

Kurzfälle aus dem Medizinstrafrecht – Teil 1

Von Dr. **Susanne Beck**, LL.M. (LSE), Würzburg/Gießen

Nicht nur das Aufsehen erregende Urteil zur Strafbarkeit der Beschneidung¹ oder die aktuellen Organspende-Skandale² zeigen die praktische Bedeutung des Medizinstrafrechts³. Auch aufgrund der vergleichsweise hohen Zahl staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte oder Pflegepersonal⁴ sollte dieser Bereich von Studenten nicht vernachlässigt werden. Schließlich spricht für eine Auseinandersetzung mit medizinstrafrechtlichen Konstellationen, dass viele davon den Allgemeinen Teil des Strafrechts betreffen: hier können an anschaulichen und in Wissenschaft und Praxis intensiv diskutierten Fällen Lösungen für Strafrechtsprobleme, die sich auch in anderen Lebensbereichen finden, erarbeitet werden. Eine derartige, von Einzelfällen ausgehende Darstellung erfolgt in diesem zweiteiligen Beitrag.

Zunächst werden die mögliche Strafbarkeit des Arztes wegen vorsätzlicher Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB sowie verschiedene Aspekte einer diesen Eingriff rechtfertigenden Einwilligung diskutiert (Fälle 1-5). Mit Blick etwa auf die erforderliche Aufklärung, eine potentielle Vertretung bei der Einwilligungserklärung, die hypothetische Einwilligung handelt es sich hierbei um ebenso bedeutsames wie komplexes Feld des Medizinstrafrechts. Im Anschluss wird die im medizinischen Alltag nicht weniger wichtige Frage nach der Reichweite der Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung (Fall 6) erörtert. Im zweiten Teil des Beitrags werden schließlich einige in der öffentlichen Debatte stehende Sonderfälle dargestellt, u.a. die Sterbehilfe, der Schwangerschaftsabbruch, die Organspende-Problematik und der Abrechnungsbetrug.

I. Ärztlicher Heileingriff: Körperverletzung (§ 223 StGB) und Einwilligung

Viele dogmatische Fragen des Medizinstrafrechts betreffen die Strafbarkeit nach § 223 StGB: Häufig beeinträchtigen ärztliche Heileingriffe die körperliche Integrität und verschlechtern zumindest kurzfristig den Gesundheitszustand des Patienten. Umstritten ist bereits, ob es sich bei ärztlichen Heileingriffen überhaupt um Körperverletzungen im Sinne der

strafrechtlichen Norm handelt.⁵ Wenn man dies bejaht, ist in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob der ärztliche Eingriff durch eine wirksame Einwilligung gerechtfertigt ist.⁶

1. Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs

Fall 1a: Patient P hat eine akute Blinddarmentzündung. Nach ordnungsgemäßer Aufklärung willigt er in die dringend notwendige Appendektomie (Entfernung) ein, die daraufhin vom Chirurg C sachgemäß durchgeführt wird. Strafbarkeit des C nach § 223 Abs. 1 StGB?

Für die Lösung von *Fall 1a* ist zu diskutieren, ob der chirurgische Eingriff den Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB erfüllt.⁷ Teilweise wird vertreten, dass ein (nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführter) ärztlicher Heileingriff schon nicht tatbestandsmäßig sei, da sich der Zustand des Patienten hierdurch nicht verschlechtere, sondern im Gegenteil verbessert oder zumindest bewahrt werde.⁸ Auch stellen nach dieser Ansicht ärztliche Eingriffe keine üble, unangemessene Behandlung des Körpers dar.⁹ Die Rechtsprechung¹⁰ und andere Stimmen aus der Literatur¹¹ gehen davon aus, dass auch ein solcher Eingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. Für diese Annahme einer Körperverletzung spricht, trotz der nachvollziehbaren Intention der Gegenansicht, dass die dogmatische Bewertung einer *Tathandlung* bzw. eines *Taterfolgs*

¹ LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11; vgl. hierzu nur exemplarisch *Beulke/Dießner*, ZIS 2012, 338.

² <http://www.sueddeutsche.de/thema/Organspende-Skandal> (zuletzt eingesehen am 10.10.2012).

³ Medizinstrafrecht ist der Teil des Strafrechts, der die ärztliche Tätigkeit reguliert. Es ist nicht in einem bestimmten Gesetz oder Abschnitt des StGB geregelt – vielmehr sind einige Regelungen des StGB (z.B. §§ 212, 222, 223, 229 StGB) anwendbar, andere Aspekte sind im Nebenstrafrecht geregelt (z.B. AMG, TPG). Zur Vertiefung: *Roxin/Schroth*, Handbuch des Medizinstrafrechts, 3. Aufl. 2007; *Ries*, Arztrecht: Praxishandbuch für Mediziner, 2. Aufl. 2008; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008.

⁴ Zu dieser Entwicklung vgl. *Ulsenheimer* (Fn. 3), Rn. 1 ff.

⁵ Dies bejahend: RGSt 25, 375; vgl. BGHSt 11, 111; 12, 379; 16, 303; 43, 306; 45, 221; BGH NJW 1956, 1106; BGH NStZ 1996, 34; zu der Diskussion in der Literatur vgl. etwa *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, § 223 Rn. 43 ff. m.w.N.

⁶ Vgl. zu deren Voraussetzungen *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 29 ff. m.w.N. Ggf. könnten, bei fehlender expliziter Einwilligung, auch eine mutmaßliche oder hypothetische Einwilligung in Betracht kommen, vgl. hierzu unten *Fall 4*.

