

Patrick Hankel
Adresse XX Hausnummer XX
1523X Frankfurt/ Oder

31. März 2009

3. Semester
Matrikel -Nr.: XXXXX

Große Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht

bei Prof. Dr. Dr. Uwe Scheffler

Wintersemester 2008/09

2. Hausarbeit

Sachverhalt

Nach langer Zeit qualvoller Rückenschmerzen wird Frau X durch ihren Hausarzt zur operativen Behebung eines Bandscheibenvorfalls in die chirurgische Abteilung der vor Kurzem privatisierten städtischen Kliniken „Salus GmbH“ überwiesen. Chefärztin dieser Abteilung ist Dr. A. Frau X wird dort vom 2. Oberarzt Dr. K behandelt, der nach einer Kernspintomografie feststellt, dass Frau X unter einem schweren Bandscheibenvorfall im „Bandscheibenbereich“ (sog. Bandscheibenfach) L4/L5 sowie einem leichten Bandscheibenvorfall im darunterliegenden Bandscheibenfach L5/S1 leidet.

Dr. K und Frau X vereinbaren die Operation des großen Bandscheibenvorfalls, in welche Frau X nach ordnungsgemäßer Aufklärung einwilligt. Auch die operative Behebung des kleinen Vorfalls wäre schon zu diesem Zeitpunkt ärztlich vertretbar, soll jedoch nach dem Willen von Frau X noch aufgeschoben werden. Die Operation wird am folgenden Tag durch Dr. K durchgeführt. Er entfernt jedoch versehentlich den kleinen anstelle den großen Bandscheibenvorfall. Schon am nächsten Tag treten bei Frau X Lähmungserscheinungen in den unteren Extremitäten auf, welche Dr. K zunächst auf ein Frührezidiv, also auf einen erneuten Vorfall im selben Fach, zurückführt. Nach einer Röntgenuntersuchung, die Dr. K mit Einwilligung von Frau X selbst vornimmt, erkennt er, dass er versehentlich im falschen Bandscheibenfach operiert hatte, da er die Etage verwechselte. Erschrocken über seinen Fehler dokumentiert er die Verwechslung in der Krankenakte von Frau X und informiert umgehend Dr. A. Die Chefärztin macht ihm folgenden Vorschlag, welcher sodann auch ausgeführt wird: Zunächst soll Dr. K den Fehler seiner Patientin verschweigen sowie ihr die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer nochmaligen Operation mit einem Frührezidiv erklären. Tatsächlich sollte er jedoch die Operation im richtigen Fach L4/L5 nachholen. Aufgrund dieser wahrheitswidrigen Aufklärung willigt Frau X in die zweite Operation ein.

Frau X erholt sich in der folgenden Woche gut von der Operation. Indessen plagt Dr. A und Dr. K ihr schlechtes Gewissen. Beide vereinbaren vor der letzten Visite, Frau X vor ihrer Entlassung die Wahrheit zu sagen und sie um Verzeihung zu bitten. Nach der Offenbarung der geschehenen Fehler ist Frau X erschrocken, reagiert jedoch nachsichtig. Sie meint, sie könne nicht sagen, ob sie zur benachbarten Uniklinik gewechselt hätte, wenn man ihr sofort die Wahrheit gesagt hätte. Denn immerhin sei auch denn die Operation dringlich gewesen, was gegen eine Verlegung in das andere Krankenhaus gesprochen hätte. Auch wolle sie nicht nachtragend sein, da es ihr nun wieder gut geht. Um ein Schlussstrich unter die Geschehnisse zu ziehen, erklärt sich Frau X sogar damit einverstanden, dass Dr. K den Eintrag über den Fehler aus der Krankenakte streicht, wie es dann auch geschieht.

Aus Dankbarkeit für diese Reaktion möchte sich Dr. A für die Nachsichtigkeit von der X erkenntlich zeigen. Sie greift nach ihrem Rezeptbuch und verordnet für X eine spezielle Matratze für Bandscheibenprobleme, auf der man herrlich schläft. Nachdem nun beide Bandscheibenvorfälle erfolgreich behoben wurden, ist die Matratze aus medizinischer Sicht zwar nicht mehr erforderlich; jedoch ist Frau X für diese versöhnliche Geste sehr erfreut. Schon am nächsten Tag händigt der gutgläubige Orthopädiefachhändler O Frau X die Matratze aus und rechnet die Kosten in Höhe von € 750,- mit der gesetzlichen Krankenkasse ab.

Prüfen sie die Strafbarkeit von Dr. A und Dr. K! Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt. Nicht zu Prüfen ist die mögliche Strafbarkeit wegen der ersten Operation im Fach L5/S1.

Literaturverzeichnis

- Amelung/Eymann Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht
JuS 2001, S. 937 ff.
- Baumann/Weber/Mitsch Strafrecht Allgemeiner Teil
11. Auflage
Bielefeld 2003
(zit.: Baumann/Weber/Mitsch, AT, §... Rn...)
- Binding, Karl Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil
Band 1
2. Auflage
Leipzig 1902
(zit.: Binding, BT 1, S. ...)
- Bockelmann; Paul Strafrecht Besonderer Teil 2
München 1977
(zit.: Bockelmann, BT 2, S. ...)
- Bollacher/Stockburger Der ärztliche Heileingriff in der strafrechtlichen Fallbearbeitung
Jura 2006, S. 908 ff.
- Engisch, Karl Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei den Rechtfertigungs-
gründen
ZStW 1958, S. 567 ff.
- Fischer, Thomas Strafgesetzbuch und Nebengesetze
56. Auflage
München 2009
(zit.: Fischer, §... Rn...)
- Joecks, Wolfgang Strafgesetzbuch Studienkommentar
7. Auflage
München 2007
(zit.: Joecks, § ... Rn..)
- Kuhlen, Lothar Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer
Einwilligung des Betroffenen
JR 2003, S. 227 ff.
- Kuhlen, Lothar Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“
JZ 2005, S. 713 ff.
- Kuhlen, Lothar Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen
in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag
Berlin 2001
- Kuhlen, Lothar Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen
in: Grundlagen staatlichen Strafens
Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag
München 2001

Küpper, Wilfried	Strafrecht Besonderer Teil 7. Auflage Heidelberg 2008 (zit.: Küpper, BT, S. ...)
Lackner/Kühl	Strafgesetzbuch 26. Auflage München 2007 (zit.: Lackner/Kühl, StGB, § ... Rn...)
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch Erster Band: §§ 1 bis 31 11. Auflage Berlin 2003 (zit.: LK-Bearbeiter, §... Rn..)
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch Siebenter Band: §§ 264 bis 302 11. Auflage Berlin 2005 (zit.: LK-Bearbeiter, §... Rn..)
Maurach/Schröder/Maiwald	Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1 9. Auflage Heidelberg 2003 (zit.: ; Maurach/Schröder/Maiwald, BT1, § ... Rn...)
Münchener Kommentar	Strafgesetzbuch Band 4, §§ 263 – 358 StGB; §§ 1-8,105,106 JGG München 2006 (zit.: MüKo- Bearbeiter, § ... Rn...)
Puppe, Ingeborg	Der objektive Tatbestand der Anstiftung GA 1984, S. 101 ff.
Puppe, Ingeborg	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative GA 2003, S. 764 ff.
Puppe, Ingeborg	Was ist Anstiftung? NStZ 2006, S. 424 ff.
Rigizahn, Ernest F.	Anmerkung zu BGHSt 43, 346 JR 1998, S. 523 ff.
Röhnau, Thomas	Anmerkung zu BGH JZ 2004, 799 f. JZ 2007, 801 ff.
Roxin, Claus	Strafrecht Allgemeiner Teil Band II München 2003 (zit.: ¹ Roxin, AT II, §... Rn...)

