

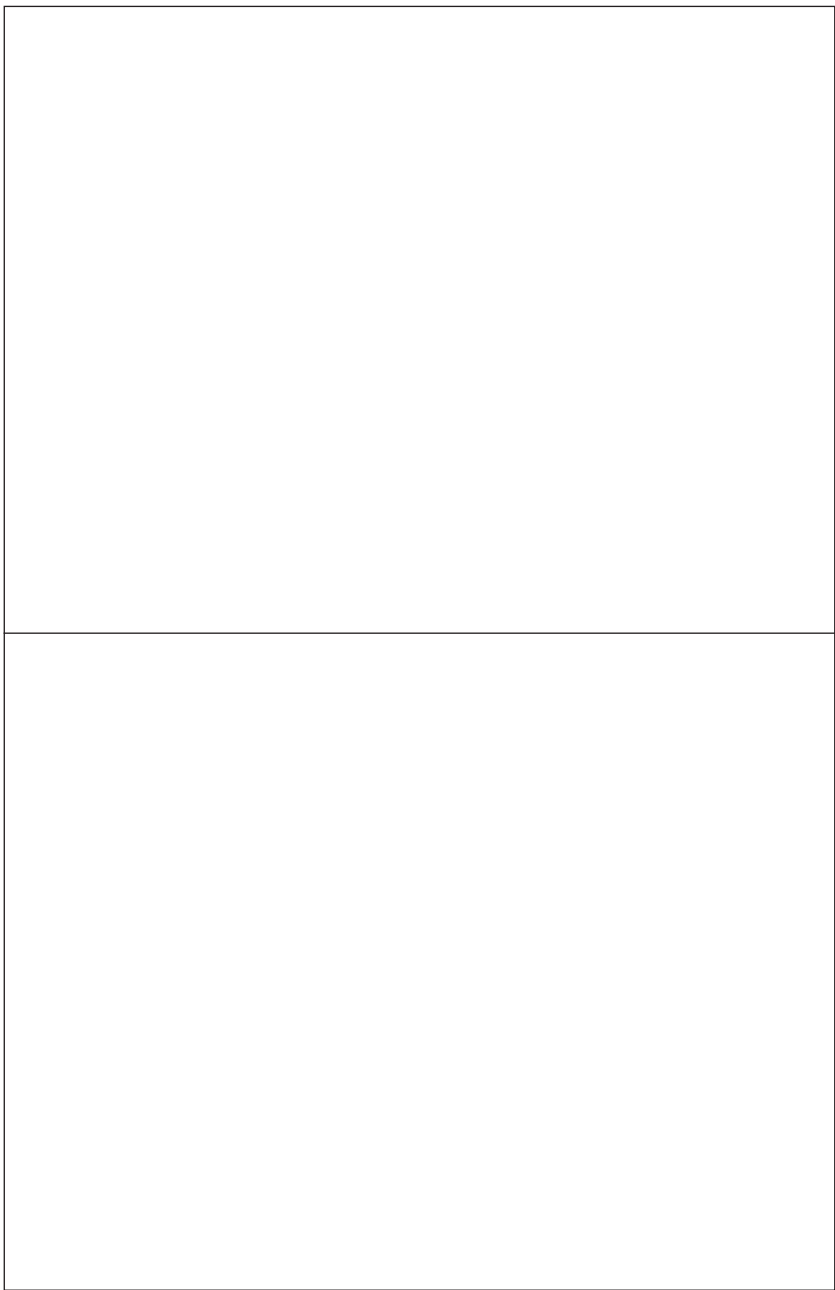
AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.)

Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht

13. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag



Nomos



Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im
Deutschen Anwaltverein, Berlin
Institut für Rechtsfragen der Medizin, Düsseldorf (Hrsg.)

Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht

13. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag



Nomos



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht



Institut für Rechtsfragen
der Medizin Düsseldorf

Die **Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7560-0106-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-1513-3 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Am 12. November 2022 veranstaltete das Dr. med. Micheline Radzyner-Institut für Rechtsfragen der Medizin (IMR) der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf gemeinsam mit der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein (DAV) zum 13. Mal den Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag im Industrie-Club Düsseldorf. Erfreulicherweise konnte die Veranstaltung wie schon im vergangenen Jahr wieder in Präsenz durchgeführt werden, wodurch sich für die Teilnehmerinnen und Teilnehmer immer wieder die Möglichkeit zum persönlichen Austausch ergab. Der Medizinstrafrechtstag bot sieben interessante Vorträge aus Lehre und Praxis sowie erneut eine Plattform für angeregte Diskussionen. Die Referentinnen und Referenten widmeten sich in ihren Vorträgen aktuellen Brennpunkten des Medizin- und Arztstrafrechts. Auch in diesem Jahr wird ein Teil der Referate wieder in einem Tagungsband dokumentiert und damit der Fachöffentlichkeit zugänglich gemacht.

Den Auftakt macht Rechtsanwalt *Harald Wostry* mit seinem Beitrag „Update im Medizinstrafrecht – Entscheidungen und Tendenzen“, in welchem er sich mit dem Pandemiestrafrecht, der Entwicklung der Vermögensdelikte sowie dem Behandlungsgeschehen am Lebensende befasst. Im ersten Themenkomplex referiert *Wostry* zunächst zu dem Problem, ob das Vorzeigen eines gefälschten Impfpasses in einer Apotheke zur Erlangung eines Covid-19-Impfzertifikats bereits vor der Änderung des Strafgesetzbuches zum 24.11.2021 als Urkundendelikt strafbar gewesen ist. Anlass waren Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte zu der Frage, ob § 279 StGB a.F. eine Sperrwirkung gegenüber der Urkundenfälschung gemäß § 267 StGB a.F. entfaltet. In diesem Kontext kommt er auf eine aktuelle Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH zu sprechen, der entschieden hat, dass § 277 StGB a.F. keine abschließende Sonderregelung mit Privilegierungswirkung ist. Als Nächstes spricht *Wostry* das Zweite Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vor dem Hintergrund von pandemiebedingten Triage-Entscheidungen an. Er geht auf den vom Bundesverfassungsgericht im sog. Triage-Beschluss (BVerfGE 160, 79) festgestellten Schutzauftrag des Staates zum Schutze von Menschen mit Behinderung ein und stellt den Gang der Entwicklung dar. Im Themenfeld der Vermögensdelikte wendet er sich der Vermögensbetreuungspflicht vertragsärztlich Tätiger sowie

der Rechtsprechung zur streng formalen Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts zu und bespricht die Problematik der investorengeführten medizinischen Versorgungszentren bei einer Umgehung der Gründungsbezeichnung des § 95 Abs. 1a SGB V. Im Bereich der Delikte gegen Leib und Leben thematisiert *Wostry* den als „versuchten Verdeckungsmord“ bezeichneten und vom BGH am 19.08.2020 entschiedenen Fall (BGH NJW 2021, 326). Bemerkenswert seien insbesondere die Ausführungen zum kognitiven Vorsatzelement bei Unterlassungsdelikten und zur Problematik eines rechtfertigenden Behandlungsabbruchs. Abschließend thematisiert er die Abgrenzung der Tötung auf Verlangen von der straflosen Beihilfe zum Suizid und geht auf den Aufsehen erregenden Beschluss des 6. Strafsenats des BGH im sog. „Insulin-Fall“ ein.

