOK/StGB*, 62. Ed. (1.8.2024), § 299a Rz. 9.

9 Sowohl die h.M. in Anknüpfung an § 299 StGB, vgl. *Dannecker/Schröder* in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger*, StGB, 6. Aufl. (2023), § 299a Rz. 265; *Heger* in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl. (2023), § 299a Rz. 7; für Tatmehrheit sogar *Schuh* in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Aufl. (2022), § 299a StGB Rz. 52.

10 Ausführlich etwa *Weinrich/Wostry* medstra 2019, 74 ff.

11 Siehe zu einer Berücksichtigung erbrachter Leistungen klarstellend *LG Nürnberg-Fürth* medstra 2023, 404 mit Anm. *Hortner* und *OLG Karlsruhe* Beschl. v. 10.4.2024 – 1 Ws 80/24.

12 Dazu *Sahan* in: *Graf/Jäger/Wittig*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl. (2024), § 299a StGB Rz. 22.

13 Vgl. *Momsen/Laudien*, *BeckOK/StGB*, 62. Ed. (1.8.2024), § 299a Rz. 30.

14 Die Entscheidung erging noch auf Grundlage der zum Zeitpunkt der Anklageerhebung geltenden Rechtslage (vgl. *BGH*, Urt. v. 21.3.2024 – 3 StR 163/23, Rz. 12, medstra 2025, 34). Das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.4.2017 (BGBl. I, 872) ersetzt den Verfall durch die Einziehung von Taterträgen (§ 73 StGB n.F.).

15 *BGH*, Urt. v. 21.3.2024 – 3 StR 163/23, medstra 2025, 34, Rz. 16.

hen Anforderungen an die erweiterte Einziehung betont. Eine solche kommt nur in Betracht, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Täter die Vermögenswerte aus weiteren rechtswidrigen Taten erlangt hat, deren Verfolgung im Einzelnen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist. Eine bloße Vermutung weiterer Straftaten reicht hierfür nicht aus.

Der 3. Strafsenat stellte fest, in welcher Höhe die Angeklagte aus den abgeurteilten Betrugsdelikten einerseits und den Korruptionsdelikten andererseits Taterträge i.S.v. § 73 Abs. 1 StGB erlangt hat. Während sich der einziehungsfähige Betrag bezüglich des Betruges auf einen Teil der kassenärztlichen Vergütung beschränkte, waren die vereinbarten Vorteile aus den Taten der Bestechlichkeit in voller Höhe abzuschöpfen.<sup>16</sup> Als Berechnungsmaßstab legt der Senat insoweit den „aufgrund der Unrechtsvereinbarung zugewandten Gesamtbetrag unabhängig von vorausgegangenen anderweitigen Zahlungen an den Zuwendenden“<sup>17</sup> zugrunde.

#### IV. Fazit

Die Feststellung, dass Vermögensabschöpfung auch und insbesondere eine Sanktion ist, lässt sich anhand dieser Entscheidung deutlich plausibilisieren. Es ist anzunehmen, dass die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte in Zukunft von diesem Instrumentarium zunehmenden Gebrauch machen werden.

**Harald Wostry, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht sowie für Strafrecht, Essen**

### Anwendbarkeit der Gebührenordnung für Ärzte für ambulante Leistungen eines Krankenhausträgers

BGB §§ 125 S. 1, 126b S. 1, 134, 242, 280 Abs. 1 S. 1, 630c Abs. 3 S. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1; GOÄ §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 und 2, 6 Abs. 2

Der in § 1 Abs. 1 der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) beschriebene Anwendungsbereich der GOÄ setzt nicht voraus, dass Vertragspartner des Patienten ein Arzt ist, sondern dass die Vergütung für die beruflichen Leistungen eines Arztes geltend gemacht wird. Die GOÄ findet deshalb auch dann Anwendung, wenn der Behandlungsvertrag mit einer juristischen Person, z.B. einem Krankenhausträger, abgeschlossen wird und ambulante Leistungen durch Ärzte erbracht werden, die lediglich im Rahmen eines Anstellungs- oder Beamtenverhältnisses in der Erfüllung ihrer eigenen Dienstaufgaben tätig werden und selbst mit dem Patienten keine Vertragsbeziehung eingehen. (amtl.)

BGH, Urf. v. 4.4.2024 – III ZR 38/23

**Stichworte:** Gebührenordnung für Ärzte – Anwendbarkeit auf ambulante Leistungen einer juristischen Person, die durch einen Arzt in einem Anstellungs- oder Beamtenverhältnis in Erfüllung seiner Dienstaufgaben erbracht werden – Tumorbehandlung mittels Cyberknife-Bestrahlung – Reichweite der wirtschaftlichen Aufklärung – Zulässigkeit einer Pauschalpreisvereinbarung

#### Tatbestand

- 1 Der Kläger nimmt das beklagte Universitätsklinikum, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, auf Rückzahlung des Honorars für eine sog. Cyberknife-Behandlung in Anspruch.
- 2 Der bei der T-Krankenkasse gesetzlich krankenversicherte Kläger befand sich bei der Beklagten wegen eines Prostatakarzi-

noms in ärztlicher Behandlung. Die Parteien vereinbarten, dass das innovative Cyberknife-Verfahren zur Anwendung kommen sollte. Das Cyberknife ist ein aus einem kompakten Linearbeschleuniger bestehendes Bestrahlungsgerät, das auf einen Industrieroboter montiert ist und eine hochenergetische Präzisionsbestrahlung von Tumoren ermöglicht. Die Behandlung wird in der Regel ambulant durchgeführt. Das Verfahren ist in dem Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM) für gesetzlich krankenversicherte Patienten nicht enthalten und gehört daher grundsätzlich nicht zum Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenkassen. Die Beklagte verfügt auch nicht über eine Ermächtigung gem. § 116b SGB V, das Verfahren im Rahmen der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung anzuwenden. Zwischen der Beklagten und dem Verband der Privaten Krankenversicherung beziehungsweise einzelnen Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung bestehen zwar Vereinbarungen zur Vergütung des Cyberknife-Verfahrens, denen die T-Krankenkasse jedoch nicht beitrug, da sie das Verfahren als „unkonventionelle Methode“ einstufte.

Mit Bescheid vom 19.3.2020 lehnte die T-Krankenkasse dem 3 Kläger gegenüber eine Kostenbeteiligung ab. Der dagegen eingelegte Widerspruch blieb ebenso erfolglos wie der Antrag der Beklagten auf Kostenübernahme i.H.v. 10.633 € im Rahmen einer Einzelfallentscheidung. Die Beklagte informierte den Kläger über die Ablehnung der Kostenübernahme und teilte ihm mit, dass er für die Kosten selbst aufkommen müsse, wenn er die Cyberknife-Behandlung wünsche. Der Kläger unterzeichnete sodann unter dem 16.4.2020 eine Erklärung, mit der er bestätigte, die anfallenden Kosten i.H.v. 10.633 € nach erfolgter Behandlung zu begleichen. In der Folgezeit wurde die Cyberknife-Bestrahlung am 9., 12., 15., 18. und 23.6.2020 jeweils ambulant durchgeführt. Mit anwaltlichem Schreiben vom 5.7.2020 forderte der Kläger die Beklagte auf, ihm eine ordnungsgemäße Rechnung nach der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) zu stellen. Unter dem 10.7.2020 berechnete die Beklagte dem Kläger mit der Leistungsbezeichnung „Cyberknife Komplexleistung III“ einen Pauschalbetrag von 10.633 €, den dieser vollständig bezahlte. Die auf Erstattung des Rechnungsbetrags gerichtete sozialgerichtliche Klage gegen die T-Krankenkasse nahm der Kläger nach einem Hinweis des Sozialgerichts auf die fehlende Erfolgsaussicht zurück.

Der Kläger hat geltend gemacht, die Beklagte habe ihn pflicht- 4 widrig nicht darüber aufgeklärt, dass andere gesetzliche Krankenkassen die Kosten für eine Cyberknife-Behandlung übernehmen. Ihm wäre ein Wechsel zu einer dieser Krankenkassen vor dem Behandlungsbeginn ohne weiteres möglich gewesen. Als Pauschalpreisvereinbarung widerspreche die Kostenübernahmeerklärung vom 16.4.2020 den Bestimmungen der GOÄ.

Das LG hat die Beklagte zur Rückzahlung des erhaltenen Honorars nebst Zinsen verurteilt. Lediglich hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten hat es die Klage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt sie ihren Klageabweisungsantrag weiter. 5

16 BGH, Urf. v. 21.3.2024 – 3 StR 163/23, medstra 2025, 34, Rz. 20.

17 BGH, Urf. v. 21.3.2024 – 3 StR 163/23, medstra 2025, 34, Rz. 21.

## Entscheidungsgründe

- 6 Die zulässige Revision ist unbegründet.
- 7 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:
- 8 Der Kläger habe zwar keinen Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 i.V.m. § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB. Die Beklagte habe ihn über die Ablehnung der Kostenübernahme durch die T-Krankenkasse informiert. In der vom Kläger unterzeichneten Kostenübernahmeerklärung vom 16.4.2020 seien die voraussichtlichen Kosten angegeben worden. Eine weitergehende wirtschaftliche Aufklärung bezüglich der gesetzlichen Krankenkassen, die die Kosten einer Cyberknife-Behandlung übernehmen, habe die Beklagte nicht geschuldet.
- 9 Der Kläger habe jedoch einen Anspruch auf Rückzahlung der Vergütung i.H.v. 10.633 € nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB, weil die Kostenübernahmeerklärung vom 16.4.2020 als Pauschalpreisvereinbarung wegen Verstoßes gegen § 2 Abs. 2 GOÄ gem. § 125 BGB nichtig sei. Die in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, ob die GOÄ auf durch einen angestellten Arzt erbrachte ambulante Leistungen einer juristischen Person anwendbar sei, sei zu bejahen. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 GOÄ, der auf die beruflichen Leistungen der Ärzte abstelle und nicht zwischen selbständigen und angestellten Ärzten differenziere. Die mehr als 40 Jahre alte Verordnungsbegründung, wonach die GOÄ u.a. nicht für Leistungen durch Einrichtungen (z.B. Krankenhäuser) gelte, könne nur noch eingeschränkt als Auslegungshilfe herangezogen werden. Es sei äußerst fernliegend, dass der gesamte Bereich ambulanter Behandlungen durch juristische Personen über (angestellte) Ärzte als Erfüllungsgehilfen nach dem Willen des Gesetzgebers ohne Regelungen zur Vergütungsgestaltung habe bleiben sollen. Auch die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung (§ 4 Abs. 2 GOÄ) und der Verweis in § 17 Abs. 3 Satz 7 KHEntgG auf die entsprechende Anwendung der GOÄ für die Abrechnung von Wahlleistungen durch das Krankenhaus stünden einem weiten Verständnis des Anwendungsbereichs der GOÄ nicht entgegen. Bei der Auslegung der Regelungen der GOÄ sei deren Sinn und Zweck zu berücksichtigen. Es handle sich um ein für alle Ärzte zwingendes Preisrecht, welches den berechtigten Interessen der Ärzte und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten Rechnung tragen solle (Hinweis auf Senat, Urt. v. 12.11.2009 – III ZR 110/09, BGHZ 183, 143 Rz. 7). Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Interessen der zur Zahlung der Vergütung Verpflichteten weniger schutzwürdig und die Interessen der an den Entgelten Berechtigten weniger regelungsbedürftig sein sollten, wenn die ärztliche Tätigkeit durch einen Berufsträger erbracht werde, der von einer juristischen Person beschäftigt werde, die Vertragspartner des Patienten sei. Zudem bestünde eine erhebliche Missbrauchsfahr, wenn sich Ärzte allein durch die Gründung einer juristischen Person der Bindung an die GOÄ zum Nachteil des Patienten entziehen könnten.
- 10 Die Formnichtigkeit der Pauschalpreisvereinbarung sei vorliegend auch nicht ausnahmsweise wegen treuwidrigen Verhaltens des Patienten gem. § 242 BGB unbeachtlich (Hinweis auf Senat, Urt. v. 3.11.2016 – III ZR 286/15, VersR 2017, 232 Rz. 12). Dass die Beklagte zur Rückzahlung der gesamten Vergütung verpflichtet sei, stelle kein schlechthin untragbares Er-

gebnis dar. Denn sie hätte die durchgeführte Cyberknife-Behandlung nach der GOÄ (im Wege der Analogberechnung) abrechnen können, wozu sie der Kläger mit Schreiben vom 5.7.2020 ausdrücklich aufgefordert habe.

II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision stand. 11

Dem Kläger steht zwar kein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 i.V.m. § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB wegen Verletzung der Pflicht des Behandlers zur wirtschaftlichen Information des Patienten zu. Er kann jedoch das gezahlte Honorar für die Cyberknife-Behandlung gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückfordern, da die von den Parteien getroffene Vereinbarung über die Zahlung eines pauschalen Honorars von 10.633 € den Anforderungen des § 2 Abs. 1, 2 GOÄ nicht entspricht und deshalb gem. § 125 Satz 1 BGB beziehungsweise § 134 BGB nichtig ist (vgl. Senat, Urt. v. 23.3.2006 – III ZR 223/05, NJW 2006, 1879 Rz. 16; *Makoski* in Clausen/Makoski, GOÄ/GOZ, § 2 GOÄ Rz. 40 f.; *Prütting/Hübner*, Medizinrecht Kommentar, 6. Aufl., § 2 GOÄ Rz. 2; *Spickhoff* in Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl., § 2 GOÄ Rz. 3).

1. Entgegen der Auffassung des Klägers war die Beklagte allerdings nicht gem. § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB gehalten, vor Beginn der Behandlung darauf hinzuweisen, dass andere gesetzliche Krankenkassen – abweichend von der T-Krankenkasse – auf Grund gesonderter Vereinbarungen die Kosten des Cyberknife-Verfahrens übernehmen und der Kläger ohne weiteres zu einer solchen Krankenkasse hätte wechseln können. 13

a) Gemäß § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB muss der Behandelnde den Patienten vor Beginn der Behandlung über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung in Textform (§ 126b BGB) informieren, wenn er weiß, dass eine vollständige Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten nicht gesichert ist oder sich hierfür nach den Umständen hinreichende Anhaltspunkte ergeben. Durch diese Pflicht zur wirtschaftlichen Information wird bezweckt, den Patienten vor finanziellen Überraschungen zu schützen und ihn in die Lage zu versetzen, die wirtschaftliche Tragweite seiner Entscheidung zu überschauen (BGH, Urt. v. 28.1.2020 – VI ZR 92/19, BGHZ 224, 256 Rz. 13 m. zahlr. wN). Der Patient ist so rechtzeitig vor der Maßnahme zu informieren, dass er ausreichend Zeit hat, seinen Versicherer wegen der Kostenübernahme zu befragen beziehungsweise seine Entscheidung, ob er die Maßnahme in Anspruch nimmt und die Kosten selbst trägt, zu treffen (*Weidenkaff* in Grüneberg, BGB, 83. Aufl., § 630c Rz. 11). Eine Informationspflicht des Behandelnden zur umfassenden wirtschaftlichen Beratung des Patienten besteht allerdings nicht (BGH, a.a.O.; *Weidenkaff* in Grüneberg, a.a.O., Rz. 8). 14

b) Nach diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte ihre Pflicht zur wirtschaftlichen Information des Klägers aus § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB nicht verletzt hat. Der Kläger wusste bereits auf Grund des ablehnenden Bescheids der T-Krankenkasse vom 19.3.2020, dass eine Kostenübernahme für die beabsichtigte Cyberknife-Behandlung nicht in Betracht kam. Zudem informierte die Beklagte den Kläger darüber, dass die T-Krankenkasse auch den Antrag vom 27.3.2020 auf Kostenübernahme im Rahmen einer Einzelfallentscheidung abgelehnt habe und er deshalb für die Kosten als Selbstzahler aufkommen müsse, wenn er die Behandlung dennoch wünsche. Die dafür anfallenden Kosten i.H.v. 10.633 € waren in der schriftlichen Kostenübernahme-



erklärung angegeben, die der Kläger am 16.4.2020 unterzeichnete, wodurch er das Pauschalpreisangebot der Beklagten annahm. Dem Kläger stand somit die eingegangene finanzielle Belastung bereits mehrere Wochen vor dem Behandlungsbeginn klar vor Augen. Zu einer darüber hinausgehenden umfassenden Beratung dahingehend, dass andere gesetzliche Krankenkassen die Kosten einer Cyberknife-Behandlung übernehmen und deshalb auch ein Wechsel der Krankenkasse in Betracht komme, war die Beklagte nicht verpflichtet. Durch die Bejahung einer derartigen Beratungspflicht würde die in § 630c Abs. 3 Satz 1 BGB kodifizierte wirtschaftliche Informationspflicht zu einer Pflicht zur Rechtsdienstleistung durch den Behandler übersteigert (vgl. BeckOK/BGB/Katzenmaier, § 630c Rz. 18 [69. Edition, Stand: 1.2.2024]).

- 16 2. Zutreffend hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, dass der Kläger gegen die Beklagte einen bereicherungsrechtlichen Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung der Behandlungskosten i.H.v. 10.633 € hat, weil die von den Parteien getroffene Pauschalpreisvereinbarung mit § 2 Abs. 1, 2 GOÄ unvereinbar und deshalb gem. § 125 Satz 1 BGB beziehungsweise § 134 BGB nichtig ist. Da die Beklagte ihre Vergütung ausschließlich pauschal und nicht – wenigstens hilfsweise – nach der GOÄ (z.B. im Wege der Analogie gem. § 6 Abs. 2 i.V.m. § 12 Abs. 4 GOÄ) berechnet hat, ist sie zur Rückzahlung des gesamten Rechnungsbetrags verpflichtet (vgl. Makoski in Clausen/Makoski, a.a.O., Rz. 41).
- 17 a) Entgegen der Auffassung der Revision unterfallen die im vorliegenden Fall im Rahmen der Cyberknife-Behandlung erbrachten ambulanten ärztlichen Leistungen den Vorschriften der GOÄ. Deren in § 1 Abs. 1 GOÄ beschriebener Anwendungsbereich setzt nicht voraus, dass Anspruchsteller und Vertragspartner des Patienten ein Arzt ist, sondern dass die Vergütung für die beruflichen Leistungen eines Arztes geltend gemacht wird. Die GOÄ findet deshalb auch dann Anwendung, wenn der Behandlungsvertrag mit einer juristischen Person, z.B. einem Krankenhausträger, abgeschlossen wird und die (ambulanten) Leistungen durch Ärzte erbracht werden, die lediglich im Rahmen eines Anstellungs- oder Beamtenverhältnisses in der Erfüllung ihrer eigenen Dienstaufgaben tätig werden und selbst mit dem Patienten keine Vertragsbeziehung eingehen.
- 18 aa) Wie das Berufungsgericht ausführlich dargestellt hat, ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur umstritten und bislang höchststrichterlich nicht geklärt, ob die GOÄ auf ambulante Leistungen einer juristischen Person (hier: Beklagte als Hochschulklinik gem. § 108 Nr. 1 SGB V und Anstalt des öffentlichen Rechts), die durch einen Arzt in einem Anstellungs- oder Beamtenverhältnis in Erfüllung seiner Dienstaufgaben erbracht werden, anwendbar ist.
- 19 (1) Nach einer Ansicht findet die GOÄ in solchen Fällen keine Anwendung. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll nur insoweit gelten, als der Arbeitgeber oder Dienstherr dem Arzt ein Liquidationsrecht einräumt, wie der § 17 des Krankenhausentgeltgesetzes (KHEntgG), der vorliegend allerdings nicht einschlägig ist, für die Behandlung von (stationär behandelten) Wahlleistungspatienten im Krankenhaus vorsieht. Begründet wird dies damit, dass Adressaten der GOÄ ausschließlich Ärzte als Vertragspartner des Patienten aus dem Behandlungsvertrag i.S.d. § 630a Abs. 1 BGB seien. Dagegen sei eine juristische Per-

son als Leistungserbringer und Behandelnder nicht verpflichtet, ihre Leistungen gegenüber Selbstzahlern nach der GOÄ abzurechnen. Sie könne – anders als Ärzte – freie Preise vereinbaren (z.B. OLG Frankfurt a. Main, BeckRS 2023, 43571 Rz. 12; OLG Zweibrücken, BeckRS 2009, 11051 unter III 2; Kern/Rehborn in Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl., § 74 Rz. 4; Prütting/Hübner, Medizinrecht Kommentar, 6. Aufl., § 1 GOÄ Rz. 7; Möller/Ruppel in Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 17. Kap., Rz. 466; unklar Spickhoff in Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl., § 1 GOÄ Rz. 6, wonach die GOÄ bei einem Behandlungsvertrag mit einer juristischen Person „an sich“ nicht anwendbar sei, dem Anwendungsbereich der GOÄ jedoch – nach BSG, BeckRS 2019, 7521 – gleichwohl ambulante Leistungen unterfielen).

(2) Nach der Gegenmeinung sind ambulante ärztliche Leistungen auch dann nach der GOÄ abzurechnen, wenn der Behandlungsvertrag mit einer juristischen Person (z.B. einem Krankenhausträger) oder einem medizinischen Versorgungszentrum (MVZ) abgeschlossen wird und die Leistungen durch Ärzte im Anstellungs- oder Beamtenverhältnis erbracht werden. Dabei wird im Ausgangspunkt auf den Wortlaut des § 1 Abs. 1 GOÄ abgestellt, wonach es für die Anwendung der GOÄ maßgeblich auf die Erbringung von „beruflichen Leistungen der Ärzte“ ankomme und unerheblich sei, mit wem der Patient den Behandlungsvertrag abschließe. Da die Gebührenordnung den Interessenausgleich zwischen denjenigen anstrebe, die die Leistungen erbrächten, und denjenigen, die zu ihrer Vergütung verpflichtet seien, komme sie zwangsläufig immer dann zur Anwendung, wenn die beruflichen Leistungen der Ärzte abgerechnet würden, unabhängig davon, ob der Arzt oder ein Dritter (juristische Person) Vertragspartner des Patienten geworden sei (z.B. KG, Urt. v. 4.10.2016 – 5 U 8/16, juris Rz. 69 ff.; BayLSG, Urt. v. 7.11.2019 – L 20 KR 373/18, juris Rz. 90 ff.; LG Düsseldorf, BeckRS 2013, 20910; Clausen in Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 8 Rz. 190; Schroeder-Printzen in Clausen/Makoski, GOÄ/GOZ, § 1 Rz. 13 ff.; Bunzel, Der privatärztliche Vergütungsanspruch gemäß der GOÄ im Spannungsfeld des medizinischen Fortschritts, 2016, S. 127 f.; Wolfram, Das privatärztliche Liquidationsrecht in modernen Versorgungseinheiten, 2014, S. 107 ff.).

bb) Der Senat entscheidet die Streitfrage nunmehr dahin, dass die letztgenannte Auffassung vorzugswürdig ist. Für sie spricht nicht nur der weit gefasste Wortlaut von § 1 Abs. 1 GOÄ, sondern auch – und vor allem – der Sinn und Zweck der in der GOÄ enthaltenen Vorschriften. Nicht entscheidend ist, ob der Patient den Behandlungsvertrag über die Erbringung ambulanter Leistungen unmittelbar mit dem Arzt oder mit einer juristischen Person, z.B. einem Krankenhausträger oder einer MVZ-GmbH, abschließt.

(1) Gemäß § 1 Abs. 1 GOÄ bestimmen sich die Vergütungen für die beruflichen Leistungen der Ärzte nach dieser Verordnung, soweit nicht durch Bundesgesetz etwas anderes bestimmt ist. Bei der ärztlichen Gebührenordnung handelt es sich um ein für alle Ärzte geltendes zwingendes Preisrecht (Senat, Urt. v. 23.3.2006 – III ZR 223/05, NJW 2006, 1879 Rz. 10; Urt. v. 12.11.2009 – III ZR 110/09, BGHZ 183, 143 Rz. 7).

Eine bundesgesetzliche Regelung, die eine andere Bestimmung zur Abrechnung der Behandlung trifft und daher einer Abrech-



nung nach der GOÄ entgegensteht, existiert vorliegend nicht. Insbesondere handelt es sich nicht um eine stationäre Krankenhausbehandlung, für die ein anderes Preisrecht in Betracht kommt (Krankenhausentgeltgesetz, Krankenhausfinanzierungsgesetz, Bundespflegesatzverordnung). Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts wurde die Cyberknife-Bestrahlungsbehandlung ab dem 9.6.2020 an insgesamt fünf Tagen ambulant durchgeführt. Soweit die Revision unter Berufung auf die Behandlungsdokumentation geltend macht, der Kläger sei am 16. und 17.4.2020 vorübergehend stationär aufgenommen worden, um eine Goldmarkerimplantation in der Prostata operativ vorzunehmen, ist dies für die streitige Honorarberechnung irrelevant. Diese betrifft ausweislich der Rechnung der Beklagten vom 10.7.2020 ausschließlich die den Kernbereich der Behandlung darstellende ambulante Cyberknife-Bestrahlung ab dem 9.6.2020, bei der es sich ohne jeden Zweifel um eine ärztliche Behandlung, also eine berufliche Leistung i.S.d. § 1 Abs. 1 GOÄ, handelt.

24 Nach dem weit gefassten Wortlaut von § 1 Abs. 1 GOÄ ist die Verordnung auf alle „beruflichen Leistungen der Ärzte“ anwendbar, ohne dass zwischen Leistungen differenziert wird, die auf Grund eines Behandlungsvertrags zwischen Arzt und Patient oder von Ärzten im Rahmen eines Anstellungs- oder Beamtenverhältnisses ohne eine eigene vertragliche Beziehung zum Patienten erbracht werden (KG, a.a.O., Rz. 71; BayLSG, a.a.O., Rz. 93; Clausen in Clausen/Schroeder-Printzen, a.a.O.). Aus § 11 Satz 1 der Bundesärzteordnung (BÄO), der Ermächtigungsgrundlage zur GOÄ, ergibt sich nichts Abweichendes. Dort ist – ohne weitere Einschränkungen – bestimmt, dass die Bundesregierung ermächtigt wird, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die „Entgelte für ärztliche Tätigkeit“ in einer Gebührenordnung zu regeln. Auch der BÄO liegt somit ein weit gefasster Wortlaut zugrunde, wonach „berufliche Leistungen der Ärzte“ in einem umfassenden Sinne zu verstehen sind (vgl. Senat, Urt. v. 23.3.2006, a.a.O., Rz. 12). § 1 Abs. 1 GOÄ und § 11 Satz 1 BÄO beziehen sich explizit auf „Vergütungen für die beruflichen Leistungen der Ärzte“ beziehungsweise – inhaltlich gleichbedeutend – auf „Entgelte für ärztliche Tätigkeit“ und nicht auf die Regelung von Forderungen der Ärzte (für ihre ärztliche Tätigkeit). Dafür, dass von der Verordnungsermächtigung nur diejenigen Fälle erfasst werden sollten, in denen die tätig werdenden Ärzte die von ihnen erbrachten Leistungen auch selbst in Rechnung stellen, gibt der Wortlaut nichts her (vgl. Senat, a.a.O.; BayLSG, a.a.O., Rz. 100).

25 (2) Allein dieses weite Verständnis des Anwendungsbereichs der GOÄ wird deren Sinn und Zweck gerecht, der darin besteht, einen angemessenen Interessenausgleich herbeizuführen zwischen denjenigen, die die Leistung erbringen, und denjenigen, die zu ihrer Vergütung verpflichtet sind. Dies ist unabhängig davon, ob der Arzt oder ein Dritter (juristische Person) Vertragspartner des Patienten geworden ist.

26 Nach § 11 Satz 2 BÄO sind in der Gebührenordnung Mindest- und Höchstsätze für die ärztlichen Leistungen festzusetzen. Gemäß § 11 Satz 3 BÄO ist den berechtigten Interessen der Ärzte und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten Rechnung zu tragen. Die GOÄ verfolgt somit als öffentlich-rechtliches Preisrecht einerseits das Ziel, für die Leistungserbringer auf Grund angemessener Einnahmen die zuverlässige Grundlage für die Erbringung sorgfältiger hochwertiger ärztlicher Leistungen zu

sichern, und bezweckt andererseits, eine unkontrollierbare und unzumutbare finanzielle Belastung der zahlungspflichtigen Patienten und der gegebenenfalls dahinter stehenden Kostenträger (private Krankenversicherer, Beihilfe) zu verhindern. Auf diese Weise soll ein Ausgleich zwischen den gegenläufigen Interessen von Patienten und Ärzten dahingehend herbeigeführt werden, weder ein zu hohes Entgelt entrichten zu müssen noch nur ein zu geringes Entgelt fordern zu dürfen (vgl. BayLSG, a.a.O., Rz. 101). Vor diesem Hintergrund wäre es nicht nachvollziehbar, die Interessen der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten als weniger schutzbedürftig und die Interessen der an den Entgelten Berechtigten als weniger regelungsbedürftig anzusehen, wenn die ärztliche Tätigkeit durch einen Arzt erbracht wird, der von einer juristischen Person beschäftigt wird, mit welcher der Patient einen Behandlungsvertrag abschließt (vgl. KG, a.a.O., Rz. 74).

Nach alledem kann ausgeschlossen werden, dass die Liquidati- 27  
on ambulanter ärztlicher Leistungen, zu deren Erbringung sich nicht ein Arzt selbst, sondern eine juristische Person, bei der der Arzt beschäftigt ist, verpflichtet, unreguliert bleiben sollte mit der Folge, dass das mit dem Erlass der GOÄ verfolgte gesetzgeberische Ziel, ein für alle Ärzte geltendes zwingendes Preisrecht zu etablieren, durch Zwischenschaltung einer juristischen Person ohne weiteres umgangen werden könnte (vgl. BayLSG, a.a.O., Rz. 100). Diese Auffassung liegt auch dem Urteil des Senats vom 12.11.2009 (III ZR 110/09, BGHZ 183, 143 Rz. 8 f.) zugrunde, wonach lediglich Vereinbarungen zwischen Krankenhausträgern und niedergelassenen Ärzten über deren Zuziehung im Rahmen allgemeiner Krankenhausleistungen nicht den Vorschriften der GOÄ unterliegen. Denn in diesen Fällen geht es nicht um den in der Ermächtigungsnorm des § 11 BÄO geforderten Ausgleich zwischen den Interessen der Ärzte und den Belangen der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten (Patienten), sondern um eine Einbindung und Vergütung einer ärztlichen Tätigkeit, die weder unmittelbar dem Privatpatienten/Selbstzahler geschuldet noch vertragsärztlich erbracht wird (a.a.O. Rz. 9). Damit hat der Senat aber gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, dass die Vorschriften der GOÄ grundsätzlich dann eingreifen, wenn ärztliche Leistungen einem Patienten in Rechnung gestellt werden, und zwar unabhängig davon, wer sein Vertragspartner ist.

cc) Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, dass 28  
die Anwendbarkeit des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes oder der Honorarordnung für Architekten- und Ingenieurleistungen, die ebenfalls einen angemessenen Ausgleich der Interessen der Beteiligten bezwecken, nicht davon abhängt, ob Vertragspartner eine natürliche oder eine juristische Person ist. Es ist kein einleuchtender Grund dafür ersichtlich, im Bereich der medizinischen Versorgung davon abzuweichen.

dd) Diesem Auslegungsergebnis steht nicht entgegen, dass in 29  
der Verordnungsbegründung zu § 1 Abs. 1 GOÄ ausgeführt wird, die Gebührenordnung regle die Vergütungen für die Leistungen der Ärzte und gelte nicht für Leistungen, die durch andere Berufsgruppen oder Einrichtungen (beispielsweise Krankenhäuser) abgerechnet würden (BR-Drucks. 295/82, S. 12). Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, hatte der Verordnungsgeber dabei nur im Blick, die beruflichen Leistungen der Ärzte von Leistungen abzugrenzen, die auch von anderen Berufsgruppen oder Einrichtungen erbracht werden können. Das hier streitige Problem der Vergütung für ambulante

Behandlungen, die von einer juristischen Person geschuldet und von angestellten oder beamteten Ärzten erbracht werden, ist nicht erörtert worden. Hinzu kommt, dass die Verordnungsbegründung mehr als 40 Jahre zurückliegt und angesichts der damals noch nicht absehbaren Weiterentwicklungen im Bereich der Ausübung des Arztberufs (z.B. Ärzte-GmbH, Medizinische Versorgungszentren) ohnehin nur noch eingeschränkt als Auslegungshilfe herangezogen werden kann (vgl. *Wolfram*, a.a.O., S. 108).

30 ee) Das Berufungsgericht ist auch zu Recht davon ausgegangen, dass sowohl die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung nach § 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ als auch die Verweisung in § 17 Abs. 3 Satz 7 KHEntgG auf die entsprechende Anwendung der GOÄ für die Berechnung wahlärztlicher Leistungen das weite Verständnis des Anwendungsbereichs der GOÄ nicht in Frage stellen. Die von einem Arzt im Rahmen eines Anstellungs- oder Beamtenverhältnisses erbrachten ambulanten Behandlungsmaßnahmen sind der juristischen Person, die die Behandlung gegenüber dem Patienten vertraglich schuldet und selbst keine Leistung „persönlich“ erbringen kann, zuzurechnen, so dass die Voraussetzungen einer persönlichen Leistungserbringung i.S.d. § 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ erfüllt sind. § 17 Abs. 3 Satz 7 KHEntgG betrifft die Abrechnung wahlärztlicher Leistungen neben allgemeinen Krankenhausleistungen bei (teil-)stationärer Behandlung. Für die Abrechnung ambulanter Leistungen gibt die Vorschrift nichts her.

31 b) Die der Rechnung vom 10.7.2020 zugrunde liegende Vereinbarung eines Pauschalhonorars von 10.633 € für die Cyberknife-Behandlung entspricht nicht den Vorgaben von § 2 Abs. 1, 2 GOÄ und ist deshalb gem. § 125 Satz 1 BGB beziehungsweise § 134 BGB nichtig.

