

Zur Rechtsprechung

Professor Dr. Hans Kudlich*

Grenzen des Tötungsvorsatzes im Medizinstrafrecht

I. Aktuelle Tendenzen im Medizinstrafrecht und das BGH-Urteil vom 7. 7. 2011

Das Medizinstrafrecht ist in der jüngeren Vergangenheit in Bewegung geraten. Wichtige generelle Entwicklungen betreffen dabei zwar vor allem auch das „Medizinwirtschaftsstrafrecht“ mit Fragen etwa des Betrugs oder der Untreue gegenüber Krankenkassen¹ oder aber mit korruptionsstrafrechtlichen Überlegungen². Aber auch zum „klassischen“ medizinstrafrechtlichen Bereich der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte fehlt es nicht an aktuellen interessanten und/oder wichtigen Entscheidungen, so etwa im spektakulären (wenngleich auf Grund der Singularität der Behandlungsfehler „in der Breite“ nur bedingt bedeutsamen) „Zitronensaftfall“³ oder in dem zwar noch nicht rechtskräftig entschiedenen, das Problem der „patientenfernen Entscheider“ bei strukturellen Organisationsdefiziten⁴ (im konkreten Fall: in einer Zahnarztpraxis bei einer ambulanten Operation) aber fast „pionierartig“ ausführlich aufgreifenden und auch in der nicht-juristischen Presse aufgenommenen Fall des AG Limburg a. d. Lahn zum Tod der zehnjährigen Celine K⁵.

Versucht man den vorliegenden Fall, in dem zunächst eine ambulante Operation unter eklatant fehlerhaften Bedingungen (Fehlen eines Anästhesisten bei komplizierter Narkosesituation im Zusammenhang mit einem jederzeit verschiebbaren Wahleingriff) vorgenommen, die nachfolgend erforderliche Reanimation durch den Operateur unsachgemäß durchgeführt und der ganze Vorfall schließlich gegenüber den weiterbehandelnden Ärzten „vertuscht“ wurde, in das Spektrum potenziell strafrechtsrelevanten Fehlverhaltens im medizinischen Sektor knapp einzuordnen, so ergibt sich folgendes Bild: Einerseits handelt es sich ohne Zweifel um eine Konstellation, in welcher die generelle Pflichtwidrigkeit bzw. Abweichung von den ärztlichen *leges artis*⁶ unproblematisch bejaht werden kann, weshalb der *Senat* im Ergebnis auch zu Recht die Feststellungen, die eine Strafbarkeit nach § 227 StGB tragen sollten, unberührt gelassen hat. Anders gewendet: Hier liegt – jedenfalls in der Summe – kein tragisches Patientenschicksal vor, das wegen des verlernten Umgangs mit Unglücksfällen in unserer Gesellschaft ex post „juristisch nachbearbeitet“ wurde, sondern ein ärztliches Verhalten, das ganz zu Recht zu einer kriminalstrafrechtlichen Ahndung geführt hat. Andererseits (und zugleich: leider) handelt es sich offenbar um keinen atypischen „Ausreißer“ wie im „Zitronensaft-Fall“, sondern gerade der Verzicht auf eine hinreichend qualifizierte – oder wie hier sogar: auf jegliche durch einen zweiten Arzt gewährleistete – Anästhesie scheint nach immer wieder zu lesenden Presseberichten für Bereiche des ambulanten Operationswesens nicht ganz untypisch zu sein.

Aus diesem Grund sind zunächst die klaren Aussagen des *Senats* zur objektiven Pflichtwidrigkeit⁷ ebenso wichtig wie richtig. Da aber in derartigen Konstellationen offenbar (das machen nicht zuletzt zwei vom *Senat* zitierte Entscheidungen des 1. Strafsenats deutlich⁸) auch nachträgliche „Vertuschungshandlungen“ nicht völlig atypisch sind, erscheinen auch die Überlegungen zum Tötungsvorsatz (durch Unterlas-

sen) und sogar zum Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht über den vorliegenden Fall hinaus von Interesse. Zwischen diesen beiden Aspekten „schwankt“ die Entscheidung im Übrigen nur scheinbar hin und her, wenn auf die Revision des Angeklagten hin die landgerichtliche Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes aufgehoben⁹ wird und zugleich die Revision des Nebenklägers durchgreift, der sogar eine Verurteilung wegen versuchten Mordes erstrebt¹⁰. Denn der *Senat* sieht im Urteil keine pauschale bzw. eindeutige Benachteiligung oder Bevorzugung des Angeklagten, sondern es geht ihm letztlich – unter Aufrechterhaltung einer Reihe objektiver Feststellungskerne – darum, dass die Feststellungen zum subjektiven Tatbestand nicht hinreichend seien. Und hier gilt: Wenn ein Tötungsvorsatz festgestellt werden kann, was aus Sicht des *Senats* nicht auszuschließen ist, kommt auch die Prüfung einer Verdeckungsabsicht in Betracht.