- Rudolphi/Horn/Günther/Samson Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 37
Stand: März 2007
(zit.: SK-Bearbeiter, §... Rn...)
- Rudolphi/Horn/Günther/Samson Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
Band 2, Besonderer Teil, §§ 267 - 358
Stand: März 2007
(zit.: SK-Bearbeiter, §... Rn...)
- Schmidt, Eberhard Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen
Aufklärungspflicht regelt?
Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag
Tübingen 1962
- Taschke, Jürgen Die Strafbarkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von
Rezepten
StV 2005, S. 406 ff.
- Schönke/Schröder (Hrsg.) Strafgesetzbuch
27. Auflage
München 2006
(zit.: S/S/Bearbeiter, StGB, §... Rn...)
- Wessels/Beulke Strafrecht Allgemeiner Teil
38. Auflage
Heidelberg 2008
(zit.: Wessels/Beulke, AT, S. ... Rn...)
- Wessels/Hettinger Strafrecht Besonderer Teil I
32. Auflage
Heidelberg 2008
(zit.: Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, S... Rn...)
- Wessels/Hillenkamp Strafrecht Besonderer Teil 2
31. Auflage
Heidelberg 2008
(zit.: Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, S... Rn...)

Gliederung

A DIE RÖNTGENUNTERSUCHUNG DURCH DR. K AN X	1
I. FREISETZUNG IONISIERENDER STRAHLEN, § 311 I 1.....	1
1. Tatbestand.....	1
2. Ergebnis.....	1
III. KÖRPERVERLETZUNG, § 223 I.....	1
1. Tatbestand.....	1
2. Ergebnis.....	2
B DIE ZWEITE OPERATION	2
I. STRAFBARKEIT DES DR. K	2
1. Körperverletzung, § 223	2
a) Tatbestand	2
aa) Objektiver Tatbestand	2
(A) Lex- Artis- Theorie.....	2
(B) Erfolgstheorie	3
(C) Rechtfertigungslösung.....	3
(D) Stellungnahme und Zwischenergebnis.....	3
bb) Subjektiver Tatbestand	4
b) Rechtswidrigkeit	4
aa) Einwilligung.....	4
(A) Verfügbarkeit des Rechtsguts.....	4
(B) Einwilligungsfähigkeit	4
(C) Einwilligungserklärung und Einwilligungszeitpunkt	4
(D) Freiheit von (rechtsgutsbezogenen) Willensmängeln	5
(E) Zwischenergebnis	5
bb) mutmaßliche Einwilligung.....	5
(A) Verfügbarkeit des Rechtsguts; Einwilligungsfähigkeit.....	5
(B) Uneinholbarkeit der Einwilligung	5
(C) Ergebnis.....	6
cc) andere Rechtfertigungsgründe und Zwischenergebnis.....	6
dd) Unrechtsausschluss durch die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung.....	6
(A) entscheidungsbezogene hypothetische Einwilligung	6
(B) erfolgsorientierte hypothetische Einwilligung.....	7
(C) Sinnlosigkeitsthese	7
(D) Stellungnahme.....	8
(E) Zwischenergebnis	8

c) Ergebnis.....	9
2. <i>Versuchte Körperverletzung, §§ 223 I, II, 22, 23 Alt.2</i>	9
a) Tatbestand	9
aa) Endgültiger Tatentschluss	9
bb) Unmittelbares Ansetzen.....	9
b) Rechtswidrigkeit	9
c) Schuld.....	10
d) Ergebnis	10
3. <i>Versuchte gefährliche Körperverletzung, §§ 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5, II, 223, 22, 23 Alt. 2</i>	10
a) Tatbestand	10
b) Ergebnis	10
4. <i>Versuchte Körperverletzung im Amt, §§ 340 I,II, 223, 22, 23 Alt.2</i>	11
a) Tatbestand	11
b) Ergebnis	11
II. STRAFBARKEIT DER DR. A	11
1. <i>Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat, § 357</i>	11
2. <i>Versuchte Anstiftung zur Körperverletzung, §§ 223 I, 30 I, 23, 22</i>	12
3. <i>Anstiftung zur versuchten Körperverletzung §§ 223 I, II, 22, 23 Alt.2, 26</i>	12
a) Tatbestand	12
aa) objektiver Tatbestand	12
bb) Subjektiver Tatbestand	13
b) Rechtswidrigkeit und Schuld	13
c) Ergebnis.....	13
C DAS STREICHEN DES DOKUMENTIERTEN FEHLERS AUS DER KRANKENAKTE DURCH DR. K	13
I. FALSCHBEURKUNDUNG IM AMT (§ 348 I) UND MITTELBARE FALSCHBEURKUNDUNG (§ 271 I)	13
II. URKUNDENFÄLSCHUNG, § 267 ALT.2.....	14
1. <i>Tatbestand</i>	14
2. <i>Ergebnis</i>	14
III. URKUNDENUNTERDRÜCKUNG, § 274 I NR.1 ALT.1	15
1. <i>Tatbestand</i>	15
a) objektiver Tatbestand	15
b) Subjektiver Tatbestand.....	15
2. <i>Rechtswidrigkeit; Schuld</i>	16
3. <i>Ergebnis</i>	16
D DAS VERORDNEN DER MEDIZINISCH NICHT INDIZIERTEN MATRATZE DURCH DR. A	16
I. ANSTIFTUNG ZUM BETRUG, §§ 263 I, 26 (TÄUSCHUNG DES ORTHOPÄDIEFACHHÄNDLERS).....	16
1. <i>Tatbestand</i>	17
2. <i>Ergebnis</i>	17

II. ANSTIFTUNG ZUM BETRUG, § 263 I, 26 (TÄUSCHUNG DER GESETZLICHEN KRANKENKASSE).....	17
1. <i>Tatbestand</i>	18
2. <i>Ergebnis</i>	18
III. UNTREUE, § 266 I ALT.1.....	18
1. <i>Tatbestand</i>	18
a) Objektiver Tatbestand.....	18
aa) Missbrauch der der erteilten Verfügungs-/Verpflichtungsbefugnis.....	18
bb) Vermögensbetreuungspflicht.....	19
cc) Vermögensnachteil.....	19
b) Subjektiver Tatbestand.....	20
2. <i>Rechtswidrigkeit und Schuld</i>	20
3. <i>Besonders schwerer Fall, § 266 II iVm § 263 II 2 Nr.4</i>	20
4. <i>Ergebnis</i>	21
E KONKURRENZEN UND ENDERGEBNIS	21
I. STRAFBARKEIT DES DR. K	21
1. <i>Konkurrenzen</i>	21
2. <i>Endergebnis</i>	21
II. STRAFBARKEIT DER DR. A.....	21
1. <i>Konkurrenzen</i>	21
2. <i>Endergebnis</i>	22

Gutachten

A Die Röntgenuntersuchung durch Dr. K an X

I. Freisetzung ionisierender Strahlen, § 311 I 1

Dr. A könnte sich dadurch, dass er an X eine Röntgenuntersuchung durchführte, gem. § 311 I 1¹ strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

K müsste ionisierende Strahlen entgegen Verwaltungsvorschriften freigesetzt haben. Eine Verwaltungsvorschrift gem. §§ 311, 330d Nr. 4 lit. a ist die Röntgenverordnung². Mangels anderer Hinweise ist davon auszugehen dass eine rechtfertigende Indikation vorliegt (§§ 2 Nr. 10, 2a, 23 RöV). Somit ist keine Verletzung verwaltungsrechtlicher Vorschriften erkennbar. Des Weiteren ist das Freisetzen als gemeingefährliches Delikt zu verstehen, und da K die Anwendung kontrolliert und dies in einem abgegrenzten Raum stattfindet, kann wohl kaum von einer Gefährdung von einer unbestimmten Menschenzahl die Rede sein³.

2. Ergebnis

K hat sich nicht nach § 311 I 1 strafbar gemacht.

III. Körperverletzung, § 223 I

Ferner könnte sich K durch die Röntgenuntersuchung an X einer Körperverletzung gem. § 223 I strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

K müsste einen anderen Menschen, die Frau X, körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Die Untersuchung könnte eine üble unangemessene, das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigende Behandlung⁴ sein. Z. B. darf der Patient kein schlechtes Gefühl wegen der Angst vor Verstrahlung⁵ haben. Jedoch ist

¹ §§ ohne nähere Bez. Sind solche des StGB

² Vgl. zu § 311d alt: BGHSt 43, 346 (347)

³ Vgl. zu § 311d alt: BGHSt 43, 346 (349f.) m.w.N.

⁴ U.a. Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, S. 73 Rn255 m.w.N.

