

Pandemiestrafrecht

Vortrag zur 21. Herbsttagung AG Medizinrecht am 18.09.2021

Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

1



In Zeiten von Pandemien (wie der COVID-19-Krise) werden Strafrechtler mit neuen oder bislang kaum praxisrelevanten Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbeständen konfrontiert. Daneben stellen sich neuartige Probleme bei den altbekannten Paragrafen. Das Buch **Pandemiestrafrecht** gibt einen Überblick der sich ergebenden Besonderheiten über das gesamte Strafrecht hinweg.

C.H.BECK 2020
ISBN 978-3-406-76142-3

Wirtschafts- und Steuerstrafrecht - Coronawirtschaftsstrafrecht

 **Tsambikakis**

2

Verteidigung und Beratung im Wirtschaftsstrafrecht



3

Tsambikakis & Partner



3



4

Welche strafrechtlichen Probleme stellen sich mit der Corona-Krise?



5

Universität Passau - Medizinstrafrecht - Corona und Strafrecht

Tsambikakis

5

Schwerpunkte heute:

18.09.2021

Körperverletzung

Impfen
& Testen

Symbolisches
Strafrecht

IfSG

Falsche
Gesundheits-
zeugnisse

6

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

Tsambikakis

6

18.09.2021

Praxis der Strafverteidigung

7 Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

7

Testpflicht für Geimpfte vor Gericht?

8 Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

8

18.09.2021

Testpflicht für Geimpfte vor Gericht

Beschluss des OLG Celle vom 02.08.2021 - 2 Ws 230/21, 2 Ws 234/21

● Hintergrund

Die Vorsitzende Richterin einer Jugendkammer am LG Hannover ordnete vor Beginn einer mehrtätigen Verhandlung an, dass Verfahrensbeteiligte, Zeugen und Zuschauer nur mit einem **tagesaktuellen negativen Schnelltest** in den Saal einzulassen sind.

● Beschwerde der Verteidigung

Verteidigerteam sei vollständig geimpft. Es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für die Sicherungsverfügung. Diese weiche zudem von bundes- und landesrechtlichen Regelungen ab, die zwischen geimpften und ungeimpften Personen differenziere.

9

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



9

18.09.2021

Testpflicht für Geimpfte vor Gericht

Beschluss des OLG Celle vom 02.08.2021 - 2 Ws 230/21, 2 Ws 234/21

- Beschwerde ist **zulässig**. Würde der Verteidigung infolge der Sicherungsverfügung der Zutritt zum Saal verwehrt, wäre dies als Ausbleiben i.S.v. § 145 StPO zu werten. Führt dies zur Aussetzung der Hauptverhandlung, sind der Verteidigung die dadurch verursachten Kosten aufzuerlegen.
- Beschwerde ist **unbegründet**. Ermächtigungsgrundlage ist § 176 Abs. 1 GVG. Erforderliche Maßnahmen i.S. der Norm sind u.a. solche zum Schutz der Verfahrensbeteiligten und damit auch zur Verhinderung einer Ansteckung mit dem Coronavirus.
- Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit und etwaige Eingriffe in das Recht auf körperliche Unversehrtheit werden durch § 176 Abs. 1 GVG legitimiert. Die Norm räumt einen weiten Ermessensspielraum ein; eine Zweckmäßigkeitprüfung findet durch das Beschwerdegericht nicht statt.

10

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



10

18.09.2021

§ 145 StPO

...

(4) Wird durch die Schuld des Verteidigers eine Aussetzung erforderlich, so sind ihm die hierdurch verursachten Kosten aufzuerlegen.

§ 176 GVG

(1) Die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung obliegt dem Vorsitzenden.

...

11

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



11

18.09.2021

Testpflicht für Geimpfte vor Gericht

Beschluss des OLG Celle vom 02.08.2021 - 2 Ws 230/21, 2 Ws 234/21

- Beschwerde ist **zulässig**. Würde der Verteidigung infolge der Sicherungsverfügung der Zutritt zum Saal verwehrt, wäre dies als Ausbleiben i.S.v. § 145 StPO zu werten. Führt dies zur Aussetzung der Hauptverhandlung, sind der Verteidigung die dadurch verursachten Kosten aufzuerlegen.
- Beschwerde ist **unbegründet**. Ermächtigungsgrundlage ist § 176 Abs. 1 GVG. Erforderliche Maßnahmen i.S. der Norm sind u.a. solche zum Schutz der Verfahrensbeteiligten und damit auch zur Verhinderung einer Ansteckung mit dem Coronavirus.
- Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit und etwaige Eingriffe in das Recht auf körperliche Unversehrtheit werden durch § 176 Abs. 1 GVG legitimiert. Die Norm räumt einen weiten Ermessensspielraum ein; eine Zweckmäßigkeitsprüfung findet durch das Beschwerdegericht nicht statt.

