

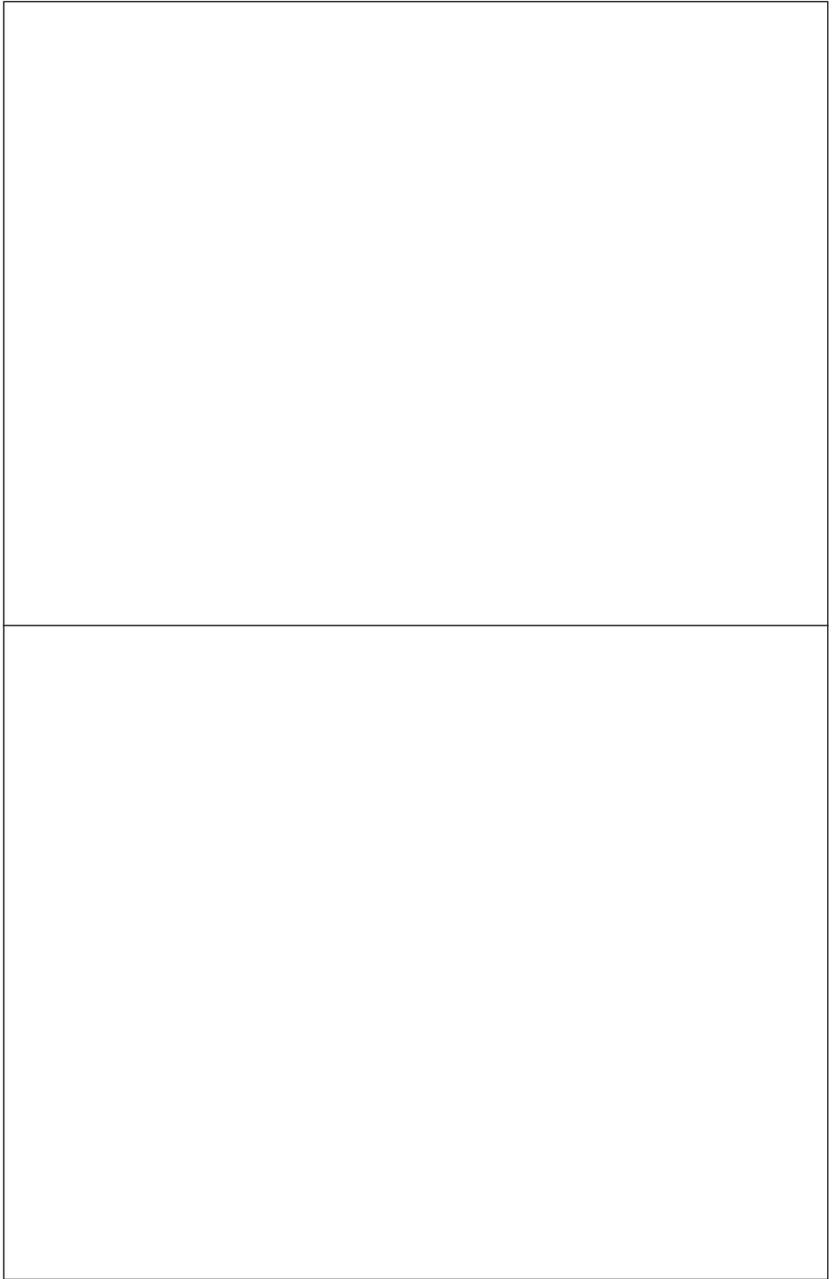
AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.)

# Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht

8. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag



**Nomos**



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

# Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht

8. 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 978-3-8487-5271-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-9446-9 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Am 11. November 2017 veranstalteten das Dr. med. Micheline Radzyner Institut für Rechtsfragen der Medizin (IMR) der Heinrich-Heine Universität Düsseldorf und die Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein (DAV) zum achten Mal den Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag. Die Referate werden auch diesmal wieder in einem Tagungsband dokumentiert und damit der Fachöffentlichkeit zugänglich gemacht.

