



universität  
wien

# DISSERTATIONSEXPOSÉ

Arbeitstitel:

„Die Strafbarkeit mangelhafter Heilbehandlungen auf Grund von Ressourcenknappheit, Kostenentscheidungen und Verletzungen vertragsrechtlicher Pflichten in der Gesundheitsversorgung“

Fachbereich: Strafrecht und Kriminologie

Verfasserin: Mag. Katrin FORSTNER, BA MA

Betreuer: Hon. prof. SC Dr. Gerhard AIGNER

## **I. Einleitung – Problemaufriss**

Die Medizin eröffnet zunehmend neue Möglichkeiten der Behandlung oder Lebensverlängerungen. Parallel zu den medizinischen Entwicklungen ergeben sich neue rechtliche Fragestellungen, da das Recht die Grenzen für Behandlungen determiniert. Nicht alles, was medizinisch möglich ist, ist rechtlich auch erlaubt. Umgekehrt muss oder darf aus rechtlicher Sicht möglicherweise nicht alles getan werden, was medizinisch machbar wäre. Die Kosten medizinischer Interventionen und der Zugang zu selbigen sind Aspekte, die in der medizinischen Praxis zunehmend miteinbezogen werden müssen.

Abseits medizinischer, ethischer und ökonomischer Herausforderungen, die mit der stetig anwachsenden Problematik, dass begrenzte Ressourcen an eine steigende Zahl Patienten zugeteilt werden müssen, aufkommen, stellt sich auch die Frage, ob und falls ja inwiefern strafrechtliche Regelungen bei der Entscheidung, welcher Einzelperson welche Behandlung (nicht) zuteil wird in Betracht gezogen werden müssen – und welche Auswirkungen dies auf die Praxis haben könnte. Gerade die Bereiche der Behandlungsablehnung durch Ärzte und der Ablehnung der Kostenübernahme bestimmter Behandlungen durch die Kassen, des erschwerten Zugangs zu Leistungen, insbesondere durch lange Wartezeiten, und schließlich der auf Grund von Kostenentscheidungen möglicherweise fehlerhaften Behandlungen werden im gesellschaftlichen Diskurs zunehmend thematisiert. Der Zusammenhang zwischen diesen Bereichen, für die auch sozialversicherungsrechtliche Vorgaben eine Rolle spielen, und dem Strafrecht soll denn auch im Fokus der Untersuchung liegen.

## II. Inhalt und Fragestellungen

Rahmen für die Untersuchung bildet die Heilbehandlung, also die medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte therapeutische, diagnostische, prophylaktische und schmerzlindernde Behandlung iSd § 110 StGB. Andere Formen ärztlichen Handelns, etwa Schönheitsoperationen oder Organtransplantationen, sollen außen vor gelassen werden. Insbesondere sind es die Körperverletzungs- und Tötungsdelikte, die in den Fokus der Untersuchung treten. Sie werden relevant, wenn Heilbehandlungen gar nicht oder fehlerhaft durchgeführt und dadurch Rechtsgüter des Patienten, insbesondere Leben, körperliche Integrität oder Gesundheit, verletzt werden.

### *a. Begehung durch Unterlassung*

Im Bereich vorsätzlicher Begehung sind besonders Situationen von Interesse, in denen Ärzte Patienten bestimmte Behandlungen nicht zuteil werden lassen, etwa aus Kostengründen oder weil Ressourcen nicht verfügbar sind. Strafbarkeit durch Unterlassung kommt daher in Betracht.

Voraussetzung ist, dass der betreffende Arzt Garant ist – also jemand, der „zufolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung“<sup>1</sup> den Eintritt eines Erfolges abwenden müsste. Es handelt sich dabei um eine persönliche Rechtspflicht, welche enger zu fassen ist als Pflichten, die jedermann treffen.<sup>2</sup> Die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe reicht für die Begründung der Garantstellung nicht aus. Für Ärzte gilt, dass diese entweder im Bereitschaftsdienst sein müssen, etwa auf einer Notfallstation im Krankenhaus, oder den Patienten bereits behandeln.<sup>3</sup>

Doch oft sind nicht die behandelnden Ärzte diejenigen, die darüber entscheiden, welche Behandlung durchgeführt wird. Chefarzte und letztlich Kassen entscheiden (mit) und sind daher für die Frage, wem Garantstellung zukommt, zu berücksichtigen.

