

REZENSIONEN

Rechtsanwältin Dr. Karolina Kessler, Köln

AG Medizinstrafrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht

Unter dem Titel „Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht“ ist der Tagungsband zum 11. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag erschienen. Darin haben die Vorträge von Prof. Dr. Duttge, Dr. Leimenstoll, Prof. Dr. Hilgendorf, Prof. Dr. Scholz, Dr. Pflugmacher und Dr. med. Priewer und Schulz zu aktuellen Themen des Medizin- und Arztstrafrechts in verschriftlichter Form Eingang gefunden. Der 11. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag wurde am 21. November 2020 von der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein (DAV) und dem Düsseldorfer Institut für Rechtsfragen der Medizin (IMR) in virtueller Form veranstaltet. Die Veranstalter und Herausgeber streben mit der Publikation der Beiträge eine Förderung des Austauschs zwischen Wissenschaft und Praxis über Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts an.

Prof. Dr. Gunnar Duttge eröffnet den Tagungsband mit seinem Beitrag „Update im Medizinstrafrecht – Entscheidungen, Tendenzen“, der sich mit dem Spannungsfeld des strafrechtlichen Lebensschutzes befasst. Zunächst beschäftigt sich Duttge mit dem assistierten Suizid und stellt dabei unter anderem die Kernaussagen der Entscheidung des BVerfG zur Nichtigkeit des § 217 a.F. StGB dar. So sei es eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, selbstbestimmt über den Tod entscheiden zu können. Zudem umfasse das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben auch die Unterstützung durch einen Dritten. Des Weiteren hinterfragt Duttge die Ausgestaltung der Beteiligung der Ärzteschaft im Hinblick auf die Suizidassistenz kritisch. Es folgt das Thema Lebensschutz zwischen erlaubtem Fetoizid und Totschlag. Duttge beleuchtet in diesem Zusammenhang insbesondere den Zeitpunkt des Menschseins bei Zwillingen. Schließlich geht er auf die Triage in Zeiten von SARS-CoV-2 ein und ordnet diese strafrechtlich ein. Er legt dar, welche Auswahlkriterien herangezogen werden können, um eine Entscheidung in einer Triage-Situation zu treffen. Ferner erörtert er,

dass nach seiner Ansicht „keinerlei plausibler Grund erkennbar“ sei, die Szenarien der „ex ante-Triage“ und die der „ex post-Triage“ zu unterscheiden. Dementsprechend seien die Erkenntnisse, die in Bezug auf die „ex ante-Triage“ gefunden wurden, auf die „ex post-Triage“ übertragbar.

Es folgt der Beitrag von Dr. Ulrich Leimenstoll mit dem Titel „Die Vertretung von Unternehmen und Zeugen im Medizinstrafverfahren“. Zu Beginn erläutert Leimenstoll die Besonderheiten der Vertretung von Unternehmen im Medizinstrafverfahren, insbesondere die unterschiedlichen Arten der Betroffenheit des Unternehmens und die unterschiedlichen Besonderheiten der Verfahren. So könne bspw. das Unternehmen etwa Opfer einer Straftat geworden oder selbst auf unterschiedliche Weisen von dem Ermittlungsverfahren betroffen sein. Im Hinblick auf das zum Zeitpunkt des Vortrags geplante Verbandssanktionengesetz (VerSanG-E) erörtert Leimenstoll die denkbare – zu Recht aber abzulehnende – Erweiterung der Sanktionierung des Krankenhauses als Verband auch bei Verstößen gegen höchstpersönliche Berufspflichten. Anschaulich am Beispiel des Chefarztes, der zugleich ärztlicher Direktor ist, plädiert Leimenstoll für eine einschränkende Auslegung des Begriffs der Leitungsperson oder alternativ des Begriffs der Verbandspflicht. Jedenfalls bedürfe es für diese Fälle einer Eindämmung der Sanktionierungsmöglichkeiten bereits weit vor Opportunitätserwägungen. Sodann wendet sich Leimenstoll den Anforderungen an den strafrechtlichen Unternehmensanwalt zu. So seien die ganzheitliche Erfassung drohender Konsequenzen, die interdisziplinäre Zusammenarbeit, insbesondere mit der unternehmenseigenen Rechtsabteilung und weiteren externen Beratern, und eine an den wohlerwogenen Unternehmensinteressen und -zielen orientierte Verteidigung ausschlaggebend. Der Beitrag hebt weiter die zunehmende Bedeutung der anwaltlichen Tätigkeit als Zeugenbeistand hervor. Der Skizzierung der Rechtsstellung des Zeugenbeistands im Strafverfahren folgen Ausführungen zur Aufgabe und Funktion des Zeugenbeistands im (Medizin-)Strafverfahren nach. Abschließend untersucht Leimenstoll die Vereinbarkeit der Vertretung des Unternehmens und dessen Mitarbeitern und weist auf potentielle Interessenkonflikte zwischen dem Unternehmen und beschuldigten Mitarbeitern hin. Diese seien auch in der Konstellation Unternehmen und Mitarbeiter als Zeugen zu bedenken und zu vermeiden. Zuzustimmen ist dabei insbesondere der Feststellung, dass davon die koordinierende Funktion des Unternehmensanwalts, die in eilbedürftigen Situationen auch die Wahrung der Zeugenrechte umfasst, unberührt bleiben müsse.