12

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



12

18.09.2021

Testpflicht für Geimpfte vor Gericht

Begründung des OLG Celle

- Antigentest kann grundsätzlich dazu beitragen, Infizierte auch ohne Krankheitssymptome zu erkennen.
- Nach aktuellem wissenschaftlichen Stand (August 2021) ist Antigentest auch bei geimpften Personen medizinisch sinnvoll.
- **Keine mildereren Maßnahmen** ersichtlich, da andere Schutzmaßnahmen durch das LG bereits ausgeschöpft wurden.
- Abweichung von landes- oder bundesrechtlichen Regelungen irrelevant, da sich die Anordnung nicht auf diese stützt und den Regelungen zumindest nicht entgegensteht. Den Vorschriften liegt eine **allgemeine Interessenabwägung** zu Grunde; die Risikoabwägung kann in konkreten Einzelfällen allerdings vielfach abweichen.

13

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



13

18.09.2021

Testpflicht für Geimpfte vor Gericht

Anmerkungen

- Schutz ungeimpfter Verfahrensbeteiligter ist nunmehr zumindest **kein durchschlagendes Argument**, da Impfangebot vorliegt; noch offen gelassen vom OLG.
- Problem: Dauerhafte Weigerung anderer Verfahrensbeteiligter (§ 226 StPO).
- Problem: Dauerhafte Weigerung des Angeklagten (Anwesenheitspflicht § 231 StPO). Maßnahmen nach § 230 Abs. 2 (Vorführung oder Haftbefehl) sinnlos.
- Aus anderen Fachartikeln ergibt sich als Stand der Wissenschaft die Sinnhaftigkeit einer Testung bei Krankheitssymptomen und bei Kontakt mit vulnerablen Personengruppen, also im Krankenhaus. Grenzbereich zwischen weitem Ermessensspielraum und Ermessensmissbrauch.

14

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



14



18.09.2021

Körperverletzung

15 Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

This slide features a dark blue background with a large, abstract red shape on the left. The title 'Körperverletzung' is centered in white. The footer contains the slide number '15', the text 'Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln', and the 'Tsambikakis' logo and name.

15



Impfzentrum Friesland: Impfung mit Kochsalz anstatt Impfstoff

16 Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

This slide features a dark blue background with a large, abstract red shape on the left. The title 'Impfzentrum Friesland: Impfung mit Kochsalz anstatt Impfstoff' is centered in white. The footer contains the slide number '16', the text 'Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln', and the 'Tsambikakis' logo and name.

16

18.09.2021

Impfung mit Kochsalz statt Impfstoff

● Hintergrund

Nachdem eine Pflegekraft des Impfzentrums Friesland die Spritzen aus politischen Motiven mit Kochsalz aufgefüllt hatte, wurde einer Vielzahl an Menschen (die Zahlen schwanken zwischen 6 und bis zu 10000 notwendigen Nachimpfungen) statt einem COVID-19-Impfstoff **eine Kochsalzlösung** verabreicht. Die Staatsanwaltschaft hat Ermittlungen wegen möglicher Körperverletzungen eingeleitet.

● Mögliche Anknüpfungspunkte

- Einstich in den Arm
- Verabreichung der Kochsalzlösung
- Spätere COVID-19 Erkrankung

17

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



17

18.09.2021

Impfung mit Kochsalz statt Impfstoff

● Einstich in den Arm

Einstich durch andere Personen (mittelbare Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB). Einstich stellt eine körperliche Misshandlung und eine Gesundheitsschädigung i.S.v. § 223 Abs. 1 StGB dar. Die Einwilligung (§ 228 StGB) ist nicht frei von **Willensmängeln**. Problem: ist der Irrtum beachtlich; rechtsgutsbezogener Irrtum?

Erheblichkeitsschwelle?

Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB: Laut BGH ist die Spritze in der Hand einer fachkundigen Person **kein gefährliches Werkzeug**. An anderer Stelle hat der BGH ausgeführt, dass die Qualifikation nur bei lege artis durchgeführten Eingriffen entfällt (Hier in der Gesamtschau eigenständige Therapieentscheidung durch Nicht-Ärztin ohne Einwilligung, Verletzung der Kernbereichslehre. Lege artis?). Ebenso entfällt sie nur bei demjenigen, der die fachlich-rechtliche Befugnis habe (zur Vorbereitung aufgrund Ausbildung befugt, aber nicht zur eigenmächtigen Therapieentscheidung). Wer **unbefugt die Heilkunde ausübe und Spritzen verabreiche** (hier mittelbar), unterfalle der Qualifikation. Die Literatur drängt auf eine restriktive Auslegung. Der Ausgang hier ist offen.

18

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



18

18.09.2021

Impfung mit Kochsalz statt Impfstoff

● Verabreichung der Kochsalzlösung

Die Applikation einer kaum relevanten Menge an Kochsalzlösung ist für den menschlichen Körper wohl nicht gesundheitsschädlich. Nach der Rechtsprechung zum ärztlichen Heileingriff stellt jedoch jede ärztliche, die Integrität des Körpers berührende Maßnahme tatbestandlich eine Körperverletzung dar.

Die Verwirklichung der Qualifikation scheidet jedoch bei der geringen Menge an Wirkstoff und dessen Gefährlichkeit aus.

