

Zum Verhältnis von ärztlicher Schweigepflicht und ärztlichem Zeugnisverweigerungsrecht im Kontext des Arzt-Patienten-Verhältnisses

Fiona Gawlik

„Was ich bei der Behandlung oder auch außerhalb meiner Praxis im Umgang mit Menschen sehe und höre, das man nicht weiterreden darf, werde ich verschweigen und als Geheimnis bewahren.“¹

Wenngleich der Hippokratische Eid in seiner ursprünglichen Form nicht mehr abgelegt wird, so ist doch vor allem die ärztliche Schweigepflicht über die Jahrtausende hinweg erhalten geblieben.² Dies vermag vor dem Hintergrund ihrer fundamentalen Bedeutung als zentraler Sollenssatz des ärztlichen Handelns und Bestandteil des ärztlichen Berufsethos nicht zu verwundern, stellt sie doch die elementare Voraussetzung für ein vertrauliches Verhältnis zwischen Arzt und Patient dar.³ Heutzutage findet sich die ärztliche Schweigepflicht insbesondere in dem Zivilrecht gesetzlich verwurzelt, welches die Schweigepflicht als nebenvertragliche Pflicht begründet⁴,

¹ Auszug aus dem Hippokratischen Eid; deutsche Übersetzung aus: *Tölle-Kastenbein*, Das Genfer Arztgelöbnis und der hippokratische Eid, S. 11.

² *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, IX Rn. 4; *Sobotta*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), *Gesamtes Medizinrecht*, S. 819 Rn. 1; *Kern*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 3 Rn. 18.

³ *Schmidt*, *Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses*, S. 9; BVerfG, *Beschl. v. 06.06.2006*, Az. 2 BvR 1349/05, *MedR* 2006, 586 (587); *Eibach/Schäfer*, *Patientenautonomie und Patientenwünsche*, *MedR* 2001, S. 21 (25).

⁴ *Quaas/Zuck/Clemens*, *Medizinrecht*, § 2 Rn. 48.

sowie auch in dem ärztlichen Berufsrecht, welches die ärztliche Schweigepflicht nach § 9 MBO-Ä 8 ([Muster-]Berufsordnung-Ärzte) konstatiert. Im Fokus der vorliegenden Überlegungen soll jedoch zunächst § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB stehen, der die Verletzung von Patientengeheimnissen strafrechtlich bewehrt und somit in besonderem Maße dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient Rechnung trägt.⁵

Dieser materiell-rechtlich gewährte Schutz des Geheimbereiches des Patienten steht in einem unmittelbaren Spannungsverhältnis zu dem allgemeinen prozessualen Wahrheitserforschungsprinzip als tragendes Element der Strafprozessordnung. Eine unmittelbare Geltung des prozessualen Wahrheitserforschungsprinzips würde eine uneingeschränkte Zeugnispflicht des Arztes zur Folge haben, was schlichtweg das Patientengeheimnis prozessual schutzlos zurückließe.⁶ Um eben diese materiell-rechtliche Pflicht des Geheimnisschutzes auf prozessualer Ebene nicht „leerlaufen“ zu lassen, wirkt das Gesetz zwischen dem Prinzip der Wahrheitsermittlung im Strafprozess und dem Schutz des Geheimbereiches auf verschiedene Weise ausgleichend. So statuiert § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO zuträglich zu der materiell-rechtlichen Schweigepflicht ein prozessuales Zeugnisverweigerungsrecht des Berufsgeheimnisträgers, welches gemeinhin als prozessuales Korrelat des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB gilt.⁷ Das Verhältnis des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO sieht sich indes dann vor besondere Schwierigkeiten gestellt, sofern der Geheimnisträger entgegen seines Zeugnisverweigerungsrechts im prozessualen Verfahren seine ärztliche Schweigepflicht unbefugt durchbricht. In eben solchen Fällen tritt das Spannungsverhältnis von prozessualen und materiellem Recht offen zu Tage, sodass sich die Rechtsgebiete zueinander einer „Feuerprobe“⁸ ausgesetzt sehen.

Es drängt sich zunächst die Frage auf, ob das Offenbaren eines Patientengeheimnisses überhaupt als „unbefugt“ i.S.d. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB gelten kann, wenn der Arzt entgegen seines Zeugnisverweigerungsrechts zeugenschaftlich das Patientengeheimnis innerhalb eines Strafprozesses offenbart. Insofern die prozessuale Aussage bereits die Qualifizierung des Offenbarens als „unbefugt“ entfallen ließe, so wäre auch der Straftatbestand des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht erfüllt. Nach einer damals überwiegenden Auffassung⁹, welche auch bisweilen noch nicht

⁵ Vgl. *Sommer/Tsambikakis*, in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch, Medizinrecht, § 3 Rn. 110 f.

⁶ Vgl. *Heilborn*, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes im künftigen Straf- und Strafprozessrecht, in: Kraatz/Szewczyk (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht, S. 113 (125).

⁷ *Gaidzik*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), Gesamtes Medizinrecht, §§ 53 ff. StPO Rn. 1; *Frey*, Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechtes, in: FS Pfenninger, S. 41 (46).