⁵ Vgl. Rigizahn, Anm. zu BGHSt 43, 346 in JR 1998, 523 (525)

bei X so ein Gefühl nicht ersichtlich, damit liegt keine körperliche Misshandlung vor. Jedoch könnte eine pathologische Zustandsschaffung oder Erhöhung⁶ und damit eine Gesundheitsschädigung stattgefunden haben. Da nach Ansicht des BGH⁷ kurzzeitig wiederholte ordnungsgemäße Röntgenuntersuchungen, was hier der Fall ist, dazu nicht ausreichen, ist auch der Streit mit der Naturwissenschaft⁸ bzgl. den Kausalitätsproblemen nicht entscheidungserheblich und kann somit dahingestellt bleiben. Der Tatbestand des § 223 liegt nicht vor.

2. Ergebnis

K ist wegen der Röntgenuntersuchung an X nicht gem. § 223 strafbar.

B Die zweite Operation

I. Strafbarkeit des Dr. K

1. Körperverletzung, § 223

Durch die zweite Operation hat sich Dr. K möglicherweise einer Körperverletzung gem. § 223 strafbar gemacht.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

Die Operation stellt eine ärztliche Heilbehandlung dar. Fraglich ist, ob dies überhaupt eine körperliche Misshandlung/ Gesundheitsschädigung darstellen kann:

(A) Lex-Artis-Theorie

Nach einer Literaturansicht solle bei medizinisch indizierten und kunstgerecht ausgeführten Heilbehandlungen nicht von einer körperlichen Misshandlung bzw. Gesundheitsbeschädigung die Rede sein. Nur bei einem fehlerhaften Eingriff sei der Tatbestand erfüllt⁹.

⁶ BGHSt 36, 1 (6)

⁷ Vgl. BGHSt 43, 346 (355)

⁸ Vgl. Rigizahn, Anm. zu BGHSt 43, 346 in JR 1998, 523 (524)

⁹ Schmidt, Gutachten zum 44. Dt. Juristentag 1962, Bd.1 4.Teil, 151ff.; vgl. Engisch, ZStW 1958, 566 (581)

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten sei durch die §§ 185, 239, 240 geschützt. Die 2. Operation erfolgte wohl kunstgerecht. Demnach wäre der Tatbestand nicht erfüllt.

(B) Erfolgstheorie

Diese Literaturansicht stellt zusätzlich darauf ab, ob durch den ärztlichen Eingriff das körperliche Wohl erhöht oder gewahrt wurde¹⁰. Ist dies nicht der Fall, wäre der Tatbestand unter Berücksichtigung der sonstigen Voraussetzungen zu bejahen. Da jedoch das körperliche Wohl der Frau X gesteigert wurde läge demnach der Tatbestand nicht vor.

(C) Rechtfertigungslösung

Die Rechtsprechung¹¹ sieht jedoch auch bei den medizinisch indizierten, kunstgerechten und erfolgreich ausgeführten Heileingriff den Tatbestand des § 223 als erfüllt an. Demnach wäre der objektive Tatbestand erfüllt.

(D) Stellungnahme und Zwischenergebnis

Da die Theorien zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist eine Stellungnahme erforderlich: Nach der Lehre sei der Heileingriff gerade das Gegenteil der Körperverletzung, da er auf Erhaltung der körperlichen Unversehrtheit gerichtet sei¹² und deshalb dürfe man ihn nicht mit einem gewöhnlichen Messerstich vergleichen¹³. Zudem sei der eigenmächtige Heileingriff kein Angriff auf den Körper sondern auf die Entschließungsfreiheit und daher gem. §§ 239, 240 zu bestrafen¹⁴. Zumal ergibt sich wegen der Qualifikationen ein zu weiter Strafrahmen¹⁵. Dieses Argument mag nicht zu überzeugen, da Operationsbesteck, da diese nicht dem Angriffszwecken dienen, gerade kein gefährliches Werkzeug gem. § 224 I Nr. 2 ist¹⁶. Die §§ 239, 240 bieten insbesondere bei Täuschung keinen strafrechtlichen Schutz bzgl. der körperlichen Integrität. Einige Stimmen in der Literatur sehen daher auch das Selbstbestimmungsrecht bzgl. der

¹⁰ Bockelmann BT 2, S. 66; Maurach/Schröder/Maiwald, BT1, § 8 Rn23

¹¹ RGSt 25, 375; 38, 34 (35); BGHSt 11, 111 (112); 12, 379 (382); 16, 309 (310); 35, 246 (250); 43, 306 (308); 45, 219 (221); NSTZ 1996, 34; NJW 2000, 885 (886); OLG Hamburg NJW 1975, 603 (604)

¹² Lackner/Kühl, StGB, § 223 Rn9

¹³ Maurach/Schröder/Maiwald, BT 1, § 8 Rn24

¹⁴ Bollacher/Stockburger, Jura 2006, 908 (909)

¹⁵ S/S/Eser, StGB, § 223 Rn29

¹⁶ Vgl. BGH NJW 1987, 1206

körperlichen Integrität als eigenständiges Rechtsgut¹⁷ des § 223 an. Insgesamt vermag die Lehre mit ihren beiden Modellen nicht zu überzeugen, der Rechtfertigungslösung der Rechtsprechung ist zu folgen. Der objektive Tatbestand liegt somit vor.

bb) Subjektiver Tatbestand

K müsste vorsätzlich, also mit Willen einer Straftatbestandsverwirklichung unter Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale¹⁸, gehandelt haben. Hieran bestehen keine Zweifel. Mithin liegt der subjektive Tatbestand vor.

b) Rechtswidrigkeit

Die Operation ist rechtswidrig, sofern keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.

aa) Einwilligung

Die Operation könnte durch die nicht gesetzlich geregelte aber gewohnheitsrechtlich anerkannte¹⁹ Einwilligung gerechtfertigt sein.

(A) Verfügbarkeit des Rechtsguts

X kann nur einwilligen, wenn das Schutzgut disponibel²⁰ ist. X verfügt über ihre körperliche Unversehrtheit, welche nicht überindividuell ist. Auch ist ein solcher Heileingriff nicht gem. § 228 sittenwidrig. Somit kann X über ihre körperliche Integrität verfügen.

(B) Einwilligungsfähigkeit

Hinweise, die dagegen sprechen, das X Wesen, Bedeutung und Tragweite der Operation erkennt²¹, sind nicht ersichtlich und somit ist X zur Einwilligung fähig.

(C) Einwilligungserklärung und Einwilligungszeitpunkt

X muss vor²² dem Eingriff die Einwilligung derart kundgetan haben, das Dr. K sie wahrnehmen konnte²³. X erklärte vor der Operation gegenüber K die Einwilligung zur Operation in L4/L5. Die Erklärung liegt vor.

¹⁷ SK-StGB/Horn/Wolters, § 223 Rn9; vgl. auch MüKo- StGB/Joecks, § 223 Rn28ff.

¹⁸ Vgl. Fischer, § 15 Rn4

¹⁹ Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 13 Rn92

²⁰ Vgl. Wessels/Beulke, AT, S. 128 Rn372

²¹ Vgl. BGHSt 23, 1 (4)

(D) Freiheit von (rechtsgutsbezogenen) Willensmängeln

Aus dem Charakter der Einwilligung als Selbstbestimmungsakt ist zu schlussfolgern²⁴, dass der Einwilligung keine Willensmängel zugrunde liegen dürfen. Ein Irrtum kommt als Willensmangel in Betracht²⁵. X glaubte, dass der Eingriff wegen eines Frührezidivs nötig sei. Dass dies aber wegen Verwechslung der Etage der Fall ist, wusste sie nicht und somit hat sie sich über den Grund des Eingriffs geirrt. Die hM verlangt, dass der Irrtum rechtsgutsbezogen ist, die Fehlvorstellung sich auf Art, Bedeutung, Ausmaß oder Reichweite des Eingriffs bezieht²⁶. Eine Fehlerkorrektur ist eine andere Eingriffsart als eine Frührezidivbehandlung. Ein Behandlungsfehler minimiert das Vertrauen in den Arzt. Das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient hat eine so hohe Bedeutung, dass das irrtümliche Vertrauen wegen Nichtwissens von Behandlungsfehlern mehr als nur ein Motivirrtum darstellt. Mithin ist der Irrtum rechtsgutsbezogen und der Streit, ob die Rechtsgutsbezogenheit vorliegen muss, somit entbehrlich. Insofern ist die Einwilligung nicht frei von Willensmängeln.

