

Iris Winkler

Der Arzt im Konflikt zwischen Fehleroffenbarungspflicht und Selbstbelastungsfreiheit



Nomos

Schriften zum Medizinstrafrecht

herausgegeben von

Professor Dr. Christian Jäger,

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Professor Dr. Matthias Krüger,

Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. Hans Kudlich,

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Professor Dr. Brian Valerius,

Universität Bayreuth

Band 19

Iris Winkler

Der Arzt im Konflikt zwischen Fehleroffenbarungspflicht und Selbstbelastungsfreiheit



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Erlangen Nürnberg, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8316-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-2706-8 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Oktober 2020 vom Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im September 2020 abgeschlossen. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf diesem Stand.

Herzlich danken möchte ich an erster Stelle meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub, für das entgegengebrachte Vertrauen und für die Gestaltungsfreiheit in jeder Phase des Promotionsvorhabens. Ein großes Dankeschön gilt überdies Herrn Prof. Dr. Hans Kudlich für die äußerst zügige und gleichwohl detaillierte Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Christian Jäger für sein Mitwirken in der Prüfungskommission.

Von ganz besonderem Wert ist für mich schließlich die immerwährende Unterstützung und Aufmunterung meiner Familie, ohne welche die Fertigstellung dieser Arbeit kaum denkbar gewesen wäre.

Iris Winkler

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitung	23
§ 1: Problemaufriss	23
§ 2: Gang der Untersuchung und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	25
1. Teil: Der Nemo tenetur-Grundsatz und seine Geltung außerhalb des Strafverfahrens	28
§ 1: Die historische Entwicklung des Nemo tenetur-Grundsatzes	30
I. Die Entwicklung in England	32
II. Die Entwicklung in Nordamerika	38
III. Die Entwicklung in Deutschland	41
IV. Ergebnis	48
§ 2: Rechtsgrundlagen	50
I. Rechtsgrundlagen im nationalen Recht	50
1. Einfachgesetzliche Vorschriften	50
a) Strafverfahrensrechtliche Vorschriften	50
b) Vorschriften außerhalb des Strafverfahrensrechts	54
aa) Zivil- und Zivilverfahrensrecht	54
bb) Öffentliches Recht	55
2. Grundgesetz	57
a) Verfahrensrechtliche Garantien	58
aa) Das Rechtsstaatsprinzip	59
aaa) Das Rechtsstaatsprinzip als allgemeiner Grundsatz	59
bbb) Das Fairnessgebot als Teilelement des Rechtsstaatsprinzips	61
ccc) Die Unschuldsvermutung als Teilelement des Rechtsstaatsprinzips	63
bb) Anspruch auf rechtliches Gehör	65
b) Materielle Bestimmungen	68
aa) Glaubens- und Gewissensfreiheit	69

Inhaltsverzeichnis

bb) Allgemeine Handlungsfreiheit	72
cc) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	74
aaa) Funktion des Menschenwürdegehalts	75
bbb) Ausprägungen	78
ccc) Die Selbstbelastungsfreiheit als weitere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	80
II. Rechtgrundlagen im internationalen Recht	84
1. Art. 14 Abs. 3 lit. g) IPBPR	85
2. Art. 6 EMRK	87
III. Ergebnis	89
§ 3: Der Nemo tenetur-Satz im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung	91
I. Der Gemeinschuldnerbeschluss des BVerfG	92
1. Inhalt	92
2. Sondervotum des Richters Heußner	96
3. Grundrechtsdogmatische Eckpunkte der Entscheidung	97
a) Grundrechtseingriff	98
b) Eingriffsrechtfertigung	98
aa) Schranken	98
bb) Schranken-Schranken	99
4. Reaktion des Gesetzgebers	104
a) Einführung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO	104
b) Meinungsstand zum sog. Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO und zugleich beweisrechtlicher Exkurs	105
aa) Allgemeine Struktur der Beweisverbote	105
bb) Offenbarungsverbot	107
cc) Verwendungsverbot	109
dd) Verwertungsverbot	110
ee) Ergebnis zur Reichweitenbestimmung des Verbots	111
II. Weitere höchstrichterliche Judikatur zur Ausstrahlungswirkung von „Nemo tenetur“ auf außerstrafrechtliche Felder	111
1. BGH, 19.03.1991 – 5 StR 516/90	112
a) Inhalt	112
b) Stellungnahme	114
2. BGH, 26.4.2001 – 5 StR 587/00	116
a) Inhalt	116