→ Zu prüfen ist, ausgehend von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung und anhand konkreter Fallbeispiele, welche Unterlassungen aus Ressourcenknappheit oder

---

<sup>1</sup> § 2 StGB.

<sup>2</sup> Vgl. Hilf in WK § 2 RZ 70.

<sup>3</sup>Vgl. Fuchs, AT I, Kap 37 RZ 7 ff.

wegen Einsparungsvorgaben im klinischen Bereich strafrechtliche Relevanz entfalten. Dabei stehen nicht nur Ärzte als mögliche Garanten im Fokus, sondern auch für Entscheidungsträger von Kassen und Anbietern steht die Frage im Raum, ob sie Garanten sein können.<sup>4</sup>

#### *b. lex artis und Verfügbarkeit/Wirtschaftlichkeit*

Teilweise werden aber auch Begehungsdelikte, wenn also aktiv eine Handlung gesetzt wird<sup>5</sup>, strafrechtlich zu prüfen sein: Dann nämlich, wenn eine Behandlung verordnet oder angewendet wird, möglicherweise statt einer anderen. Besonders fahrlässige Begehung ist in diesem Zusammenhang häufig denkbar. Strafbarkeit droht hier im medizinischen Bereich insbesondere bei einem Verstoß gegen die *lex artis*, die state-of-the-art-Behandlung.

Fahrlässig handelt, wer die nötige Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er den Umständen nach verpflichtet ist (objektive Sorgfaltswidrigkeit), die einzuhalten er auch fähig ist (subjektive Sorgfaltswidrigkeit), und deren Einhaltung zumutbar ist (Zumutbarkeit).<sup>6</sup>

Die objektive Sorgfaltswidrigkeit wird dadurch verletzt, dass der behandelnde Arzt gegen eine Rechtsnorm, eine Verkehrsnorm, unter die auch die ärztliche *lex artis* fällt,<sup>7</sup> oder das Verhalten der sogenannten „differenzierten Maßfigur“ verstößt und dadurch ein sozialinadäquates Risiko für Leben, körperliche Integrität und Gesundheit des Patienten schafft.<sup>8</sup>

Die *lex artis* ist eine Verhaltensnorm, deren rechtliche Relevanz bzw. Verbindlichkeit so hoch ist, dass sie mit jener von rechtlichen Normen vergleichbar ist<sup>9</sup> – sie konstituiert zwar keine Verbindlichkeit, indiziert allerdings sorgfaltsgemäßes Handeln. Durch die entsprechende Herausbildung und konsequenterweise Akzeptanz der Angehörigen der relevanten professionellen Gruppe, also der Ärzte, und ihrer Anerkennung als

---

<sup>4</sup> Niedergelassene Ärzte müssten die Behandlung des Patienten vermutlich bereits übernommen haben, das Abweisen in der Ordination verhindert das Entstehen der Garantenpflicht. (siehe Dannecker: Ergebnisse aus dem DFG-Projekt Priorisierung) Diese Bundesdeutsche Meinung wird ebenfalls für das österreichische Recht zu überprüfen sein.

<sup>5</sup> Vgl. Fuchs, AT I, 9. Kapitel, RZ 1.

<sup>6</sup> Vgl. § 6 öStGB.

<sup>7</sup> Vgl. Triffterer-Kommentar zum StGB, § 6, RZ 57.

<sup>8</sup> Vgl. Fuchs, AT, 12. Kapitel, RZ 13 ff, Triffterer-Kommentar zum StGB, § 6, RZ 58.

<sup>9</sup> Vgl. Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht AT, Z 25, RZ 12.

Sorgfaltsgrundsätze erlangen sie einen höheren Grad an Verbindlichkeit<sup>10</sup> und begründen daher einen Maßstab, an dem ärztliches Handeln gemessen werden kann. Maßgeblich für die lex artis ist, dass die entsprechenden Handlungsanweisungen dem gesicherten Stand der medizinischen Wissenschaft angehören.<sup>11</sup>