(E) Zwischenergebnis

Die Einwilligung ist wegen Willensmängeln unwirksam.

bb) mutmaßliche Einwilligung

K könnte aber durch die gewohnheitsrechtlich anerkannte²⁷ mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt sein.

(A) Verfügbarkeit des Rechtsguts; Einwilligungsfähigkeit

X darf über ihre körperliche Unversehrtheit verfügen und ist auch dazu fähig [s. o.: B I 1 b aa (A), (B)].

(B) Uneinholbarkeit der Einwilligung

Aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten folgt der Grundsatz der Subsidiarität, wonach die tatsächliche Einwilligung nicht, nicht rechtzeitig oder nur unter unzumutbaren Bedingungen vorliegen können

²² S/S/Lenckner, StGB, § 32 ff. Rn59

²³ Amelung/Eymann, JuS 2001, 937 (940); Wessels/Beulke, AT, S. 130 Rn378

²⁴ Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 13 Rn108

²⁵ Vgl. Bollacher/Stockburger, Jura 2006, 908 (911)

²⁶ Wessels/Beulke, AT, S. 129 Rn376; S/S/Lenckner, StGB, § 32 ff. Rn47

²⁷ BGHSt 35, 246 (249); 45, 219 (221)

darf²⁸. Jedoch hätte Dr. K eine wirksame Einwilligung rechtzeitig und für X zumutbar einholen können. Somit ist die Einwilligung einholbar.

(C) Ergebnis

Eine Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung liegt nicht vor.

cc) andere Rechtfertigungsgründe und Zwischenergebnis

Andere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich und damit liegen keine Rechtfertigungsgründe vor.

dd) Unrechtsausschluss durch die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung

Zwar ist die hypothetische Einwilligung kein Rechtfertigungsgrund²⁹, jedoch könnte durch die Anwendung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung der objektive Erfolgsunwert und damit die Rechtswidrigkeit des vollendeten Körperverletzungsdeliktes entfallen. Jedoch besteht Streitigkeit darüber ob und wie die Rechtsfigur dogmatisch begründet ist. Mehrere Ansichten haben sich herausgebildet:

(A) entscheidungsbezogene hypothetische Einwilligung

Der entscheidungsbezogenen Einwilligung liegt der Gedanke zu Grunde, dass, wenn rechtmäßiges Alternativhandeln³⁰ im Ergebnis nichts ändert, die Rechtswidrigkeit des vollendeten Delikts ausscheidet³¹. Sie ist entscheidungsbezogen, da nach dem hypothetischen individuellen Willen des Patienten in der Entscheidungssituation zu forschen ist³². Nach der Rechtsprechung kann der Aufklärungsmangel nur dann rechtswidrig sein, wenn „bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung unterblieben wäre“ und demnach entfällt die Rechtswidrigkeit, „wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in den Heileingriff eingewilligt hätte“³³. Bestehen darin Zweifel, sei der Grundsatz in dubio pro reo für den Arzt anzuwenden³⁴. Die Literaturmeinung hingegen erstreckt den Ausschluss

²⁸ S/S/Lenckner, StGB, § 32 ff. Rn54

²⁹ Kuhlen, JR 04, 227

³⁰ So Rönnau JZ 04, 801 (802)

³¹ Kuhlen, JZ 05, 713 (715)

³² Kuhlen, aaO (Fn30); ders., JR 04, 227 (229); so ähnlich BGH JZ 04, 799 (800)

³³ BGH JZ 04, 799 (800); BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2; BGH NSTZ 1996,

34 - Urt. vom 29. Juni 1995 - 4 StR 760/94 -

³⁴ BGHZ JZ 04, 799 (800)

der objektiven Erfolgszurechnung auf die Rechtswidrigkeit³⁵. Die Rechtswidrigkeit entfalle, wenn der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen tatbestandsmäßigen nicht gerechtfertigten Verhalten und dem Erfolg entfällt³⁶. Auch hier gelte der Zweifelsgrundsatz³⁷. Da X sich nicht mit Sicherheit gegen die Operation bei Aufklärung des Fehlers entschieden hätte, ist gemäß dem Grundsatz in dubio pro reo festzustellen, dass, wenn dieser Aufklärungsmangel entfällt, die Einwilligung gegeben wäre und damit der Erfolg nicht entfällt und dementsprechend ist das pflichtwidrige Handeln für den Erfolg nicht kausal (Rechtsprechungsansicht) bzw. es entfällt der Pflichtwidrigkeitszusammenhang (Literaturmeinung) und somit entfällt nach beiden Ansichten die Rechtswidrigkeit des vollendeten Körperverletzungsdeliktes.

(B) erfolgsorientierte hypothetische Einwilligung

Eine andere Literaturansicht³⁸ stellt auf „die ausgeführte Tat und den durch sie herbeigeführten Erfolg“ ab. Im Gegensatz zur Entscheidungsbezogenen Variante wird auf einen „fingierten Rechtsgutsinhaber“ abgestellt, der den Erfolgseintritt „koinzident miterlebt“ hat. Insofern ist von einer hypothetischen Einwilligung zu sprechen, wenn der Betroffene in Kenntnis des tatsächlich eingetretenen Erfolges einwilligt³⁹. In Kenntnis des eingetretenen Erfolges, dass man sich nach der Operation wieder gut fühlt, hätte die Betroffene eingewilligt. Somit liegt eine hypothetische Einwilligung vor.

(C) Sinnlosigkeitsthese

Die Sinnlosigkeitsthese⁴⁰ stellt darauf ab, dass die Frage, ob der Betroffene bei pflichtgemäßem Verhalten auch zugestimmt hätte, in Folge des Umstandes, dass „die Entscheidung des Patienten nicht durch allgemeine Gesetze strikt terminiert ist⁴¹“ nicht beantwortet werden könne und daher sinnlos und unsinnig sei⁴². Der Zusammenhang zwischen den

³⁵ Kuhlen, in FS Roxin, S. 331 ff; ders., in FS Müller-Dietz S. 431 ff.

³⁶ Kuhlen, JR 04, 227 (228)

³⁷ Kuhlen, JR 04, 227 (229);

³⁸ Mitsch, JZ 05, 279 (281)

³⁹ aaO (Fn37), so zusammengefasst von Kuhlen, aaO (Fn30)

⁴⁰ So bezeichnet von Kuhlen, JZ 04, 227 (228, Fn16)

⁴¹ Puppe, GA 03, 764 (769f.)

⁴² aaO (Fn40); dies., JR 94, 514 (515 f.); dies., AT § 22 Rn4f.

Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes und des Erfolges sei außerdem kein Kausalzusammenhang und daher ist die Konstruktion dieser Rechtsfigur fehlerhaft⁴³ und somit abzulehnen. Um das erhöhte Haftungsrisiko zu kompensieren, seien die Einstellungsvorschriften der StPO besser geeignet⁴⁴. Demnach ist die zweite Operation rechtswidrig.

(D) Stellungnahme

Die Aussage „X hätte bei Aufklärung des Fehlers eingewilligt“ ist weder unverständlich noch widersprüchlich und damit weder sinnlos noch unsinnig⁴⁵. Trotz fehlender Naturgesetze könne die Plausibilität dieser Aussage festgestellt werden⁴⁶. Insgesamt vermag die Sinnlosigkeitsthese daher nicht zu überzeugen. Ihr ist nur darin zuzustimmen, dass kein Kausalzusammenhang zwischen Rechtfertigungsvoraussetzungen und dem Erfolg besteht, jedoch wird damit nur die dogmatische Begründung des BGH, nicht die der Literaturvarianten relativiert⁴⁷. Die Intention der Sinnlosigkeitstheorie, den Schutz des Patienten⁴⁸ in Fällen fehlerhafter Aufklärung sowie die Befürchtung, das die Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung aushebelt, wird auch mit der hypothetischen Einwilligung Rechnung getragen, da nur der objektive aber nicht der subjektive Erfolgsunwert ausgeschlossen wird und somit die Versuchstrafbarkeit möglich bleibt⁴⁹. Alle Bedenken gegen die entscheidungsbezogene hypothetische Einwilligung nach der Literaturansicht sind damit aufgeräumt. Die erfolgsorientierte Lösung stellt auf einen vernünftigen Dritten ab und verkennt dabei den individuellen Patientenwillen, z. B. den eines Zeugen Jehova, der keine Bluttransfusionen will⁵⁰. Insgesamt ist nur der entscheidungsbezogenen hypothetischen Einwilligung der Literaturvariante zuzustimmen.

