

6 Nichtberücksichtigung einer Gefährdung ärztlicher Approbation als Strafzumessungsfehler

StGB § 46 I 2; BZRG §§ 4 Nr. 1, 32 I 1 und II Nr. 5 Buchst. a; BÄO § 3 I 1 Nr. 2 Var. 2

Die Verurteilung eines Angeklagten, der Humanmedizin im siebten Semester studiert, zu einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen kann wegen § 3 I Nr. 2 Var. 2 der Bundesärzteordnung erhebliche Auswirkungen auf die Beurteilung der Zuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs haben und sich auf die Chancen eines Bewerbers am Arbeitsmarkt auswirken. Deshalb müssen sich die Strafzumessungserwägungen eines Urteils mit diesen Auswirkungen auseinandersetzen.

OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 20.12.2017 – 1 Ss 174/17 (AG Gießen)

Zum Sachverhalt: Das AG – Strafrichter – Gießen hat die Angekl. am 22.2.2017 wegen Betrugs in zwei Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 135 Tagessätzen zu je 35 Euro verurteilt. Mit ihrer Sprungrevision rügte die Angekl. die Verletzung materiellen Rechts und beanstandete das Verfahren.

Das Rechtsmittel war teilweise erfolgreich; insoweit führte es zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an eine andere Abteilung des AG.

Aus den Gründen: II. 4. Das Urteil des AG leidet jedoch im Strafausspruch bei der Anwendung des § 46 I 2 StGB an einem sachlich-rechtlichen Mangel, der zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs einschließlich der diesem zuzuordnenden Feststellungen nötig ist.

a) Die Strafzumessung ist zwar grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das RevGer. hat aber auf die Sachrüge zu überprüfen, ob dem Tatrichter bei dieser Entscheidung Rechtsfehler unterlaufen sind. Eine erschöpfende Darstellung aller Strafzumessungserwägungen durch den Tatrichter ist nicht erforderlich.

Ein solcher Fehler liegt aber unter anderem dann vor, wenn der Tatrichter die ihm nach § 46 StGB obliegende Pflicht zur Abwägung der für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände verletzt. Insbesondere sind die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Angeklagten in der Gesellschaft zu erwarten sind, gem. § 46 I 2 StGB zu berücksichtigen.

b) Eine Abwägung, die den Anforderungen an § 46 I 2 StGB gerecht wird, liegt hier nicht vor.

Das AG berücksichtigt vorliegend insbesondere den hohen Schaden einerseits und die geständige Einlassung sowie die Schadenswiedergutmachung andererseits. Vor diesem Hintergrund fehlt die Auseinandersetzung mit einem bestimmten Strafzumessungsgrund, nämlich den Auswirkungen einer Verurteilung auf das Leben der Angekl.

Nach den zugrunde liegenden Feststellungen studierte die Angekl. im Zeitpunkt der Verurteilung Humanmedizin im siebten Semester.

Nach §§ 4 Nr. 1, 32 I 1, II Nr. 5 Buchst. a BZRG ist eine Verurteilung zu einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen in ein Führungszeugnis aufzunehmen. Zur Erlangung der ärztlichen Approbation und auch im Rahmen von Bewerbungen für Arbeitsstellen wird in der Regel ein Führungszeugnis gefordert. Eine Verurteilung kann vor diesem Hintergrund gem. § 3 I Nr. 2 Var. 2 BÄO erhebliche Auswirkungen auf die Beurteilung der Zuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs haben und sich zudem auf Chancen eines Bewerbers am Arbeitsmarkt auswirken (vgl. auch OLG Nürnberg, StV 2006, 695 = NStZ 2007, 406 Ls.).

Diese Erwägungen stehen einer Verurteilung zu einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen nicht grundsätzlich entgegen. Sie haben aber im vorliegenden Einzelfall Beachtung zu erfahren, um nicht eine Entsozialisierung der Angekl. herbeizuführen (vgl. Fischer, StGB, 64. Aufl. 2017, § 46 Rn. 7). Eine Auseinandersetzung mit diesen Strafzumessungsgründen lässt das Urteil jedoch gänzlich missen.

