

## Buchrezension

**Eric Hilgendorf**, Einführung in das Medizinstrafrecht, C.H. Beck, München, 2016, 133 S., € 24,90.

Das Medizinstrafrecht zählt nicht erst seit dem In-Kraft-Treten des neuen Sterbehilfeparagraphen (§ 217 StGB) und des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen (§§ 299a ff. StGB) zu einem der neuen, „heißen“ Gebiete der Jurisprudenz. Mediziner und medizinische Einrichtungen stehen schon länger im Fokus der Ermittlungsbehörden. Erinnert sei hier nur an den Transplantationsskandal von Göttingen, der in diesen Tagen mit einem Freispruch des Hauptangeklagten vor dem Leipziger Senat des BGH<sup>1</sup> sein Ende fand. Ob dieser Eindruck darauf zurückzuführen ist, dass die Mitglieder des Berufsstandes, die vor nicht allzu langer Zeit noch als Halbgötter in Weiß bezeichneten wurden, nunmehr in den Niederungen des Irdischen angekommen sind, ob durch den Verlust dieses Nimbus<sup>2</sup> (auch) bei Ärzten heutzutage genauer hingesehen wird (Stichwort: Schließung von Strafbarkeitslücken durch § 299a ff. StGB) oder ob es sich bei alldem nur um ein Schattengefecht gegen vermuteten, faktisch aber gar nicht bestehenden Wildwuchs handelt, ist an dieser Stelle nicht zu entscheiden. Die Tatsache jedoch, dass man Bücher wie das vorliegende oder auch auf das Thema fokussierte Fachzeitschriften publiziert, zeigt, dass dem strafrechtlich relevanten Verhalten dieser Berufsgruppe offenbar große Bedeutung zugemessen wird.

Das Buch richtet sich zuvorderst an Studierende der Rechtswissenschaft. Daneben soll es auch Mediziner und andere Heilberufler und darüber hinaus die interessierte Öffentlichkeit ansprechen. Durch eine „klare und verständliche Darstellungsweise“ soll diese Zielgruppe an das Thema herangeführt und ein Problembewusstsein geschaffen werden. Es sei schon an dieser Stelle betont, dass das Werk dieses Ziel ohne Abstriche erreicht. Hervorzuheben ist, dass der *Autor* zur Schaffung dieses Problembewusstseins nicht nur zu der in Lehrbüchern bewährten Methode des Beispielfalls greift, um die Anwendung des jeweiligen Tatbestandes zu verdeutlichen, besonders aufgefallen ist die Gabe des *Autors*, die komplexen und vielschichtigen medizinethischen Probleme bei Sterbehilfe (§ 217 StGB), Schwangerschaftsabbruch (§ 218 StGB), dem Embryonenschutzgesetz (ESchG) oder auch den strafrechtlichen Aspekten des bereits erwähnten Transplantationsskandals verständlich zusammenzufassen. Der erwünschten Annäherung an das Gebiet dienen auch die im gesamten Buch zu findenden knappen, dennoch informativen historischen Ausführungen. Sie helfen, die aktuellen rechtlichen Regelungen nachvollziehen und verstehen zu können (insbesondere das gelungene Kapitel 3 „Zur Geschichte der Euthanasie“). Das bei dem Umfang des Werks mit 130 Seiten eine vertiefende Darstellung der dogmatischen Hintergründe nicht geleistet werden kann versteht sich von selbst und ist auch nicht Aufgabe einer „Einführung“. Weniger geeignet ist das Buch für den Praktiker. Dies liegt zum

einen an dem Umfang des Werks, der eine tiefergehende Befassung mit den Details verbietet, zum anderen aber auch daran, dass die durchaus vorhandenen Verweise im Fußnotenapparat eher für eine weitergehende dogmatische Befassung mit der Materie geeignet sind, als zur Auffindung der für die Praxis so bedeutenden Rechtsprechung. Auch die im gesamten Medizinrecht so wichtige Querverbindung zu den übrigen Normen, sei es aus dem Sozialversicherungs-, dem Berufs-, oder dem Zivilrecht gelingt nicht immer und schränkt die Nutzbarkeit für den Praktiker ein. Es sei erwähnt, dass diese Querverbindungen für die Zielgruppe der Studierenden, die einen ersten Überblick erhalten sollen, wohl weniger interessant sind. Für die explizit genannte Zielgruppe der Mediziner und anderen Heilberufler gilt dies jedoch umso mehr.