32 Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GOÄ darf nur eine abweichende Gebührenhöhe festgelegt werden. Die Vereinbarung einer abweichenden Punktzahl (§ 5 Abs. 1 Satz 2 GOÄ) oder eines abweichenden Punktwerts (§ 5 Abs. 1 Satz 3 GOÄ) ist unzulässig. Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 GOÄ bedarf es zur Wirksamkeit einer abweichenden Honorarvereinbarung der individuellen Absprache im Einzelfall zwischen Arzt und Zahlungspflichtigem, die in einem Schriftstück zu treffen ist, das zur Gewährleistung hinreichender Transparenz die Nummer und Bezeichnung der Leistung, den Steigerungssatz und den vereinbarten Betrag enthalten muss (§ 2 Abs. 2 Satz 2). Aus diesen Regelungen folgt, dass die Gebührenordnung nicht zugunsten eines Pauschalhonorars abdingbar ist. Eine entsprechende Vereinbarung ist nichtig, wobei dahinstehen kann, ob die Nichtigkeitsfolge auf § 125 Satz 1 BGB oder § 134 BGB beruht (vgl. Senat, Urt. v. 23.3.2006 – III ZR 223/05, NJW 2006, 1879 Rz. 16; *Makoski* in Clausen/Makoski, a.a.O., § 2 GOÄ Rz. 40; *Prütting/Hübner*, a.a.O., § 2 GOÄ Rz. 2; *Spickhoff* in *Spickhoff*, a.a.O., § 2 GOÄ Rz. 3).

33 Die Beklagte kann die Vereinbarung eines Pauschalhonorars auch nicht mit dem Einwand rechtfertigen, dass die Cyberknife-Bestrahlung bislang im Gebührenverzeichnis zur GOÄ nicht aufgeführt ist. Gemäß § 6 Abs. 2 GOÄ können selbständige Leistungen, die in das Gebührenverzeichnis nicht aufgenommen sind, entsprechend einer nach Art, Kosten- und Zeitaufwand gleichwertigen Leistung des Gebührenverzeichnisses berechnet werden (z.B. Abschnitt O: Strahlendiagnostik, Nuklearmedizin, Magnetresonanztomographie und Strahlentherapie).

3. Entgegen der Auffassung der Revision verstößt die Berufung des Klägers auf die Unwirksamkeit der Pauschalpreisvereinbarung nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts infolge eines Formmangels nur ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, das Rechtsgeschäft als nichtig zu behandeln. Dabei sind strenge Maßstäbe anzulegen. Das Ergebnis darf die betroffene Partei nicht bloß hart treffen, sondern es muss schlechthin untragbar sein. Von den Fällen der Existenzgefährdung abgesehen muss eine besonders schwere Treuepflichtverletzung des anderen Teils vorliegen (Senat, Urt. v. 3.11.2016 – III ZR 286/15, VersR 2017, 232 Rz. 12 m.w.N.). Daran fehlt es hier. Das Berufungsgericht hat die Annahme eines schlechthin untragbaren Ergebnisses zu Recht daran scheitern lassen, dass die Beklagte die durchgeführte Cyberknife-Behandlung nicht – wenigstens hilfsweise – auf der Grundlage des Gebührenverzeichnisses zur GOÄ gem. § 6 Abs. 2 GOÄ im Wege der Analogie zu vorhandenen Gebührennummern abgerechnet hat, obwohl sie der (zahlungswillige) Kläger mit Anwaltsschreiben vom 5.7.2020 ausdrücklich auffordern ließ, eine ordnungsgemäße Rechnung nach der GOÄ zu stellen. Dem Kläger kann auch nicht vorgeworfen werden, gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* „in hohem Maße“ verstoßen zu haben, weil er die Pauschalpreisrechnung vom 10.7.2020 zunächst bezahlt und die Unwirksamkeit der Pauschalpreisabrede erst im Verlauf des Jahres 2021 geltend gemacht hat. Denn der Kläger ging zunächst selbst von der Wirksamkeit der getroffenen Abrede aus. Dass diese Annahme unzutreffend war, ergab sich für ihn erstmals in dem Sozialgerichtsprozess gegen die T-Krankenkasse, als das Sozialgericht ihn unter dem 9.9.2021 darauf hinwies, dass seine Klage auf Kostenerstattung keine Erfolgsaussicht habe, weil die Pauschalabrechnung der Cyberknife-Behandlung nicht den Vorschriften der GOÄ entspreche.

### **Fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen (Export pentobarbitalhaltiger Medizinprodukte ohne Ausfuhrgenehmigung des BAFA; Fehlen eines wirksamen Export-Kontrollsystems)**

StGB § 2 Abs. 3; OWiG §§ 4 Abs. 3, 29a Abs. 1 und 2 Nr. 1, 130 Abs. 1; AWG §§ 18 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8, 19 Abs. 1 Nr. 1; EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 Art. 7b Abs. 1 Satz 1

1. Unterlässt es der alleinige Geschäftsführer eines Unternehmens, welches pentobarbitalhaltige Medizinprodukte herstellt und exportiert, organisatorische Vorkehrungen dahin zu treffen, dass in Bezug auf den Export dieser Produkte alle gesetzlichen Bestimmungen beachtet und alle erforderlichen Ausfuhrgenehmigungen eingeholt wurden, so liegt hierin eine fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen gem. § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG. Geeignete organisatorische Vorkehrungen können etwa in der Einrichtung eines effektiven Export-Kontrollsystems und Schulungen der mit der Exportabwicklung befassten Mitarbeiter liegen.

2. Indem die Blankettstrafvorschrift des § 18 Abs. 4 AWG im Zeitraum vom 20.2.2019 bis 17.7.2020 auf außer Kraft getretenes EU-Recht als blankettausfüllende Norm verwies, ging sie „ins Leere“

und vermochte in dieser Zeit keine Strafbarkeit zu begründen. Die damit entstandene Strafbarkeits- bzw. Ahndbarkeitslücke hat zur Konsequenz, dass in dem in Rede stehenden Zeitraum Zuwiderhandlungen gegen das in diesem Zusammenhang relevante Genehmigungserfordernis nicht straf- oder bußgeldbewehrt waren und das Unterlassen von hierauf bezogenen Aufsichtsmaßnahmen i.S.d. § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG keine Ordnungswidrigkeit darstellte.

(alle nicht amtl.)

BGH, Urt. v. 29.5.2024 – 3 StR 507/22

**Stichworte:** Außenwirtschaftsstrafrecht – EU-Anti-Folter-Verordnung – Export pentobarbitalhaltiger Medizinprodukte in die USA und nach Japan – Fehlen einer Ausfuhrgenehmigung des BAFA – Verletzung der Aufsichtspflicht – Fehlen eines Export-Kontrollsystems – Einziehung beim Drittbegünstigten – Blankettstrafvorschrift – lex-mitior-Grundsatz – temporäre Strafbarkeits- bzw. Ahndbarkeitslücke

### Gründe:

- 1 Das LG hat den Angeklagten wegen einer Ordnungswidrigkeit des „fahrlässigen Unterlassens einer Aufsichtsmaßnahme, die erforderlich ist, um in einem Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern“ (§ 130 Abs. 1 OWiG) zu einer Geldbuße von 10.000 € verurteilt. Gegen die Nebenbeteiligte hat es die Einziehung des Wertes von Taterträgen i.H.v. 777.638,71 € angeordnet. Mit ihren jeweils auf die ausgeführte allgemeine Sachrüge gestützten Revisionen beanstanden der Angeklagte seine Verurteilung und die Einziehungsbeteiligte die gegen sie gerichtete Einziehungsentscheidung. Der Angeklagte macht darüber hinaus – nicht ausgeführt – die Verletzung formellen Rechts geltend. Das Rechtsmittel des Angeklagten hat mit der Sachrüge Erfolg und führt zu seiner Freisprechung aus Rechtsgründen. Infolge dieser Entscheidung hat – in entsprechender Anwendung des § 357 Satz 1 StPO – die Einziehungsentscheidung zu entfallen.
- 2 I. Das LG hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:
- 3 1. Der Angeklagte, ein promovierter Chemiker, war von 2013 bis 2021 alleiniger Geschäftsführer der Einziehungsbeteiligten, der V. GmbH. Die in der Produktion von Tierarzneimitteln tätige Gesellschaft, bei der es sich um ein Tochterunternehmen eines global agierenden Pharmakonzerns handelt, stellte im Tatzeitraum – 2017 und 2018 – in F. Injektionslösungen her, die zum Betäuben beziehungsweise Einschläfern von Tieren bestimmt waren und verwendet wurden. Die Produkte mit den Bezeichnungen „B.“ und „S.“, die den Wirkstoff Pentobarbital (-natrium) enthielten, wurden von der V. GmbH u.a. in die USA und nach Japan exportiert. Das in die USA exportierte Medikament „B.“ diente dort zur Tötung von Hunden. Das nach Japan ausgeführte Produkt „S.“ wurde als Anästhetikum für Säugetiere genutzt.
- 4 Die mit der Abwicklung der Exporte betraute Mitarbeiterin des Unternehmens holte zwar jeweils die für Ausfuhren in die USA und nach Japan erforderliche betäubungsmittelrechtliche Genehmigung der Bundesopiumstelle des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte ein. Sie unterließ es aber in Unkenntnis der Rechtslage, auch eine zweite (ausfuhrrechtliche) Genehmigung der Exporte beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) zu erwirken. Diese war

wegen des Wirkstoffs Pentobarbital(-natrium), der in einigen Staaten zur Vollstreckung von Todesstrafen verwendet wird, seinerzeit aufgrund Art. 7b Abs. 1 der EU-Verordnung 1236/2005 „betreffend den Handel mit bestimmten Gütern, die zur Vollstreckung der Todesstrafe, zu Folter oder zu anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet werden können“ (EU-Anti-Folter-Verordnung 2005) in Verbindung mit Anlage IIIa zu dieser Verordnung erforderlich.

Es kam daher im Zeitraum vom 10.11.2017 bis zum 12.1.2018 5 zu fünf urteilsgegenständlichen Exporten mit nur einer Genehmigung der Bundesopiumstelle, aber ohne eine des BAFA, und zwar zu drei Lieferungen von „B.“ in die USA und zwei von „S.“ nach Japan. Den Abnehmern in den USA und Japan stellte die Einziehungsbeteiligte wegen dieser fünf durchgeführten Verkäufe einen Kaufpreis i.H.v. insgesamt 777.638,71 € in Rechnung.

Am 21.2.2018 wurden zwei weitere Lieferungen in die USA 6 und nach Japan, die auf dem Luftweg erfolgen sollten, im Rahmen einer Zollkontrolle am Flughafen Br. angehalten, weil einer dort tätigen Zollbeamtin das Fehlen der erforderlichen BAFA-Ausfuhrgenehmigung nach der EU-Anti-Folter-Verordnung aufgefallen war. Die vorherigen Lieferungen waren vom Zoll aufgrund unzutreffender Angaben in den Ausfuhrbegleitdokumenten nicht beanstandet worden. Erst durch das Einschreiten des Zolls im Februar 2018 wurde man bei der V. GmbH auf das Genehmigungserfordernis nach der EU-Anti-Folter-Verordnung aufmerksam.

Die für die Abwicklung der Exporte zuständige Mitarbeiterin 7 der Einziehungsbeteiligten hätte bei Anwendung der ihr gebotenen Sorgfalt erkennen können und müssen, dass die Ausfuhren pentobarbitalhaltiger Medizinprodukte nach Japan und in die USA der Genehmigung durch das BAFA gemäß der EU-Anti-Folter-Verordnung bedurften.

Der Angeklagte richtete als verantwortlicher Geschäftsführer 8 der V. GmbH kein wirksames Export-Kontrollsystem in dem Unternehmen ein. Insbesondere unterließ er es, organisatorische Vorkehrungen dahin zu treffen, dass in Bezug auf den Export pentobarbitalhaltiger Medizinprodukte alle gesetzlichen Bestimmungen beachtet und alle erforderlichen Ausfuhrgenehmigungen eingeholt wurden. Dieses Versäumnis führte dazu, dass die mit den Exporten konkret befassten Personen keine Kenntnis von dem Genehmigungserfordernis nach der EU-Anti-Folter-Verordnung hatten, daher beim BAFA keine Ausfuhrgenehmigungen beantragten und die Exporte ohne eine solche veranlassten. Der Angeklagte hätte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt als Geschäftsführer erkennen können und müssen, dass er keine ausreichenden Maßnahmen ergriffen hatte, um die Beachtung aller ausfuhrrechtlichen Vorschriften in dem von ihm geführten Unternehmen sicherzustellen und Exporte von pentobarbitalhaltigen Tierarzneimitteln ohne die erforderliche Ausfuhrgenehmigung durch das BAFA zu verhindern. Hätte der Angeklagte die erforderlichen Maßnahmen zur Errichtung eines wirksamen Export-Kontrollsystems ergriffen, wäre die Notwendigkeit einer Ausfuhrgenehmigung nach der EU-Anti-Folter-Verordnung erkannt worden und es nicht zu den urteilsgegenständlichen Ausfuhren ohne BAFA-Genehmigung gekommen.



- 9 2. Die Strafkammer hat das Verhalten des Angeklagten rechtlich als Ordnungswidrigkeit der fahrlässigen Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen gem. § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG gewertet. Der Angeklagte habe als verantwortlicher Geschäftsführer der V. GmbH fahrlässig Aufsichtsmaßnahmen unterlassen, die erforderlich waren, um Zuwiderhandlungen gegen unternehmensbezogene Pflichten zu verhindern, deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist. Solche Zuwiderhandlungen seien in Gestalt der urteilsgegenständlichen Exporte ohne ausfuhrrechtliche Genehmigung des BAFA erfolgt; diese wären bei Ergreifen der gebotenen Aufsichtsmaßnahmen verhindert worden.
- 10 Die Zuwiderhandlungen seien zur Tatzeit mit Strafe beziehungsweise Geldbuße bedroht gewesen. Denn Art. 7b Abs. 1 Satz 1 EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 (EU-Verordnung 1236/2005) habe in Verbindung mit Anlage IIIa der Verordnung die Ausfuhr von Medikamenten mit dem Wirkstoff Pentobarbital(-natrium) einem Genehmigungserfordernis unterworfen. § 18 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8 AWG in der Tatzeitfassung habe die vorsätzliche Ausfuhr von Gütern ohne Vorliegen einer nach Art. 7b Abs. 1 Satz 1 EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 erforderlichen Genehmigung unter Strafe gestellt. Gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 AWG i.V.m. § 18 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8 AWG sei die fahrlässige Ausfuhr ohne erforderliche Genehmigung als Ordnungswidrigkeit bußgeldbewehrt gewesen.
- 11 Die Strafkammer hat erörtert, dass die EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 mit Wirkung vom 20.2.2019 ersetzt wurde durch eine neue EU-Anti-Folter-Verordnung (EU-Verordnung 2019/125), die zwar ebenfalls das hier relevante Genehmigungserfordernis enthält, es indes in einem anderen Artikel und unter Verweis auf eine anders bezeichnete Anlage zur neuen EU-Verordnung normiert. Die Blankettstrafvorschrift des § 18 Abs. 4 AWG, die Verstöße gegen die EU-Anti-Folter-Verordnung unter Strafe stellt (und damit die auf diese verweisende Bußgeldvorschrift § 19 Abs. 1 Nr. 1 AWG), wurde jedoch erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung zum 17.7.2020 angepasst; bis dahin nahm sie explizit Bezug auf die seit dem 20.2.2019 nicht mehr geltende EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 und die dortigen Regelungen. Das LG hat indes unter Verweis auf die im vorliegenden Verfahren in einem Zwischenrechtsstreit über die Eröffnung des Hauptverfahrens ergangene Eröffnungsentscheidung des OLG Oldenburg (Beschl. v. 16.4.2021 – 1 Ws 71/21, juris) eine temporäre Strafbarkeits- beziehungsweise Ahndbarkeitslücke in der Zeit vom 20.2.2019 bis zum 17.7.2020 durch die späte Anpassung der deutschen Blankettstrafvorschrift an das neue EU-Recht verneint. Das Verhalten des Angeklagten sei auch nach der Tat weiter durchgängig bußgeldbewehrt gewesen; es habe keine Phase der fehlenden Strafbarkeit beziehungsweise Bußgeldbewehrung von Verstößen gegen Genehmigungserfordernisse nach der EU-Anti-Folter-Verordnung gegeben, die gemäß dem lex-mitior-Grundsatz des § 2 Abs. 3 StGB beziehungsweise § 4 Abs. 3 OWiG einer Strafbarkeit oder Verhängung einer Geldbuße wegen einer zuvor begangenen Tat – auch einer solchen nach § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG – entgegenstände.
- 12 Die Strafkammer hat deshalb gegen den Angeklagten wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG die genannte Geldbuße festgesetzt.
3. Die gegen die Nebenbeteiligte gerichtete Einziehung des Wertes von Taterträgen hat die Strafkammer auf § 29a Abs. 1 und 2 Nr. 1 OWiG gestützt. Hierbei ist sie davon ausgegangen, dass die V. GmbH durch die fünf urteilsgegenständlichen Ausfuhren als Drittbegünstigte Kaufpreisforderungen i.H.v. insgesamt 777.638,71 € erlangte. Einen Abzug der Produktionskosten, also der Aufwendungen der Einziehungsbeteiligten für die Herstellung der ausgeführten Güter, hat das LG unter Hinweis auf das in § 29a Abs. 3 Satz 2 OWiG normierte „Bruttoprinzip“ abgelehnt.
- II. Die Revisionen haben Erfolg.
1. Die insgesamt rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen eine Verurteilung des Angeklagten nicht. Dieser hat zwar nach dem zur Tatzeit geltenden Recht eine Ordnungswidrigkeit nach § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG begangen; insofern ist das angefochtene Urteil nicht zu beanstanden (hierzu unten a)). Allerdings ist er aus Rechtsgründen unter Aufhebung des Urteils freizusprechen, weil das betreffende Verhalten nach der Tat wegen einer längere Zeit unterbliebenen Anpassung des Blankettstrafatbestandes § 18 Abs. 4 AWG an eine Neufassung der in Bezug genommenen EU-Verordnung zeitweilig nicht bußgeldbewehrt war (hierzu unten b) und c)). Diese temporäre Ahndbarkeitslücke führt in Anwendung des lex-mitior-Grundsatzes des § 4 Abs. 3 OWiG dazu, dass das Unterlassen des Angeklagten nicht (mehr) sanktioniert werden kann (hierzu unten d)).
- a) Der Angeklagte beging nach dem zur Tatzeit geltenden Recht eine Ordnungswidrigkeit der fahrlässigen Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen gem. § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG. Danach handelt ordnungswidrig, wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre.
- Der Angeklagte war gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 OWiG als alleiniger Geschäftsführer der V. GmbH – des Inhabers i.S.d. § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG (vgl. KK/OWiG/Rogall, 5. Aufl., § 130 Rz. 25) – verantwortliche Person und Normadressat der Bußgeldbewehrung des § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG (vgl. KK/OWiG/Rogall, 5. Aufl., § 130 Rz. 26, 33 f.). Das Unternehmen war zur Zeit der urteilsgegenständlichen Exporte der Tiermedizinprodukte „B.“ in die USA und „S.“ nach Japan gem. Art. 7b Abs. 1 Satz 1 EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 (EU-Verordnung 1236/2005) in Verbindung mit Anlage IIIa der Verordnung verpflichtet, für die Ausfuhr dieser Medikamente wegen ihres Wirkstoffs Pentobarbital(-natrium) eine ausfuhrrechtliche Genehmigung des BAFA einzuholen. Dieser Pflicht wurde zuwidergehandelt. Der Angeklagte hätte das Genehmigungserfordernis erkennen können und müssen und organisatorische Vorkehrungen dahin treffen müssen, dass in Bezug auf den Export pentobarbitalhaltiger Medizinprodukte alle gesetzlichen Bestimmungen beachtet und alle erforderlichen Ausfuhrgenehmigungen eingeholt wurden, etwa durch Einrichtung eines effektiven Export-Kontrollsystems und Schulungen der mit der Exportabwicklung befassten Mitarbeiter. Hierzu kam es erst nach dem Anhalten weiterer Lieferungen durch den Zoll im



Februar 2018. Hätte der Angeklagte diese gebotenen Aufsichtsmaßnahmen rechtzeitig ergriffen, wäre es nicht zu dem Verstoß gegen das Genehmigungserfordernis nach Art. 7b Abs. 1 Satz 1 EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 gekommen.

- 18 Die hier inmitten stehenden Zuwiderhandlungen waren zur Tatzeit mit Strafe beziehungsweise Geldbuße bedroht. Denn nach § 18 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8 AWG in der Tatzeitfassung machte sich strafbar, „wer gegen die Verordnung (EG) Nr. 1236/2005 des Rates vom 27. Juni 2005 betreffend den Handel mit bestimmten Gütern, die zur Vollstreckung der Todesstrafe, zu Folter oder zu anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet werden könnten (ABl. Nr. L 200 vom 30. Juli 2005, S. 1; L 79 vom 16. März 2006, S. 32), die zuletzt durch die Verordnung (EU) 2016/2134 (ABl. Nr. L 338 vom 13. Dezember 2016, S. 1) geändert worden ist,“ verstieß, „indem er (...) 8. ohne Genehmigung nach (...) Art. 7b Abs. 1 Satz 1 dort genannte Güter ausführt [e]“. Nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AWG i.V.m. § 18 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8 AWG war die fahrlässige Ausfuhr ohne erforderliche Genehmigung – um solche Handlungen ging es vorliegend – als Ordnungswidrigkeit bußgeldbewehrt.

- 19 b) Die EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 (EU-Verordnung 1236/2005) wurde mit Wirkung zum 20.2.2019 aufgehoben. An ihre Stelle trat die am selben Tag in Kraft getretene „Verordnung EU 2019/125 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Januar 2019 über den Handel mit bestimmten Gütern, die zur Vollstreckung der Todesstrafe, zu Folter oder zu anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet werden könnten“ (ABl. Nr. L 30 vom 31.1.2019, S. 1). Diese EU-Anti-Folter-Verordnung 2019 unterwirft die Ausfuhr von Medizinprodukten mit dem Wirkstoff Pentobarbital(-natrium) ebenfalls einem Genehmigungserfordernis. Dieses ist nunmehr allerdings in Art. 16 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Anhang IV der EU-Anti-Folter-Verordnung 2019 geregelt. Insofern hat sich auf der Ebene des EU-Rechts an dem (durchgängigen) Genehmigungserfordernis in der Sache nichts geändert.

- 20 Die Blankettstrafvorschrift des § 18 Abs. 4 AWG blieb indes über einen Zeitraum von nahezu eininhalb Jahren unverändert. Sie wurde erst mit Wirkung zum 17.7.2020 dahin an die Neuregelung des EU-Rechts angepasst, dass seither nach § 18 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8 AWG strafbar ist, wer „gegen die Verordnung (EU) 2019/125 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Januar 2019 über den Handel mit bestimmten Gütern, die zur Vollstreckung der Todesstrafe, zu Folter oder zu anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet werden könnten (ABl. Nr. L 30 vom 31. Januar 2019, S. 1) (...) verstößt, indem er (...) 8. ohne Genehmigung nach (...) Art. 16 Abs. 1 Satz 1 dort genannte Güter ausführt“ (Erstes Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze vom 10.7.2020, BGBl. 2020 I, S. 1637). Damit wurde mittelbar auch § 19 Abs. 1 Nr. 1 AWG an die neue EU-Anti-Folter-Verordnung angepasst. Denn diese Vorschrift geht, soweit hier von Interesse, unverändert dahin, dass ordnungswidrig handelt, wer eine in § 18 Abs. 4 bezeichnete Handlung fahrlässig begeht.

- 21 c) Indem die Blankettstrafvorschrift des § 18 Abs. 4 AWG im Zeitraum vom 20.2.2019 bis 17.7.2020 auf außer Kraft getretenes EU-Recht als blankettausfüllende Norm verwies, ging sie

„ins Leere“ und vermochte sie in dieser Zeit keine Strafbarkeit zu begründen (vgl. zu entsprechenden Fallkonstellationen BVerfG, Beschl. v. 18.9.2008 – 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 Rz. 14; BGH, Urt. v. 23.7.1992 – 4 StR 194/92, NStZ 1992, 535, 536; OLG Bamberg, Beschl. v. 4.12.2007 – 2 Ss OWi 1265/07, DAR 2008, 99, 100; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.12.2007 – 2 Ss (OWi) 83/07 – (OWi) 64/07 III, NJW 2008, 930, 931; OLG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2007 – 1-11/07 (RB) – 3 Ss 34/07, NZV 2007, 372; OLG Koblenz, Beschl. v. 10.3.2008 – 2 Ss Bs 6/08, NZV 2008, 311, 312; s. ferner Hecker in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 2 Rz. 27; Morweiser in Wolfgang/Rogmann/Pietsch, AWR-Kommentar, 82. EL, § 18 AWG Rz. 79; SSW-StGB/Satzger, 6. Aufl., § 2 Rz. 24; MünchKomm/StGB/Schmitz, 4. Aufl., § 1 Rz. 68; BeckOK AußenWirtschaftsR/Schwendinger, 12. Ed., § 18 AWG Rz. 54; MünchKomm/StGB/Wagner, 4. Aufl., § 18 AWG Rz. 122; GJW/Bock, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl., § 2 StGB Rz. 36; Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, 3. Aufl., § 18 AWG Rz. 62; Harms/Heine, FS Amelung, S. 393, 397; Hoffmann, AW-Prax 2022, 247, 250; Möllers/Herz, JZ 2017, 445 ff.; Stein/Louca, AW-Prax 2019, 450, 452).

aa) Diese temporäre Strafflosigkeit wäre zwar nicht gegeben, 22 wenn die Bezugnahme auf die EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 in der bis zum 17.7.2020 geltenden Fassung des § 18 Abs. 4 AWG als statischer Verweis auf die Regelungen dieser EU-Verordnung nebst ihren Anlagen unabhängig von deren Geltung zu verstehen wäre. Ein solcher (absolut-)statischer Verweis ist statthaft; es ist dem Gesetzgeber möglich, Blankettstrafatbestände so zu gestalten, dass die blankettausfüllenden Normen unabhängig von ihrer Rechtsgeltung in Bezug genommen und damit deren Regelungen in den Blankettstrafatbestand inkorporiert werden (vgl. BVerfG, Beschlüsse v. 13.6.2018 – 2 BvR 375/17, 2 BvR 1785/17, juris Rz. 14; v. 3.5.2018 – 2 BvR 463/17, NJW 2018, 3091, Rz. 24; v. 19.12.1991 – 2 BvR 836/85, NVwZ-RR 1992, 521, 522; BGH, Beschl. v. 21.4.2021 – 3 StR 225/20, NStZ-RR 2021, 283, 284; v. 8.8.2018 – 2 StR 210/16, NStZ-RR 2019, 49, 50; v. 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BGHSt 62, 13 Rz. 10). Ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG wäre damit nicht verbunden; die Verhaltensvorschrift, auf die ein Blankettstrafatbestand verweist, braucht ihrerseits nicht unbedingt (noch oder bereits) in Geltung zu sein (BVerfG, Beschl. v. 3.5.2018 – 2 BvR 463/17, NJW 2018, 3091, Rz. 24; BGH, Beschl. v. 21.4.2021 – 3 StR 225/20, NStZ-RR 2021, 283, 284; Beschl. v. 8.8.2018 – 2 StR 210/16, NStZ-RR 2019, 49, 50; Beschl. v. 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BGHSt 62, 13 Rz. 10; a.A. SSW-StGB/Satzger, 6. Aufl., § 2 Rz. 24; MünchKomm/StGB/Schmitz, 4. Aufl., § 1 Rz. 69; Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, 3. Aufl., § 18 AWG Rz. 62; BeckOK AußenWirtschaftsR/Schwendinger, 12. Ed., § 18 AWG Rz. 54; Gaede, wistra 2017, 41, 43; Harms/Heine, FS Amelung, S. 393, 397; Möllers/Herz, JZ 2017, 445, 449; Stein/Louca, AW-Prax 2019, 450, 452).

Ob aber die konkret in Frage stehende Blankettstrafnorm die 23 Bezugsvorschrift unabhängig von ihrer Geltung erfasst, ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BVerfG, Beschl. v. 3.5.2018 – 2 BvR 463/17, NJW 2018, 3091, Rz. 25; BGH, Beschl. v. 10.1.2017 – 5 StR 532/16, BGHSt 62, 13 Rz. 10; Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, 2689, 2691).

Eine Gesamtbetrachtung des Wortlauts von § 18 Abs. 4 AWG, 24 des Regelungszwecks und des Kontextes dieser Strafnorm zeigt

indes, dass der deutsche Gesetzgeber die EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 nicht losgelöst von ihrer europarechtlichen Geltung, sondern als geltendes EU-Recht und in Abhängigkeit von ihrer Rechtsgeltung in Bezug nehmen wollte.

- 25 Der Verweis auf die EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 in § 18 Abs. 4 Satz 1 AWG war mit dem Zusatz versehen „die zuletzt durch die Verordnung (...) geändert worden ist“. Der Zusatz wurde regelmäßig aktualisiert. Dies verdeutlicht, dass der Gesetzgeber zwar mit der Blankettstrafvorschrift des § 18 Abs. 4 Satz 1 AWG nicht dynamisch auf die jeweils geltende (Fassung der) EU-Anti-Folter-Verordnung Bezug nahm, wohl aber auf die EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 in ihrer konkret genannten Fassung. Es kam dem Gesetzgeber mithin darauf an, soweit möglich auf die jeweils aktuell geltende Fassung der Verordnung Bezug zu nehmen und diese zu inkorporieren. Dem lässt sich letztlich entnehmen, dass es das Ziel des Gesetzgebers war, Verstöße gegen eine – möglichst: die aktuell – geltende Fassung der EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 zu pönalisieren.
- 26 Insbesondere aber aus der bis zum 17.7.2020 in Kraft befindlichen Fassung des § 18 Abs. 4 Satz 2 AWG lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber den Verweis auf die EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 in § 18 Abs. 1 Satz 1 AWG als Inbezugnahme geltenden EU-Rechts verstanden wissen wollte. Denn § 18 Abs. 4 Satz 2 AWG lautete bis zum 17.7.2020: „Soweit die in Satz 1 genannten Vorschriften auf die Anhänge II, III oder IIIa zur Verordnung (EG) Nr. 1236/2005 verweisen, finden diese Anhänge in der jeweils geltenden Fassung Anwendung.“ Hinsichtlich der Anhänge wählte der Gesetzgeber mithin den Weg der dynamischen Verweisung auf die aktuell geltende Fassung. Die Geltung der Anhänge II, III und IIIa zur Verordnung (EG) Nr. 1236/2005 aber war – wie ihre Ablösung durch neu benannte Anhänge zur EU-Anti-Folter-Verordnung 2019 mit deren Inkrafttreten zeigt – abhängig von dem In-Kraft-Sein der EU-Anti-Folter-Verordnung 2005. Aus § 18 Abs. 4 Satz 2 AWG in der bis zum 17.7.2020 geltenden Fassung folgt daher, dass die durch die Blankettstrafnorm des § 18 Abs. 4 Satz 1 AWG begründete Strafbarkeit abhängig war von der (Fort-) Geltung der EU-Anti-Folter-Verordnung 2005, so dass mit deren Außerkrafttreten am 20.2.2019 die Blankettstrafnorm bis zu ihrer Neufassung obsolet war. Dies zeigt auch folgende Überlegung: Nach Art. 7b Abs. 1 Satz 1 EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 war die Ausfuhr der in Anhang IIIa dieser Verordnung aufgeführten Güter genehmigungsbedürftig. Dieser Anhang aber trat zum 20.2.2019 außer Kraft. Mithin gab es ab diesem Zeitpunkt keine „geltende Fassung“ des Anhang IIIa mehr, auf den § 18 Abs. 4 Satz 2 AWG fortan bis zum 17.7.2020 Bezug hätte nehmen können.
- 27 Hinzu kommt, dass es dem Gesetzgeber mit der Blankettstrafvorschrift des § 18 Abs. 4 AWG ersichtlich darauf ankam und darauf ankommt, Verstöße gegen in Kraft befindliches EU-Recht unter Strafe zu stellen beziehungsweise einer Bußgeldbewehrung zu unterstellen, nicht aber eine autonome Pönalisierung unabhängig von geltenden EU-Vorschriften vorzunehmen. Dies ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien zu § 18 Abs. 4 AWG a.F. (vgl. BT-Drucks. 17/11127, S. 28) und zudem aus der Gesetzesbegründung zur am 17.7.2020 in Kraft getretenen Neufassung des § 18 Abs. 4 AWG, denn dort wird die Novellierung für erforderlich erachtet, um die Strafbewehrung von Verstößen gegen die EU-Anti-Folter-Verordnung zu gewährleisten, die Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EU-Anti-Folter-Verordnung

2005 und Art. 33 Abs. 1 EU-Anti-Folter-Verordnung 2019 ausdrücklich einforderte beziehungsweise einfordert (vgl. BT-Drucks. 19/18700, S. 2). Ferner folgt dies aus der dynamischen Verweisung des § 18 Abs. 4 Satz 2 AWG auf die Anhänge in der jeweils geltenden Fassung.

Relevant im vorliegenden Zusammenhang ist zudem der durch das „Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen vom 2. Juni 2021“ (BGBl. 2021 I, S. 1275) neu geschaffene und am 9.6.2021 in Kraft getretene § 30 Abs. 1 AWG. Dieser bestimmt, dass dann, wenn eine in einer Vorschrift des AWG genannte Vorschrift eines unmittelbar geltenden Rechtsakts der Europäischen Gemeinschaften oder der Europäischen Union aufgehoben oder für nicht mehr anwendbar erklärt wird, für Straftaten und Ordnungswidrigkeiten nach den §§ 18 und 19 AWG, die bis zum Zeitpunkt der Aufhebung oder der Nichtanwendung begangen worden sind, die bis dahin geltende innerstaatliche Vorschrift abweichend von § 2 Abs. 3 StGB und § 4 Abs. 3 OWiG weiter anwendbar bleibt. Die Regelung macht deutlich, dass der Gesetzgeber die Verweise auf EU-Rechtsakte in § 18 AWG nicht als statische Verweise in dem Sinne verstanden wissen wollte und will, dass sie die Bestimmungen der in Bezug genommenen EU-Regelungen unabhängig von ihrer (Fort-) Geltung in die deutsche Blankettstrafnorm inkorporieren, sondern als (teilstatische) Verweise, die nur wirksam waren und sind, sofern und solange der in Bezug genommene EU-Rechtsakt als solcher (nicht aber unbedingt die konkret angeführte Fassung) europarechtlich galt beziehungsweise gilt. Denn andernfalls hätte es des § 30 Abs. 1 AWG nicht bedurft. Diese Neuregelung soll gerade – wie auch die Gesetzesmaterialien zeigen (vgl. BT-Drucks. 19/27451, S. 1 f., 13) – temporäre Strafbarkeitslücken aufgrund einer verzögerten Anpassung des § 18 AWG an neues EU-Recht wie die hier zu verzeichnende verhindern (vgl. BeckOK AußenwirtschaftsR/Niestedt, 11. Ed., § 30 AWG Rz. 1).