Gerade die Feststellung einer Sorgfaltswidrigkeit ist jedoch nicht immer einfach. Nicht allein die Fertigkeit des Arztes spielt eine Rolle. Welche Behandlung tatsächlich geschuldet ist – und daher die lex artis, die nicht unterschritten werden darf, konstituiert – hängt von weiteren Faktoren, wie der Verfügbarkeit von Ausstattung, Medikamenten und Behandlungsmethoden, ab. Insbesondere, wenn mehrere Behandlungsmethoden möglich wären, unter denen gewählt werden muss, ergeben sich strafrechtsrelevante Fragestellungen. Für Deutschland, wo diese bereits mehrfach Inhaltlich gerichtlicher Entscheidungen wurde, wurde unter anderem festgestellt, dass modernere Ausstattung oder Spezialkenntnisse, sofern im konkreten Fall vorhanden, auch eingesetzt werden müssen, wenn die Heilungschancen dadurch vergrößert werden.<sup>12</sup> Gleichzeitig hielt der BGH in einer haftungsrechtlichen Entscheidung aber auch fest, dass nicht immer die jeweils neuste Methode bzw. Apparatur gewählt werden muss.<sup>13</sup> Zwei Gründe, weshalb dies nicht immer möglich ist, werden im Weiteren angeführt, nämlich einerseits, wenn auch ältere Methoden dem Stand der Wissenschaft noch Genüge tun, und andererseits Kostengründe, die der Anwendung der neuesten Methode im Weg stehen können.<sup>14</sup> Es zeigt sich, dass wirtschaftliche Kriterien bei höchstgerichtlichen Entscheidungen bereits Eingang finden und die Diskussion längst in der Rechtsprechung angekommen sind; die strafrechtsdogmatische Aufarbeitung ist daher dringend erforderlich. Letztlich ist auch dies eine Frage, was (noch) sorgfaltsgemäßem Handeln entspricht, und was nicht.

In Österreich ist es insbesondere das Wirtschaftlichkeitsgebot im ASVG, das hier eine Rolle spielen könnte. § 133 ASVG Abs 2 lautet: „Die Krankenbehandlung muß ausreichend und zweckmäßig sein, sie darf jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Durch die Krankenbehandlung sollen die Gesundheit, die Arbeitsfähigkeit

---

<sup>10</sup> Vgl. Burgstaller, Fahrlässigkeit, S. 52.

<sup>11</sup> Vgl. Burgstaller in WK<sup>2</sup> StGB § 80 Rz 53.

<sup>12</sup> Hahn, Einfluss der RSpr auf Ressourcenentsch, S. 286.

<sup>13</sup> BGH v. 22.9.1987 - VI ZR 238/86, NJW 1988, 763 (764).

<sup>14</sup> BGH v. 22.9.1987 - VI ZR 238/86, NJW 1988, 763 (764).

und die Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, nach Möglichkeit wiederhergestellt, gefestigt oder gebessert werden.”

Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist daher ein Faktor, der strafrechtlich beachtlich sein könnte. Allein die Tatsache, dass die Krankenkassen Leistungen übernehmen oder nicht übernehmen, kann nicht ausschlaggebend dafür sein, welches ärztliche Handeln sorgfaltsgemäß ist. Rechtliche Spannungen entstehen vor allem dann, wenn der Stand der ärztlichen Wissenschaft und die von den Kassen anerkannten, und somit abrechenbaren, Methoden nicht übereinstimmen.<sup>15</sup>

→ Im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte ist es unter anderem die lex artis und deren Einhaltung, an der sich die Frage, ob Strafbarkeit vorliegt oder nicht, häufig scheidet. Wo strafrechtsdogmatisch die Grenzen der lex artis verlaufen, was, gerade im Verhältnis zwischen verschiedenen möglichen Methoden, (noch) dem Standard entspricht, und wie aus strafrechtlicher Sicht mit kosten- oder ressourcenbedingten Substandard-Behandlungen oder solchen, die verspätet erfolgen, umzugehen ist, soll erforscht respektive vorhandene Forschung um neue Erkenntnisse erweitert werden. Im Zentrum der Untersuchung soll daher der Einfluss der einschlägigen sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben stehen.

### **III. Forschungsergebnis**

Es soll umfassend geklärt werden, wie bestimmte, typische Sachverhalte im Alltag medizinischen Handelns zwischen Ressourcenknappheit, Einsparungsvorgaben und sich ständig erweiternder Behandlungsmöglichkeiten aus (straf)rechtlicher Sicht zu beurteilen sind. Schwerpunkt soll auf dem Wechselspiel zwischen Strafrecht und Sozialversicherungsrecht in diesem sensiblen Bereich liegen. Letztlich sollen die Ergebnisse der Patientensicherheit, die im Rahmen der gesetzlichen und auch strafrechtlichen Vorgaben „richtige“ Behandlung zu erhalten, zu gute kommen.

---

<sup>15</sup> Vgl. zB: Arnade, Kostendruck und Standard, S. 206.