Praxiskommentar von RA Dr. Sebastian Braun, Leipzig

I. Im Zentrum des Strafzumessungsrechts steht die Schuld des Täters. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 46 I 1 StGB, wonach die Schuld die Grundlage der Strafzumessung darstellt. Dieses elementare Credo ist Ausprägung des Grundsatzes „Keine Strafe ohne Schuld“ und erteilt dem Rechtsanwender den Auftrag, das durch die Tat begangene Unrecht in jedem Einzelfall schuldangemessen zu bestrafen (Detter NStZ 2017, 624, 630). Von welchem Verständnis des Schuldbegriffs hierbei ausgegangen wird, ergibt sich aus der Norm nicht. In der Literatur findet vermehrt ein sozialer Schuldbegriff Anklang. In dessen Rahmen ist zu fragen, ob der Täter seiner sozialen Verantwortung nicht gerecht geworden ist und die an ihn von der Rechtsordnung gestellten Verhaltensanforderungen – die Nichtbegehung der Tat – verfehlt hat (dazu Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Streng StGB, 5. Aufl. 2017, § 46 Rn. 19; MüKoStGB/Radtke 3. Aufl. 2016, Vor § 38 Rn. 22). Schuld hat demnach die Funktion eines „sozialen Tadels“ (Lackner/Kühl/Kühl StGB, 28. Aufl. 2014, Vor § 13 Rn. 23). Demgegenüber begreift die Rspr. Schuld als individuelle Vorwerfbarkeit (grundlegend BGHSt 2, 194). Eine solche ist gegeben, wenn der Täter nach seinen Möglichkeiten in der Lage gewesen wäre, das Ausmaß des Unrechts einzusehen und sein Verhalten nach dieser Erkenntnis auszurichten (Meier JuS 2005, 769, 771). Darauf aufbauend legen die Gerichte zunächst den Strafraum fest, der sich aus der individuellen Vorwerfbarkeit ergibt.

Daneben verlangt es § 46 I 2 StGB, die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, zu berücksichtigen. Die Vorschrift ist Ausdruck einer positiven Individualprävention, die von der Strafe ebenfalls zu leisten ist. In diesem Kontext fordert der BGH die Wahl eines solchen Strafraums, der die gewünschte Resozialisierung des Täters optimal bewirken kann (BGH NStZ 2003, 495; Schönke/Schröder/Stree/Kinzig StGB, 29. Aufl. 2014, Vor § 38 Rn. 7). Es stellt allerdings eine besondere Herausforderung dar, diese beiden Normen in Einklang zu bringen. Zwar wird seitens des BGH betont, dass die Gerichte das Gebot schuldangemessenen Strafens nicht missachten und die Strafzumessung nach den von § 46 I 2 StGB intendierten individualpräventiven Erwägungen nur im Rahmen der schuldangemessenen Strafe vornehmen dürfen (BGH Urt. v. 3.3.2016 – 4 StR 497/15, BeckRS

2016, 05550). Gleichwohl ist ebenfalls anerkannt, dass § 46 I 2 StGB nicht gänzlich durch die Autorität des § 46 I 1 StGB verdrängt werden darf (vgl. *Detter* NSTz 2014, 441, 442). Vielmehr ist § 46 I 2 parallel anwendbar, solange das Maß der schuldangemessenen Strafe nicht unterschritten wird (*BGH* NSTz-RR 2012, 183, 184; *Köhler* Strafrecht AT, S. 602).

II. In der vorliegenden Entscheidung hat der 1. Strafsenat zutreffend den Zusammenhang zwischen § 46 I 2 StGB und § 3 I 1 Nr. 2 Alt. 2 BÄO dargelegt. Gemäß § 2 I BÄO ist die Approbation die Grundvoraussetzung für die Ausübung des ärztlichen Berufes (*Braun* GesR 2014, 73). Um sie zu erhalten, genügt jedoch der Abschluss des Studiums der Humanmedizin – der der Angekl. im vorliegenden Fall noch bevorstand – nicht. Vielmehr stellt § 3 I 1 BÄO einen Katalog verschiedener Kriterien auf, die kumulativ erfüllt sein müssen, um die Approbation erteilt zu bekommen. Hierzu gehört gemäß § 3 I 1 Nr. 2 BÄO, dass der Antragssteller kein Verhalten an den Tag gelegt hat, aus dem sich die Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs ergibt. Diese Begriffe sind nicht synonym zu verstehen, sondern gehen von verschiedenen Perspektiven aus.