Die Rechtslage ist insofern vergleichbar mit derjenigen, die sich ergab, als mit Wirkung zum 11.4.2007 eine EWG-Verordnung zu Sozialvorschriften im Straßenverkehr, die u.a. Höchstlenkzeiten für Lkw-Fahrer bestimmte (EWG-Verordnung Nr. 3820/85), durch eine neue Verordnung (EG-Verordnung Nr. 561/2006) ersetzt wurde. Der deutsche Gesetzgeber passte damals erst mit zeitlicher Verzögerung die betreffende Blankettnorm (Verweisungsnorm) der deutschen Fahrpersonalverordnung, die auf die alte EWG-Verordnung Bezug nahm und in Verbindung mit dem Fahrpersonalgesetz (FPersG) eine Bußgeldbewehrung von Verstößen gegen diese begründete, an die neue EG-Verordnung als Bezugsnorm an. Auch hier wurde eine temporäre Ahndbarkeitslücke bejaht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.9.2008 – 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 Rz. 14; OLG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2007 – 1-11/07 (RB) – 3 Ss 34/07, NZV 2007, 372; OLG Koblenz, Beschlüsse vom 10.3.2008 – 2 Ss Bs 6/08, NZV 2008, 311, 312; v. 11.5.2007 – 1 Ss 113/07, NJW 2007, 2344; s. zudem BVerfG, Beschl. v. 29.11.1989 – 2 BvR 1491/87, BVerfGE 81, 132, 136 f.).

bb) § 18 Abs. 4 AWG in der bis zum 17.7.2020 geltenden Fassung war auch – und das Gleiche gilt für die aktuelle Regelung des § 18 Abs. 4 AWG – kein Zeitgesetz (im weiten Sinne) gem. § 2 Abs. 4 Satz 1 StGB mit der Folge, dass aus diesem Grund die aufgezeigte temporäre Strafbarkeits- beziehungsweise Ahndbarkeitslücke ohne Relevanz wäre (vgl. Hecker in Schön-

ke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 2 Rz. 35; BeckOK AußenWirtschaftsR/Schwendinger, 11. Ed., § 18 AWG Rz. 55; a.A. Morweiser in Wolfgang/Rogmann/Pietsch, AWR-Kommentar, 80. EL, Vor §§ 17, 18 AWG Rz. 161; Harms/Heine, FS Amelung, S. 393, 401 ff.). Denn die Vorschrift dient – anders als etwa die Pönalisierung von Verstößen gegen Embargoregeln (vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 21.12.2021 – AK 52/21, juris Rz. 41, 56; Beschl. v. 14.10.2014 – 3 StR 167/14, wistra 2015, 148 Rz. 31; Sachs/Pelz, Außenwirtschaftsrecht, 3. Aufl., Vorb §§ 17 ff. AWG Rz. 25; MünchKomm/StGB/Schmitz, 4. Aufl., § 2 Rz. 70) – nicht dazu, die Missachtung von EU-Recht unter Strafe zu stellen, mit dem auf bestimmte politische Situationen reagiert und deren Überwindung erstrebt wird, das also der Sache nach zeitgebunden ist, so dass die Strafwürdigkeit von Zuwiderhandlungen nicht mit der Aufhebung der betreffenden EU-Vorschrift entfällt. Vielmehr lag und liegt dem hier in mitten stehenden Genehmigungserfordernis der EU-Anti-Folter-Verordnung und der Strafbarkeit beziehungsweise Bußgeldbewehrung von Zuwiderhandlungen die zeitlose Entscheidung zugrunde, den Export von Medikamenten mit Wirkstoffen, die der Vollstreckung von Todesstrafen dienen können, einer staatlichen Kontrolle zu unterwerfen.

- 31 cc) Der Verweis in der bis zum 17.7.2020 geltenden Fassung des § 18 Abs. 4 Satz 1 AWG auf die EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 kann auch nicht als dynamischer Verweis auf die jeweils geltende EU-Anti-Folter-Verordnung verstanden werden. Hiergegen spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift, die konkret auf „die Verordnung (EG) Nr. 1236/2005 des Rates vom 27. Juni 2005 betreffend den Handel mit bestimmten Gütern, die zur Vollstreckung der Todesstrafe, zu Folter oder zu anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe verwendet werden könnten (ABl. Nr. L 200 vom 30. Juli 2005, S. 1; Nr. L 79 vom 16. März 2006, S. 32), die zuletzt durch die Verordnung (EU) 2016/2134 (ABl. Nr. L 338 vom 13. Dezember 2016, S. 1) geändert worden ist,“ Bezug nahm. Es verstieße gegen das strafrechtliche Analogieverbot, entgegen dem klaren Wortlaut des Art. 18 Abs. 4 Satz 1 AWG a.F. anzunehmen, dass die Vorschrift mit Inkrafttreten der EU-Anti-Folter-Verordnung 2019 nunmehr diese als blankettausfüllende Norm in Bezug nahm (vgl. insofern BVerfG, Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15, BVerfGE 143, 38 Rz. 42 ff.; OLG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2007 – 1-11/07 (RB) – 3 Ss 34/07, NZV 2007, 372, 373; s. zudem in Bezug auf eine Blankettstrafnorm des Weingesetzes BGH, Urt. v. 13.5.1977 – 2 StR 602/76, BGHSt 27, 181, 182 f.; OLG Koblenz, Urt. v. 26.1.1989 – 1 Ss 567/88, NStZ 1989, 188).

- 32 dd) Ohne Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang ist Art. 35 Abs. 2 EU-Anti-Folter-Verordnung 2019, der bestimmt, dass Bezugnahmen auf die aufgehobene Verordnung 1236/2005 – die EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 – zukünftig als Bezugnahmen auf die EU-Anti-Folter-Verordnung 2019 nach Maßgabe einer Entsprechungstabelle (Anhang XI dieser Verordnung) zu lesen sind. Diese Regelung bezieht sich nur auf andere EU-Rechtsakte, die ihrerseits auf die EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 verweisen. Sie kann nicht dahin verstanden werden, dass mit Inkrafttreten der EU-Anti-Folter-Verordnung 2019 am 20.2.2019 der Verweis in § 18 Abs. 4 AWG auf die EU-Anti-Folter-Verordnung 2005 fortan bis zum 17.7.2020 als ein solcher auf die EU-Anti-Folter-Verordnung 2019 nach Maßgabe der Entsprechungstabelle zu lesen war. Denn zum ei-

nen konnte durch diese Bestimmung des EU-Rechts mangels entsprechender Regelungskompetenz des EU-Normgebers nicht unmittelbar nationales deutsches Strafrecht geändert werden (vgl. BayObLG, Beschl. v. 30.9.1987 – 3 Ob OWi 107/87, BayObLGSt 1987, 94, 97; LK/Dannecker/Schuh, StGB, 13. Aufl., § 1 Rz. 157; Hecker in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 2 Rz. 27; Morweiser in Wolfgang/Rogmann/Pietsch, AWR-Kommentar, 80. EL, Vor §§ 17, 18 AWG Rz. 159; BeckOK AußenWirtschaftsR/Schwendinger, 11. Ed., § 18 AWG Rz. 54; Hoffmann, AW-Prax 2022, 247, 250). Zum anderen verstieße eine solche „versteckte“ Anpassung einer deutschen Blankettstrafvorschrift gegen den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. insofern BVerfG, Beschl. v. 21.9.2016 – 2 BvL 1/15, BVerfGE 143, 38 Rz. 42 ff.; Stein/Louca, AW-Prax 2019, 450, 452).

- d) Die aufgezeigte temporäre Strafbarkeits- beziehungsweise 33 Ahndbarkeitslücke durch die verspätete Anpassung des § 18 Abs. 4 AWG an die neue EU-Anti-Folter-Verordnung 2019 hat zur Konsequenz, dass in der Zeit zwischen dem 20.2.2019 und dem 17.7.2020 das Unterlassen von Aufsichtsmaßnahmen i.S.d. § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG in der hiesigen Konstellation keine Ordnungswidrigkeit darstellte, weil in dieser Zeit Zuwiderhandlungen gegen das hier relevante Genehmigungserfordernis nicht straf- oder bußgeldbewehrt waren. Dies führt wegen des lex-mitior-Grundsatzes des § 4 Abs. 3 OWiG dazu, dass das Unterlassen des Angeklagten nicht (mehr) sanktioniert werden kann. Denn mildestes und damit anwendbares Recht ist dasjenige, welches keine Ordnungswidrigkeit begründet (vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2007 – 1-11/07 (RB) – 3 Ss 34/07, NZV 2007, 372; KK/OWiG/Rogall, 5. Aufl., § 4 Rz. 30 sowie in Bezug auf die Parallelregelung des § 2 Abs. 3 StGB BGH, Urt. v. 23.7.1992 – 4 StR 194/92, BGHR StGB § 2 Abs. 3 Gesetzesänderung 8; Fischer, StGB, 71. Aufl., § 2 Rz. 4, 10; MünchKomm/StGB/Schmitz, 4. Aufl., § 2 Rz. 22 f.).

- Zwar hat das Meistbegünstigungsprinzip des § 2 Abs. 3 StGB, 34 § 4 Abs. 3 OWiG keinen Verfassungsrang. Es kann, auch konkret bezogen auf bestimmte Fallkonstellationen, vom Gesetzgeber ohne Verfassungsverstoß ausgeschlossen werden. Dieser ist nach dem Grundgesetz befugt, die alleinige Maßgeblichkeit des Tatzeitrechts (§ 2 Abs. 1 StGB, § 4 Abs. 1 OWiG) anzuordnen, und zwar auch mit Rückwirkung. Dem Gesetzgeber ist es mithin von Verfassungs wegen gestattet, eine (temporäre) Straf- beziehungsweise Ahndbarkeitslücke, wie sie hier vorliegt, durch einen rückwirkenden Ausschluss des Meistbegünstigungsprinzips des § 2 Abs. 3 StGB, § 4 Abs. 3 OWiG für zuvor begangene Taten für irrelevant zu erklären (vgl. BVerfG, Beschlüsse v. 18.9.2008 – 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769 Rz. 11 ff.; v. 29.11.1989 – 2 BvR 1491/87, BVerfGE 81, 132, 136 f.; BGH, Beschl. v. 8.8.2018 – 2 StR 210/16, NStZ-RR 2019, 49, 51 f.; OLG Bamberg, Beschl. v. 4.12.2007 – 2 Ss OWi 1265/07, DAR 2008, 99, 100 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.12.2007 – 2 Ss (OWi) 83/07 – (OWi) 64/07 III, NJW 2008, 930, 931; OLG Koblenz, Beschl. v. 10.3.2008 – 2 Ss Bs 6/08, NZV 2008, 311, 312; OLG Stuttgart, Urt. v. 6.11.1998 – 1 Ss 437/98, NStZ-RR 1999, 379, 380; Fischer, StGB, 71. Aufl., § 2 Rz. 12a; Hecker in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 2 Rz. 14, 27; a.A. LK/Dannecker/Schuh, StGB, 13. Aufl., § 2 Rz. 69, 80 ff.; NK-StGB/Kargl, 6. Aufl., § 2 Rz. 21a; SSW-StGB/Satzger, 6. Aufl., § 2 Rz. 17, 24; Harms/Heine, FS Amelung, S. 393, 401). Der Gesetzgeber hat in der Vergangenheit ver-



schiedentlich solche Regelungen getroffen, um eine nachträgliche Straflosigkeit von Verstößen gegen EU-Vorschriften aufgrund verspäteter Anpassungen nationaler Blankettstrafbestände an geändertes EU-Recht rückwirkend zu beseitigen. Hinzuweisen ist insofern beispielhaft auf § 137 WpHG (s. hierzu BGH, Beschl. v. 8.8.2018 – 2 StR 210/16, NStZ-RR 2019, 49, 51 f.) und § 8 Abs. 3 FPersG (s. hierzu BVerfG, Beschl. v. 18.9.2008 – 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.12.2007 – 2 Ss (OWi) 83/07 – (OWi) 64/07 III, NJW 2008, 930, 931).

35 Zu einer solchen rückwirkenden Derogation des lex-mitior-Grundsatzes ist es jedoch in Bezug auf die hier in Frage stehende temporäre Straf- und Ahndbarkeitslücke nicht gekommen.

36 Der bereits in anderem Zusammenhang erwähnte § 30 Abs. 1 AWG schließt zwar – wie dargetan – eine Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips des § 2 Abs. 3 StGB, § 4 Abs. 3 OWiG bei einer Aufhebung von EU-Recht, auf das eine Blankettstrafnorm des AWG verweist, aus. Dieser Regelung kommt jedoch keine Rückwirkung zu; sie erfasst nur Fälle der Aufhebung blankettausfüllenden EU-Rechts, zu denen es nach ihrem Inkrafttreten, also seit dem 9.6.2021, gekommen ist oder kommt. Hierfür spricht bereits der Wortlaut des § 30 Abs. 1 AWG, der keine rückwirkende Geltung der Vorschrift anordnet. Auch den Gesetzesmaterialien ist nichts zu entnehmen, was auf eine retroaktive Wirkung und den Willen des Gesetzgebers hindeuten würde, mit der neuen Vorschrift „Altfälle“ zu erfassen. Ganz im Gegenteil: Bei der Schaffung des § 30 Abs. 1 AWG ist betont worden, es gehe darum „zu verhindern, dass die aufgrund der geltenden Rechtslage (...) eingeleiteten oder ausstehenden Ermittlungs- und Strafverfahren (...) zukünftig bei Außerkrafttreten oder Ersetzung von anderen Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaften oder der Europäischen Union (im Folgenden: EG-/EU-Rechtsakte) einzustellen sind oder unzulässig werden.“ (BT-Drucks. 19/27451, S. 1 f.). Zudem hat der Gesetzgeber in der Vergangenheit, soweit es ihm darum ging, aufgrund verspäteter Anpassung nationaler Blankettstrafvorschriften an neues EU-Recht eingetretene Straflosigkeiten durch eine Derogation des lex-mitior-Grundsatzes rückwirkend zu beseitigen, die Rückwirkung ausdrücklich angeordnet. Hinzuweisen ist insofern erneut beispielhaft auf § 137 WpHG (s. hierzu BGH, Beschl. v. 8.8.2018 – 2 StR 210/16, NStZ-RR 2019, 49, 51 f.) und § 8 Abs. 3 FPersG (s. hierzu BVerfG, Beschl. v. 18.9.2008 – 2 BvR 1817/08, NJW 2008, 3769). Weil dies im Zusammenhang mit der Schaffung des § 30 Abs. 1 AWG unterblieben ist, zeigt auch dieser Vergleich, dass § 30 Abs. 1 AWG vor seinem Inkrafttreten vorgenommene Aufhebungen von EU-Recht nicht erfasst.

37 Es bedarf deshalb keiner Erörterung, ob in der hier vorliegenden Fallkonstellation Art. 49 Abs. 1 Satz 3 EU-Grundrechtecharta einer rückwirkenden Derogation des Meistbegünstigungsprinzips entgegenstünde (vgl. insofern BGH, Beschl. v. 8.8.2018 – 2 StR 210/16, juris Rz. 28 ff.; Gaede, wistra 2017, 41, 46 ff.; Möllers/Herz, JZ 2017, 445, 449 f.; Rothenfußer/Jäger, NJW 2016, 2689, 2694; Sturm, NStZ 2017, 553, 556 f.).

38 e) Der Angeklagte ist daher gem. § 354 Abs. 1 StPO mit der Kostenfolge des § 467 Abs. 1 StPO freizusprechen.

39 2. Hinsichtlich der Einziehungsentscheidung und damit der Revision der Nebenbeteiligten gilt Folgendes:

a) Da die Tat aus den vorgenannten Gründen gem. § 4 Abs. 3 40 OWiG nicht (mehr) geahndet werden kann, fehlt es an einer Grundlage für die gegen die Nebenbeteiligte als Drittbegünstigte gem. § 29a Abs. 1 und 2 Satz 1 Nr. 1 OWiG gerichtete Einziehungsentscheidung. Mithin ist das Urteil gem. § 357 Satz 1 analog StPO auch insoweit aufzuheben und hat die gegen die Einziehungsbeteiligte gerichtete Einziehungsentscheidung zu entfallen (vgl. BGH, Beschl. v. 2.3.2021 – 4 StR 366/20, NZV 2021, 471 Rz. 20; Beschl. v. 12.2.2020 – 1 StR 518/19, BGHR StPO § 357 Erstreckung 14 Rz. 6 f.; v. 26.6.2019 – 1 StR 551/18, wistra 2020, 257 Rz. 31; Beschl. v. 23.1.2019 – 1 StR 450/18, wistra 2019, 243 Rz. 23 m.w.N.; Schmidt in KK/StPO/Scheuß, 9. Aufl., § 431 Rz. 8). Die gem. § 431 Abs. 1 Satz 1 StPO fehlende Befugnis der in der Hauptverhandlung vertretenen Nebenbeteiligten, Einwendungen gegen den Schuldspruch betreffend den Angeklagten zu erheben (vgl. BGH, Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, BGHSt 66, 147 Rz. 33 ff.; Beschl. v. 10.7.2018 – 1 StR 628/17, juris Rz. 11; Schmidt in KK/StPO/Scheuß, 9. Aufl., § 431 Rz. 2), ist vorliegend ohne Relevanz (vgl. BGH, Beschl. v. 12.2.2020 – 1 StR 518/19, BGHR StPO § 357 Erstreckung 14 Rz. 7).

b) Da die Einziehungsentscheidung bereits wegen des Frei- 41 spruchs des Angeklagten in entsprechender Anwendung des § 357 Satz 1 StPO zu entfallen hat, kommt es nicht darauf an, dass sie – worauf die Revision der Einziehungsbeteiligten und der Generalbundesanwalt zutreffend hinweisen – für sich genommen zum Nachteil der Einziehungsbeteiligten rechtsfehlerhaft ist und daher auch auf die Revision der Einziehungsbeteiligten hin keinen Bestand haben kann. Insofern ist zu bemerken:

aa) Zum einen tragen die Urteilsgründe nicht die Annahme 42 der Strafkammer, die Nebenbeteiligte habe Taterträge in Gestalt von Kaufpreisforderungen i.H.v. 777.638,71 € erlangt. Denn die Rechtsgeschäfte waren gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 AWG wegen des Fehlens der erforderlichen Genehmigung unwirksam (vgl. BeckOK AußenWirtschaftsR/Niestedt, 12. Ed., § 15 AWG Rz. 7 ff.; BeckOK AußenWirtschaftsR/Schwendinger, 12. Ed., § 17 AWG Rz. 125), so dass keine Entgeltforderungen entstanden (vgl. BGH, Urt. v. 21.8.2002 – 1 StR 115/02, NJW 2002, 3339, 3342; BeckOK AußenWirtschaftsR/Niestedt, 12. Ed., § 15 AWG Rz. 11). Feststellungen dahin, dass die V. GmbH das vereinbarte Entgelt tatsächlich vereinnahmte oder die Forderungen faktisch wegen konkreter Aussicht auf Bezahlung einen wirtschaftlichen Wert hatten (vgl. insofern BGH, Urt. v. 21.8.2002 – 1 StR 115/02, NJW 2002, 3339, 3342), hat die Strafkammer nicht getroffen.

bb) Zum anderen erweist sich die Bemessung der Höhe des 43 Einziehungsbetrages als rechtsfehlerhaft. Zwar hat die Strafkammer ihrer Berechnung im Ausgangspunkt zutreffend unabhängig von einer etwaigen Genehmigungsfähigkeit der tatgegenständlichen Ausfuhren als Tatertrag den Verkaufserlös und nicht lediglich die durch eine Nichteinholung einer Genehmigung ersparten Aufwendungen zugrunde gelegt (vgl. BGH, Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, BGHSt 66, 147 Rz. 97 ff.; Eser/Schuster in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 73 Rz. 13; LK/Lohse, StGB, 13. Aufl., § 73 Rz. 39; Meyberg in BeckOK/OWiG, Ed. 42, § 29a OWiG Rz. 42.3). Sie hat aber rechtsfehlerhaft die der Nebenbeteiligten tatsächlich entstandenen Aufwendungen – die Produktions- und Vertriebskosten – nicht in Abzug gebracht. Denn das Abzugsverbot („Bruttopinzip“) des



§ 29a Abs. 3 Satz 2 OWiG gilt – ebenso wie das des § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB – nur bei vorsätzlichem Handeln, also dem bewussten und willentlichen Einsatz der Mittel für die Begehung oder Vorbereitung der Tat, nicht aber bei – wie vorliegend – fahrlässigen Rechtsverstößen; bei letzteren werden Aufwendungen nicht „für“ eine Tat getätigt (vgl. BGH, Urt. v. 1.7.2021 – 3 StR 518/19, BGHSt 66, 147 Rz. 64 ff., 103; Urt. v. 30.3.2021 – 3 StR 474/19, BGHSt 66, 83 Rz. 66; BayObLG, Beschl. v. 13.12.2021 – 201 ObOWi 1453/21, juris Rz. 19; OLG Celle, Beschl. v. 11.6.2019 – 2 Ss (OWi) 154/19, wistra 2020, 479 Rz. 23; BT-Drucks. 18/9525, S. 69; Eser/Schuster in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 73d Rz. 6; Fischer, StGB, 71. Aufl., § 73d Rz. 5, 6; Krenberger/Krumm, OWiG, 7. Aufl., § 29a Rz. 4; Meyberg in BeckOK/OWiG, Ed. 42, § 29a OWiG Rz. 44 ff.).

- 44 3. Die Entscheidung über die Entschädigung für erlittene Strafverfolgungsmaßnahmen beruht auf § 2 Abs. 1 und 2 Nr. 4, § 8 Abs. 1 Satz 1 StrEG. Für sie ist der Senat zuständig, weil er die das Verfahren abschließende Entscheidung getroffen hat und weitere Feststellungen nicht erforderlich sind (vgl. BGH, Beschl. v. 28.6.2022 – 2 StR 229/21, NStZ-RR 2023, 56, 57; Beschl. v. 13.4.2021 – 5 StR 14/21, NStZ-RR 2021, 217; Beschl. v. 21.12.2016 – 3 StR 453/16, juris Rz. 19; MüKoStPO/Kunz, § 8 StrEG Rz. 33). Dem Angeklagten steht dem Grunde nach eine Entschädigung für die am 29.5.2018 vorgenommene Durchsuchung und Sicherstellung zu; die Maßnahmen sind auch gegen ihn gerichtet gewesen. Über einen etwaigen Entschädigungsanspruch der Einziehungsbeteiligten ist nicht zu befinden, denn auf Einziehungsbeteiligte finden die Regelungen des StrEG keine Anwendung (vgl. BGH, Urt. v. 15.5.1997 – III ZR 46/96, juris Rz. 8; Beschl. v. 23.8.1989 – StB 29/89, BGHSt 36, 236, 237 f.; MüKoStPO/Kunz, StrEG, Einl. Rz. 39; Meyer-Gößner/Schmitt, StPO, 67. Aufl., Vorb § 1 StrEG Rz. 2).

## Anwendbarkeit der GOÄ auf ambulante Operation in einer Privatkankeanstalt

BGB §§ 630a Abs. 1, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1; GOÄ §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 2, 6 Abs. 2, Anlage Nr. 2454

1. Die GOÄ ist auch auf eine ambulante Operation in einer Privatkankeanstalt anwendbar (Fortführung von Senat, Urt. v. 4.4.2024 – III ZR 38/23, medstra 2025, 38, in diesem Heft).

2. Nr. 2454 der Anlage zur GOÄ ist auf die Liposuktion im Rahmen der Behandlung eines Lipödems anwendbar. (alle amtl.)

BGH, Urt. v. 13.6.2024 – III ZR 279/23

**Stichworte:** Privatkankeanstalt – ambulante Operationen – Anwendbarkeit der GOÄ – Liposuktion im Rahmen der Behandlung eines Lipödems – Vereinbarung eines Pauschalhonorars – Voraussetzungen der Analogberechnung – gesonderte Abrechenbarkeit der einer von einer Gebührenposition erfassten Zielleistung zuzuordnenden Einzelschritte – Zulässigkeit abweichender Gebührenvereinbarung

## Tatbestand

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Rückerstattung gezahlten Honorars für ärztliche Leistungen in Anspruch.

Die Beklagte ist eine gem. § 30 GewO konzessionierte Privatkankeanstalt (nachfolgend Privatklinik), die auf operative Lymphologie spezialisiert ist. Die Klägerin, die an einem Lipödem – einer schmerzhaften Fettverteilungsstörung an den Extremitäten – litt, ließ dort medizinisch indizierte Liposuktionen im Bereich der Arme und Beine ausführen. Nach dem hierüber zwischen den Parteien geschlossenen Behandlungsvertrag sollte das Honorar dafür – pauschal – insgesamt 15.900 € betragen. Die Operationen erfolgten am 14.8.2018 (Beine außen), am 15.10.2018 (Arme) und am 12.11.2018 (Beine innen). Nach den Eingriffen verbrachte die Klägerin jeweils eine Nacht in dem – mit der Beklagten kooperierenden – S.-Krankenhaus H., mit dem diese eigene Verträge über Unterkunft und Pflege nach „ambulanten Eingriff“ geschlossen hatte, wobei die Abrechnung zwischen jenem Krankenhaus und der Beklagten erfolgte. Ebenso übernahm die Beklagte die Kosten einer sich an die Operation anschließenden physiotherapeutischen Behandlung der Klägerin. Gegenüber der Klägerin berechnete die Beklagte ihre Leistungen – dem Pauschalvertrag entsprechend – in drei Teilrechnungen i.H.v. jeweils 5.300 €. Später erstellte sie vorsorglich eine weitere Rechnung nach der Gebührenordnung für Ärzte (nachfolgend überwiegend GOÄ), mit der sie die Liposuktionen – bezogen auf verschiedene näher bezeichnete Bereiche der behandelten Extremitäten – gem. Nr. 2454 der Anlage zur GOÄ (Gebührenverzeichnis für ärztliche Leistungen) mehrfach in Ansatz brachte.

Die Klägerin, die die Rechnungen über die Pauschalbeträge zunächst ausglich, verlangt den bezahlten Betrag nunmehr zurück. Sie vertritt die Auffassung, die Beklagte habe ihre Leistung ohne rechtlichen Grund erlangt. Die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung über die Zahlung des Pauschalhonorars sei unwirksam, weil sie gegen zwingendes Preisrecht der GOÄ verstoße. Auch die hilfsweise Abrechnung auf der Grundlage der GOÄ hält sie für keinen tragfähigen Rechtsgrund. Diese Rechnung sei nicht fällig. Zudem hätte der unmittelbar (und nicht nur entsprechend) von Nr. 2454 des Gebührenverzeichnisses erfasste Eingriff pro Extremität nur einmal abgerechnet werden dürfen. Die Beklagte ist demgegenüber der Ansicht, als juristische Person sei sie nicht an die Abrechnung nach der GOÄ gebunden. Selbst wenn man dies anders sehen wolle, sei der Liposuktionseingriff dort nicht unmittelbar geregelt. Es habe daher jedenfalls eine Analogberechnung auf der Grundlage der Gebühr Nr. 2454 erfolgen dürfen, die einen mehrfachen Ansatz erlaube. Nur eine solche Mehrfachberechnung werde dem Aufwand der Operation gerecht.

Das LG, das ein Honorar nach der GOÄ von 1.738,42 € für berechtigt erachtet hat, hat der Klage i.H.v. 14.161,58 € stattgegeben. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte zur Rückzahlung von 6.985,52 € an die Klägerin verurteilt, hat mithin eine Honorarforderung von 8.914,48 € für zutreffend gehalten.

Dagegen wenden sich beide Parteien mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, die Beklagte hilfsweise mit der Anschlussrevision.

## Entscheidungsgründe

Das Rechtsmittel der Klägerin ist im tenorierten Umfang begründet, das der Beklagten unbegründet.

- 7 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Die Klägerin habe einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB in tenorierter Höhe. Die von der Beklagten zur Begründung ihres Honoraranspruchs geltend gemachte Honorarvereinbarung stelle keinen Rechtsgrund für die Zahlungen der Klägerin dar. Die Vereinbarung des Pauschalhonorars sei nach § 2 Abs. 2 GOÄ, § 125 BGB unwirksam. An die GOÄ sei auch die Beklagte als juristische Person gebunden. Der – ersichtlich weit gefasste – Wortlaut des § 1 Abs. 1 GOÄ stelle auf die beruflichen Leistungen der Ärzte ab und differenziere nicht zwischen selbständigen und angestellten Ärzten. Auch aus der Gesetzesentstehung und -entwicklung ergebe sich nichts anderes. Die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung nach § 4 Abs. 2 GOÄ oder der Verweis in § 17 Abs. 3 Satz 7 KHEntG auf die entsprechende Anwendung der Gebührenordnung für Ärzte für die Abrechnung von Wahlleistungen durch das Krankenhaus stünden dem weiten Verständnis des Anwendungsbereichs ebenfalls nicht entgegen. Es handele sich bei der Gebührenordnung um zwingendes Preisrecht, welches den berechtigten Interessen der Ärzte und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten Rechnung tragen solle. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Interessen der zur Zahlung der Vergütung Verpflichteten weniger schutzwürdig und die Interessen der an den Entgelten Berechtigten weniger regelungsbedürftig sein sollten, wenn die ärztliche Tätigkeit durch einen Berufsträger erbracht werde, der von einer juristischen Person beschäftigt werde und diese juristische Person Vertragspartner des Patienten werde. Dies wiege umso schwerer vor dem Hintergrund der drohenden Missbrauchsgefahr bei einem engeren Anwendungsbereich der Gebührenordnung.
- 8 Die Beklagte habe ihre Leistungen daher nur nach den Vorschriften der GOÄ abrechnen dürfen. Diese bildeten jedoch lediglich in Höhe eines Teilbetrags von 8.914,48 € einen Rechtsgrund. Im wirtschaftlichen Schwerpunkt gehe es um die – unmittelbare oder analoge – Anwendbarkeit der Gebühr gem. Nr. 2454 des Gebührenverzeichnisses zur GOÄ. Der Berufungssenat könne – sachverständig beraten – nicht feststellen, dass der Eingriff der Liposuktion unmittelbar unter den Leistungstext dieser Gebührenvorschrift subsumiert werden könne. Zwar stehe ihr Wortlaut – „Entfernung von überstehendem Fettgewebe an einer Extremität“ – der unmittelbaren Subsumtion des Liposuktionseingriffs darunter nicht entgegen. Ergänzend sei jedoch ihre systematische Stellung im Gesamtgefüge der GOÄ zu berücksichtigen. Diese befinde sich im VII. Abschnitt der Anlage unter der Überschrift „Chirurgie der Körperoberfläche“. Dies sei als deutliches Zeichen dafür zu werten, dass sich die Gebühr nach Vorstellung des Verordnungsgebers originär auf offen-chirurgische Eingriffe an der Körperoberfläche beziehe und nicht auf minimalinvasive Eingriffe der vorliegend in Rede stehenden Art. Dies werde durch die Feststellungen des Sachverständigen gestützt, der erläutert habe, „ganz klassisch“ sei von dieser Gebühr der Eingriff der chirurgischen Lipomentfernung erfasst, bei dem es sich um einen lokal auf einen kleinen Bereich der Extremität begrenzten offen-chirurgischen Eingriff handele, der ambulant und regelhaft lediglich mit lokaler Betäubung durchgeführt werde. Nach der Schätzung des Sachverständigen dauere eine solche Lipomentfernung im Schnitt 20 bis 30 Minuten. Dazu passe der geringe Wert der Gebühr, der ebenfalls als Hinweis darauf zu werten sei, dass der Verordnungsgeber lediglich einen einschrittigen, auf einen kleinen Bereich begrenzten offen-chirurgischen Eingriff mit sehr begrenztem zeitlichen Aufwand habe regeln wollen. Damit sei die Liposuktion – deren Ablauf das Berufungsgericht im Einzelnen skizziert hat – nicht ansatzweise vergleichbar. Diese werde ebenso wenig unmittelbar von anderen Gebührenpositionen erfasst. Vielmehr sei – auch nach der Einschätzung des Sachverständigen – die Liposuktion in der GOÄ nicht geregelt. Diese Lücke sei gem. § 6 Abs. 2 GOÄ durch eine Analogberechnung von Nr. 2454 des Gebührenverzeichnisses zu schließen. Aus den Ausführungen des Sachverständigen folge zudem, dass der einmalige (analoge) Ansatz der Gebühr Nr. 2454 pro Eingriff und Extremität den im Rahmen der Liposuktion anfallenden Kosten- und Zeitmehraufwand gegenüber der Lipomentfernung nicht angemessen abbilde und honoriere. Ihr Wortlaut hindere einen Mehrfachansatz nicht. Insoweit biete sich – ausgehend von den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen – die analoge Anwendung von Nr. 2454 des Gebührenverzeichnisses auf die einzelnen behandlerseits gesondert angegangenen und gezielt behandelten Areale der Extremität an. Was die Anzahl der behandelten Areale anbelange, folge der Senat ebenfalls den Feststellungen des Sachverständigen, wonach jedes Bein in seiner Gesamtheit in zwölf und jeder Arm in zehn Areale unterteilt werden könne. Auf der Grundlage dieser Erwägungen ergebe sich – zzgl. weiterer nicht im Streit stehender GOÄ-Positionen sowie der Kosten für die manuelle Lymphdrainage und Kompressionswäsche – der eingangs genannte Betrag von 8.914,48 €.
- II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision der Beklagten stand, denjenigen der Klägerin nur zum Teil.
1. Die Revision der Beklagten ist uneingeschränkt zulässig. Das Rechtsmittel der Klägerin ist jedenfalls im Hinblick auf ihre vorsorglich eingelegte Anschlussrevision statthaft und auch im Übrigen zulässig.
2. Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.
- Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Behandlungsvertrag über ein Pauschalhonorar von 15.900 € gem. § 125 BGB i.V.m. § 2 GOÄ beziehungsweise gem. § 134 BGB unwirksam ist und keinen Rechtsgrund für die Honorarforderung darstellt, den die Beklagte dem Bereicherungsanspruch der Klägerin gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB entgegenhalten kann.
- Die auf der Grundlage des zwischen den Parteien geschlossenen Behandlungsvertrages erbrachten ambulanten ärztlichen Leistungen sind nach der GOÄ abzurechnen. Dies schließt die Vereinbarung einer pauschalen Vergütung aus.
- a) Wie der Senat jüngst in einem anderen vom Berufungsgericht entschiedenen Fall ausgesprochen hat, findet die GOÄ auch dann Anwendung, wenn der Behandlungsvertrag mit einer juristischen Person wie z.B. einem Krankenhausträger oder einem medizinischen Versorgungszentrum abgeschlossen wird und ambulante Leistungen durch Ärzte erbracht werden, die lediglich im Rahmen eines Anstellungs- oder Beamtenverhältnisses in Erfüllung ihrer eigenen Dienstaufgaben tätig werden, selbst mit dem Patienten aber keine Vertragsbeziehung eingehen (Senat, Urt. v. 4.4.2024 – III ZR 38/23, Rz. 17, 21 – zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Damit hat er den – dort sowie im Berufungsurteil im Einzelnen dargestellten – in Rechtsprechung und Literatur bestehenden Meinungsstreit, der

das Berufungsgericht zur Zulassung der Revision veranlasst hat, im vorstehenden Sinne geklärt (Senat, a.a.O., 19 ff. m. zahlr.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur). Danach kommt es nicht entscheidend darauf an, ob der Patient den Behandlungsvertrag über die Erbringung ambulanter Leistungen unmittelbar mit dem Arzt oder einer juristischen Person schließt. Dies ergibt sich schon aus dem weit gefassten Wortlaut des § 1 Abs. 1 GOÄ einerseits und dem des § 11 Satz 1 Bundesärzteordnung (BÄO) – der Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der GOÄ – andererseits, vor allem aber aus dem Sinn und Zweck der GOÄ.

