

# 1. Teil: Einführung

## § 1 Begriff, Bedeutung und Rechtsquellen des Arztstrafrechts

Die mit dem medizinisch-technischen Fortschritt der Gegenwart verbundenen gestiegenen Behandlungsmöglichkeiten haben zur Absicherung der Patienteninteressen sowie seiner „verantwortlichen Entscheidungsautonomie“<sup>1</sup> die Summe der Rechtsnormen anwachsen lassen, „unter denen der Arzt und seine Berufstätigkeit stehen“<sup>2</sup>. Dieses Arztrecht umfasst neben Gesundheits- und Berufsgesetzen sowie spezifischen Verordnungen und Satzungen auch die jeden Bürger bindenden allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts, Öffentlichen Rechts und Strafrechts<sup>3</sup>, die in ihrem Regelungsbereich ergänzend ineinanderfließen. Die hierdurch erfolgte Verrechtlichung der letzten Jahrzehnte sowie der Wandel des Rechtsempfindens in der Bevölkerung, die Entscheidungen der einst unantastbaren „Halbgötter in Weiß“ zu hinterfragen<sup>4</sup>, hat das Spannungsverhältnis von Medizin und Recht zu einem Dauerproblem anwachsen lassen<sup>5</sup>, das zu einer steigenden Kriminalisierung ärztlichen Verhaltens geführt hat. Es sind nicht mehr nur drohende Schadensersatzprozesse (mit teils horrenden Summen für Folgebehandlungen, selbst wenn die verursachende Behandlung [z. B. die Verabreichung einer Spritze] dem Arzt eine nur geringe Vergütung einbringt), sondern insbesondere die hieran zumeist gleichzeitig geknüpften strafrechtlichen Verfahren mit teils existenzbedrohenden strafrechtlichen wie berufsrechtlichen Folgen (Berufsverbot von bis zu fünf Jahren [§ 70 I StGB], Widerruf der Approbation, Entzug der Kassenzulassung), die wie ein Damoklesschwert über jeder ärztlichen Behandlung schweben, zumal „auch der geschickteste Arzt nicht mit der Sicherheit einer Maschine arbeitet“ und „trotz aller Fähigkeiten und Sorgfalt“ etwa eines Operators „ein Griff, ein Schnitt oder Stich misslingen kann, der regelmäßig auch dem betreffenden Arzt selbst gelingt“<sup>6</sup>. Zu Arzt und Tod hat sich daher längst auch der Jurist ans Krankenbett gesellt. Diese allgegenwärtig

1 *Tag*, Körperverletzungstatbestand, S. 2.

2 So die Definition des Arztrechts bei Laufs/Kern/Rehborn/*Kern/Rehborn*, Handbuch, § 5 Rn. 3.

3 Darüber hinaus geht der Begriff des „Medizinrechts“, zu dem ergänzend das Arzneimittel- und Medizinprodukterecht hinzukommt (vgl. Laufs/Kern/Rehborn/*Kern/Rehborn*, Handbuch, § 5 Rn. 4).

4 *Haag*, Strafrechtliche Verantwortung von Ärzten und medizinischem Hilfspersonal (2003), S. 1: „Enttabuisierung der Götter in Weiß“.

5 So *Thomas Alexander Peters*, Der strafrechtliche Arzthaftungsprozess (2000), S. 17; *Tag*, Körperverletzungstatbestand, S. 2 f.

6 RGZ 78, 432 (435).

tige Haftungsangst hat dazu geführt, dass sich vielerorts eine sog. Defensivmedizin etabliert hat.<sup>7</sup>

## I. Historische Entwicklung und Begriff des Arztstrafrechts

- 2 Der Bereich des Arztstrafrechts war hierbei lange Zeit entsprechend seiner historischen Vorprägung<sup>8</sup> beschränkt auf die besonderen strafrechtlich bedeutsamen Gefährdungslagen des Arzt-Patienten-Verhältnisses (sog. „klassisches Arztstrafrecht“):

Bei den meisten Völkern der Antike, die die Medizin noch als Mächte der Natur ansahen und einen Kausalverlauf zwischen ärztlichem Verhalten und Schädigung daher nicht behaupteten, geschweige denn nachweisen konnten, war ein Arzthaftungsrecht noch unbekannt oder zumindest sehr beschränkt<sup>9</sup>: In Altbabylonien kannten die Gesetze des Königs Hammurabi (1793–1750 v. Chr.) zwar eine Bestrafung von Ärzten, aber nur von Chirurgen für fehlerhafte Schnitte mit dem Operationsmesser.<sup>10</sup> In Ägypten waren – nach Aussage von Diodor (um 60 v. Chr.) – Ärzte „nicht zu belangen“ und gingen straffrei aus, sofern sie sich „an die entsprechenden Regeln, die sie einem heiligen Buch“ entnahmen, hielten, selbst wenn „sie etwa den Erkrankten nicht retten“ konnten. Handelten sie aber diesen Regeln zuwider, so wurden sie „eines todeswürdigen Verbrechens angeklagt. Denn der Gesetzgeber war der Ansicht, niemand könne vermöge seines Verstandes etwa jenen Heilmethoden überlegen sein, die aus alter Zeit überkommen und von den besten Vertretern ihres Faches angewandt worden seien.“<sup>11</sup> Gleiches galt nach dem 9. Buch von Platons Gesetz aus der Mitte des 4. Jahrhunderts v. Chr. für Griechenland; „Strafe“ war lediglich ein schlechter Ruf der Ärzte.<sup>12</sup>