Zu Beginn gibt *Gaede* mit seinem Beitrag unter dem Titel „*Update im Medizinstrafrecht – Entscheidungen, Tendenzen*“ einen aktuellen Überblick über strafrechtlich relevante Neuerungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung aus dem Bereich des Gesundheitswesens. Hinsichtlich der aktuellen Gesetzgebung geht *Gaede* zunächst kursorisch auf die Novellierung des § 203 StGB sowie die erweiterte Freigabe des Einsatzes von Cannabis in der Medizin ein und gibt dann einen Einblick in die praxisprägende Bedeutung der §§ 299a, 299b StGB. Im Bereich der Rechtsprechung zum Arztstrafrecht untersucht *Gaede* Tendenzen bei der Beurteilung der hypothetischen Einwilligung und diskutiert den Tatbestand des § 217 StGB im Lichte einer aktuellen Entscheidung des BVerwG. In der Rechtsprechung im Medizinwirtschaftsstrafrecht beobachtet er eine Ausweitung der Untreuestrafbarkeit des Vertragsarztes. Einen Schwerpunkt des Beitrages macht sodann die Aufarbeitung des sog. Allokationsskandals durch den BGH aus. Nach einer näheren Beleuchtung der entsprechenden Leitentscheidung ordnet *Gaede* den Entscheidungsinhalt kritisch ein und diskutiert weitergehende Folgerungen. Dann wendet er sich im zweiten Schwerpunkt des Beitrags dem Abrechnungsbetrug zu. Nachdem der Betrugstatbestand hinsichtlich der Abrechnung ärztlicher Leistungen in der Rechtsprechung zunehmend extensiv ausgelegt wurde, sei hier nun aufgrund einzelner aktueller Gerichtsentscheidungen eine Rationalisierungstendenz zu verzeichnen.

Als nächstes erörtert *Clausen* das Thema „*Strafrechtliche Risiken rund um die Wahlleistungsvereinbarung*“. Im Ausgangspunkt des Beitrags stellt der Autor anhand einschlägiger Judikate die Grundlagen für die Erfüllung des Betrugstatbestandes durch die Abrechnung ärztlicher Leistungen dar, um dann einen Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen von Wahlleistungsvereinbarungen im Krankenhaus zu geben. Zur Einschät-

zung strafrechtlicher Risiken bei der Abrechnung von Wahlleistungsvereinbarungen nimmt *Clausen* zunächst die Vertragspartner einer solchen sowie das entsprechende Liquidationsrecht in den Blick. Eine Wahlleistungsvereinbarung werde zwar im Normalfall zwischen dem Krankenhaussträger und dem Privatpatienten abgeschlossen, ein Liquidationsrecht für die vereinbarten Wahlleistungen stehe dem Krankenhaussträger aufgrund der Regelung des § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG jedoch nicht zu. Die Rechtslage sei allerdings umstritten und in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt, weshalb strafrechtliche Konsequenzen bei insoweit fehlerhafter Abrechnung kaum zu erwarten seien. Als weitere Quelle möglicher strafrechtlicher Risiken untersucht *Clausen* die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung bei wahlärztlichen Leistungen. Dazu widmet er sich der Regelung des § 4 GOÄ und definiert den Kernbereich ärztlicher Leistungen im Sinne des § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ für verschiedene Fachrichtungen. Strafrechtliche Risiken seien dort zu erblicken, wo der Kernbereich der ärztlichen Leistungen besonders eindeutig geregelt sei. Abschließend geht der Autor auf die Besonderheiten der Einwilligung des Patienten in den Heileingriff bei der Durchführung wahlärztlicher Leistungen ein.

Es folgt der Beitrag von *Rehborn* zum Thema „*Verdacht strafrechtlichen Fehlverhaltens im Krankenhaus – welche Handlungspflichten bestehen*“. Dieser stellt einleitend dar, in welchen Formen strafrechtliches Fehlverhalten im Krankenhaus denkbar ist, um sich sodann mit den darauf bezogenen Handlungspflichten auseinanderzusetzen. Hinsichtlich der präventiven Handlungspflichten innerhalb des Krankenhauses zieht der Autor das Aktienrecht als Leitbild heran und diskutiert die Schaffung entsprechender interner Sicherungssysteme, wie etwa eines Compliance-Systems im Krankenhaus. Reaktive Handlungspflichten als Folge strafrechtlichen Fehlverhaltens werden im krankenhausesinternen Bereich bei Informationspflichten zwischen verschiedenen Organisationsebenen, arbeitsrechtlichen Maßnahmen sowie der Bildung einer Rückstellung verortet. Im Bereich der krankenhausexternen Pflichten leitet *Rehborn* Offenbarungspflichten des Krankenhaussträgers gegenüber dem Patienten aus § 630c Abs. 2 S. 2 BGB her, um sodann eingehend eine Vermögensbetreuungspflicht des Krankenhaussträgers gegenüber den gesetzlichen Krankenversicherungen zu thematisieren. Offenbarungspflichten des Krankenhaussträgers gegenüber privaten Krankenkassen oder Selbstzahlern lehnt der Autor schließlich ab.