- 15 Nach § 1 Abs. 1 GOÄ ist die Verordnung auf alle „beruflichen Leistungen der Ärzte“ anwendbar, ohne dass zwischen Leistungen differenziert wird, die aufgrund eines Behandlungsvertrags zwischen Arzt und Patient oder von Ärzten im Rahmen eines Anstellungs- oder Beamtenverhältnisses ohne eine eigene vertragliche Beziehung zum Patienten erbracht werden (Senat, a.a.O., Rz. 24 ff.; KG, Urt. v. 4.10.2016 – 5 U 8/16, juris Rz. 71; BayLSG, Urt. v. 7.11.2019 – L 20 KR 373/18, juris Rz. 93; *Clausen* in Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 8 Rz. 190). Ebenso ermächtigt § 11 Satz 1 BÄO die Bundesregierung, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die „Entgelte für ärztliche Tätigkeit“ in einer Gebührenordnung zu regeln. Beide Vorschriften beziehen sich mithin explizit auf die Art der erbrachten Leistung und nicht auf den Inhaber der durch die ärztliche Leistung begründeten Forderung. Dafür, dass von der Verordnungsermächtigung nur diejenigen Fälle erfasst werden sollten, in denen die behandelnden Ärzte die von ihnen erbrachten Leistungen auch selbst in Rechnung stellen, gibt der Wortlaut nichts her (vgl. Senat, a.a.O., Rz. 24; BayLSG, a.a.O., Rz. 100).

- 16 Allein dieses weite Verständnis des Anwendungsbereichs der GOÄ wird deren Sinn und Zweck gerecht, der darin besteht, einen angemessenen Interessenausgleich zwischen denjenigen herbeizuführen, die die Leistung erbringen, und denjenigen, die zu ihrer Vergütung verpflichtet sind. Dies ergibt sich schon aus den in § 11 Satz 2 und 3 BÄO niedergelegten Regelungszielen der Gebührenordnung. Die GOÄ bezweckt somit als öffentlich-rechtliches (und damit zwingendes) Preisrecht einerseits, für die Leistungserbringer aufgrund angemessener Einnahmen die zuverlässige Grundlage für die Erbringung sorgfältiger hochwertiger ärztlicher Leistungen zu sichern, und andererseits, eine unkontrollierbare und unzumutbare finanzielle Belastung der zahlungspflichtigen Patienten und der gegebenenfalls dahinter stehenden Kostenträger zu verhindern (Senat, a.a.O., Rz. 25 ff.; BayLSG, a.a.O., Rz. 101). Dies gilt unabhängig davon, ob der Arzt oder ein Dritter – etwa in Gestalt einer juristischen Person – Vertragspartner des Patienten geworden ist (Senat, a.a.O., Rz. 25; KG, a.a.O., Rz. 74). Vor diesem Hintergrund kann ausgeschlossen werden, dass die Liquidierung ambulanter ärztlicher Leistungen, zu deren Erbringung sich nicht ein Arzt selbst, sondern eine juristische Person, bei der der Arzt beschäftigt ist, verpflichtet, unreguliert bleiben sollte mit der Folge, dass das mit dem Erlass der GOÄ verfolgte gesetzgeberische Ziel, ein für alle Ärzte geltendes zwingendes Preisrecht zu etablieren, durch Zwischenschaltung einer juristischen Person ohne weiteres umgangen werden könnte (Senat, a.a.O., Rz. 27; BayLSG, a.a.O., Rz. 100).

- 17 Dem steht nicht entgegen, dass in der – mehr als 40 Jahre zurückliegenden – Verordnungsbegründung zu § 1 Abs. 1 GOÄ

ausgeführt wird, die Gebührenordnung regle die Vergütung für die Leistungen der Ärzte und gelte nicht für Leistungen, die durch andere Berufsgruppen oder Einrichtungen – etwa Krankenhäuser – abgerechnet würden (BR-Drucks. 295/82, S. 12), denn dadurch sollten lediglich die beruflichen Leistungen der Ärzte von solchen abgegrenzt werden, die auch von anderen Berufsgruppen oder Einrichtungen erbracht werden können (vgl. dazu im Einzelnen Senat, a.a.O., Rz. 29). Vielmehr muss sich die juristische Person die von einem Arzt persönlich erbrachten Leistungen zurechnen lassen (§ 4 Abs. 2 Satz 1 GOÄ; Senat, a.a.O., Rz. 30).

Ebenso wenig lässt die Fassung der Parallelvorschrift im 18 Rechtsanwaltsvergütungsgesetz einen Rückschluss auf einen abweichenden Willen des Ordnungsgebers der GOÄ zu. Ungeachtet dessen, dass § 1 Abs. 1 Satz 3 RVG – anders als § 1 Abs. 1 GOÄ – den Honoraranspruch ausdrücklich auch auf von der Rechtsanwaltskammer zugelassene Partnerschafts- oder sonstige Gesellschaften erstreckt, gibt es keinen nachvollziehbaren Grund, warum dies im Bereich der medizinischen Versorgung anders gehandhabt werden sollte (vgl. dazu schon Senat, Urt. v. 4.4.2024, a.a.O., Rz. 28).

b) Die GOÄ wird auch nicht durch eine andere Bestimmung 19 zur Abrechnung der Behandlung verdrängt (vgl. § 1 Abs. 1 Halbs. 2 GOÄ). Insbesondere handelte es sich vorliegend nicht um eine stationäre Krankenhausbehandlung, für die im Fall eines DRG-Krankenhauses ein anderes Preisrecht – das Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG), Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) und die Bundespflegesatzverordnung (BpflV) – gilt beziehungsweise im Fall einer nicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 KHG geförderten oder steuerlich begünstigten (§ 67 AO), dem Krankenhausentgeltgesetz nicht unterfallenden reinen Privatklinik die Möglichkeit einer in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB freien Preisvereinbarung und -gestaltung besteht (zu Letzterem Senat, Beschl. v. 21.4.2011 – III ZR 114/10, NVwZ-RR 2011, 566 Rz. 5; BGH, Urt. v. 12.3.2003 – IV ZR 278/01, BGHZ 154, 154, 158 ff.).

aa) Anders als bei der stationären oder teilstationären Aufnahme, 20 über die regelmäßig ein sog. totaler Krankenhausaufnahmevertrag geschlossen wird, der alle für die stationäre Behandlung erforderlichen Leistungen einschließlich der gesamten (wahl-)ärztlichen Versorgung umfasst (Senat, Urt. v. 14.1.2016 – III ZR 107/15, NJW 2016, 3027 Rz. 22; Urt. v. 19.2.1998 – III ZR 169/97, BGHZ 138, 91, 96), ist die ambulante Behandlung auf die ärztliche Diagnostik und Behandlung beschränkt. Dies gilt für DRG-Krankenhäuser wie für reine Privatkliniken gleichermaßen.

bb) Dass die bei der Klägerin vorgenommenen Liposuktionen 21 ambulant erfolgt sind, ist zwischen den Parteien unstreitig. Die ambulante Behandlung wird auch nicht deswegen zu einer stationären, weil die Klägerin nach jedem Eingriff eine Nacht in dem mit der Beklagten kooperierenden S.-Krankenhaus H. verbracht hat. Die Klägerin hat mit jenem Krankenhaus gesonderte Verträge über Unterkunft und Pflege nach einem ambulanten Eingriff geschlossen. Da die jeweiligen Aufenthalte der Klägerin nach dem unangegriffenen Inhalt dieser Vereinbarungen medizinisch nicht notwendig waren und explizit keine stationäre Krankenhausaufnahme sein sollten, stellten sie sich im Ergebnis lediglich als eine Art Hotelleistung dar.



- 22 Dass die Beklagte die Erfüllung der hierdurch eingegangenen Verpflichtungen sowie die Kosten weiterer postoperativer Leistungen wie etwa die akzentuierte manuelle Lymphdrainage übernommen sowie der Klägerin nach den Eingriffen Kompressionswäsche zur Verfügung gestellt und damit nicht nur rein ärztliche Tätigkeiten erbracht hat, ändert nichts an der Anwendbarkeit der GOÄ. Das gegenüber der Klägerin erbrachte „Paket“ an – auch einzeln möglichen und medizinisch nur teilweise indizierten – Leistungen rückt die ambulante Behandlung nicht in die Nähe eines voll- oder teilstationären Krankenhausaufenthalts, über den ein totaler Krankenhausvertrag geschlossen wird (gegen OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.4.2023 – 8 U 140/21, Umdr. S. 3, eGA OLG 234, 236).
- 23 3. Die Revision der Klägerin hat teilweise Erfolg.
- 24 Sie hat gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB Anspruch auf Rückzahlung eines auf die Rechnungen der Beklagten geleisteten Betrages i.H.v. 11.692,52 €. Im Umfang von 4.207,48 € ist die Klage abzuweisen. Insoweit besteht ein Rechtsgrund für die Honorarforderung der Beklagten gem. § 630a Abs. 1, § 612 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 GOÄ beziehungsweise § 670 BGB. Dieser umfasst die Abrechnung der am 14./15. August, 15./16. Oktober und 12./13.11.2018 erbrachten Leistungen gem. Nr. 1, 7, 34 und 491 des Gebührenverzeichnisses, deren Berechtigung zwischen den Parteien nicht in Streit steht, und den Ansatz von sechs Gebühren nach Nr. 2454 – für die drei Eingriffe an je zwei Extremitäten (Beine innen, Beine außen, Arme) – sowie ferner die Kosten der manuellen Lymphdrainage und der Kompressionswäsche. Bedenken gegen die Fälligkeit dieser Forderung (§ 12 Abs. 1 GOÄ) bestehen nicht. Die von der Beklagten während des Rechtsstreits vorgelegten Rechnungen – zuletzt vom 1.2.2021 – entsprechen den formellen Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 bis 4 GOÄ. Ob sie auch mit dem materiellen Gebührenrecht übereinstimmen, ist für die Fälligkeit nicht von Bedeutung (vgl. Senat, Urt. v. 21.12.2006 – III ZR 117/06, BGHZ 170, 252, Rz. 14). Ein darüber hinausgehender Gebührenanspruch der Beklagten besteht nicht. Auf den Liposuktionseingriff findet die Nr. 2454 des Gebührenverzeichnisses entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unmittelbar und nicht nur analog Anwendung. Eine Mehrfachberechnung scheidet demzufolge grundsätzlich aus. Es besteht auch kein Anlass, hiervon ausnahmsweise abzuweichen.
- 25 a) Die rechtliche Bewertung der Berechtigung einer Gebührenforderung obliegt dem Gericht (vgl. z.B. Senat, Beschl. v. 6.6.2019 – III ZB 98/18, NJW 2020, 691 Rz. 19). Dazu gehört auch die Auslegung des Leistungsinhalts einer Gebührenvorschrift. Die Tatsachengrundlage dieser Bewertung betreffende relevante medizinische Fragestellungen ergeben sich vorliegend nicht. Einer tatsächlichen Klärung des zugrunde liegenden medizinischen Sachverhalts bedarf es nicht.
- 26 Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, wird die Fettabsaugung vom Wortlaut der Gebührenvorschrift – die „operative Entfernung von überstehendem Fettgewebe an einer Extremität“ – unzweifelhaft erfasst. Bei „überstehendem Fettgewebe“ handelt es sich um eine durch zu viel – unterhalb der Hautoberfläche liegendem – Körperfett hervorgerufene Veränderung der natürlichen Körperkontur. Die krankhafte Ansammlung von Fett an Armen und Beinen in Form eines Lipödems erfüllt diese Voraussetzung ohne weiteres (ebenso OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.12.2007 – 4 U 48/07, juris Rz. 32; VG Köln, Urt. v. 2.2.2017 – 1 K 1983/16, juris Rz. 32). Eine Eingrenzung auf eine bestimmte Art von Fettgewebe ergibt sich aus der Position Nr. 2454 nicht. Von dem Begriff „überstehendes Fettgewebe“ wird, anders als das Berufungsgericht angenommen hat, nicht (allein) der Fall des Lipoms – einer abgrenzbaren Fettgeschwulst beziehungsweise eines gutartigen Fettgewebstumors – erfasst. Die „Exzision einer unter der Haut oder Schleimhaut liegenden kleineren Geschwulst“ beziehungsweise die „Exzision einer größeren Geschwulst (z.B. Ganglion, Fasiengeschwulst, Fettgeschwulst, Lymphdrüse, Neurom)“ werden vielmehr ausdrücklich (jedenfalls auch) in den Gebührentatbeständen 2403 und 2404, die einen deutlich geringeren Punktwert aufweisen als Nr. 2454 des Gebührenverzeichnisses, geregelt (vgl. auch Hoffmann/Kleinken, GOÄ, 3. Aufl., Gebührenverzeichnis Nrn. 2380-2408 (L) Rz. 18 zu Nr. 2404 [Stand: August 2018]; Brück/Klakow-Franck, GOÄ, 3. Aufl., Abschnitt L/VII, Nr. 2404 [Stand: 1.12.2012]). Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Anwendungsbereich von Nr. 2454 des Gebührenverzeichnisses, der eine auf ein bestimmtes Krankheitsbild zugeschnittene Formulierung nicht enthält, nicht auf eine bestimmte Erscheinungsform überstehenden Fettgewebes begrenzt ist. Fettgewebe steht an einer Extremität nicht nur dann über, wenn es lokal begrenzt ist, sondern auch, wenn es sich auf die gesamte Gliedmaße verteilt. Da es sich vorliegend um ein Lipödem handelt, kann hier auf sich beruhen, ob die Entfernung von Geschwulsten im Sinne der Gebührennummern 2403 und 2404 in bestimmten Fällen ebenfalls unter die Gebührennummer 2454 subsumiert werden kann.
- Einer unmittelbaren Anwendung von Nr. 2454 des Gebührenverzeichnisses steht des Weiteren nicht der Umstand entgegen, dass der Eingriff nach vorangegangener Auflockerung des Fettgewebes, das mittels einer Kanüle abgesaugt wird, minimalinvasiv erfolgt. Auf welche Weise das überschüssige Fettgewebe entfernt wird, wird in der Gebührenvorschrift nicht festgelegt. Darauf kommt es auch nicht an. Entscheidend ist vielmehr, dass die in der Vorschrift beschriebene Zielleistung erreicht wird, und nicht, mit welcher Methode dies geschieht. Entgegen der Auffassung des OLG lässt sich aus der Überschrift des Abschnitts L/VII des Gebührenverzeichnisses zur GOÄ – „Chirurgie der Körperoberfläche“ – nicht ableiten, dass damit nur offen-chirurgische und keine minimalinvasiven Eingriffe gemeint sein können. Dies bedeutet weder, dass die Körperoberfläche mehr als nur minimal geöffnet werden muss, noch, dass sich der zu operierende Bereich direkt unterhalb der Körperoberfläche befinden muss. Mit dem Bezug zur Körperoberfläche wird vielmehr nur der grundsätzliche Bereich des Operationsgebiets eingegrenzt und von anderen Behandlungsarten und Operationen – z.B. Extremitäten-, Gelenk- oder Knochenchirurgie, Neuro-, Gefäß-, Herz- oder Abdominalchirurgie – abgegrenzt. Des Weiteren beziehen sich etwa die im selben Abschnitt wie Nr. 2454 befindlichen Gebührenpositionen Nr. 2402 oder 2427 auf tieferliegende Körpergewebe. Dementsprechend wird auch in Rechtsprechung (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Braunschweig, NJW-RR 2020, 1358 Rz. 89; VG Köln, a.a.O.) und der Literatur (Hoffmann/Kleinken, a.a.O., Gebührenverzeichnis Nrn. 2427-2454 (L) Rz. 16; Brück/Klakow-Franck, a.a.O., Nr. 2454; Gorlas, DÄBl. 2014, A-521) überwiegend die Auffassung vertreten, eine Liposuktion an Armen und Beinen falle unmittelbar in den Anwendungsbereich der Gebührenposition Nr. 2454 (anders Hartmann et al., Phlebologie 2019, 144; Mot-

amedi et al., Handchirurgie Mikrochirurgie Plastische Chirurgie 2023, 315, 320).

- 28 Sonstige sich aus der Systematik, dem Telos oder der Gesetzgebungsgeschichte ergebende Aspekte, die die am Wortlaut orientierte Auslegung der Gebührenvorschrift Nr. 2454 in Frage stellen könnten, sind nicht ersichtlich.
- 29 b) Die einer von einer Gebührenposition erfassten Zielleistung zuzuordnenden Einzelschritte sind nicht gesondert abrechenbar (vgl. § 4 Abs. 2a Satz 2 GOÄ, vgl. Senat, Urt. v. 13.5.2004 – III ZR 344/03, BGHZ 159, 142, 147). Dementsprechend spielt es keine Rolle, dass es medizinisch sinnvoll sein mag, bei der Liposuktion den Operationsbereich in unterschiedliche Abschnitte aufzuteilen. Eine Mehrfachberechnung kommt im originären Anwendungsbereich einer Gebührenvorschrift nur in ganz besonderen Ausnahmefällen in Betracht. Ein solcher liegt hier nicht vor. Eine auf eine Untergliederung von Armen und Beinen in verschiedene Areale bezogene (mehrfache) Abrechnung der Gebühr Nr. 2454 verbietet sich daher. Auch eine durch die von der Beklagten angewandte Methode möglicherweise eingetretene Verbesserung und Modernisierung des nach den Angaben des Sachverständigen seit den 1970er Jahren existierenden Verfahrens der Fettabsaugung rechtfertigen eine Mehrfachberechnung der Gebühr nicht. Der Arzt hat die Möglichkeit, solchen Entwicklungen, der Schwierigkeit und dem Zeitaufwand des Eingriffs nach § 5 Abs. 2 GOÄ oder im Wege einer Gebührenvereinbarung nach § 2 Abs. 1 GOÄ Rechnung zu tragen.
- 30 Die Mehrfachberechnung einer Gebühr hat der Senat nur für seltene Ausnahmefälle als zulässig angesehen, wenn bei werten der Betrachtung ein zwischenzeitlich eingetretenes Regelungsdefizit nicht anders ausgeglichen werden kann (vgl. Senat, Urt. v. 13.5.2004, a.a.O., S. 151 f. zu einer komplexen Operationsleistung im Sinne einer systematischen Kompartimentausräumung mit weitgehender Freilegung von Blutgefäßen und Nervenbahnen im Zusammenhang mit einer Radikaloperation einer bösartigen Schilddrüsengeschwulst). Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Insbesondere ist weder auf der Grundlage des Parteivortrags noch auf der Basis des von einem anderen rechtlichen Ansatz ausgehenden Sachverständigengutachtens (vgl. oben) ersichtlich, dass der in der Gebührenposition beschriebene Sachverhalt nur eine Teilmenge der von der Beklagten ausgeführten Leistungen erfasst. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass sich der technische Aufwand der Operation, ungeachtet einer etwaigen Verbesserung des Verfahrens durch die von der Beklagten angewandte Methode, gegenüber der bei Einführung der GOÄ 1982 bereits praktizierten Fettabsaugung gravierend geändert hat und daher bei der Leistungsbeschreibung in Nr. 2454 des Gebührenverzeichnisses nicht berücksichtigt worden sein kann.
- 31 Dass die Beklagte behauptet, der Aufwand der Operation werde in der Gebühr Nr. 2454 nicht hinreichend abgebildet, ist rechtlich unerheblich. Es ist vielmehr Sache des Verordnungsgebers, gegebenenfalls auch unter Berücksichtigung von nach Erlass der Verordnung eingetretenen Veränderungen des technischen Standards oder der Fortentwicklung wissenschaftlicher Erkenntnisse, die im Gebührenverzeichnis aufgeführten ärztlichen Leistungen zu bewerten. Die Gerichte sind grundsätzlich nicht zu einer Korrektur befugt. Eine Bindung an die Verordnung besteht nur dann nicht, wenn und soweit sie wegen Ver-

stoßes gegen höherrangiges Recht – etwa Art. 3 oder Art. 12 GG – nichtig ist (z.B. Senat, Urt. v. 13.5.2004, a.a.O., S. 149; Urt. v. 18.9.2003 – III ZR 389/02, NJW-RR 2003, 1639, 1641). Dass die Bewertung der Leistung in der Gebührenposition auch unter Ausschöpfung des Gebührenrahmens objektiv nicht auskömmlich ist und die Beklagte in ihrem Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt, lässt sich nicht feststellen (vgl. dazu Senat, Urt. v. 13.5.2004, a.a.O., S. 149 f.). Vortrag zu den Kostenstrukturen, denen der Aufwand gegenüberzustellen wäre, gibt es nicht (vgl. Senat, a.a.O., S. 150).

Vor diesem Hintergrund ist ferner zu berücksichtigen, dass die 32 Beklagte innerhalb der Grenzen des § 138 BGB frei ist, ihr Honorar über eine Erhöhung des Steigerungssatzes gem. § 5 GOÄ hinaus durch eine Gebührenvereinbarung gem. § 2 Abs. 1 GOÄ zu steuern. Ein Fall, in dem dem Arzt eine solche Vereinbarung – die im Übrigen nicht wesentlich von der bislang praktizierten Vorgehensweise der Beklagten abweicht – wegen eines bestehenden Regelungsdefizits nicht angesonnen werden kann (vgl. Senat, a.a.O., S. 151), liegt nicht vor.

c) Den auf die „akzentuierte manuelle Lymphdrainage“ entfal- 33 lenden Rechnungsbetrag (3 x 700 € = 2.100 €), den die Beklagte für die Klägerin verauslagt hat, kann diese nicht zurückerstattet verlangen. Die darlegungs- und beweispflichtige Klägerin hat – wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat – zu einem insoweit fehlenden Rechtsgrund nicht hinreichend vortragen. Für die unstreitig erbrachte und von der Beklagten bezahlte Leistung der mit ihr kooperierenden, im Übrigen aber selbständig tätigen Physiotherapeuten besteht grundsätzlich ein Aufwendungsersatzanspruch gem. § 670 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 25.1.2012 – I StR 45/11, BGHSt 57, 95 Rz. 50; BR-Drucks. 295/82, S. 15). Es war Sache der Klägerin, diesen Rechtsgrund auszuräumen (vgl. st. Rspr.; z.B. Senat, Urt. v. 8.7.2004 – III ZR 435/02, NJW 2004, 2897; Urt. v. 6.10.1994 – III ZR 165/93, NJW-RR 1995, 130, 131; BGH, Urt. v. 18.2.2009 – XII ZR 163/07, NJW-RR 2009, 1142 Rz. 19; Urt. v. 14.7.2003 – II ZR 335/00, NJW-RR 2004, 556; Urt. v. 5.2.2003 – VIII ZR 111/02, NJW 2003, 1449, 1450; jew. m.w.N.). Ein Ausnahmefall der Leistung eines Abschlags oder einer Vorauszahlung in Erwartung einer Feststellung der Forderung, bei dem der Empfänger der Leistung darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hat, dass die Feststellung zu seinen Gunsten erfolgt ist oder erfolgen muss (vgl. dazu Senat, Urt. v. 15.3.2007 – III ZR 260/05, BeckRS 2007, 6172 Rz. 14 und vom 8.7.2004, a.a.O.), liegt entgegen der Annahme der Klägerin nicht vor. Dementsprechend hätte es der Klägerin oblegen, dazu vorzutragen und nötigenfalls unter Beweis zu stellen, dass und warum die Beklagte die Aufwendungen den Umständen nach nicht für erforderlich halten durfte. Dies ist nach den insoweit rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht geschehen.

d) Die auf die der Klägerin unstreitig zur Verfügung gestellte 34 Kompressionswäsche entfallenden Beträge (3 x 123 € = 369 €) hat die Beklagte zu Recht als Auslagen i.S.d. § 10 Abs. 1 Nr. 1 GOÄ vereinnahmt. Dass die Beklagte die gem. § 12 Abs. 2 Nr. 5 GOÄ erforderlichen Belege erst im Laufe des Verfahrens eingereicht hat, ist unschädlich. Einen – häufig nicht möglichen – Einzelnachweis über den Erwerb der Wäsche musste sie nicht beibringen. Vielmehr genügte die Vorlage einer Sammelrechnung, aus der sich der Einzelpreis ermitteln ließ (vgl. Uleer/Miebach/Patt, GOÄ, 3. Aufl., § 12 GOÄ Rz. 23 a.E.; Brück/Kla-

*kow-Franck*, a.a.O., § 12 GOÄ Rz. 2 Unterpunkt 2.3 [Stand: 1.12.2013]).

- 35 e) Die Beklagte hat mithin (nur) folgende Positionen zu Recht abgerechnet: (...)
- 36 III. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht geboten sind und die Sache zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat abschließend selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

## Betrug durch Abrechnung nicht erbrachter Vermittlungsleistungen

StGB § 263; UStG §§ 4 Nr. 14b, 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1

Der durch die Bezahlung einer wegen Leistungsunfähigkeit und -unwilligkeit des Täters wertlosen Vermittlungsleistung entstandene Vermögensschaden umfasst auch die in den Provisionsabrechnungen in Rechnung gestellte und gezahlte Umsatzsteuer. Auf die Frage, ob die geschädigten Kliniken ihrerseits im Einzelfall zum Vorsteuerabzug berechtigt gewesen sein könnten, kommt es für die Schadensberechnung nicht an. *(nicht amtl.)*

BGH, Beschl. v. 25.6.2024 – 1 StR 217/24

**Stichworte:** Provisionsbetrug – Vermittlung von Patienten – Schadensberechnung – Umsatzsteuer

### Gründe:

- 1 Das LG hat den Angeklagten wegen Betrugs in 28 Fällen unter Einbeziehung der Einzelgeldstrafen aus dem Strafbefehl des AG Karlsruhe vom 18.1.2022 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt sowie die Einziehung des Wertes von Taterträgen i.H.v. 236.755,38 € angeordnet. Die gegen seine Verurteilung gerichtete Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts beanstandet, hat mit der Sachrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).
- 2 1. a) Zur erforderlichen Einstellung des Verfahrens im Fall 7 der Urteilsgründe hat der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt:
- „Der Angeklagte ist im Fall Sieben verurteilt worden, einen gewerbsmäßigen Betrug zu Lasten der F.-Klinik mit Sitz in M. begangen zu haben (UA S. 29/30). Insoweit war der Angeklagte allerdings nicht angeklagt [...], so dass es an der Prozessvoraussetzung der Anklage fehlt. Für eine Zurückverweisung ist in dem Fall kein Raum [...]. Die Verurteilung ist daher aufzuheben und das Verfahren diesbezüglich einzustellen (Senat, Urt. v. 16.09.2004 – 1 StR 212/04 –, juris Rz. 4).“
- 3 Über Fall 16 der Anklage der Staatsanwaltschaft Karlsruhe vom 23.6.2023 (Betrug zu Lasten des K. Klinikums) ist weder entschieden noch ist er in sonstiger Weise erledigt; das Verfahren ist insoweit weiterhin beim LG anhängig.
- 4 b) Die Annahme von Tatmehrheit (§ 53 StGB) zwischen den Fällen 9 und 10 der Urteilsgründe hält der sachlich-rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Denn der Angeklagte stellte der H. Klinik Ho. die Provisionen für die angebliche Vermittlung ei-

nes Oberarztes und eines Chefarztes an demselben Tag in Rechnung. Damit ist trotz zweier Vermittlungsverträge eine natürliche Handlungseinheit bei den entscheidenden Täuschungshandlungen nicht auszuschließen und mithin von Tateinheit auszugehen.

- c) Das Hindernis einer von vornherein fehlenden Anhängigkeit 5 des Falls 7 der Urteilsgründe führt – nicht anders als eine Verfahrensteileinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO – neben dem Entfallen der zugehörigen Einzelstrafe zur Verminderung der Einziehung um 9.520 €.

2. Im Übrigen birgt das Urteil keinen Rechtsfehler zu Lasten 6 des Angeklagten.

a) Der den Kliniken entstandene Vermögensschaden umfasst 7 die vom Angeklagten in den Provisionsabrechnungen in Rechnung gestellte und an ihn gezahlte Umsatzsteuer. Die gesamte geleistete Rechnungssumme einschließlich der Umsatzsteuer floss jeweils aus dem Vermögen der Kliniken ab; die vom Angeklagten geschuldeten Vermittlungsleistungen waren infolge seiner Leistungsunfähigkeit und -unwilligkeit völlig wertlos. Damit erweist sich für die Geschädigten bei der gebotenen Gesamtsaldierung auch die Zahlung der Umsatzsteuer als wirtschaftlich sinnlos. Ob die Kliniken ihrerseits im Einzelfall zum Vorsteuerabzug berechtigt gewesen sein könnten (vgl. dazu aber § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 4 Nr. 14b UStG), ist nicht aufzuklären. Dieser Gesichtspunkt betrifft – ähnlich wie eine Entschädigung des Betrogenen durch eine Versicherung – nicht das Verhältnis zwischen Täuschendem und Geschädigten. Nach alledem gilt für ertrogene Gegenleistungen nichts anderes als für Sachen. Dass die Umsatzsteuer zum Verkehrswert der ertrogenen bzw. gestohlenen Sache gehört, ist bereits entschieden (vgl. BGH, Beschl. v. 29.10.2020 – 1 StR 344/20 Rz. 5; Urt. v. 29.11.2018 – 3 StR 352/18 Rz. 5).

b) Die Gesamtfreiheitsstrafe bleibt vom Entfallen der Einzel- 8 strafen in den Fällen 7 und 9 der Urteilsgründe unberührt. Der Zusammenzug der verbleibenden Einzelfreiheitsstrafen erweist sich, ausgehend von der im Fall 8 der Urteilsgründe verhängten Einsatzfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten, weiterhin als sehr straff, so dass auszuschließen ist, dass das LG eine für den Angeklagten günstigere Gesamtstrafe verhängt hätte (§ 354 Abs. 1 StPO analog).

## Unerlaubtes Inverkehrbringen nicht zugelassener Fertigarzneimittel; Verjährung

StGB §§ 56f Abs. 3 S. 2, 58 Abs. 2, 78 Abs. 3 Nr. 5, 78c Abs. 3 S. 2; AMG § 96 Nr. 5 a.F.; EurAuslÜbk Art. 14 Abs. 1; IRG § 83h Abs. 1 und 2

Zu den Voraussetzungen einer Verjährung des Vorwurfs des unerlaubten Inverkehrbringens nicht zugelassener Fertigarzneimittel.