⁸ *Wichmann*, Das Berufsgeheimnis als Grenze des Zeugenbeweises, S. 25.

⁹ *Wolff*, Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses, S. 77 f.; *Sauter*, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 R.St.G.B.), S. 247 f.; *Beling*, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, S. 20; *Frank*, Das StGB für das Deutsche Reich, § 300, III 2 c.

vollends überwunden ist¹⁰, kann die zeugenschaftlich erfolgte prozessuale Geheimnisoffenbarung eines Aussageverweigerungsberechtigten nie als materiell-rechtlich „unbefugt“ gelten. Unter Verweis auf den Wortlaut des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO, nach welchem der Geheimnisträger „berechtigt“ sei, die Aussage zu verweigern, sei dem Geheimnisträger vielmehr ein Wahlrecht eingeräumt. In der bloßen Ausübung eines gesetzlich gewährten Wahlrechts könne aber niemals eine unbefugte, strafbare Handlung liegen.¹¹ Diese Auffassung vermag jedoch bereits aus dem Grunde nicht zu überzeugen, als dass die Vorschrift des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO die allgemeine prozessuale Zeugnisspflicht gerade um der materiellen Schweigepflicht willen zurückdrängt.¹² Gerade weil der Arzt ein Zeugnisverweigerungsrecht hat, braucht er der allgemeinen Aussagepflicht nicht nachzukommen und damit auch seine ärztliche Schweigepflicht nicht zu verletzen.¹³ Die Offenbarungsbefugnis kann sich mithin ausschließlich aus solchen Erlaubnissätzen des materiellen Rechts ergeben, welche jeweils Wechselwirkungen zwischen prozessualem und materiellem Recht auslösen können. Diesen gilt es im Folgenden besondere Aufmerksamkeit zuteil werden zu lassen.

Unabhängig von der bisweilen kontrovers beurteilten Frage der dogmatischen Einordnung des Einverständnisses bzw. der Einwilligung als entsprechend tatbestandsausschließend¹⁴ oder rechtfertigend¹⁵, besteht doch zumindest ein dahingehender Konsens, als dass das Einverständnis bzw. die Einwilligung des Patienten in die Preisgabe des anvertrauten Geheimnisses auf materiell-rechtlicher Ebene die Strafbarkeit des Arztes nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB entfallen lässt.¹⁶ Dies erscheint als denknotwendige Folge, hängt doch das unbefugte Durchbrechen der Geheimnisphäre maßgeblich davon ab, welche Bedeutung der Geheimnisgeschützte dem Geheimnis selbst beimisst.¹⁷ Der materiell-rechtlichen Einwilligung entspricht die Entbindung von der Schweigepflicht nach § 53 Abs. 2 S. 1 StPO auf prozessualer Ebene, sodass beide Rechtsinstitute hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und ihrer Wirkungen identisch sind.¹⁸ Gemäß § 53 Abs. 2 S. 1 StPO entfällt das Zeugnisverweigerungsrecht einer nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 bis 3b StPO benannten Person, wenn diese von dem, den das Zeugnisverweigerungsrecht schützen soll, von ihrer

¹⁰ *Foth*, Zur Schweigepflicht der freien Sozialdienste im Strafprozess, JR 1976, S. 7 (9).

¹¹ *Wolff*, Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses, S. 77 f.

¹² *Welß*, Die Geheimnisphäre des Verteidigers in ihren strafprozessualen Funktionen, in FS Gallas, S. 391 (398 f.)

¹³ *Lenckner*, Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S. 321 (324).

¹⁴ *Ciernak/Niehaus*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), MüKo StGB, § 203 Rn. 58.

¹⁵ *Fischer*, StGB § 203 Rn. 62.

¹⁶ *Cohn*, Schweigepflicht und Aufklärungspflicht in der Deutschen Demokratischen Republik, in: Kraatz/Szewczyk (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht, S. (53) 55.

¹⁷ *Kientz*, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, S. 80.

¹⁸ *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO, § 53 Rn. 200.

Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden wurde. Gleichsam lebt die unbedingte prozessuale Zeugnispflicht wieder auf.¹⁹