# Vorläufiges Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
  
- II. Die Heilbehandlung im Strafrecht und im Sozialrecht
  1. Strafrechtliche Definition der Heilbehandlung
  2. Sozialversicherungsrechtliche Rahmenbedingungen für die Krankenbehandlung
    - a. Nationale und internationale rechtliche Grundlagen
    - b. Leistungsrecht und Leistungspflicht der Sozialversicherungsträger
      - i. Anspruch auf Krankenbehandlung
      - ii. Wirtschaftlichkeitsgebot nach ASVG
  3. Abstimmung der straf- und sozialrechtlichen Begrifflichkeiten
  4. Zwischenergebnis
  
- III. Behandlungsverweigerung
  1. Verweigerung der Behandlungsübernahme auf Grund von Ressourcenknappheit
  2. Verweigerung der Behandlungsübernahme mangels Kostenersatz durch die Kassen
  3. Voraussetzungen einer Strafbarkeit durch Unterlassung im Bereich der Heilbehandlung (Schwerpunkte)
    - a. Handlungspflicht
    - b. Garantenstellung
      - i. Ärzte
      - ii. Andere Entscheidungsträger
    - c. Quasi-Kausalität
  4. Zusammenhang zwischen sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben und Strafrecht bei Behandlungsverweigerung
  5. Zwischenergebnis

#### IV. Fehlerhafte Behandlung

1. Mangelhafte Behandlung bei Entscheidung aus mehreren Alternativen
2. Verspätete Behandlung auf Grund begrenzter Ressourcen oder Kostenentscheidungen
3. Voraussetzung einer Strafbarkeit auf Grund fahrlässiger Begehung im Bereich der Heilbehandlung (Schwerpunkte)
  - a. Sorgfaltsmaßstab und lex artis
  - b. Normative Zurechnung
4. Zusammenhang zwischen sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben und Strafrecht bei mangelhaften Heilbehandlungen
5. Zwischenergebnis

#### V. Zusammenfassung und Ausblick

## Literaturverzeichnis (exemplarisch)

Arnade, Johannes: Kostendruck und Standard: zu den Auswirkungen finanzieller Zwänge auf den Standard sozial- versicherungsrechtlicher Leistungen und den haftungsrechtlichen Behandlungsstandard. Berlin u.a.: Springer 2010.

Barta, Heinz: Recht auf Gesundheit. Wien: Verl. Österreich 2002.

Bertel, Christian / Schwaighofer, Klaus / Venier, Andreas: Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I: §§ 75 bis 168e StGB. Wien: Springer 2010.

Birklbauer, Alois / Hilf, Marianne / Tipold, Alexander: Strafrecht Besonderer Teil I. Wien: Facultas 2015.

Brammsen, Joerg: Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten. Berlin: Duncker & Humblot 1986.

Brinkmann, Otto.: Strafrechtliche Sanktionierung ärztlicher Kunstfehler. RDG 2011, 168.  
Bruckmüller, Karin. / Schumann, Stefan.: Die Heilbehandlung im österreichischen Strafrecht, in: Roxin/Schroth (Hrsg.): Handbuch des Medizinstrafrechts. Boorberg: Stuttgart et al., 5. Auflage, S.652.

Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas: Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht. Berlin, Heidelberg: Springer 2014.

Eder-Rieder, Maria: Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht. Wien / Graz: NWV 2016

Frahm, Wolfgang: Einschränkung der Therapiefreiheit durch das Haftungsrecht. GesundheitsRecht, 2005, Vol.4(12), S. 529.

Fuchs, Helmut / Reindl-Krauskopf, Susanne: Besonderer Teil I : Delikte gegen den Einzelnen (Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Privatsphäre, Vermögen). Wien: Springer 2009.

Fuchs, Helmut / Reindl-Krauskopf, Susanne: Strafrecht - Besonderer Teil. 1. Delikte gegen den Einzelnen (Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Privatsphäre, Vermögen). Lehrbuch. Wien: Verl. Österreich 2015.

Fuchs, Helmut: Österreichisches Strafrecht - Allgemeiner Teil. 1. Grundlagen und Lehre von der Straftat. Wien: Verlag Österreich 2016.

Ganner, Michael (Hrsg.): Die soziale Funktion des Privatrechts: Festschrift für Heinz Barta zum 65. Geburtstag. Wien: Linde 2009.

Geis, Mark: Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot – kriminalstrafbewehrtes Treuegesetz des Kassenarztes? GesundheitsRecht 2006, Vol.5(8), S.345.