Inhaltlich orientiert sich das Buch nach einer knappen und gelungenen Einführung, die insbesondere einen historischen Überblick bietet, in seinen zehn Kapiteln an den klassischen arzt-spezifischen und -typischen Straftatbeständen. Dabei fällt auf, dass der *Autor* den Tatbestand der Ausstellung unrichtiger Gesundheitszeugnisse (§ 278 StGB), eines echten Sonderdelikts, nicht darstellt. Ob dieser schlicht übersehen wurde oder aus Sicht des *Autors* keine relevanten Besonderheiten aufweist, die Studierenden nicht aus den übrigen Urkunden-delikten bekannt sind, bleibt unklar. Für die Zielgruppe der Mediziner und Heilberufler stellt das Fehlen hingegen ein Manko dar. Der Tatbestand des § 278 StGB ist gerade in Bezug auf vermeintliche „Gefälligkeitsbescheinigung“ immer wieder Gegenstand von Ermittlungsverfahren gegen Ärzte, wie der Rezensent aus eigener Praxis berichten kann.

Den größten Raum nimmt das 2. Kapitel, „Der ärztliche Heileingriff“ ein. Die Darstellung ist insgesamt gelungen. Gerade die Ausführungen zu den dogmatischen Grundlagen überzeugen und dürften geeignet sein, auch Medizinern verständlich zu machen, warum aus herrschender strafrechts-dogmatischer Sicht ein Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. Hilfreich ist in diesem Zusammenhang der Verweis auf S. 11 Rn. 9 und den Umstand, dass nicht nur Ärzte, sondern auch Richter berufsbedingt objektive (Straf-)tatbestände erfüllen: jene den des § 223 StGB, diese den des § 239 StGB bei einer Verurteilung des Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe. Hervorzuheben ist die Darstellung der Beschneidung von Säuglingen und Kleinkindern. *Hilgendorf* verweist zu Recht auf den auch verfassungsrechtlich unhaltbaren Wertungswiderspruch zwischen § 226a StGB, der die Beschneidung von Mädchen und Frauen als „Verstümmelung weiblicher Genitalien“ in den Rang eines Verbrechens hebt und § 1631d BGB, der die „Beschneidung des männlichen Kindes“ sogar durch Nicht-Ärzte billigt. Während der Rezensent dem *Autor* ohne Einschränkungen darin folgt, dass eine geschlechtsneutrale Formulierung des § 226a StGB geboten ist, kann er dies bei der Forderung nach einer analogen Anwendung der Regelung des § 1631d BGB auch auf weibliche Kinder nicht. Wenn § 226a StGB geschlechtsneutral gefasst wird und zugleich § 1631d BGB analog auf weibliche Kinder angewendet werden soll, so würde die Beschneidung der äußeren Genitalien bei einem Kind gleich welchen Ge-

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 5 StR 20/16 (noch nicht veröffentlicht).

schlechts durch die Eltern einwilligungsfähig sein, und damit in diesem Fall für den Operateur straffrei.

Dieses „Lösung“ mag zwar die aktuell bestehende Ungleichbehandlung von Jungen und Mädchen beseitigen, stellt aber doch eine sehr technische Betrachtung dieses Rechtsproblems dar und kann aus grundlegenden verfassungsrechtlichen (Art. 1 und 2 GG) und ethisch-moralischen Gesichtspunkten nicht geteilt werden.