II. Zu den Anforderungen an einen (bedingten) Tötungsvorsatz

Die Annahme eines auch nur bedingten Tötungsvorsatzes bei ärztlichen (Heil-)Behandlungen bildet gemeinhin eine seltene Ausnahme¹¹. Die Tatsache, dass das LG vorliegend einen solchen angenommen hat und der BGH sein Fehlen bei neuer tatgerichtlicher Beweisaufnahme als zwar nicht fernliegend, aber auch keinesfalls als sicher prognostizierbar erachtet¹², rechtfertigen es, die nachfolgenden kurzen Überlegungen auf diesen nicht nur für den konkreten Fall bedeutsamen, sondern auch für Folgeentscheidungen zentralen Punkt zu fokus-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg. – Besprechung von BGH, Urt. v. 7. 7. 2011 – 5 StR 561/10, NJW 2011, 2895 (unter Nr. 17 in diesem Heft).

1 Vgl. nur BGHSt 49, 17 = NJW 2004, 454; Ulsenheimer, ArztstrafR i. d. Praxis, 4. Aufl. (2008), Teil I § 15 Rdnr. 15/2; Schuhr, in: Spickhoff, MedizinR, 2011, § 263 StGB Rdnrn. 43 ff.; § 266 StGB Rdnrn. 28 ff.

2 Vgl. etwa zum Kassenzustandbereich grdl. Pragal, NStZ 2005, 133; aus der aktuellen Folgediskussion s. nunmehr den Vorlagebeschl. des 3. Strafsenats v. 5. 5. 2011 (3 StR 458/10, BeckRS 2011, 10129, dazu Leipold/Beukelmann, NJW-Spezial 2011, 313 u. NJW-Spezial 2011, 472) zur Frage einer Amtsträgereigenschaft von Kassenärzten.

3 Vgl. BGH, NJW 2011, 1088, m. Besprechung von Schiemann, NJW 2011, 1046, und Jahn, JuS 2011, 468.

4 Vgl. zu diesem Komplex auch allg. Kudlich/Schulte-Sasse, NStZ 2011, 241; ferner Knauer/Brose, in: Spickhoff (o. Fußn. 1), § 222 StGB Rdnrn. 37 ff.

5 Vgl. AG Limburg, ArztR 2011, 232 (m. Anm. Neelmeier, ArztR H. 10/2011) = BeckRS 2011, 21303, sowie zur Bedeutung der Entscheidung auch schon knapp Kudlich, JA H. 6/2011, S. 1.

6 Vgl. zu den Quellen und Reichweiten der ärztlichen Sorgfaltspflichten im Überblick nur Knauer/Brose, in: Spickhoff (o. Fußn. 1), § 222 StGB Rdnrn. 7 ff.

7 Vgl. BGH, NJW 2011, 2895, dort insb. die unter „Zum Sachverhalt“ mitgeteilten Feststellungen und Wertungen des LG zu den medizinisch relevanten Zusammenhängen und zum subjektiven Tatbestand: Vornahme einer komplexen mehrstündigen Operation ohne Hinzuziehung bzw. Verfügbarkeit eines Anästhesisten.

8 Vgl. BGH, NStZ 2004, 35, und Urt. v. 7. 12. 2005 – 1 StR 391/05, BeckRS 2005, 14880.

9 Vgl. BGH, NJW 2011, 2895 Rdnrn. 22 ff.

10 Vgl. BGH, NJW 2011, 2895 Rdnrn. 32 ff.

11 Vgl. etwa BGH, NStZ 2004, 35 (36), sowie auch Knauer/Brose, in: Spickhoff (o. Fußn. 1), §§ 211, 212 StGB Rdnr. 15: „Tötungsvorsatz (wird) im Regelfall von vornherein ausscheiden.“

12 Vgl. BGH, NJW 2011, 2895 Rdnr. 38.

sieren und die Frage der Verdeckungsabsicht ebenso hintanzustellen wie die durchaus interessanten Überlegungen zum Fehlen einer kompensationspflichtigen Verfahrensverzögerung.