Erst als die Medizin bei den Römern große Fortschritte machte, begann man, sich über die rechtlichen Konsequenzen ärztlicher Fehlleistungen Gedanken zu machen<sup>13</sup>: So unterfiel im römischen Recht der Lex Aquilia (287/286 v. Chr.) auch die vorsätzliche (sowie nach der Lex Cornelia de iniuriis [88 v. Chr.] fahrlässige) Verletzung durch einen Arzt (z. B. durch unsachgemäße Operation oder das Verabreichen eines schädlichen Arzneimittels), wobei bei Vorliegen eines Kunstfehlers die Kausalität für den Schaden vermutet wurde, da das begrenzte medizinische Wissen der damaligen Zeit einen Nachweis nicht zuließ.<sup>14</sup> Im Mittelalter wurde nach Art. 134 der Peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina) von 1532<sup>15</sup> –

7 Bei einer Befragung von 824 amerikanischen Ärzten gaben fast alle (93 %) an, dass sie defensive Medizin praktizieren. Sie überwiesen Patienten unnötigerweise zu Zusatzuntersuchungen, die sie eigentlich für überflüssig hielten (92 %) oder erstellten zur Vorsicht von ihnen an sich für unnötig gehaltene Röntgenbilder (43 %): ausführlich hierzu *Studdert u. a.*, JAMA Vol. 293 (2005), 2609 ff. In Deutschland mögen die Zahlen kleiner sein, die Tendenz hierzu ist aber mehr als deutlich: vgl. nur *Laufs*, NJW 1991, 1516 (1521); *Thomas Peters*, MedR 2002, 227 ff.; *Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht, Rn. 15.

8 Umfassend hierzu *Riegger*, Die historische Entwicklung der Arzthaftung, 2007, abrufbar unter: [http://epub.uni-regensburg.de/10597/1/Finale\\_Version\\_21.10.07.pdf](http://epub.uni-regensburg.de/10597/1/Finale_Version_21.10.07.pdf) (letzter Aufruf: 1.11.2022).

9 Vgl. hierzu nur *vGerlach*, FS Geiß (2000), S. 389 (390 f.).

10 *Bäumer*, Die Ärztesetzgebung Kaiser Friedrichs II. und ihre geschichtlichen Grundlagen (1914), S. 13 f.

11 Zitiert nach *vGerlach*, FS Geiß (2000), S. 389 (397).

12 Hierzu *Preiser*, Medizinhistorisches Journal 1970, 1 ff.; *Preuss*, MMW 1902, 489 f.

13 *vGerlach*, FS Geiß (2000), S. 389 (391 ff.).

14 Vgl. *Bäumer*, a. a. O., S. 21 f.

15 Vgl. umfassend hierzu *Eberhard Schmidt*, ZRG 53 (1933) – Germ. Abt., 1 ff.; *Hellmuth von Weber*, ZRG 77 (1960) – Germ. Abt., 288 ff.

die bis ins 18. Jahrhundert hinein unmittelbare oder mittelbare Anwendung fand – ein Arzt für eine Tötung „aus Unfleiß oder Unkunst“ bestraft. Unter den Landesgesetzgebungen war Anfang des 19. Jahrhunderts die Zahl der Strafverfahren gegen Ärzte wegen Behandlungsfehlern angesichts der noch nicht sehr weit entwickelten naturwissenschaftlichen Erkenntnisse jedoch noch äußerst gering.<sup>16</sup> Ein anschauliches Beispiel hierfür ist der berühmte Fall „Horn“<sup>17</sup>: 1811 wurde die 21-jährige, an einer unbestimmten psychischen Erkrankung leidende Louise Thiele in der Charité in Berlin vom Wundarzt Dr. Heinrich Horn in der Psychiatrie mit den damals gängigen Methoden der Wechselbäder, Brechmittelgabe, Fesselung in der Zwangsjacke sowie des Steckens in einen Sack bei besonders heftigen Anfällen behandelt; bei einer solchen Behandlung mit dem Sack erstickte sie. Ein Verwandter erstattete Anzeige. Dennoch nahm das Kammergericht keine Ermittlungen auf, da es in der Behandlung keinen verschuldeten Tod erblickte. Daraufhin schrieb Dr. Kohlrausch, ebenfalls in der Charité tätig und seit langem im Streit mit Dr. Horn, einen Brief an einen hohen preußischen Beamten, in dem er Dr. Horn der grausamen und unmenschlichen Behandlung bezichtigte sowie als Verursacher des Todes der Louise. Nach der Einholung von drei medizinischen Gutachten, die die Methoden des Dr. Horn jedoch als allgemein üblich und nicht ursächlich für das Erstickten der Patientin bezeichneten, sprach das Kammergericht Dr. Horn 1812 frei. Dr. Kohlrausch wurde der bewussten falschen Verdächtigung beschuldigt, ihm konnte dies aber nicht nachgewiesen werden. Dr. Horn wurde nach dem Freispruch von der Charité befördert, Dr. Kohlrausch verließ sie.

Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts stieg die Zahl der Arzthaftungsprozesse deutlich an. Dennoch enthielten das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 sowie das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 (und trotz diverser Reformversuche das Strafgesetzbuch auch heute noch immer) keine Spezialnormen für den (grundsätzlich straflosen) ärztlichen Heileingriff wie (einen Spezialtatbestand für) die eigenmächtige Heilbehandlung (unten Rn. 26).

Stattdessen sind in den letzten Jahrzehnten zu den klassischen Bereichen der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte als Folge des ärztlichen Heileingriffs, dem Schwangerschaftsabbruch, der Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht, der Sterbehilfe und der Verschreibung von Betäubungsmitteln immer weitere (vor allem wirtschaftsstrafrechtliche) Deliktsbereiche im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden geraten, wie Abrechnungsbetrug, Vertragsarztuntreue, Vorteilsannahme und Bestechlichkeit, so dass der Begriff der Arztstrafrechts inzwischen in diesem Sinne (alle Delikte im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit) wesentlich weiter gefasst werden muss (sog. „Arztstrafrecht im weiteren Sinne“). Die Zahl neuer strafrechtlicher Ermittlungsverfahren in diesem weit verstandenen arztstrafrechtlichen Bereich hat sich (mangels verlässlicher bundesweiter Zahlen) nach Schätzungen auf der Grundlage exemplarischer empirischer Untersuchungen<sup>18</sup> auf einem hohen Niveau von jährlich 1.500<sup>19</sup> – 3.000<sup>20</sup> eingependelt.

16 *Kräbe*, Die Diskussion um den ärztlichen Kunstfehler in der Medizin des 19. Jahrhunderts (1984), S. 28.

17 Vgl. hierzu nur *Kräbe*, a. a. O., S. 35 ff.

18 Ein gutes Beispiel hierfür ist die Aktenauswertung der Verfahren der Staatsanwaltschaft Düsseldorf der Jahre 1992–1996 bei *Thomas Alexander Peters*, Der strafrechtliche Arzthaftungsprozess (2000), S. 21.

19 *Lilie/Orben*, ZRP 2002, 154 (156 Fn. 19); *Wever*, ZMGR 2006, 121.

20 Vgl. *Egon Müller*, DRiZ 1998, 155 (158); *Ulsenheimer/Gaede/Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht, Rn. 3 mit Fn. 11.

## II. Rechtsquellen

- 4 Die Rechtsquellen des „Arztstrafrechts im weiteren Sinne“ sind durch die notwendige Anknüpfung an arztrechtliche Vorregelungen vielfältig:
- (1) Strafgesetzbuch (**StGB**)
  - (2) Embryonenschutzgesetz (**ESchG**), ergänzt durch das Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz – **GenDG**)
  - (3) Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz – **TPG**), insb. §§ 3 ff. (Entnahme von Toten) und §§ 8 ff. (Entnahme bei lebenden Spendern) mit den §§ 18 ff. TPG (Straf- und Bußgeldvorschriften)
  - (4) Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens (Transfusionsgesetz – **TFG**), insb. §§ 31, 32 TFG (Straf- und Bußgeldvorschrift bezüglich des Umgangs mit Blut und Blutbestandteilen)
  - (5) Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (**BtMG**), insb. §§ 29 ff. BtMG für die Verschreibung von Betäubungsmitteln, in Verbindung mit der Verordnung über das Verschreiben, die Abgabe und den Nachweis des Verbleibs von Betäubungsmitteln (Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung – **BtMVV**), etwa zur Verschreibung von Substitutionsmitteln (§§ 5 ff. BtMVV)
  - (6) Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (**AMG**), insb. §§ 95 ff. AMG (Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten)
  - (7) Gesetz gegen Doping im Sport (**AntiDopG**), insb. § 4 I Nr. 1 iVm § 2 AntiDopG (Strafvorschrift gegen unerlaubten Umgang mit Dopingmitteln)
  - (8) Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – **IfSG**), insb. die Bußgeldvorschrift des § 73 IfSG und die Strafvorschriften der §§ 74 ff. IfSG, darunter insb. die Spezialstrafvorschriften in Zusammenhang mit unrichtigen Dokumentationen einer SARS-CoV-2-Schutzimpfung (§ 74 II, 73 Ia Nr. 8 IfSG) und unrichtigen Testbescheinigungen oder Testzertifikaten (§ 75a IfSG)
  - (9) **Verordnung (EU) 2017/745** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über Medizinprodukte, zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 und zur Aufhebung der Richtlinie 90/385/EWG und 93/42/EWG des Rates<sup>21</sup> sowie **Verordnung (EU) 2017/746** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über In-vitro-Diagnostika und zur Aufhebung der Richtlinie 98/79/EG und des Beschlusses 2010/227/EU der Kommission<sup>22</sup>, ergänzt durch das Gesetz zur Durchführung unionsrechtlicher Vorschriften betreffend Medizinprodukte (Medizinprodukterecht-Durchführungsgesetz – **MPDG**), insb. §§ 92 ff. MPDG (Straf- und Bußgeldvorschriften bzgl. des Inverkehrbringens von Medizinprodukten)
  - (10) Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (Heilmittelwerbegesetz – **HWG**), insb. §§ 14, 15 HWG (Straftatbestand/Ordnungswidrigkeiten bei verbotener Werbung)
  - (11) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (**UWG**): § 16 UWG (strafbare Werbung)

<sup>21</sup> ABl. EU L 117 S. 1.