b) Stellungnahme	117
3. BGH, 15.12.1989 – 2 StR 167/89	121
a) Inhalt	121
b) Stellungnahme	123
4. BVerfG, 07.07.1995 – 2 BvR 1778/94	126
a) Inhalt	126
b) Stellungnahme	127
III. Ergebnis und Folgerungen für die weitere Untersuchung	129
1. Ergebnis	129
a) Ausstrahlungswirkung des Nemo tenetur-Satzes auf den außerstrafrechtlichen Bereich	129
b) Regelungsinstrumente zum Schutz der Ausstrahlungswirkung	130
c) Auswahlkriterien	132
aa) Art der Zwangslage	132
bb) Widerstreitende Interessenlage	133
cc) Entziehungsmöglichkeit des Behandelnden	134
dd) Kenntnismöglichkeit der Strafverfolgungsbehörden	135
2. Folgerungen für die weitere Untersuchung	135
2. Teil: Die behandlungsvertragliche Fehleroffenbarungspflicht nach § 630c Abs. 2 S. 2 BGB im Lichte des Nemo tenetur-Grundsatzes	137
§ 1: Die behandlungsvertragliche Fehleroffenbarungspflicht nach § 630c Abs. 2 S. 2 BGB	137
I. Dogmatische Herleitung und Begründung der ärztlichen Fehleroffenbarungspflicht	138
1. Rechtslage vor dem PatRG	138
a) Strafrechtliche Bewertung der (fehlerhaften) Heilbehandlung als Ausgangspunkt	138
b) Kurzüberblick zum früheren Meinungsstand in der Literatur	139
aa) Die Fehleroffenbarungspflicht als vertragliche Nebenpflicht in Anlehnung an die Rechtslage für andere freie Berufe	139
aaa) Herleitung aus ergänzender Vertragsauslegung	140
bbb) Herleitung aus § 666 Var. 1 BGB analog	140

Inhaltsverzeichnis

ccc)	Herleitung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben	141
ddd)	Kritik	142
bb)	Das ärztliche Standesrecht als Rechtsgrundlage der Fehleroffenbarungspflicht	144
cc)	Die Pflicht zur Eingriffsaufklärung als Rechtsgrundlage der Fehleroffenbarungspflicht	146
c)	Rechtsprechung	148
aa)	Keine Fehleroffenbarungspflicht kraft Treueverhältnis	148
bb)	Entbehrlichkeit der Fehleroffenbarungspflicht vor dem Hintergrund der Dokumentationspflicht	149
2.	Die ärztliche Fehleroffenbarungspflicht im System der behandlungsvertraglichen Informations- und Aufklärungspflichten nach dem PatRG	151
II.	Regelungsinhalt	154
1.	Der „Behandelnde“	155
2.	Der „Patient“	156
3.	Der Behandlungsfehler	158
a)	Abweichungen vom medizinischen Standard	159
b)	Fallgruppen	161
aa)	Konkrete Qualitätsmängel	162
aaa)	Diagnosefehler	162
bbb)	Befunderhebungsfehler	163
cc)	Therapiefehler	163
bb)	Generalisierte Qualitätsmängel	164
aaa)	Übernahmeverschulden	165
bbb)	Organisationsfehler	165
cc)	Dokumentations- und Aufklärungsmängel	166
c)	Vom Geltungsbereich des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB ausgeschlossene Fallgruppen	167
4.	Die Offenbarung behandlungsfehlerbegründender Umstände	169
5.	Auslöser der Fehleroffenbarungspflicht	171
a)	Erkennbarkeit	171
b)	Zusätzliche Voraussetzung	173
aa)	Die Tatbestandsalternative „Patientennachfrage“	173