1. *Unwürdigkeit* ist anzunehmen, wenn der Antragssteller ein schwerwiegendes Fehlverhalten an den Tag gelegt hat und daher nicht mehr das für seine Tätigkeit unerlässliche Vertrauen der Bevölkerung genießen kann (*Ellbogen* ArztR 2012, 229, 230; *Braun* GesR 2014, 73, 74; *BVerwG* GesR 2013, 44). Dieses Fehlverhalten muss jedoch von solch einer Intensität sein, dass der Berufsstand des Arztes nachhaltig in Verruf geraten könnte, wenn es ohne Konsequenzen bliebe (*BVerwG* NJW 2011, 1831; *OVG Niedersachsen* GesR 2013, 565, 567; *OVG Saarland* GesR 2013, 568, 571; *Braun* NVwZ 2014, 460). In der jüngeren Rspr. ist dies z.B. in Fällen des ärztlichen Abrechnungsbetruges im vertrags- oder privatärztlichen Sektor bejaht worden (*BVerwG* NJW 2003, 913; *BVerwG* GesR 2013, 44; ausführlich zum Abrechnungsbetrag *Braun* Autonomie versus Akzessorietät des Strafrechts am Beispiel des ärztlichen Abrechnungsbetruges (2016); *Geiger/Schneider* GesR 2013, 7; *Wostry* medstra 2015, 217).

2. Jedoch stellt das *OLG Frankfurt* in seinen Entscheidungsgründen darauf ab, dass durch die strafrechtliche Verurteilung die Annahme von *Unzuverlässigkeit* im Sinne des § 3 I 1 Nr. 2 Alt. 2 BÄO erfolgen könnte. Hierbei ist eine Prognose dahingehend aufzustellen, ob der Antragssteller die beruflichen Pflichten eines Arztes künftig gewissenhaft erfüllen wird (*BVerwG* Beschl. v. 9.11.2006 – 3 B 7/0; *Braun* GesR 2014, 73, 77; *Kraatz* Arztstrafrecht, 1. Aufl. 2013, Rn. 351).

Während somit bei der Unwürdigkeit ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten beurteilt wird, ist im Rahmen der Unzuverlässigkeit die potenzielle zukünftige Pflichtverletzung abzuschätzen (*Spickhoff/Spickhoff* Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 5 BÄO Rn. 16).

a) Die maßgebliche Pflicht des Arztes ist in § 1 BÄO statuiert. Danach hat der Arzt der Gesundheit des Einzelnen und der gesamten Bevölkerung zu dienen. Lässt nun die Schwere der Verfehlung – insbesondere in Form von begangenen Straftaten – eine fehlende Bereitschaft zu einer solchen ordnungsgemäßen Berufsausübung und Einhaltung berufsspezifischer Pflichten erkennen, kann die Unzuverlässigkeit im Sinne des § 3 I 1 Nr. 2 Alt. 2 BÄO bejaht werden (*BVerwG* NJW 1998, 2756; *VG Augsburg* Urt. v. 1.12.2016 – Au 2 K 16.578). Dies war in jüngerer Zeit bei der aufsehenerregenden

Entscheidung des *VG Frankfurt* vom 7.2.2017 (4 K 3468/16.F) der Fall. In dieser begehrte der Kläger ebenfalls die Erteilung der Approbation. Er lehnte allerdings im Rahmen der Diagnostik und Behandlung krebskranker Patienten die allgemein anerkannten Behandlungsmethoden ab, konzentrierte sich auf die allein von ihm vertretene „Germanische Neue Medizin“ und verunglimpft zusätzlich die Schulmedizin durch beleidigende Äußerungen (dazu auch *Scholz medstra* 2017, 346, 352). Das *VG* sah daher das Tatbestandsmerkmal der Unzuverlässigkeit als erfüllt an.