(E) Zwischenergebnis

Schlussendlich liegt eine hypothetische Einwilligung vor und damit handelte K nicht rechtswidrig.

⁴³ Puppe, GA 03, 764 (770)

⁴⁴ Puppe, GA 03, 764 (776)

⁴⁵ Kuhlen, JR 04, 227 (228)

⁴⁶ aaO (Fn44)

⁴⁷ Vgl. aaO (Fn44)

⁴⁸ Vgl. Rönnau, JZ 04, 801 (802)

⁴⁹ Vgl. Rönnau, JZ 04, 801 (803)

⁵⁰ So ungefähr Kuhlen JZ 05, 713 (715)

c) Ergebnis

K hat sich nicht gem. § 223 I strafbar gemacht.

2. Versuchte Körperverletzung, §§ 223 I, II, 22, 23 Alt.2

Dadurch, das K ohne subjektiven Bezug zur hypothetischen Einwilligungslage operierte, könnte er sich einer versuchten Körperverletzung gem. § 223 I, II, 22, 24 Alt. 2 strafbar gemacht haben.

a) Tatbestand

aa) Endgültiger Tatentschluss

K müsste den endgültigen Tatentschluss gefasst haben. Dies sei anzunehmen, wenn der Handelnde, hier K, nicht von einer hypothetischen Einwilligung, hier der Frau X, ausgeht⁵¹. K handelt nicht in Kenntnis dieser hypothetischen Einwilligung sondern wurde durch den Ratschlag der Dr. A dazu motiviert mit falscher Aufklärung zu operieren und dies übernahm er als eigenen endgültigen Tatentschluss.

bb) Unmittelbares Ansetzen

K hat mit dem Operieren zweifellos subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht's los“⁵² überschritten, wesentliche Zwischenakte⁵³ liegen auch nicht dazwischen und die Gefahr zur Rechtsgutsverletzung wurde sogar verwirklicht. Damit ist der Tatbestand erfüllt.

b) Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe liegen nicht vor. Zwar liegen alle objektiven Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung vor (s. o.: B I 1 b), jedoch muss auch um den subjektiven Erfolgswert auszuschließen die subjektive Komponente vorliegen. Das Kriterium ist erforderlich, damit die Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung nicht umgangen wird⁵⁴. Weder wusste noch wollte K in Kenntnis dieser Rechtsfigur operieren, somit besteht der subjektive Erfolgswert weiterhin. Somit handelte K rechtswidrig.

⁵¹ Kuhlen JR 04, 227 (230)

⁵² BGH wistra 08, 105 (106)

⁵³ aaO (Fn51)

⁵⁴ aaO (Fn50)

c) Schuld

Ferner handelte K schuldhaft.

d) Ergebnis

K hat sich der versuchten Körperverletzung gem. §§ 223 I, II, 22, 23 Alt.2 strafbar gemacht. Der nach § 230 erforderliche Strafantrag wurde gestellt.

3. Versuchte gefährliche Körperverletzung, §§ 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5, II, 223, 22, 23 Alt. 2

Diese Handlung des K könnte auch eine versuchte gefährliche Körperverletzung gem. §§ 224 I Nr. 1 Alt. 2, Nr. 5, II, 223, 22, 23 Alt. 2 sein.

a) Tatbestand

A müsste zunächst den endgültigen Tatentschluss gefasst haben. Bzgl. des Grundtatbestandes § 223 I liegt der endgültige Tatentschluss vor. Des Weiteren muss auch ein Qualifikationsmerkmal vorliegen. In Betracht kommt Abs.2 Alt.1: Das zur Operation benötigte Besteck könnte ein gefährliches Werkzeug sein. Ein gefährliches Werkzeug ist ein beweglicher Gegenstand, der nach objektiver Beschaffenheit und nach konkreter Verwendung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen⁵⁵. Jedoch dient Operationsbesteck im konkreten Fall keinem Angriffs- oder Verteidigungszweck⁵⁶ und ist bei einer Behandlung lege artis nicht gefährlich und damit kein gefährliches Werkzeug. Aber nach Abs. 5 könnte eine „das Leben gefährdende Behandlung“ vorliegen. Es reiche eine objektive Eignung, eine konkrete Lebensgefahr bedarf es nicht⁵⁷. Jedoch ist die objektive Eignung einer Bandscheibenoperation zweifelhaft. Allein das Risiko der Narkose wird nicht genügen, es muss sich schon um eine gefährliche Operation handeln. Somit liegt auch dieses Merkmal nicht vor. Somit ist der Tatbestand nicht verwirklicht.

b) Ergebnis

K hat sich nicht gem. §§ 224 I Nr. 1 Alt. 2, Nr. 5, II, 223, 22, 23 Alt. 2 strafbar gemacht.

⁵⁵ BGHSt 3, 109; 14, 152 (154); 30, 375 (377), Lackner/Kühl, StGB, § 224 Rn5

⁵⁶ So z. B. BGH NJW 1978, 1206; aA (ohne Begründung) Heinrich, Ja 95, 718 (726)

⁵⁷ BGHSt 2, 160 (163); 36, 1 (9); NStZ 04, 618

4. Versuchte Körperverletzung im Amt, §§ 340 I,II, 223, 22, 23 Alt.2

Diese Handlung des Dr. K könnte auch ferner eine versuchte Körperverletzung im Amt gem. §§ 340 I,II, 223, 22, 23 Alt.2 darstellen.

a) Tatbestand

Zunächst müsste K den endgültigen Tatentschluss gefasst haben als Amtsträger die Körperverletzung in Ausübung oder Beziehung zu seinem Dienstes begangen haben. Die Amtsträgereigenschaft könnte sich aus § 11 I Nr. 2 lit. c ergeben. Zunächst müsste die „Salus-GmbH“ als privatisiertes Städtisches Klinikum eine sonstige Stelle sein und dies ist bei privatrechtlich organisierten staatlich beherrschten Unternehmen der Fall, wenn diese bei Gesamtwürdigung den „verlängerten Arm des Staates“ darstellt⁵⁸. Die „Salus-GmbH“ ist im Rahmen der Leistungsverwaltung (hier: Daseinsvorsorge)⁵⁹ verlängerter Arm des Staates⁶⁰. Auch ist der Arzt zur Erfüllung des landesrechtlichen Auftrages, Gewährung rechtzeitiger ärztlicher Hilfeleistung, bestellt, diese öffentliche Aufgabe wahrzunehmen⁶¹. Somit ist die Amtsträgereigenschaft zu bejahen.

K hat auch den endgültigen Tatentschluss bzgl. der Körperverletzung gefasst. Fraglich ist jedoch, ob die versuchte Körperverletzung in Ausübung oder Bezug zu seinem Dienst steht. Jedoch tritt der Arzt in der einzelnen Heilbehandlung dem Patienten als Arzt und nicht als Amtsträger gegenüber auf⁶². Somit fehlt es an den Bezug zum Dienst und damit ist der Tatbestand nicht verwirklicht.

b) Ergebnis

E ist nicht gem. den §§ 340 I,II, 223, 22, 23 Alt.2 zu bestrafen.

II. Strafbarkeit der Dr. A

1. Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat, § 357

Zwar ist die Amtsträgereigenschaft der Dr. A zu bejahen, jedoch hat A den K zu einer Straftat verleitet, die E gerade nur als Arzt und nicht im Bezug seines amtlichen Dienstes wahrnimmt (s. o.: B I 5) und somit kommt die Strafbarkeit der A gem. § 357 nicht in Betracht.