<sup>22</sup> Abl. EU L 117 S. 176.

- (12) Landesgesetze über Schutzmaßnahmen bei psychisch Kranken (**Landes-PsychKG**)
- (13) Bürgerliches Gesetzbuch (**BGB**), insb. §§ 630a ff. (Behandlungsvertrag), §§ 1626 ff. (Vertretung von Minderjährigen durch ihre Eltern), §§ 1896 ff. (Betreuung), §§ 1901a ff. BGB (Patientenverfügung), ergänzt durch das Familienverfahrgesetz (**FamFG**), insb. §§ 300 f. FamFG (einstweilige Anordnung)
- (14) Berufsrechtliche Regelungen, insb.
- Sozialgesetzbuch – Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (**SGB V**), insb. §§ 72 ff. (Beziehungen der Krankenkassen zu Ärzten), § 77 (Regelungen der Kassenärztlichen Vereinigungen), §§ 95 ff. (ärztliche Zulassung), §§ 115 ff. (Beziehungen der Krankenkassen zu Krankenhäusern und Vertragsärzten), §§ 129 ff. (Beziehungen der Krankenkassen zu den Apothekern) und §§ 143 ff. SGB V (Organisation der Krankenkassen)
  - **Bundemantelvertrag für Ärzte** (BMV-Ärzte) und Bundemantelvertrag für Zahnärzte (BMV-Zahnärzte)<sup>23</sup> zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung bzw. der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen (vgl. §§ 82, 217a ff. SGB V)
  - Bundesärzteordnung (**BÄO**), insb. §§ 3 ff. BÄO (Regelungen zur Approbation)
  - Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (**Ärzte-ZV**)
  - Gebührenordnung für Ärzte (**GOÄ**) bzw. für Zahnärzte (**GOZ**)
  - **Kammer- und Heilberufsgesetze der Länder** (berufsständische Vertretung der Ärzte, Überwachung der Berufspflichten und Berufserichtbarkeit)
  - Deutsche Ärztinnen und Ärzte-(Muster-)Berufsordnung (**MBO-Ä**) bzw. Musterberufsordnung Bundeszahnärztekammer (**MBO-Z**) mit grundsätzlichen Rechten und Pflichten der ärztlichen Berufsausübung.

## § 2 Rechtsverhältnisse eines Arztes

Das Strafrecht dient mit seinen Normen, Sanktionen und Verfahren dem Schutz von Rechtsgütern vor Gefährdung oder Verletzung<sup>24</sup> und knüpft damit zwingend an rechtliche Vorwertungen an, so dass das Verständnis der arztstrafrechtsrelevanten Normen zumindest einen groben Überblick über die Rechtsverhältnisse eines Arztes erfordert:

### I. Arztrechtliche Maxime

#### 1. Selbstbestimmungsrecht des Patienten

Ausgangspunkt aller medizinrechtlichen Fragestellungen muss der Mensch und seine auf Art. 1 I, 2 I GG beruhende Privatautonomie<sup>25</sup> sein. Hieraus ergibt sich das Bestimmungsrecht des Patienten über die Art der ärztlichen Behandlung (ver-

<sup>23</sup> Abrufbar unter <https://www.kbv.de/html/bundemantelvertrag.php> (BMV-Ärzte) und <https://www.kzbv.de/bundemantelvertrag.1223.de.html> (BMV-Zahnärzte) (letzter Aufruf jeweils: 16.12.2022).

<sup>24</sup> So etwa Sch/Schr/Eisele, Vor §§ 13 ff. Rn. 8 ff.; LK/Walter, Vor § 13 Rn. 8 ff.

<sup>25</sup> Vgl. nur BVerfGE 52, 131 (168); BVerfGE 89, 120 (130).

knüpft mit einem Recht auf umfassende Aufklärung)<sup>26</sup>, ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben und hierzu die Hilfe Dritter zu suchen<sup>27</sup>, ein Recht auf Einsicht in die (vom Arzt als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag sowie berufsrechtlich aus der landesrechtlichen Umsetzung des § 10 II MBO-Ä niederzulegenden) Krankenhausaufzeichnungen des Arztes<sup>28</sup> (§ 630 g BGB bzw. nach Art. 15 DSGVO<sup>29</sup>) bzw. auf Unterstützung bei der Aktualisierung der patientengeführten elektronischen Patientenakte<sup>30</sup> (§ 346 I, III SGB V), ein Schutz vor unberechtigter Weitergabe seiner persönlichen Daten (sichergestellt durch die einfachrechtlichen Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes) sowie eine umfassende Schweigepflicht der Angehörigen der Heilberufe, strafrechtlich sanktioniert über § 203 StGB und verfahrensrechtlich abgesichert durch die Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 53 I Nr. 3 StPO, 383 I Nr. 6 ZPO.