Zu einem solchen Schluss können die Verwaltungsgerichte und Approbationsbehörden ebenfalls in Fällen ärztlicher Abrechnungsmanipulationen gelangen (*BVerwG* NVwZ-RR 1996, 477, 478; *VG Regensburg* Urt. v. 12.7.2016 – RO 5 K 15.1168; *Spickhoff/Spickhoff* Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 3 BÄO Rn. 37), da ein Fehlverhalten im unmittelbaren Behandlungskontakt für die Annahme von Unzuverlässigkeit nicht zwingend erforderlich ist (*BVerwG* NVwZ-RR 1996, 477, 478; *BayVGH* MedR 2011, 594, 596). Dennoch kann als Grundlage für die Prognoseentscheidung nicht jede Straftat dienen. Stattdessen muss diese hinreichend gravierend sein und eine durch Begehungsweise und Tatfolgen konkretisierte Schwere aufweisen (*VG Augsburg* Urt. v. 1.12.2016 – Au 2 K 16.578; *VG Leipzig* Beschl. v. 22.11.1999 – 5 K 1866/99).

b) Im vorliegenden Fall ist die Angekl. erstinstanzlich wegen Betruges zu einer Gesamtgeldstrafe von 135 Tagessätzen zu je 35,- EUR verurteilt worden. Die Entscheidungsgründe lassen nicht erkennen, ob Art und Weise der Betrugsbegehung auf eine Tat von besonderem kriminellen Gewicht schließen lassen. Ebenso verbietet sich die automatisierte Vermutung, dass eine wegen Betruges verurteilte Medizinstudentin in ihrem künftigen Berufsleben auch des Abrechnungsbetruges schuldig wird.

Allerdings ist der Vorsicht des 1. Strafsenates beizupflichten, die er in Bezug auf die künftige Beurteilung der Unzuverlässigkeit walten lässt. Schließlich hat das Ausgangsgericht durch das verhängte Strafmaß die Grenze von 90 Tagessätzen überschritten. Daher ist die Geldstrafe gemäß § 32 II Nr. 5 a) BZRG in das Führungszeugnis aufzunehmen. Dieses ist gemäß § 39 I 2 Nr. 4 Ärzteapprobationsordnung (ÄAppo) dem Antrag auf Erteilung beizufügen. Nachteilige Berufsauswirkungen, die bei der Strafzumessung gemäß § 46 I 2 StGB explizit zu berücksichtigen sind (*BGH* NSTz 1987, 550), können somit gerade nicht ausgeschlossen werden.

Eine Bestätigung dafür stellt das Urteil des *VG Augsburg* vom 1.12.2016 dar (Au 2 K 16.578). Dort hatte die *Kammer* die Unzuverlässigkeit im Sinne des § 3 BÄO – bei einer vorausgegangenen Verurteilung zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen – noch verneint. Ob dies auch bei 135 Tagessätzen der Fall ist, kann nicht pauschal angenommen werden. Vielmehr ist dies eine Frage des Einzelfalls und von dem betroffenen Mediziner abhängig.

III. Die Entscheidung des *OLG Frankfurt* reiht sich in andere Judikate der höchstrichterlichen Rspr. ein, die sich mit dem Zusammenspiel von § 46 I 1 und I 2 StGB beschäftigen haben. Der *Senat* geht davon aus, dass ein Eintrag im Führungszeugnis die beruflichen Perspektiven eines jungen Menschen beeinträchtigen kann (so auch *OLG Nürnberg* NSTz 2007, 406). Dem ist sowohl im Allgemeinen als auch vor dem besonderen Hintergrund des approbationsrechtlichen Unzuverlässigkeitsbegriffs zuzustimmen. Daher verbietet es sich, gänzlich auf die Anwendung des § 46 I 2 StGB zu verzichten. Die Entscheidung verdeutlicht aber in einem

zweiten Schritt auch, dass die Regelung des § 46 I 2 StGB nicht vor der Wahl eines höheren Strafmaßes abschrecken darf, wenn dies für eine schuldangemessene Strafzumessung erforderlich ist. ■