Im nächsten Beitrag erforscht *Prof. Dr. Eric Hilgendorf* in seinem Beitrag „Auf dem Weg zu einer digitalen Transformation der Medizin. Rechtlicher Rahmen und strafrechtliche Herausforderungen“ die Digitalisierung in der Medizin. Zunächst verweist er – trotz veranschaulichten Scheiterns der Corona-Warn-App – auf den Digitalisierungsschub bedingt durch die Corona-Pandemie. Es folgt eine Beschreibung der Fortschritte in der digitalen Medizin, bspw. des Einsatzes von EDV im Gesundheitswesen, der Nutzung von Wellness- und Gesundheits-Apps bis hin zu Robotern in der Pflege. Den Rahmen für diese Entwicklungen bilde das Recht, insbesondere das Verwaltungsrecht, aber auch das Strafrecht. *Hilgendorf* verweist auf zwei Problemfelder, die sich im Zuge der Digitalisierung der Medizin ergeben und regt ein Überdenken im Umgang mit Daten an: Zum einen seien die medizinischen Angebote besonders datenintensiv, das europäische Datenschutzrecht jedoch restriktiv, sodass Europäischen Anbietern nicht genügend Daten zur Verfügung stehen könnten. Zum anderen befürchtet *Hilgendorf* eine Monopolisierung der plattformgestützten Medizin, begründet dadurch, dass Benutzer nur die beste Plattform nutzen möchten und somit eine Abhängigkeit von Anbieter aus den USA und China entstehen könne. Er stellt den geltenden rechtlichen Rahmen der Digitalisierung in der Medizin dar und geht dabei auf die verschiedenen Rechtsquellen näher ein.

Für den Bereich des Strafrechts legt *Hilgendorf* dar, welche Implikationen die digitalisierte Medizin für bekannte Fragestellungen und Tatbestände mit sich bringt. Hierunter fallen insbesondere neue digitale Begehungsweisen und Angriffe auf digitalisierte Infrastrukturen. Ebenfalls erörtert er die Herausforderungen durch die Digitalisierung und den Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der Medizin. Diese wie auch die Sabotageanfälligkeit technischer Systeme wirken sich auf den anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab aus. In diesem Kontext diskutiert er die Frage, inwieweit der Vertrauensgrundsatz, nach dem jeder sich in der Interaktion mit anderen Menschen darauf verlassen darf, dass der jeweilige Kooperationspartner sich regelkonform verhält, sofern nicht gegenteilige Anhaltspunkte vorliegen, auch bei der Anwendung autonomer Systeme greifen und auch auf diese Systeme ausgeweitet werden könne. Nach derzeitiger Rechtslage klar zu beantworten, in der Diskussion aber offen sei die Frage nach einer strafrechtlichen Verantwortung von Künstlicher Intelligenz. Abschließend widmet sich *Hilgendorf* den neuen Herausforderungen der Digitalisierung in der Medizin im Besonderen Teil und der Providerverantwortung. Er kritisiert die eingeschränkte Haftung des Internet-Providers aufgrund der Privilegien im Telekommunikationsgesetz und plädiert für eine Anpassung der Regeln der zivilrechtlichen Haftung und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit.