## 2. Freier Beruf

- 7 Der Arztberuf ist als freier Beruf (Art. 12 GG) mit einem hohen „Maß von eigener Verantwortlichkeit und eigenem Risiko in wirtschaftlicher Beziehung“<sup>31</sup> und unabhängiger und eigenverantwortlicher Stellung<sup>32</sup> bei der Berufsausübung ausgestaltet. Dies gilt auch für den Vertragsarzt, der (trotz Verpflichtung zur Behandlung der Kassenpatienten aufgrund seiner Zwangsmitgliedschaft in der Kassennärztlichen Vereinigung mit seiner Zulassung) das „ganze wirtschaftliche Risiko seines Berufs selbst“ trägt; „die Kassenzulassung bietet ihm nur eine besondere Chance“ zum Aufbau einer „auskömmlichen Kassenpraxis“<sup>33</sup>. Die gesteigerte Verantwortlichkeit für das Gemeinwohl wird durch ein berufsständisches, organisationsrechtliches Gefüge sichergestellt.

## 3. Therapiefreiheit

- 8 Das „Kernstück der ärztlichen Profession“<sup>34</sup> bildet die Therapiefreiheit, die den Arzt nur auf seine eigene wissenschaftliche Überzeugung verweist<sup>35</sup> (vgl. § 2 MBO-Ä). Er kann also nicht zu einer diesen Grundsätzen widersprechenden Behandlungsmethode gezwungen werden.<sup>36</sup> Dies gewährleistet nicht nur ein Fortschreiten der Medizin, sondern es verhindert auch, dass die Individualität des jeweiligen Behandlungsgeschehens durch die schematische Anwendung der anerkannten Regeln nicht hinreichend berücksichtigt wird, und dient damit der Autonomie des Patienten. Denn die Therapiefreiheit ermöglicht es dem Arzt, „unabhängig von der Fessel normierender Vorschriften nach pflichtgemäßem und gewissenhaftem

26 Vgl. nur Quaas/Zuck/Clemens/Zuck, *Medizinrecht*, § 2 Rn. 34 ff.

27 BVerfGE 153, 182 (262).

28 BVerfG, NJW 1999, 1777; BVerfG, NJW 2006, 1116 ff.; BGHZ 85, 327; BGHZ 106, 146 ff.

29 Art. 15 III DSGVO statuiert hierbei auch einen Anspruch auf eine (kostenfreie) Kopie der gesamten Patientenakte: LG Dresden, MedR 2021, 58 f.; aA Piltz/Zwerschke, MedR 2021, 1070 (1074 f.); die Kostentragungspflicht nach § 630 I 2 iVm § 811 II BGB ist daher rechtlich bedenklich: zutreffend MüKo-BGB/Wagner, § 630g Rn. 6.

30 Der Anspruch ist selbstverständlich begrenzt auf jene Umstände, die ein Patient bei einer Einsichtnahme in eine papiergeführte Patientenakte erlangen könnte: *Dochow*, MedR 2021, 13 (14 f.); BeckOK-BGB/Katzenmeier, § 630g Rn. 23.

31 BVerfGE 9, 338 (351).

32 BVerfGE 33, 367 (381).

33 BVerfGE 11, 30 (40).

34 *Laufs*, NJW 1997, 1609; HdbStrafR/Sternberg-Lieben, § 52 Rn. 27.

35 Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 21; *Laufs*, FS Deutsch (1999), S. 625 ff.; zum Spannungsverhältnis zwischen Therapiefreiheit und Selbstbestimmungsrecht des Patienten *Ziegler*, GesR 2021, 483 ff.

36 Quaas/Zuck/Clemens/Zuck, *Medizinrecht*, § 2 Rn. 52.

Ermessen im Einzelfall diejenigen therapeutischen Maßnahmen zu wählen, die nach seiner begründeten Überzeugung unter den gegebenen Umständen den größtmöglichen Nutzen für seinen Patienten erwarten lassen<sup>37</sup>.

#### 4. Berufsethik

Das Berufsverhalten der Ärzte ist ausgehend vom Eid des Hippokrates<sup>38</sup> an ethischen Grundsätzen auszurichten wie zu messen: Der Arzt ist mit seinen Kenntnissen und Fähigkeiten dem Wohl des Patienten und dessen Leben verpflichtet. Dem Patienten darf durch die Hilfsmaßnahmen nicht geschadet werden. Der Wille des Patienten ist zu achten. Über vom Patienten anvertraute Tatsachen ist zu schweigen. Bei der Behandlung der Patienten sind diese gleich zu behandeln. Die Behandlung ist begründbar und nachvollziehbar zu gestalten.<sup>39</sup> Diese Forderungen der Standesethik „übernimmt das Recht weithin zugleich als rechtliche Pflicht. Weit mehr als sonst in den sozialen Beziehungen des Menschen fließt im ärztlichen Berufsbereich das Ethische mit dem Rechtlichen zusammen.“<sup>40</sup>

9

#### 5. Regeln der ärztlichen Kunst

Die ärztliche Behandlung muss unter Beachtung der Regeln der ärztlichen Kunst erfolgen, d. h. nach dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse.<sup>41</sup> Als allgemein anerkannt gilt hierbei eine Heilmethode, wenn die medizinische Wissenschaft mit breiter Mehrheit von der Wirksamkeit der in Rede stehenden Behandlungsmethode ausgeht<sup>42</sup>; eine (mit der Therapiefreiheit unvereinbare) Beschränkung auf die sog. Schulmedizin ist hiermit nicht verbunden.<sup>43</sup>

10

#### 6. Wissenschaftsfreiheit

Wissenschaftlichkeit (Art. 5 III GG) ist ein „Grundthema des Medizinrechts“<sup>44</sup>, wie die Anbindung der Leistungserbringung an den Stand der medizinischen Erkenntnisse (§§ 2 I 3, 135 I 1 Nr. 1 SGB V) zeigt.