1. Objektive Indizien nach der allgemeinen Vorsatzdogmatik

Es sollte im Ausgangspunkt unstrittig sein, dass die schwierige Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit letztlich weniger psychologischer Erkenntnis als vielmehr normativer Zuschreibungsakt ist¹³, dessen wesentliche Schwierigkeiten nicht in begrifflichen Absichtungen, sondern im Nachweis der hinreichenden Indizien für diese Zuschreibung liegen¹⁴. Zieht man nun die gängigerweise hierzu genannten Indizien heran¹⁵, versteht sich keinesfalls von selbst, dass im medizinischen Bereich generell so große Zurückhaltung geübt wird, und zumindest im vorliegenden Fall könnte man eine ganze Reihe von Aspekten für das Vorliegen eines bedingten Vorsatzes anführen: Die Intensität des kognitiven Elements – d. h. die Sicherheit der Erkenntnis zumindest einer Lebensgefahr – dürfte auf Grund des Vorstellungsbilds eines Mediziners bei gefährlichen Eingriffen, bei denen ohne Not von der *lex artis* abgewichen wird, vergleichsweise hoch sein. Die objektive Gefährlichkeit der Handlung ist bei „Verletzungen“ samt „Vergiftungen“, wie sie in Fällen der vorliegenden Art beigebracht werden, durchaus beachtlich. Die Wahrnehmungszeit bzw. die Möglichkeit einer reflektierten Entscheidung, ob in einer so gefährlichen Weise gehandelt werden soll oder nicht, ist (verglichen mit Spontanreaktionen bei tätlichen Auseinandersetzungen) vergleichsweise lang. Naheliegende und durch die ärztliche *lex artis* sogar mehr oder weniger standardisierte Gefahrvermeidungs- bzw. -verminderungsmechanismen werden nicht wahrgenommen. Hemmschwellen aufbauende emotionale Nähebeziehungen zwischen Täter und Opfer fehlen zumindest regelmäßig. Und bei Vertuschungshandlungen wie im vorliegenden Fall könnte sogar das – vorsichtig als Indiz zu berücksichtigende – Nachtatverhalten für einen bedingten Tötungsvorsatz sprechen.

2. „Objektives Vorsatzrisiko“ und voluntatives Vorsatzelement

Auf den ersten Blick könnten all diese Indizien zusammen also sogar schon einen bedingten Tötungsvorsatz bei der Durchführung der Operation unter ersichtlich defizitären anästhesiologischen Rahmenbedingungen als solcher begründen, zumal „klassische“ Gegenindikationen wie alkoholbedingte Enthemmung, erhebliche Erregung in Gefahrensituationen oder ein stark eingeschränkter „sozialer und gnoseologischer Horizont“ bei einfach strukturierten Täterpersönlichkeiten¹⁶ im Medizinstrafrecht regelmäßig – und so wohl auch hier – ausscheiden. Im Ergebnis dürfte es aber dennoch richtig sein, wenn die Rechtsprechung auch bei strukturell defizitären Behandlungsmustern nicht vorschnell einen Tötungsvorsatz annimmt. Dabei geht es nicht darum, Ärzte als – um die Farbmethapher der White-collar-Diskussion im Wirtschaftsstrafrecht aufzugreifen – „Weiße-Kittel-Täter“ auf Grund ihres sozialen Status zu bevorzugen. Der Kontext, in dem sich die Behandlungen abspielen, kann aber auch nicht völlig ausgeblendet werden: So dürfte es schon nicht unzulässig sein, bei der Suche nach Indizien für oder gegen ein „billigendes Inkaufnehmen des Todeserfolgs“ einen grundsätzlichen „Heilungswillen“ zu unterstellen, der das ärztliche Handeln – ungeachtet extremer Schlampligkeit im Einzelfall – für den Regelfall leiten dürfte¹⁷. Hinzu kommt, dass auch aus „wirtschaftlichen Gründen“ die Ver-

ursachung eines Todesfalls durch die Behandlung dem Arzt in höchstem Maße unerwünscht sein wird, während umgekehrt kaum Konstellationen denkbar sind, in denen er sich während der Behandlung bei Erkennen der konkreten Realisierung einer Todesgefahr zur Erreichung eines anderen Ziels sinnvollerweise *nolens volens* über diese Gefahr hinwegsetzen würde – so, wie das etwa beim Raubmörder der Fall sein könnte, dem der Tod des Opfers zwar unerwünscht ist, der sich darüber aber letztlich hinwegsetzt, wenn er nur so an die Beute gelangen kann.