bb) Die Tatbestandsalternative „Abwendung gesundheitlicher Gefahren“	176
III. Mögliche Rechtsfolgen der Schlecht- oder Nichterfüllung	178
1. Keine zwangsweise Anspruchsdurchsetzung	178
2. Zivilrechtliche Folgen	179
3. Strafrechtliche Folgen	182
4. Berufsrechtliche Folgen	184
IV. Ergebnis	185
§ 2: Das Beweisverbot nach § 630c Abs. 2 S. 3 BGB	188
I. Hintergrund des Beweisverbots	188
1. Selbstbelastungsgefahr durch die Erfüllung der Fehleroffenbarungspflicht nach § 630c Abs. 2 S. 2 BGB	189
a) Die Tatbestandsmäßigkeit der fehlerhaften ärztlichen Heilbehandlung	189
b) Zu befürchtende Rechtsfolgen	191
aa) Strafrechtliche Folgen	192
bb) Berufsrechtliche Folgen	195
cc) Vertragsarztrechtliche Folgen	199
aaa) Disziplinarverfahren	199
bbb) Zulassungsentziehung	203
dd) Approbationsrechtliche Folgen	204
ee) Sonstige mögliche Rechtsfolgen	208
aaa) Arbeitsrechtliche Folgen	208
bbb) Beamtenrechtliche Folgen	209
ccc) Hochschulrechtliche Folgen	210
2. Regelungszweck	211
a) Wahrung des Nemo tenetur-Grundsatzes	211
b) Anreiz zur Erfüllung der Fehleroffenbarungspflicht	212
II. Ausgestaltung	212
1. Beschränkung auf Straf- und Bußgeldverfahren	213
a) Vom Wortlaut erfasste Verfahren	213
b) Keine analoge Anwendung auf sonstige Verfahren	214
aa) Analogiefähigkeit des Sachverhalts	214
bb) Analogiefähigkeit der Regelung	217
2. Geschützter Personenkreis	218
3. Geschützte Information	220
III. Reichweite	221
1. Auslegung des „Verwendungsverbots“	221
a) Ziel der Auslegung	221

Inhaltsverzeichnis

b) Auslegungskriterien	222
aa) Grammatische Auslegung	222
bb) Systematische Auslegung	224
cc) Historisch-teleologische Auslegung	226
c) Auslegungsergebnis	229
2. Einzelfragen zur Reichweite	229
a) Fernwirkung im Einzelfall	230
aa) Zeugen vom Hörensagen	230
bb) Behandlungsunterlagen	231
b) Frühwirkung	233
c) Fortwirkung	235
IV. Ergebnis	236
§ 3: Vereinbarkeit der behandlungsvertraglichen Fehleroffenbarungspflicht nach § 630c Abs. 2 S. 2 BGB mit dem Nemo tenetur-Grundsatz	238
I. Eingriff	239
II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	241
1. Legitimer Zweck	241
a) Normzweck des § 630c Abs. 2 S. 2 BGB ausweislich der Gesetzesbegründung	241
b) Darüber hinausgehende Zwecke	242
2. Geeignetheit	243
a) Die Problematik rechtlicher „Grauzonen“	243
b) Die Anreizproblematik	244
c) Die Misstrauensproblematik	246
3. Erforderlichkeit	247
a) Alternative, weniger einschneidende Maßnahmen	247
b) Vergleichbare Effektivität	248
c) Der Einfluss von „Nemo tenetur“ auf die Maßnahmenwahl	250
aa) Auswahlkriterien	251
aaa) Art der Zwangslage	251
bbb) Widerstreitende Interessenlage	251
ccc) Entziehungsmöglichkeit des Behandlenden	252
ddd) Kenntnisnahmemöglichkeit der Strafverfolgungsbehörden	253
bb) Erstreckung auf berufsrechtliche Verfahren	254
d) Zwischenergebnis	255
4. Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i. e. S.)	255
II. Ergebnis	258