⁵⁸ BGHSt 43, 370(374ff.); 45, 16(19); 49, 214(219)

⁵⁹ BGHSt 12, 89 (91)

⁶⁰ Vgl. BGH NJW 83, 352 (352) = MDR 83, 250 (250)

⁶¹ Vgl. aaO (Fn59)

⁶² Vgl. BGH NJW 83, 352 (353) = MDR 83, 250 (250)

2. Versuchte Anstiftung zur Körperverletzung, §§ 223 I, 30 I, 23, 22

Die Strafbarkeit der Dr. A aus §§ 223 I, 30 I, 23, 22 kommt schon deshalb nicht in Betracht, da § 223 I keine Mindeststrafe von mindestens einem Jahr vorsieht und somit kein Verbrechen gem. § 12, was von § 30 I vorausgesetzt wird, ist.

3. Anstiftung zur versuchten Körperverletzung §§ 223 I, II, 22, 23 Alt.2, 26

Durch die Anforderung, K soll unter falscher Aufklärung X operieren, hat Dr. A sich möglicherweise einer Anstiftung zur versuchten Körperverletzung gem. §§ 223 I, II, 22, 23 Alt.2, 26 strafbar gemacht.

a) Tatbestand

aa) objektiver Tatbestand

A müsste K zu einer von K begangenen vorsätzlich und rechtswidrigen (für A fremden) Haupttat bestimmt haben. K hat eine versuchte Körperverletzung, dies vorsätzlich und rechtswidrig, begangen (s. o. B I 2). Ein Versuch ist auch eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat⁶³. Die Tat ist für A fremd, wenn sie keine mittelbare oder Mittäterin ist, also keine Tatherrschaft hat⁶⁴. A hält den Tatablauf nicht in ihre Hände, liefert zwar den Tatplan, jedoch fehlt es sonst an jeglichen Tatbeitrag. Somit hat sie keine Tatherrschaft und damit ist die Tat für A fremd.

Das Bestimmen wird von einem Teil der Literatur als Verursachung des Tatentschlusses⁶⁵, von einem anderen Teil als kommunikative Beeinflussung⁶⁶, von einer dritten Ansicht als unmittelbare auf den Täterwillen einwirkende Anforderung⁶⁷ und nach einer letzten Ansicht sogar als einen gemeinsamen Tatplan⁶⁸ definiert. A hat durch ihren Rat den Tatentschluss von K verursacht, dies durch kommunikative Beeinflussung, die unmittelbar so auf K einwirkt, das er die Tat will. A und K haben sogar einen gemeinsamen Tatplan. Da A nach allen Ansichten K zur versuchten Körperverletzung bestimmt hat, ist eine Stellungnahme zum

⁶³ Lackner/Kühl, StGB, Vor § 25 Rn9

⁶⁴ Wessels/Beulke, AT, S. 202 Rn567

⁶⁵ Lackner/Kühl, StGB, § 26 Rn2

⁶⁶ Roxin, AT II, § 26 Rn74; Fischer, § 26 Rn3b

⁶⁷ LK-Roxin, § 26 Rn4; SK-Hoyer, § 26 Rn12

⁶⁸ Puppe, GA 84, 101 (111f.); NStZ 06, 424 (425)

Meinungsstreit entbehrlich. Denkt man sich den Vorschlag der A weg, hätte K wahrscheinlich nicht operiert. Mithin ist das Bestimmen für die fremde rechtswidrige Haupttat des K kausal. Somit liegt objektiv der Anstiftungstatbestand vor.

bb) Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich gehandelt haben. Der Vorsatz muss sich auf die Vollendung der Tat sowie auch auf das Bestimmen richten⁶⁹. A wollte, das X operiert wird und auch das durch ihren Rat K dazu motiviert wird. Mithin liegt der subjektive Tatbestand vor.

b) Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. A handelte rechtswidrig.

c) Ergebnis

Dr. A hat sich einer Anstiftung zur versuchten Körperverletzung gem. §§ 223 I, II, 22, 23 Alt.2, 26 strafbar gemacht.

C Das Streichen des dokumentierten Fehlers aus der Krankenakte durch Dr. K

I. Falschbeurkundung im Amt (§ 348 I) und mittelbare Falschbeurkundung (§ 271 I)

Die Strafbarkeit des K wegen Streichens des dokumentierten Fehlers gem. § 348 bzw. 271 setzt voraus, dass eine Krankenakte eine öffentliche Urkunde ist. Gem. § 415 ZPO, dessen Definition auf das Strafrecht zu übertragen ist⁷⁰, muss die öffentliche Urkunde von einer öffentlichen Behörde oder mit einer mit öffentlichen Glauben versehenen Person aufgenommen innerhalb ihrer Zuständigkeit erstellt sein⁷¹. K ist im Rahmen der Dokumentation einer einzelnen Behandlung weder Behörde noch eine mit öffentlichen Glauben versehenen Person. Infolgedessen kommt für K weder eine Strafbarkeit aus § 348 I noch aus § 271 I in Betracht.

⁶⁹ BGHSt 6, 359 (361); 15, 276 (278)

⁷⁰ BGHSt 19, 19(21); BayObLG NSStZ 93, 591(592); Küpper, BT, S. 322

⁷¹ Vgl. SK-Hoyer, § 271 Rn18

II. Urkundenfälschung, § 267 Alt.2

Zumal K den dokumentierten Fehler aus der Krankenakte streicht, könnte er sich einer Urkundenfälschung gem. § 267 I Alt.2 strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

K müsste eine Urkunde, eine ihren Aussteller erkennen lassende zum Beweis im Rechtsverkehr geeignete und bestimmte verkörperte, also mit einer körperlichen Sache über eine gewisse Dauer verbundene⁷², Gedankenerklärung⁷³, verfälscht, also unbefugt den gedanklichen Inhalt und die Beweisrichtung verändert haben⁷⁴. Der Akteneintrag enthält eine mit ihr durch schriftlich Fixierung verbundene Gedankenerklärung (es wurde falsch operiert) von gewisser Dauer. Diese ist auch geeignet und dazu bestimmt den Fehler nachzuweisen. Auch lässt der Akteneintrag den K als ihren Aussteller erkennen. Somit ist der Krankenakteneintrag eine Urkunde. Echtheit liegt vor, wenn die Gedankenerklärung ihren richtigen Urheber erkennen lässt⁷⁵. K ist der echte Urheber. Somit ist der Akteneintrag eine echte Urkunde. Fraglich ist jedoch, ob eine Verfälschung stattgefunden hat, denn wenn statt der inhaltlichen Veränderung der Beweisinhalt beseitigt wird, ist § 267 nicht anwendbar⁷⁶. Mit dem Streichen wird nicht der Inhalt der Akte geändert sondern der Beweisinhalt (der Beweis für die Fehlerhaftigkeit der Operation) gänzlich beseitigt. Insbesondere wird der Inhalt (die Operation erfolgte an der falschen Stelle) nicht geändert sondern entfernt. Eine Ausnahme hiervon gilt, wenn die Beseitigung nur das Mittel für die Fälschung ist⁷⁷. Ein Akteneintrag ist allerdings nur geeignet die Fehlerhaftigkeit, nicht aber die Fehlerfreiheit eines Eingriffs zu beweisen, somit entsteht keine neue Beweisrichtung und infolgedessen ist das Streichen kein Mittel zur Fälschung. Schlussendlich ist § 267 nicht anwendbar.

2. Ergebnis

K hat sich nicht gem. § 267 I Alt. 2 strafbar gemacht.

⁷² Vgl. S/S/Cramer/Heine, § 267 Rn6

⁷³ BGHSt 3, 82(83f.); 4, 284(285); 13, 235(239); S/S/Cramer/Heine, § 267 Rn2 m.w.N.