In gewisser Weise gilt hier nichts anderes als bei demjenigen, der mit überhöhter Geschwindigkeit in einer unübersichtlichen Kurve überholt und dem dabei klar ist, dass er andere Personen damit in eine tödliche Gefahr bringen kann, der aber in der einmal erkannten konkreten Unfallsituation rational keinen Grund hätte, unter billiger Inkaufnahme dieses Tötungsrisikos seine Fahrt um den Preis des Todeseintritts fortzusetzen. Das ist letztlich der Kern eines über ein „objektives Vorsatzrisiko“ hinausgehenden voluntativen Vorsatzelements, wie es die herrschende Meinung für die Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes fordert: Die Schaffung gefährlicher Strukturen (auch und gerade im Gesundheitswesen) kann zwar ohne Weiteres eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit begründen (und sollte besonders auch bei patientenfernen Entscheidern durchaus von den Gerichten häufiger unter diesem Aspekt gewürdigt werden¹⁸) – sie führt aber nicht ohne Weiteres zur Annahme eines bedingten (zumal Tötungs-)Vorsatzes.

3. „Vertuschende Untätigkeit“ als nachfolgendes Unterlassen

Indes: Die Nähe, die schon die aktive Behandlung unter vorhersehbar zu Lebensgefahren führenden Umständen zum bedingten Tötungsvorsatz hat, ist durchaus ein Argument dafür, bei etwaigen nachfolgenden „Vertuschungshandlungen“ etwas weniger skrupulös zu sein, als es der *Senat* hier andeutet. Soweit ein Tötungsversuch¹⁹ durch Unterlassen diskutiert wird, tritt nun genau die Situation ein, in welcher dem Täter die konkrete Gefahrrealisierung bewusst wird.

Nebenbei: Es ist nur im Ergebnis korrekt, wenn der *Senat* das *Schwurgericht* kritisiert, dass dieses offenbar einen Tötungsversuch durch aktives Tun angenommen hat. Denn objektiv mag man nach allgemeinen Regeln für das zeitliche Hintereinandertreffen von aktiver Begehung und nachfolgendem Unterlassen den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit durchaus bei der Durchführung einer komplexen Operation mit schwieriger Narkosesituation unter defizitären Umständen sehen. – Allein: Soweit man hier keinen Vorsatz annimmt, kann für eine Vorsatzstrafbarkeit eben nicht auf diese Handlung abgestellt werden. Das ist freilich ein allgemeines Problem bei erst im Verlauf einer Tat eintretendem Vorsatz, nach dem dann kein weiterer aktiver Handlungsentschluss mehr

13 Vgl. Kudlich, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, BeckOK-StGB, Ed. 15 (2010), § 15 Rdnr. 23.

14 Zutr. Sternberg-Lieben, in: Schönkel/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 15 Rdnr. 87 b.

15 Vgl. zu diesen zusammenfassend nur Kudlich, in: BeckOK-StGB (o. Fußn. 13), § 15 Rdnr. 23; weiteres Bsp. aus dem Medizinstrafrecht (dort zum Körperverletzungsvorsatz) bei Neelmeier, ArztR H. 10/2011 (unter 3).

16 Vgl. zu diesen Gegenindikationen zusammenfassend nur Kudlich, in: BeckOK-StGB (o. Fußn. 13), § 15 Rdnr. 25.

17 Dass hier anderes gilt, wenn im Einzelfall besonders riskante Behandlungsentscheidungen (nachweisbar) vorrangig monetär motiviert sind oder wenn bei einer erkannten konkretisierten Gefährdungslage unverändert fortgefahren wird (also etwa ein Patient mit erkannten postnarkotischen Problemen unverändert unfachmännisch beaufsichtigt wird, um im Operationsprogramm fortfahren zu können), sei eingestanden.

18 Vgl. nochmals Kudlich/Schulte-Sasse, NStZ 2011, 241.

19 „Versuch“ hier im Übrigen ja auch nur deshalb, weil nicht festgestellt werden kann, ob eine Rettung noch möglich gewesen wäre.

gefasst wird, und weniger eine Frage des mangelnden Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit im Sinne der Abgrenzung der Handlungsformen.