Sofern dem verfügungsbefugten Patienten weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Einwilligung möglich ist, tritt dessen „mutmaßlicher Wille“ im Rahmen der mutmaßlichen Einwilligung anstelle des tatsächlich oder konkludent erklärten.²⁰ Als Grundvoraussetzung für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung gilt zunächst, dass das Handeln des Arztes im Interesse sowie wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten erfolgt.²¹ Sofern dem so ist, gilt die mutmaßliche Einwilligung als Einwilligungssurrogat, welche gleichsam als Rechtfertigungsgrund fungiert.²² Der Bruch des ärztlichen Schweigens erfolgt dann nicht „unbefugt“, weshalb auf materiell-rechtlicher Ebene eine Strafbarkeit des Arztes nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB entfällt. Angesichts der Ratio des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO könnte man zunächst auch von einem Wiederaufleben der prozessualen allgemeinen Zeugnispflicht ausgehen, beruht diese Vorschrift doch auf dem Gedanken, dass der Geheimnisschutz dann der Aussagepflicht weichen muss, sofern der Geheimnissgeschützte dem Geheimnis selbst keine Bedeutung zumisst. Entsprechendes müsste insofern gelten, wenn nach dem mutmaßlichen Willen des Patienten angenommen werden darf, dass dieser mit einer Offenbarung des Geheimnisses mutmaßlich einverstanden gewesen wäre. Gegen die Annahme einer Zeugnispflicht lässt sich jedoch bereits der Wortlaut des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO anführen, welcher ein „Entbinden“ postuliert, was zumindest nach umgangssprachlicher Verwendung ein aktives Tun des Patienten impliziert.²³ Weiterhin sprechen praktische Erwägungen gegen eine Zeugnispflicht, hängt doch die Beurteilung des mutmaßlichen Willens des Patienten von der Aussage des behandelnden Arztes ab. Dem Richter, der diesen freilich zunächst nicht kennt, ist es insofern nicht möglich, ein sicheres Urteil über den mutmaßlichen Willen des Patienten abzugeben.²⁴ Das lediglich mutmaßliche Entbinden von der Verschwiegenheitspflicht lässt daher das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 nicht nach § 53 Abs. 2 S. 1 StPO entfallen.

Die Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht kann auch dann auf materiell-rechtlicher Ebene „befugt“ sein, sofern das Offenbaren des Patientengeheimnisses nach Maßgabe des rechtfertigenden Notstandes gemäß § 34 StGB gerechtfertigt ist. Als Substrat des rechtfertigenden Notstandes gilt das Bestehen einer Notstandslage, für dessen Vorliegen es einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für ein rechtlich geschütztes Interesse bedarf, wobei das geschützte Interesse

¹⁹ *Giering*, in: Ratzel/Luxenburger (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, § 14 Rn. 133.

²⁰ *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, § 15 Rn. 148.

²¹ *Roxin*, Strafrecht AT, § 18 Rn. 19 ff.

²² *Rengier*, Strafrecht AT, § 23 Rn. 47 ff.

²³ Vgl. *Bartsch*, Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, S. 83.

²⁴ *Solbach*, Kann der Arzt von seiner Schweigepflicht entbunden werden, wenn sein Patient verstorben oder willensunfähig ist?, DRiZ 1978, S. 204 (205); *Lenckner*, Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S. 321 (324).

das beeinträchtigte im Rahmen einer Abwägung wesentlich überwiegen muss.²⁵ Sofern im Wege einer Abwägung das Interesse des Patienten an der Geheimhaltung demjenigen Interesse an einer Geheimnisoffenbarung unterliegt, so muss das Interesse des Patienten zurücktreten und gilt das Offenbaren des Patientengeheimnisses nicht als „unbefugt“. Gegen die Annahme einer prozessualen Zeugnisspflicht bei einem auf materiell-rechtlicher Ebene nach § 34 StGB gerechtfertigten Offenbaren des Patientengeheimnisses spricht erneut der Wortlaut des § 53 Abs. 2 S. 1 StPO, wonach eine Aussagepflicht des Berufsgeheimnisträgers nur besteht, wenn dieser von der Verschwiegenheitspflicht aktiv entbunden wurde.

Vor dem Hintergrund allgemeiner Pflichtenkollisionen können den behandelnden Arzt schließlich gesetzlich normierte Offenbarungspflichten treffen, welche diesen zur Meldung solcher Tatsachen, die ihm im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit offenbar geworden sind, verpflichten.²⁶ Trifft den Arzt eine solche Meldepflicht, so gilt der Bruch der ärztlichen Schweigepflicht als befugt, sodass eine Strafbarkeit des Arztes materiell-rechtlich nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB entfällt.²⁷ Wenn einige Stimmen in der Literatur²⁸ nunmehr davon ausgehen, dass der nach materiellem Recht offenbarungspflichtige Geheimnisträger gleichsam zu einer prozessualen Aussage verpflichtet sei, gleichwohl er nicht wirksam durch den Betroffenen von seiner Schweigepflicht entbunden wurde, so kann dem nicht zugestimmt werden. Insofern sei auf den jeweiligen Wortlaut der gesetzlich normierten Offenbarungspflichten verwiesen, welche zwar eine positiv geregelte Pflicht des Arztes dahingehend statuieren, in bestimmten Fällen über gewisse Informationen Meldung zu machen. Doch ist diese Meldung vor dem Hintergrund des weitmöglichsten Schonens der Patienteninteressen ausschließlich an die jeweilig zuständige Stelle gerichtet und erfasst nicht auch das Strafgericht.²⁹ Es steht dem Arzt somit gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO weiterhin zur Disposition gestellt, von seinem prozessualen Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen.