11

### II. Rechtsbeziehung des frei praktizierenden Arztes zum Privatpatienten

#### 1. Rechtsnatur des Behandlungsvertrages

Das Behandlungsverhältnis zum Patienten ist bürgerlich-rechtlich.<sup>45</sup> Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des bis dahin weitgehend durch Richterrecht geprägten Behandlungsvertrages erfolgte zum 26.2.2013 mit dem PatRG<sup>46</sup> in den §§ 630a ff. BGB, die entsprechend der bisher überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung<sup>47</sup> und Litera-

12

37 Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier, *Arztrecht*, X Rn. 93.

38 Deutsche Übersetzung etwa in Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, S. 1.

39 Vgl. zu diesen Grundsätzen nur Prütting, in: Ratzel/Lippert/Prütting, *MBO*, § 2 Rn. 21.

40 BVerfGE 52, 131 (170).

41 BSGE 38, 73 (76); BSGE 48, 47 (52).

42 Vgl. nur BSGE 70, 24 (27).

43 Vgl. nur Becker/Kingreen/Lang/Niggehoff, *SGB V*, § 28 Rn. 10; Laufs, *NJW* 1984, 1383 (1384).

44 Quaa/Zuck/Clemens/Zuck, *Medizinrecht*, § 2 Rn. 57.

45 BGHZ 142, 126 ff.

46 BGBI. 2013 I, S. 277 ff.; vgl. hierzu BT-Drs. 17/10488; Katzenmerer, *NJW* 2013, 817 ff.; Montgomery/Brauer/Hübner/Seeböhm, *MdR* 2013, 149 ff.; Angie Schneider, *JuS* 2013, 104 ff.

47 Vgl. nur BGHSt. 57, 95 (102); BGHZ 63, 306 (309); BGHZ 76, 259 (261); OLG Koblenz, *VersR* 2009, 1542.

tur<sup>48</sup> den Behandlungsvertrag als „besonderen Dienstvertrag“<sup>49</sup> (§§ 611 ff. BGB) und nicht als Werkvertrag (§ 631 BGB) einordnen. Denn angesichts der Unwägbarkeiten des menschlichen Körpers kann der Arzt bei deren Heilung einen Erfolg kaum garantieren und darf es standesrechtlich auch gar nicht (§ 11 II 2 MBO-Ä).

## 2. Parteien des Vertrages

- 13** Der Behandlungsvertrag kommt grundsätzlich zwischen dem Arzt und dem Patienten zustande (§ 630a I BGB). Ist der Patient noch minderjährig, so richtet sich die Wirksamkeit des Vertrages nach den §§ 104 ff., 1626, 1629 I BGB. In der Regel kommt der Vertrag dann jedoch mit dem gesetzlichen Vertreter zugunsten des Patienten iSd § 328 BGB zustande.<sup>50</sup> Bei bestehender Ehe gibt der Patient im Zweifel die vertraglichen Erklärungen zugleich auch für den anderen Ehegatten ab (§ 1357 BGB), sofern Art und Kosten der Behandlung sich im Lebenszuschnitt der Familie halten, wie er nach außen in Erscheinung tritt (vgl. §§ 1360, 1360a BGB)<sup>51</sup>; bei teuren Behandlungen bedarf es jedoch einer vorangehenden ausdrücklichen Abstimmung der Ehegatten hierüber.<sup>52</sup> Ist der Ehepartner beihilfeberechtigt oder privat versichert, scheidet eine Verpflichtung des anderen gemäß § 1357 I BGB aus.<sup>53</sup> Begleitet jemand seinen Lebensgefährten ins Krankenhaus, so wird er nicht allein dadurch zum Kostenschuldner.<sup>54</sup> Dies gilt selbst dann, wenn im Anmeldeformular per Allgemeine Geschäftsbedingungen eine gesamtschuldnerische Haftung des Anmeldenden mit dem Patienten angeordnet wird, da eine derartige Klausel nach § 309 Nr. 11a BGB unwirksam ist.<sup>55</sup>

Mit dem zum 1.1.2023 in Kraft tretenden § 1358 BGB<sup>56</sup> stehen Ehegatten (nach § 21 LPartG auch Lebenspartnern) bei medizinischen Notfällen (d. h. bei Bewusstlosigkeit oder Entscheidungsunfähigkeit aufgrund von Krankheit) ein Notvertretungsrecht zum Abschluss von Behandlungsverträgen sowie zur Einwilligung in medizinische Untersuchungen und Eingriffe zu.

Bei einer gemeinsamen Ausübung ärztlicher Tätigkeit ist zu differenzieren<sup>57</sup>: Bei einer Organisationsgemeinschaft, einem rein organisatorischen Zusammenschluss mehrerer Ärzte, hat jeder Arzt seinen eigenen Patientenstamm und seine Karteiführung, so dass der Behandlungsvertrag nur jeweils zwischen dem Patienten und dem einzelnen Mitglied der Praxisgemeinschaft zustande kommt; selbst bei einer Vertretung werden keine Vertragsbeziehungen zum Vertreter begründet. Begibt sich der Patient dagegen zur Behandlung in eine ärztliche Berufsausübungsgemeinschaft (früher als „Gemeinschaftspraxis“ bezeichnet), so kommt der Arztvertrag zwischen ihm und der Ärztegemeinschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. Partnerschaftsgesellschaft<sup>58</sup> zustande.