Im Anschluss setzt *Müller* sich mit den „*Pflegedienst[e]n im Blick der Justiz*“ auseinander. Der Beitrag beginnt mit einer allgemeinen Darstellung der gesellschaftlichen Relevanz des sogenannten Pflegenotstands sowie der deutlichen Resonanz in der medialen Berichterstattung auf unterschiedliche Formen von Kriminalität im Pflegewesen. Dem nachfolgend leitet der Autor zu aktuellen rechtlichen Fragestellungen über, die sich im Bereich des Fremdpersonaleinsatzes in Pflegebetrieben ergeben. *Müller* erläutert zunächst das Problem der Scheinselbständigkeit, welches mit unterschiedlichen rechtlichen Risiken behaftet sei, um dann unter Bezugnahme auf die aktuelle Rechtsprechung des BSG Kriterien zur Abgrenzung zwischen selbständiger und nichtselbständiger Tätigkeit in der Pflege herzuleiten. Anschließend widmet sich der Autor den Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung, wo er zunächst die sozialversicherungsrechtlichen Risiken aufzeigt, die sich aus den Neuerungen des AÜG im Jahr 2017 ergeben. Strafrechtliche Risiken für sowohl Ver- als auch Entleiher einer rechtswidrigen Arbeitnehmerüberlassung ließen sich im Tatbestand des § 266a StGB erblicken. Schließlich geht *Müller* auf den Abrechnungsbetrug durch Pflegedienstunternehmer beim Einsatz nicht qualifizierter Pflegekräfte ein und würdigt kritisch die einschlägige Rechtsprechung des BGH.

Der Tagungsband schließt mit dem Beitrag von *Weichert* zum „*Patientendatenschutz und Sanktionenrecht*“. Nach einer einleitenden Darstellung der verschiedenen rechtlichen Grundlagen zum Patientendatenschutz stellt der Autor das in Deutschland geltende Patientendatenschutzregime vor, wobei er die nebeneinander bestehenden Regelungsstränge unterscheidet: das Datenschutzrecht, das ärztliche Berufsrecht sowie die Strafrechtsnorm des § 203 StGB. Bezüglich letzterer beleuchtet *Weichert* dessen jüngste Neuregelung, durch welche insbesondere die Strafbarkeit für das Offenbaren von Geheimnissen an Personen, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit des Berufsheimnisträgers mitwirken, eingeschränkt wurde. Sodann erläutert der Autor die Neurungen des Datenschutzrechts aufgrund der jüngst in Kraft getretenen EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO). Neben der Erweiterung des Katalogs der sensitiven Daten und den gesteigerten Anforderungen an die Informationspflichten gegenüber dem Patienten sei aus sanktionenrechtlicher Sicht eine Verbesserung der Einwirkungsmöglichkeiten der Datenschutzaufsicht durch die DSGVO zu verzeichnen. Sodann befasst sich der Autor mit den strafrechtlichen Ahnungsmöglichkeiten, die sich aus § 42 BDSG ergeben. Die Novellierung des Datenschutzrechts bewertet *Weichert* insgesamt skeptisch: Wesentli-

*Vorwort*

che Änderungen seien nicht zu erblicken, stattdessen entstehe ein eher undurchsichtiges Normgeflecht. Abschließend macht der Autor auf einige praktische Probleme bei der Durchsetzung eines effektiven Patientendatenschutzes aufmerksam, wie etwa die ungenügende Ausstattung der Datenschutzbehörden oder die Antragserfordernisse für die Strafverfolgung.