*(nicht amtl.)*

BGH, Beschl. v. 26.6.2024 – 1 StR 10/24

**Stichworte:** Unerlaubtes Inverkehrbringen nicht zugelassener Fertigarzneimittel – Verjährung – Rechtshilferecht – Gesamtstrafenbildung – Spezialitätsgrundsatz



## Gründe:

- 1 Das LG hat den Angeklagten wegen „Betruges in 14 Fällen jeweils in Tateinheit mit unerlaubtem Inverkehrbringen nicht zugelassener Fertigarzneimittel“ schuldig gesprochen und ihn deshalb unter Einbeziehung der mit Strafbefehl des AG I. vom 11.4.2018 verhängten Einzelstrafen und Auflösung der dort gebildeten Gesamtstrafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten sowie zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt, wobei es hierauf einen Monat und zwei Wochen wegen einer erfüllten Bewährungsaufgabe aus der Vorverurteilung zur Anrechnung gebracht hat. Daneben hat es eine Anrechnungsentscheidung hinsichtlich der auf Zypern erlittenen Auslieferungshaft und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Die Angeklagte hat es wegen „Betruges in 11 Fällen jeweils in Tateinheit mit unerlaubtem Inverkehrbringen nicht zugelassener Fertigarzneimittel, des unerlaubten Inverkehrbringens nicht zugelassener Fertigarzneimittel, der Beihilfe zum unerlaubten Inverkehrbringen nicht zugelassener Fertigarzneimittel in 5 Fällen und des Missbrauchs von Titeln“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen.
- 2 Die Angeklagten wenden sich mit ihren auf die Sachrüge und Verfahrensrügen gestützten Revisionen gegen ihre Verurteilungen. Die Rechtsmittel haben den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen sind sie unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).
- 3 1. Die Revision des Angeklagten führt mit der Sachrüge zur Korrektur des Schuldspruchs und zur Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs.
- 4 a) Der tateinheitlichen Verurteilung des Angeklagten wegen unerlaubten Inverkehrbringens von Fertigarzneimitteln gem. § 96 Nr. 5 AMG a.F. in den Fällen B.II.1.a) und B.II.2.a) der Urteilsgründe steht das Verfahrenshindernis der Verjährung entgegen.
- 5 aa) Die Taten vom 19. und 31.3.2017 sind insoweit gem. § 78c Abs. 3 Satz 2 StGB absolut verjährt. Der Straftatbestand des unerlaubten Inverkehrbringens von Fertigarzneimitteln gem. § 96 Nr. 5 AMG a.F., der mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedroht ist, verjährt gem. § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB in drei Jahren. Das Doppelte der gesetzlichen Verjährungsfrist – sechs Jahre – war somit im März 2023 abgelaufen. Ein rechtzeitiges Ruhen der Verjährung gem. § 78c Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 78b Abs. 3 StGB durch den Erlass des erstinstanzlichen Urteils ist nicht eingetreten, weil dieses erst am 16.6.2023, also nach Ablauf der absoluten Verjährungsfrist, verkündet worden ist. Ein Ruhen der Verjährung mit Erlass des Eröffnungsbeschlusses vom 23.4.2021 gem. § 78b Abs. 4 StGB scheidet aus, weil § 96 AMG keinen besonders schweren Fall vorsieht. Auch ein Ruhen der Verjährung beim Angeklagten im Hinblick auf dessen Auslieferung aus Zypern scheidet gem. § 78b Abs. 5 Satz 3 StGB aus, weil er innerhalb der Europäischen Union aufgrund eines Europäischen Haftbefehls ausgeliefert worden ist.
- 6 bb) Dies führt in den Fällen B.II.1.a) und B.II.2.a) der Urteilsgründe zum Entfallen der neben dem Betrug (§ 263 StGB) bestehenden tateinheitlichen Verurteilung wegen unerlaubten Inverkehrbringens von Fertigarzneimitteln gem. § 96 Nr. 5 AMG a.F.
  - cc) Der Senat passt den Schuldspruch an den Wortlaut des § 96 Nr. 5 AMG a.F. an und nimmt zur Abgrenzung von einer Ordnungswidrigkeit gem. § 97 Abs. 1 Nr. 1 AMG die Schuldform in den Tenor auf (vgl. BGH, Beschl. v. 13.9.2022 – 5 StR 57/22).
  - b) Der Gesamtstrafenausspruch gegen den Angeklagten hält der rechtlichen Nachprüfung ebenfalls nicht stand.
  - aa) Zwar können zunächst die gegen den Angeklagten verhängten Einzelstrafen in den hinsichtlich § 96 Nr. 5 AMG a.F. verjährten Fällen B.II.1.a) und B.II.2.a) der Urteilsgründe bestehen bleiben. Angesichts der Vielzahl der strafscharfend berücksichtigten Gesichtspunkte kann der Senat ausschließen, dass die Strafkammer nur wegen des Wegfalls der jeweils tateinheitlich verwirklichten Straftat nach § 96 Nr. 5 AMG a.F. auf niedrigere Einzelstrafen erkannt hätte.
  - bb) Hingegen verstößt die gegen den Angeklagten ausgesprochene Gesamtfreiheitsstrafe gegen den Spezialitätsgrundsatz und unterliegt daher der Aufhebung.
- (1) Das LG hat den Spezialitätsgrundsatz (Art. 14 Abs. 1 des Europäischen Auslieferungsübereinkommens, § 83h Abs. 1 IRG) dadurch verletzt, dass es die Einzelstrafen aus dem Strafbefehl des AG I. vom 11.4.2018 im Wege der nachträglichen Gesamtstrafenbildung gem. § 55 StGB in die Gesamtstrafe für die abgeurteilten Taten B.II.1. bis B.II.5. einbezogen hat. Die Straftaten, die dem Strafbefehl zugrunde lagen, waren nicht Gegenstand der Auslieferung, so dass insoweit ein Vollstreckungshindernis bestand; sie durften daher auch nicht in eine nachträgliche Gesamtstrafe mit den der Auslieferung zugrunde liegenden Taten einbezogen werden (vgl. BGH, Urt. v. 28.8.2019 – 2 StR 25/19 Rz. 7; Beschlüsse vom 15.11.2023 – 6 StR 488/21 Rz. 13; v. 19.7.2023 – 2 StR 46/22 Rz. 7). Etwas anderes folgt nicht daraus, dass die Vollstreckung der Strafe aus dem Strafbefehl des AG I. vom 11.4.2018 von einem Jahr Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt worden war. Ein Ausnahmefall gem. § 83h Abs. 2 Nr. 3 IRG liegt nicht vor, weil die Strafe in eine nicht aussetzungsfähige Gesamtstrafe einbezogen worden ist (vgl. BGH, Beschl. v. 1.2.2023 – 5 StR 498/22 Rz. 3). Auch der Umstand, dass der Angeklagte anlässlich seiner Anhörung vor dem Bezirksgericht L./Zypern erklärt hat, mit einer Auslieferung nach Deutschland einverstanden zu sein, führt hier nicht zu einem anderen Ergebnis. Die ausdrückliche Zustimmung zur Übergabe wegen der im Europäischen Haftbefehl genannten Taten kann mangels anderweitiger Anhaltspunkte grundsätzlich nicht zugleich als „ausdrücklicher Verzicht“ auch auf den Grundsatz der Spezialität nach Art. 13 Abs. 1 RbEuHb, § 83h Abs. 2 Nr. 5 IRG interpretiert werden (vgl. BGH, Beschl. v. 7.8.2012 – 1 StR 314/12 Rz. 2). Eine Einbeziehung ist erst dann möglich, wenn ein Nachtragsersuchen an Zypern erfolgreich gestellt oder der Angeklagte gem. § 83h Abs. 2 Nr. 5 IRG auf den Spezialitätsgrundsatz verzichtet hat.
- (2) Da die Zäsurwirkung des Strafbefehls vom 11.4.2018 entfällt, solange eine Einbeziehung aufgrund des Spezialitätsgrundsatzes nicht möglich ist, wird das neue Tatgericht aus den im vorliegenden Fall verhängten Einzelstrafen eine neue einheitliche Gesamtstrafe zu bilden haben (vgl. BGH, Beschl. v. 27.1.2014 – 4 StR 499/13 Rz. 10), die die Summe der beiden bisherigen Gesamtstrafen nicht überschreiten darf. Die wegen Verletzung des Spezialitätsgrundsatzes notwendig werdende erneute Gesamtstrafenbildung kann gem. § 354 Abs. 1b StPO im

Beschlussverfahren nach §§ 460 ff. StPO vorgenommen werden (vgl. BGH, Beschl. v. 19.7.2023 – 2 StR 46/22 Rz. 11).

- 13 (3) Der vom LG rechtsfehlerfrei bestimmte Ausgleich von einem Monat und zwei Wochen für die vom Angeklagten erbrachten Geldzahlungen i.H.v. 3.000 € zur Erfüllung einer Bewährungsaufgabe im Zusammenhang mit dem Strafbefehl des AG I. vom 11.4.2018 (§ 58 Abs. 2 StGB i.V.m. § 56f Abs. 3 Satz 2 StGB) wird von der Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe nicht erfasst. Insoweit tritt horizontale Teilrechtskraft ein (vgl. BGH, Beschl. v. 15.11.2023 – 6 StR 488/21 Rz. 16 m.w.N.).
- 14 c) Die Kostenentscheidung in Bezug auf den Angeklagten muss nicht dem Nachverfahren gem. §§ 460, 462 StPO vorbehalten bleiben, weil sicher abzusehen ist, dass das Rechtsmittel des Angeklagten, der seine Verurteilung insgesamt angegriffen hat, nur einen geringfügigen Teilerfolg haben kann, so dass der Senat die Kostenentscheidung gem. § 473 Abs. 1 und Abs. 4 StPO selbst trifft (vgl. BGH, Beschl. v. 23.8.2023 – 2 StR 405/22 Rz. 7; Beschl. v. 4.2.2016 – 4 StR 513/15 Rz. 3; Beschl. v. 29.6.2011 – 1 StR 191/11 Rz. 7).
- 15 2. Die Revision der Angeklagten führen mit der Sachrüge zur teilweisen Verfahrenseinstellung sowie zur damit korrespondierenden Korrektur des Schuldspruchs. Der Gesamtstrafenausspruch hat hingegen Bestand.
- 16 a) Aus den oben unter 1.a) beim Angeklagten erörterten Gründen steht auch der Verurteilung der Angeklagten wegen Beihilfe zum unerlaubten Inverkehrbringen von Fertigarzneimitteln gem. § 96 Nr. 5 AMG a.F., § 27 StGB in den Fällen B.II.1.a) und B.II.2.a) der Urteilsgründe das Verfahrenshindernis der Verjährung entgegen, was insoweit zur Einstellung des Verfahrens gem. § 206a StPO führt. Der Senat passt auch insoweit den Schuldspruch an den Gesetzeswortlaut an.
- 17 b) Demgegenüber hat die gegen die Angeklagte verhängte Gesamtstrafe Bestand. Mit Blick auf die verhängten neun Einzel Freiheitsstrafen, die die Strafkammer zwischen elf Monaten und einem Jahr und vier Monaten Freiheitsstrafe bemessen hat, ist auszuschließen, dass sie bei Wegfall der Einzelstrafen von jeweils 60 Tagessätzen in den verjährten Fällen B.II.1.a) und B.II.2.a) der Urteilsgründe auf eine mildere Gesamtfreiheitsstrafe erkannt hätte.

## Anforderungen an die Aufklärung bei notfallmedizinischer Versorgung

BGB §§ 823 Abs. 1 und 2, 839, 630h, 630f, 630e Abs. 5; StGB § 229

1. Notfallmedizinische Standardverfahren muss jeder notfallmedizinisch tätige Arzt beherrschen. Für die Auswahl des in der konkreten Situation geeignetsten Behandlungsverfahrens und damit auch für den geschuldeten Standard kann es eine Rolle spielen, mit welchen Methoden der gerade anwesende Arzt besondere Erfahrungen hat.

2. Soweit hingegen ein sofortiges Eingreifen nicht erforderlich ist und sich ein Notfallmediziner ohne Not auf ein Fachgebiet außerhalb seiner Qualifikation begibt, schuldet er jedoch den Standard dieses Fachgebiets.

3. Auch notfallmedizinische Behandlungen bedürfen einer Rechtfertigung durch Einwilligung des Patienten nach vorheriger Aufklärung. Jedoch reduziert sich das Maß der gebotenen Aufklärung im Notfall auf ein Minimum. Irrelevantes oder Selbstverständliches braucht nicht erläutert zu werden. Die Alarmierung eines Notarztes bzw. die vom Patienten gebilligte Einlieferung in einen Schockraum oder auf eine Intensivstation stellt die konkludente Einwilligung in alle dringlich indizierten Maßnahmen dar, die der Patient nicht erkennbar ablehnt, so dass es nur im Ausnahmefall einer expliziten Selbstbestimmungsaufklärung bedarf. Behandlungsalternativen müssen nicht vorgestellt werden, wenn die sofortige Durchführung einer Therapie indiziert ist und Alternativen in der konkreten Behandlungssituation faktisch gar nicht zur Verfügung stehen oder vom behandelnden Arzt weniger gut beherrscht werden als die von ihm beabsichtigte Maßnahme.

4. Soweit ausreichend Zeit vorhanden ist, muss allerdings die Einwilligung des Patienten eingeholt werden. Dies gilt – nach Ergreifung ggf. sofort erforderlicher Maßnahmen zur vorläufigen Aufrechterhaltung der Vitalfunktionen – insbesondere in Fällen, in denen der mündige Patient ernsthaft erwägt, dem natürlichen Verlauf seiner Erkrankung und möglicherweise dem damit verbundenen Sterbeprozess seinen Lauf zu lassen.

5. Hohe Anforderungen an die Aufklärung gelten – auch im Rahmen von Notfällen – in Konstellationen, in denen die durchgeführte Behandlung nur relativ indiziert ist oder kaum als dringlich eingeordnet werden kann. Sofern eine Behandlung durchgeführt wird, die in der konkreten Situation überhaupt nicht indiziert ist, ohne dass dem Patienten dies in aller Deutlichkeit vor Augen geführt wird und er gleichwohl diese Behandlung wünscht, so ist eine Haftung (auch) unter Aufklärungsgesichtspunkten gegeben.

6. Die Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung werden nur auf Einwand der Behandlerseite geprüft. Soweit jedoch der Patient von sich aus angibt oder seine Äußerungen eindeutig darauf schließen lassen, dass er in die Behandlung jedenfalls eingewilligt hätte, ist davon auszugehen, dass sich die Behandlerseite dies stillschweigend zu eigen macht. *(alle amtl.)*

*LG München II v. 13.3.2024 – Endurt. 1 O 5113/21 Hei*

**Stichworte:** Notarzt – Krankenhaus – Chefarzt – Passivlegitimation – Behandlungsfehler – Propofol – Aufklärungspflicht – Einwilligung – notfallmedizinische Standardverfahren – Behandlungsalternative

## Tatbestand

Die Klägerin macht Ansprüche im Zusammenhang mit einer 1 notfallmedizinischen Behandlung geltend.

Die am 21.3.1936 geborene Klägerin verschluckte sich am 2 Sonntag, den 4.2.2018 gegen 12.30 Uhr beim Essen und aspirierte i. W. (bzw. zumindest auch) aus Reiskörnern bestehende Nahrung. Die Schwiegertochter – eine examinierte Kinderkrankenpflegerin – versuchte, das Aspirat mit dem Heimlich-Griff zu lösen, was nicht gelang. Es kam zu vermehrter Schleimbildung.

Der Beklagte wurde als Notarzt mit dem Meldebild „akute 3 Atemnot“ zur Klägerin disponiert. Bei seinem Eintreffen musste die Klägerin ständig husten und konnte nicht mehr richtig sprechen. Der Beklagte stellte die Diagnose „Zustand nach Aspiration mit pulmonaler Insuffizienz“ und notierte im Notarzteinsetzprotokoll u.a.: „HF 98, AF 25, SpO<sub>2</sub> ohne O292%.

Atmung; Dyspnoe, Stridor. Psyche: ängstlich; Erstdiagnose: 'Aspiration Nahrung'; NACA-Score: IV (Lebensgefahr nicht auszuschließen)“.

- 4 Die Klägerin litt unter zahlreichen Vorerkrankungen, namentlich: Herzinsuffizienz (NYHA II-III° – HFPEF); koronare Makroangiopathie (2015); geringgradige MI und AI; Carotisatheromatose nicht stenosierend; arterieller Hypertonus; hypertensive Herzerkrankung; chronische Niereninsuffizienz (Stadium 2 NKF); Zustand nach linkshemisphärischer TIA 03/14 mit Aphasie und Hemianopsie a.e. bei zerebraler Makroangiopathie; Depression; Zustand nach Hüft-TEP beidseits.
- 5 Der Beklagte stellte die Indikation zur dringlichen Absaugung der aspirierten Nahrung. Zur Durchführung dieser Maßnahme transportierte er die Klägerin mit Sondersignal unter der Gabe von Sauerstoff und Adrenalin mittels Verneblermaske in den Schockraum des Krankenhauses A. Dort kamen sie 12.52 Uhr an. Die Klägerin war orientiert und bewusstseinsklar.
- 6 Im Krankenhaus A war der Beklagte zum damaligen Zeitpunkt als Chefarzt tätig. Er ist Facharzt für Innere Medizin mit den Zusatzbezeichnungen Notfallmedizin, Gastroenterologie und Spezielle Internistische Intensivmedizin.
- 7 Im Schockraum verabreichte der Beklagte der in Oberkörperhochlagerung befindlichen Klägerin Propofol. Die Klägerin erbrach und die Sauerstoffsättigung fiel ab. Der Beklagte ließ das Anästhesieteam alarmieren, nahm eine Absaugung unter laryngoskopischer Sicht vor und intubierte die Patientin noch vor Eintreffen des Anästhesieteams. Im Aufnahmebogen des Krankenhauses ist notiert:  
  
„Reis aspiriert, mit Notarzt ins Krankenhaus. Prof B wollte intubieren und endotracheal absaugen. Während Einleitung Bradykardie + Hypoxie; Rea-Alarm. Einstellung schwierig, da wohl alles mit Speiseresten voll. Im Verlauf weiterhin Kreislaufinstabilität mit Bradykardie (HF-30) Atropin & Hypotonie (Noradrenalin) dann schmalkomplex Tachykardie. Beatmung problemlos. Aspiration mit pulmonaler Insuffizienz + Schock im Rahmen der Intubation.“
- 8 Es folgten eine intensivmedizinische Behandlung bis 6.2.2018, eine anschließende stationärgeriatrische Behandlung und schließlich die Entlassung am 15.2.2018.
- 9 Die Klägerin behauptet, eine Indikation zur Verabreichung von Propofol habe nicht bestanden.
- 10 Die Behandlung sei ohne Aufklärung und Einwilligung erfolgt. Erforderliche Vorkehrungen zu ihrer Überwachung seien unterblieben. Der Beklagte habe nicht adäquat auf das Erbrechen reagiert. Folgen seien die Erforderlichkeit der intensivmedizinischen Behandlung, nicht ausschließbar auch ein Dauerschaden.
- 11 Die Klägerin beantragt,

I. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche materiellen und immateriellen Schäden im Zusammenhang mit der ärztlichen Behandlung vom 4.2.2018 im Krankenhaus A zu erstatten, soweit die Ansprüche nicht bereits auf Sozialversicherungsträger und/oder sonstige Dritte übergegangen sind und/oder noch übergehen werden.

Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht von einem fehlenden Feststellungsinteresse der Klägerin und damit der Unzulässigkeit des Feststellungsantrages unter Ziff. I. ausgehen sollte:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin ein Schmerzensgeld i.H.v. 20.000 € nebst Zinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB ab Rechtshängigkeit zu bezahlen.

II. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.295,43 € nebst Zinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB ab Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt,

12

Die Klage wird abgewiesen.

Der Beklagte behauptet, die Analgosedierung mit Propofol sei bei einer endotrachealen Absaugung wegen Fremdkörperaspiration indiziert, um den Würgereiz und vegetative Reflexe, die zu einer Herzkreislaufinstabilität oder zum Erbrechen führen, zu verhindern und das subjektive Erleben des Eingriffs zu dämpfen. Der Beklagte bezieht sich insoweit insbesondere auf die S3Leitlinie Analgesie, Sedierung und Delirmanagement in der Intensivmedizin der Deutschen Gesellschaft für Anästhesiologie und Intensivmedizin (DAS-Leitlinie 2015). Bereits in ihrer Wohnung sei der Klägerin im Zusammenhang mit dem Umstand, dass die Klägerin mit in das Krankenhaus A zur Entfernung des Fremdkörpers genommen werden sollte, erläutert worden, dass der Eingriff unter Sedierung stattfinden werde, so dass die Patientin kurz schlafen werde.

Hiermit sei die Klägerin ausdrücklich einverstanden gewesen.

14

Die Kammer hat ein gastroenterologisch-notfallmedizinisches Gutachten eingeholt sowie den Sachverständigen Prof. Dr. R in der mündlichen Verhandlung vom 19.9.2023 angehört. Zu dieser Verhandlung hat die Kammer des Weiteren den anästhesiologischen Sachverständigen Prof. Dr. L geladen, welcher zuvor am 24.6.2020, am 17.1.2023 und am 24.8.2023 Gutachten für das Institut für Rechtsmedizin der Universität München mitverantwortet hatte. Hintergrund dieser Gutachten – wie auch weiterer Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin vom 3.9.2019 und 5.3.2020 –, auf welche sich die Parteien und die Sachverständigen bezogen haben, sowie die Gegenstand der mündlichen Verhandlungen waren, war der von der Staatsanwaltschaft München II erhobene Vorwurf, der Beklagte habe in 15 Fällen ohne Indikation und ohne ausreichende Aufklärung als Notarzt Propofol verabreicht, wodurch es zu gesundheitlichen Schäden der Patientinnen und Patienten gekommen sei; eine Patientin sei kausal aufgrund dieser Medikation verstorben. Die Staatsanwaltschaft hat Anklage gegen den – zwischen 13.9.2018 bis 5.11.2018 in dieser Sache (sowie wegen der weiteren 14 Fälle der Anwendung von Propofol) in Untersuchungshaft befindlichen – Beklagten beim LG München II – Schwurgericht – erhoben wegen Totschlags in Tatmehrheit mit gefährlicher Körperverletzung in vierzehn tatmehrheitlichen Fällen. Zwischen 18.7.2019 und 10.10.2019 bestand ein vorläufiges Berufsverbot für die Tätigkeit als Arzt; seit 11.10.2019 ist dem Beklagten vorläufig eine berufliche Tätigkeit u.a. im Bereich der Notfallmedizin verboten. Die Kammer hatte die Straftakte des LG München II mit dem Aktenzeichen 1 Ks 31 Js 18787/18 beigezogen und – insbesondere durch Verwertung von polizeilich protokollierten Aussagen und der darin asser-

15



vierten Behandlungsunterlagen – zum Gegenstand der mündlichen Verhandlungen gemacht. Weiter hat die Kammer Beweis erhoben durch Anhörung des Facharztes für Innere Medizin, Zusatzbezeichnung Spezielle Internistische Intensivmedizin, Dr. Sl und des Facharztes für Innere Medizin und Pneumologie, Dr. Sp. Wegen des Ergebnisses dieser Sachverständigenbefragungen wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13.3.2024 verwiesen. Schließlich hat die Kammer Beweis erhoben durch Einvernahme der Zeugen U, Dr. E, S, M und N. Insoweit wird Bezug genommen auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 19.9.2023, 20.2.2024 und 13.3.2024. Im Hinblick auf die zunächst divergierenden Aussagen der Gutachter des Instituts für Rechtsmedizin einerseits sowie der vom Beklagten beauftragten Privatgutachter und des Gerichtssachverständigen Prof. Dr. R andererseits, hat die Kammer schließlich – entsprechend ihrer Praxis in derartigen Fällen (vgl. BGH NJW 1994, 2419; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht 8. Aufl. 2022, Kap. E. Rz. 7) – auch selbst medizinische Literatur zu Rate gezogen. Insoweit wird auf die in der mündlichen Verhandlung vom 19.9.2023 mitgeteilten Fundstellen und die seitens der Kammer aus diesen Fundstellen gezogenen Schlussfolgerungen verwiesen, welche mit Beschluss vom 5.10.2023 mitgeteilt worden sind.

## Entscheidungsgründe

- 16 I. Die Klage ist im Hauptantrag mangels Feststellungsinteresse unzulässig. Ein Feststellungsinteresse setzt voraus, dass dem Recht oder der Rechtslage eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (BGH NJW 1992, 436 437.). Zukunftsschäden sind jedoch nicht zu erwarten (...). Die mit Schriftsatz vom 27.2.2024 klageseitig behaupteten fortdauernden Beeinträchtigungen bestehen zur Überzeugung der Kammer nicht bzw. sind zumindest nicht auf die streitgegenständliche Behandlung zurückzuführen. Im Gegenteil: Medizinisch objektivierbare Nachwirkungen der streitgegenständlichen Behandlung gibt es nicht. Soweit schriftsätzlich Ängste, Schlafstörungen und andere Beeinträchtigungen behauptet werden, kann deren Bestehen dahinstehen, sie sind jedenfalls nicht mit der streitgegenständlichen Behandlung in Verbindung zu bringen. Die Klägerin hat im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung angegeben, sie sei froh gewesen, dass der Beklagte ihr geholfen habe; im Krankenhaus sei alles gut gewesen (...). Von der eigentlichen Komplikation hat sie infolge der Propofolgabe nichts mitbekommen. Im noch während des streitgegenständlichen Krankenhausaufenthalts durchgeführten geriatrischen Assessment konnten keine Auffälligkeiten festgestellt werden, vielmehr war die Klägerin in einer lebensbejahenden Stimmungslage (...). In den Aufzeichnungen des Hausarztes der Klägerin finden sich keine Hinweise, die auf verbliebene negative Auswirkungen des gesamten Vorfalls hindeuten (...). Von einer Traumatisierung infolge Aufenthalts auf der Intensivstation kann keine Rede sein.
- 17 Ein Feststellungsinteresse darf auch nicht etwa deshalb als wahr unterstellt werden, weil doppelt relevante Tatsachen im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit eines Antrags außer Betracht zu bleiben haben. Denn für die Begründetheit des Feststellungsantrags kommt es bei Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts gerade nicht darauf an, ob die Wahrscheinlichkeit eines weiteren Schadens angenommen werden

kann (BGHZ 216, 149 Rz. 49; vgl. zum Streitstand *Geigel/Bacher*, Haftpflichtprozess, 28. Aufl. 2020, ZPO §§ 257–304 Rz. 35).

II. Im Hilfsantrag ist die Klage zulässig, aber unbegründet. Der 18  
Klägerin stehen weder unter vertraglichen noch unter deliktischen Gesichtspunkten Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zu.

Die Kammer hat sich sachverständig durch Prof. Dr. R, Prof. 19  
Dr. L, Dr. Sl und Dr. Sp beraten lassen.

Im Rahmen der Beweisaufnahme hat sich die Kammer, wie 20  
vom BGH gefordert (VersR 1996, 647; NJW 2016, 639, 640), mit den vorgelegten Privatgutachten und den für die Staatsanwaltschaft erstellten Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin ebenso sorgfältig auseinandergesetzt, wie mit den Ausführungen der drei seitens der Zivilkammer beauftragten Sachverständigen. (...)

Dabei haben alle diese Sachverständigen zweifelsfrei eine he- 21  
rausragende Qualifikation und Expertise. (...)

Die durchgeführte Beweisaufnahme hat ergeben: 22

1. Ansprüche wegen einer nicht den Anforderungen entsprechen- 23  
den notärztlichen Versorgung macht die Klägerin nicht geltend und sind in der Sache nicht ersichtlich. Vielmehr hat der Sachverständige Dr. Sl nachvollziehbar ausgeführt, dass sich der Beklagte zutreffend zu einem abwartenden Vorgehen und einem Transport in die Klinik entschieden hat (...). Zuletzt wäre der Beklagte für derartige Ansprüche auch nicht passivlegitimiert. Aufgrund der in Bayern hoheitlich organisierten Notfallrettung gem. Art. 1 ff. BayRDG läge insoweit ein Fall der Amtshaftung vor und die Passivlegitimation läge beim Träger des Rettungs- und Notarztdienstes, hier dem Zweckverband für Rettungsdienst- und Feuerwehralarmierung (BGH GesR 2004, 515).

2. Auch bestehen keine Ansprüche der Klägerin gegen den Be- 24  
klagten wegen der Behandlung im Krankenhaus A.

Zwar liegt die Passivlegitimation insoweit durchaus beim Be- 25  
klagten. (...)

Indes bestehen Ansprüche der Klägerin wegen ihrer Behand- 26  
lung in der Klinik der Sache nach nicht.

a) Ansprüche unter dem Gesichtspunkt des klageseitig geltend 27  
gemachten Behandlungsfehlers sind gem. § 823 Abs. 1, 2 BGB, 229 StGB nicht gegeben.

aa) Zwar war es fehlerhaft, dass der Beklagte der Klägerin im 28  
Schockraum Propofol verabreicht hat, um die aspirierten Reiskörner unter laryngoskopischer Sicht abzusaugen.

(1) Zum zugrunde zu legenden Sachverhalt: (...) 29

(2) Auf dieser Grundlage war das Vorgehen des Beklagten feh- 34  
lerhaft. Es bestand keinerlei Indikation zur Absaugung unter laryngoskopischer Sicht. Bei Fehlen objektivierbarer Anzeichen von Atemnot stellen weder eine subjektive Luftnot, noch Heiserkeit, Speichelfluss und ein erschwertes Sprechvermögen Kriterien dar, die eine solche Intervention bei einer nicht nüchternen Patientin zu rechtfertigen vermögen, denn die Gefahr einer hiermit eingehenden Aspiration von Mageninhalt ist weit gravierender als die von den bereits aspirierten Fremdkörpern ausgehende Gefahr einer Verschlechterung oder einer Pneumonie,

weil bei einer Aspiration von Erbrochenem neben der Nahrung auch saurer Magensaft in die Lunge käme, der weitaus schädlicher wäre, als Speisebestandteile, die zuvor noch nicht im Magen waren. Heiserkeit, Speichelfluss, ein erschwertes Sprechvermögen und vor allem ein Fremdkörpergefühl sind äußerst unangenehm, stellen aber in objektiver Hinsicht keine ausreichende Grundlage für ein Absaugen unter Propofolgabe dar. Auch das mit einer solchen Situation verbundene subjektive Leid rechtfertigt eine solche Intervention nicht; ihm kann man mit Zuspätschiebung, Sauerstoffgabe sowie evtl. einer leichten Anxiolyse oder Sedierung begegnen; ein Mehr an Invasivität lässt sich erst vertreten, wenn es zu einer Verschlechterung kommt, eine vitale Bedrohung eintritt oder nach einer Phase des Abwartens Nüchternheit durch Zeitablauf eingetreten ist, zumal die Klägerin wegen Alter, Vorerkrankung und fehlender Nüchternheit eine Hochrisikopatientin war. Spätestens nach dem Eintritt von Nüchternheit wäre nach dem pneumologischen Facharztstandard zwar auf jeden Fall eine Bronchoskopie durchzuführen gewesen, zu deren Durchführung der Einsatz von Propofol probat und üblich ist. Sofern sich der Zustand der Patientin nicht verschlechtert oder eine vitale Gefährdung entwickelt hätten, wäre regelhaft der Zeitpunkt der Nüchternheit abgewartet worden. Wenn trotz der entsprechenden, vorbeschriebenen Maßnahmen subjektives Leid der Patientin noch über einen längeren Zeitraum anhält, kann evtl. schon eine Bronchoskopie vor Eintritt von Nüchternheit erfolgen, aber erst nach einer Intubation unter kontrollierten Bedingungen, der wiederum – sofern nicht ein Akutereignis sofortiges Handeln erforderlich macht, was hier nicht der Fall war – eine Präoxygenierung der Patientin vorauszugehen hat. In keinem Fall kommt die – hier vom Beklagten beabsichtigte – Absaugung nach Propofolgabe ohne zwischenzeitliche Platzierung eines Endotrachealtubus in Betracht.

35 Die vorstehend beschriebenen Standards hätte ein Pneumologe eingehalten; ihre Einhaltung konnte aber auch gleichermaßen von einem Gastroenterologen mit den Zusatzqualifikationen Notfallmedizin und Spezielle Internistische Intensivmedizin erwartet werden – wenngleich die Durchführung einer Bronchoskopie durch einen Gastroenterologen mit derartigen Zusatzbezeichnungen ohne auch die Zusatzqualifikation zum Pneumologen vor Eintritt der Nüchternheit nur wegen subjektiver Atembeschwerden ohne objektive Anzeichen einer Ventilationsstörung sowie ohne Abwarten des Eintritts von Nüchternheit schon grenzwertig wäre (...).

36 (3) Die Kammer ist von diesem Standard überzeugt, weil er in jeder Hinsicht nachvollziehbar von den Sachverständigen Dr. Sl und Dr. Sp erläutert worden ist. (...)

43 bb) Weitere Behandlungsfehler vermochte die Klägerin nicht nachzuweisen. (...)

47 cc) Der Klägerin ist aus der seitens des Beklagten fehlerhaft durchgeführten Intervention kein Schaden entstanden.

48 (1) Beweiserleichterungen kommen der Klägerin insoweit nicht zugute, denn ein Fall des groben Behandlungsfehlers ist nicht gegeben.

49 Ein grober Behandlungsfehler setzt neben einem eindeutigen Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse die Feststellung voraus, dass der Arzt einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht

nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (BGH VersR 2007, 541 ff.).

Diese Voraussetzungen liegen größtenteils, aber nicht vollständig vor. Dem Beklagten ist ein durchaus gravierender Fehler unterlaufen; es handelt sich jedoch nicht um einen Fehler, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint.

(a) Zwar hat der Beklagte mit einer Propofolgabe zum Zweck der Absaugung gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln verstoßen. Denn eine bloße Absaugung war sinnfrei, weil sich durch diese Reiskörner ohnehin nicht sicher vollständig hätten entfernen lassen. Wenn Propofol zum Einsatz gebracht wird, dann hätte die Patientin erst zum Zweck der Atemwegssicherung intubiert und danach bronchoskopiert werden müssen. Aber auch diese für eine nicht nüchterne Patientin gefährliche Maßnahme hätte sich vor Eintritt von Nüchternheit nur bei einer objektiven, vital relevanten Beeinträchtigung der Atmung rechtfertigen lassen, die hier nicht vorlag – selbst, wenn man nicht nur von vermehrtem Speichelfluss, sondern auch von einer angestrengten Sprache und Heiserkeit ausgeht (...).

(b) Im Hinblick auf die mit diesem Vorgehen verbundene erhebliche Gefährdung der Klägerin handelte es sich um einen Fehler, der einem Arzt auch schlechterdings nicht hätte unterlaufen dürfen (...).

(c) Indes handelte es sich um einen – noch – verständlichen Fehler. Unverständlich wäre dieser Fehler gewesen, wenn die Patientin vollkommen beschwerdefrei oder nur minimal eingeschränkt und frei von Leidensdruck gewesen wäre (...). So liegt der Fall hier aber nicht. Wie unter a) aa) (1) erläutert, geht die Kammer von verstärktem Speichelfluss, einer angestrengten Sprache und Heiserkeit bei Einlieferung in den Schockraum aus, während weitergehende Beschwerden und insbesondere objektive Anzeichen einer unzureichenden Ventilation der Lunge nicht (mehr) vorlagen; von einer symptomfreien Patientin kann im Hinblick auf den Speichelfluss, die angestrengte Sprache und die Heiserkeit jedoch weder ex ante noch ex post ausgegangen werden (auch in dem Entlassbrief des Krankenhauses A vom 20.2.2018 ist als Aufnahmegrund eine Aspiration „mit Dyspnoe“ angegeben ...). Auch aus der Dokumentation ergibt sich, dass die Patientin ängstlich war und gehustet hat (...).

Die Sachverständigen Dr. Sl und Dr. Sp haben im Ergebnis übereinstimmend und überzeugend dargestellt, dass das Vorgehen des Beklagten „schlecht“, aber nicht „krass“ gewesen wäre. In jedem Fall ist eine derartige Situation, wie sie bei Einlieferung der Klägerin vorlag, für eine Patientin äußerst unangenehm. Ein Abwarten bis zum Eintritt der Nüchternheit hätte bedeutet, die Patientin noch länger diesem belastenden Zustand auszusetzen. Bei einem solchen Zustandsbild ist es für jeden Arzt, der den ihm anvertrauten Patienten helfen möchte, reizvoll, das Leid der Klägerin zu lindern – zumal an einem Sonntag bei in einer Klinik begrenzten personellen Ressourcen (...) Die Kammer hat ebenso wie die Sachverständigen Dr. Sl und Dr. Sp keinen Zweifel daran, dass der Beklagte aus dieser Motivation heraus handelte. Dabei hat er fehlerhafterweise nicht nur nicht erkannt, dass eine Absaugung vor der endotrachealen Intubation nicht zielführend ist, sondern möglicherweise auch den vermehrten Speichelfluss sowie Heiserkeit und Anstrengung beim Sprechen unrichtig als Symptome einer objektiven Beeinträchtigung der Atmung oder einer vitalen Be-

drohung gedeutet, während diese Aspekte in Wirklichkeit insofern keine klinische Relevanz haben. In Anbetracht des Umstands, dass zu Beginn des Geschehensablaufs eine Alarmierung zu einer Notfallsituation erfolgt war, welche initial tatsächlich auch vorgelegen hatte („mords Luftnot“), dass der weitere Verlauf auch ohne eine objektivierbare Minderbelüftung der Lunge mit erheblichen subjektiven Missempfindungen verbunden war, und dass schließlich neben vermehrtem Speichelfluss möglicherweise auch Auffälligkeiten beim Sprechen bemerkbar waren, die evtl. als relevante Symptome einer Beeinträchtigung der Atmung oder einer Gefährdung fehlgedeutet wurden, kann der stattgehabte Behandlungsfehler am Ende nicht als unverständlich bewertet werden (...).