⁷⁴ Vgl. BGHSt 9, 235 (238)

⁷⁵ Wessels/Hettinger, BT1, S. 237 Rn821

⁷⁶ Vgl. Lackner/Kühl, StGB, § 267 Rn20, Braunschweig NJW 60, 1120(1121)

⁷⁷ So Peters, Anm. NJW 68, 1894, vgl. BGHSt 9, 235 (238); 16, 94 (98)

III. Urkundenunterdrückung, § 274 I Nr.1 Alt.1

Jedoch könnte K sich durch das Streichen des dokumentierten Fehlers aus der Krankenakte einer Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr.1 Alt.1 strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) objektiver Tatbestand

K müsste eine ihm gar nicht oder nicht ausschließlich gehörende echte Urkunde vernichtet, beschädigt oder unterdrückt haben. Der Krankenakteneintrag ist eine echte Urkunde (s. o. C II 1). Der Eintrag müsste einen anderen (mit-) gehören, also für den anderen das Recht die Urkunde als Beweis zu gebrauchen verbunden sein⁷⁸. X könnte so ein Recht haben. Das Recht entsteht zumindest aus dem Behandlungsvertrag und den § 810 BGB⁷⁹. Zweck der Krankenakte ist die Therapie und Beweissicherung, sowie die Rechenschaft gegenüber den Patienten⁸⁰. Somit hat X das Recht, die Krankenakte zur Beweissicherung zu verwenden. Auch die Krankenkasse hat ein Interesse: Der Arzt hat durch den Fehler beim ersten Eingriff die Kosten für den zweiten Einsatz verursacht. Die Krankenkasse hat möglicherweise einen Anspruch aus § 116 SGB X und dafür gem. § 294a SGB V das Recht in die Krankenunterlagen einzusehen. Somit gehört der Krankenakteneintrag nicht ausschließlich K. Er könnte den Eintrag vernichtet, ergo die „beweiserhebliche Substanz“ durch Zerstörung, Unleserlichmachung oder Trennung einer zusammengesetzten Urkunde völlig beseitigt haben⁸¹. Durch die Streichung wurde die Fehlerdokumentation unleserlich gemacht und somit die Einzelurkunde Krankenakteneintrag vernichtet. Somit ist von K der Tatbestand objektiv verwirklicht wurden.

b) Subjektiver Tatbestand

K wusste und wollte auch eine ihm nicht ausschließlich gehörende Urkunde zerstören und damit vernichten, also handelte er vorsätzlich.

⁷⁸ Wessels/Hettinger, BT1, S. 255 Rn889

⁷⁹ Vgl. OLG Koblenz MedR 95, 29 (30)

⁸⁰ aaO (Fn78); im Erg. auch BGH NJW 78, 2337 ff.

⁸¹ Wessels/Hettinger, BT1, S. 255 Rn891, vgl. BGH NJW 54, 1375(1375); OLG Braunschweig NJW 60, 1120 (1121); Fischer, § 274 Rn3

K muss ferner die Absicht zur Nachteilszufügung aufweisen. Nachteil ist jede Beeinträchtigung fremder Rechte, insbesondere (aber nicht nur) vermögensrechtliche Nachteile⁸². Die Verhinderung von Schadensersatzansprüchen ist ein solcher Nachteil. Eine Ansicht verlangt dolus directus 2. Grades, die Vorstellung des Täters, das die Tat einen fremden Nachteil zur Folge haben wird⁸³. Davon, dass ein Arzt weiß, dass er durch Fehler Mehrkosten bei der Krankenkasse verursacht und dies durch Streichens dieses Fehlers vertuscht und damit Schadensersatzansprüchen umgeht, kann ausgegangen werden. Eine andere Ansicht verlangt dolus directus 1. Grades⁸⁴: Es kann unterstellt werden, dass es K auch drauf ankommt Schadensersatzansprüche zu vermeiden. Nach beiden Ansichten liegt die überschießende Innentendenz vor, ein Streitentscheid ist entbehrlich. Auch der subjektive Tatbestand ist verwirklicht.

2. Rechtswidrigkeit; Schuld

Da die Krankenkasse in die Streichung des Fehlers nicht eingewilligt hat, ist die Frage, ob die X überhaupt einwilligen kann, also ob das Rechtsgut disponibel ist, für die Falllösung entbehrlich und kann somit dahingestellt bleiben. K handelte Rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

K hat sich gem. § 274 I Nr.1 Alt.1 strafbar gemacht.

D Das Verordnen der medizinisch nicht indizierten Matratze durch Dr. A

I. Anstiftung zum Betrug, §§ 263 I, 26 (Täuschung des Orthopädie-fachhändlers)

Durch die Verordnung der Matratze könnte A sich einer Anstiftung zum Betrug gem. §§ 263 I, 26 strafbar gemacht haben.

⁸² S/S/Cramer/Heine, § 274 Rn16

⁸³ BGH NJW 53, 1924

⁸⁴ SK- Hoyer, § 274 Rn26; MüKo- Freund, § 274 Rn49

1. Tatbestand

Zunächst müsste die Haupttat, zu der A die X bestimmen muss, bestehen, d.h. X muss durch das Aushändigen des Rezeptes an den O den Tatbestand des § 263 verwirklicht haben und dies rechtswidrig. Zunächst müsste X den O mit der durch die Rezeptabgabe erfolgten konkludenten Behauptung, dass das von A verordnete Hilfsmittel (§ 33 SGB V) „Matratze“ gem. § 12 I SGB V eine notwendige Leistung ist, getäuscht haben. Eine Täuschung ist jedes objektiv irreführende oder Irrtum unterhaltene Verhalten, das auf die Vorstellungen eines anderen einwirkt⁸⁵. Die Matratze ist nicht mehr gem. § 12 V notwendig. Fraglich ist jedoch, ob O überhaupt die Notwendigkeit gem. § 12 I SGB V zu prüfen hat. Aus dem Vertrag mit der Krankenkasse (§ 126, 127 SGB V) ergibt sich dies nicht. Zumal ist der O nicht fähig zu beurteilen, ob bei A ein Bandscheibenvorfall vorliegt und damit die Notwendigkeit gem. § 12 I SGB V vorliegt. Für Apotheker wird diese Pflicht verneint⁸⁶. Wenn dies für Apotheker gilt, muss dies für Fachhändler erst recht gelten. Da O die Notwendigkeit gem. § 12 I nicht zu überprüfen hat und auch nicht tat, konnte er hierüber auch nicht irren. Somit fehlt es an der Täuschung, damit am objektiven Tatbestand und somit liegt keine Haupttat vor. (Somit entfällt auch die Frage nach der Abgrenzung zwischen Anstiftung und Mittäterschaft)

2. Ergebnis

A hat sich (bzgl. Täuschens des O) nicht gem. §§ 263 I, 26 strafbar gemacht.

II. Anstiftung zum Betrug, § 263 I, 26 (Täuschung der gesetzlichen Krankenkasse)

Trotzdem könnte A sich gem. §§ 263 I, 26 einer Anstiftung zum Betrug strafbar gemacht haben und zwar durch die Verordnung der Matratze zur Täuschung der gesetzlichen Krankenkasse.

⁸⁵ BGHSt 47, 1 (3) m. w. N.; BGH MedR 04, 268 (269)

⁸⁶ BGH MedR 04, 268 (269)

1. Tatbestand

Auch kommt es bei der Beurteilung, ob die von X initiierte Weiterleitung des Rezeptes über den gutgläubigen O zur gesetzlichen Krankenkasse als konkludente Erklärung der Notwendigkeit gem. § 12 I SGB V gegenüber der Krankenkasse eine rechtswidrige nicht notwendigerweise schuldhaftige Haupttat darstellt, wider darauf an, ob das Rezept auf deren Zweckmäßigkeit gem. § 12 I untersucht wird und somit eine Täuschung überhaupt möglich ist. Wenn der Kostenträger überhaupt prüft, dann nur als inhaltliche Nachprüfung im Hinblick auf eine nachträgliche Korrektur im Innenverhältnis zwischen Arzt und Krankenkasse⁸⁷. Infolgedessen scheidet hier auch die Täuschung und damit der Tatbestand des § 263 aus und somit besteht keine rechtswidrige Haupttat.

2. Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 263 I, 26 strafbar gemacht.

III. Untreue, § 266 I Alt.1

Durch die Verordnung der Matratze könnte A sich jedoch der Untreue gem. § 266 I Alt.1 strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) *Objektiver Tatbestand*

A könnte den Misstrauenstatbestand verwirklicht haben.

aa) *Missbrauch der erteilten Verfügungs-/Verpflichtungsbefugnis*

M müsste durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft die Befugnis eingeräumt sein, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten und diese Befugnis missbraucht haben. Einen anderen zu verpflichten bedeutet schuldrechtlich dessen Vermögen mit einer Verbindlichkeit zu belasten.⁸⁸ Bei der Verordnung von Hilfsmitteln tritt der Arzt als Vertreter der Krankenkasse auf, der über den Patienten als Boten beim Orthopädiehändler ein Angebot zum Vertrag abgibt und dabei das Recht des Patienten auf Versorgung mit Hilfs-

⁸⁷ BGH MedR 04, 268 (270 m.w.N.)