Im Anschluss diskutiert *Prof. Dr. Jens Bülte* die „Bedeutung des § 261 StGB im Medizinstrafrecht insbesondere im Zusammenspiel mit Abrechnungsbetrug und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen“. Er stellt die Rechtsentwicklung dar und geht auf den All-Crimes-Ansatz des aktuell geltenden § 261 StGB ein. Dabei hebt er vor allem hervor, wie weit sich das Strafbarkeitsrisiko wegen Geldwäsche in den letzten Jahren ausgedehnt hat und macht auf eine Vermischung von Gefahrenabwehrrecht und Strafrecht im Rahmen der Geldwäschebekämpfung aufmerksam, insbesondere auch vor dem Hintergrund der Vermögensabschöpfung. Durch die Reform des § 261 StGB zum 18.3.2021 habe sich der Straftatbestand zu einem Instrument der Abschöpfung bei Alltagskriminalität gewandelt. Er stellt den Gegenstand der Geldwäsche sowie die Tathandlungen dar und macht deutlich, dass § 261 StGB in seiner aktuellen Form ein universelles Kontaktdelikt ist. Anschließend betrachtet *Bülte* die Bedeutung des Geldwäschetatbestands im Medizinstrafrecht, gerade auch vor dem Hintergrund der Reform des § 261 StGB. In diesem Zusammenhang geht er zudem auf das Zusammenspiel von Geldwäsche und dem Abrechnungsbetrug sowie der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen ein.

Hierauf folgen zwei Beiträge zur Einwilligungsfähigkeit von Jugendlichen. *Prof. Dr. Andreas Spickhoff* befasst sich zunächst mit der „Einwilligungsfähigkeit von Jugendlichen im Medizinrecht“ aus juristischer Perspektive. Er stellt den verfassungsrechtlichen Hintergrund dar, geht auf Zusammenhänge zur Geschäftsfähigkeit und den Abschluss von Behandlungsverträgen ein, wobei er Unterschiede zwischen Privatpatienten und Kassenpatienten herausstellt, und wirft einen Blick auf andere Regelungszusammenhänge wie die Sozialmündigkeit. Anschließend beleuchtet er verschiedene Aspekte der Einwilligungsfähigkeit. Er bespricht die Elemente

der Einwilligungsfähigkeit, gesetzliche Altersgrenzen und ihre Vermutungswirkung sowie die Problematik weiterer kategorialer Differenzierungen wie etwa zwischen Zustimmung und Ablehnung oder der Schwere des Eingriffs. *Spickhoff* stellt den Diskussionsstand im Bereich einwilligungsunfähiger sowie einwilligungsfähiger Minderjähriger dar, äußert Bedenken gegen die Zuerkennung bloßer Vetorechte und spricht sich im Ergebnis für eine Alleinentscheidungskompetenz des einwilligungsfähigen Minderjährigen aus. Schließlich wirbt er für eine rechtsgebietsübergreifende gesetzliche Regulierung der Einwilligungsfähigkeit, um die teils unterschiedlichen Maßstäbe im Zivil- und im Strafrecht zu vereinheitlichen und zieht auch die Regelungen im europäischen Ausland zur Rechtsvergleichung heran.

Sodann widmet sich Psychotherapeutin *Dipl.-Psych. Sabine Maur* der psychologischen Sichtweise und beleuchtet „Praktische Aspekte der Einwilligungsfähigkeit bei Kindern und Jugendlichen“. Nach einer Darstellung der einschlägigen berufsrechtlichen Regelungen nennt sie Konstellationen, die in der Psychotherapie mit Minderjährigen eine positive Bestimmung der Einsichtsfähigkeit erfordern können. In diesem Zusammenhang macht sie auf alters- und entwicklungspsychologische Aspekte, insbesondere auf mögliche Beeinflussungen durch etwa Bezugspersonen oder auch die Sozialen Medien aufmerksam. Sie macht deutlich, dass es sich bei der Feststellung der Einsichtsfähigkeit um eine Zuschreibung handelt, die auch durch eigene Werte und Normen beeinflusst wird und stellt die Bedeutung einer hinreichenden Aufklärung im Zusammenhang mit der Einsichtsfähigkeit dar. *Maur* beleuchtet anschließend insbesondere die praktische Seite der Ermittlung der Einwilligungsfähigkeit im Rahmen der Psychotherapie und stellt Verfahrensweisen vor, wie in der psychotherapeutischen Praxis mithilfe von Schemata, Aufklärungsbögen und Fragenkatalogen die Einwilligungsfähigkeit von Jugendlichen festgestellt werden kann.