Grillberger, Konrad (Hrsg.): Europäisches Wirtschaftsrecht und soziale Krankenversicherung. Das Gesundheitswesen zwischen staatlicher Steuerung und Marktfreiheit. Wien: Manz 2003.

Grillberger, Konrad / Mosler, Rudolf (Hrsg.): Ärztliches Vertragspartnerrecht. Wien: Manz 2012.

Hahn, E.: Einfluss der Rechtsprechung auf die Ressourcenentscheidung und Prioritätensetzung in der Medizin - Ein Beitrag zur Verteilungsdebatte, Gesundheitsrecht (GesR) 2010, S. 286.

Herb, Stefan: Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin: die Allokation knapper medizinischer Ressourcen als Rechtsproblem. Hamburg: Kovač 2002.

Höpfel, Frank / Ratz, Eckehart (Hrsg.): Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Wien: Manz (Loseblatt).

Jabornegg, Peter et al. (Hrsg.): Grenzen der Leistungspflicht für Krankenbehandlung. Wien: Manz 2007.

Kienapfel, Diethelm / Höpfel, Frank et al.: Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil. Wien: Manz 2009.

Kienapfel, Diethelm / Schroll, Hans Valentin: Strafrecht, Besonderer Teil 1: Delikte gegen Personenwerte. Wien: Manz 2016.

Kleinherne, Philipp Christoph: Garantenstellung und Notwehrrecht: zugleich ein Beitrag zum Entstehen und Erlöschen von Garantenstellungen. Frankfurt am Main: PL Academic Research 2014.

Kneihs, Benjamin (Hrsg.): Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherungsrecht? Wien: Manz 2005.

Kreß, Hartmut: Das Recht auf Gesundheit in ethischer und rechtlicher Hinsicht. In: Dürwell (Hrsg.): Wie viel Ethik verträgt die Medizin? Paderborn 2005, S. 339.

Kühl, Ingo: Wirtschaftlichkeitsgebot und Vertragsarzt im Strafrecht: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Arzneimittelversorgung. Berlin, Heidelberg: Springer 2014.

Mitgutsch, Ingrid: Handbuch Strafrecht Besonderer Teil. 1. Wien: Verl. Österreich 2013.

Mosler, Rudolf (Hrsg.): Der SV-Komm: Kommentar zur Sozialversicherung; ASVG und APG komplett kommentiert; Schwerpunkte im GSVG und EU-Recht; Parallelbestimmungen: GSVG, BSVG, B-KUVG und NVG. Wien: Manz (Loseblatt).

Neumayr, Matthias / Resch, Reinhard et al. (Hrsg.): Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht. Wien: Manz 2016.

Österreichische Juristenkommission: Gesundheit und Recht - Recht auf Gesundheit: 7. - 9. Juni 2012, Schlögen. Wien: Linde 2013.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil 1 Band 1. München: Beck 2006.

Sangenstedt, Christof: Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern: zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenhaftung. Frankfurt am Main u.a.: Lang 1989.

Schäffer, Heinz / Merten, Detlef et al. (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. 7, Grundrechte in Österreich, der Schweiz und in Liechtenstein: Teilbd. 1. Grundrechte in Österreich. Heidelberg u.a.: Müller 2014.

Schöch, Heinz: Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen, in: Roxin/Schroth: Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart et al.: Boorberg 2010.

Schöch, Heinz: Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen, in: Roxin/Schroth (Hrsg.): Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart et al.: Boorberg 2010.

Schroth, Ulrich: Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab, in: Roxin/Schroth: Handbuch des Medizinstrafrechts. Stuttgart et al.: Boorberg 2010.

Seiler, Stefan: Strafrecht. Allgemeiner Teil: 1. Grundlagen und Lehre von der Straftat. Wien: Verlag Österreich 2011.

Tag, Brigitte: Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis. Eine arztstrafrechtliche Untersuchung. Berlin et al.: Springer 2000.

Teschner, Hellmuth (Hrsg.): Allgemeine Sozialversicherung: mit erläuternden Bemerkungen. Wien: Manz (Loseblatt).

Triffterer, Otto (Hrsg.): Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Wien: LexisNexis-Verl. ARD Orac (Loseblatt).

Ulsenheimer, Klaus: Arztstrafrecht in der Praxis: Heidelberg: Müller 2003.

Zitter, Gernot: Rationierung in der Altersmedizin? Zur Verteilungsgerechtigkeit in einer alternden Gesellschaft. Wien: Manz 2001.