⁸⁸ LK- Schönemann, § 266 Rn43

mitteln gem. §§ 27 I 2 Nr.3, 33 I 1 SGB V konkretisiert.⁸⁹ Mit Vertragsabschluss über X als Boten wurde für die Krankenkasse die Verbindlichkeit zur Kaufpreiszahlung für dessen Vermögen begründet. K ist gesetzlich befugt, wenn er aufgrund von gesetzlichen Regelungen Inhaber einer bestimmtem Stellung ist⁹⁰. Diese Vertreterstellung des Arztes ergibt sich aus dem SGB V. A müsste diese Befugnis missbraucht haben und dies ist der Fall, wenn unter Einhaltung des Rechtlichen Könnens das rechtliche Dürfen verletzt ist⁹¹. Zwar kann A gem. 73 II Nr.7 SGB V Hilfsmittel verordnen und hat somit das rechtliche Können eingehalten. Jedoch verbietet § 12 SGB V nicht notwendige Leistungen zu verschreiben. Die Matratze war medizinisch nicht notwendig. Somit hat das rechtliche Dürfen verletzt und damit seine Befugnis missbraucht.

bb) Vermögensbetreuungspflicht

Strittig ist beim ob die Vermögensbetreuungspflicht zur Erfüllung der Misstrauensvariante erforderlich ist. Darunter ist Pflichtenstellung im Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung für einen anderen in einer nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit zu verstehen, wobei der übertragene Aufgabenkreis von einigem Gewicht sein muss und von einem gewissen Grad von Verantwortlichkeit geprägt sein muss⁹². In dem der A Hilfsmittel verschreibt, erfüllt er seine Aufgaben aus § 33 SGB V. Durch § 12 I SGB V ist er verpflichtet nicht notwendige Hilfsmittel nicht zu verschreiben. Hierin ist kommt eine Vermögensbetreuungspflicht zum Ausdruck⁹³. Da eine Vermögensbetreuungspflicht vorliegt, muss nicht entschieden werden, ob dieses Kriterium erforderlich ist.

cc) Vermögensnachteil

Die Einwirkung auf das Vermögen der Krankenkasse muss deren Nachteil, nach ganz überwiegend ein Vermögensschaden, wie bei § 263⁹⁴, sein. Das Vermögen ist nach dem juristischen Vermögensbegriff die Summe der einzelnen Vermögensrechte⁹⁵, nach dem wirtschaftlichen

⁸⁹ Vgl zur Verschreibung von Medikamenten: BGH MedR 04, 268 (268 m.w.N.)

⁹⁰ S/S/Leckner/Perron, § 266 Rn8

⁹¹ SK-Samson/Günther, § 266 Rn6

⁹² Vgl. S/S/Leckner/Perron, § 266 Rn23

⁹³ BGH MedR 04, 268 (270 m.w.N.)

⁹⁴ So Wessels/Hillenkamp, S. 391 Rn775, m.w.N.

⁹⁵ Binding, BT 1, S.238 ff.

Begriff die Gesamtheit der geldwerten Güter⁹⁶ und der juristisch-ökonomische Vermögensbegriff fordert ferner den Schutz der Rechtsordnung⁹⁷. Der Kontostand einer gesetzlichen Krankenkasse ist ein geldwertes Gut, ein Vermögensrecht und unzweifelhaft auch durch die Rechtsordnung geschützt, somit nach allen Theorien (und daher kann der Streitentscheid dahingestellt bleiben) Vermögen. Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn das Vermögen nach der Verfügung/Verpflichtung weniger Wert ist als davor⁹⁸. Aufgrund der Verordnung als Vertragsangebot von A als Stellvertreter der Krankenkasse über X als Boten nimmt O dies an und somit wird der Kontostand der Krankenkasse belastet. Sein Vermögen ist also nach dieser Verpflichtung weniger wert und somit liegt ein Vermögensschaden und damit ein Nachteil vor.

b) Subjektiver Tatbestand

Vorsatz reicht, Bereicherungsabsicht ist nicht erforderlich⁹⁹.

A wusste, dass sie ihre Befugnis missbraucht und das Vermögen der Krankenkasse schädigt, handelte daher zumindest mit *dolus directus* 2. Grades und somit ist der subjektive Tatbestand erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte Rechtswidrig und schuldhaft.

3. Besonders schwerer Fall, § 266 II iVm § 263 II 2 Nr.4

A müsste die Befugnisse als Amtsträger missbraucht haben. Zwar ist A Amtsträger gem. § 11 I Nr.2 lit. c (s. o. B II 1) jedoch ist der kommunale Krankenhausarzt bei der einzelnen Verordnung nicht als Amtsträger tätig, sondern wie ein normaler Vertragsarzt tätig. Jedoch könnte er auch als Vertragsarzt hinsichtlich der Verordnung von Rezepten Amtsträger gem. § 11 Nr.2 lit. c sein. Aufgabe ist die Gesundheitsvorsorge (Daseinsvorsorge), was noch nicht heißt, dass jeder zivilrechtlicher Akt als eine dem staatlichen Bereich zugeordnete Tätigkeit gilt¹⁰⁰. Darunter fällt auch der Arzneimittelversorgung, da es nur um abwicklungstechnische Vor-

⁹⁶ RGSt 44, 230 (232); 68, 279 (380); BGHSt 2, 364 (365)

⁹⁷ LK- Tiedemann, § 263 Rn127, 132

⁹⁸ Vgl. zu § 263: Joecks, § 263 Rn70

⁹⁹ Lackner/Kühl, § 266 Rn19

¹⁰⁰ BGH NJW 2001, 2102 (2104)

gänge gehe¹⁰¹, also auch wie hier Hilfsmittelversorgung. Aus diesen Gründen ist die Amtsträgerschaft eines Vertragsarztes abzulehnen. Da die A bei der Verordnung nicht als Amtsträger, sondern als Vertragsarzt, der nicht Amtsträger ist, handelt, liegt das Regelbeispiel des § 263 II 2 Nr.4 nicht vor und da kein weiteres in Betracht kommt und kein Grund für die Bejahung eines ungeschriebenen besonders schweren Fall ersichtlich ist, keine besonders schwerer Fall vor.

4. Ergebnis

Dr. A hat sich der Untreue gem. § 266 I Alt. 1 strafbar gemacht.

E Konkurrenzen und Endergebnis

I. Strafbarkeit des Dr. K

1. Konkurrenzen

Wegen der Vornahme der zweiten Operation ohne dem subjektiven Element der hypothetischen Einwilligung hat sich K einer versuchten Körperverletzung gem. §§ 223 I, II, 22, 23 Alt.2 strafbar gemacht. Der nach § 230 erforderliche Strafantrag ist gestellt. Wegen des Streichens des dokumentierten Fehlers aus der Krankenakte ist er wegen einer Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr.1 Alt.1 strafbar.

Die Operation und die Streichung des Fehlers sind zwei voneinander unabhängige Handlungen und somit besteht Realkonkurrenz.

2. Endergebnis

Insgesamt ist K gem. §§ 223 I, II, 22, 23 Alt.2, 274 I Nr.1 Alt.1, 53 strafbar.

II. Strafbarkeit der Dr. A

1. Konkurrenzen

Wegen ihres Ratschlags, K solle ein zweites mal Operieren und als Grund statt des Fehlers ein Frührezidiv angeben, hat sich Dr. A einer Anstiftung zur versuchten Körperverletzung gem. §§ 223 I, II, 22, 23

¹⁰¹ Taschke, StV 05, 406 (410)

Alt.2, 26 strafbar gemacht. Der erforderliche Strafantrag gem. § 230 ist auch hier gestellt wurden.

Wegen der Verordnung der medizinisch nicht indizierten Matratze hat sie sich ferner der Untreue gem. § 266 I Alt. 1 strafbar gemacht.

Der Ratschlag und die Verordnung sind auch zwei voneinander unabhängige Handlungen und somit besteht auch hier Realkonkurrenz.

2. Endergebnis

Insgesamt hat sich Dr. A gem. §§ 223 I, II, 22, 23 Alt.2, 26; § 266 I Alt. 1 (II, § 266 II iVm § 263 II S.2); 53 strafbar gemacht.