Hinsichtlich der Beurteilung der Zulässigkeit einer Zeugenvernehmung und der prozessualen Verwertbarkeit der Aussage bei gleichzeitiger Strafbarkeit des Zeugen stehen sich seit jeher divergente Auffassungen entgegen. Nach Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH sei es in prozessualer Hinsicht gleichgültig, ob der Arzt materiell-rechtlich befugt oder unbefugt Patientengeheimnisse offenbare.³⁰ Vielmehr habe das materiell-rechtliche Verbot auf die prozessuale Ebene keinerlei Einfluss, sodass die materiell-rechtliche Strafbarkeit des Zeugen nicht zu einer Unverwertbarkeit der Zeugenaussage führen könne.³¹ Vor diesem

²⁵ *Heinrich*, Strafrecht AT, Rn. 405 ff.

²⁶ Vgl. *Krey/Heinrich*, Strafrecht BT, Bd. 1, § 6 Rn. 484.

²⁷ *Losert*, Der Bruch der Schweigepflicht und seine Rechtfertigung, S. 29 f.

²⁸ Vgl. *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, S. 337; *Rilk*, Reichsgericht Strafsachen, JW 1937, S. 886 (887).

²⁹ *Bartsch*, Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, S. 87.

³⁰ BGH, Beschl. v. 16.11.2017, Az. 3 StR 460/17; BGH, Urt. v. 20.11.1962, Az. 5 StR 426/62.

³¹ BGH, Beschl. v. 16.11.2017, Az. 3 StR 460/17.

Hintergrund könne auch die Weigerung des Patienten, den Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden oder auch ein Widerruf einer vormalig erklärten Entbindungserklärung, einen strafprozessualen Anspruch des Patienten auf die Verweigerung der Aussage durch den Arzt nicht begründen.³² Ausgehend von dem nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO eingeräumten Wahlrecht liege es vielmehr einzig in dem Ermessen des Berufsheimnisträgers, ob und inwieweit er von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch mache.³³ Dies insbesondere angesichts dessen, dass § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO weder ein Vernehmungsverbot noch eine prozessuale Zeugnisverweigerungspflicht enthalte, noch dass es sonst ein verfahrensrechtliches Mittel gäbe, den aussagebereiten Zeugen zu einer Zeugnisverweigerung zu zwingen, fehle es doch von vornherein an einer Verfahrensverletzung.³⁴ Als dogmatische Grundlage der Judikatur fungiert die sog. Lehre von der doppelfunktionellen Prozesshandlung, nach welcher der Zeugenaussage eine Doppelfunktion zukomme, prozessuale und materielle Wertungen also strikt zu trennen seien.³⁵ Nach diesem Verständnis seien prozessuale Wertungen einzig auf den Gang des Verfahrens, materielle Wertungen hingegen ausschließlich auf das außerprozessuale Geschehen bezogen.³⁶ Diese Doppelfunktionalität resultiere schlichtweg bereits daraus, dass das Prozessrecht eine andere „Materie“ und „Form“ erfordere, als das materielle Recht zubringen könnte.³⁷ Die Entscheidung prozessual auszusagen, obliege der freien Entscheidung des Geheimnisträgers und entspringe daher einzig dessen Risikosphäre.³⁸

Dem widerspricht hingegen ein gewichtiger Teil der Literatur. Müsse die Zulässigkeit der Zeugenvernehmung auch hingenommen werden³⁹, so wird doch zumindest ein Beweisverwertungsverbot bemüht.⁴⁰ Diese Auffassung gründet darauf, dass § 203 StGB vor einer Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs schütze, was sich bereits aus der Überschrift des 15. Abschnittes des StGB ergebe und in verfassungsrechtlicher Hinsicht eine einfachgesetzliche Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG darstelle.⁴¹ Insofern begründe jede staatlich veranlasste Zeugenaussage über fremde Geheimnisse einen staatlichen Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, was nach dem Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG einer Legitimation durch ein förmliches Ermächtigungsgesetz

³² Ebd.

³³ BGH, Urt. v. 12.01.1956, Az. 3 StR 195/55, 600.

³⁴ BGH, Urt. v. 12.01.1956, Az. 3 StR 195/55, 600.

³⁵ *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, S. 54 f.

³⁶ *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, S. 54 f.

³⁷ Vgl. *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage, S. 305.

³⁸ *Bosch*, Die strafprozessuale Regelung von Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht, JURA 2012, S. 33 (40).

³⁹ Krit. *Theuner*, Die ärztliche Schweigepflicht, S. 336 ff.

⁴⁰ *Denker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 131; *Ranft*, Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozess, in: FS Spindel, 719 (733); *Beulke/Swoboda*, StPO, § 23 Rn. 462; *Haffke*, Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, GA 1973, S. 65 (80).