Die Pflegekraft durchbricht die ärztliche Delegation bewusst und fällt eine eigenständige Therapieentscheidung („Delegationsexzess“) aus dem Bereich, den die Literatur dem ärztlichen Kernbereich zuordnet. Die Handlung ist auch gefährlich, da sie dem Patienten den gewünschten Impfschutz vorenthält. Es kann daher in Tateinheit auch §§ 5, 1 HeilPrG verwirklicht sein.

19

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



19

18.09.2021

Impfung mit Kochsalz statt Impfstoff

● Spätere COVID-19 Erkrankung

Sofern Betroffener nach Verabreichung der Kochsalzlösung an COVID-19 als pathologischer Zustand erkrankt:

§ 223 Abs. 1 StGB (ggf. durch Unterlassen)

Ähnlich zum Sachverhalt bei den „Impfdrängern“ ist die **Kausalität** sehr fraglich, da eine Impfung keinen 100%-igen Schutz bietet.

Vorsatz? Die „Impfgegnerin“ soll von Nichtwirksamkeit oder gar Schädlichkeit der Impfung ausgegangen sein. Dies führt jedoch nicht ohne Weiteres zu einem vorsatzlosen Handeln. Wer sich als medizinische Fachperson bewusst gegen den Stand der Wissenschaft wendet und die Gefahren dieses Tuns ignoriert, nimmt Erkrankungen möglicherweise billigend in Kauf. Sie hat den Patienten vorsätzlich zu einer anderen Therapie als gewünscht/ingewilligt verholten.

20

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



20

Rachenabstrich als Körperverletzung im Amt

21

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

21

Der Sachverhalt vor dem OLG Oldenburg (10.5.2021 – 1 Ws 141/21)

18.09.2021

- Unzulässiges und in der Sache auch unbegründetes Klageerzwingungsverfahren wegen einer möglichen Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB).
- Nach positiver Testung eines Schülers wird die Schulklasse per Rachenabstrich getestet.
- Antragssteller trägt vor, ein Attest bestätige schwere psychische Beeinträchtigungen aufgrund vorangegangener Testungen.

22

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

22

18.09.2021

Rachenabstrich als tatbestandliche Körperverletzung

- Für die Beurteilung der Beeinträchtigung des Wohlempfindens gilt eine objektive Betrachtung.
- Der Test ist unangenehm (ggf. als schmerzhaft beschrieben) und von kurzer Dauer.
- Das OLG München hatte bei einer gynäkologischen Untersuchung durch Eindringen in den Körper das Vorliegen eines Körperverletzungserfolgs mangels Verletzungen, Schmerzen oder Hervorrufen eines pathologischen Zustands verneint.
- Ziel des Tests ist die Entnahme von Körperzellen. Für einen körperlichen Eingriff i.S.d. § 81a StPO genügt dies.

23

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



23

18.09.2021

Rechtfertigung durch das IfSG

- Das Gericht nahm eine Rechtfertigung nach § 25 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 IfSG an.
- Dort sind verschiedene Ermittlungsarten bei der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten geregelt.
- So können ansteckungs- und krankheitsverdächtige Personen durch das Gesundheitsamt verpflichtet werden, Untersuchungen und Entnahmen von Untersuchungsmaterial an sich vornehmen zu lassen, insbesondere auch Abstriche von Schleimhäuten durch Beauftragte des Gesundheitsamts zu dulden.

24

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



24

18.09.2021

Unverhältnismäßigkeit des Tests wegen Vorerkrankungen

- Auch das vorgelegte Attest führt laut OLG nicht zur Unverhältnismäßigkeit.
- Dieses bestätigte schwerwiegende psychische Beeinträchtigungen aufgrund vorangegangener Testungen des Gesundheitsamts.
- Laut Gericht bestehe der Verdacht des § 278 StGB (Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse), da das Attest sich in der Mitteilung der Aussagen des Antragstellers und seiner Mutter erschöpft habe und innerhalb eines einzigen Vorstellungstermins bei einer Allgemeinmedizinerin (innerhalb der Approbation, aber „fachentfernt“) angefertigt worden sei. Der Beweiswert sei daher gering.

25

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



25

Einwilligung in die Impfung Minderjähriger

26

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



26

18.09.2021

Allgemeine Grundsätze zur Einwilligung Minderjähriger

- Einwilligungsfähigkeit verlangt, das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite des Eingriffs zumindest in groben Umrissen zu erkennen und das Für und Wider abwägen zu können.
- Während die Volljährigkeit die Einwilligungsfähigkeit indiziert, kann sie bei Minderjährigen dann vorliegen, wenn sie die nötige individuelle geistige und sittliche Reife zur Beurteilung des Eingriffs und seiner Folgen haben. Unter 14 Jahren wird die Einwilligungsunfähigkeit angenommen.
- Je weniger dringlich, je unübersehbarer in seinen Risiken und Folgen ein Eingriff und je jünger der Patient ist, desto eher fehlt es an der Einwilligungsfähigkeit des Jugendlichen.
- Vetorecht des einwilligungsunfähigen Kindes: bei besonders gravierenden Eingriffen
- Co-Konsens der sorgeberechtigten Personen: bei weniger gravierenden Eingriffen