Mit der „Strafbarkeit des Verkaufs des Patientenstamms bei Praxisaufgabe nach §§ 299a, 299b StGB unter Berücksichtigung des Urteils BGH VIII ZR 362/19“ befasst sich abschließend Rechtsanwalt *Dr. Rudolf Ratzel*. Er stellt den Sachverhalt der Entscheidung und den Verfahrensgang vor. Gegenstand ist ein wegen Verstoßes gegen das Verbot der entgeltlichen Zuweisung von Patienten gemäß § 8 Abs. 5 der Berufsordnung für die Bayerischen Zahnärzte i.V.m. § 134 BGB nichtiger Praxiskaufvertrag. *Ratzel* thematisiert die Probleme hinsichtlich der Weitergabe von Patientendaten im Rahmen der Praxisnachfolgen; er nimmt die aktuellen Regelungen der DSGVO sowie die Münchener Empfehlungen zur Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht bei Veräußerung einer Arztpraxis in den Blick und gibt

wertvolle Hinweise für die anwaltliche Beratungspraxis, insbesondere im Hinblick auf erlaubte Gestaltungsoptionen und Fördermaßnahmen. Er weist darauf hin, dass die Verknüpfung von Zuführung und Zuweisung mit werblichen Maßnahmen künftig noch sorgfältiger geprüft werden müsse als dies bislang mitunter Praxis gewesen ist.

Mit der Publikation dieser Beiträge hoffen die Veranstalter, den Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis über Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts weiter zu fördern.

Düsseldorf, den 7. Juni 2023

Prof. Dr. Helmut Frister

Prof. Dr. Martin Stellpflug

Inhaltsverzeichnis

Harald Wostry

Update im Medizinstrafrecht – Entscheidungen und Tendenzen 11

Jens Bülte

Die Bedeutung des § 261 StGB im Medizinstrafrecht insbesondere
im Zusammenspiel mit Abrechnungsbetrug und Bestechlichkeit im
Gesundheitswesen 23

Andreas Spickhoff

Die Einwilligungsfähigkeit von Jugendlichen im Medizinrecht 59

Sabine Maur

Psychotherapie: Praktische Aspekte der Einwilligungsfähigkeit bei
Kindern und Jugendlichen 87

Rudolf Ratzel

Strafbarkeit des Verkaufs des Patientenstamms bei Praxisaufgabe
nach §§ 299a, 299b StGB – vgl. BGH VIII ZR 362/19 v. 9.11.2021 105

Autorenverzeichnis 113

Update im Medizinstrafrecht – Entscheidungen und Tendenzen

*Rechtsanwalt Harald Wostry**

Gerne führe ich die mittlerweile gefestigte Tradition des Einführungsvortrages im Medizinstrafrecht mit seinen aktuellen Tendenzen und Entscheidungen bei dieser Veranstaltung fort. Hierbei ist es erforderlich, aus der Fülle des angefallenen Stoffes eine Auswahl zu treffen, die naturgemäß nur subjektiv sein kann. Ich habe mich für drei Themenbereiche entschieden: Ich werde kurz Aspekte aus dem Pandemiestrafrecht streifen, danach mir relevant erscheinende Entwicklungen im Bereich der Vermögensdelikte im Gesundheitswirtschaftsstrafrecht darstellen, um abschließend zu den Delikten gegen Leib und Leben im Zusammenhang mit dem Behandlungsgeschehen am Lebensende überzuleiten. Gerade der letzte Bereich hat in dem vergangenen Jahr eine rasante Entwicklung genommen.

I. Pandemiestrafrecht

In diesem Bereich beschäftigen zwei Punkte einerseits die Justiz andererseits die Gesetzgebung und Gesellschaft. Der erste Punkt ist die umstrittene Frage, ob das Vorzeigen eines gefälschten Impfpasses in einer Apotheke zur Erlangung eines digitalen COVID-19-Impfzertifikats bereits vor einer Änderung des Strafgesetzbuches zum 24.11.2021 als Urkundendelikt strafbar gewesen ist. Zu dieser Rechtsfrage gibt es unterschiedliche Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte.¹

Es geht um die Frage, ob § 279 StGB in der bis 23.11.2021 geltenden Fassung für den Fall des Umgangs mit gefälschten oder unrichtigen Gesundheitszeugnissen eine Sperrwirkung gegenüber der Urkundenfälschung

* *Harald Wostry*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht und für Strafrecht, Ratajczak & Partner mbB, Essen. Die für das Referat gewählte Vortragsform wurde in diesem Beitrag beibehalten.