⁴¹ *Rengier*, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, S. 333.

bedürfe.⁴² Wenn nun aber § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO die Aussage des Arztes auf materiell-rechtlicher Ebene nicht per se rechtfertigen könne⁴³, so sei auch der in der Zeugenvernehmung bestehende Eingriff nicht zu rechtfertigen.⁴⁴ Zur weiteren Statuierung verweist diese Lehre auf § 383 Abs. 3 ZPO, welcher im Gegensatz zu der StPO ein ausdrückliches Vernehmungsverbot hinsichtlich solcher gerichtlichen Fragen postuliert, welche für den Zeugen das Risiko einer Verletzung der berufsbedingten Verschwiegenheitspflicht berge.⁴⁵ Eine differenzierende Wertung zwischen Zivil- und Strafrecht sei insofern nicht begründbar, weshalb § 383 Abs. 3 analog auf den Strafprozess angewendet werden müsse.⁴⁶ Überdies stelle die Vernehmung und Verwertung der strafrechtlich relevanten Zeugenaussage des Berufsgeheimnisträgers eine Fürsorgepflichtverletzung des Gerichts dahingehend dar, als dass dieses in Anbetracht der drohenden unbefugten Verletzung der Schweigepflicht ein Vernehmungs- und Verwertungsverbot hätte anerkennen müssen.⁴⁷ Insofern gebiete die allgemeine richterliche Fürsorgepflicht die Sicherheit, den Zeugen im Rahmen des Prozesses vor Straftaten und Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu bewahren.⁴⁸

Über die Fürsorgepflichtverletzung hinaus, wird zudem vereinzelt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Prozessrichters erwogen.⁴⁹ Insofern wird neben einer Beihilfe durch Unterlassen gemäß §§ 203 Abs. 1 Nr. 1, 13 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB auch eine Strafbarkeit wegen Anstiftung gemäß §§ 203 Abs. 1 Nr. 1, 26 StGB in Betracht gezogen.⁵⁰ Das strafbewehrte Handlungsunrecht der Tat resultiere daraus, dass der Prozessrichter den von der Schweigepflicht nicht entbundenen Zeugen sehenden Auges einen Raum für das unbefugte Offenbaren der Patientengeheimnisse gewährt habe.⁵¹ Weiterhin stützt sich diese Auffassung darauf, dass ein Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient nur dann begründbar oder bewahrbar sein könne, wenn sich der Patient darauf verlassen könne, dass ein „wortbrüchiger“ Arzt kein gerichtliches Gehör finden werde.⁵²

⁴² *Ranft*, Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozess, in: FS Spindel, 719 (733); *Habscheid*, Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht, in: GS Peters, S. 840 (861); BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975, Az. 2 BvR 883/73 und 379, 497, 526/74.

⁴³ Siehe D.IV.1.

⁴⁴ *Rengier*, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, S. 332 f.

⁴⁵ *Burkhard/Pauge*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), Gesamtes Medizinrecht, § 383 ZPO, Rn.3.

⁴⁶ *Timm*, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, S. 83.

⁴⁷ Vgl. *Haffke*, Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, S. 74.

⁴⁸ *Fischer*, in: Hannich (Hrsg.), KK-StPO, Einl., Rn. 133 f.; *Muschallik*, Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, S. 117.

⁴⁹ *Kühne*, Die begrenzte Aussagepflicht des ärztlichen Sachverständigen vor Gericht nach §§ 53 I Nr. 3 StPO, 203 I Nr. 1 StGB, JZ 1981, S. 647 (652).

⁵⁰ *Freund*, Verurteilung und Freispruch bei Verletzung der Schweigepflicht eines Zeugen, GA 1993, S. 48 (55).

⁵¹ *Lenckner*, Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S. 321 (326).

⁵² *Beulke/Swoboda*, StPO, § 23 Rn. 462.

Weitere Ansätze meinen die Antwort der Streitgegenständlichen Frage in der Differenzierung des preisgegebenen Geheimnisses als belastend oder entlastend für den Angeklagten gefunden zu haben.⁵³ Stelle sich das Geheimnis als belastend für den Angeklagten dar, so müsse vor dem Hintergrund der Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens ein Verwertungsverbot der Zeugenaussage angenommen werden.⁵⁴ Angesichts der Zuschreibung, das Strafurteil diene gerade der Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens⁵⁵, könne die Verwertung eines mit der Strafbarkeit des Zeugen bemakelten Beweismittels keinesfalls in der Lage sein, einer solchen Wiederherstellung zu dienen, da das Beweismittel selbst auf einem Rechtsbruch beruhe.⁵⁶ Wirke das Offenbaren des Geheimnisses hingegen entlastend für den Angeklagten, so sei sowohl das öffentliche sowie insbesondere das private Interesse des Angeklagten gewichtiger als der Geheimnisschutz, sodass eine entlastende Zeugenaussage einer prozessualen Verwertbarkeit zugänglich sei.⁵⁷

Daneben wird von einer weiteren Auffassung eine Differenzierung nach der Person des Geheimnisgeschützten erwogen.⁵⁸ In Anlehnung an die Rechtskreistheorie des BGH wird differenziert, ob das unbefugt offenbarte Geheimnis den angeklagten Patienten oder aber einen Dritten betrifft: Nur sofern die Verwertung der Zeugenaussage des Arztes den Rechtskreis des angeklagten Patienten selbst berühre, sei die Aussage unverwertbar.⁵⁹ Sofern die Zeugenaussage hingegen lediglich gegen einen Dritten verwertet werde, würde das Offenbaren des eigenen Geheimnisses zwar ein Ärgernis bedeuten, die Verurteilung des Dritten aber keine zusätzliche Belastung darstellen, sodass eine Verwertung der Aussage möglich sein solle.⁶⁰