Zusammenfassend stellt *Hilgendorf* fest, dass der geltende Rechtsrahmen einer Weiterentwicklung der Digitalisierung der Medizin nicht im Wege stehe, und fordert, dass das Recht die Digitalisierung der Medizin nicht verhindern, sondern fördern solle.

Prof. Dr. Karsten Scholz stellt in seinem Beitrag „Erfahrungen zu dem sozialrechtlichen Verbot der Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten (§ 128 SGB V)“ zunächst die Entwicklung und Grundstruktur dieser Norm dar. Es folgt ein Überblick über die Sanktionen,

die aus § 128 SGB V herrühren sowie ihrer strafrechtlichen Folgen. Im Anschluss widmet sich *Scholz* den Besonderheiten in einem Medizinischen Versorgungszentrum (MVZ). Hier argumentiert er aufgrund des vergleichbaren Zusammenwirkens mit den Neuerungen des anwaltlichen Berufsrechts, zu denen er Parallelen sieht. So seien disziplinarische Maßnahmen sowohl gegen die einzelnen Berufsträger als auch gegen die Berufsausübungsgesellschaften möglich. Im MVZ drohten zudem dem ärztlichen Leiter disziplinarische Maßnahmen, soweit dieser seiner Kontrollpflichten gegenüber anderen im MVZ tätigen Ärzten nicht nachkomme. Als eine besonders enge Form der Zusammenarbeit veranschaulicht *Scholz* den verkürzte Versorgungsweg, der seinen Niederschlag in § 128 Abs. 4 bis 4b SGB V gefunden hat. In der Analyse der Norm fortschreitend befasst sich *Scholz* mit dem Depotverbot in Absatz 1 und dem Zuwendungsverbot nach Absatz 2. Letzteres dient der Unbeeinflussbarkeit der ärztlichen Leistungserbringer von eigenen finanziellen Interessen bei der Verordnung oder Beratung und hat in der Tat durch das Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen zusätzliche Bedeutung erlangt. Als Unterfall des Zuwendungsverbots wird das Beteiligungsverbot durch *Scholz* näher beleuchtet und auf die verfassungsrechtlichen Bedenken an § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V hingewiesen. Nach dem Willen des Gesetzgebers solle daher ausschlaggebend sein, ob die Zuwendungen Unternehmen betreffen, „die Vertragsärzte durch ihr Ordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen,“ womit Kriterien des Zuweisungsverbots des § 31 Abs. 1 MBO-Ä angesprochen sind. Die Anwendung dieser Grundsätze auf die einzelnen Fallgestaltungen gestaltet sich freilich diffizil.

Abschließend geht *Scholz* kurz auf das Beeinflussungsverbot ein und kommt zu dem Ergebnis, dass die mehrfachen Änderungen der Norm diese unübersichtlich gemacht haben und sie für den überwiegenden Teil ihres Anwendungsbereichs „versteckt“ geregelt ist; auch unter weiteren Gesichtspunkten bestehe Reformbedarf.

Dr. Ingo Pflugmacher erörtert in seinem Beitrag „MVZ als Strafbarkeitsrisiko“ die Risiken bei der Gründung, beim Betrieb und beim Verkauf eines MVZ. Im Hinblick auf die Gründung erörtert er anhand des Urteils des BGH vom 19.08.2020, 5 StR 558/19 zum Abrechnungsbetrug durch ein MVZ die Gründereigenschaft als Risiko. Er gibt – anschaulich an zwei Beispielen – zu bedenken, dass eine Ausweitung der Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs und damit eines Strafverfolgungsrisikos die gesellschaftsrechtlichen Grenzen zwischen zulässiger und unzulässiger Einflussnahme nicht ausblenden dürfte. Weitere Risiken, die sich bei der Gründung ergeben, seien zum einen die wahrheitswidrige Angabe der Arbeitszeit der im MVZ angestellten Ärzte und zum anderen die Angabe des Willens zur dreijährigen Tätigkeit als Angestellter des MVZ nach Zulassungsverzicht. Als Risiken beim Betrieb eines MVZ benennt *Pflugmacher* insbesondere falsche Sammelerklärungen, die zu einem Betrug gemäß § 263 StGB führen können, und Verstöße gegen die Vorschriften zur Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB) durch variable Vergütungen. Mit Abgabe der Quartalsabrechnung gebe jeder vertragsärztliche Leistungserbringer eine Sammelerklärung ab, mit der er versichere, dass die Abrechnung vollständig und gemäß des Vertragsarztarztrechts erfolgt sei. Nach *Pflugmacher* ergebe