48 Vgl. nur MüKo-BGB/*Busche*, § 631 Rn. 124; Laufs/Kern/Rehborn/*Kern/Rehborn*, Handbuch, § 42 Rn. 6 f.; Laufs/Katzenmeier/Lipp/*Lipp*, Arztrecht, III Rn. 26; Staudinger/*Gutmann* § 630a Rn. 2.

49 MüKo-BGB/*Wagner*, § 630a Rn. 3; ähnlich Laufs/Kern/Rehborn/*Kern/Rehborn*, Handbuch, § 42 Rn. 7. BGHZ 89, 263 (266 f.).

51 Vgl. hierzu BGHZ 47, 75 (81 ff.); BGHZ 94, 1 (3 ff.); BGHZ 116, 184 ff.; BGH, NJW 1992, 909 ff.; aA OLG Köln, NJW 1981, 637.

52 BGHZ 94, 1 (4); BGHZ 116, 184 (186).

53 OLG Köln, MDR 1993, 55; Grüneberg/*Siede*, § 1357 Rn. 16.

54 OLG Saarbrücken, NJW 1998, 828 f.

55 BGH, NJW 1990, 761 ff.

56 BGBI. 2021 I S. 882; krit. sowie zu Auswirkungen auf die Ärzteschaft und den Klinikalltag *Koller/Stahl*, GesR 2021, 212 ff.; *Lugani*, MedR 2022, 91 ff.

57 Vgl. nur Laufs/Kern/Rehborn/*Kern/Rehborn*, Handbuch, § 43 Rn. 6 f.

58 Vgl. nur MüKo-BGB/*Wagner*, § 630a Rn. 25; Laufs/Kern/Rehborn/*Kern/Rehborn*, Handbuch, § 42 Rn. 6.



**3. Form**

Eine Form ist für den Behandlungsvertrag grundsätzlich nicht vorgeschrieben.<sup>59</sup> Er kommt daher in der Regel konkludent zustande, wenn der Patient sich in die Behandlung des Arztes begibt und der Arzt die Behandlung auch tatsächlich übernimmt.<sup>60</sup> Gleiches gilt, wenn der Patient den Arzt telefonisch kontaktiert und der Arzt hierauf eingeht.<sup>61</sup> 14

**4. Pflichten aus dem Vertrag**

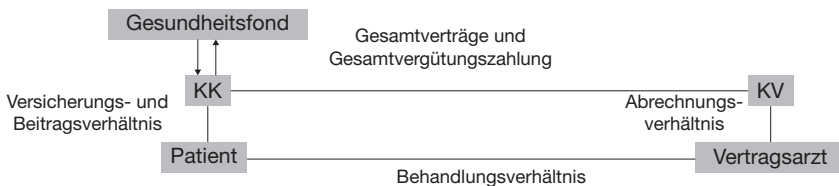
Aufgrund des Behandlungsvertrages ist der **Arzt** nach § 630a I BGB zur persönlichen ärztlichen Behandlung verpflichtet, einschließlich Anamnese (Ermittlung der Krankenvorgeschichte), Untersuchung, Diagnosestellung, Indikationsstellung, die ärztliche Behandlung selbst, das Ausstellen von Attesten und sonstigen Bescheinigungen sowie die ärztliche Nachsorge und Kontrolle. Hinzutreten als Nebenpflichten die ärztliche Schweigepflicht, die Dokumentationspflicht (§ 630f BGB) und die Gewährung eines Einsichtsrechtes in diese Aufzeichnungen (§ 630g BGB, Art. 15 DSGVO) sowie die Pflicht zur Auskunft über Diagnose und Behandlungsverlauf (§ 630c BGB). 15

Der **Patient** (bzw. der dritte Vertragspartner) schuldet dem Arzt das vereinbarte oder übliche (§ 630a I BGB) Honorar, welches anhand der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) als zwingendes Preisrecht für alle beruflichen (auch medizinisch nicht indizierten) Leistungen zu bemessen ist.<sup>62</sup> Gegenüber seiner privaten Krankenversicherung kann der Privatpatient nach einer Verauslagung des Honorars eine Kostenerstattung (§ 192 I VVG) entsprechend der Bestimmungen des Versicherungsvertrages verlangen.