Wenn die Rechtsprechung sowie die Lehre von der doppel funktionellen Prozesshandlung die Unabhängigkeit prozessualen und materiellen Rechts postulieren, so vermag dies angesichts des Wortlauts des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO auf den ersten Blick zu überzeugen, räumt dieser offenbar eindeutig lediglich ein ärztliches Zeugnisverweigerungsrecht, nicht aber eine Zeugnisverweigerungspflicht ein. Wenn diese Auffassung das Prozessrecht insofern als gegenüber dem materiellen Recht „unempfindlich“⁶¹ beurteilt, so ist dem jedoch der Wortlaut und die Systematik des Prozessrechts entgegenzuhalten. Indem das Prozessrecht die Zulässigkeit

⁵³ *Freund*, Verurteilung und Freispruch bei Verletzung der Schweigepflicht eines Zeugen, GA 1993, S. 48 (56); *Otto*, Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, GA 1970, S. 289 (305).

⁵⁴ *Freund*, Verurteilung und Freispruch bei Verletzung der Schweigepflicht eines Zeugen, GA 1993, S. 48 (56).

⁵⁵ *Schmidt*, in: Meyer-Goßner/Schmidt (Hrsg.), StPO, Einl., Rn. 4.

⁵⁶ *Freund*, Verurteilung und Freispruch bei Verletzung der Schweigepflicht eines Zeugen, GA 1993, S. 48 (56).

⁵⁷ *Otto*, Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, GA 1970, S. 289 (305).

⁵⁸ *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 118; *Rogall*, Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozess, JZ 1996, 944 (952 f.).

⁵⁹ BGHSt, Beschl. v. 21.01.1958, Az. GSSt 4/57.

⁶⁰ *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 118 f.

⁶¹ *Niese*, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, S. 136.

strafprozessualer Zwangsmaßnahmen ausdrücklich an materielle Voraussetzungen knüpft und indem insbesondere § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO der Absicherung der materiellen Geheimnispflicht nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf prozessualer Ebene dient⁶², so gibt das Prozessrecht deutlich zu erkennen, dass der Schutz materieller Rechtsgüter diesem von besonderer Bedeutung ist, eine „Unempfindlichkeit“ also nicht angenommen werden kann. Als staatliches Ziel eines jeden gerichtlichen Prozesses gilt die Verwirklichung des materiellen Rechts zur Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens.⁶³ Sofern aber bereits die zeugenschaftliche Aussage neues Unrecht enthält, kann diese Wiederherstellung kaum erreicht werden, baut doch das auf die Zeugenaussage gestützte Urteil selbst auf einem Rechtsbruch auf.

Es stellt sich zudem die Frage, wie der Staat auf moralischer Ebene der Forderung nach „sittlicher Überlegenheit“⁶⁴ genügen möchte, führt doch die doppel funktionelle Betrachtung unweigerlich zu einer „doppelten Moral“.⁶⁵ Denn nach der doppel funktionellen Betrachtungsweise zieht das Gericht zwar die Vorteile der Verwertung der Aussage, doch wird es gleichsam nach § 183 GVG das Strafverfahren gegen den Aussagenden betreiben müssen und ihm genau dieses Verhalten als strafwürdiges Unrecht vorwerfen. Die Rechtsprechung sowie die Lehre von der doppel funktionellen Prozesshandlung sind somit als inkonsequent abzulehnen. Auch die differenzierenden Ansätze können nicht überzeugen: § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB beurteilt die Strafbarkeit des Arztes vollkommen unabhängig davon, ob dessen prozessuale Aussage den Rechtskreis des Patienten oder eines Dritten berührt. Wenn ferner eine Differenzierung nach der Qualifizierung der preisgegebenen Informationen als belastend oder entlastend postuliert wird, so kann auch diese Auffassung nicht überzeugen, müssen Beweisverbote doch unabhängig von ihrer Wirkung sowohl zulasten wie auch zugunsten des Beschuldigten gelten.⁶⁶ Auch einer analogen Anwendung des § 383 Abs. 3 ZPO auf das Strafprozessrecht ist angesichts der unterschiedlichen Prozessgegenstände mit Bedenken zu begegnen. Nach der hier vertretenen Auffassung wird man zwar angesichts der ausdrücklichen Einräumung eines prozessualen Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO wohl kaum von einer Unzulässigkeit der Zeugenvernehmung ausgehen können, steht es dem Zeugen doch im Rahmen seiner Autonomie freigestellt, prozessual auszusagen. Gleichwohl muss der Verstoß des Zeugen gegen materielles Recht im Wege eines Beweisverwertungsverbotes zu einer prozessualen Unverwertbarkeit der Aussage führen, um Widersprüchlichkeiten gerichtlichen Handelns zu vermeiden und den Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient nachhaltig gewährleisten zu können.

⁶² Jäger, Vor Gericht muss man selbst wissen, ob man sich strafbar machen will, JA 2018, S. 632 (634).

⁶³ Lenckner, Ärztliches Berufsgeheimnis, in: Göppinger, Arzt und Recht, S. 189.

⁶⁴ Schmidt, Lehrkommentar Teil II, S. 358 Rn. 21.

⁶⁵ Lenckner, Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S. 321 (326).

⁶⁶ Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, S. 16, Fn. 2.

Dem umfassenden Schutz des Patientengeheimnisses gebührt besondere Aufmerksamkeit, muss doch davon ausgegangen werden, dass der Patient von einer ärztlichen Behandlung gänzlich Abstand nehmen könnte, sofern er sich seiner Geheimnisse nicht hinreichend sicher fühle. Dieser Schutz muss sich insofern sowohl auf materieller, sowie auch auf prozessualer Ebene widerspiegeln, um das Vertrauen innerhalb des Arzt-Patienten-Verhältnisses möglichst weitreichend gewährleisten zu können. Während § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf materiell-rechtlicher Ebene diesem Schutzzweck hinreichend Rechnung zu tragen scheint, so verbleibt doch die prozessuale Ausgestaltung des Berufsgeheimnisschutzes als inkonsistent und unvollständig zurück, was insbesondere innerhalb der Berufsgruppe der Ärzte und Ärztinnen zu eklatanten Unsicherheiten führt. Wenn auf materiell-rechtlicher Ebene eine ärztliche Schweigepflicht postuliert wird, dem auf prozessualer Ebene hingegen lediglich ein Zeugnisverweigerungsrecht beigelegt wird, über welches das Gericht den Arzt nicht einmal belehren muss⁶⁷, so vermag diese Unsicherheit keineswegs zu verwundern. Dieser „rechtliche Irrgarten“ wird gleichsam anhand des obig geführten Streitstandes zur Zulässigkeit der Zeugenvernehmung und prozessualen Verwertbarkeit bei einem Verstoß gegen materielles Recht eindrücklich belegt. Auf der Ebene des prozessualen Rechts muss der Geheimnisschutz de lege ferenda daher notwendige Änderungen erfahren, um dem Schutz des Vertrauensverhältnisses zufriedenstellend Rechnung tragen zu können. Es gilt insofern eine Konzeption des strafrechtlichen Geheimnisschutzes zu entwickeln, welche die Wechselwirkungen zwischen materiellem und prozessualem Strafrecht hinreichend berücksichtigt und aufeinander abstimmt, sodass Ärzte und Ärztinnen ihr Handeln sicher an den rechtlichen Vorgaben ausrichten können. § 53 StPO ist insofern novellierend um Abs. 3 und 4 zu ergänzen:

(3) Die nach Abs. 1 zum Zeugnis verweigerungsberechtigten Personen sind vor jeder Vernehmung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren.

(4) ¹Eine prozessuale Aussage, durch welche sich der Zeuge nach § 203 StGB strafbar macht, ist unverwertbar. ²Satz 1 gilt nicht, wenn der Betroffene einer prozessualen Verwertung zustimmt.

Die Dringlichkeit ebendieser Novellierung ergibt sich schließlich daraus, dass sich das Arztgeheimnis mit weitgehenden Veränderungen konfrontiert sieht. Bedenkt man bloß die fortschreitende Vernetzung der Kommunikationsvorgänge, so sieht sich der Vertrauensschutz innerhalb des Arzt-Patienten-Verhältnisses vor besondere Herausforderungen gestellt. Das duale Konstrukt zwischen Arzt und Patient ist insofern schon längst nicht mehr zeitgemäß. In Zeiten, in denen sich Ärzte und Ärztinnen mit der Fragmentierung, Technisierung und Anonymisierung der medizinischen Behandlung sowie einer voranschreitenden Vorschriftendichte konfrontiert sehen, muss ihnen zumindest rechtliche Sicherheit zur Seite gestellt werden.

⁶⁷ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 377.

An den Gesetzgeber und Rechtsanwender ist daher die Forderung zu stellen, die bestehenden Wechselwirkungen von materiellem und prozessuallem Recht im Wege einer gesetzlichen Novellierung aufeinander abzustimmen, sodass die Medizin dem Anspruch einer *ars muta* (weiterhin) gerecht werden kann.

Literatur

- Bartsch, U.: Ärztliche Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, München 1971 (Jur. Diss.).
- Baumann, J. und Weber, U. und Mitsch, W. und Eisele, J.: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 2016.
- Beling, E.: Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, Breslau 1903.
- Bergmann, K.O. und Pauge, B. und Steinmeyer, H.D. (Hrsg.): Gesamtes Medizinrecht, Baden-Baden 2018.
- Bulke, W. und Swoboda, S.: Strafprozessrecht, Heidelberg 2018.
- Bosch, N.: Die strafprozessuale Regelung von Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht, JURA 2012, S. 33 ff.
- Cohn, K.: Schweigepflicht und Aufklärungspflicht in der Deutschen Demokratischen Republik, in: Kraatz/Szewcyk (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht, S. 53 ff., Jena 1967.
- Dencker, F.: Verwertungsverbote im Strafprozess: ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten, Köln 1977.
- Eibach, U. und Schäfer, K.: Patientenautonomie und Patientenwünsche, MedR 2001, S. 21 ff.
- Eisenberg, U.: Beweisrecht der StPO, München 2017.
- Fischer, T.: Strafgesetzbuch, München 2019.
- Foth, H.: Zur Schweigepflicht der freien Sozialdienste im Strafprozess, JR 1976, S. 7 ff.
- Frank, R.: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, Tübingen 1931.
- Freund, G.: Verurteilung und Freispruch bei Verletzung der Schweigepflicht eines Zeugen: ein Beitrag zur Lehre von den Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböten, GA 1993, S. 48 ff.
- Frey, E.: Zur Frage des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechtes, in: FS Pfenninger, S. 41 ff., Zürich 1956.
- Goldschmidt, J.: Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925.