Wenn er sich in Kenntnis all der oben genannten Umstände (die zwar keinen beachtlichen *dolus antecedens* begründen können, aber als das Geschehen noch prägende Faktoren dem Täter bewusst bleiben) entschließt, mit Blick auf die Rettung untätig zu bleiben, liegt darin gerade das oben für einen Vorsatz noch als fehlend erachtete „Voranschreiten notfalls auch über Leichen“. Ob dieser Schritt mit Blick auf ein Handlungsmotiv „Vertuschung von Fehlern zur Schonung eigener Interessen“ als „rational verankerter Zusammenhang“ verstanden werden kann²⁰, darf nicht überbewertet werden. Ob Verdeckungshandlungen letztlich erfolgreich oder auf Grund eines mit dem Todeserfolg verbundenen erhöhten Ermittlungsaufwands letztlich für den Täter sogar „kontraproduktiv“ sind, wird auch sonst nicht zum Gradmesser eines (zumal bedingten!) Tötungsvorsatzes gemacht. Vorsatzindiziell oder eben nicht ist vielmehr die Frage, ob in der Situation, in der die *konkrete* Realisierung der vom Täter geschaffenen Lebensgefahr droht, die „vertuschende Untätigkeit“ sinnvoll anders erklärt/gedeutet werden kann denn als bewusstes Außerachtlassen von Lebensrettungschancen bei erkannter Lebensgefahr als Preis für den Verzicht auf eigene Fehler offenbarende Informationen.

Man wird betroffenen Medizinern zwar zugestehen müssen, dass sie in einem Spannungsverhältnis zwischen Selbstbelastungsfreiheit und ärztlicher Kooperationspflicht mit dem Notarzt zur Ermöglichung einer sinnvollen Erstversorgung stehen können. Denn der Arzt als „Täter“ muss praktisch nach der Tat bei seinem Opfer ausharren und sieht sich damit wohl tatsächlich einem hohen antizipierten Verfolgungs- (und damit auch Vertuschungs-)Druck ausgesetzt. Soweit es nicht um die Strafzumessung, sondern um die Beweiswürdigung für einen bedingten Vorsatz geht, dürfte die Erkenntnis dieses Dilemmas den Medizintäter aber sogar eher be- als entlasten.

Weniger von grundsätzlicher/struktureller Natur ist dagegen die vorrangig den Einzelfall betreffende und keine Breitenwirkung auf andere Fälle entfaltende Frage, ob im ganz konkreten Fall der Täter nicht doch „nur“ auf Grund von „Eigenüberschätzung und Verbohrtheit“ handelte und ob er im Ergebnis auch ein Überleben des Opfers für möglich hielt.

Immerhin kann man aber auch hierzu allgemein feststellen: Wenn der Täter beim nachfolgenden Unterlassen eine Rettung „für möglich“ hält, steht das einem bedingten Tötungsvorsatz a priori nicht entgegen – wäre es anders, würde nicht *dolus eventualis*, sondern *dolus directus II. Grades* im Raume stehen. Und auch ein Motiv, eine Rettungschance bei (unterstellt) erkannter Lebensgefahr nicht nutzen zu wollen, um sich selbst den Beweis „offenzuhalten“, dass der eigene Fehler vielleicht auch nicht-letal enden könnte, dürfte einen bedingten Vorsatz nicht ausschließen.

III. Zusammenfassung

Die Entscheidung behandelt einen durchaus extrem gelagerten, nicht mehr im schwierigen Abgrenzungsbereich zu einem bloßen „Unglück“ liegenden Fall, der aber (leider) mit seinem Charakteristikum einer (insbesondere auch anästhesiologischen) „Billigstruktur“ im Bereich der ambulanten Operationen keinen exotischen Ausreißer darstellen dürfte. Obwohl sich in derartigen Konstellationen manches Argument für den im Medizinstrafrecht seltenen (bedingten) Tötungsvorsatz schon durch die defizitäre Versorgung als solche finden lassen würde, dürfte ein solcher auf dieser Prüfungsstufe regelmäßig ausscheiden bzw. jedenfalls nicht mit der erforderlichen prozessualen Sicherheit nachweisbar sein, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Täter nicht nur mit Blick auf die abstrakten Gefährdungen, sondern auch auf eine jeweils konkrete Gefahrrealisierung das erforderliche voluntative Element aufweist. Abweichend von der deutlich werdenden Tendenz des 5. *Strafsenats* kann diese Schwelle aber vergleichsweise leicht überschritten werden, wenn bei Erkenntnis einer konkreten Gefahrrealisierung in ingrenzgarantenpflichtwidriger Weise erforderliche Rettungsmaßnahmen nicht geleistet werden, insbesondere wenn die Situation zum Schutz vor eigenen Unannehmlichkeiten gegenüber potenziellen dritten Rettern verharmlost bzw. vertuscht wird – und seien diese „Vertuschungen“ auch noch so erfolglos oder von Anfang an irrational. ■

²⁰ Vgl. *BGH*, NJW 2011, 2895 Rdnr. 26.