55 Zusammenfassen lassen sich diese Überlegungen mit der nachvollziehbaren Einschätzung des Sachverständigen Dr. Sl, dass es ein Fehler ist, der in der Hektik vor dem Hintergrund, dass man eine leidende Patientin hat, passieren kann; immerhin führte allein das Fremdkörpergefühl zu Leiden der Patientin (...).

56 Dass aus der Sicht ex ante die korrekte Behandlung der Klägerin nicht vollkommen eindeutig auf der Hand lag, ergibt sich im Übrigen auch daraus, dass nicht einmal das Institut für Rechtsmedizin, dessen Gutachten von vier ausgesprochen renommierten Ärzten abgefasst worden sind, herausgearbeitet hat, dass unabhängig von dem weiteren Verlauf am Ende nach dem pneumologischen Facharztstandard eine Bronchoskopie – unter Einsatz von Propofol (welches auch aus dem Blickwinkel der speziellen internistischen Intensivmedizin ein hierfür probates Medikament ist ...) nicht hätte unterbleiben dürfen, wenngleich sie erst nach Eintritt von Nüchternheit hätte erfolgen dürfen, sofern sich der Zustand der Klägerin nicht zwischenzeitlich verschlechtert hätte (...); es trifft mithin nicht zu, dass im Rahmen des vorliegenden Behandlungsfalles der Einsatz von Propofol zu keinem Zeitpunkt indiziert gewesen wäre. Die Kammer hat zwar keinen Zweifel an der Richtigkeit des von ihr zuletzt gefundenen Ergebnisses. Aber allein der Umstand, dass es dreier Sitzungstermine gebraucht hat, um zu diesem Ergebnis zu kommen, sowie dass insgesamt neun Gutachter mit der Bewertung des Sachverhalts befasst waren (vier Sachverständige waren für das Institut für Rechtsmedizin tätig, der Beklagte hatte zwei Privatgutachter beauftragt, die Kammer hat drei Gutachter eingeschaltet), von denen sieben Gutachter initial zu anderen Ergebnissen gekommen waren, als zuletzt von der Kammer festgestellt, zeigt, dass das richtige Behandlungskonzept nicht von vorneherein vollkommen eindeutig auf der Hand liegt. Insbesondere ist sogar der von der Kammer primär beauftragte Sachverständige Prof. Dr. R bei einer ersten Bewertung des Sachverhalts nach Aktenlage vor Einvernahme der Beteiligten durch die Kammer zu dem Ergebnis gekommen, dass die Behandlung insgesamt fehlerfrei gewesen wäre. Gegen eine vollkommene Unverständlichkeit des Handelns des Beklagten spricht auch, dass der Sachverständige Dr. Sp nachvollziehbar erläutert hat, das korrekte Vorgehen ergebe sich aus einer Abwägung aller relevanten Faktoren und es sei nicht lediglich um eine binäre Entscheidung gegangen, dass entweder interveniert wird oder nicht (...). Zuletzt kommt, worauf auch Dr. Sl aufmerksam gemacht hat, noch hinzu, dass in dem ländlichen Krankenhaus A bei Nichtvorhandensein eines HNO-Arztbes und einer möglicherweise ebenfalls nicht bestehenden Möglichkeit, einen Pneumologen an einem Sonntagmittag hin-

zuziehen, die noch vorhandene Anwesenheit des Beklagten als Chefarzt vor Fortsetzung seines Notarztdienstes zwar nicht die Vornahme einer nicht indizierten Maßnahme rechtfertigen kann, sich aber andererseits ein sofortiges – wenngleich in der Sache falsches – Agieren von seiner Seite noch als gut gemeint und von dem Bestreben zu helfen getragen darstellen kann (...).

(d) Zuletzt käme es auch deshalb nicht zu einer Beweislastumkehr wegen groben Behandlungsfehlers, weil kein Mageninhalt in die Bronchien gelangte. Zur Beweislastumkehr wegen groben Behandlungsfehlers kommt es dann nicht, wenn sich nicht das Risiko verwirklicht hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt (BGH, Urt. v. 16.11.2004 – VI ZR 328/03). So liegt der Fall hier. Die Gabe von Propofol war vorliegend deshalb so gefährlich, weil es durch die hiermit assoziierte Ausschaltung der Schutzreflexe zur Aspiration von Mageninhalt kommen kann (...). Das ist im vorliegenden Fall jedoch nicht geschehen. In dem Entlassbrief des Krankenhauses A vom 20.2.2018 wird als Grund für die Antibiose eine Aspiration angegeben, die zeitlich vor der Intervention seitens des Beklagten erfolgt war (vgl. Bl. 144 der Strafakte, in der PDF-Version auf S. 153: „Nach der Aspiration wurde die Patientin in Notarztbegleitung ins Krankenhaus gebracht. [...] Zur weiteren Therapie war eine Intubation mit endotrachealem Absaugen geplant“); Hinweise auf ein erneutes Aspirationsereignis gibt es nicht (...). Die Patientin wurde vielmehr bereits am Folgetag wieder extubiert, weil eine erneute Aspiration (d.h. ein Aspirationsereignis im Schockraum) aus Sicht der weiterbehandelnden Ärzte unwahrscheinlich erschien – eine ex post zutreffende Einschätzung, denn im weiteren Verlauf besserte sich der Zustand der Klägerin fortlaufend und größere Fremdkörper in der Lunge konnten mittels Röntgenaufnahme ausgeschlossen werden (...). Dies stimmt mit dem Bericht der Interdisziplinären Intensivstation vom 5.2.2018 überein, welcher Speisereste in der oberen Trachea, aber gerade nicht in den Bronchien beschreibt (...).

(2) Auch steht nicht fest, dass der Klägerin infolge der Behandlung durch den Beklagten ein Schaden entstanden ist. 58

(a) Ein Zusammenhang zwischen dem Erbrechen und der Behandlung seitens des Beklagten lässt sich nicht herstellen. Propofol fördert nicht das Erbrechen von Mageninhalt, sondern wirkt im Gegenteil antiemetisch. 59

Die mit der narkotisierenden Wirkung assoziierte Muskeler schlaffung kann zwar trotz der Oberkörperhochlagerung bei der Klägerin ein Aufsteigen von Mageninhalt ermöglicht haben. Es steht jedoch keineswegs fest, dass im vorliegenden Fall gerade diese Abläufe zu dem Erbrechen geführt haben. Denkbar ist auch eine zufällige zeitliche Koinzidenz, wobei dies nicht nur eine rein theoretische Möglichkeit darstellt, weil ein Erbrechen in einer derartigen Notfallsituation bei einer nicht nüchternen Patientin jederzeit möglich ist (...). Am Ende kann also keineswegs davon ausgegangen werden, dass es zu dem stattgehabten Erbrechen ohne die Propofolgabe nicht gekommen wäre. 60

(b) Auch lässt sich nicht feststellen, dass der weitere Verlauf dem Verhalten des Beklagten anzulasten ist. 61

(aa) Signifikant erhöht war zwar die Gefahr einer Aspiration des Erbrochenen infolge Ausschaltung der Schutzreflexe durch die Propofolgabe. Indes hat sich vorliegend diese Gefahr nicht 62



realisiert, wie die Sachverständigen in der Verhandlung vom 13.3.2024 dargelegt haben (vgl. vorstehend Punkt (1) (d)).

63 (bb) Die Maßnahmen der Intubation, einer Bronchoskopie, einer Antibiose und der Überwachung auf der Intensivstation waren schon allein wegen des Erbrechens erforderlich. Wenn die Klägerin vollkommen unabhängig von der Intervention durch den Beklagten erbrochen hat – was, wie vorstehend unter Punkt (2) (a) ausgeführt, durchaus konkret möglich erscheint –, wären all diese weiteren Maßnahmen auf die Klägerin auch dann zugekommen, wenn sich der Beklagte zunächst nur – wie von den Sachverständigen Dr. Sl und Dr. Sp gefordert – für ein abwartendes Behandlungsregime entschieden hätte. Diese Maßnahmen waren wegen des Erbrechens erforderlich, nicht aber aufgrund der Propofolgabe. Dass ihre Notwendigkeit auf dem Handeln des Beklagten beruht, steht nicht fest (...).

64 Die Antibiose war im Übrigen schon wegen der häuslichen Aspiration veranlasst und setzte nicht einmal das Erbrechen im Schockraum voraus (...).

65 Dem Beklagten kann die Notwendigkeit der Intubation, einer Bronchoskopie, einer Antibiose und der Überwachung auf der Intensivstation auch nicht deswegen zugerechnet werden, weil ihn nach den Grundsätzen der alternativen Kausalität die Beweislast dafür trifft, dass Folgen einer fehlerhaften Behandlung auch bei einer fehlerfreien Behandlung eingetreten wären. Die Notwendigkeit der Intubation, einer Bronchoskopie, einer Antibiose und der Überwachung auf der Intensivstation hat sich aus dem Erbrechen ergeben. Die Bronchoskopie und die Antibiose waren bereits wegen des häuslichen Aspirationsereignisses geboten gewesen; vor der Bronchoskopie wiederum wären die Atemwege mittels Intubation zu sichern gewesen. Die ergriffenen Maßnahmen wären der Klägerin nicht erspart worden (...).

66 Auch die Überwachung der Klägerin war bereits wegen des initialen, häuslichen Aspirationsereignisses unabdingbar gewesen (...).

67 (cc) Anlässlich des Krankenhausaufenthalts in A erfolgten auch invasive kardiologische Behandlungen, u.a. eine Herzkatheteruntersuchung; die Indikation hierfür ergab sich jedoch aus den anamnestischen Angaben der Klägerin und steht nicht in Zusammenhang mit der vom Beklagten durchgeführten Behandlung (...); einen Zusammenhang hierzu macht die Klägerin auch überhaupt nicht geltend.

68 (dd) Ein Kausalzusammenhang zu dem Verhalten des Beklagten lässt sich haftungsrechtlich allein zu dem Zeitpunkt der Propofolinjektion herstellen. Zur Propofolgabe selbst und dem gesamten weiteren Verlauf wäre es in jedem Fall gekommen. Zwar ist es denkbar, dass die Klägerin den aspirierten Reis noch abgehustet hätte (...). Gleichwohl wäre – also selbst, wenn ein Abhusten von Reiskörnern noch gelungen wäre – eine Bronchoskopie nach Eintritt von Nüchternheit auf Grundlage des pneumologischen Facharztstandards noch erforderlich gewesen; auch hierbei ist der Einsatz von Propofol in jeder Hinsicht probat und erfolgt regelmäßig bei Bronchoskopien (...). Darüber hinaus wären die Intubation und die nachfolgende Bronchoskopie auch wegen des Erbrechens erforderlich geworden, welches – wie ausgeführt – nicht in Zusammenhang mit der seitens des Beklagten getroffenen Maßnahmen gebracht

werden kann. So haben die Sachverständigen Dr. Sl und Dr. Sp in aller Deutlichkeit ausgeführt, dass der Klägerin schon wegen des Erbrechens gar nichts erspart geblieben wäre, es wäre insgesamt derselbe Verlauf gewesen (...).

Selbst wenn man eine Einstandspflicht des Beklagten für die Propofolinjektion aus allein dem Grunde bejahen wollte, dass diese Maßnahme zu dem Zeitpunkt noch nicht indiziert war, zu dem der Beklagte sie vornahm, würde die Kammer der Klägerin für diesen Umstand kein Schmerzensgeld zuerkennen. Es ist im Einzelfall zwar schon denkbar, einem Patienten auch für eine 5-10-minütige, nicht indizierte Ausschaltung des Bewusstseins ein Schmerzensgeld zuzuerkennen (Propofol hat eine Wirkdauer von 5-10 Minuten, ...). Folge der Propofolgabe war zudem eine Bradykardie, welche jedoch medikamentös behandelt werden konnte und von der Klägerin nicht bewusst miterlebt wurde. Im vorliegenden Fall wäre aber eine Bronchoskopie ohnehin veranlasst gewesen, zu einer Propofolgabe wäre es daher – wenngleich später – ohnehin gekommen. Der Umstand, dass die Narkose im vorliegenden Fall bis zum Folgetag aufrechterhalten wurde, ist nicht dem Beklagten zuzurechnen, sondern stellte eine gebotene Vorsichtsmaßnahme im Hinblick auf das Erbrechen dar (...). Im Übrigen blickt die Patientin insgesamt positiv auf die Intervention seitens des Beklagten zurück, hat diese mithin nicht als leidbehaftet erlebt (vgl. S. 3 des Protokolls vom 19.9.2023: sie habe die Situation nach dem Aufwachen auf der Intensivstation als gut empfunden. Sie sei erleichtert gewesen, dass man ihr geholfen hatte). Infolge der Intervention des Beklagten hatte die Klägerin nicht einmal einen Hautstich ertragen müssen, weil sie über einen ausweislich der Dokumentation und der Angabe der Zeugin S (...) ohnehin bereits angelegten venösen Zugang erfolgt ist (...), dessen Anbringung die Klägerin nicht beanstandet hat und im Übrigen während des Notarzteinsatzes erfolgte, in dessen Zusammenhang die Klägerin – wie eingangs unter Ziff. II. 1. dargestellt – zivilrechtliche Ansprüche nur gegenüber dem Zweckverband für Rettungsdienst- und Feuerwehralarmierung geltend machen kann; darüber hinaus fällt die kunstgerechte Venenpunktion unter die Geringfügigkeitsgrenze und rechtfertigt nach der Judikatur der Kammer kein Schmerzensgeld. Auf den Bewusstseinsverlust als solchen stützt die Klägerin ihre Ansprüche nicht; ferner hält die Kammer die Ausurteilung eines Schmerzensgeldes für eine kurze Zeit der Narkotisierung ohne im Anschluss bemerkbare negative Empfindungen mangels unangenehmer Wahrnehmungen nicht für angemessen. Die Zeit danach hat die Klägerin nicht als belastend erlebt. Vielmehr hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 19.9.2023 bekundet (...), sie habe die Situation nach dem Aufwachen auf der Intensivstation als gut empfunden. Sie sei erleichtert gewesen, dass man ihr geholfen hatte.

Zuletzt kann dem Beklagten auch nicht der Bewusstseinsverlust als solcher, sondern nur die Vorverlagerung seines Zeitpunkts zugerechnet werden, denn wie ausgeführt waren Bronchoskopie schon wegen der initialen Reisaspiration und die Intubation wegen des Erbrechens erforderlich, welches nicht in Zusammenhang mit der seitens des Beklagten durchgeführten Behandlung gebracht werden kann.

b) Auch unter dem Gesichtspunkt einer unzureichenden Aufklärung steht der Klägerin gem. §§ 823 Abs. 1, Abs. 2, 223 StGB kein Anspruch gegen den Beklagten zu.

- 72 aa) Zwar war die Propofolinjektion nicht von einer rechtfertigenden Einwilligung der Klägerin getragen, denn die Aufklärung der Klägerin stellt sich als unzureichend dar.
- 73 (1) Die Aufklärung wäre nicht zu beanstanden gewesen, wenn der Einsatz von Propofol indiziert gewesen wäre.
- 74 (a) Auch notfallmedizinische Behandlungen bedürfen einer Rechtfertigung durch Einwilligung des Patienten nach vorheriger Aufklärung. Die – u.a. in Bayern – hoheitliche Organisation des Rettungs- und Notarztwesens verleiht den Durchführenden keine Rechtfertigung zur Vornahme von Behandlungen, welche nicht von einer wirksamen Einwilligung des Patienten bzw. des an seiner Stelle bei Einwilligungsunfähigkeit handelnden Berechtigten nach vorheriger Aufklärung oder einer mutmaßlichen Einwilligung getragen sind. Gleichmaßen müssen auch Notfallbehandlungen innerhalb einer Klinik mit dem (ggf.: mutmaßlichen) Patientenwillen übereinstimmen. Dabei sind Umfang und Genauigkeit der gebotenen Aufklärung umgekehrt proportional zu Dringlichkeit und Erfolgsaussichten der Behandlung (vgl. BGH NJW 2011, 1088 ff.; Bdb. OLG – 12 U 239/06; Katzenmeier, MedR 2013, 576, 582 m.w.N.). Im Notfall reduziert sich daher das Maß der gebotenen Aufklärung auf ein Minimum im Sinne der ganz essentiellen Umstände, welche der Patient oder der Berechtigte wissen müssen, um wirksam in die Maßnahme einwilligen zu können (Geiß/Greiner/Greiner, C Rz. 11; LG Aachen MedR 2006, 361). Dabei ist es auch nicht geboten, die Zeit mit Irrelevantem oder Selbstverständlichem zu vergeuden. Die Aufklärung über Behandlungsalternativen ist beispielsweise dann nicht angezeigt, wenn solche in der konkreten Behandlungssituation faktisch gar nicht zur Verfügung stehen und die sofortige Durchführung einer Therapie indiziert ist. Gleichmaßen braucht ein Notfallmediziner präklinisch auch nicht über Behandlungsalternativen aufzuklären, welche zwar abstrakt als gleichermaßen indiziert und üblich gelten, die er aber weniger gut beherrscht als die von ihm beabsichtigte Maßnahme, sofern ein Absehen von einer sofortigen Therapie mit gewichtigen Nachteilen oder Risiken verbunden wäre; denn in diesem Fall stellt sich die von dem Behandler besser beherrschte Methode in der konkreten Behandlungssituation als Mittel der ersten Wahl dar. Wenn durch den mit einem Aufklärungsgespräch verbundenen Aufschub erhebliche Gefahren für die Gesundheit des Patienten drohen, die in keinem Verhältnis zu dem Aspekt der Selbstbestimmung stehen, so ist eine ausführliche Aufklärung gleichermaßen verfehlt. Hinzu kommt der Aspekt, dass in Notfallsituationen oftmals fraglich ist, in welchem Umfang der Patient in der Lage ist, Erklärungen zu den in Betracht kommenden Optionen zu verstehen und abzuwägen. Auch aus diesem Grunde dürfte häufig die Erläuterung komplexer medizinischer Zusammenhänge verfehlt sein. Letztlich braucht ein Patient auch nicht mit Allgemeinplätzen behelligt zu werden. Dass sich die gesundheitliche Situation bei Alarmierung eines Rettungsteams, welches mit notfallmedizinischer Ausbildung und Ausstattung sowie mit Sondersignal zum Einsatzort kommt und dessen Alarmierung überhaupt nur dann gestattet ist, wenn ohne sofortige medizinische Versorgung die Gefahr des Todes oder erheblicher gesundheitlicher Schäden drohen würde, regelmäßig kaum durch eine nur wenig invasive Behandlung verbessern lässt, ist jedem verständigen Patienten klar. Das Absetzen des Notrufs und die nachfolgende Entgegennahme der Behandlung (deren einzelne Schritte der Behandler dem nicht bewussten Patienten

schon zur Beruhigung ohnehin erklären wird, ohne dass dies einer Dokumentation bedarf) stellt daher zugleich die konkludente Einwilligung in alle dringlich indizierten Maßnahmen dar, die der Patient nicht erkennbar ablehnt, so dass es nur im Ausnahmefall einer expliziten Selbstbestimmungsaufklärung bedarf. Nicht anders stellt sich die Situation bei Behandlungen im Schockraum einer Notaufnahme dar; jedem Patienten, der direkt nach Einlieferung mit großem personellen und sächlichen Aufwand unter notfallmäßigen Kautelen behandelt wird, ist klar, dass nicht viel Zeit zur Verfügung steht, um Details mit ihm zu besprechen, und dass er sich aktiv einbringen muss, wenn er Bedenken gegen eine standardgemäße Behandlung hat oder vor dieser noch nähere Details zu erfahren wünscht und sich zu deren Aufnahme in der Lage sieht. So wird es beispielsweise für denkbar erachtet, dass bei einem intensivpflichtigen Patienten die Aufklärung unter Umständen darauf beschränkt werden kann, ihm bestmöglich die Bedrohlichkeit seiner Erkrankung zu verdeutlichen und darauf hinzuweisen, dass eine Behandlung mit hochwirksamen – und dementsprechend auch mit einem erheblichen Nebenwirkungspotential behafteten – Medikamenten erforderlich ist (LG Aachen MedR 2006, 361); dass hochwirksame – und damit im Einzelfall auch mit möglicherweise gravierenden Nebenwirkungen behaftete – Behandlungen zur Anwendung kommen, dürfte im Übrigen jedem Patienten klar sein, der realisiert, dass er auf einer Intensivstation behandelt wird; soweit letzteres hingegen nicht der Fall ist, fehlt i.d.R. auch jegliche Einwilligungsfähigkeit. Damit sind auch im klinischen Kontext bei äußerst kritischen Patienten Behandlungssituationen denkbar, in denen eine Aufklärung über äußerst dringliche und absolut indizierte Behandlungen letztlich entbehrlich ist; denn – wie schon dargestellt – braucht ein Patient bei dringlichem Interventionsbedarf auch nicht mit Selbstverständlichkeiten behelligt zu werden.

Dabei kann allerdings nicht in allen Fällen einer notfallmedizinischen Behandlung auf eine explizite Aufklärung verzichtet werden. Je gleichwertiger in Betracht kommende Handlungsoptionen und je unterschiedlicher deren Auswirkungen für den konkreten Patienten sind, umso eher ist der Behandler gefordert, die Entscheidung des Patienten einzuholen. Allein der Umstand, dass eine Behandlung vital erforderlich ist, weil der Patient sonst schwerste Schäden erleiden oder gar sterben würde, entbindet den Arzt nicht davon, die Einwilligung des Patienten einzuholen, soweit dies möglich ist. Dies gilt – nach Ergreifung ggf. sofort erforderlicher Maßnahmen zur vorläufigen Aufrechterhaltung der Vitalfunktionen – insbesondere in Fällen, in denen der mündige Patient ernsthaft erwägt, dem natürlichen Verlauf seiner Erkrankung und möglicherweise dem damit verbundenen Sterbeprozess seinen Lauf zu lassen (BGH NJW 2010, 2963 ff. spricht vom Recht zur Abwehr nicht gewollter Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit und den unbeeinflussten Fortgang des Lebens und Sterbens). Dabei hat der BGH zutreffend festgestellt, dass der Patient dies nicht nur im Falle eines unumkehrbaren, in jedem Fall zum Tode führenden Grundleidens beanspruchen kann (BGH, a.a.O.). Auch im Bereich der Notfallversorgung sind diese Prinzipien zu beachten.

Selbst von Notfallsanitätern wird dies erwartet (§ 4 Abs. 1 S. 3 76 NotSanG), dann erst recht von Notärzten. Eine gründliche Auseinandersetzung mit dem (ggf.: mutmaßlichen) Patientenwillen ist daher zum einen dann geboten, wenn Angehörige von Patienten am natürlichen Lebensende oder mit letalen Er-

krankungen in einem palliativen Stadium einen Notruf absetzen.

77 Insbesondere wenn sich die Frage stellt, ob eine weitere Behandlung überhaupt mit dem (mutmaßlichen) Patientenwillen in Einklang zu bringen ist, stellen weder die zeitliche Dringlichkeit der in Betracht kommenden Behandlung, noch die knappen Ressourcen im notfallmedizinischen Bereich einen Grund dar, sich nicht nach einer vorübergehenden Erstversorgung – sofern diese nicht aufgrund einer wirksamen DNR-Order zu unterbleiben hat – mit der Frage zu beschäftigen, inwieweit der Patient (mutmaßlich) behandelt oder sterben gelassen werden möchte. Hierzu kann sowohl im Bereich der präklinischen Notfallrettung wie auch vor einer klinischen Versorgung ein ausführliches Gespräch mit dem Patienten bzw. die gründliche Auseinandersetzung mit einer Patientenverfügung sowie ein Gespräch mit anwesenden oder ggf. telefonisch zu kontaktierenden Angehörigen erwartet werden – insbesondere, soweit diese als Vorsorgebevollmächtigte, Betreuer oder notvertretungsberechtigte Ehegatten zur Entscheidung anstelle eines einwilligungsunfähigen Patienten berufen sind. Im Grenzbereich zwischen Einwilligungsfähigkeit und fehlender Einwilligungsfähigkeit darf auch der natürliche Wille des Patienten nicht ganz unberücksichtigt bleiben (*Coester-Waltjen*, MedR 2012, 553 f.; vgl. auch § 1897 Abs. 4 S. 1 BGB a.F. bzw. § 1816 Abs. 2 S. 1 BGB n.F.). Soweit konkret begründbare Zweifel verbleiben, ist es am Ende aber auch nicht zu beanstanden, wenn zunächst dringliche Maßnahmen ergriffen werden, bis genügend Zeit für eine nähere Auseinandersetzung mit dem Patientenwillen vorhanden ist.

78 Ein informed consent ist darüber hinaus bei solchen Behandlungen geboten, deren Durchführung sowohl ad hoc bei reduzierter personeller oder sächlicher Ausstattung vertretbar ist, deren Durchführung zwar später aber nach Vorhandensein besserer Bedingungen jedoch als gleichermaßen indiziert und üblich angesehen werden kann. Bei dislozierten Frakturen mit Ausfällen in Durchblutung, Motorik und Sensibilität ist beispielsweise ein unmittelbarer Repositionsversuch vor Ort oft mit weniger Risiken für die betroffene Extremität (insbesondere im Hinblick auf Nervschäden bei fortdauernder Fehlstellung) verbunden, jedoch hat der Patient möglicherweise entweder stärkere Schmerzen oder weniger Sicherheit in Bezug auf die Kontrolle und Aufrechterhaltung der Vitalfunktionen, als wenn in der Klinik zusätzlich zu dem reponierenden Unfallchirurgen auch ein Anästhesist zur Schmerzbekämpfung hinzugezogen wird. Wenn beide Alternativen gleichermaßen indiziert und üblich sind, entscheidet der Patient über die Vorgehensweise – nach entsprechender Information über die relevanten Vor- und Nachteile der im Raum stehenden Handlungsoptionen. Ähnlich hätte im vorliegenden Fall die Klägerin, wenn denn überhaupt eine sofortige Intervention gleichermaßen vertretbar gewesen wäre wie ein Abwarten bis zum Eintritt der Nüchternheit, Anspruch darauf gehabt, in diesen Entscheidungsprozess einbezogen zu werden.

79 Abgesehen von solchen Konstellationen, die allesamt die Frage zum Gegenstand haben, ob es vernünftigerweise bzw. nach dem (mutmaßlichen) Patientenwillen überhaupt zu einer sofortigen invasiven Behandlung kommen soll, wird im Bereich der Notfallrettung eine Pflicht zur expliziten Selbstbestimmungsaufklärung regelmäßig eher nicht anzunehmen sein. Von einer konkludenten Einwilligung in die notwendige Be-

handlung kann allerdings dann nicht ausgegangen werden, wenn die ergriffenen Maßnahmen gegenüber dem ansprechbaren Patienten nicht einmal angekündigt werden; die Erläuterung, was geschieht, ist juristisch unabhängig von der Einwilligungsunfähigkeit gefordert (§ 630e Abs. 5 BGB) und medizinisch eine nicht dokumentationspflichtige Selbstverständlichkeit, um den Patienten zu beruhigen, die Compliance zu erhöhen und das Vorliegen von Kontraindikationen auszuschließen (z.B. Allergien gegen verabreichte Medikamente, welche sich beim ansprechbaren Patienten am unkompliziertesten im Gespräch eruieren lassen dürften; ferner: eine für die beabsichtigte Medikation relevante vorherige Einnahme von Arzneimitteln durch den Patienten).

Hohe Anforderungen an die Aufklärung gelten demgegenüber 80 – auch im Rahmen von Notfällen – in Konstellationen, in denen die durchgeführte Behandlung nur relativ indiziert ist oder kaum als dringlich eingeordnet werden kann. Sofern eine Behandlung durchgeführt wird, die in der konkreten Situation überhaupt nicht indiziert ist, ohne dass dem Patienten dies in aller Deutlichkeit vor Augen geführt wird und er gleichwohl diese Behandlung wünscht, so ist eine Haftung (auch) unter Aufklärungsgesichtspunkten gegeben (BGH NJW 2011, 1088 ff. – Zitronensaftfall).

(b) Dies zugrunde gelegt wäre die Klägerin über die vorgenom- 81 mene Maßnahme hinreichend informiert gewesen, wenn diese sehr dringlich indiziert gewesen wäre. Die Schwiegertochter hat eingeräumt, dass es sein könne, dass der Beklagte von einer Absaugung unter Narkose gesprochen habe, wie sie es gegenüber der Polizei angegeben habe (...). Zur Überzeugung der Kammer trifft diese zeitnah zur Behandlung getätigte Aussage zu. Auf dieser Grundlage wäre die Klägerin ausreichend informiert gewesen und hätte konkludent eingewilligt. Weitergehende Erläuterungen wären entbehrlich gewesen, wenn die vorgenommene Maßnahme tatsächlich eilig geboten gewesen wäre.

(2) Indes war die Klägerin deswegen nicht ausreichend infor- 82 miert, weil die vorgenommene Maßnahme – wie unter Ziff. I. ausgeführt – tatsächlich nicht indiziert war. Dies hätte ihr erläutert werden müssen, was der Beklagte zumindest fahrlässig unterlassen hat.

Explizit anerkannt in der Rechtsprechung ist bislang eine Auf- 83 klärungspflicht über ein von vorneherein beabsichtigtes Abweichen vom fachärztlichen Standard (BGH NJW 2011, 1088: Anwendung einer „nicht dem medizinischen Standard entsprechenden Außenseitermethode“, wobei dem Angeklagten in der vom BGH entschiedenen Konstellation nach den Feststellungen des BGH dieser Aspekt bewusst gewesen sei). Die Kammer steht indes auf dem Standpunkt, dass der Beklagte auch für eine fahrlässige Falschinformation der Klägerin einzustehen hat. Auch, wenn bislang nur das bewusste Abweichen vom fachärztlichen Standard zu Verurteilungen geführt hat, ist bei richtiger dogmatischer Einordnung eine Haftung auch dann zu bejahen, wenn – wie hier – von vorneherein ein mit den fachlichen Standards nicht in Einklang zu bringendes Vorgehen beabsichtigt ist, dessen Unvereinbarkeit mit dem Standard der Arzt aus Fahrlässigkeit verkannt hat. Denn korrekterweise ist zwischen dem objektiven und dem subjektiven Tatbestand zu trennen: Objektiv kam eine Methode zur Anwendung, die dem notfallmedizinischen Standard widersprach und deren Anwendung der Beklagte von Anfang an geplant hatte. Bereits hierü-



ber hätte die Patientin informiert werden müssen. Für den Fall, dass dem Beklagten die fehlende Indikation dieses Vorgehens nicht bewusst gewesen sein sollte, träfe ihn entsprechend §§ 16 Abs. 1 S. 2, 229 StGB eine deliktische Schadensersatzverpflichtung unter Fahrlässigkeitsgesichtspunkten. Fahrlässig hat der Beklagte im vorliegenden Fall gehandelt, denn er hätte erkennen können und müssen, dass die von ihm beabsichtigte Maßnahme nicht indiziert, zielführend und vertretbar war.

- 84 bb) Aus den bereits dargestellten Gründen vermochte die Klägerin indes keinen Schaden infolge der nicht von ihrer Einwilligung getragenen Propofolgabe nachzuweisen. Insbesondere wäre – wie unter a) cc) (2) ausgeführt – die Propofolgabe auch bei standardgemäßer Behandlung im Rahmen der spätestens nach Eintritt von Nüchternheit veranlassten Bronchoskopie veranlasst gewesen; alle übrigen Behandlungsmaßnahmen waren infolge des Erbrechens erforderlich, nicht aufgrund der Propofolgabe; ein Zusammenhang zwischen Propofolgabe und Erbrechen lässt sich wiederum nicht herstellen.
- 85 Für die Propofolinjektion selbst unter der dadurch bedingten 5-10minütigen Narkotisierung steht der Klägerin – wie unter Punkt a) dargestellt – kein Schmerzensgeld zu. Im Übrigen wäre es für die Durchführung der gebotenen Bronchoskopie – spätestens nach Eintritt von Nüchternheit – ohnehin zu einer Sedierung gekommen. Dass die Klägerin in eine Bronchoskopie nebst begleitender Propofolgabe eingewilligt hätte, geht aus ihrer Angabe auf S. 3 des Protokolls vom 19.9.2023 zweifelsfrei hervor, sie sei froh gewesen, dass ihr im Krankenhaus geholfen wurde; auf welche Art dies geschah, spielte für die Einwilligung der Klägerin – (natürlich:) soweit die beabsichtigte Behandlung nach dem pneumologischen Standard indiziert war – hingegen keine Rolle. Die Überlegung, dass die Klägerin in die Propofolgabe zum Zweck einer – dem pneumologischen Facharztstandard entsprechende – Bronchoskopie nach Eintritt der Nüchternheit jedenfalls eingewilligt hätte, führt zum Ausschluss der Haftung unter dem Gesichtspunkt der hypothetischen Einwilligung.
- 86 Dieser Aspekt wird zwar nur auf Grundlage eines entsprechenden Einwands von Beklagtenseite berücksichtigt, welcher im vorliegenden Rechtsstreit nicht explizit erhoben worden ist. Indes geht aus den Angaben der Klägerin im Rahmen ihrer Anhörung vom 19.9.2023 so eindeutig hervor, dass sie in eine standardgemäße Behandlung jedenfalls eingewilligt hätte, dass davon auszugehen ist, dass sich der Beklagte dies konkludent zu Eigen gemacht hat.
- 87 III. Die Nebenentscheidungen ergeben sich aus den §§ 91 Abs. 1, 709 S. 1 ZPO.

## **Strafbarkeit der Suizidassistenz bei psychischer Erkrankung des Sterbewilligen**

StGB §§ 212 Abs. 1, 213, 25 Abs. 1 Alt. 2

1. Für die Abgrenzung von strafbarer Tötung zur straflosen Mitwirkung an einer eigenverantwortlich verwirklichten Selbsttötung ist zunächst maßgeblich, wer in Vollzug des Gesamtplans die Herrschaft über das zum Tode führende Geschehen ausübt. Begibt sich der Sterbewillige in die Hand eines Dritten und nimmt duldend von

ihm den Tod entgegen, dann hat der Dritte die Tatherrschaft über das Geschehen.

