



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht

19. Herbsttagung

vom 13. bis 14. September 2019 in Berlin

**Die Erbringung nicht indizierter ärztlicher
Leistungen und die – möglichen –
strafrechtlichen Konsequenzen
oder:
Wie (schnell) aus einem Heileingriff
ein Heilangriff werden kann**

Rechtsanwältin Jennifer Jakobi

Bremen

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



**Die Erbringung nicht indizierter ärztlicher Leistungen
und die**

– möglichen –

strafrechtlichen Konsequenzen

oder:

Wie (schnell) aus einem Heileingriff

ein Heilangriff werden kann

Ein kleiner Compliance- Weckruf für die rechtliche Betreuung,
Beratung, Aufklärung und Vertretung
bei/von Ärzten.

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Begrifflichkeiten

Strafrecht?

Nicht indizierte ärztliche Leistung?

Wovon wir reden...

• Jennifer Jakobi •

Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Im **Medizinstrafrecht** gelten

als *nicht indizierte* ärztliche Leistung

all solche,
die **medizinisch** nicht indiziert sind (Definition), wie z. B

- kosmetische Operationen,
- Organentnahmen,
- riskante, noch nicht anerkannte Heilmethoden,
- körperliche „Optimierungen“ etc. .

• Jennifer Jakobi •

Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Hierunter fallen selbstverständlich auch jene

„Behandlungsmaßnahmen“,

die einen anderen/zusätzlichen,

ggf. fingierten,

Anlaß haben

(und insofern auch andere Formen der Optimierung enthalten (z.B. der Abrechnung)).

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Was bekannt ist:

Die Tatbestandsmäßigkeit der Körperverletzung (§ 223
StGB)
bei ärztlichen Heileingriffen

Nach st. Rspr. des BGH ist grds. objektiver TB (+)
bei jeder in die körperliche Unversehrtheit
eingreifenden ärztlichen Behandlungsmaßnahme

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



- Dies umfaßt lege artis durchgeführte und erfolgreiche Maßnahmen.
- Daran ändern alle guten Gründe nichts
 - nicht die „gute Absicht“
 - nicht ein „letzten Endes erzielter guter Effekt“, der quasi als positiver Gesamtsaldo wirkt

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Auf eine **Abgrenzung**
zu
nicht der Diagnose oder Therapie, sondern anderen Zwecken dienenden
Eingriffen
(Schönheits-OP, Experimente, Sterilisation, Organ- oder Gewebespenden,
Schwangerschaftsabbruch aus nicht medizinischen Gründen, Doping)

kommt es auf

tatbestandlicher Ebene
nicht an

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Einwilligung läßt als Rechtfertigung die Strafbarkeit entfallen

-§ 228 StGB, wo die Einwilligung strafrechtlich förmlich geregelt ist; demnach entfällt die Rechtswidrigkeit,

es sei denn, daß die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

-Einwilligung bezieht sich hierbei grundsätzlich auf eine nach den anerkannten Regeln der Kunst (lege artis) durchgeführte Heilbehandlung.

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Einwilligung II

Analoge Anwendung zivilrechtlicher Maßstäbe

Die Einwilligung muß für ihre Wirksamkeit

den Anforderungen der §§ 630 d, 630 e BGB (Patientenrechte) entsprechen

Literatur und Rechtsprechung sind sich einig, dass die Grundsätze der Aufklärung und Einwilligung im Zivilrecht vollständig auf das Strafrecht zu übertragen sind (BGH NJW 2011,1088)

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Einwilligung III

Diese strikte Übertragung zivilrechtlicher Maßstäbe

führt nicht selten zu strafrechtlich unbefriedigenden Ergebnissen, einer zu weiten Ausdehnung der möglichen Strafbarkeit ärztlichen Handelns, Kritik an der Praktikabilität im ärztlichen Alltag, einer Überstrapazierung ärztlicher Pflichten bzgl. Aufklärungsaufwand und -umfang

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Keine Panik

Es gilt der Grundsatz der Methodenfreiheit.

Die Wahl der Behandlungsmethode ist primär Sache des Arztes.

Bei neuen oder sog. Außenseitermethoden gelten jedoch erhöhte Anforderungen an die Aufklärung hinsichtlich der bestehenden Risiken.

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Eine wirksame Einwilligung setzt eine

für den Einzelfall ausreichende

Aufklärung voraus.

Einwilligung iSd § 228 StGB ist eine bewusste, vorherige Erklärung der Zustimmung zu dem tatbestandsmäßigen Verhalten einer bestimmten Person.

Sie bezieht sich daher nicht allein auf den Erfolg, sondern auf die **zum Erfolg führende Handlung!**

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Die Erfüllung der ärztlichen Aufklärungspflicht (§ 630 e BGB) hat daher für die Rechtfertigung zentrale Bedeutung

Die Einwilligung kann – abgestuft –

- tatsächlich
- mutmaßlich (subsidiär) oder
- hypothetisch (auf ArztstrafR begrenzte Figur) erfolgen

Ist der Eingriff per se bedenklich, nicht erforderlich, sondern nur gegeben, etwa rein prophylaktisch, diagnostisch oder nur aus kosmetischen Gründen veranlasst, so werden an die Aufklärung besondere Anforderungen gestellt!

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Hierzu muss deutlich sein:

Die Einwilligung selbst (auch die mutmaßliche) betrifft stets nur einen lege artis ausgeführten Eingriff (BGH NStZ RR 2007, 340/StV 2008, 464)

Der Bezugsgegenstand ist daher grundsätzlich jener einer

**medizinisch indizierten
und
lege artis vorgenommenen
Behandlung.**

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass jeder Eingriff, der nicht indiziert ist oder nicht lege artis vorgenommen wird, zumindest mit besonderen Anforderungen an die Aufklärung verbunden ist.

• Jennifer Jakobi •

Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Hypothetische Einwilligung – der Ausweg für Helden?

Ein Weg zur Begrenzung der Strafbarkeit des Arztes bei Falschaufklärung ist in der Konstruktion der hypothetischen Einwilligung zu sehen.

Diese ist in § 630 h II S. 2 BGB kodifiziert und bestimmt letztlich, dass in Fällen, in denen die Aufklärung den Anforderungen des § 630 e BGB nicht genügt hat, der Arzt sich darauf berufen kann, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.

• Jennifer Jakobi •

Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Hypothetische Einwilligung II

Der BGH hat die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung zunächst nur in Fällen der fahrlässiger Körperverletzung, seit ca. 2003 aber auch bei Vorsatzdelikten angewandt (vgl. BGH NStZ 2004, 442; BGH NStZ-RR 2007, 340).

Die Anwendbarkeit dieser Figur im Strafrecht wird vor allem damit begründet, dass eine Einheitlichkeit der Rechtsordnung hergestellt werden soll und letztlich auch mit dem strafrechtlichen Prinzip der ultima ratio.

• Jennifer Jakobi •

Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Ganz klar:

Willensmängel, die auf **Täuschung oder Zwang** durch den Arzt zurückzuführen sind, lassen **jegliche rechtfertigende** Wirkung einer Einwilligungserklärung **entfallen**.

Will der Arzt also unbedingt ein Knie, eine Hüfte, ein Auge operieren, weil er dies so schön abrechnen kann, hat er einem Patienten wahrheitswidrig die Notwendigkeit einer solchen (oder anderen invasiven) Behandlung vermittelt und dieser daraufhin und deswegen eingewilligt, hat er sich einer KV strafbar gemacht.

Mit Wegfall der Einwilligung liegt **kein** Rechtfertigungsgrund (mehr) vor, der die Tatbestandsmäßigkeit des Heileingriffs als Körperverletzung unstrafbar machen könnte.

• Jennifer Jakobi •

Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Ohne Drohung,
Irrtum,
Täuschung

- und wenn doch?

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
-Bremen-



Ich nenne es mal...

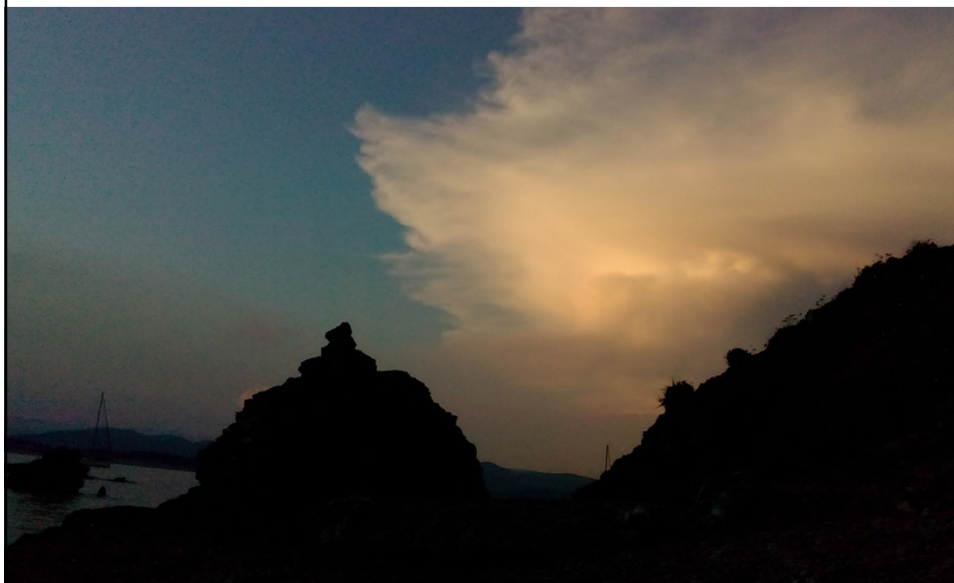
Mängel

Was ebenfalls bekannt ist, aber all zu oft vergessen wird;
neben den misslichen zivil- und verwaltungsrechtlichen Folgen in Fällen
unterbliebener, unzutreffender, nicht ausreichender oder regelwidriger Aufklärung;

dies kann – auch – strafrechtliche Konsequenzen haben!

Wenn also scheinbar „nur“ Folgen wegen Regresses, Schmerzensgelds, der
Approbation, drohendem Widerruf etc. auftreten und diese „lösbar“ scheinen, ist ein
Hinweis an den betreffenden Arzt notwendig: **U.U. droht (noch) ein
Strafverfahren!**

Richten Sie das Augenmerk immer auch auf das dräuende Unheil zwischen den vermeintlich
umschiffen Klippen.



• Jennifer Jakobi •

Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
Bremen



Bei einer aktiven Täuschung ist eine Einwilligung stets unwirksam.

Bei der Irreführung über Umstände, die den Heileingriff betreffen, handelt es sich um einen schweren Angriff auf die Dispositionsfreiheit des Patienten.

Eine aktive Täuschung führt dazu, dass der Patient fremdbestimmt wird.

Der Behandler steuert letztlich den Willensprozess vorsätzlich zu Gunsten eines Eingriffs in die körperliche Integrität (BGH NJW 2013, 1688).

• Jennifer Jakobi •

Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
Bremen



Ob hinterher wegen
vorsätzlicher
oder fahrlässiger

Körperverletzung

bestraft werden kann, hängt nach durchaus vertretener Auffassung auch davon ab, ob die Aufklärung selbst vorsätzlich oder fahrlässig unzureichend war (Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, Seite 425).

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
Bremen



Und der Vorsatz?

-Bei fehlerhafter ärztlicher Behandlung ist Vorsatz jedenfalls dann gegeben, wenn die **Art und Weise der Behandlung nicht am Wohl** des Patienten orientiert ist.

-Das liegt auch bei grobem Behandlungsfehler nicht *automatisch* nahe, kann sich aber im Einzelfall (Behandlungen aus **sachfremden Motiven**, bei **bewusster Falschinformation** (BGH 1 StR 319/03)

-oder bewusst unzureichender Behandlung aufdrängen;

-das gilt auch für mögliche schwere Folgen (NStZ 2004, 35).

Nimmt der Täter irrig Umstände an, die einen Rechtfertigungsgrund begründen würden, kommt – immerhin - noch Bestrafung wegen Fahrlässigkeit in Betracht.

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
Bremen



Es ist zwar nach wie vor noch so, dass insb. im Bereich des Medizinstrafrechts eine **vorsatzskeptische Linie** vorherrscht, wonach selbst bei medizinisch grob fehlerhaftem Verhalten im **Grundsatz von einem Heilungswillen** des Arztes auszugehen sei und nur bei besonderen Umständen ein vorsätzliches Handeln angenommen werden könne.

(vgl. BGH NStZ 2004, 35).

Aber

Es kommt – z.B., wenn ein Eingriff zur Behebung eines vorangegangenen Kunstfehlers vorgenommen und dieser gegenüber dem Patienten verschleiert wird, - nicht darauf an, ob der zweite Eingriff objektiv notwendig war und *lege artis* durchgeführt wurde!

(BGH 1 StR 319/03)

(abgebrochene Bohrer Spitze)

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
Bremen



Und was bedeutet all das?

Die tatbestandlich zu bejahende Körperverletzung eröffnet dann den Weg zu einer weitergehenden strafrechtlichen Prüfung:

Gefährliche Körperverletzung, § 224 StGB

- Sachfremde Motive: (BGH 2 StR 397/97)
(nicht indiziertes massenhaftes Röntgen)
- Bewußte Falschinformation: (BGH 1 StR 319/03)
(mißglückte OP, Gründe für die notwendige Zweit-OP verschleiert)

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
Bremen



Waffen, Werkzeuge, das Leben gefährdende Behandlung

Der Heil-ANGRIFF

Ein gefährliches Werkzeug ist nach st. Rspr. ein solches, das nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen (potenzielle Gefährlichkeit bzw. generelle Geeignetheit).

Mithin wird nach konkreter Betrachtung definiert, so dass sich die *Gefährlichkeit als Merkmal der Verwendung, d. h. der Tatbehandlung mit irgendeinem Werkzeug darstellt.*

Ein Werkzeug ist also dann gefährlich (nach Rspr und hM), wenn die **Erheblichkeit der Verletzung, die der Täter durch den Einsatz verursacht hat oder verursachen wollte, es gefährlich macht.**

• Jennifer Jakobi •

Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
Bremen



Wenn ein offenkundig abstrakt gefährliches Werkzeug oder Waffe benutzt wird, um die Verletzung zu verursachen, der Gegenstand selbst jedoch hierzu konkret ungefährlich eingesetzt wurde (z. B. Injektionsstiche durch einen Arzt, Skalpell in der Hand des Chirurgen),

dann ist nach **dieser** Betrachtungsweise die Injektionsnadel oder das Skalpell „in der Hand des Arztes“ **ungefährliches Werkzeug**.

Kritik: Hier liegt eine Vermischung von Tatbestands- und Rechtfertigungsfragen vor. Ob die Säge in der Hand des Arztes, der ohne Einwilligung das falsche Bein amputiert, ein gefährliches Werkzeug ist, kann schwerlich davon abhängen, ob er das lege artis tut (dazu Kargel in NStZ 2007, 489).

• Jennifer Jakobi •

Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
Bremen



Also noch mal davongekommen.....?

Ja, aber....

- Als lebensgefährdende Behandlung i. S. d. § 224 StGB ist z. B. angesehen worden
 - „nicht indizierte exzessive“ Röntgenbehandlung (BGH 2 StR 397/97)
(Sachv.) sachfremde Motivation, bis zu 140 Röntgenbehandlungen in zwölf Jahren an einem Patienten, um diese gegenüber dem (Privat-) Patienten abrechnen zu können
 - Tatmehrheitlich damit einher ging eine Verurteilung wegen (Abrechnungs-) Betruges (§ 263 StGB). Immerhin wurde die erstinstanzliche Verurteilung wegen KV mit Todesfolge aufgehoben.

Der BGH vertritt die Auffassung, dass in den Fällen, in denen eine Gesundheitsbeschädigung iSd § 223 StGB durch Röntgen zu bejahen ist, auch eine das Leben gefährdende Behandlung gegeben sein wird (gefährliche Körperverletzung).

Es könne auch eine versuchte gefährliche Körperverletzung in Betracht kommen in den Fällen, in denen sich eine relevante Erhöhung der Gefahr von lebensbedrohlichen Langzeitschäden im Einzelfall nicht feststellen lässt (a.a.O.).

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
Bremen



Neben dem sich nahezu aufdrängenden § 263 StGB
(**Betrug/“Abrechnungsbetrug“**), bei dessen „Behandlung“ man letztlich immer
noch einen gewissen **Spielraum in der Verteidigung** hat, ist daher stets auch ein
möglicherweise folgendes strafrechtliches Ermittlungsverfahren wegen
Körperverletzungsdelikten zumindest gedanklich zu beachten!

**Fakt ist jedenfalls, dass auch ein Arzt wegen gefährlicher
Körperverletzung verurteilt werden kann, wenn er ungefragt
oder ohne rechtfertigende Einwilligung einen ärztlichen
Heileingriff zum Heilangriff macht!**

• Jennifer Jakobi •
Rechtsanwältin
FAin für Strafrecht
Bremen



Fakt ist aber auch:

**In der Rechtsprechungsdatenbank des BGH mit den Stichworten
„Körperverletzung und Arzt“ finden sich aktuell 62 Resultate für den
Zeitraum von 2001 bis einschließlich 2019.**

**Dies spricht also nicht dafür, daß zumindest die obergerichtliche
Strafrechtsprechung sich überdurchschnittlich häufig letztinstanzlich mit
diesen Fragen beschäftigt.**

**Insofern: Keine Panik, aber Augen auf!
Der Mandant wird es Ihnen danken!**