1 Vgl. (eine Strafbarkeit verneinend) BayObLG medstra 2022, 338; OLG Bamberg NJW 2022, 556; (eine Strafbarkeit bejahend) OLG Hamburg, Beschl. v. 27.1.2022 – 1 Ws 114/21 –, juris; OLG Stuttgart StV 2022, 397; OLG Schleswig NSTZ 2022, 689; OLG Celle medstra 2022, 334.

gemäß § 267 StGB in Form einer Privilegierung entfaltet.² Dahinter steckt Folgendes: Ist die Vorlage eines nachgemachten Impfpasses in einer Apotheke nicht gemäß § 279 StGB a.F. strafbar, müsste eine solche Sperrwirkung also dazu führen, dass dieses Verhalten auch nicht als Gebrauch einer unrichtigen Urkunde gemäß § 267 StGB bestraft werden könnte.

Mit Beschluss vom 26.07.2022 hatte das OLG Karlsruhe³ in einem Revisionsverfahren gemäß § 121 Abs. 2 GVG die Sache dem BGH vorgelegt, damit die maßgebliche Rechtsfrage geklärt werden konnte.

Parallel dazu war ein Revisionsverfahren bei dem 5. Strafsenat⁴ des Bundesgerichtshofs anhängig. Hintergrund ist ein Urteil des Landgerichts Hamburg⁵ vom 1. März 2022. Dort war der Angeklagte unter anderem wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden. Von dem gleichzeitig angeklagten Vorwurf der Urkundenfälschung in 9 Fällen hatte ihn das Landgericht Hamburg freigesprochen. Der Angeklagte hatte nach den Feststellungen des LG Hamburg unrichtige Impfbescheinigungen ausgestellt, um sich hieraus eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang zu verschaffen.⁶ Gegen Bezahlung trug er angeblich erfolgte Erst- und Zweitimpfungen gegen das Sars-CoV-2-Virus nebst Impfstoffbezeichnung und Chargennummer in von ihm neu erstellte oder bestehende Impfpässe ein. Die Eintragungen versah er mit dem vorgeblichen Stempel eines Impfzentrums sowie der nachgeahmten oder erfundenen Unterschrift des angeblichen Impfarztes. Angesichts der damals gültigen Zugangsbeschränkungen für Ungeimpfte aufgrund der Covid-19-Pandemie war dem Angeklagten bewusst, dass seine Abnehmer die Bescheinigungen gegenüber Dritten, etwa Apotheken zur Erstellung eines digitalen Impfbefreiungsscheins oder in der Gastronomie zum Nachweis über angebliche Schutzimpfungen ihrer Person, vorlegen würden. Hierzu hatte das Landgericht die Auffassung vertreten, dass der Angeklagte keine Strafnorm verletzt habe.⁷ Eine Strafbarkeit wegen Fälschung von Gesundheitszeugnissen gemäß § 277 StGB a.F. scheitere daran, dass die Vorschrift eine Verwendung der Fälschate bei einer Behörde oder einer Versicherung voraussetze, was bei der gegebenen Vorlage in der

2 S. dazu auch *Lichtenthäler* NSTZ 2022, 138 ff.

3 OLG Karlsruhe, medstra 2023, 56.

4 BGH, Urt. v. 10.11.2022 – 5 StR 283/22; Kurzbericht dazu in medstra 2023, R5.

5 LG Hamburg, Urt. v. 1.3.2022 – 634 KLs 8/21, juris.

6 Zu den Feststellungen vgl. LG Hamburg, Urt. v. 1.3.2022 – 634 KLs 8/21, Rn. 82 ff., juris.

7 Vgl. dazu LG Hamburg, Urt. v. 1.3.2022 – 634 KLs 8/21, Rn. 134 ff., juris.