In der nächsten Ausgabe korrigiert werden sollte im Rahmen der Ausführungen zur ärztlichen Aufklärung (S. 20 Rn. 51) die Behauptung, dass eine bestimmte Form der Aufklärung nicht vorgeschrieben sei. Diese Darstellung ist zumindest missverständlich. Seit Jahrzehnten unumstritten und auch Inhalt der gesetzlichen Regelung in § 630e Abs. 2 BGB geworden, ist die Anforderung, dass die Aufklärung mündlich zu erfolgen hat. Eine rein schriftliche Aufklärung reicht regelmäßig nicht. Auch wenn zivilrechtsdogmatisch diskutiert werden kann, ob es sich bei der mündlichen Form um eine „Form“ im Sinne des BGB handelt, ist ein Hinweis auf die zwingend vorgeschriebene Mündlichkeit wichtig. Wenn der *Autor* auf S. 21 Rn. 53 ausführt, dass die Aufklärung auch durch einen Arzt eines anderen Fachgebietes durchgeführt werden kann und in diesem Fall die Grundsätze der horizontalen Arbeitsteilung Anwendung finden, fehlt der Hinweis auf § 630e Abs. 2 BGB, wonach „die Aufklärung [...] mündlich durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen [muss], die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt“. Damit scheidet ein fachgebietsfremder Facharzt als aufklärender Arzt regelmäßig aus.

Verkürzt ist schließlich die Darstellung, nach der die Möglichkeit einer „hypothetischen Einwilligung“ in der „jüngeren Literatur“ diskutiert werde. Auch wenn diese Diskussion stattfindet, so ist doch die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung ein schon länger etablierter ständiger Begleiter der Arzthaftungsrechtsprechung. Verwiesen sei nur auf die Rechtsprechung des BGH.<sup>2</sup> Nicht zuletzt sieht auch das Patientenrechtegesetz eine solche hypothetische Einwilligung vor. So lautet § 630h Abs. 2 S. 2 BGB: „Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.“

Ausführlich und gut verständlich dargestellt wird das Kapitel 4 „Sterbehilfe“. Besonders die in Form eines Exkurses vorliegende knappe Darstellung der Geschichte der Euthanasie (S. 29-36) sei dem Leser zur Lektüre empfohlen. Die sich anschließenden Kapitel 4 „Recht der Sterbehilfe“ und Kapitel 5 „Sterbehilfegesellschaften“ stehen unter dem Eindruck des neuen § 217 StGB. *Hilgendorf* führt überzeugend die Argumente gegen die vom Gesetzgeber zugrunde gelegte Intention und die gewählte Fassung des § 217 StGB aus. Nicht nur stellt sich die Frage des Erfordernisses dieses Straftatbestandes als solcher, auch die Diskrepanz zwischen Wortlaut der Norm und der aus der Gesetzesbegründung sich ergebenden

Intention des Gesetzgebers betreffend die Tätigkeit der stationären und insbesondere ambulanten Palliativversorgung wird prägnant und verständlich dargestellt. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass nach hiesiger Kenntnis das Bundesverfassungsgericht beabsichtigt, noch im Verlauf dieses Jahres die anhängigen Verfassungsbeschwerden gegen die Norm zu entscheiden, auch soll eine mündliche Verhandlung geplant sein.<sup>3</sup>

Auch das sich anschließende Kapitel 6 „Der Schwangerschaftsabbruch“ ist dem *Autor* gelungen. Besonders ist die graphische Aufarbeitung zum Schutz des ungeborenen Lebens in den verschiedenen Entwicklungsstadien aus dem juristischen Blickwinkel hervorzuheben, der sich von der medizinischen Betrachtung unterscheidet.

Das 7. Kapitel „Embryonenschutz und Stammzellenforschung“ weist einmal mehr den für das Buch typischen Zugschnitt auf. Der Schwerpunkt liegt weniger in den einzelnen Straftatbeständen der Spezialgesetze, als vielmehr in dem gelungenen Unterfangen, dem Leser einen Überblick über die Regelungsmaterie und das darin begründete religiös-ethisch-moralische, aber auch medizinische und juristische Konfliktpotential aufzuzeigen. Gerade bei diesem Thema macht sich die Neigung *Hilgendorfs* zu historischen Ausführungen bezahlt. Trotz der Kürze der Erläuterungen spart der *Autor* nicht daran, die im geltenden Recht bestehenden Widersprüche und Unstimmigkeiten aufzuzeigen.