27

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



27

18.09.2021

Der Sachverhalt zur Entscheidung des OLG Frankfurt (17.8.2021 – 6 UF 120/21)

- Familiengerichtliches Eilverfahren: Antragsteller fast 16 Jahre alt, lebt bei der Mutter. Beide Elternteile sorgeberechtigt. Vater ist für Corona-Impfung, da STIKO-Empfehlung vorliegt, die für den Sohn als Risikopatienten Impfung empfiehlt.
- Mutter ist gegen Impfung, da nicht ausreichend erforscht, Gentherapie und nicht i.S.d. Nürnberger Kodex für Medikamentenversuche.
- Sohn ist laut AG und OLG einwilligungsfähig und ausreichend informiert/aufgeklärt.

28

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



28

18.09.2021

Co-Konsens trotz Einwilligungsfähigkeit

- Das OLG folgt der Entscheidung des AG, dass trotz der Einwilligungsfähigkeit des Kindes ein Co-Konsens der sorgeberechtigten Eltern notwendig ist.
- Das OLG bestätigt die Übertragung des Sorgerechts hinsichtlich der Impfungen auf den Vater, da dies dem Interesse des Kindes entspreche und aufgrund der STIKO-Empfehlung entsprechend der BGH-Grundsätze vom medizinischen Standard ausgegangen werden kann.
- Co-Konsens schon deshalb erforderlich, da die Einwilligungsfähigkeit nur den Heileingriff betreffe, nicht aber die vertragliche Beziehung zwischen Kind bzw. Eltern und Ärztin.
- Es handle sich um einen nicht geringfügigen medizinischen Eingriff – noch keine Standard-Impfung gegen Corona-Virus – und somit sei ein Co-Konsens notwendig. (das Gericht vergleicht mit einer Zirkumzision (Beschneidung), dem Schwangerschaftsabbruch und der Warzen-Entfernung)

29

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



29

18.09.2021

Co-Konsens trotz Einwilligungsfähigkeit – die Kritik

- Co-Konsens trotz bestätigter Einwilligungsfähigkeit – entspricht das dem Selbstbestimmungsrecht?
- Vertragliche Beziehung hat keine Aussagekraft für die Einwilligung (Einwilligungsfähigkeit vermennt mit Geschäftsfähigkeit).
- Wenn das Gericht doch den medizinischen Standard aufgrund der STIKO-Empfehlung annimmt, kann es nicht deshalb einen Co-Konsens verlangen, da es sich um kein Standardverfahren handle.

30

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



30

18.09.2021

Praxistipps für die Impfung Minderjähriger

- Die Feststellung der Einwilligungsfähigkeit von Kindern erfordert Fachwissen und Erfahrung. Deshalb wird empfohlen, nicht in Impfzentren zu impfen, sondern bei den Kinder- und Jugendärzten, die das Kind bestmöglich kennen und Erfahrung besitzen.
- Die Lösung des OLG Frankfurt führt trotz der Kritik zu einer komfortablen Lage für die Ärzteschaft: bei Unsicherheiten über die Einwilligungsfähigkeit des Kindes können Ärzte auf den Co-Konsens verweisen.
- Ggf. ist ein familiengerichtliches Verfahren anzustreben bzw. darüber zu informieren und auf Hilfsangebote zu verweisen.

31

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



31

Strafbarkeit des „Impfdrängers“?

32

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



32

18.09.2021

Impfdränger

Mögliche Strafbarkeit

- Strafbarkeit wegen Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten **kaum denkbar**. Konkrete Person, die aufgrund fehlender Impfung erkrankt, kann nicht benannt werden. Zudem wäre der Kausalitätsnachweis nicht zu erbringen, da Impfung selbst keinen 100%-igen Schutz bietet.
- Versuchsstrafbarkeit dürfte nicht unbedingt am **Vorsatz** scheitern, da das „Drängeln“ ein Indiz dafür sein könnte, dass andere ernsthaft erkranken. Die Einlassung man habe ernsthaft darauf vertraut, niemand anderes werde zu Schaden kommen (insbesondere auch aufgrund der Vielzahl asymptomatischer und milder Verläufe), könnte in Zweifel gezogen werden.
- Sanktionsnorm bei Verstoß gegen die Priorisierungsregel existiert, anders als z.B. § 19 Abs. 2a i.V.m. § 10 Abs. 3 S. 2 TPG, für Impfungen nicht.
- Strafbarkeit denkbar bei Fälschen von Gesundheitszeugnissen oder Verwendung eines unrichtigen Gesundheitszeugnisses.