- Habscheid, W.: Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht, in: GS Peters, S. 840 ff., Heidelberg 1967.
- Haffke, B.: Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, GA 1973, S. 65 ff.
- Hannich, R. (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, München 2019.
- Heilborn, H.: Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes im künftigen Straf- und Strafprozessrecht, in: Kraatz/Szewczyk (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht, S. 119 ff., Jena 1967.
- Heinrich, B.: Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart 2016.
- Jäger, C.: Vor Gericht muss man selbst wissen, ob man sich strafbar machen will, JA 2018, S. 632 ff.
- Joecks, W. und Miebach, K. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, §§ 185 – 262, München 2017.
- Kientzy, D.: Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, Tübingen 1970 (Jur. Diss.).
- Krey, V. und Heinrich, M.: Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, Stuttgart 2015.
- Kühne, H.H.: Die begrenzte Aussagepflicht des ärztlichen Sachverständigen vor Gericht nach §§ 53 I Nr. 3 StPO, 203 I Nr. 1 StGB, JZ 1981, S. 647 ff.
- Laufs, A. und Katzenmeier, C. und Lipp, V.: Arztrecht, München 2015.
- Laufs, A. und Kern, B.R. (Hrsg.): Handbuch des Arztrechts, München 2010.
- Lenckner, T.: Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, S. 321 ff.
- Ders.: Ärztliches Berufsgeheimnis, in: Göppinger, Arzt und Recht, S. 159 ff.
- Losert, M.: Der Bruch der Schweigepflicht und seine Rechtfertigung, Tübingen 2012 (Jur. Diss.).
- Meyer-Goßner, L. und Schmidt, B. (Hrsg.): Strafprozessordnung, München 2019.
- Muschallik, T.: Die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht und vom Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, Köln 1984 (Jur. Diss.).
- Niese, W.: Doppelfunktionelle Prozesshandlungen: ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre, Göttingen 1950.
- Otto, H.: Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, GA 1970, S. 289 ff.
- Quaas, M. und Zuck, R. und Clemens, T.: Medizinrecht, München 2018.
- Ranft, O.: Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozess, in: FS Spandel, 719 ff., Berlin 1992.
- Ratzel, R. und Luxenburger, B. (Hrsg.): Handbuch Medizinrecht, Heidelberg 2015.

- Rengier, R.: Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2018.
- Ders.: Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafrechtsrecht, Paderborn 1979.
- Rilk, O.: Reichsgericht Strafsachen, JW 1937, S. 886 ff.
- Rogall, K.: Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozess, JZ 1996, 944 ff.
- Roxin, C.: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, München 2006
- Sauter, F.: Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§ 300 R.St.G.B.), Breslau 1910.
- Schmidt, E.: Brennende Fragen des ärztlichen Berufsgeheimnisses, München 1951.
- Ders.: Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, Göttingen 1957.
- Ders.: Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939
- Solbach, G.: Kann der Arzt von seiner Schweigepflicht entbunden werden, wenn sein Patient verstorben oder willensunfähig ist?, DRiZ 1978, S. 204 ff.
- Terbille, M. und Clausen, T. und Schroeder-Printzen, J. (Hrsg.): Münchener Anwalts Handbuch, Medizinrecht, München 2013.
- Theuner, K.: Die ärztliche Schweigepflicht im Strafrecht: Eine Untersuchung der Interpendenzen zwischen materiellem und formellem Geheimnisschutzstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung seiner Bezüge zu Standesethik und Standesrecht, Frankfurt am Main 2009 (Jur. Diss.).
- Timm, M.: Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, Köln 1988.
- Tölle-Kastenbein, R.: Das Genfer Arztgelöbnis und der hippokratische Eid, Bochum 1978.
- Welp, J.: Die Geheimnissphäre des Verteidigers in ihren strafprozessualen Funktionen, in FS Gallas, S. 391 ff., Berlin 1973.
- Welzel, H.: Das deutsche Strafrecht, Berlin 1969.
- Wichmann, H.: Das Berufsgeheimnis als Grenze des Zeugenbeweises, Göttingen 2000.
- Wolff, H.: Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses, Breslau 1908.
- Wolter, J. (Hrsg.): Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Mit GVG und EMRK, Band I, §§ 1–93 StPO, Köln 2018.