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

Düsseldorf, im August 2018

*Prof. Dr. Helmut Frister   Prof. Dr. Karl-Heinz Möller   Dr. Rudolf Ratzel*

## Inhalt

Update im Medizinstrafrecht – Entscheidungen, Tendenzen <i>Prof. Dr. Karsten Gaede</i>	11
Strafrechtliche Risiken rund um die Wahlleistungsvereinbarung <i>Dr. Tilman Clausen</i>	39
Verdacht strafrechtlichen Fehlverhaltens im Krankenhaus – welche Handlungspflichten bestehen? <i>Prof. Dr. Martin Rehborn</i>	65
Pflegedienste im Blick der Justiz <i>Prof. Dr. Eckhart Müller</i>	77
Patientendatenschutz und Sanktionenrecht <i>Dr. Thilo Weichert</i>	109
Autorenverzeichnis	123



## Update im Medizinstrafrecht – Entscheidungen, Tendenzen

*Prof. Dr. Karsten Gaede*

Wenn wir auf die Ereignisse zurückblicken, die sich im Medizinstrafrecht seit dem 7. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag zugetragen haben, finden wir ein reich bestelltes Feld vor. Hierzu haben der Gesetzgeber und die Rechtsprechung, aber auch das Schrifttum beigetragen. Meine Versuchung, zu allem und jedem etwas zu bemerken, ist nicht gerade gering.

Ich möchte der Versuchung aber widerstehen und Ihnen eine möglichst anregende Auswahl vorstellen, auch wenn ich damit etwa zur Fortpflanzungsmedizin kein Wort sagen werde. Bei der Auswahl will ich Sie zum einen nicht nur mit der Wiedergabe von Entscheidungen oder Gesetzeswortlauten langweilen, die Sie als Experten des Medizinrechts und des Medizinstrafrechts bereits kennen. Zum anderen werden uns mehrere aktuelle Entwicklungen oder offene Fragen, die ich näher aufgreifen könnte, in den folgenden Vorträgen detaillierter begegnen. Ich denke etwa an den Stand der Korruptionsverfolgung.

Nach diesen Vorzeichen möchte ich zwei Themenschwerpunkte setzen, bei denen ich Tendenzen mit einer praktischen und grundsätzlicheren Bedeutung ausmache. Bevor ich zu den Schwerpunkten gelange, starte ich jedoch *römisch erstens* mit einem kursorischen Überblick, um nicht zu viele Themen vollständig auszusparen. *Römisch zweitens* werde ich – in meinem ersten Schwerpunkt – analysieren, was wir aus der Entscheidung des 5. Strafsenats zum Göttinger-Allokationsfall lernen können. *Römisch drittens* setze ich meinen zweiten Schwerpunkt mit der Frage, ob wir eine belastbare Rationalisierungstendenz bei der Ausdifferenzierung des Abrechnungsbetrugs im Gesundheitswesen konstatieren können.

### *I. Überblick: Felder aktueller Entwicklungen*

Ich komme eingangs also zu einem Überblick. Zu welchen Themen ist das Medizinstrafrecht vor allem in Bewegung?

## 1. Gesetzgebung

Ich möchte zunächst Themen ansprechen, die mit der Gesetzgebung in Verbindung stehen. Auch im letzten Jahr war unser Parlament medizin- strafrechtlich aktiv:

### a) Neuregelung des Geheimnisschutzes bei der Mitwirkung Dritter

Mit Wirkung zum 9. November 2017 ist nicht nur im Gesundheitswesen das „Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“ in Kraft getreten.<sup>1</sup> Mit dieser Novelle des § 203 StGB will der Gesetzgeber insbesondere dem Problem begegnen, dass die Leistungserbringer des Gesundheitswesens nach herrschender Meinung schon dann Geheimnisse offenbaren, wenn sie nicht berufs- bzw. dienstspezifisch, aber doch erforderlicher Weise mitwirkenden Personen Zugang zu Patientendaten verschaffen.<sup>2</sup> Zum Beispiel der Rückgriff auf IT-Anbieter, der für den Berufsträger, aber auch für den Patienten wesentliche Vorteile haben kann, soll damit erleichtert werden.<sup>3</sup> Der neu gestaltete Absatz 3 Satz 2 gestattet, fremde Geheimnisse gegenüber sonstigen Personen zu offenbaren, die an der zum Beispiel ärztlichen Tätigkeit mitwirken, soweit dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der sonstigen mitwirkenden Personen erforderlich ist. Gleiches gilt für sonstige mitwirkende Personen, wenn diese sich weiterer Personen bedienen, die an der heilberuflichen Tätigkeit mitwirken.