Der aktuellen Entwicklung entsprechend umfangreich widmet sich das Werk im Kapitel 8 der Organtransplantation. Nach einer knappen Einführung mit einer Darstellung der verschiedenen denkbaren und in der öffentlichen Debatte vertretenen Regelungsmodelle zur Zustimmung des Spenders in die Spende post mortem (insb. Widerspruchs- vs. Zustimmungslösung mit ihren Unterarten) widmet sich der *Autor* einer recht detaillierten Darstellung des Ablaufs einer Organspende nach geltendem Recht und der Rolle der beteiligten Akteure. Der „Organspendeskandal“ von 2012/2013 wird mit einem eigenen Kapitel gewürdigt. *Hilgendorf* stellt die Hintergründe des zum Zeitpunkt der Drucklegung allein verfügbaren, den angeklagten leitenden Arzt freisprechenden Urteils des LG Göttingen dar, ohne sich selbst zu positionieren. Mangels einschlägiger Bestimmungen des Transplantationsgesetzes in der damals geltenden Fassung erfolgte die Anklage allein auf Basis des Strafgesetzbuchs. Wie bereits eingangs dargestellt, kann aus heutiger Sicht ergänzt werden, dass der BGH<sup>4</sup> die von der Staatsanwaltschaft eingelegte Revision zurückgewiesen und den Arzt endgültig vom zuletzt noch erhobenen Vorwurf des versuchten Totschlages in acht Fällen freigesprochen hat. Das Handeln des Arztes, nämlich die Manipulation der Patientenakten mit dem Ziel, diese auf der Warteliste bei der zentralen Vermittlungsstelle für Organe auf eine aussichtsreiche Position zu heben, wäre jedoch nach der zwischenzeitlich geänderten Gesetzeslage als Verstoß

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03 = MedR 2005, 159; BGH, Urt. v. 20.3.2013 – 1 StR 320/12 = NSTz-RR 2013, 270.

<sup>3</sup> DÄBl. 2017; 114(9): A-398/B-344/C-336; <http://rsw.beck.de/aktuell/meldung/bverfg-gibt-bundestag-mehr-zeit-fuer-stellungnahme-zum-sterbehilfe-verbot> (3.11.2017).

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 5 StR 20/16 = NJW 2017, 3249.

gegen die neuen Straftatbestände des Transplantationsgesetzes als Vergehen strafbar.

Als klassische Prüfungsmaterie in der juristischen Ausbildung widmet sich der *Autor* im folgenden Kapitel 9 „Die ärztliche Schweigepflicht“ dem § 203 StGB recht detailliert und aus einem klassisch-dogmatischen Lehrbuchblickwinkel. Auch das Prüfungsschema fehlt nicht (S. 105). Die Darstellung ist jedoch durchaus gelungen, auch wenn sie aufgrund der Orientierung am Prüfungsaufbau für den nichtjuristischen Leser ungewohnt sein dürfte. Nicht berücksichtigen konnte der *Autor* die zwischenzeitliche Änderung<sup>5</sup> des § 203 StGB, die es unter anderem Ärzten ermöglicht, externen Dienstleistern, wie z.B. IT-Fachkräften, gegenüber unter vertraglicher Verpflichtung zur Verschwiegenheit geschützte Geheimnisse straffrei zu offenbaren, sofern dies für deren Mitwirkung erforderlich ist