**III. Rechtsverhältnisse eines Vertragsarztes**

**1. Das vertragsärztliche Vierecksverhältnis**

Die Rechtsverhältnisse der rechtlichen Verhältnisse bei der vertragsärztlichen Behandlung von Kassenpatienten wird klassischerweise als „vertragsärztliches Viereck“ dargestellt<sup>63</sup>, das durch die Einführung des Gesundheitsfonds zum 1.1.2009 nur unwesentlich verändert wurde: 16



59 Vgl. nur BeckOK-BGB/Katzenmeier, § 630a Rn. 45; MüKo-BGB/Wagner, § 630a Rn. 44.  
 60 Vgl. nur BGH, NJW 2000, 3429.  
 61 BGH, NJW 1961, 2068 f.; BGH, NJW 1979, 1248 (1249); BeckOK-BGB/Katzenmeier, § 630a Rn. 37.  
 62 BGH, NJW 2006, 1879. Abweichungen hiervon bedürfen der Schriftform und sind ausdrücklich vor der Behandlung zu vereinbaren (§§ 2 GOÄ, 2 GOZ): BGHZ 138, 100 (103); BGH, NJW-RR 2017, 596 (597); OLG Stuttgart, VersR 2003, 462 f.  
 63 Ausführlich hierzu Laufs/Kern/Rehborn/Clemens, Handbuch, § 28 Rn. 32 ff.

Die Krankenkasse (KK) schuldet ihren Mitgliedern und deren Familienangehörigen (§ 10 SGB V) aus dem öffentlich-rechtlichen Versicherungsverhältnis nach dem grundsätzlichen Sachleistungsprinzip (§§ 2, 27 ff. SGB V) einen (durch das Wirtschaftlichkeitsgebot [§ 12 I SGB V] begrenzten) Anspruch auf ärztliche Versorgung.<sup>64</sup> Ihre Sachleistungsverpflichtung erfüllen die Krankenkassen durch Bundesmantelverträge (§ 82 I SGB V) mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, deren Inhalt Bestandteil der auf Landesebene zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen (KV) geschlossenen Gesamtverträge (§§ 2 II 3, 82, 83 SGB V) wird, in denen der den Patienten gegenüber zu erbringende Leistungsrahmen näher konkretisiert und die Gesamtvergütung festgelegt wird (§ 85 SGB V). Aufgrund dieser Gesamtverträge übernehmen die Kassenärztlichen Vereinigungen die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung der Kassenpatienten (§§ 73 II, 75 I SGB V). Die Vertragsärzte werden durch ihre Zulassung öffentlich-rechtliche Mitglieder der Kassenärztlichen Vereinigung (§ 95 III SGB V) und damit zur Übernahme der ärztlichen Versorgung der Kassenpatienten nach der Maßgabe der Gesamtverträge zwischen den Verbänden der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Vereinigung verpflichtet.

- 17** Aufgrund des Versicherungsverhältnisses hat der Patient Beiträge an die Krankenkasse zu entrichten, die als Einzugsstelle für alle Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitnehmer und Arbeitgeber fungiert (§§ 28d, 28h SGB IV). Die Krankenkasse leitet die vereinnahmten Beiträge an den Gesundheitsfonds (verwaltet durch das Bundesamt für Soziale Sicherung) weiter (§ 271 I Nr. 1 SGB V) und erhält von diesem entsprechend dem Ausmaß der „Morbidität“ der bei ihr Versicherten eine Grundpauschale mit risikoadjustierten Zu- und Abschlägen zurück (§§ 266, 268, 270 SGB V).<sup>65</sup> Der einzelne Vertragsarzt stellt die von ihm gegen Vorlage der Krankenversicherungskarte erbrachten Leistungen durch quartalsweise Einreichung der Abrechnungen bei der Kassenärztlichen Vereinigung auf der Grundlage des von den Kassenärztlichen Vereinigungen im Benehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen als Satzung festgesetzten Honorarverteilungsmaßstabes (§ 87b I 2 SGB V) in Rechnung, mit dem grundsätzlich die Bewertungen des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes (EBM)<sup>66</sup> an den Arzt leistungsproportional weitergereicht werden, teils unter Beibehaltung der früheren (teilweise modifizierten) Grundsätze individuell zugewiesener Regelleistungsvolumina. Eine gemeinsame Prüfstelle der Landesverbände der Krankenkassen und Ersatzkassen und der Kassenärztlichen Vereinigungen überprüft (mit Stich- und Zufallsprüfungen) die Rechtmäßigkeit und Plausibilität der Abrechnung (§§ 106 ff. SGB V).

Die von den Krankenkassen gezahlte (in den Gesamtverträgen festgelegte) Gesamtvergütung (§ 85 SGB V) wird von den Kassenärztlichen Vereinigungen auf die in ihrem Bezirk zugelassenen Ärzte verteilt (ausführlich hierzu unten Rn. 307 ff.).

<sup>64</sup> An dieser grundsätzlichen Rechtsbeziehung ändert das Recht der Mitglieder, statt der Sachleistung Kostenerstattung bis zur Grenze des (vom Patienten vorzustreckenden) Ärztehonorars zu wählen (§ 13 II SGB V), nichts, insbesondere macht es den Versicherten nicht zum Privatpatienten.

<sup>65</sup> Hierbei hat der Gesundheitsfonds eine Liquiditätsreserve vorzuhalten (§ 271 II–VI SGB V), die dem Ausgleich unterjähriger Schwankungen in den Einnahmen sowie der Deckung unerwarteter Einnahmeausfälle: Becker/Kingreen/Göppfahrt/Pfobl, SGB V, § 271 Rn. 11.

<sup>66</sup> Abgedruckt in Engelmann (Hrsg.), Aichberger Ergänzungsband, Gesetzliche Krankenversicherung/ Soziale Pflegeversicherung (Stand: 33. Ergänzungslieferung, Februar 2017): Ordnungsnummer 765.