33

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



33

18.09.2021

Impfdränger

Bedürfnis nach einer Sanktionsvorschrift

- Sanktionsvorschrift des TPG ist als **Sonderdelikt** ausgestaltet. Eine entsprechende Norm für einen Verstoß gegen Impfpriorisierungen würde nur den Arzt treffen, der die Priorisierungsregelung bewusst umgeht. Für den Impfdränger würde eine Anstiftung in Betracht kommen.
- Würde eine entsprechende Vorschrift als Allgemeindelikt ausgestaltet, wäre eine mittelbare Täterschaft möglich.
- Es besteht **kein Bedürfnis** für die Einführung einer Sanktionsvorschrift: Schon die Priorisierungsregelungen sind umstritten und vor allem nicht nur nach medizinischem Nutzen ausgerichtet. Die Motive der „Impfdränger“ sind meist Angst um die eigene Gesundheit oder die Zurückerlangung grundrechtlich geschützter Freiheitsrechte – eine strafrechtliche Sanktionierung wäre unangemessen – das Strafrecht muss **ultima ratio** des Rechtsgüterschutzes bleiben.
- Die Priorisierungsgruppen sind nur durch Verordnung geregelt, nicht einmal durch Parlamentsgesetz.
- Weiterführend: *Rostalski*, medstra 2021, S. 201.

34

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



34

Falsche Gesundheitszeugnisse

35

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

35

Maskenbefreiung und Impfbescheinigung: Wann droht § 278 StGB?

36

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

36

Ärzte im Visier der Ermittlungsbehörden: Das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse 18.09.2021

16.12.2020, 14:01 Uhr

Masken-Atteste leichtfertig erteilt? Ermittlungen gegen Arzt

Weil ein Passauer Frauenarzt leichtfertig hunderte Masken-Freistellungsatteste ausgestellt haben soll, ermittelt die Staatsanwaltschaft gegen ihn. Polizisten haben nun seine Praxis durchsucht und Computer und Patientenunterlagen beschlagnahmt.

BR-Meldung v. 16.12.2020

DURCHSUCHUNG IN DER ARZTPRAXIS

Karlsruher Arzt soll falsche Corona-Impfbescheinigungen ausgestellt haben

SWR-Meldung v. 1.9.2021

Falsche Corona-Impfausweise: Ermittlungen gegen zwei Ärzte

NDR-Meldung v. 23.7.2021

37

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 **Tsambikakis**

37

18.09.2021

§ 277 Fälschung von Gesundheitszeugnissen

Wer unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen solcher Personen ein Zeugnis über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand ausstellt oder ein derartiges echtes Zeugnis verfälscht und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

38

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 **Tsambikakis**

38

18.09.2021

§ 278 Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse

Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen, welche ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseres Wissen ausstellen, werden mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

39

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



39

18.09.2021

§ 279 Gebrauch unrichtiger Gesundheitszeugnisse

Wer, um eine Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft über seinen oder eines anderen Gesundheitszustand zu täuschen, von einem Zeugnis der in den §§ 277 und 278 bezeichneten Art Gebrauch macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

40

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



40

18.09.2021

Was ist ein Gesundheitszeugnis?

- Urkunden, in denen der Gesundheitszustand eines Menschen beschrieben wird: Atteste und ausgefüllte Krankenscheine, Ergebnisse einer gerichtsmedizinischen Blutalkoholuntersuchung
- Impfbescheinigung? Bestätigt eine durchgeführte medizinische Maßnahme und die Immunisierung gegenüber eines Virus.
- Bestätigung eines negativen Corona-Tests: bestätigt, dass kein Verdacht auf eine Corona-Infektion i.S.e. Erkrankung besteht. Positives Zeugnis über die „gute“ Gesundheit.
- Attest über Vorerkrankungen zur Erlangung einer höheren Impf-Priorisierungsgruppe.

41

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



41

18.09.2021

Wer stellt ein Gesundheitszeugnis aus und was folgt hieraus?

- Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen: auch Zahnärzte, Psychotherapeuten und Apotheker.
- Aus dem Approbationsbereich ergibt sich eine Begrenzung: für ein Bezeugen eines Gesundheitszustands benötigt man Fachkenntnisse, weshalb die Approbationsgrenzen nicht verlassen werden dürfen (Beispiel: Zahnarzt begründet Maskenbefreiung mit Asthma).
- Facharztgrenzen sind hingegen nicht zwingend relevant, sondern der Kenntnisstand des ausstellenden Arztes ist ausschlaggebend. Ggf. muss eine Literaturrecherche vorgenommen werden.

42

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



42

18.09.2021

Wann ist ein Gesundheitszeugnis „unrichtig“? Genügt die unterlassene Untersuchung?

- Unrichtig ist das Gesundheitszeugnis dann, wenn es in einem maßgeblichen Punkt von den medizinischen Erkenntnissen oder Erfahrungen abweicht.
- Laut Rspr. und hM: Das Zeugnis ist auch dann unrichtig, wenn die erforderliche Untersuchung nicht durchgeführt wurde, da das Vertrauen in das ärztliche Zeugnis auf der ordentlichen Informationsgewinnung beruht.
- Kritik: Wortlautgrenze.
- Am Beispiel des OLG Oldenburg (s.o.): Ergebnis der Bezeugung steht in krassem Missverhältnis zum Untersuchungsaufwand, daher vermutlich keine ausreichende Untersuchung.
- Moderne Entwicklungen der Telemedizin finden Einzug in das Sozialrecht (AU-Bescheinigung). Kann für die Untersuchung genügen. Dies gilt auch für Folgebescheinigungen.

43

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



43

18.09.2021

Das Blanko-Attest: LG Frankfurt (6.4.2021 – 5/26 Qs 2/21)

- In einem Fall des LG Frankfurt ging es um die Verwendung von Blankoattesten (§ 279 StGB).
- Ein Arzt hatte auf einer Homepage ein von ihm unterzeichnetes Attest angeboten, auf dem der Nutzer seine Daten eintrug. Weiterhin muss der Patient bestätigen, das Attest dort nicht zu verwenden, wo eine Maskenpflicht bestehe. Hinzugefügt war eine Kopie der Approbationsurkunde.
- Bei einer oberflächlichen Beurteilung des Attests hätte es sich nicht als „offensichtliches Fantasiestück“ erkennen lassen. Es liegt ein Gesundheitszeugnis vor.
- Beim Blanko-Attest fehlt es an der erforderlichen Untersuchung, weshalb das Gesundheitszeugnis „unrichtig“ ist.

44

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



44

18.09.2021

Verwendungszweck: Behörde oder Versicherungsgesellschaft

- Der Fall des LG Frankfurt macht auf folgendes Problem aufmerksam: Werden die Maskenatteste zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft ausgestellt?
- Wenn dort eine Maskenpflicht herrscht: der Arzt im Fall des LG Frankfurt hat sich von den Nutzern bestätigen lassen, dass sie das Attest dort nicht verwenden.
- In der Literatur wird vereinzelt angenommen, dass allgemeine Maskenatteste deshalb zur Verwirklichung des Tatbestandes nicht genügen, da sie nicht zur Verwendung vor Behörden ausgestellt würden.
- Schutzbehauptung?: letztlich ist doch mit der Kontrolle durch die Polizei (i.S.e. Behörde) zu rechnen, wenn sich der Nutzer ggb. Privaten auf das Attest beruft. Gerade dann soll es doch die medizinischen Gründe für die Befreiung belegen. Eine Tendenz in der Literatur lässt sich bisher hier nicht erkennen.
- Laut Medienbericht hatte die Staatsanwaltschaft Offenburg für einen Strafbefehl gegen einen Zahnarzt wegen unrichtiger Maskenatteste den Eventualvorsatz für die Nutzung ggb. Behörden angenommen.

45

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



45

18.09.2021

Ausstellen „wider besseres Wissen“

- Dieses subjektive Tatbestandsmerkmal verlangt die Ausstellung wider besseres Wissen bzgl. der inhaltlichen Unrichtigkeit, während Eventualvorsatz für die Verwendungsabsicht genügt.
- Problematisch können Neu-Patienten werden, die bspw. eine Maskenbefreiung erreichen wollen.
- Eigenschilderungen der Patienten, die sich nicht objektiv manifestieren und messbar sind, müssen kritisch hinterfragt werden. Bei Drittaussagen von Fachkollegen (bspw. Arztbriefe, Gutachten) gilt der horizontale Vertrauensgrundsatz. Erst wenn sich die Fehlerhaftigkeit aufdrängt, muss dem nachgegangen werden.

46

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



46

18.09.2021

Neugeschaffene Konkurrenzen aus dem IfSG

- Die Konkurrenzen zu den Sondervorschriften des IfSG sind bislang ungeklärt.
- Dies betrifft v.a. die Fälle des unrichtigen Bescheinigen einer Impfung im Impfpass und des Ausstellen eines unrichtigen Impfbzertifikats.
- Die strafbaren Anknüpfungsbeispiele wandeln sich in einer Pandemie immer wieder.

47

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



47

18.09.2021

IfSG und symbolisches Strafrecht

48

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



48

Die neuen §§ 74 Abs. 2 und 75a IfSG: Wieso und Weshalb?

49

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

49

18.09.2021

Strafbarkeitslücken?

- **§ 74 Abs. 2 IfSG:** „Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine in § 73 Absatz 1a Nummer 8 bezeichnete Handlung begeht, indem er wissentlich eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 zur Täuschung im Rechtsverkehr nicht richtig dokumentiert.“
- **§ 73 Absatz 1a Nr. 8:** Verweis auf **mangelhafte Durchführung der Impfdokumentation** durch zur Durchführung von Schutzimpfungen berechnete Person nach § 22 Abs. 1 IfSG.
- **Typischer Fall:** Arzt trägt fälschlicherweise Impfung in Impfpass ein.

50

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis

 Tsambikakis

50

18.09.2021

Strafbarkeitslücken?

- **§ 75a Abs. 1 IfSG:** „Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer wissentlich entgegen 22 Absatz 5 Satz 1, § 22 Absatz 6 Satz 1 oder § 22 Absatz 7 Satz 1 die Durchführung einer Schutzimpfung oder die Durchführung oder Überwachung einer dort genannten Testung zur Täuschung im Rechtsverkehr nicht richtig bescheinigt.“
- **Typischer Fall:** Arzt oder Apotheker (neu aufgenommen in IfSG) stellt ein falsches digitales Impfzertifikat aus.

51

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis



51

18.09.2021

Strafbarkeitslücken?

- **§ 75a Abs. 2 IfSG:** „Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer wissentlich 1. eine in § 74 Absatz 2 bezeichnete nicht richtige Dokumentation oder 2. eine in Absatz 1 bezeichnete nicht richtige Bescheinigung zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht.“
- **Typischer Fall:** „Patient“ nutzt die ihm durch einen Arzt ausgestellte falsche Impfbescheinigung, um Eintritt zu einer Veranstaltung zu erhalten, bei der die „2G-Regeln“ gelten.

52

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis



52

18.09.2021

Notwendige Neuregelungen?

- Viele Verhaltensweisen sind bereits nach §§ 267, 277 ff. StGB strafbar (z.B. Fälschung eines Impfnachweises durch Imitation der Unterschrift eines Arztes).
- Der Gebrauch einer falschen Impfdokumentation im Rechtsverkehr (§ 75a Abs. 2 Nr. 1 IfSG) dürfte vollständig durch § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB erfasst sein.
- Eine tatsächliche Lücke könnte sich bei §§ 277 ff. StGB ergeben durch die Voraussetzung der Nutzung des unrichtigen Gesundheitszeugnisses bei einer **Behörde** oder **Versicherungsgesellschaft** – vgl. hierzu ausführlich im Praxisexkurs zu § 278 StGB.
- Durch Neuregelungen: **Ausweitung der Strafbarkeit** des falsch dokumentierenden Arztes.

53

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



53

18.09.2021

Bewertung

- Schnelle **Einzelfallgesetzgebung** (neue Normen gelten nur bezüglich SARS-CoV-2).
- Kein Anspruch auf systematische Geschlossenheit: Verhältnis zum Urkundenstrafrecht **ungeklärt**.
- „**Angst vor der Strafbarkeitslücke**“: Straftatbestände als essentielle Bestandteile einer gelungenen Gesamtregelung zur Impf-Organisation?
- Zunehmende Betonung von **Symbolik**: Unabhängig von praktischer Anwendbarkeit sollen neue Sanktionsnormen ein „Zeichen setzen“ – Appellwirkung der Tatbestände erfährt Aufschwung.
- Weiterführend: Gaede/Krüger, NJW 2021, S. 2159; Lorenz, medstra 2021, S. 210.

54

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



54

Flexibilisierung des Infektionsschutzrechts – Aufweichung des Strafrechts?

55

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

55

Flexibles Infektionsschutzrecht

18.09.2021

- Infektionsschutzrecht setzt **naturwissenschaftliche Erkenntnisse** über zu verhütende Krankheiten und deren Erreger voraus.
- Bei **Veränderung** der Erkenntnislage (beispielsweise neue Erkenntnisse über: Weiterverbreitungsrate oder Mortalität eines Virus; Nutzen einer Atemschutzmaske) muss das Recht schnell und unbürokratisch anpassbar sein.
- Entstehender Konflikt: Recht muss seine Funktion als konstantes, verlässliches Ordnungsinstrument aufgeben; Recht wird „**politisiert**“.
- Regelungsform: Rechtsverordnungen und Verwaltungsakte (Allgemeinverfügungen) - Förmliches Paragrafen-Gesetz ist gerade **wegen** seiner rechtsstaatlich engen Verfahrensvorgaben zu kurzfristiger Problemlösung ungeeignet.
- Konflikt ist nach wie vor nicht behoben: „Halbherziger Kompromiss“ in § 28a IfSG.

56

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

56

18.09.2021

Strafrechtliche Auswirkungen

- **Zuspitzung** im Strafrecht: Strafverfassungsrecht kennt **starre Grenzmarkierungen** – Art. 103 Abs. 2 GG.
- Regelungsform des Gesetzgebers: **Blankettnormen**.
- Beispiel: § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG verweist auf (durch Landesregierung zu erlassende) Rechtsverordnung nach § 32 S. 1 IfSG.
- Ordnungswidriges (und im Fall des § 74 Abs. 1 IfSG: strafbares) Verhalten damit **permanent im Fluss** und in jedem Bundesland verschieden - für den Normadressaten kaum mehr vorhersehbar: Konflikt mit Art. 103 Abs. 2 GG.
- Pandemiestrafrecht als typischer Fall eines strafrechtlichen Funktionenwandels: Von „enger“ Einzelfallgerechtigkeit und „ultima ratio“ hin zu ubiquitärem **Ordnungsinstrument**.

57

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

57

Eine Pflicht zur Impfung?

58

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln

 Tsambikakis

58

18.09.2021

Impfpflichten im IfSG

- Das IfSG kennt in § 20 Abs. 8 S. 1 bereits eine **Impfpflicht zum Masernschutz** (beschränkt auf „Gemeinschaftseinrichtungen“, also z.B. Schulen und Kindertagesstätten).
- Eilanträge dagegen vor dem BVerfG erfolglos (NJW 2020, 1946).
- Jedenfalls **kein kategorischer Ausschluss** (siehe auch historische Impfpflicht gegen Pocken bis 1976).
- Übertragbarkeit des Gedankens auf SARS-CoV-2?
- **Diskussion ist noch offen** und uneinig: Relevant ist der jeweils gegenwärtige wissenschaftliche Forschungsstand über Gefährlichkeit und Verbreitungsgrad des Virus und einzelner Virusvarianten.
- Ausgehend von dieser empirischen Grundlage: **Verhältnismäßigkeitsprüfung**.
- In Betracht kommt Impfpflicht damit vor allem in **bestimmten Berufszweigen** (medizinische Berufe).

59

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



59

18.09.2021

Strafrechtliche Durchsetzung?

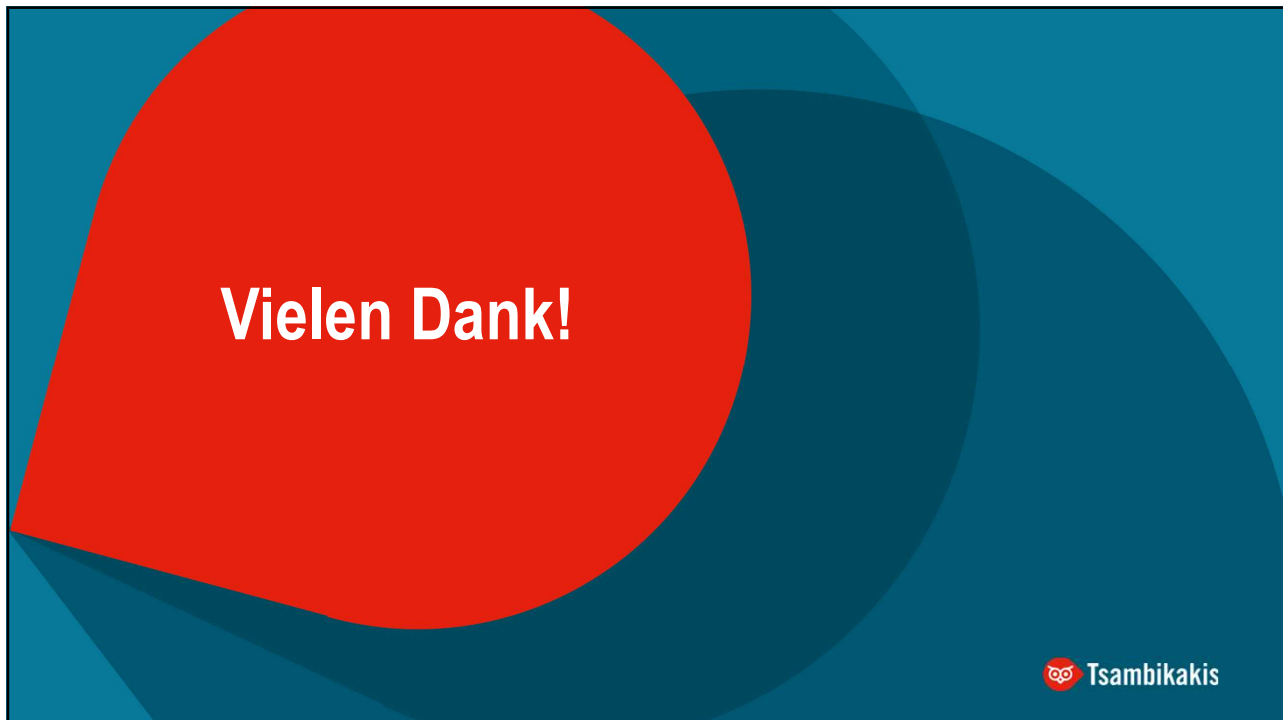
- Denkbare Durchsetzung von Impfpflichten ebenso streitig wie Impfpflicht selbst.
- Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht wirkt hier **sperrig**, zu stark auf Verantwortlichkeit einzelner Personen für einzelne Taten fokussiert (derzeit nur ordnungswidrig: Tätigwerden in einer Gemeinschaftseinrichtung ohne Nachweis der Masernimpfung nach § 73 Abs. 1a Nr. 7b IfSG i.V.m. § 20 Abs. 9 S. 7 IfSG).
- Mögliche Impfpflichten am Arbeitsplatz zunächst mit **arbeitsrechtlichen Mitteln** durchsetzbar (ausführlich hierzu Benkert, NJW-Spezial 2021, S. 50).
- Gegenwärtige Debatte tendiert weniger zu klassisch repressiven Mitteln als vielmehr zu „weicher“ **Sozialsteuerung** und Setzung von Verhaltensanreizen („Nudging“; „chilling effects“; „soft paternalism“). (str.)

60

Pandemiestrafrecht - Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. Michael Tsambikakis, Köln



60



61



62