Den Abschluss in der Darstellung der bestehenden Straftatbestände bietet das 10. Kapitel „Korruption und Abrechnungsbetrug“. Bedauerlicherweise lag die Drucklegung des Werks vor der finalen Fassung des „Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“, sodass der *Autor* die letztlich Gesetz gewordene Fassung nicht berücksichtigen konnte. Er widmet dem damals bekannten Entwurf ein eigenes Unterkapitel. Die übrigen Straftatbestände (§§ 263, 299, 331, 332 StGB) werden knapp dargestellt. Letztlich handelt es sich bei diesen nicht um arzt- oder medizinspezifische Regelungen, sodass ohne eine vertiefte Kenntnis der flankierenden sozial-, berufs- und zivilrechtlichen Regelungen die Brisanz dieser Straftatbestände im medizinischen Bereich kaum erkennbar ist. Die Darstellung dieser Hintergründe unterbleibt indes fast vollständig, sodass dem Leser dieses Kapitels letztlich kaum ein Mehrwert bleibt. Denn gerade das Dilemma der Ärzteschaft, sozialrechtlich zur Kooperation angehalten zu werden und strafrechtlich bei einer solchen dem Verdacht der Korruption ausgesetzt zu sein, begründet die Brisanz der Vermögensdelikte im Medizinstrafrecht. Vollständig verzichtet wird auf die Darstellung des Untreuetatbestandes (§ 266 StGB), der nach aktueller Rechtsprechung des BGH<sup>6</sup> auf niedergelassene Vertragsärzte anwendbar sein soll. Bei der Darstellung des Abrechnungsbetruges kritisiert *Hilgendorf* mit Recht die Übertragung des sogenannten formalen Schadensbegriffs aus dem Sozialrecht in das Strafrecht und stellt die Hintergründe, nämlich das Fehlen eines eigentlich für § 263 StGB zwingend erforderlichen wirtschaftlichen Schadens, dar. Leider fehlt ein Hinweis, dass der BGH diesen formalen Schadensbegriff nunmehr nicht nur – wie dargestellt – bei Verstößen gegen vertragsärztliche und somit sozialrechtliche Formvorschriften anwendet, sondern auch bei Verstößen gegen rein formale

Abrechnungsvorschriften der privatärztlichen Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ), einer amtlichen Taxe.

Das Buch schließt mit einem Ausblick auf die „Neuen Herausforderungen“. *Hilgendorf* benennt die Selbst-Optimierung des Menschen mit seinen Ausprägungen Schönheitsoperationen, Doping, IVF und PID. Auch die Prädiktive Gendiagnostik wird angeführt und das damit zusammenhängende Problem des Rechts auf Nichtwissen erläutert. Nach kurzen Ausführungen zu neuen Bildgebenden Verfahren und dem Potential der Medizinrobotik benennt der *Autor* schließlich zutreffend die Abgrenzung zwischen Heilung und Verbesserung als (Zukunfts-)Problem der Medizin, Ethik und wohl auch des Medizin(straf-)rechts. *Hilgendorf* benennt cursorisch die Diskussionsgebiete, die sich insbesondere an den nicht trennscharfen Begrifflichkeiten und der fehlenden einheitlichen Definition von „Krank“, „Gesund“ und auch der eines „Normalzustandes“ entfalten. Dies ist ein Thema, das im Hinblick auf eine alternde Gesellschaft nicht nur medizinischen und juristischen, sondern gesamtgesellschaftlichen Diskussionsbedarf weckt.

Zusammengefasst handelt es sich bei dem Werk von *Hilgendorf* um eine echte Bereicherung. Der schwierige Spagat zwischen Kürze und Vollständigkeit ist dem *Autor* weitestgehend gelungen, die Lesbarkeit ist hervorragend. Die erhobene Kritik kann in der dem *Autor* und Werk zu wünschenden Folgeauflage berücksichtigt werden, wie auch eine Einarbeitung der zwischenzeitlichen Rechtsentwicklung.

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht Torsten Nölling, Leipzig*

<sup>5</sup> Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen (AnwDienstlG) v. 30.10.2017, BGBl. I 2017, S. 3618, in Kraft getreten am 9.11.2017.

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – 4 StR 163/16, Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber der Krankenkasse bei der Verordnung von Heilmitteln.