Inhaltsverzeichnis

Schlussbetrachtung	261
§ 1: Zusammenfassung	261
§ 2: Ausblick	263
Literaturliste	273

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht, Arbeitsgemeinschaft
AHB	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung
AK	Alternativkommentar
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung
AktG	Aktiengesetz
AllgErklMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der UN-Generalversammlung
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
Az.	Aktenzeichen
AZR	Registerzeichen beim Bundesarbeitsgericht für Revisionsverfahren
BAG	Bundesarbeitsgericht
BÄK	Bundesärztekammer
BÄO	Bundesärzteordnung
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BDG	Bundesdisziplinargesetz

Abkürzungsverzeichnis

BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGesundheitsBl.	Bundesgesundheitsblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BMV-Ä	Bundesmantelvertrag - Ärzte
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drucks.	Drucksache des Bundesrates
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgericht
BvR	Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht
BZÄK	Bundeszahnärztekammer
CCC	Constitution Criminalis Carolina
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt
DAR	Deutsches Autorecht
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
DesignG	Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design
DKG	Deutsche Krankenhausgesellschaft

Abkürzungsverzeichnis

DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DOA	Disclosure, Apology and Offer Programs
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einf.	Einführung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
etc.	et cetera
f.	folgende Seite
ff.	fortfolgende
FGO	Finanzgerichtsordnung
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GastG	Gaststättengesetz
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GesR	GesundheitsRecht
GFaG	Gesetz über die Führung akademischer Grade
GG	Grundgesetz
GGW	Gesundheit und Gesellschaft Wissenschaft (Zeitschrift des wissenschaftlichen Dienstes der Ortskrankenkassen)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GUP	Gesundheit und Pflege
h. M.	herrschende Meinung
HB	Handbuch
HeilBerG	Heilberufsgesetz

Abkürzungsverzeichnis

HRRS	Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hs.	Halbsatz
i. e. S.	im engeren Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
IfSG	Infektionsschutzgesetz
IGES	Institut für Gesundheits- und Sozialforschung, Siehe Institut für Gesundheits- und Sozialforschung
InsO	Insolvenzordnung
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuMiG	Justizmitteilungsgesetz
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
KG	Kammergericht
KHG	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze
KK	Karlsruher Kommentar
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
KZBV	Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	littera
LR	Löwe-Rosenberg
LSG	Landessozialgericht

Abkürzungsverzeichnis

m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. Anm.	mit Anmerkung
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MBO-Ä	Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenversicherung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MiStra	Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen
MiZi	Anordnungen über Mitteilungen in Zivilsachen
MüKo	Münchener Kommentar
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NS	Nationalsozialismus
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OFI	Orthopädisches Forschungsinstitut
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWi	Ordnungswidrigkeit
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PatG	Patentgesetz
PatRG	Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten
PK	Praxiskommentar

Abkürzungsverzeichnis

RA-HB	Rechtsanwalts-Handbuch
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RGBI	Reichsgesetzblatt
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer
RR	Rechtssprechungs-Report
Rspr.	Rechtssprechung
RStPO	Reichsstrafprozeßordnung
SchKG	Schwangerschaftskonfliktgesetz
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SK	Systematischer Kommentar
Slg.	Sammlung der Rechtssprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannt
SortSchG	Sortenschutzgesetz
SozR	Sozialrecht. Rechtssprechung u. Schrifttum
StGB	Strafgesetzbuch
StPÄG	Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes
StPO	Strafprozessordnung
StV	Strafverteidiger
u. a.	und andere
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
USA	United States of America
Var.	Variante
VersR	Versicherungsrecht – Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche

Abkürzungsverzeichnis

VN	Zeitschrift für die Vereinten Nationen und ihre Sonderorganisationen
Vorb.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
WRV	Weimarer Reichsverfassung
Ws	Aktenzeichen für Beschwerden in Straf- und Bußgeldsachen
ZEFQ	Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