2. Notwendige Bedingung für eine Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts in mittelbarer Täterschaft in Konstellationen der Selbsttötung ist, dass derjenige, der allein oder unter Mitwirkung eines Dritten Hand an sich legt, unfrei handelt. Ein Begehen der Tat durch Benutzung des Suizidenten als „Werkzeug“ gegen sich selbst setzt daher voraus, dass dieser seinen Selbsttötungsentschluss aufgrund eines Wissens- oder Verantwortlichkeitsdefizits nicht freiverantwortlich gebildet hat. Befindet sich der Suizident – vom „Suizidhelfer“ erkannt – in einer seine freie Willensbildung ausschließenden Lage, kann sich das Verschaffen der Möglichkeit des Suizids als in mittelbarer Täterschaft begangenes Tötungsdelikt darstellen.

3. Nimmt dagegen der Sterbewillige selbst die todbringende Handlung vor und behält dabei die freie Entscheidung über sein Schicksal, tötet er sich selbst, wenn auch mit fremder Hilfe; eine solche eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbsttötung erfüllt nicht den Tatbestand eines Tötungsdelikts. Ein solcher Selbsttötungsentschluss ist freiverantwortlich, wenn das Opfer die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit für seine Entscheidung besitzt und Mangelfreiheit des Suizidwillens sowie innere Festigkeit des Entschlusses gegeben sind.

4. Für einen Ausschluss der Freiverantwortlichkeit muss das Tatgericht konkrete Umstände feststellen, wobei insbesondere Minderjährigkeit des Opfers oder krankheits- sowie intoxikationsbedingte Defizite in Frage kommen. Der Selbsttötungsentschluss kann auch dann mangelbehaftet sein, wenn er auf Zwang, Drohung oder Täuschung durch den Täter beruht. Dasselbe gilt, wenn der Suizidwunsch einer bloßen depressiven Augenblicksstimmung entspringt und mithin nicht von innerer Festigkeit und Zielstrebigkeit getragen ist.

5. Weitere Voraussetzung für die Annahme mittelbarer Täterschaft ist neben der Unfreiheit des „Werkzeugs“ eine vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft über das zum Suizid führende Geschehen des Hintermannes; ob sie vorliegt, richtet sich nicht nach starren Regeln, sondern kann nur nach der konkreten Fallgestaltung im Einzelfall wertend ermittelt werden. *(alle nicht amtl.)*

*LG Berlin I, Urt. v. 8.4.2024 – (540 Ks) 278 Js 405/21 (2/23)*

**Stichworte:** *Suizidassistenz – psychische Erkrankung des Sterbewilligen – fehlende Freiverantwortlichkeit des Suizidwunsches – fehlende Dauerhaftigkeit und innere Festigkeit des Selbsttötungsentschlusses – Totschlag in mittelbarer Täterschaft*

## **Tenor:**

Der Angeklagte wird wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von 3 (drei) Jahren

verurteilt. Im Übrigen wird er freigesprochen.

Er hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er verurteilt worden ist; im Übrigen trägt die Landeskasse Berlin die Kosten des Verfahrens sowie seine notwendigen Auslagen.

## **Zusammenfassung:**

Im vorliegenden Verfahren lagen dem Angeklagten ein ver- 1  
suchter Totschlag in Tateinheit mit gefährlicher Körperverlet-

zung sowie ein vollendeter Totschlag zur Last, jeweils begangen im Rahmen von ihm unterstützter Selbsttötungsversuche der Geschädigten Isabell Ro. im Jahr 2021, von denen der erste fehlgeschlagen ist.

- 2 Der zum Zeitpunkt der hiesigen Entscheidung 74 Jahre alte Angeklagte ist Facharzt für Innere Medizin. Er führte bis zum Jahr 2015 eine Hausarztpraxis in Berlin und befindet sich nun im Ruhestand. Weil er im Jahr 2013 eine langjährige Patientin bei ihrem Freitod unterstützt hatte, war schon einmal ein Strafverfahren gegen ihn geführt, er jedoch schließlich mit Erkenntnis des LG Berlin vom 8.3.2018 von sämtlichen Vorwürfen freigesprochen worden. Der BGH hatte die gegen den Freispruch gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft Berlin mit Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18 (medstra 2019, 368) – verworfen.
- 3 Seine Erfahrungen im Rahmen des vorgenannten Verfahrens und die Entscheidung des BVerfG zum Verbot der geschäftsmäßigen Beihilfe zur Selbsttötung (§ 217 StGB) v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a. (medstra 2020, 223) – veranlassten den Angeklagten, ab Ende 2020 / Anfang 2021 als Freitodbegleiter tätig zu werden; bis heute hat er etwa 100 Personen bei deren Suizid assistiert.
- 4 Am 12.6.2021 wandte sich die 37 Jahre alte Geschädigte Isabell Ro. an den Angeklagten. Sie litt zu dieser Zeit an einer akuten, zumindest mittelgradigen depressiven Episode einer 16 Jahre zuvor erstmals bei ihr aufgetretenen – sehr wahrscheinlich – bipolaren Störung und hegte den Wunsch zu sterben. Am 15.6.2021 führte der Angeklagte ein etwa 90-minütiges Gespräch mit Frau Ro., aufgrund dessen er den Entschluss fasste, sie bei ihrem Suizid zu unterstützen. Am 24.6.2021 assistierte er ihr bei einem ersten Versuch der Selbsttötung, der indes fehlschlug und zur gerichtlichen Anordnung ihrer Unterbringung auf einer geschlossenen psychiatrischen Station eines Berliner Krankenhauses führte. Nachdem sie am 12.7.2021 aus dieser entlassen worden war, unterstützte er sie noch am selben Tag bei einem weiteren Versuch, sich das Leben zu nehmen, diesmal erfolgreich.
- 5 Während der Angeklagte im ersten Fall freizusprechen war, weil zu seinen Gunsten nicht ausgeschlossen werden konnte, dass die Geschädigte – noch – hinreichend freiverantwortlich handelte, war er wegen des Geschehens am 12.7.2021 wegen in mittelbarer Täterschaft begangenen Totschlags in einem minder schweren Fall zu verurteilen.
- 6 Nach der Beweisaufnahme stand insoweit zur Überzeugung der Kammer fest, dass die Geschädigte bei der Tat vom 12.7.2021 krankheitsbedingt nicht nur erheblich in ihrer Fähigkeit zur Bildung eines freien Willens eingeschränkt war, sondern dass ihr Entschluss, aus dem Leben zu scheiden, auch nicht (mehr) von der erforderlichen Dauerhaftigkeit und inneren Festigkeit getragen war. Der Angeklagte, dem dies bewusst war, nahm zudem in unzulässiger Weise Einfluss auf ihre Entscheidung, indem er ihr – obwohl er dies tatsächlich nicht vorhatte – zusicherte, bei einem drohenden erneuten Scheitern des Suizidversuchs über die Grenzen des Erlaubten hinaus aktiv tätig zu werden und so ihren Tod sicher herbeizuführen; diese – vermeintliche – Gewissheit war für ihre abermalige Suizidentcheidung zumindest mitursächlich.

## Entscheidungsgründe:

(...)

### IV. Rechtliche Würdigung

#### 1. Totschlag in mittelbarer Täterschaft

Durch die festgestellte Tat vom 12.7.2021 (Fall 2 der Anklage) 271 hat sich der Angeklagte wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht. Er handelte dabei auch rechtswidrig und schuldhaft.

#### a) Fehlende Freiverantwortlichkeit der Geschädigten und Tatherrschaft des Angeklagten

Isabell Ro. litt zur Tatzeit hinsichtlich ihres Todeswunsches 272 krankheitsbedingt an einer erheblichen affektiven Einschränkung ihrer Willensfreiheit. Sie handelte zudem nicht in Kenntnis aller für ihre Entscheidung maßgeblichen Umstände. Ihr Suizidentschluss war auch nicht (mehr) von einer hinreichenden Dauerhaftigkeit und inneren Festigkeit getragen. Es fehlte ihr deshalb an einem freien Willen im rechtlichen Sinne. Der Angeklagte wusste von diesem Verantwortungsdefizit und besaß zudem die von seinem Vorsatz getragene (Tat-)Herrschaft über das zum Tode der Geschädigten führende Geschehen.

#### aa) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs

Die Kammer ist bei der rechtlichen Würdigung zunächst von 273 den Rechtsgrundsätzen zur Sterbehilfe ausgegangen, die das BVerfG in seinem Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a., BVerfGE 153, 182-310, aufgestellt hat.

Demnach beinhaltet das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach 274 Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als Ausdruck persönlicher Autonomie auch das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben; der Einzelne darf grundsätzlich entscheiden, sein Leben eigenhändig zu beenden, ohne dass dies weiterer Rechtfertigung bedarf (BVerfG, a.a.O., Rn. 208 ff.). Die Entscheidung des Einzelnen, seinem Leben entsprechend seinem Verständnis von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz ein Ende zu setzen, ist im Ausgangspunkt als Akt autonomer Selbstbestimmung von Staat und Gesellschaft zu respektieren. Dies umfasst auch die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen (BVerfG, a.a.O., Rn. 212 ff.).

Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Suizidentschluss auf 275 einen autonom gebildeten, freien Willen zurückgeht. Das ist der Fall, wenn der Einzelne seine Entscheidung auf der Grundlage einer realitätsbezogenen, am eigenen Selbstbild ausgerichteten Abwägung des Für und Wider trifft (BVerfG, a.a.O., Rn. 240). Eine freie Suizidentcheidung setzt hiernach zunächst die Fähigkeit voraus, seinen Willen frei und unbeeinflusst von einer akuten psychischen Störung bilden und nach dieser Einsicht handeln zu können (BVerfG, a.a.O., Rn. 241 m.w.N.).

Hierfür müssen dem Betroffenen alle entscheidungserheblichen 276 Gesichtspunkte tatsächlich bekannt sein; er muss über sämtliche Informationen verfügen, also in der Lage sein, auf einer hinreichenden Beurteilungsgrundlage realitätsgerecht das Für und Wider abzuwägen. Eine freie Willensbildung setzt hierbei insbesondere voraus, dass der Entscheidungsträger Handlungsalternativen zum Suizid erkennt, ihre jeweiligen Folgen bewert-

tet und seine Entscheidung in Kenntnis aller erheblichen Umstände und Optionen trifft. Insoweit gelten dieselben Grundsätze wie bei einer Einwilligung in eine Heilbehandlung; auch hier müssen dem Betroffenen – um eine eigenverantwortliche und selbstbestimmte Entscheidung treffen zu können – die für die Einwilligung wesentlichen Umstände, einschließlich bestehender Alternativen, bekannt sein (BVerfG, a.a.O., Rn. 242 m.w.N.).

- 277 Schließlich kann von einem freien Willen nur dann ausgegangen werden, wenn der Entschluss, aus dem Leben zu scheiden, von einer gewissen Dauerhaftigkeit und inneren Festigkeit getragen ist. Das Kriterium der Dauerhaftigkeit ist dabei geeignet, die Ernsthaftigkeit eines Suizidwunsches nachzuvollziehen und sicherzustellen, dass er nicht etwa auf einer vorübergehenden Lebenskrise beruht. Psychische Erkrankungen bilden insofern eine erhebliche Gefahr für eine freie Suizidentscheidung (BVerfG, a.a.O., Rn. 244 f.).
- 278 Der 5. Strafsenat des BGH hat insbesondere mit seinen beiden Urteilen vom 3.7.2019 – 5 StR 393/18 sowie 5 StR 132/18, die im Einklang mit der o.g. späteren Rechtsprechung des BVerfG stehen, Grundsätze für das Verhältnis einer strafbaren (mittelbaren) Tötung zu einer strafflosen Mitwirkung an einer eigenverantwortlich verwirklichten Selbsttötung aufgestellt.
- 279 Danach ist für diese Abgrenzung nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zunächst maßgeblich, wer in Vollzug des Gesamtplans die Herrschaft über das zum Tode führende Geschehen ausübt. Begibt sich der Sterbewillige in die Hand eines Dritten und nimmt duldend von ihm den Tod entgegen, dann hat der Dritte die Tatherrschaft über das Geschehen (BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 13 m.w.N.; BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 17).
- 280 Notwendige Bedingung für eine Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts in mittelbarer Täterschaft in Konstellationen der Selbsttötung ist demnach, dass derjenige, der allein oder unter Mitwirkung eines Dritten Hand an sich legt, unfrei handelt. Ein Begehen der Tat durch Benutzung des Suizidenten als „Werkzeug“ gegen sich selbst setzt daher voraus, dass dieser seinen Selbsttötungsentschluss aufgrund eines Wissens- oder Verantwortlichkeitsdefizits nicht freiverantwortlich gebildet hat. Befindet sich der Suizident – vom „Suizidhelfer“ erkannt – in einer seine freie Willensbildung ausschließenden Lage, kann sich das Verschaffen der Möglichkeit des Suizids als in mittelbarer Täterschaft begangenes Tötungsdelikt darstellen (BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 20 m.w.N.).
- 281 Nimmt dagegen der Sterbewillige selbst die todbringende Handlung vor und behält dabei die freie Entscheidung über sein Schicksal, tötet er sich selbst, wenn auch mit fremder Hilfe; eine solche eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbsttötung erfüllt nicht den Tatbestand eines Tötungsdelikts. Ein solcher Selbsttötungsentschluss ist freiverantwortlich, wenn das Opfer die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit für seine Entscheidung besitzt und Mangelfreiheit des Suizidwillens sowie innere Festigkeit des Entschlusses gegeben sind (BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 13, 17 m.w.N.; BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 17, 21).
- 282 Für einen Ausschluss der Freiverantwortlichkeit muss das Tatgericht konkrete Umstände feststellen, wobei insbesondere Minderjährigkeit des Opfers oder krankheits- sowie intoxikati-

onsbedingte Defizite in Frage kommen. Der Selbsttötungsentschluss kann auch dann mangelbehaftet sein, wenn er auf Zwang, Drohung oder Täuschung durch den Täter beruht. Dasselbe gilt, wenn der Suizidwunsch einer bloßen depressiven Augenblicksstimmung entspringt und mithin nicht von innerer Festigkeit und Zielstrebigkeit getragen ist (BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 393/18, Rn. 17 m.w.N.).

Weitere Voraussetzung für die Annahme mittelbarer Täterschaft ist neben der Unfreiheit des „Werkzeugs“ eine vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft über das zum Suizid führende Geschehen des Hintermannes; ob sie vorliegt, richtet sich nicht nach starren Regeln, sondern kann nur nach der konkreten Fallgestaltung im Einzelfall wertend ermittelt werden (vgl. BGH, Urt. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, juris Rn. 14).

## **bb) Willens- und Verantwortlichkeitsdefizit**

Zur Überzeugung der Kammer befand sich die Geschädigte hinsichtlich ihres Todeswunsches im Zustand eines erheblichen Willens- und Verantwortlichkeitsdefizits, als sie am 12.7.2021 in die von dem Angeklagten durchgeführten Maßnahmen zur Herbeiführung ihres Todes einwilligte und schließlich die Infusion mit der Thiopental-Lösung in Gang setzte. Dies führte dazu, dass sie im rechtlichen Sinne nicht freiverantwortlich handelte. Der Angeklagte hatte von den tatsächlichen Umständen, die diese Defizite begründeten, auch Kenntnis.

Insoweit wird auf die vorangegangenen umfangreichen Ausführungen hierzu verwiesen. Insbesondere die seitens der Kammer festgestellten erheblichen affektiven Beeinträchtigungen der Geschädigten im Tatzeitraum (...) sowie die hierdurch bedingten wiederholten erheblichen Schwankungen in ihrem Todeswunsch, auch noch am Todestag (...), zeigen deutlich, dass der Sterbewille der Geschädigten nicht (mehr) die rechtlich gebotene Dauerhaftigkeit bzw. innere Festigkeit aufwies und dass er letztlich Ausdruck einer depressiven Augenblicksstimmung im Rahmen ihrer akuten depressiven Episode war.

Dass der Sachverständige Dr. Hüt. in seinem Gutachten nach Gesamtwürdigung des Zustandes der Geschädigten eine vollständige Aufhebung ihres freien Willens nicht hat feststellen können, stand dieser Bewertung nicht entgegen. Denn soweit in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten wird, dass die Freiverantwortlichkeit des Suizids nach Maßgabe der sog. Exkulpationslösung anhand der analog heranzuziehenden §§ 19, 20 und 35 StGB zu beurteilen sei (so z.B. *Schneider* in MünchKomm/StGB, 4. Aufl., vor § 211 Rn. 54 ff.), ist die Kammer dieser Auffassung nicht gefolgt, sondern hat, wie unter lit. aa) ausgeführt, die durch die Rechtsprechung entwickelten Kriterien zugrunde gelegt (in diesem Sinne auch: *Rosenau* in Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl., vor §§ 211 ff., Rn. 103 m.w.N.). Zudem hat der Sachverständige selbst – rechtlich zutreffend – ausgeführt, dass sein Gutachten sich lediglich auf die medizinisch-psychiatrische Sicht und nicht auf die weiteren rechtlichen Aspekte beziehe. Insofern habe er die Entscheidung über die Freiheit des Willens medizinisch-psychiatrisch lediglich für den jeweiligen Augenblick der Umsetzung des Suizidversuchs getroffen; die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien der Dauerhaftigkeit bzw. inneren Festigkeit seien für ihn dabei nicht maßgeblich gewesen.



**cc) Wissensdefizit**

287 Zudem litt die Geschädigte zum Zeitpunkt des Öffnens der Thiopental-Infusion an einem erheblichen Wissensdefizit und war infolgedessen nicht fähig, das Für und Wider ihrer Suizidentscheidung realitätsgerecht abzuwägen.

288 Auch insoweit wird auf die obigen umfangreichen Ausführungen verwiesen. Im Ergebnis hatte der Angeklagte somit Isabell Ro. über seine Bereitschaft, erforderlichenfalls auch aktive Sterbehilfe zu leisten, und damit – jedenfalls aus der maßgeblichen Sicht der Geschädigten – auch über die Risiken des Selbsttötungsversuchs mit Thiopental bewusst getäuscht, um ihre Bedenken hinsichtlich eines zweiten Suizidversuchs zu zerstreuen. Er wusste somit um ihr Wissensdefizit.

**dd) Tatherrschaft**

289 Nach der gebotenen wertenden Betrachtung im Einzelfall begründete das überlegene Wissen des Angeklagten jedenfalls im Zusammenwirken mit der krankheitsbedingt erheblichen Beeinträchtigung der Geschädigten auf motivationaler Ebene auch die objektive Tatherrschaft des Angeklagten.

290 Die Fähigkeit Isabell Ro.s zu einer rationalen Abwägung des Für und Wider eines Suizids war durch ihre affektive Erkrankung erheblich beeinflusst. Bereits das bloße Suizidangebot des Angeklagten war angesichts dessen geeignet, Einfluss auf ihre Willensbildung zu nehmen. Die Geschädigte war zudem nach dem gescheiterten ersten Suizidversuch in ihrem Selbsttötungswillen schwankend geworden; dies hatte seinen Grund maßgeblich auch in ihrer Angst vor einem erneuten Fehlschlag. Angesichts dessen war die ihr von dem Angeklagten – wahrheitswidrig – gegebene Zusage aktiver Sterbehilfe und damit eines sicheren Gelingens des Suizidplans zur Überzeugung der Kammer zumindest mitausschlaggebend für ihre Entscheidung. Das Gericht ist sich sicher, dass Isabell Ro. ohne die ihr vermittelte – falsche – Sicherheit einen neuen Versuch jedenfalls am 12.7.2021 nicht unternommen hätte.

291 Es kommt hinzu, dass die Geschädigte im Rahmen des Gesamtplans zwar die Herrschaft über den (aller-)letzten Schritt – das Inangsetzen der Thiopental-Infusion – besaß, der Angeklagte jedoch zuvor zentrale Handlungsbeiträge erbracht hat, die diejenigen der Geschädigten deutlich überwogen. So hat er zunächst das todbringende Medikament beschafft, zu dem die Geschädigte selbst keinen Zugang hatte. Er hat sodann der Geschädigten den Zugang in den linken Arm gelegt und dessen Funktionsfähigkeit mittels einer Natriumchlorid-Infusion überprüft. Er hat alsdann den zweiten Infusionsbehälter mit dem Thiopental vorbereitet und anschließend an das Infusionssystem angeschlossen.

292 Das Verhalten der Geschädigten beschränkte sich hingegen im Wesentlichen darauf, zu Beginn die ihr von dem Angeklagten zur Verfügung gestellten Formulare zu unterschreiben, ihm noch einmal verbal den Todeswunsch zu bestätigen, das Anlegen des Infusionssystems zu gestatten und schließlich – als letzte Handlung und ihrem momentanen Todeswunsch folgend – das Rädchen des Durchflussreglers zu drehen.

293 Die Kammer ist schließlich auch überzeugt, dass der Angeklagte nicht nur – wie dargelegt – um seine das Geschehen (mit-) beherrschende Stellung wusste, sondern dass er diese auch für sich angenommen hatte, denn es war – wie ebenfalls bereits dargelegt – sein Ziel, Einfluss auf die Entscheidung der Geschä-

digten zu nehmen. Sein Handeln ist dabei nach Ansicht des Gerichts auch vor dem Hintergrund seiner – in seiner Einlassung zu seiner Motivation als Sterbehelfer deutlich zum Ausdruck kommenden – grundsätzlichen Ablehnung einer unterschiedlichen Behandlung der Suizidhilfe in Fällen schweren körperlichen Leidens einerseits und schwerer psychischer Erkrankungen andererseits zu sehen.

**b) Schuldfähigkeit des Angeklagten**

Der Angeklagte handelte auch schuldhaft. Nach dem sicheren Eindruck, den die Kammer in der Hauptverhandlung von dem Angeklagten gewonnen hat, der Würdigung seiner umfangreichen persönlichen Einlassung und der Zeugenaussagen zu seinem Verhalten zur Tatzeit bestanden keine Zweifel an seiner voll erhaltenen Schuldfähigkeit. Der Angeklagte erfreut sich trotz fortgeschrittenen Lebensalters einer guten körperlichen und geistigen Gesundheit.

Es lag auch kein Fall des Verbotsirrtums nach § 17 StGB vor. Dem Angeklagten fehlte nicht die Einsicht, Unrecht zu tun, da er sowohl Kenntnis von den für die Verurteilung relevanten Tatsachen als auch von der einschlägigen Rechtslage hatte. Dass er die Tat dennoch beging, lag zur Überzeugung der Kammer daran, dass er seine stark ausgeprägten ethisch-moralischen Vorstellungen bezüglich des Rechts eines Menschen, mittels Suizids aus dem Leben zu scheiden, bewusst über die geltende Rechtslage, die in seinen Augen psychiatrisch Erkrankte diskriminiert, stellte.

**2. Keine Tötung auf Verlangen**

Die Tat des Angeklagten stellt keine Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB dar, da er nicht durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen der Geschädigten zur Tötung bestimmt wurde. Aufgrund der unter Nr. 1 dargestellten erheblichen Einschränkungen ihrer Freiverantwortlichkeit, von denen der Angeklagte Kenntnis hatte, stellte ihr Wunsch, dass er sie bei dem Suizid unterstütze, bereits kein „ernstliches Verlangen“ i.S.d. § 216 StGB dar. Denn das Fehlen von Willensmängeln ist notwendige Voraussetzung der Ernstlichkeit eines Tötungsverlangens. Ein Verlangen in depressiver Augenblicksstimmung genügt jedenfalls dann nicht, wenn es nicht von innerer Festigkeit und Zielstrebigkeit, also von einer tieferen Reflexion des Tatopfers über seinen Todeswunsch getragen wird (vgl. BGH, Urt. v. 7.10.2010 – 3 StR 168/10; BGH, Urt. v. 14.9.2011 – 2 StR 145/11).

**3. Einstellungen nach § 154a Abs. 2 StPO**

Soweit sich der Angeklagte mit seinem Verhalten im Tatzeitraum bis einschließlich 12.7.2021 durch die Abgabe der Medikamente zu anderen Zwecken als einer ärztlichen Heilbehandlung auch nach den Vorschriften des BtMG sowie des AMG strafbar gemacht haben könnte, hat die Kammer mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft Berlin das Verfahren auf die weiteren Vorwürfe beschränkt.

**V. Strafzumessung**

Die gegen den Angeklagten zu verhängende Strafe hat die Kammer dem Strafraum des § 213 StGB entnommen. Die Tat stellte sich wegen der altruistischen Motivation des Angeklagten, die Geschädigte von einem leidvollen Zustand zu erlösen und damit einen aus seiner Sicht drohenden alternativen „Gewaltsuizid“ ihrerseits zu verhindern, als ein sonstiger minder schwerer Fall des Totschlags dar, der vom Durchschnitt der

erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle dieses Delikts so weit nach unten abweicht, dass die Anwendung des Regelstrafrahmens nicht schuldangemessen gewesen wäre.

- 299 Bei der Strafzumessung im engeren Sinn hat das Gericht zugunsten des Angeklagten berücksichtigt, dass er nicht vorbestraft sowie bereits im Ermittlungsverfahren hinsichtlich des objektiven Tatgeschehens weitestgehend geständig war. Die Tat liegt zudem rund zwei Jahre und neun Monate zurück; der Angeklagte ist seitdem nicht erneut straffällig geworden. Das Verfahren gegen ihn läuft seit dieser Zeit und damit lang, ohne allerdings in rechtsstaatswidriger Weise verzögert worden zu sein. Strafmildernd hat die Kammer ferner berücksichtigt, dass der Angeklagte bereits ein hohes Lebensalter erreicht hat und somit in gesteigertem Maße haftempfindlich ist. Weiterhin hat das Gericht auch die altruistische Motivation nochmals, wenn auch mit geringerem Gewicht, zu seinen Gunsten in die Abwägung eingestellt.
- 300 Zu Lasten des Angeklagten hat die Kammer berücksichtigt, dass er bei seinem Umgang mit der Geschädigten im Zuge des Tatgeschehens die Maßstäbe, die nach dem, ihm vertrauten, geltenden Recht bei der Prüfung und Durchführung einer Suizidbegleitung an ärztliches Handeln anzulegen sind, über die bloße Tatbestandsbegehung hinaus in mehrfacher Weise und in erheblichem Maße missachtet hat.
- 301 Das Gericht hat sodann, die vorgenannten und auch alle sonstigen für und gegen den Angeklagten sprechenden Strafzumessungsgründe abwägend, eine
- 302 Freiheitsstrafe von 3 (drei) Jahren
- 303 als insgesamt tat- und schuldangemessen, erforderlich, aber auch ausreichend zur Erfüllung aller Strafzwecke verhängt.

#### **VI. Freispruch im Übrigen**

- 304 Soweit die Staatsanwaltschaft Berlin den Angeklagten darüber hinaus angeklagt hat, sich mit der unter II. 3. festgestellten gescheiterten Suizidbegleitung vom 24.6.2021 des versuchten Totschlags nach § 212 Abs. 1 StGB in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB – und gemäß dem rechtlichen Hinweis der Kammer auch nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB – strafbar gemacht zu haben (Fall 1 der Anklage), hat ihn die Kammer unter Anwendung des Zweifelssatzes aus tatsächlichen Gründen freigesprochen.
- 305 Die Kammer hat – anders als bei der Tat vom 12.7.2021 – hier nicht mit der für eine Verurteilung erforderlichen Überzeugung feststellen können, dass die Geschädigte in der Zeit vom 3. bis 24.6.2021 in ihrem Suizidentschluss nicht gefestigt und dieser nicht dauerhaft gewesen ist.
- 306 Zwar war die Erlebens- und Gefühlswelt der Geschädigten ab Anfang Juni 2021 durch deren depressive Episode erheblich negativ verzerrt. Insofern wird zunächst auf die Ausführungen unter III. Nr. 3. lit. b), dort insbesondere die Aussage der Zeugin Rö., verwiesen. Dafür, dass ihr Wunsch zu sterben Teil der Krankheitssymptomatik und nicht etwa das Ergebnis einer freiverantworteten Bilanzierung war, sprach auch, dass nach der nochmaligen erheblichen Verschlechterung ab Anfang Juni 2021 ihr Suizidwunsch plötzlich sehr drängend wurde.
- 307 Jedoch hat der Sachverständige Dr. Hüt., dessen Gutachten die Kammer auch insoweit nach der gebotenen eigenen Überprü-

fung gefolgt ist, unter Auswertung des Sachverhalts überzeugend dargelegt, dass für den Abend des 24.6.2021 auf kognitiver Ebene aus medizinisch-psychiatrischer Sicht keine erheblichen Einbußen der Geschädigten feststellbar seien. Soweit solche für die Nacht des 25.6.2021 insbesondere von dem medizinischen Rettungspersonal Ju., Sche. und Pfl. berichtet worden seien, betreffe dies einen Zeitpunkt der Geschädigten nach Wirkeintritt des am 24.6.2021 eingenommenen Diazepams. Die Kammer stimmt dem Sachverständigen zu, dass aus dem Zustand der Geschädigten in der Nacht des 25.6.2021 daher nicht auf ihren Geisteszustand am Vorabend geschlossen werden könne. Auch die Auswertung des Internetverlaufs der Geschädigten legte nahe, dass ihr Suizidwunsch zumindest in der Zeit vom 9. bis zum 24.6.2021 durchgängig bestand. Abweichendes ist in der Hauptverhandlung auch nicht von anderer Seite bekannt geworden. Nach den Feststellungen der Kammer traten ihre erheblichen Ambivalenzen mithin erst nach dem Suizidversuch vom 24.6.2021 auf; auch die von dem Angeklagten begangenen Täuschungen der Geschädigten fanden zu späteren Zeitpunkten statt.

Die Kammer ist somit unter Anwendung des Zweifelssatzes davon ausgegangen, dass die Geschädigte am 24.6.2021 ihren Suizidentschluss hinreichend freiverantwortlich fasste und dass der Angeklagte ihr daher lediglich straflose Suizidassistenz leistete.

Mithin kam auch keine Verurteilung des Angeklagten wegen fahrlässiger Körperverletzung, wegen versuchter Tötung durch Unterlassen sowie wegen unterlassener Hilfeleistung in Betracht (vgl. zu den Unterlassungsdelikten BGH, Urt. v. 3.7.2019 – 5 StR 132/18, Rn. 29 ff., 43 ff.).

#### **VII. Kostenentscheidung**

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens beruht auf §§ 464, 465 Abs. 1 Satz 1 StPO, soweit der Angeklagte verurteilt worden ist; im Übrigen beruht die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens sowie die notwendigen Auslagen des Angeklagten auf § 467 Abs. 1 StPO.

# Aktuelle Nachrichten

## Herausgebertritt Torsten Haase

Herr Oberstaatsanwalt stV Torsten Haase, stellvertretender Leiter der ZKG bei der Generalstaatsanwaltschaft Nürnberg, wird mit dem beginnenden Jahrgang in den Kreis der Herausgeber der medstra eintreten. Verlag und Redaktion der medstra freuen sich auf eine intensive fachliche Zusammenarbeit. Zugleich danken wir dem langjährigen Leiter der ZKG, Herrn Richard Findl, für sein bisheriges großes Engagement als Mitherausgeber der medstra sehr herzlich. Verlag und Redaktion wünschen ihm bei seinen neuen Aufgaben viel Erfolg.

## Nach Koalitionsende: Gesundheitsreformen vor unsicherer Zukunft – Krankenhausreform im Bundesrat gebilligt

Mit dem Ende der Ampelkoalition stehen zentrale Reformvorhaben im Gesundheitswesen vor einer ungewissen Zukunft. Bundesgesundheitsminister *Karl Lauterbach* (SPD) betonte, dass einige Reformen trotz der Regierungskrise dringend nötig seien.

Die Krankenhausreform, die aus Sicht *Lauterbachs* wichtig ist, um zahlreiche Insolvenzen von Krankenhäusern zu verhindern, wurde am 22. November nach einer hitzigen Debatte vom Bundesrat gebilligt. Ein Antrag auf Anrufung des Vermittlungsausschusses fand in der Abstimmung nicht die notwendige Mehrheit. Die Reform ist am 1.1.2025 in Kraft getreten.

Andere Reformvorhaben, darunter die umfassende Reform der Pflege, die Pflegekräften mehr Befugnisse einräumen soll, stehen allerdings weiterhin auf der Kippe. *Lauterbach* sieht darin eine „wichtige gemeinsame Aufgabe“, die in der demokratischen Mitte Unterstützung finden sollte.

Die FDP, die nun aus der Ampel-Koalition ausgeschieden ist, hat bereits angekündigt, Vorhaben von SPD und Grünen im Gesundheitssektor eher nicht mehr mitzutragen. Der gesundheitspolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion, *Andrew Ullmann*, betonte aber, dass eine Entscheidung zur Zustimmung bestimmter Vorhaben „ganz von der Sache abhängig“ seien und die FDP aus der Opposition heraus konstruktiv und verantwortungsvoll mitarbeiten wolle.

Die CDU wiederum hat begrenzte Bereitschaft zur Zusammenarbeit in wichtigen Fragen signalisiert. Dennoch sind parteiübergreifende Mehrheiten fraglich. Der gesundheitspolitische Sprecher der CDU, *Tino Sorge*, zweifelte daran, dass weitere Gesundheitsgesetze den Bundestag passieren werden, warnte gleichzeitig aber vor einer „Versorgungskrise“ durch die fehlenden Reformen.

Im Gesundheitswesen wird mit Sorge gesehen, dass nun zahlreiche geplante Reformen im Gesundheitswesen vor dem Aus stehen; mit einem Abschluss der bereits begonnen Projekte rechnen die wenigsten. Für die Präsidentin des deutschen Pfliegerates, *Christine Vogler*, ist der Bruch der Koalition eine „Katastrophe“ für die Pflege. Auch *Ulrike Elsner*, die Vorsitzende des Verbands der Ersatzkassen (vdek),

forderte dringend Klarheit über die Finanzen, um in der Pflegeversicherung schnell handlungsfähig zu bleiben. Die Kassenärztliche Bundesvereinigung (KBV) und der Hausärzteverband sehen die geplante Entbudgetierung für Hausärzte in Gefahr, was den Reformstau im Gesundheitswesen weiter verschärfen könnte.