sich für ein MVZ aufgrund der komplexen internen Strukturen ein erhöhtes Strafbarkeitsrisiko. Ein Strafbarkeitsrisiko nach §§ 299a, 299b StGB veranschaulicht *Pflugmacher* anhand eines Vergleichs zwischen ärztlicher Berufsausübungsgemeinschaft und MVZ und hebt hervor, dass handhabbare Kriterien für die Praxis fehlen. Beim Verkauf eines MVZ liege das Risiko besonders in der – für die Praxis typischen – Erteilung einer Garantieerklärung im Hinblick auf die „Beachtung sämtlicher gebühren- und vertragsarztrechtlicher Vorschriften. Nach Auffassung von *Pflugmacher* solle nicht eine Garantieerklärung abgegeben werden, die als wahrheitswidrige Tatsachenbehauptung gewertet werden könnte. Insofern sei eine Zweckbeschränkung entsprechender Erklärungen vorzunehmen.

In dem Beitrag „Neues zur Sanktionierung von medizinischen Einrichtungen. Die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung von Gemeinschaftspraxis, MVZ, Krankenhaus & Co“ von *Dr. med. Mathias Priewer* und *Jonas C. Schulz* geht es schließlich um die Neuordnung des unternehmensbezogenen Sanktionenrechts mit Blick auf das zum Zeitpunkt des Vortrags geplante Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten.

Nach der einleitenden Darstellung der Diskussion um eine Neuordnung des unternehmensbezogenen Sanktionenrechts und ihrer Entwicklung werden die Problemkreise bei der Sanktionierung von medizinischen Einrichtungen aufgezeigt. Anschließend beschäftigen sich *Priewer* und *Schulz* eingehend mit der öffentlichen Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes: Sie thematisieren dazu die staatliche Informationstätigkeit unter Zugrundelegung eines Drei-Ebenen-Modells und unternehmen den Versuch, die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung nach dem – zu

diesem Zeitpunkt – geplanten Verbandssanktionengesetz in das System staatlicher Informationstätigkeit einzuordnen. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass die öffentliche Bekanntmachung als Institut des Verbraucherschutzes und zugleich Sanktionsinstrument ein neuartiges Konzept bilde. Es folgt die Darstellung des verfassungsrechtlichen Rahmens unter Einbeziehung der Grundrechte des Verbandes und derjenigen der hinter dem Verband stehenden Personen. Im Anschluss daran gehen sie auf die Rechtsanwendung der öffentlichen Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes auf Tatbestands-, Rechtsfolgen- und Strafzumessungsebene ein. Maßgeblich zu berücksichtigen sei der Zweck des Rechtsinstituts, das ausschließlich der Information der durch die Verbandstat Geschädigten dienen soll.

Wie *Priewer* und *Schulz* bereits einleitend vermutet haben, ist das Gesetzesvorhaben des Verbandssanktionengesetzes in der kürzlich vergangenen Legislaturperiode tatsächlich letztlich gescheitert. Im neuen Koalitionsvertrag der Ampel-Koalition heißt es, dass eine Überarbeitung der Vorschriften zur Unternehmenssanktion geplant sei, um die Rechtssicherheit von Unternehmen im Hinblick auf Compliance-Pflichten zu verbessern und einen präzisen Rechtsrahmen für interne Untersuchungen zu schaffen (Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 111, Z. 3732-3735). Insofern bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

Durch die Vielseitigkeit der praxisrelevanten Beiträge beschert der Tagungsband dem Leser eine fokussierte, kurzweilige sowie zur Vertiefung der einzelnen Themen motivierende Lektüre – und weckt nicht zuletzt Vorfreude auf den nächsten Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag.