

## Hausarbeit im Strafrecht

Bei dem Sachverhalt handelt es sich um eine Originalhausarbeit, die im Sommersemester 2016 im Rahmen der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht geschrieben worden ist. Herzlicher Dank gebührt Dr. Stephan Ast, der sich mit der Veröffentlichung des Sachverhaltes einverstanden erklärt hat. Bearbeiter der Klausur ist stud. iur. Maximilian Nussbaum, die Arbeit ist mit insgesamt 15 Punkten bewertet worden.

### Sachverhalt:

Der 50-jährige P stellte sich beim Allgemeinmediziner Dr. R wegen zunehmender Oberbauchbeschwerden und Leistungsabfall vor. R veranlasste Laboruntersuchungen, die mittelgradige Leberwert erhöhungen anzeigten. Zur weiteren Abklärung dieses Befundes überwies Dr. R den P zum Gastroenterologen Dr. A. Dieser bestätigte die Leberwert erhöhungen durch eine erneute Laboruntersuchung und stellte mittels einer Ultraschalluntersuchung Leberstrukturveränderungen bei P fest. Da P einen nicht unerheblichen Alkoholkonsum angab, stuft A die bestehende Leberschädigung vorschnell als alkoholbedingt ein, ohne andere mögliche Ursachen (insbesondere eine mögliche chronische Leberentzündung) differentialdiagnostisch zu untersuchen. Üblich und notwendig wäre gewesen, eine ausführliche Anamnese zu erheben und den Befund histologisch, durch eine Leberpunktion und weitere Laboruntersuchungen abzuklären. Die Anamnese hätte Folgendes ergeben: P war infolge eines Unfalls vor fünf Jahren Blut übertragen worden; er lebte in häufig wechselnden Partnerschaften und war beruflich etwa fünf Jahre lang als Sanitäter tätig. Diese Umstände legten eine Infektion mit Hepatitisviren nahe. Eine Blutuntersuchung zum Ausschluss einer Hepatitis und die Gewebeuntersuchung hätten die Hepatitisinfektion aufgedeckt. Stattdessen wies Dr. A den P lediglich an, künftig keinen Alkohol mehr zu konsumieren. Nach einem halben Jahr sollte P zur Kontrolle vorbeikommen. Dr. A verfasste einen Befundbericht, den er dem P mitgab.

Mit dem Befundbericht und wegen zusätzlich auftretender starker Rückenschmerzen stellte sich P einen Monat später erneut beim Hausarzt Dr. R vor. Dieser nahm den Befundbericht von Dr. A kritiklos zur Kenntnis und vertraute darauf, dass die Diagnose zutraf, obwohl er bemerkte, dass Dr. A keine ausführliche Anamnese erhoben und histologische Untersuchungen nicht veranlasst hatte. Außerdem berichtete P auch über eine weitere Verschlechterung der oben genannten Symptomatik. Stattdessen ermahnte Dr. R den P nur, absolut keine alkoholischen Getränke mehr zu konsumieren. Wegen der Rückenschmerzen verordnete er ihm Schmerzmedikamente.

Nach weiteren vier Monaten bemerkte P eine Gelbverfärbung von Haut und Augen. Es zeigte sich eine vermehrte Blutungsneigung, und P litt unter Juckreiz sowie zunehmender Müdigkeit und Schlappheit. Dr. R wies ihn jetzt sofort ins Krankenhaus ein. Dort wurde durch entsprechende Untersuchungen ein zunehmendes Leberversagen mit nachfolgenden Blutgerinnungsstörungen und beginnendem Nierenversagen infolge einer chronischen Leberentzündung (Hepatitis) festgestellt.

Der Gesundheitszustand von P verschlechterte sich trotz medikamentöser Therapiemaßnahmen rapide, so dass der Krankenhausarzt Dr. S mit dem Patienten über die Notwendigkeit einer Lebertransplantation als einziger verbliebener Möglichkeit sprach, sein Leben noch zu retten. Dies lehnte P aber kategorisch ab, weil er kein fremdes Organ in sich haben wollte. P ließ sich auch durch keine noch so guten medizinischen Argumente von seiner Weigerung abbringen. Als einzigen alternativen Therapieversuch stellte S dem P deshalb die Leberzelltransplantation vor, eine neuartige Therapiemethode, die am Klinikum erprobt wurde. Bei dieser Methode werden im Dünndarm des Patienten zuvor entnommene und kultivierte Leberzellen implantiert, die die Leberfunktion unterstützen sollen.

In den Gesprächen vor der Operation wurde P vom Arzt Dr. S zwar umfassend über die noch kaum erprobte Operationsmethode und ihre möglichen erheblichen Risiken aufgeklärt, die eine Lebertransplantation in jedem Fall vorzugswürdig erscheinen ließen. Dabei wurde er aber nicht ausreichend über den umstrittenen medizinischen Nutzen der Operation informiert. Dr. S hielt dies für überflüssig, weil er davon ausging, dass P sowieso mit der Operation einverstanden sein würde. In der Tat ist davon auszugehen, dass P auch bei Kenntnis hiervon mit der Leberzelltransplantation einverstanden gewesen wäre.

Nach der unter Leitung von Dr. S kunstgerecht durchgeführten Operation verschlechterte sich der Gesundheitszustand des P dramatisch: Infolge eines zunehmenden Leberkomas traten Bewusstseinsstörungen ein. Eine zusätzlich aufgetretene Lungenentzündung führte zu einer Ateminsuffizienz, weshalb die Beatmung von P erforderlich wurde. Ferner versagten die Nieren komplett, was eine Dialyse notwendig machte. Trotz intensiver apparativer und medikamentöser Therapiemaßnahmen war keinerlei Besserung des Zustands von P zu erreichen. Der Chefarzt der Intensivmedizin Dr. T sah nach vier Wochen intensivmedizinischer Behandlung keine Heilungschance mehr und erwartete, dass P spätestens nach weiteren zwei Wochen versterben werde. Er entschloss sich deshalb, ohne zuvor bei den Angehörigen nachzufragen, das Beatmungsgerät abzuschalten sowie die Dialyse und die Medikationen zu beenden. Daraufhin verstarb P.

Es ist davon auszugehen, dass der tödliche Verlauf der Krankheit von P mit einer Wahrscheinlichkeit von fünfzig Prozent hätte vermieden werden können, wenn entweder Dr. A oder Dr. R (bei der zweiten Konsultation) P wegen Verdachts der Hepatitis ambulant behandelt oder in ein Krankenhaus eingewiesen hätten. Jedenfalls hätte der Verlauf mit einer Wahrscheinlichkeit von nahezu einhundert Prozent so verzögert werden können, dass P noch mindestens ein halbes Jahr länger gelebt hätte.

Wie haben sich Dr. T, Dr. S, Dr. A und Dr. R nach dem StGB strafbar gemacht?

## Gutachterliche Lösung

### Strafbarkeit des Dr. T

#### A. Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 211 II Var. 5 StGB

T könnte sich gem. §§ 212 I, 211 II Var. 5 StGB<sup>1</sup> wegen Mordes zum Nachteil von P strafbar gemacht haben, indem er den Respirator abschaltete und Dialyse und Medikation beendete und P verstarb.

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Taterfolg

Der Erfolg gem. § 212 I, der Tod eines Menschen ist eingetreten.

##### b) Tathandlung

Fraglich ist, ob das Abschalten des Respirators als aktives Tun oder Unterlassen zu behandeln ist.

##### aa) Lehre vom Energieaufwand

Nach der Lehre vom Energieaufwand kommt es für die Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen auf eine Differenzierung nach dem äußeren Erscheinungsbild an. Danach meint aktives Tun, das Entfalten von Kraft oder körperlicher Aktivität, die die Außenwelt in irgendeiner Weise verändert. Unterlassen ist das Nicht-Entfalten der Kraft bzw. Nicht-Aufwendung von Energie.<sup>2</sup> Hier entfaltete T physisch Kraft, indem er den Respirator abstellte und die Medikation und die Dialyse beendete. Medikation und Dialyse werden in diesem Krankheitsstadium dauerhaft vorgenommen. Sie sind wie die Beatmung zu behandeln sind. Nach dieser Ansicht wäre das Beenden der lebenserhaltenden Maßnahmen als aktives Tun zu qualifizieren.

<sup>1</sup> Alle §§, die im Folgenden nicht anders zugeordnet werden sind solche des StGB.

<sup>2</sup> Fischer, Vor § 13 Rn. 3; Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rn. 15; Walter, Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Vom Nutzen der Dogmatik, ZIS 2011, 76 (80).

##### bb) Schwerpunktformel

Nach der Schwerpunktformel soll nach normativer Betrachtung entscheidend sein, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einer Handlung oder Nicht-Handlung zu sehen ist.<sup>3</sup> Der Schwerpunkt des Verhaltens des Arztes liegt nach normativer Betrachtung darin, dass er es unterlässt, durch das Abschalten die lebenserhaltende Versorgung fortzusetzen.<sup>4</sup> So soll der Abbruch der lebenserhaltenden Maßnahmen durch tatsächlich aktives Tun dem Unterlassen der weiteren Behandlung nach normativer Wertung gleichstehen, wenn er durch den behandelnden Arzt vorgenommen wird.<sup>5</sup> T schaltete, als behandelnder Arzt das Beatmungsgerät ab. Nach dieser Ansicht liegt ein Fall des Unterlassens vor.

##### cc) Lehre vom Behandlungsabbruch

Nach der vom BGH entwickelten Lehre vom Behandlungsabbruch ist eine Umdeutung eines tatsächlichen aktiven Tuns in ein Unterlassen nach normativen Gesichtspunkten ein unzulässiger „Kunstgriff“ und eine Unterscheidung von „aktiver“ und „passiver Sterbehilfe“ hinfällig.<sup>6</sup> Eine Abgrenzung soll vielmehr nach den klassischen Kriterien stattfinden. Sodann werden alle aktiven und passiven Verhaltensweisen unter dem normativ-wertenden Oberbegriff des Behandlungsabbruchs zusammengefasst. Vom Begriff des Behandlungsabbruchs werden das Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung umfasst. Der Behandlungsabbruch ist dann u. U. gerechtfertigt.<sup>7</sup> Eine Umdeutung ist nach dieser Ansicht nicht notwendig, indem eine mögliche Rechtfertigung nicht davon abhängig ist, ob es sich um aktives Tun oder Unterlassen handelt.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> BGH NJW 1995, 204, 206; Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rn. 14.

<sup>4</sup> Heinrich, Strafrecht AT, Rn. 872.

<sup>5</sup> Knauer/Brose in: Spickhoff, Medizinstrafrecht, § 216 Rn. 9; Roxin in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 75 (94f.).

<sup>6</sup> BGH NJW 2010, 2963, 2967; Fischer, Vor §§ 211-216 Rn. 34; Schreiber, NSTZ 2006, 473 (474f.).

<sup>7</sup> BGH NJW 2010, 2963 (2966f.); Rengier, Strafrecht BT II, § 7 Rn. 7a; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 700; Wasserburg, Rechtsprechungsübersicht zum Arztstrafrecht - Juli 2006 bis Juli 2012 (Teil 1), NSTZ 2013, 147.

<sup>8</sup> BGH NJW 2010, 2963, 2967.

#### dd) Stellungnahme

Für die normative Umdeutung i.S.d. Schwerpunktformel spricht, dass es nicht darauf ankommen kann, ob der Arzt die Beatmung durch Abschaltung unterbricht oder er die lebenserhaltenden Medikamente nicht weiter verabreicht.<sup>9</sup> Eine mögliche wenn auch absurde Konsequenz wäre der Einsatz eines Respirators, der Tag für Tag verlängert angeschaltet werden müsste. Unter normativer Betrachtung ist ein solcher Unterschied nicht hinzunehmen, sodass eine rein naturalistische Betrachtungsweise für die Entscheidung über Zulässigkeit einer etwaigen Rechtfertigung nicht ausreichend ist.

Noch zutreffender ist es jedoch mit dem BGH anzunehmen, dass eine lebenserhaltende Versorgung auf einer Vielzahl aktiver und passiver Verhaltensweisen beruht. Der Behandlungsabbruch erschöpft sich dabei weder bei einer natürlichen, noch bei einer normativen Betrachtungsweise in einer bloßen Untätigkeit. Eine klare Abgrenzung ist nach diesen Kriterien nicht in allen Fällen möglich.<sup>10</sup> Nach der Lehre vom Behandlungsabbruch ist es möglich unter bestimmten Voraussetzungen dennoch eine Rechtfertigung des Arztes zu erzielen. So ließe sich das billige Ergebnis erreichen, dass Arzt und Patient, die nicht mehr weiter behandeln wollen und Arzt und Patient, die die Behandlung erst gar nicht aufnehmen gleichgestellt werden.<sup>11</sup>

Es ist jedoch zuzugeben, dass der BGH sich teilweise widerspricht, wenn er von einem unzulässigen Kunstgriff bei einer normativen Umkategorisierung des aktiven Tuns zum Unterlassen spricht, sich dann einer naturalistischen Betrachtungsweise bemächtigt, um letztlich herauszustellen, dass die Unterscheidung in aktives Tun und Unterlassen irrelevant ist.<sup>12</sup>

Dennoch zeichnet sich die Lehre des Behandlungsabbruchs dadurch aus, dass sie im Ergebnis eine Klärung einer höchst umstrittenen Frage erreicht hat, die dem Gedanken einer nicht klaren Abgrenzbarkeit von Tun

und Unterlassen Rechnung trägt. Mithin ist dieser Ansicht zu folgen und auf Tatbestandsebene von einem aktiven Tun auszugehen.

#### c) Kausalität

Die Handlung des T müsste auch kausal für den Erfolg sein. Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist jede Handlung ursächlich, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.<sup>13</sup> Vorliegend kann das Abschalten des Respirators und die Beendigung der Medikation und der Dialyse nicht hinweggedacht werden, ohne dass T zu diesem Zeitpunkt und nicht zwei Wochen später verstorben wäre. Eine Verkürzung des Lebens reicht dabei aus.<sup>14</sup> Dass P in zwei Wochen gestorben wäre ist damit irrelevant. T handelte kausal.

#### d) Objektive Zurechnung

Auch müsste T durch sein Handeln eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen haben, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklichte.<sup>15</sup> T hat durch den Abbruch der lebenserhaltenden Maßnahmen die rechtlich missbilligte Gefahr des Todes geschaffen, die sich sodann realisierte. Somit ist ihm der Erfolg objektiv zuzurechnen.

#### e) Mordmerkmal Heimtücke

T könnte heimtückisch gehandelt haben. P müsste zunächst arglos gewesen sein. Arglos ist, wer sich zum Tatzeitpunkt keines Angriffs durch den Täter versieht.<sup>16</sup> Es ist davon auszugehen, dass P nicht bewusstlos war und die Arglosigkeit nicht ausgeschlossen<sup>17</sup> war, indem von Bewusstseinstrübungen die Rede ist. Hier ist nicht ersichtlich, dass P das Ansinnen des T bekannt war. Somit war er arglos.

P müsste wehrlos gewesen sein. Wehrlosigkeit liegt vor, wenn das Opfer gerade aufgrund der Arglosigkeit ganz oder erheblich in seiner Verteidigung eingeschränkt

<sup>9</sup> Roxin in: Roxin/Schroth, 75, (94f).

<sup>10</sup> BGH NJW 2010, 2963, 2967; Roxin in: Roxin/Schroth, 75, (94f.); Ulsenheimer, Rn. 700.

<sup>11</sup> BGH NJW 2010, 2963 (2967).

<sup>12</sup> Ast, Begehung und Unterlassung - Abgrenzung und Erfolgszurechnung - Am Beispiel der BGH-Urteile zum Behandlungsabbruch und zum Eissporthallenfall, ZStW 2012, 612 (627).

<sup>13</sup> Joecks, Strafgesetzbuch, Vor 13 Rn. 24.

<sup>14</sup> BGH NJW 1966, 1871 (1872).

<sup>15</sup> Lackner/Kühl, Vor § 13 Rn. 14; Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, § 11 Rn. 47, 53ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 179.

<sup>16</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, §211 Rn. 24.

<sup>17</sup> BGH NSTZ 2008, 93 (94).

ist.<sup>18</sup> Hier litt P an einem Multiorganversagen und lag auf der Intensivstation. Er war also zur Verteidigung nur eingeschränkt fähig. Diese sehr eingeschränkte Fähigkeit war jedoch nicht durch die Arglosigkeit als solche bedingt, sondern wurde vielmehr durch den Krankheitszustand hervorgerufen. Folglich war P nicht i.S.v. § 211 II Var. 5 aufgrund der Arglosigkeit wehrlos. Also handelte T nicht heimtückisch.

#### f) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand gem. § 212 ist also erfüllt.

### 2. Subjektiver Tatbestand

T müsste auch vorsätzlich gehandelt haben, § 15. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände zum Zeitpunkt der Tat.<sup>19</sup> T hat den Respirator willentlich abgeschaltet, um das Leben des P zu beenden. Vorsatz bzgl. der Herbeiführung des Todes liegt mithin vor.

### II. Rechtswidrigkeit

T müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

#### 1. Tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung

Grds. ist eine tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung in die aktive Beendigung des Lebens aufgrund der Indisponibilität des Lebens, die sich aus der Einwilligungssperre des § 216 ergibt, nicht möglich.<sup>20</sup> Diese Bewertung wird u. a. auf die Annahme gestützt, dass dem Grundrecht auf Leben ein Menschenwürdekern gem. Art. 2 II S. 1 GG inhärent ist und somit dem Grundrecht auf Leben als das höchstrangige Recht der absolute Schutz zukommt.<sup>21</sup> Ein anderes Argument ist, dass nur von einem ernstlichen Verlangen der Tötung gesprochen werden könne, wenn der Moribunde selbst „Hand anlegt“ und die Tötungshandlung selbst vollzieht.<sup>22</sup> So-

mit scheidet eine Einwilligung vorerst aus. Es ist zu diskutieren, ob eine Einwilligung nicht ausnahmsweise bei einem Behandlungsabbruch nach den Kriterien des BGH möglich ist.

#### 2. Strafflosigkeit wegen Behandlungsabbruch

Nach den Kriterien des BGH soll das Verhalten des Arztes dann gerechtfertigt sein, wenn der Behandlungsabbruch dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§1901a BGB) und den Zweck hat, einem ohne medizinische Versorgung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen.<sup>23</sup> Dies lässt sich mit der ständig zunehmenden Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten in den letzten Jahren begründen, die ihren Ausdruck letztlich in den §§ 1901aff. BGB findet.<sup>24</sup>

##### a) Dogmatische Einordnung

Dennoch ist die Rechtfertigungslösung des BGH auf Kritik in der Literatur gestoßen und hat alternative Ansätze zu Tage gefördert.<sup>25</sup> Die dogmatische Einordnung der Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs ist streitig.

##### aa) Tatbestandslösung

Nach der Tatbestandslösung ist der Erfolg mangels Gefahrschaffung dem Arzt nicht zuzurechnen.<sup>26</sup> Diese Lösung wird damit begründet, dass, sofern die Voraussetzungen des Behandlungsabbruchs vorliegen, aufgrund des Patientenvetos der Erfolg mangels Gefahrschaffung tatbestandlich nicht zugerechnet werden könne.<sup>27</sup>

##### bb) Rechtfertigungslösung des BGH

Der BGH sieht in einem solchen Fall u. U. eine (mutmaßliche) Einwilligung als rechtfertigend an.<sup>28</sup>

<sup>18</sup> BGH NStZ 2006, 502 (503); *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, § 211 Rn. 19.

<sup>19</sup> Fischer, § 15 Rn. 3; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 203.

<sup>20</sup> Kühl, Strafrecht AT, § 9 Rn. 28; Roxin, AT Bd. 1, § 13 Rn. 33, 37; Steiner in: Spickhoff, Art. 2 Rn. 35.

<sup>21</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht BT 1, § 1 Rn. 28f.; Rengier, Strafrecht BT II, § 7 Rn. 1.

<sup>22</sup> Roxin in: Roxin/Schroth, 117.

<sup>23</sup> BGH NJW 2010, 2963 (2967).

<sup>24</sup> Sogar durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte betont: NJW 2002, 2851 (2854); Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 211ff. Rn. 28a.

<sup>25</sup> Gaede, Durchbruch ohne Dammbrech - Rechtssichere Neuerung der Grenzen strafloser Beihilfe, NJW 2010, 2925 (2927); Walter, ZIS 2011, 76 (78).

<sup>26</sup> Engländer, Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch, JZ 2010, 513 (518); Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 211ff. Rn. 28a.

<sup>27</sup> Rissing-van Saan, Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe nach dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH, Urt. v. 25.06.2010 - 2 StR 454/09, ZIS 2011, 544 (550).

<sup>28</sup> BGH NJW, 2010, 2963, (2967).

### cc) Teleologische Reduktion des § 216

Eine Ansicht der Literatur schlägt eine andere Herangehensweise vor. Die Problematik solle vielmehr über eine teleologische Reduktion des § 216 gelöst werden. Nach dieser Meinung wird argumentiert, dass dem § 216 im Grunde drei Zwecke zukommen. Zum einen die Tabuisierung der Fremdtötung, zum anderen der Schutz, dass der Suizident bis zuletzt Herr des Geschehens bleibt und letztlich die Beweisfunktion, sodass ein Täter dem Opfer sein Verlangen nicht im Nachhinein „in den Mund legen kann“.<sup>29</sup> Mit der Einführung der §§1901a ff. BGB seien die zweite und dritte Funktion durch die strengen Anforderungen an die Bestimmung des mutmaßlichen Willens hinfällig geworden.<sup>30</sup> Nach dieser Ansicht würde zwar die Privilegierung gem. § 216 entfallen, der § 212 jedoch nicht unmittelbar berührt werden. Diese Meinung verkennt indes, dass eine Vielzahl ähnlicher Fälle, in denen eben kein ausdrückliches und ernstliches Verlangen vorliegt, noch immer gem. § 212 zu beurteilen sind. Wenn sich die teleologische Reduktion auf § 212 auswirke, dann in der Weise, dass auf Rechtfertigungsebene die Einwilligungssperre des § 216 aufzuheben wäre. In einem solchen Fall gelangt diese Ansicht zu dem gleichen Ergebnis wie der BGH.<sup>31</sup>

### dd) Stellungnahme

Die teleologische Reduktion und die Rechtfertigungslösung kommen zum selben Ergebnis, sodass zu erörtern ist, ob die Tatbestands- oder die Rechtfertigungslösung vorzugswürdig ist.

Für die Tatbestandslösung spricht, dass der Arzt die durch die Krankheit entstandene Gefahr des Todes, die sich verwirklichen kann eben nicht zu vertreten hat.<sup>32</sup>

Für die Rechtfertigungslösung spricht maßgeblich, dass § 216 auf den § 212 keine Sperrwirkung für die Einwilligung entfalten soll, weil dem Leben in Übereinstimmung (wenn auch nur mutmaßlicher) mit dem Patientenwillen sein natürlicher Lauf gelassen wird. § 216 soll im typischen Fall nur den unnatürlichen Tod von fremder Hand bestrafen.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Walter, (Fn. 2), ZIS 2011, 76, 81.

<sup>30</sup> ebenda.

<sup>31</sup> Engländer, (Fn. 26), JZ 2011, 513 (518).

<sup>32</sup> Rissing-van Saan, (Fn. 27), ZIS 2011, 544 (550).

<sup>33</sup> Ast, (Fn. 12), ZStW 2012, 612 (626).

Eine Einordnung als mutmaßliche Einwilligung i.S.e. gewöhnlichen Rechtfertigungsgrundes ist dennoch gefehlt. Vielmehr ist diese Einwilligung als „Rechtfertigungsgrund sui generis“ zu verstehen, sodass auch kein Konflikt mit § 216 entsteht.<sup>34</sup> Letztlich spricht die Wertung der §§1901a ff. BGB maßgeblich für eine Straffreiheit des Arztes. Diese gewährleisten, dass der Arzt sich eines Verfahrens bemüht, um den Patientenwillen herauszufinden. Es würde eben dem Gedanken einer einheitlichen Rechtsordnung widersprechen, die Wertungen der §§ 1901a ff. BGB im Strafverfahren auszuklammern. Diese wurden gerade geschaffen, um einen Arzt, der sich um die Einhaltung dieser Normen bemüht, vor der Strafverfolgung zu schützen.<sup>35</sup> Somit ist der Behandlungsabbruch nach den §§ 1901a ff. BGB zu rechtfertigen.

### b) Materielle Voraussetzungen des Behandlungsabbruchs

#### aa) Behandlungsbezogenheit

##### (1) Objektive Behandlungsbezogenheit

Die objektive Behandlungsbezogenheit setzt voraus, dass der Patient lebensbedrohlich erkrankt ist und die betreffende Maßnahme medizinisch zur Erhaltung des Lebens geeignet ist.<sup>36</sup> Vorliegend leidet P an Multiorganversagen. Dieses hätte einen letalen Verlauf genommen. Die Verwendung eines Respirators und der Dialyse waren zur Erhaltung des Lebens geeignet. Mithin liegt eine objektive Behandlungsbezogenheit vor.

##### (2) Subjektive Behandlungsbezogenheit

Eine subjektiven Behandlungsbezogenheit liegt dann vor, wenn der Arzt sich im Klaren darüber ist, dass der Krankheitsverlauf ohnehin zum Tode geführt hätte, er also bewusst diesem den natürlichen Lauf gelassen hat.<sup>37</sup> T ging davon aus, dass P binnen zwei Wochen verstorben wäre. Mithin liegt auch subjektive Behandlungsbezogenheit vor.

<sup>34</sup> Fateh-Moghadam/Kohake, Übungsfall: Selbstjustiz auf der Intensivstation, ZIS 2012, 98 (102).

<sup>35</sup> BGH NJW 2010, 2963 (2967); Wolfslast/Weinrich, Über die Rechtmäßigkeit der Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen, StV 2011, 284 (286).

<sup>36</sup> BGH NJW 2010, 2963 (2967); Ulsenheimer, Rn. 700.

<sup>37</sup> Fateh-Moghadam/Kohake, (Fn. 34), ZIS 2012, 98 (104).

**bb) Gerechtfertigter Personenkreis**

T ist der Chefarzt der Intensivstation und gehört somit nach den Kriterien des BGH zum potentiell gerechtfertigten Personenkreis.

**cc) Mutmaßlicher Wille des Patienten**

Letztlich ist zentrales Element der materiellen Voraussetzungen der Straffreiheit nach den Grundsätzen des BGH der Wille des Patienten gem. §§ 1901aff. BGB. Es liegt keine Patientenverfügung gem. § 1901a I Hs. 1 BGB vor. Daher ist gem. § 1901a II BGB der mutmaßliche Wille des Betroffenen aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu ermitteln. Es ist davon auszugehen, dass P selbst nicht mehr ansprechbar war und keine mündlichen oder schriftlichen Äußerungen des P vorliegen. Gem. § 1901b II BGB ist der Arzt in einem solchen Fall dazu angehalten, die Angehörigen zu konsultieren.<sup>38</sup> Dies hat T gerade nicht gemacht und damit nicht die Verfahrensvorschriften der §§ 1901aff. BGB eingehalten. Zuletzt wäre T die Möglichkeit verblieben, das Betreuungsgericht einzuschalten. Dieses hätte umfassende Amtsaufklärung betreiben können.<sup>39</sup> Insgesamt hat T also nicht im Ansatz die strengen Voraussetzungen für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens des P erfüllt.

**dd) Einseitiger Behandlungsabbruch**

Jedoch soll ein Behandlungsabbruch auch ohne Zugrundelegung des ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willens möglich sein. Nämlich dann, wenn jegliche medizinische Indikation fehlt.<sup>40</sup> Wann es an einer medizinisch-ärztlichen Indikation fehlt, ist umstritten. Eine Indikation ist jedoch dann abzulehnen, wenn nach der Überzeugung des Arztes der Krankheitsverlauf unumkehrbar ist, einen letalen Verlauf genommen hat und der Tod in kurzer Zeit zu erwarten ist.<sup>41</sup> Zwar litt P an einem Multiorganversagen und es ist keinerlei Besserung des Zustands zu erreichen. Jedoch hatte P nach der Vorstellung des T noch ca. zwei Wochen zu leben, sodass

nicht von einer unmittelbaren Todesnähe zu sprechen ist. Selbst würde ein weiter Begriff für die fehlende medizinische Indikation gewählt werden, also die „Nichterreichbarkeit eines sinnvollen Therapieziels“<sup>42</sup>, müsste der Patient nachhaltig in der Reaktions- und Kommunikationsfähigkeit verhindert sein (Apalliker oder Patienten, die an die Herz-Lungen-Maschine angeschlossen sind).<sup>43</sup> Hier ist P nicht unwiederbringlich kommunikationsunfähig, indem er „nur“ Bewusstseinsstrübungen hat. Auch der Kreislauf erliegt nicht völlig. Schließlich ist die Atemleistung „nur“ vermindert (Ateminsuffizienz). Somit fällt die Indikation für die Beatmung und sonstige Behandlungen nicht weg. Es liegt kein einseitiger Behandlungsabbruch vor.

**ee) Zwischenergebnis**

Folglich scheidet eine Rechtfertigung des T nach der Lehre vom Behandlungsabbruch aus.

**III. Schuld**

T handelte auch schuldhaft.

**IV. Ergebnis**

T hat sich mithin gem. § 212 I strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeiten des T gem. §§ 223, 224 I Nr. 5, 227**

Die gefährliche Körperverletzung mit Todesfolge ist notwendiges Durchgangsstadium der Tötung und tritt somit subsidiär zurück.<sup>44</sup>

**C. Strafbarkeit des T gem. § 221 I Nr. 2, III**

Eine etwaige Strafbarkeit des T wegen Aussetzung gem. § 221 I Nr. 2, III tritt im Wege der Konkurrenzen hinter der Strafbarkeit gem. § 212 I zurück.<sup>45</sup>

**Strafbarkeit des Dr. S****A. Strafbarkeit des S gem. § 222**

S könnte sich der fahrlässigen Tötung zu Lasten des P

<sup>38</sup> OLG Karlsruhe NJW 2002, 685 (687).

<sup>39</sup> Ulsenheimer, Rn. 708.

<sup>40</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. §§ 211ff. Rn. 29.

<sup>41</sup> Ulsenheimer, Rn. 700.

<sup>42</sup> OLG München NJW 2007, 3506; LG Berlin NJW 2006, 3014 (3015).

<sup>43</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 211ff. Rn. 29f.

<sup>44</sup> Fischer, § 211 Rn. 107.

<sup>45</sup> Ladiges, Die Aussetzung nach § 221 StGB, JuS 2012, 687 (690).

gem. § 222 strafbar gemacht haben, indem er die Leberzelltransplantation vornahm und P verstarb. Der Eingriff des S müsste kausal<sup>46</sup> gewesen sein. Zwar verschlechtert sich nach der Operation der Gesundheitszustand des P dramatisch, jedoch eben nicht durch den Eingriff von T. Die Verschlechterung ist wohl vielmehr Folge des voranschreitenden Krankheitsprozesses. Folglich hat sich S nicht gem. § 222 strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des S gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5**  
S könnte sich der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 zum Nachteil von P strafbar gemacht haben, indem er die Leberzelltransplantation bei ihm vornahm.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Objektiver Tatbestand gem. § 223 I

S müsste P körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt haben. Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands.<sup>47</sup> Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht unerheblich beeinträchtigt.<sup>48</sup> Fraglich ist, ob ein „ärztlicher Heileingriff“ überhaupt tatbestandsmäßig i.S.v. § 223 I ist.

#### aa) Rechtfertigungslösung

Nach ständiger Rechtsprechung<sup>49</sup> und Teilen der Literatur<sup>50</sup> fällt der ärztliche Heileingriff unter den objektiven Tatbestand einer Körperverletzung gem. §§ 223, 229. Diese extensive Fassung des Tatbestands lässt sich hier mit dem Bedürfnis nach strafrechtlichem Schutz des freien Selbstbestimmungsrechts des Patienten begründen.<sup>51</sup> Nach dieser Ansicht wäre der Tatbestand gem. § 223 erfüllt.

<sup>46</sup> S. o. unter Dr. T A. I. c).

<sup>47</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Rn. 257.

<sup>48</sup> BGH NJW 1960, 1477 (1479).

<sup>49</sup> BGH NJW 1958, 267 (269); 1959, 825 (827); 2000, 885 (886).

<sup>50</sup> Rengier, BT II, § 13 Rn. 17; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, § 6 Rn. 99; Krey, BT Bd. 1, Rn. 219; Kindhäuser, BT I, § 8 Rn. 27.

<sup>51</sup> BGH NJW 1958, 267 (269).

#### bb) Tatbestandslösung

Nach der Tatbestandslösung ist davon auszugehen, dass ein gelingender Heileingriff den Gesundheitszustand nicht verschlechtert und daher der Tatbestand schon nicht erfüllt ist.

#### (1) Erfolgstheorie

Nach einer Untermeinung in der Literatur kommt es gerade auf den Erfolg der Behandlungsmaßnahme an. Danach ist der Tatbestand der Körperverletzung nicht erfüllt, wenn das körperliche Wohl durch den Eingriff verbessert oder gewahrt ist. Es kommt dagegen nicht darauf an, ob der Eingriff kunstgerecht durchgeführt wurde oder medizinisch nicht indiziert war.<sup>52</sup> Vorliegend verschlechtert sich der Gesundheitszustand des P weiter. Nach der Erfolgstheorie ist der Tatbestand erfüllt.

#### (2) Lex-Artis-Theorie

Nach einer anderen Untermeinung kommt es darauf an, ob der Eingriff kunstgerecht (*lege artis*) durchgeführt wurde.<sup>53</sup> S hat die Operation kunstgerecht durchgeführt, sodass der Tatbestand nicht erfüllt ist.

#### cc) Stellungnahme

Für die Rechtfertigungslösung spricht, dass nur durch die Tatbestandsmäßigkeit gewährleistet werden kann, dass der Patient letzten Endes entscheidet, ob eine Behandlung unabhängig von der Indikation vorgenommen wird. Der Patient soll Subjekt und nicht Objekt der Behandlung sein.<sup>54</sup> Dagegen spricht jedoch, dass diese Ansicht zu einer Vermischung von Körperverletzungs- und Freiheitsdelikten führe. Der eigenmächtige Eingriff ist ein Angriff auf die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen nicht seinen Körper oder seine Gesundheit.<sup>55</sup> Zudem ist bei der Anwendung der Qualifikationen der hohe Strafraumen der §§ 224 I Nr. 2, 226 zu beachten.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Maurach/Schröder/Maiwald, BT Bd. 1 § Rn. 30.

<sup>53</sup> Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 1958, 566 (581).

<sup>54</sup> Beck, Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht - Teil 1, ZJS 2013, 42 (43).

<sup>55</sup> Bollacher/Stockburger, Der ärztliche Heileingriff in der strafrechtlichen Fallbearbeitung, Jura 2006, 908 (909).

<sup>56</sup> Eser/Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, § 223 Rn. 29.

Dennoch spricht maßgeblich für die Einwilligungslösung, dass eine Ausklammerung des Selbstbestimmungsrechts zu einer Schutzlosigkeit des Rechtsguts führen würde. Dies ist nicht mit der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung der Art. 2 II S. 1 i.V.m. Art. 1 I GG vereinbar. Außerdem würde das Selbstbestimmungsrecht des Patienten derart verletzt, dass die §§ 239, 240 keinen angemessenen Ausgleich bieten.<sup>57</sup> Letztendlich ist es unbillig, einen ärztlichen Heileingriff mit einem mit Verletzungsabsicht geführten Stich eines Messerstechers gleichzusetzen.<sup>58</sup> Daher ist der Einwilligungslösung zu folgen und der objektive Tatbestand gem. § 223 I erfüllt.

#### **b) Objektiver Tatbestand gem. § 224 I Nr. 2 Alt. 2**

Zudem könnten die Behandlungsinstrumente gefährliche Werkzeuge i.S.v. § 224 I Nr. 2 Alt. 2 darstellen. Ein solches gefährliches Werkzeug ist jeder körperliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und Art seiner Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen.<sup>59</sup> Behandlungsinstrumente dienen jedoch nicht Angriffs- oder Verteidigungszwecken, sondern nach der subjektiven Zweckrichtung der Heilung.<sup>60</sup> Danach sind Behandlungsinstrumente keine gefährlichen Werkzeuge.

#### **c) Objektiver Tatbestand gem. § 224 I Nr. 5**

Jedoch könnte S den P mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung verletzt haben. Nach h. M. reicht es aus, wenn die Art der Behandlung nach den Umständen des Einzelfalls zur Gefährdung des Lebens des Patienten geeignet ist.<sup>61</sup> Jedoch ist es auch bei § 224 I Nr. 5 angebracht, eine teleologische Reduktion dahingehend vorzunehmen, dass ärztliches Handeln, das Heilzwecken dient, nicht umfasst wird.<sup>62</sup> Eine andere Ansicht wendet § 224 I Nr. 5 dennoch an, wenn der medizinische Eingriff

nicht indiziert ist.<sup>63</sup> Hier ist aber der Eingriff medizinisch indiziert und auch kunstgerecht durchgeführt worden. Nach beiden Ansichten ist der Tatbestand nicht erfüllt, sodass eine Stellungnahme nicht erforderlich ist.

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

Zudem müsste S vorsätzlich gehandelt haben. S wollte den Eingriff bei dem P durchführen. Er handelte bzgl. des Eingriffs in seine körperliche Integrität vorsätzlich. Der Tatbestand ist mithin erfüllt.

### **II. Rechtswidrigkeit**

#### **1. Einwilligung**

P könnte durch eine wirksame Einwilligung jedoch die Rechtswidrigkeit des Eingriffs beseitigt haben.

#### **a) Einwilligung durch den Rechtsgutsträger**

Das betroffene Rechtsgut ist die körperliche Unversehrtheit des P. Dieser ist entsprechender Rechtsgutsträger.

#### **b) Verfügbarkeit des Rechtsguts**

Das betroffene Rechtsgut müsste auch disponibel sein. Grundsätzlich ist jedes Rechtsgut dispositionsfähig, wenn sich die Verletzung nicht auf die Allgemeinheit auswirkt und sich nicht gegen das Individualrechtsgut des menschlichen Lebens richtet.<sup>64</sup> Bzgl. der körperlichen Unversehrtheit gilt die Einwilligungsschranke gem. § 228. Ganz davon abgesehen, dass § 228 verfassungsrechtlich bedenklich ist<sup>65</sup>, verstößt ein Heileingriff nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Daran ändert auch nichts, dass es sich um eine sog. „Neulandmethode“<sup>66</sup> handelt.

#### **c) Einwilligungsfähigkeit**

P müsste auch einwilligungsfähig sein. Die Einwilligungsfähigkeit hängt von der konkreten Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab.<sup>67</sup> Es sind keine Tatsachen ersichtlich,

<sup>57</sup> Krey, Strafrecht BT 1, Rn. 219.

<sup>58</sup> Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht BT I, § 8 Rn. 24.

<sup>59</sup> Eschelbach in: BeckOK-StGB, § 224 Rn. 28.

<sup>60</sup> So auch BGH NJW 1978, 1206; Ulsenheimer, Rn. 595.

<sup>61</sup> Knauer/Brose in: Spickhoff, § 224 Rn. 7.

<sup>62</sup> Knauer/Brose in: Spickhoff, § 224 Rn. 7.

<sup>63</sup> BGH NJW 1988, 833 (836).

<sup>64</sup> BGH NSTZ 2010, 630 (632); Roxin, AT I, §13 Rn. 33.

<sup>65</sup> Sternberg-Lieben, Einwilligungsschranken und Rechtsgutverletzung am Beispiel des Fremddopings im Sport, ZIS 2011, 583 (601); Paeffgen in: NK-StGB, § 228 Rn. 53.

<sup>66</sup> BGH NJW 2013, 1688 (1689).

<sup>67</sup> BGH NSTZ 2000, 87 (87f.).

die an einer tatsächlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit des P zweifeln lassen. Somit ist er einwilligungsfähig.

#### **d) Einwilligungserklärung**

Es müsste auch eine Einwilligungserklärung vorliegen. Die Einwilligung kann ausdrücklich oder konkludent in der Art kundgetan werden, dass der Arzt sie wahrnehmen kann.<sup>68</sup> Es ist davon auszugehen, dass P seine Einwilligung erklärt hat.

#### **e) Freiheit von Willensmängeln**

Weiterhin müsste die Einwilligungserklärung auch frei von Willensmängeln sein. Willensmängel sind insbesondere Irrtümer oder abgenötigte oder erzwungene Einwilligungserklärungen.<sup>69</sup> Des Weiteren ist die Einwilligung nur wirksam, wenn der Patient in der erforderlichen Weise über den Eingriff, seinen Verlauf, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen aufgeklärt wurde.<sup>70</sup> In den Gesprächen vor der Operation wurde P vom Arzt S zwar umfassend über die noch kaum erprobte Operationsmethode aufgeklärt und zur Behandlungsalternative der Lebertransplantation geraten. Jedoch wurde P nicht ausreichend über den umstrittenen medizinischen Nutzen der Operation informiert. Gerade bei neuartigen Therapiemethoden ist eine besonders umfassende Aufklärung von Nöten.<sup>71</sup> Eine mangelnde Aufklärung über den umstrittenen Nutzen reicht aus, um die Einwilligung als unwirksam zu betrachten.<sup>72</sup>

#### **f) Zwischenergebnis**

Es liegt keine tatsächliche wirksame Einwilligung durch den P vor.

### **2. Mutmaßliche Einwilligung**

Eine mutmaßliche Einwilligung scheidet schon aufgrund der Möglichkeit einer ausdrücklichen willensmangelfreien Zustimmung des P aus.

<sup>68</sup> Kühl, Strafrecht AT, § 9 Rn. 31; Bollacher/Stockburger, Jura 2006, 908 (910).

<sup>69</sup> Bollacher/Stockburger, (Fn. 55), Jura 2006, 908 (911).

<sup>70</sup> BGH NStZ-RR 2007, 340 (341); Ehlers/Brogli, Arzthaftungsrecht, Rn. 769.

<sup>71</sup> Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 381.

<sup>72</sup> BGH NJW 2013, 1688 (1689).

### **3. Hypothetische Einwilligung**

#### **a) Anwendbarkeit**

Fraglich ist zunächst, ob die Rechtfertigungsfigur der hypothetischen Einwilligung vor allem in Fällen des ärztlichen Heileingriffs zulässig ist.

#### **aa) Hypothetische Einwilligung möglich**

Nach der einen Ansicht ist eine hypothetische Einwilligung durchaus möglich, wenn der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung dennoch eingewilligt hätte. Die dogmatische Einordnung ist wiederum umstritten. Zum einen könnte sich die hypothetische Einwilligung als eigener Rechtfertigungsgrund betrachten lassen.<sup>73</sup> Andere wollen diese Figur auf Tatbestandsebene verorten.<sup>74</sup> Wieder andere wollen die objektive Zurechnung auf die Ebene der Rechtswidrigkeit übertragen.<sup>75</sup>

#### **bb) Hypothetische Einwilligung insgesamt abzulehnen**

Nach einer anderen Auffassung in der Literatur ist eine hypothetische Einwilligung nicht möglich. Das wird vor allem damit begründet, dass die Beurteilung einer Entscheidung eines Menschen in einer gedachten Situation nicht möglich ist und die Figur der hypothetischen Einwilligung in diesem Zusammenhang sinnlos ist. Es gibt schließlich keine verlässliche Methode zur Ermittlung eines hypothetischen Willens.<sup>76</sup>

#### **cc) Stellungnahme**

Die Lösungen kommen vorliegend zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass eine Erörterung notwendig ist. Für die Möglichkeit einer hypothetischen Einwilligung spricht, dass im Strafrecht das „Denken in Alternativen“ durchaus anerkannt ist. Hätte der Patient der Behandlung also zugestimmt, wenn er richtig aufgeklärt worden

<sup>73</sup> BGH NStZ-RR 2004, 16 (17).

<sup>74</sup> Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, § 13 Rn. 122; Ulsenheimer, Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, NStZ 1996, 132 (133).

<sup>75</sup> Kuhlen in: FS-Roxin 2001, 331 (338ff.).

<sup>76</sup> Böcker, Die hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005, 932 (932ff.); Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative, GA 2003, 764 (764ff.); dies., Hypothetische Einwilligung bei medizinischen Eingriffen, Anm. zu BGH v. 20.01.2004 - 1 StR 319/03, JR 2004, 470 (470ff.).

wäre, ergäbe sich eben kein Strafgrund mehr.<sup>77</sup> Gegen die Rechtsfigur lässt sich dennoch einwenden, dass der Achtungsanspruch des Rechtsguts des Körpers nicht dadurch auszublenden ist, dass zu einem späteren Zeitpunkt ein Verzicht auf den Rechtsschutz durch den Behandelten vorliegt.<sup>78</sup> Außerdem besticht das Argument, dass durch die Figur der hypothetischen Einwilligung bewusst die strengen Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung unterlaufen werden können, da es auf die umfangreiche ex-ante-Ermittlung des mutmaßlichen Willens nicht ankommt, wenn ein Unrechtsausschluss auch ex-post eintreten kann. Es sei zu befürchten, dass sich in Konstellationen des ärztlichen Heileingriffs die Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung auf den größtmöglichen Aufklärungsfehler, die Nicht-Aufklärung, erstreckt. Dann sei das Selbstbestimmungsrecht des Patienten komplett aufgehoben.<sup>79</sup>

Dennoch sind die Ansichten, die eine hypothetische Einwilligung als zulässig ansehen, vorzugswürdig. Sie tragen dem hohen Stellenwert der Selbstbestimmung des Patienten angemessen Rechnung.<sup>80</sup>

Somit ist die hypothetische Einwilligung anwendbar. Für die Einordnung als Problem der objektiven Zurechnung auf Ebene der Rechtswidrigkeit spricht entscheidend, dass sich die hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund schwierig in Einklang mit der tatsächlichen und der mutmaßlichen Einwilligung bringen lässt, die jeweils von einem tatsächlichen Sachverhalt ausgehen.<sup>81</sup>

Die Ansicht kann zutreffend damit begründet werden, dass es bei ordnungsgemäßer Aufklärung dennoch zu dem Taterfolg (dem invasiven Eingriff) gekommen wäre und aus diesem Grund der Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf Ebene der Rechtswidrigkeit entfällt.<sup>82</sup>

<sup>77</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 6 Rn 106f.

<sup>78</sup> Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, 679 (683); Swoboda, Die hypothetische Einwilligung - Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, ZIS 2013, 18 (26).

<sup>79</sup> Bollacher/Stockburger, (Fn. 55), Jura 2006, 908 (913).

<sup>80</sup> Beck, (Fn. 54), ZIS 2013, 42 (47).

<sup>81</sup> Jansen, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, ZIS 2011, 482 (485).

<sup>82</sup> Kühlen, FS Müller-Dietz, 431 (434f.); ders., Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, 227 (227ff.).

#### **b) Voraussetzungen der Einwilligung und Unwirksamkeit**

Alle Voraussetzungen der Einwilligung bis auf die Freiheit von Willensmängeln liegen vor.

#### **c) Hypothetischer Wille des Patienten (ex-post-Betrachtung)**

Bei ordnungsgemäßer Aufklärung hätte S dem P den medizinisch zweifelhaften Nutzen der Leberzelltransplantation aufgezeigt. P wäre tatsächlich dennoch mit der Leberzelltransplantation einverstanden gewesen.

#### **d) Subjektives Rechtfertigungselement**

Die Notwendigkeit eines subjektiven Rechtfertigungselements wird im Allgemeinen mit der Differenzierung von Handlungs- und Erfolgsunwert begründet. Bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen entfällt so zwar der Erfolgsunwert, jedoch nicht der subjektive Handlungsunwert.<sup>83</sup> Bei der hypothetischen Einwilligung ist das subjektive Element zweifelhaft. Wenn der Täter nämlich in Kenntnis der hypothetischen Einwilligungslage handelt, hätte er genauso gut ordnungsgemäß aufklären können.<sup>84</sup> Danach ist hier auf ein subjektives Rechtfertigungselement zu verzichten.

#### **4. Zwischenergebnis**

Folglich handelt S nicht rechtswidrig.

#### **III. Ergebnis**

S hat sich nicht gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 strafbar gemacht. Etwaige Strafbarkeiten gem. §§ 221 I Nr. 1, II Nr. 2, 225 I Nr. 1, III Nr. 1 Alt. 2, 226 I Nr. 2 Var. 2, 229 scheiden ebenfalls mangels Rechtswidrigkeit aus.

#### **Strafbarkeit des Dr. A**

##### **A. Strafbarkeit des A gem. §§ 222, 13 I**

A könnte sich gem. §§ 222, 13 I der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen zum Nachteil von P strafbar gemacht haben, indem er keine differentialdiagnostischen Untersuchungen (Anamnese und histologische Abklärung) vornahm, einen unzutreffenden Befundbericht verfasste und P letztlich verstarb.

<sup>83</sup> Kühl, Strafrecht AT, § 6 Rn. 12.

<sup>84</sup> Böcker, (Fn. 76), JZ 2005, 925 (927); Bollacher/Stockburger, (Fn. 55), Jura 2006, 908 (914).

## I. Tatbestand

### 1. Taterfolg

Der Taterfolg, der Tod eines Menschen, ist bei P eingetreten.

### 2. Tun oder Unterlassen

Fraglich ist, ob dem A ein positives Tun oder ein Unterlassen vorzuwerfen ist. In Betracht kommt ein Unterlassen, indem A, als diagnostizierender Arzt, keine ausführliche Anamnese erhob, den Befund nicht histologisch abklärte und infolge dessen keinen zutreffenden Befundbericht verfasste. Jedoch kommt auch ein positives Tun in Frage. Schließlich verfasste A einen falschen Befundbericht, den R wiederum später kritiklos zur Kenntnis nahm und auf die darin stehende Diagnose vertraute.

Zur Abgrenzung zwischen positivem Tun und Unterlassen ist, wie oben dargestellt, im klassischen Falle die Schwerpunkttheorie als vorzugswürdiges Abgrenzungskriterium heranzuziehen.

Für ein Unterlassen spricht, dass die Gefahr des Todes aufgrund der chronischen Erkrankung schon vor dem Verhalten des A bestand. Auch war der A als diagnostizierender Facharzt von einer Garantenpflicht kraft tatsächlicher Übernahme getroffen<sup>85</sup> und war so für die Erfolgsabwendung zuständig, indem er einen Überweisungsauftrag durch R erhielt. Außerdem spricht für ein Unterlassen, dass der unzutreffende Befundbericht lediglich Resultat der Nichtvornahme weiterer Untersuchungen ist.

Für ein positives Tun spricht, dass der Befundbericht dafür sorgte, dass R auf die Diagnose vertraute und er deshalb keine weiteren Bemühungen angestellt hat, den Befund weiter abzuklären. In einem solchen Fall hätte R ggf. einen anderen Spezialisten beauftragt, einen Befundbericht zu erstellen oder hätte selbst weitere Befunderhebungen im Rahmen seiner Möglichkeiten vorgenommen. So spricht für ein positives Tun, dass das Schreiben eines unzutreffenden Befundberichts die Gefahr begründet, dass sich im Rahmen einer (horizontalen) Arbeitsteilung andere Ärzte auf ihn verlassen und auf die Einschätzung eines Facharztes vertrauen.

Für ein Unterlassen spricht aber letztlich entscheidend, dass ein Befundbericht immer geschrieben werden muss, gerade wenn dieser das Ziel der Überweisung ist. Dass der Befundbericht nun unzutreffend abgegeben wurde ist also lediglich insoweit vorwerfbar, dass die Diagnose unzutreffend ist. Die Diagnose ist aufgrund der Nichterhebung der weiteren Befunde unzutreffend. Die Abgabe eines Befundberichts ist nichts anderes als Usus und somit schwerlich Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit. Vielmehr liegt dieser in dem Unterlassen der Vornahme differentialdiagnostischer Maßnahmen als Ausgangspunkt für das Voranschreiten des letalen Krankheitsprozesses. Somit ist nach einer normativen Gesamtbetrachtung der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einem Unterlassen zu sehen.

### 3. Kausalität des Unterlassens

Das Unterlassen müsste auch kausal für den Tod geworden sein. Ein Unterlassen ist dann für den Erfolg kausal, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in konkreter Gestalt entfiel.<sup>86</sup> Hätte A vorliegend die differentialdiagnostischen Untersuchungen vorgenommen, dann hätten sich klare Anzeichen für eine Hepatitis ergeben und der letale Verlauf hätte ggf. verhindert werden können.

#### a) Unterbrechung des Kausalverlaufs durch R

Der Kausalverlauf wurde gerade nicht durch R unterbrochen, indem er ebenfalls keine differentialdiagnostischen Untersuchungen zur Abklärung des Befundes vornahm. Die Kausalität eines Behandlungsfehlers des einen Arztes wird nicht dadurch unterbrochen, dass ein anderer Arzt im Anschluss einen ähnlichen Fehler macht. Der Verlauf wäre nur dann unterbrochen, wenn der Fehler des ersten Arztes sich nicht mehr auf den Krankheitsverlauf des Patienten auswirken würde.<sup>87</sup> A veranlasst sogar das Unterlassen des R mittels Befundberichts, sodass sich sein Handeln in jedem Fall fortwirkt. Mithin liegt keine Unterbrechung des Kausalverlaufs durch R vor.

<sup>85</sup> Janda, Medizinrecht, 350; Sommer/Tsambikakis in: MAhM, § 2 Rn. 66; Ulsenheimer, Rn. 139.

<sup>86</sup> Eschelbach in: BeckOK-StGB, § 222 Rn. 6.

<sup>87</sup> BGH NJW 1986, 2367; Ulsenheimer, Rn. 48.

**b) Abbruch der Kausalreihe durch T**

Indessen könnte jedoch die Kausalreihe, die A in Gang gesetzt hat, durch den Behandlungsabbruch des T abgebrochen worden sein. Ein Abbruch einer Kausalreihe liegt vor, wenn die zunächst gesetzte Bedingung nicht bis zum Erfolgseintritt fortwirkt, indem ein späteres Zweitereignis, unabhängig von der Erstbedingung, allein zum Erfolgseintritt führt.<sup>88</sup> Vorliegend ist einzuwenden, dass, hätte A die erforderlichen Untersuchungen vorgenommen, der P nicht zu dieser Zeit sterbend auf der Intensivstation des T gelegen hätte. Folglich wirkt das Unterlassen des A kausal im Tod des P nach. Es liegt kein Abbruch der Kausalreihe vor. A handelte mithin kausal.

**4. Objektive Fahrlässigkeit****a) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung**

A müsste eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen haben. Eine solche Sorgfaltspflichtverletzung ist beim Arzt meist in einem sog. Behandlungsfehler zu sehen.<sup>89</sup> Hier kommt ein Diagnosefehler als ein Behandlungsfehler i.w.S. in Betracht. Ein Diagnosefehler liegt vor, wenn eine den Standards entsprechende Untersuchung zur Ermittlung einer Diagnose unterlassen wird oder die Bewertung eines Befundes nicht den Standards entspricht.<sup>90</sup> Vorliegend hat A, nachdem er die Leberwerterhöhung durch erneute Laboruntersuchungen bestätigte und mittels einer Ultraschalluntersuchung Leberstrukturveränderungen feststellte, vorschnell auf eine alkoholbedingte Leberschädigung geschlossen, ohne andere mögliche Ursachen differentialdiagnostisch zu untersuchen. P hatte jedoch tatsächlich Hepatitis.

Es ist A dennoch zuzugestehen, dass eine alkoholbedingte Leberschädigung aufgrund der Angaben des P im Bereich des Möglichen lag. Bei der Haftung eines Arztes aufgrund fehlerhafter Interpretation von Befunden – hier der Leberwerterhöhung und der Leberstrukturveränderungen – ist dem Arzt ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zu belassen und der Diagno-

sefehler von der Fehldiagnose zu trennen.<sup>91</sup> Aus diesem Grund sind Diagnoseirrtümer mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler zu werten.<sup>92</sup>

Jedoch soll es sich dann um einen Behandlungsfehler handeln, wenn Kontrollbefunde unterlassen oder vorläufige Diagnosen nicht ausreichend überprüft werden.<sup>93</sup> Es muss sich insgesamt ergeben, dass ein gewissenhafter Arzt unter den gegebenen Umständen die Diagnose als medizinisch unvertretbar beurteilen würde und den Befund weiterhin abgeklärt hätte.<sup>94</sup> Hier wäre es notwendig und vor allem üblich gewesen, den Befund differentialdiagnostisch abzuklären. Gerade aufgrund der Üblichkeit dieses Vorgehens ist eine Haftung des A wegen eines Diagnosefehlers als zulässig anzusehen. Zudem hat A bei der Zurückführung des Befundes auf den Alkoholkonsum nicht die vital bedrohlichste Ursache bei Leberschädigungen in Betracht gezogen; so sei es von einem sorgfältigen Arzt zu erwarten.<sup>95</sup> Folglich begeht A eine Sorgfaltspflichtverletzung in Form eines Behandlungsfehlers.

**b) Objektive Vorhersehbarkeit**

Zudem müsste der Erfolg objektiv vorhersehbar sein. Objektiv vorhersehbar ist jeder Kausalverlauf, den ein umsichtiger Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters unter den gegebenen Umständen und auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung mit dem Eintritt des Erfolges gerechnet hätte.<sup>96</sup> Ein Facharzt hätte wohl erkannt, dass aufgrund einer falsch gestellten Diagnose und einem somit unzutreffenden Gutachten, ein letaler Verlauf erwachsen kann. Dennoch ist anzumerken, dass es nicht objektiv vorhersehbar war, dass Wochen vor Todeseintritt ein dritter Arzt die Beatmungsgeräte abschalten würde. Der grobe Geschehensablauf<sup>97</sup> wurde also evtl. nicht umfasst.

Dieser Einwand stellt zum einen eine zu starke Res-

<sup>91</sup> Spickhoff NJW 2002, 2530 (2536); Ulsenheimer, Rn. 152.

<sup>92</sup> BGH NJW 2003, 2827.

<sup>93</sup> Knauer/Brose, Spickhoff, § 222 Rn. 34; Ulsenheimer, Rn. 41.

<sup>94</sup> Pauge, Arzthaftungsrecht – Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, S. 185.

<sup>95</sup> In einem vergleichbaren Fall: LG Potsdam RDG 2011, 207.

<sup>96</sup> Heinrich, Strafrecht AT, Rn. 1014.

<sup>97</sup> So fordernd: Ulsenheimer, Rn. 527.

<sup>88</sup> Heuchemer in: BeckOK StGB, Kausalität Rn. 10; Roxin, Strafrecht AT Bd. 1, § 11 Rn. 30.

<sup>89</sup> Sommer/Tsambikakis in: MAhM, § 2 Rn. 68.

<sup>90</sup> Knauer/Brose, Spickhoff, § 222 Rn. 34; Sommer/Tsambikakis in: MAhM, § 2 Rn. 69.

triktion der objektiven Vorhersehbarkeit dar, zum anderen greift er aufgrund der Natur des Behandlungsabbruches nicht. Die Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs wird u. a. mit dem ohnehin letal verlaufenden Krankheitsprozess begründet. Das Opfer stirbt letztlich an den Folgen der Hepatitis. Es wäre nur konsequent zu folgern, dass T den Kausalverlauf nicht im Wesentlichen verändert hat und der Tod noch immer durch die Gefahren der Hepatitis eintrat. Die Rechtfertigung aufgrund des Behandlungsabbruchs scheitert vorliegend - für diese Frage unbeachtlich - an dem mutmaßlichen Patientenwillen. Somit ist der Erfolg objektiv vorhersehbar gewesen.

### 5) Erfolgzurechnung

Sodann müsste dem A der Erfolg objektiv zurechenbar<sup>98</sup> sein. A hat durch die Nichterhebung der Befunde die Gefahr geschaffen, dass keiner, vor allem nicht der behandelnde Allgemeinmediziner R, die wahren Ursachen für die Beschwerden des P sieht, die Hepatitis unerkannt bleibt und P verstirbt.

#### a) Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Zu diskutieren ist also, ob der tatbestandmäßige Erfolg entfallen wäre, wenn der Arzt sorgfältig gehandelt hätte.<sup>99</sup>

Die differentialdiagnostische Untersuchung alternativer Ursachen hätte ergeben, dass P in häufig wechselnden Partnerschaften lebte, beruflich fünf Jahre lang als Sanitäter tätig war und ihm in Folge eines Unfalls fünf Jahre zuvor Blut übertragen wurde. Dies alles sind starke Indizien für eine Hepatitis als Ursache für die Befunde. Eine Blutuntersuchung und eine Gewebeuntersuchung hätten die Hepatitis aufgedeckt und P hätte mit einer Wahrscheinlichkeit von fünfzig Prozent bei Behandlung wegen Verdachts auf Hepatitis gerettet werden können. Wie mit einer entsprechenden Wahrscheinlichkeit eines hypothetischen Verlaufs verfahren wird, ist umstritten.

<sup>98</sup> S. o. unter Dr. T. A. I. d).

<sup>99</sup> Sommer/Tsambikakis, MAhM, § 2 Rn. 85; Figgenger, 1981, 33.

#### aa) Vermeidbarkeitslehre

Nach der Vermeidbarkeitstheorie ist hypothetisch zu fragen, ob der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Besteht jedoch die Möglichkeit, dass der Erfolg auch bei alternativ pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang nach dem Grundsatz in dubio pro reo zu verneinen.<sup>100</sup> Vorliegend wäre mit einer Wahrscheinlichkeit von fünfzig Prozent der Erfolg eingetreten, wenn A sich pflichtgemäß verhalten hätte, sodass nach dem Zweifelsatz der Erfolg nicht zuzurechnen wäre.

#### bb) Risikoerhöhungslehre

Nach der Risikoerhöhungslehre reicht es für die Bejahung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs aus, wenn das sorgfaltswidrige Verhalten des Täters das Risiko des Erfolgseintritts signifikant erhöht.<sup>101</sup> Die Wahrscheinlichkeit des Erfolges wurde durch die Sorgfaltspflichtverletzung des A um fünfzig Prozent signifikant gesteigert.

#### cc) Stellungnahme

Für die Vermeidbarkeitslehre spricht, dass nur wenn feststeht, dass sich das erhöhte Risiko im Erfolg niederschlägt, von einem (inneren Pflichtwidrigkeits-)Zusammenhang zu sprechen ist.<sup>102</sup> Außerdem ist aus teleologischer Sicht zu befürchten, dass Erfolgsdelikte durch die Risikoerhöhungslehre in Gefährdungsdelikte umgedeutet werden.<sup>103</sup> Dem lässt sich entgegen, dass immerhin eine Rechtsgutsverletzung eingetreten ist, und dass die Notwendigkeit eines Zusammenhangs zwischen dieser und der Pflichtwidrigkeit nicht aus dem Wortlaut hervor geht.<sup>104</sup> Jedoch spricht abschließend für die Vermeidbarkeitslehre, dass indessen keine Strafbarkeitslücken aufkommen. Diese sind dadurch ausgeschlossen, dass es gem. § 261 StPO genügt, wenn das Gericht zur Über-

<sup>100</sup> BGH NJW 2010, 1087 (1091); Schroeder in: LK-StGB, § 13 Rn. 99ff.

<sup>101</sup> Erb, 1991, 120 (120ff.); Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74, 411 (411); Stratzenwerth, Gallas-FS, 227; Stratzenwerth/Kuhlen, AT I 8/36, 37.

<sup>102</sup> Kudlich in: BeckOK-StGB, § 15 Rn. 42.2.

<sup>103</sup> Schröder in: LK-StGB, § 16 Rn. 190.

<sup>104</sup> Kudlich in: BeckOK-StGB, § 15 Rn. 42.1.

zeugung kommt, dass ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang besteht. Dort wo tatsächlich Zweifel am Vorliegen aufkommen, greift der Grundsatz in dubio pro reo und nicht dort, wo solche Zweifel grds. möglich sind.<sup>105</sup> Somit ist der Vermeidbarkeitstheorie zu folgen und der Tod ist grds. nicht zurechenbar.

#### **dd) Kausale Lebensverkürzung**

Jedoch soll auch dann ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang bestehen, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Leben des Patienten um einen wesentlichen Zeitraum, wenigstens um einige Stunden, verlängert worden wäre.<sup>106</sup> Hier hätte das Leben des P um mindestens ein halbes Jahr mit einer Wahrscheinlichkeit von fast hundert Prozent verlängert werden können. Somit besteht der Pflichtwidrigkeitszusammenhang.

#### **b) Schutzzweckzusammenhang**

Der Schutzzweckzusammenhang liegt vor, wenn die Sorgfaltsnorm geeignet ist, den tatbestandsmäßigen Erfolg zu verhindern.<sup>107</sup> Vorliegend ist die Sorgfaltsnorm, erforderliche Untersuchungen vorzunehmen, geeignet, den Erfolg zu verhindern, sodass der Schutzzweckzusammenhang vorliegt.

#### **c) Durchbrechung der Zurechnung**

Jedoch könnte die Zurechnung durchbrochen sein, indem P sich eigenverantwortlich selbst gefährdet hat, als er kategorisch eine Lebertransplantation ablehnt. Von einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ist in Fällen zu sprechen, wenn sich das Opfer frei für Handlungen entscheidet, deren Gefährlichkeit es kennt. Deshalb ist derjenige, der lediglich die Bedingung für die Gefahr setzt nicht verantwortlich.<sup>108</sup> Eine Einschränkung ist jedoch dort vorzunehmen, wo der Täter durch sein sorgfaltswidriges Verhalten die Möglichkeit einer bewussten Selbstschädigung schafft, indem er ohne Mitwirkung

oder Einverständnis erhebliche Gefahren für die Rechtsgüter des Geschädigten und damit ein „einsichtiges Motiv“ für Maßnahmen des Opfers schafft.<sup>109</sup> Eine solche Gefahr wird hier von A geschaffen. Er schafft ganz unabhängig von dem Verhalten des P eine Gefahr für dessen Leben und motiviert ihn so zu einer Handlung. Jedoch ist in solchen Fällen zu fragen, ob die selbstgefährdende Handlung eine vernünftige Konsequenz ist, also das Verhalten vernünftigen Gründen folgt und insgesamt verständlich ist.<sup>110</sup> Zwar hat die Lebertransplantation im Schnitt eine Ein-Jahres-Mortalitätsrate von ca. 21%<sup>111</sup>, sodass die Ablehnung an sich nicht unvernünftig ist. Jedoch stand ihr als einzige Alternative die kaum erprobte Leberzelltransplantation mit erheblichen Risiken gegenüber. Aus diesen Gründen wäre eine Lebertransplantation in jedem Falle vorzugswürdig gewesen. Erschwerend kommt hinzu, dass S mit medizinischen Argumenten auf P eingeredet hat und P nicht aus Gründen der Mortalität sondern aufgrund des Wunsches, keine fremden Organe in sich zu tragen, kategorisch ablehnte. Die Motive des P sind mithin unvernünftig. Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung liegt vor, sodass die objektive Zurechnung entfällt.

## **II. Ergebnis**

Folglich hat sich A nicht gem. §§ 222, 13 I strafbar gemacht.

### **B. Strafbarkeit des A gem. §§ 229, 13 I StGB**

Jedoch könnte sich A gem. §§ 229, 13 der fahrlässigen Körperverletzung in Unterlassen zum Nachteil des P strafbar gemacht haben, indem er keine differentialdiagnostischen Untersuchungen zur Abklärung des Befundes vornahm und beim P starke Rückenschmerzen sowie eine generelle Verschlechterung der Symptomatik eintraten.

<sup>105</sup> Kudlich in: BeckOk-StGB, § 15 Rn. 42.2.

<sup>106</sup> BGH NStZ 1985, 26 (27); Sommer/Tsambikakis in: MAhM, § 2 Rn. 89.

<sup>107</sup> Heinrich, Strafrecht AT, Rn. 1046.

<sup>108</sup> Kühl, Strafrecht AT, § 4 Rn. 86.

<sup>109</sup> BGH NJW 1994, 205; OLG Celle StV 2002, 366.