## Patientenbeauftragter der Bundesregierung für Widerspruchslösung noch in dieser Legislaturperiode

*Stefan Schwartze* (SPD), der Patientenbeauftragte der Bundesregierung, setzt sich nachdrücklich für eine Widerspruchsregelung bei der Organspende ein, um die Wartezeiten für Patienten auf den Transplantationslisten zu verkürzen. Dies erklärte er im Rahmen eines Besuchs auf der Intensivstation der Charité in Berlin.

*Schwartze* ist überzeugt, dass eine Widerspruchslösung das bestehende System der aktiven Zustimmung zur Organspende verbessern könnte. Nach dem aktuellen Gesetz müssen Bürgerinnen und Bürger ihre Zustimmung zur Spende aktiv erklären, was zu einer geringen Spendebereitschaft führt. Die vorgeschlagene Widerspruchslösung würde demnach jedem Bürger automatisch die Zustimmung zur Organspende unterstellen, es sei denn, er oder sie widerspricht ausdrücklich. *Schwartze* hob hervor, dass es nicht um Zwang gehe, sondern darum, das Thema Organspende stärker ins Bewusstsein zu rücken, damit Menschen nicht in einer extremen Situation ihre Angehörigen mit einer schwierigen Entscheidung belasten müssen.

Der Gesetzentwurf zur Einführung dieser Regelung, den *Schwartze* mit initiiert hat, wurde bereits im Juni im Bundestag eingebracht und hat bislang 220 Unterstützer unter den Abgeordneten gefunden. *Schwartze* forderte, dass noch in dieser Legislaturperiode darüber abgestimmt wird, um eine unnötige Verzögerung durch die Wahlen zu vermeiden.

## Abgeordnete wollen Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs vor Neuwahlen

Eine Gruppe von Abgeordneten von SPD, Grünen, Linken und SSW möchte noch vor den Neuwahlen im Februar einen Gesetzentwurf durch den Bundestag bringen, der Schwangerschaftsabbrüche bis zur 12. Woche für rechtmäßig erklärt. Die Abgeordneten *Ulle Schauws* (Grüne) und *Carmen Wegge* (SPD) betonten, dieser Zeitplan sei realistisch. Der Gesetzentwurf, der Anfang Dezember bereits von über 300 Abgeordneten unterstützt wurde, wurde am 5. Dezember in erster Lesung kontrovers im Bundestag debattiert.

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass Schwangerschaftsabbrüche künftig bis zur 12. Woche rechtmäßig sein sollen. Dazu sollen die §§ 218a–219a StGB komplett gestrichen werden und das Schwangerschaftskonfliktgesetz geändert werden. Das neu gefasste SchKG soll in § 14 SchKG zwar weiterhin eine Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs vorsehen, wenn die Voraussetzungen des rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruchs, die künftig in § 12 SchKG geregelt werden sollen, nicht vorliegen. Die Schwangere soll aber grundsätzlich straffrei bleiben. In § 20 SchKG soll außerdem geregelt werden, dass



die Krankenkassen künftig die Kosten für Schwangerschaftsabbrüche übernehmen.

§ 218 StGB soll künftig den Schwangerschaftsabbruch gegen oder ohne den Willen der Schwangeren mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zehn Jahren unter Strafe stellen. Auch eine Versuchsstrafbarkeit ist vorgesehen. Abs. 3 sieht eine Freiheitsstrafe von nicht unter einem Jahr bei Handlungen vor, die gegen oder ohne den Willen der Schwangeren erfolgen, gegen den Fetus oder Embryo gerichtet sind und diesen in die Gefahr des Todes, einer schweren Gesundheitsschädigung oder einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt.

§ 240 Abs. 4 StGB schließlich soll dahingehend erweitert werden, dass auch die Nötigung zum Unterlassen eines Schwangerschaftsabbruchs erfasst wird.

Wie viele Abgeordnete dem Gesetzentwurf am Ende zustimmen werden, ist derzeit noch unklar. Der rechtspolitische Sprecher der Unionsfraktion im Bundestag, *Günter Krings* (CDU), geht nicht davon aus, dass Abgeordnete seiner Fraktion dem Antrag zustimmen werden. Auch die rechtspolitische Sprecherin der FDP-Fraktion, *Katrin Helling-Plahr*, kritisierte, dass ein so komplexes Thema in derart kurzer Zeit behandelt werden solle und warnte gegenüber LTO davor, „eine Abstimmung übers Knie zu brechen“. Die Bundesfamilienministerin *Lisa Paus* (Grüne) hingegen unterstützt den Antrag.

---

## Bundesregierung sieht keine Notwendigkeit, Vertragsärzte stärker strafrechtlich zu schützen

In der seitens des Bundesjustizministeriums geplanten Strafrechtsverschärfung, die insbesondere den Schutz von Rettungskräften und Notaufnahmehelfern verbessern soll, werden Vertragsärzte nicht explizit genannt. Eine Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der Unionsfraktion, die noch vor dem Scheitern der Koalition verfasst wurde, erklärt, dass die Regierung derzeit keine Notwendigkeit für spezielle Regelungen für Vertragsärzte sieht.

Übergriffe auf Ärzte würden nicht toleriert und könnten bereits nach geltendem Recht verfolgt werden. Darüber hinaus soll die Tätigkeit von Ärzten weiterhin als „dem Gemeinwohl dienend“ gewertet werden, was bei der Strafzumessung strafschärfend berücksichtigt werden kann. Die Ergebnisse von Umfragen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung biete aber möglicherweise eine Grundlage für zukünftige Gespräche zwischen Bund und Ländern, um den Schutz in Arztpraxen weiter zu stärken.

---

## Bayern beschließt Amnestie für offene Corona-Verfahren

Das Kabinett in München hat beschlossen, dass alle noch laufenden Corona-Bußgeldverfahren in Bayern von den Behörden nicht mehr weiterverfolgt werden. Dies hatte der Ministerpräsident *Markus Söder* (CSU) bereits vor einigen Monaten bei der Klausur der CSU-Fraktion angekündigt. Abgeschlossene Verfahren sind hiervon jedoch nicht betroffen. Bereits gezahlte oder vollstreckte Bußgelder werden nicht zu-

rückerstattet. Erfasst seien sämtliche bei den Kreisverwaltungsbehörden, den Staatsanwaltschaften und den Gerichten anhängige Bußgeldverfahren und Vollstreckungsverfahren wegen Ordnungswidrigkeiten im Zusammenhang mit Verstößen gegen Corona-Rechtsvorschriften, teilte das *Deutsche Ärzteblatt* mit. Dies betrifft etwa alle bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen, die Einreise-Quarantäneverordnungen sowie die Allgemeinverfügungen zur Isolation beziehungsweise Quarantäne von Kontaktpersonen, Verdachtspersonen und positiv auf das Coronavirus getesteten Personen.

Ausgenommen von dem Kabinettsbeschluss sind Bußgeldverfahren, die auf Verstößen gegen Vorschriften beruhen, die unabhängig von der Pandemie gelten. Dies betrifft beispielsweise Verstöße gegen allgemein geltende Vorschriften für Versammlungen bei einer Corona-Demonstration.

---

## Ethikratvorsitzender Frister plädiert für eine Neuregelung der Sterbehilfe

*Helmut Frister*, der neue Vorsitzende des Deutschen Ethikrats, forderte gegenüber der Rheinischen Post eine gesetzliche Neuregelung der Sterbehilfe, die freiwillige Entscheidungen respektiere und Missbrauch verhindere. Er schlägt ein Verfahren zur Prüfung der Eigenverantwortlichkeit des Sterbewunsches vor, das nicht zu restriktiv sein dürfe, und plädiert für das Vier-Augen-Prinzip sowie intensive Beratung. Die Notwendigkeit eines psychiatrischen Gutachtens solle im Ermessen der Ärzte liegen.

Im Juli 2023 scheiterten zuletzt zwei Gesetzesentwürfe zur Sterbehilfe (s. dazu medstra-News Nr. 73/2023). Federführend waren dabei eine Gruppe um *Katrin Helling-Plahr* (FDP) und *Renate Künast* (Grüne) sowie ein Zusammenschluss um *Lars Castellucci* (SPD) und *Ansgar Heveling* (CDU). Hintergrund der zahlreichen Reformbestrebungen ist ein Urteil des BVerfG aus dem Jahr 2020, das das Verbot der geschäftsmäßigen Sterbehilfe gem. § 217 StGB (a.F.) aufhob, da es das Recht auf selbstbestimmtes Sterben verletzte (s. dazu medstra-News Nr. 13/2020).

---

## Ampel verteidigt Teillegalisierung von Cannabis – Union will Gesetz abschaffen

Die Union kündigte erneut an, die Freigabe von Cannabis wieder rückgängig machen zu wollen, wenn sie die nächste Regierung führen sollte. Das Gesetz bewirke das Gegenteil von dem, was beabsichtigt war, kritisierte die CSU-Abgeordnete *Silke Launert* in einer aktuellen Stunde am 14. November, teilte das *Deutsche Ärzteblatt* mit. Der Drogenmarkt sei größer denn je, die Koalition habe damit „die Tore für niederländische Drogenbanden geöffnet“, so *Launert*. Bundesgesundheitsminister *Karl Lauterbach* (SPD) verteidigte die seit April geltende Teillegalisierung von Cannabis im Bundestag und äußerte, dass es darum gehe, „den bestehenden Konsum sicherer zu machen“, berichtete das *Deutsche Ärzteblatt*. Das Gesetz sei zwar „umstritten“, angesichts des stark gestiegenen Konsums in den letzten Jahren sei dies jedoch nötig gewesen. Zudem sei der Cannabiskonsum aufgrund höherer Dosierungen und „toxischer Beimischungen“

auch gefährlicher geworden, erklärte *Lauterbach*. Ebenfalls sprach sich *Kristina Lütke* (FDP) für das Gesetz aus und lobte die damalige Ampelkoalition rückblickend, dass bei dem Thema „vertrauensvoll und gut zusammengearbeitet“ wurde, teilte das Deutsche Ärzteblatt mit. Erfahrungen in anderen Ländern zeigten, dass durch die Legalisierung von Cannabis die organisierte Kriminalität bekämpft werde, berichtete *Lütke*. Die Grünenpolitikerin *Kirsten Kappert-Gonther* äußerte zudem, dass vor der Reform „der komplette Cannabismarkt fest in der Hand des organisierten Verbrechens, und zwar inklusive aller damit verbundenen Gesundheitsgefahren“ gewesen sei.

Das Gesetz zur Teillegalisierung von Cannabis ist seit dem 1.4.2024 in Kraft. Der Besitz und kontrollierte Anbau sind zum privaten Gebrauch erlaubt, das Konsumieren im öffentlichen Raum ist beschränkt erlaubt. In unmittelbarer Gegenwart von Minderjährigen sowie in der Nähe von Schulen, Kitas und Sportstätten ist der Konsum vollständig untersagt. Die Union hatte schon früh angekündigt, das Gesetz wieder rückgängig machen zu wollen.

Die Hamburger Polizei hat im Kampf gegen die organisierte Kriminalität zuletzt im Zusammenhang mit Rauschgiftkriminalität so viel Geld und Wertgegenstände bei Verdächtigen gesichert wie noch nie zuvor, teilte die Innenbehörde in Hamburg dem *Deutschen Ärzteblatt* mit. Die gesteigerte Menge hängt auch damit zusammen, dass in deutlich mehr Fällen wegen schwerwiegender Drogenkriminalität ermittelt wurde. So konnte die Zahl der schwerwiegenden Betäubungsmittelverfahren im vergangenen Jahr um knapp 30 Prozent gesteigert werden, äußerte ein Behördensprecher dem *Deutschen Ärzteblatt* gegenüber.

---

## Testlauf zum Verkauf von Cannabis über Fachgeschäfte geplant

Eine neue Studie will den legalen Verkauf von Cannabis über Fachgeschäfte analysieren. Ein Kooperationspartner dieser Studie ist die Stadt Frankfurt/M., in der fünf Jahre lang ausschließlich registrierte Probanden in eigens errichteten Fachgeschäften legal Cannabisblüten und andere THC-haltige Produkte kaufen können. Erforderlich ist, dass die Probanden in Frankfurt/M. wohnen, volljährig und gesund sind. Es wird mit Tausenden Teilnehmenden gerechnet. Im Stadtgebiet von Hannover, welche ebenfalls Kooperationspartner der Studie ist, soll Cannabis an bis zu drei Verkaufsstellen erhältlich sein. Auch in Hannover gilt, dass sich nur Teilnehmende des Modellprojekts legal mit THC-haltigen Produkten wie Haschisch oder Cannabisblüten einkaufen können und dies auch nur in den gesetzlich erlaubten Mengen. Ziel der wissenschaftlichen Studie ist der Erkenntnisgewinn über das Konsumverhalten, die Auswirkungen auf den Gesundheits- und Jugendschutz sowie den Schwarzmarkt. Insbesondere solle die Studie dem Gesundheitsschutz zugutekommen, erklärte der Leiter des Frankfurter Drogenreferats, *Artur Schroers*, dem *Deutschen Ärzteblatt* am 30.10.2024 gegenüber. Es werde sich dadurch mehr Schadensminderung für Cannabiskonsumierende und eine bessere Integration von Personen mit riskantem Konsum in das Hilfesystem erhofft, so *Schroers*.

---

## Kommissionsempfehlungen zur Eizellspende: Fallen gelassen wie eine „heiße Kartoffel“

Die „Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“ hatte im April 2024 ihre Empfehlung zu den Themen „Eizellspende und Leihmutterschaft“ vorgestellt. Die Kommission, welche sich aus 18 Expertinnen und Experten aus den Fachbereichen Medizin, Psychologie, Soziologie, Gesundheitswissenschaften, Ethik und Recht zusammensetzt, hatte sich ein Jahr innerhalb einer Arbeitsgruppe mit diesen Themen befasst. Auf Grundlage ihrer Empfehlung sollte eine gesellschaftliche und politische Debatte geführt werden. Kommissionsmitglied *Sigrid Graumann* bedauerte gegenüber dem *Deutschen Ärzteblatt* am 4. November, dass es seit der Veröffentlichung der Empfehlung nur sehr wenig öffentliche Resonanz gegeben hätte. Es sei innerhalb der Expertenkommission schon befürchtet worden, dass die Empfehlungen wie eine „heiße Kartoffel“ nicht angefasst würden, so *Graumann*.

Ebenfalls enttäuscht äußerte sich die ehemalige Leiterin der Fachklinik für Fruchtbarkeitsmedizin Profertilita, *Monika Bals-Pratsch*, und wies erneut auf die Notwendigkeit einer Reform hin. Die Ärztinnen und Ärzte in der Reproduktionsmedizin benötigten Rechtssicherheit und den Paaren in Deutschland müsse eine legale Alternative zu kommerziellen Eizellspenden im Ausland ermöglicht werden, so *Bals-Pratsch*. *Graumann* betonte, dass sich die Kommission mit ihren Empfehlungen weder für noch gegen die Legalisierung der Eizellspende ausgesprochen habe. Eine Legalisierung der Eizellspende hatte die Kommission jedoch prinzipiell für möglich gehalten, sofern die Spende weiter auf einer gesetzlichen Grundlage beruhe und den notwendigen Schutz der Spenderinnen und das Kindeswohl gewährleiste. So hielten die Mitglieder der Kommission mehrere Optionen der Eizellspende für verfassungsrechtlich und ethisch vertretbar. Beispielsweise könnte u.a. künftig eine Spende von Eizellen zugelassen werden, die der Frau für eigene Fortpflanzungszwecke entnommen wurden.

Die Leihmutterschaft berge jedoch selbst in altruistisch angelegten Modellen „ein Potenzial für Umgehungen und Missbrauch“, erklärte *Graumann*. Es liege daher im Ermessen des Gesetzgebers, aufgrund einer Gesamtabwägung an dem bisherigen Verbot der Leihmutterschaft festzuhalten, so *Graumann*.

---

## Zunehmende Bedeutung der Reproduktionsmedizin in Deutschland

Zahlen aus dem Jahrbuch 2023 des Deutschen IVF-Registers zeigen die zunehmende Bedeutung künstlicher Reproduktionsmedizin in Deutschland.

Die Zahl der Behandlungszyklen stieg kontinuierlich und erreichte 2023 mit 131.000 einen neuen Höchststand – ein Anstieg von knapp 3 % im Vergleich zum Vorjahr. Ein Aufwärtstrend zeigt sich auch im langfristigen Vergleich: Während 1997 etwa 6.500 Kinder nach einer IVF-Behandlung geboren wurden, waren es 2022 bereits 22.295. Insgesamt wurden seit Beginn der elektronischen Datenerfassung des

IVF-Registers 2,5 Millionen Behandlungszyklen in Deutschland durchgeführt.

Das IVF-Register betont in seinem Bericht die Sicherheit der künstlichen Befruchtungsverfahren. Das Risiko einer Überstimulation durch Hormontherapie liegt bei lediglich 0,2 %, während Komplikationen wie Blutungen nach der Eizellentnahme in etwa 0,8 % der Fälle auftreten.

Die genauen Verfahren haben sich im Laufe der Zeit diversifiziert. 2023 begannen 64,1 % der Kinderwunschbehandlungen mit einer Eizellentnahme, während 35,9 % auf zuvor eingefrorene Eizellen zurückgriffen. Die Zahl der Behandlungen mit Spendersamen ist ebenfalls gestiegen, von 1.129 im Jahr 2018 auf 2.610 im Jahr 2022.

Auch das Einfrieren von unbefruchteten Eizellen ohne medizinischen Grund („social freezing“) gewinne an Beliebtheit, wobei die Zahl der Behandlungen seit 2020 auf 3.700 pro Jahr gestiegen ist. Laut dem Vorstandsvorsitzenden des IVF-Registers, *Andreas Tandler-Schneider*, werde das Einfrieren von Eizellen nicht mehr im Sinne einer Verschiebung der Schwangerschaft zugunsten der eigenen Chancen auf dem Arbeitsmarkt interpretiert und daher gesellschaftlich stärker anerkannt.

Ein großer Fortschritt sei laut IVF-Register der Rückgang von Mehrlingsgeburten, die mit gesundheitlichen Risiken für Mutter und Kinder verbunden sind. So sank die Mehrlingsrate bei frischen Eizellen von 22 % im Jahr 2017 auf 12 % im Jahr 2022. Als Grund führt es in seinem Jahresbericht den sog. „Single Embryo Transfer“ an, bei dem ein Embryo mit hohem Entwicklungspotential für den Transfer in die Gebärmutter ausgewählt wird. Kritiker äußern jedoch Bedenken, dass diese Methode zu einer Selektion nach gewünschten Merkmalen führen könnte.

Zudem beschreibt das IVF-Register ein starkes Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Altersstruktur der Patientinnen und dem Behandlungserfolg. Bei Frauen im Alter von 30 bis 34 Jahren liegt die Schwangerschaftschance pro Embryotransfer bei 39,3 %, die Geburtenrate beträgt 31,2 %. Ab dem 41. Lebensjahr sinken diese Werte drastisch, mit einer Schwangerschaftsrate von 17 % und einer Geburtenrate von nur 8,4 %.

---

## Ermittlungen gegen Chefärztin der Gynäkologie

Die Staatsanwaltschaft Traunstein ermittelt gegen eine ehemalige Chefärztin der RoMed Klinik in Wasserburg wegen des Verdachts auf fahrlässige Tötung und Körperverletzung in elf Fällen. Betroffen sind möglicherweise auch vier weitere Frauen – dies müsse ein ärztliches Gutachten aber noch bestätigen. Die Staatsanwaltschaft prüfe, ob medizinisch notwendige Kaiserschnitte unterlassen und die betroffenen Patientinnen hinreichend aufgeklärt wurden.

Die Ermittlungen begannen nach einer anonymen Anzeige im Sommer 2024. Daraufhin wurden Anfang August 2024 rund 200 Patientenakten beschlagnahmt. Die Klinikleitung zeigte sich nach Angaben der Staatsanwaltschaft kooperativ. Die Unschuldsvermutung gilt weiterhin und es wird in alle Richtungen ermittelt.

---

## Steuerfahndung ermittelt gegen Essener Krankenhauskonzern

Einem Bericht des Manager Magazins zufolge ermittelt die Steuerfahndung gegen die Geschäftsführung des Essener katholischen Krankenhauskonzerns *Contilia*. Der Konzern habe die Umsatzsteuer für diverse Schönheitsoperationen nicht ordnungsgemäß abgeführt. Insgesamt gehe es um eine Summe im Millionenbereich. Hinweise auf eine mögliche Steuerhinterziehung seien in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren mit dem Chefarzt der ästhetischen Chirurgie angekommen.

Ein Sprecher des Konzerns bestätigte die Ermittlungen, betonte aber, dass *Contilia* die Steuerschulden mittlerweile komplett beglichen habe.

---

## Rechtsprechungsvorschau

---

### Vorwurf des Abrechnungsbetruges gegen Laborarzt (Vereinsgründung)

1. Bei der Abrechnung vertragsärztlicher Leistungen ist von einer gem. § 263 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßigen Täuschung auszugehen, wenn der Arzt nach dem maßgeblichen Kassenarztrecht nicht berechtigt war, seine tatsächlich erbrachten und an sich abrechnungsfähigen Leistungen gegenüber der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung abzurechnen und in der Abgabe einer Sammelerklärung nach dem Empfängerhorizont die Erklärung liegt, die rechtlichen Abrechnungsvoraussetzungen lägen vor. Dazu gehört insbesondere die Zulassung als Vertragsarzt.

2. Die Prüfung, ob abgerechnete ärztliche Leistungen i.S.v. § 32 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV „in freier Praxis“ erbracht wurden, ist an den geltenden sozialrechtlichen Maßstäben auszurichten. In diesem Zusammenhang bedarf es insbesondere der Abgrenzung zur ärztlichen Tätigkeit im Angestelltenverhältnis (§ 32b Ärzte-ZV). Eine Tätigkeit in „freier Praxis“ setzt danach zum einen eine wirtschaftliche Komponente – die Tragung des wirtschaftlichen Risikos wie auch eine Beteiligung an den wirtschaftlichen Erfolgen der Praxis – und zum anderen eine ausreichende Handlungsfreiheit in beruflicher und persönlicher Hinsicht voraus. Das wirtschaftliche Risiko trägt der Arzt, wenn ihn Chancen und das Risiko des beruflichen Erfolges oder Misserfolges persönlich treffen. Kennzeichnend für berufliche und persönliche Handlungsfreiheit ist es, dass der Vertragsarzt sein Personal selbst auswählt, das Hilfspersonal seinem Direktionsrecht unterliegt und ihm die Praxis mit den dort vorhandenen medizinischen Geräten grundsätzlich jederzeit persönlich zur Verfügung steht. Hingegen sind die Eigentumsverhältnisse an den Praxisräumen und der Geräte- und Materialausstattung für die rechtliche Bewertung grundsätzlich unerheblich; wesentlich ist vielmehr, dass der Arzt in der Praxis seine ärztliche Berufstätigkeit in voller eigener Verantwortung ausführen kann. Für die Bewertung all dieser Umstände, insbesondere das Maß an Selbstständigkeit und Eigenverantwortlichkeit, können



zivilrechtliche Vereinbarungen, die der Arzt bezogen auf die Arztpraxis getroffen hat, Bedeutung haben. Zivilrechtliche Gestaltungen entfalten Rechtswirkung allerdings nur dann, wenn sie rechtswirksam begründet worden sind. Dies kann unter Umständen zu hinterfragen sein.

3. Ein Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn die Parteien sich einig sind, dass die mit den Willenserklärungen an sich verbundenen Rechtsfolgen tatsächlich nicht eintreten sollen und damit das Erklärte in Wirklichkeit nicht gewollt ist. Entscheidend ist dabei, ob die Beteiligten zur Erreichung des erstrebten Erfolges ein Scheingeschäft für genügend oder ein ernst gemeintes Rechtsgeschäft für erforderlich erachtet haben. Die Beurteilung, ob ein Geschäft nur zum Schein abgeschlossen wurde, obliegt dabei grundsätzlich dem Tatrichter. Lässt das Urteil erkennen, dass der Tatrichter die wesentlichen für und gegen ein Scheingeschäft sprechenden Umstände im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt und in eine Gesamtwürdigung einbezogen hat, so dass die vom Gericht gezogene Schlussfolgerung nicht nur eine Annahme oder bloße Vermutung ist, ist dies vom Revisionsgericht hinzunehmen.

**(redaktionell)**

BGH, Urt. vom 2.10.2024 – 1 StR 156/24

---

## Sittenwidrigkeit der Vermittlung von Patienten an Krankenhäuser gegen Provision

1. Eine Vermittlung von Patienten an Krankenhäuser gegen eine vom Krankenhaus zu zahlende Provision ist in Ländern, deren Landeskrankenhausgesetz kein ausdrückliches Verbot der Patientenvermittlung enthalten, sittenwidrig. Die aus den Vermittlungsverböten für niedergelassene Ärzte oder sonstigen Angehörigen von Heilberufen folgende Wertung, dass eine Zuweisungsentscheidung ausschließlich am Wohl des Patienten und nicht am Gewinninteresse durch Vermittlungsprovisionen ausgerichtet sein soll, ist auf Kliniken übertragbar. Das sog. „Klinikprivileg“ rechtfertigt eine Patientenvermittlung nicht.

2. Darauf, ob die Zuweisungsentscheidung, welcher Patient wo behandelt wird, unmittelbar durch den Vermittler getroffen wird oder nur mittelbar, etwa indem der Vermittler Kontakte knüpft zwischen Kliniken und ausländischen Stellen, die ihre Zuweisungsentscheidung danach ausrichten, für welche Klinik der Vermittler tätig ist, kommt es für die Bewertung als sittenwidrig nicht an.

3. Wird die Patientenvermittlung mit anderen Dienstleistungen für die Patienten, etwa Dolmetschen oder Unterstützung bei Visaangelegenheiten, gekoppelt, ist der Vertrag insgesamt nichtig, nicht nur der die Patientenvermittlung betreffende Teil. Ansonsten bestünde ein zu missbilligender Anreiz, die Patientenvermittlung über sonstige Tätigkeiten quer zu subventionieren. Auch eine bereicherungsrechtliche Wertersatzpflicht scheidet dann aus.

**(amtlich)**

LG Stuttgart, Urt. v. 22.11.2024 – 14 O 67/20

## Aus dem Inhalt der nächsten Hefte

---

### Aus dem Inhalt der nächsten Hefte

#### Aufsätze

*Léon Bogner/Moritz Lochmann/Lukas Zeyher*, Kein Freibrief: Zur überschaubaren Bedeutung von § 2a NotSanG für die Patientenversorgung durch Notfallsanitäter; *Vincent Burgert/Eva Maria Krötz/Miguel Veljovic*, Anwendungsbeobachtungen im Lichte der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen gem. § 299a StGB; *Jessica Krüger*, Beitragsübersicht Medizinstrafrecht – Oktober bis Dezember 2024; *Philipp Mädje/Sebastian T. Vogel*, Gefährliche Ärzte, gefährliche Werkzeuge – und gefährliches Halbwissen; *Helmut Pollähne*, Rechtsprechungsübersicht Gefängnismedizin 2023.

#### Anmerkungen

*Matthias Dann*, LG Stuttgart, Urt. v. 22.11.2024 – 14 O 67/20 (Sittenwidrigkeit der Vermittlung von Patienten an Krankenhäuser gegen Provision); *Robert Esser*, Anmerkung zu EGMR, Urt. v. Urt. v. 17.9.2024 – Application no. 15541/20 (Mulla v. Spanien); *Harald Wostry*, VerfGH NRW, Beschl. v. 12.4.2024 – 44/24.VB-2 (Untersagung des Abstellens lebenserhaltender Maßnahmen im Wege der einstweiligen Anordnung).

# Impressum

## Zeitschrift für Medizinstrafrecht (medstra)

**Herausgegeben von:** Prof. Dr. Karsten Gaede · Prof. Dr. Michael Tsambikakis · Gabriele Cirener · Prof. Dr. Thomas Clemens · Prof. Dr. Gunnar Duttge · Prof. Dr. Thomas Fischer · Prof. Dr. Helmut Frister · Torsten Haase · Prof. Dr. Wolfram Höfling · Prof. Dr. Scarlett Jansen · Prof. Dr. Michael Lindemann · Prof. Dr. Frank Ulrich Montgomery · Dr. Rolf Raum · Prof. Dr. Henning Rosenau · Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski · Prof. Dr. Frank Saliger · Prof. Dr. Karsten Scholz · Dr. Gernot Steinhilper · Prof. Dr. Dr. Klaus Ulsenheimer

**Schriftleitung:** Prof. Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg, Telefon: +49 (40) 30706-240, Telefax: +49 (40) 30706-245, E-Mail: medstra@law-school.de.

**Redaktion:** Prof. Dr. Karsten Gaede, Prof. Dr. Michael Lindemann, Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Tsambikakis

**Redaktionsassistent:** Jessica Krüger, MPhil (Cantab), Bucerius Law School, Telefon: +49 (40) 30706-242, Telefax: +49 (40) 30706-245, E-Mail: jessica.krueger@law-school.de.

**Verlag:** C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg, www.cfmueller.de. Geschäftsführung: Prof. Dr. Felix Hey, Joachim Kraft. Telefon: +49 (6221) 1859-444

**Abonentenservice:** C.F. Müller GmbH, Waldhofer Str. 100, 69123 Heidelberg; Telefon: +49 (6221) 1859-599, Telefax: +49 (6221) 1859-598, E-Mail: kundenservice@cfmueller.de.

**Anzeigen:** sales-friendly Stefan-Lochner-Str. 9, 50999 Köln; Telefon: +49 (228) 97898-0, Fax: +49 (228) 978982-0, E-Mail: media@sales-friendly.de

**Druck:** Zimmermann Druck, Balve.

**Erscheinungsweise:** Erscheint 6-mal jährlich, (2-monatlich). **Bezugspreis:** Jahresabonnement Inland 349,60 € inkl. Versandkosten. Ausland: 366,70 € inkl. Versandkosten. Einzelheft 58,- € zzgl. Versandkosten. Alle Preise verstehen sich inkl. MwSt. Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt.

**Bestellungen** beim Verlag und bei jeder Buchhandlung. Die Vertragslaufzeit für ein Zeitschriften-Abonnement beträgt 12 Monate. Zeitschriften-Abonnements können jeweils bis vier Wochen vor Ende des Kalenderjahres gekündigt werden.

**ISSN:** 2199-4323

**Urheber- und Verlagsrechte:** Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge – auch die bearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze –, sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden. Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben. Manuskripte und Einsendungen sind bitte direkt an die Redaktion zu richten.

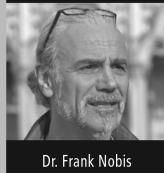
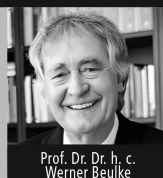
**Manuskriptangebote und Beiträge:** Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskripts erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist insbesondere auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

**Einsendung von Entscheidungen:** Prof. Dr. Michael Lindemann, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft, Postfach 10 01 31, 33501 Bielefeld, Telefon: +49 (521) 106-4721, Telefax: +49 (521) 106-156965, E-Mail: michael.lindemann@uni-bielefeld.de.

Die Online-Ausgabe mit dem Archiv ab Heft 1/2015 finden Sie unter: [www.medstra-online.de](http://www.medstra-online.de).

## Kluge Köpfe im Strafrecht

sprechen jeden Monat über ihre Herausforderungen und persönlichen Vorlieben.



NEUGIERIG? ➔



C.F. Müller



C.F. Müller

# wistra

## Führend im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht



**wistra**

Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

wistra informiert mit praxisbezogenen Beiträgen und wissenschaftlich fundierten Aufsätzen über alle rechtlichen Probleme des Wirtschaftsstrafrechts und Steuerstrafrechts einschließlich seiner internationalen Bezüge und über das einschlägige Verfahrensrecht.

- Wissenschaftlich fundierte Beiträge für Theorie und Praxis
- Alle wichtigen Gerichtsentscheidungen im Volltext
- Urteilsanmerkungen
- Aktuelle Gesetzesvorhaben und parlamentarische Aktivitäten
- Online-Archiv ab 2003

Digital verfügbar in folgenden Medien:



Versandkostenfrei bestellen bei **otto-schmidt.de**  
C.F. Müller GmbH, Waldhofer Str. 100, 69123 Heidelberg  
Bestell-Tel. 06221/1859-599, kundenservice@cfmueller.de



# Überzeugend

Heidelberger Kommentar

Hüls/Reichling

## Steuerstrafrecht

3. Auflage

NEU



C.F. Müller

### Steuerstrafrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Silke Hüls und  
RA Prof. Dr. Tilman Reichling, FA für Strafrecht.

3., neu bearbeitete Auflage 2025, 1.255 Seiten, gebunden, € 159,-  
Heidelberger Kommentar ISBN 978-3-8114-6172-7

Die vollständig aktualisierte und neu bearbeitete dritte Auflage des „Heidelberger Kommentars zum Steuerstrafrecht“ verfolgt das für die Einführung des Werkes gesetzte Ziel konsequent weiter: Sie bietet eine übersichtliche und prägnante Darstellung des gesamten materiellen und formellen Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrechts.

Die neuen Impulse und Denkanstöße der Kommentierungen in den Voraufgaben werden weiterverfolgt; Diskussionen zu zuvor noch nicht aufgegriffenen Problemkreisen werden unter Reflexion der Aufnahme durch Praxis und Wissenschaft weitergeführt und vertieft.

Festgehalten wird an der bewährten strikten Praxisorientierung und des hohen wissenschaftlichen Anspruchs – sie stellen keine Gegensätze dar, sondern haben sich vielmehr als Bereicherung erwiesen. Dazu trägt besonders der berufliche Hintergrund des Autor:innenteams bei: es besteht aus Wissenschaftler:innen und insbesondere Rechtsanwält:innen mit einer Spezialisierung im Steuerstrafrecht. Sämtliche Autor:innen sind durch einschlägige Veröffentlichungen sowie Vorträge auf zahlreichen Fachtagungen ausgewiesen.

### Die dritte Auflage bietet:

- » eine strikt praxisorientierte und aktuelle Kommentierung des gesamten Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrechts
- » mit wissenschaftlichem Anspruch
- » von einem kompetenten und renommierten Autor:innenteam

Enthalten in den Modulen:

**Beratermodul Steuerstrafrecht**

juris **Steuerstrafrecht**

juris **Wirtschaftsstrafrecht**

juris **Steuerrecht Premium**



Versandkostenfrei bestellen bei **otto-schmidt.de**  
C.F. Müller GmbH, Waldhofer Str. 100, 69123 Heidelberg  
Bestell-Tel. 06221/1859-599, kundenservice@cfmueller.de