Anmerken möchte ich dazu nur, dass auch diese grundsätzlich entkriminalisierende Neuregelung strafrechtliche Risiken aufwirft. Sie ergeben sich aus dem neuen, zum Ausgleich eingeführten Absatz 4 des § 203 StGB: Nach ihm wird zunächst konsequenterweise mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe nun auch bestraft, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis offenbart, das ihm bei der Ausübung oder bei Gele-

---

1 BGBl. 2017 I Nr. 1, S. 3618; siehe zudem einführend den Gesetzentwurf der Bundesregierung BT/Drs. 18/11936 und zur Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses BT/Drs. 18/12940; im Kern vorgestellt bei *Fischer medstra* 2017, 321 f. Zugleich werden die bereits früher als Sonderfälle anerkannten Berufshelfer und die sonstigen Mitwirkenden unter dem Begriff der mitwirkenden Person in die §§ 53, 53a, 97 StPO integriert, BGBl. 2017 I Nr. 1, S. 3618 f.

2 BT/Drs. 18/11936, S. 1 und 18.

3 BT/Drs. 18/11936, S. 1 und 17 ff.

genheit seiner Tätigkeit als mitwirkende Person bekannt geworden ist. Ebenso wird aber bestraft, wer als eine im § 203 Absatz 1 StGB genannte Person nicht dafür Sorge getragen hat, dass eine sonstige mitwirkende Person, die unbefugt ein fremdes, ihr bei der Ausübung oder bei Gelegenheit ihrer Tätigkeit bekannt gewordenes Geheimnis offenbart, zur Geheimhaltung verpflichtet wurde. Dies gilt, soweit diese Person nicht schon nach Absatz 1 verschwiegen sein muss.

Gerade dieser neue Vorschriftentyp wirft diverse Fragen auf.<sup>4</sup> Ob die neue Norm eine weltweite Cloudspeicherung sensibler Daten hergeben sollte, ist ebenfalls fraglich.<sup>5</sup> Zudem und vielleicht vor allem wird das Verständnis des durchaus problematisch großzügigen Merkmals der Erforderlichkeit eine Konkretisierung unumgänglich machen.<sup>6</sup>

## b) Zulässige Verschreibung von Cannabis

Strafrechtlich wirksam ist auch eine Gesetzgebung, die das BtMG betrifft. Das Gesetz zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher und anderer Vorschriften,<sup>7</sup> das am 10. März 2017 in Kraft getreten ist, ermöglicht nun die Verordnung von getrockneten Cannabisblüten „in standardisierter Qualität“.<sup>8</sup> Das Gesetz will Patientinnen und Patienten mit schwerwiegenden Erkrankungen nach entsprechender Indikationsstellung und bei fehlenden Therapiealternativen ermöglichen, Cannabis als Arzneimittel zu therapeutischen Zwecken in Apotheken zu erhalten.<sup>9</sup> Cannabis aus kontrolliertem Anbau wurde zu diesem Zweck in die Anlage III des BtMG verschoben,<sup>10</sup> die Verschreibung demnach über § 13 BtMG i.V.m. der Betäubungsmittelverschreibungsverordnung (BtMVV) gestattet. Streitfragen der Zukunft

---

4 Zu den Vorstellungen des Gesetzgebers zum einen BT/Drs. 18/11936, S. 21, 29; zur Kritik bereits im Gesetzgebungsverfahren siehe etwa die Stellungnahmen von *Eisele*, S. 6 f. und *BRÄK*, S. 5.

5 Siehe auch die Stellungnahme von *Eisele*, S. 5 und *Sinn*, S. 3 f.

6 Siehe zu Problemen der Bestimmtheit etwa demnächst *Braun/Willkomm* medstra 2018, Heft 3 – IV.

7 BGBl. I S. 403 (Geltung ab 10.3.2017).

8 BT-Drs. 18/8965, S. 1.

9 BT-Drs. 18/8965, S. 1. Näher dazu *Müller-Vahl/Oglakcioglu* medstra 2018, 73 ff., auch zum Charakter als Ersatz zur früher erforderlichen Beantragung einer Ausnahmeerlaubnis gemäß § 3 II BtMG.

10 BT-Drs. 18/8965, S. 14.