<sup>110</sup> OLG Celle StV 2002, 366 (367); Frisch, Selbstgefährdung im Strafrecht - Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten, NStZ 1992, 1 (3).

<sup>111</sup> Schneider, S. 32.

## I. Tatbestand

### 1. Taterfolg

P war an der Gesundheit geschädigt und körperlich misshandelt<sup>112</sup>, indem bei P starke Rückenschmerzen und eine generelle Verschlechterung der Symptomatik auftraten. Mithin liegt der Taterfolg vor.

### 2. Tathandlung

Die entsprechende Tathandlung ist die Nichtvornahme der differentialdiagnostischen Untersuchungen, die u. U. die Hepatitis aufgedeckt hätte.

### 93 Kausalität des Unterlassens

Das Unterlassen war kausal, indem die Untersuchungen nicht hinzuzudenken sind, ohne dass sich klare Anzeichen für die Hepatitis ergeben hätten und eine weitere Verschlechterung der Symptomatik ausgeblieben wäre.

### 4. Objektive Fahrlässigkeit

Die objektive Fahrlässigkeit ist gegeben.<sup>113</sup>

### 5. Objektive Zurechnung

Die Nichtvornahme der differentialdiagnostischen Untersuchungen begründet die Gefahr einer Verschlechterung der Symptomatik, die sich in dieser niederschlägt. Der Tatbestand ist folglich erfüllt.

### 6. Garantenpflicht

A war aufgrund der tatsächlichen Übernahme der Behandlung Garant.<sup>114</sup>

## II. Rechtswidrigkeit

A handelte auch rechtswidrig.

## III. Schuld

A müsste subjektiv sorgfaltswidrig handeln und der Erfolg müsste subjektiv vorhersehbar gewesen sein. Dafür muss der Täter nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen in der Lage gewesen sein, sich sorgfältig zu verhalten und den Erfolgseintritt im Ergebnis

vorherzusehen.<sup>115</sup> Dem stehen keine Angaben bzgl. der Fähigkeiten und Kenntnisse des A entgegen. A handelt folglich schuldhaft.

## IV. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 229, 13 I strafbar gemacht.

### Strafbarkeit des Dr. R

#### A. Strafbarkeit des R gem. §§ 222, 13 I

R könnte sich gem. §§ 222, 13 I zum Nachteil des P der fahrlässigen Tötung durch Unterlassen strafbar gemacht haben, indem er dem Befundbericht kritiklos vertraute und selbst keine Bemühungen zur Abklärung des Befundes vornahm und P verstarb.

### I. Tatbestand

#### 1. Erfolg

Der Erfolg, der Tod des P, ist eingetreten.

#### 2. Tathandlung

Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt in der Nichtvornahme weiterer Befunderhebungen, nicht in der Verschreibung der Schmerzmittel.

#### 3. Kausalität des Unterlassens

Das Unterlassen des R ist ebenso kumulativ kausal<sup>116</sup> wie das des A, indem die Nichtvornahme weiterer Behandlungen nicht hinzuzudenken ist, ohne dass der Tod als Folge der Hepatitis entfällt.

#### 4. Objektive Fahrlässigkeit

##### a) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

Fraglich ist, ob es sich um einen objektiven Sorgfaltspflichtverstoß handelt, dass R den Befundbericht des A kritiklos zur Kenntnis nahm und darauf vertraute, dass die Diagnose zutraf. In Fällen, in denen ein Facharzt für Allgemeinmedizin und ein anderer Facharzt zusammenarbeiten, wird von sog. horizontaler Arbeitsteilung gesprochen.<sup>117</sup> Die horizontale Arbeitsteilung wird durch den Vertrauensgrundsatz geprägt. Danach soll jeder Arzt in der horizontalen Arbeitsteilung nur für die eige-

<sup>112</sup> S. o. unter Dr. S B. I. a).

<sup>113</sup> S. o. unter Dr. A A. 4.

<sup>114</sup> S. o. unter Dr. A A. I. 2.

<sup>115</sup> BGH NJW 1958, 1980 (1982).

<sup>116</sup> S. o. unter Dr. A A. I. 3.

<sup>117</sup> Brose in: Roxin/Schroth, 52; Ulsenheimer, Rn 237f.

nen Sorgfaltspflichtverletzungen und nicht für Erfolge, die sich realisiert haben, weil er nicht überprüft, ob sich ein Kollege sorgfaltsgemäß verhält, haften.<sup>118</sup>

#### aa) Geltung des Vertrauensgrundsatzes

Der Vertrauensgrundsatz entfaltet nur dort Wirkung, wo die Kompetenzen klar abgegrenzt wurden. A handelt gerade im Zuge eines Überweisungsauftrages zur Abklärung eines Befundes. Der Zweck einer solchen Überweisung ist es insbesondere, einem Spezialarzt die Kompetenz aufgrund seines überlegenen Fachwissens zu übertragen. Bei einer solchen Kompetenzzuweisung soll der Vertrauensgrundsatz in der Regel gelten.<sup>119</sup>

#### bb) Ausnahme vom Vertrauensgrundsatz

Der Vertrauensgrundsatz könnte eine Einschränkung erfahren, indem R erkannte, dass A keine differentialdiagnostischen Untersuchungen vorgenommen hat und sich zudem die Symptomatik des P enorm verschlechterte. Eine Ausnahme vom Vertrauensgrundsatz liegt vor, wenn ein Arzt das Verhalten eines Kollegen als Sorgfaltspflichtverletzung erkennt.<sup>120</sup> R erkennt die Nichtvornahme der Untersuchungen durch A. Es ist davon auszugehen, dass er darin den Sorgfaltsverstoß erkennt, indem ihm sonst nicht aufgefallen wäre, dass A die Untersuchungen nicht vorgenommen hat. Zudem ist das Ausmaß des Risikos für die Gesundheit des Patienten bei Vertrauen in fehlerhaftes Verhalten verschärfend zu berücksichtigen.<sup>121</sup> Hier steht eine Leberschädigung im Raum, sodass eine fehlerhafte Diagnose, wie auch im vorliegenden Fall, zu letalen Schäden führen kann. R hat die Sorgfaltspflichtverletzung erkannt, sodass der Vertrauensgrundsatz einzuschränken ist. R handelt seinerseits objektiv sorgfaltswidrig.

#### b) Objektive Vorhersehbarkeit

Der Erfolg ist ebenso wie bei A objektiv vorhersehbar.<sup>122</sup>

<sup>118</sup> BGH NJW 1980, 649 (650); 1991, 1539 (1539f.).

<sup>119</sup> Ulsenheimer, Rn. 238.

<sup>120</sup> Brose in: Roxin/Schroth, 59; Knauer/Brose in: Spickhoff, § 222 Rn. 11.

<sup>121</sup> Terbille, in: MAhM, § 3 Rn. 77.

<sup>122</sup> S. o. unter Dr. A A. I. 4. b).

#### 5. Objektive Zurechnung

Zwar schafft R durch die Nichterkennung und Nichtbehandlung der Hepatitis die Gefahr des Todes. Dennoch ist der Zurechnungszusammenhang aufgrund der freiverantwortlichen Selbstgefährdung des P unterbrochen.<sup>123</sup>

#### II. Ergebnis

R hat sich nicht gem. §§ 222, 13 I strafbar gemacht.

#### B. Strafbarkeit des R gem. §§ 229, 13 I

Jedoch könnte sich R der fahrlässigen Körperverletzung durch Unterlassen

strafbar gemacht haben, indem er den Befundbericht von A kritiklos zur Kenntnis nahm, darauf vertraute, dass die Diagnose zutraf und selbst keine Bemühungen zur Abklärung des Befundes vornahm und sich die Symptomatik nach der zweiten Vorstellung bei R verschlechterte.

#### I. Tatbestand

##### 1. Erfolg

P war an der Gesundheit geschädigt und körperlich misshandelt<sup>124</sup>, indem bei ihm nach dem zweiten Besuch bei R ein beginnendes Nierenversagen, zunehmendes Leberversagen und die entsprechenden Symptome eintraten.

##### 2. Tathandlung

Die wesentliche Tathandlung ist die Nichtvornahme weiterer Untersuchungen bzw. Behandlungen.

##### 3. Kausalität des Unterlassens

Das Unterlassen des R ist kumulativ mitursächlich wie das des A.<sup>125</sup>

##### 4. Objektive Fahrlässigkeit

R verhielt sich objektiv fahrlässig.<sup>126</sup>

<sup>123</sup> S. o. unter Dr. A A. I. 5. c).

<sup>124</sup> S. o. unter Dr. A B. I. 1.

<sup>125</sup> S. o. unter Dr. A B. I. 3.

<sup>126</sup> S. o. unter Dr. R A. I. 4.

### **5. Objektive Zurechnung**

R hat durch die Nichtvornahme weiterer Untersuchungen die Gefahr geschaffen, dass niemand die Hepatitis erkennt und sich die Symptomatik weiterhin verschlechtert. Diese Gefahr hat sich zumindest bis zum Aufenthalt im Krankenhaus realisiert.

### **6. Garantenstellung**

Auch R ist kraft tatsächlicher Übernahme Garant des P.

### **II. Rechtswidrigkeit**

R handelte auch rechtswidrig.

### **III. Schuld**

Indem keine Angaben ersichtlich sind, dass A individuell nicht in der Lage war, die Sorgfaltswidrigkeit und Vorhersehbarkeit des Erfolges zu erkennen, handelte er subjektiv fahrlässig<sup>127</sup>. R handelte somit schuldhaft.

### **IV. Ergebnis**

R hat sich gem. §§ 229, 13 I strafbar gemacht.

### **Gesamtergebnis**

T hat sich gem. § 212 I StGB strafbar gemacht. S hat sich nicht strafbar gemacht. A und R haben sich in Nebentäterschaft jeweils gem. §§ 229, 13 I strafbar gemacht.

---

<sup>127</sup> S. o. unter Dr. A B. III.