⁷ Zusätzlich stellt sich bei Operationen regelmäßig das Problem, ob es sich bei dem Skalpell um ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB handelt, vgl. hierzu *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), § 224 Rn. 8 m.w.N. Diese Überlegung ist hier jedoch aufgrund des Bearbeitervermerks irrelevant, da ausdrücklich nur die Strafbarkeit nach § 223 StGB zu prüfen war.

⁸ *Bockelmann*, NJW 1961, 945 (947); *Engisch*, ZStW 70 (1958), 592; *Gallas*, ZStW 67 (1955), 1 (21 f.); *Rudolphi*, JR 1975, 512.

⁹ *Joecks* (Fn. 5), § 223 Rn. 43 ff.; *Lilie*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2009, Vorbem. § 223 Rn. 3.

¹⁰ BGHSt 11, 111; 12, 379; 16, 303; 43, 306; 45, 221; BGH NJW 1956, 1106; BGH NStZ 1996, 34.

¹¹ Vgl. hierzu die Darstellung von *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), § 223 Rn. 30 m.w.N.

nicht davon abhängen sollte, von wem sie mit welcher Motivation durchgeführt wird – dass etwa eine Operation, die ein medizinischer Laie vornimmt, eine Körperverletzung darstellt, ist nicht zu bezweifeln. Nur durch eine Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit ist die Selbstbestimmung des Patienten umfassend geschützt. Dies gilt jedenfalls für größere Eingriffe wie Operationen o.ä.; andere ärztliche Maßnahmen wie Blutabnahme oder das Verabreichen von nebenwirkungsarmen Medikamenten können aber aus anderen Gründen nicht tatbestandsmäßig sein. In der Klausur ist keine der Ansichten unvertretbar, jedoch muss die Problematik erwähnt und die zentralen Argumente für die in der Lösung vertretene Ansicht angeführt werden. Wie intensiv die Auseinandersetzung ausfallen sollte, hängt davon ab, ob es sich um einen Klausurschwerpunkt handelt.

Aus der m.E. überzeugenden Ansicht, dass die Tatbestandsmäßigkeit nach § 223 StGB jedenfalls nicht für jede sachgerechte medizinische Behandlung ausgeschlossen werden sollte, ergibt sich folgende Differenzierung:¹²

- Behandlungsmaßnahmen, die weder substanzverletzend noch schmerzhaft sind und keine Nebenwirkungen verursachen, erfüllen den Tatbestand schon deshalb nicht, weil sie keine üble, unangemessene Behandlung darstellen oder das Wohlbefinden beeinträchtigen.
- Auch durch ärztliche Eingriffe mit minimaler Invasivität wird das körperliche Wohlbefinden nicht erheblich beeinträchtigt, wenn sich durch sie der Gesundheitszustand sofort bessert oder die Nachteile der Behandlung gegenüber ihren Vorteilen zweifellos nicht ins Gewicht fallen (z.B. das Testen der Reflexe durch einen leichten Schlag auf das Knie).
- Der Tatbestand wird aber erfüllt von Behandlungsmaßnahmen mit auch nur einer geringfügig höheren Invasivität (z.B. alle Operationen unter Vollnarkose) sowie durch Eingriffe mit vermeintlich minimaler Invasivität, deren Nachteile gegenüber den Vorteilen jedoch erheblich sind

¹² Hierbei handelt es sich letztlich um nichts anderes als eine Schematisierung verschiedener Fallgestaltungen ärztlicher Eingriffe an den allgemeinen Grundsätzen der Körperverletzung. Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (BGHSt 25, 277; vgl. etwa *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 223 Rn. 4 m.w.N.); Gesundheitsschädigung: jedes *Hervorrufen, Verlängern oder Steigern* eines pathologischen Zustandes (RGSt 19, 226; BGH NJW 1960, 2253; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl. 2012, § 223 Rn. 6 m.w.N.) Mit Blick auf diese Definitionen können verschiedene ärztliche Eingriffe wie hier in Fallgruppen eingeteilt werden, die entweder mangels Beeinträchtigung des Wohlbefindens, mangels Erheblichkeit des Eingriffs, oder mangels Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands nicht tatbestandsmäßig sind, während andere Behandlungsmethoden hiernach grundsätzlich als tatbestandsmäßige Körperverletzung anzusehen sind. Vgl. hierzu auch *Knauer/Brose*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2011, § 223 Rn. 20.

– auch wenn es sich lediglich um kurzfristige Nachteile handelt.

- Den objektiven Tatbestand der Körperverletzung verwirklichen außerdem alle ärztlichen Behandlungen, wenn sich durch sie der Gesundheitszustand des Patienten verschlechtert oder weitere körperliche oder gesundheitliche Schäden entstehen, da hierdurch das Wohlbefinden erheblich beeinträchtigt und ein pathologischer Zustand gesteigert wird.

Für die Lösung von *Fall 1a* müsste man nach der hier vertretenen Ansicht die Argumente gegen den generellen Ausschluss einer Strafbarkeit für den Standards entsprechende medizinische Behandlungen anführen. Nach der sich aus den Auslegungsgrundsätzen für § 223 StGB ergebenden, oben dargestellten Differenzierung handelt es sich bei der Entfernung des Blinddarms um eine Operation mit erheblicher Invasivität. Auch wenn sich der Gesundheitszustand im Anschluss an die Operation bessert, liegt zumindest für einen gewissen Zeitraum zunächst eine Verschlechterung (Nachwirkungen der Narkose, Schmerzen an der Wunde, etc.) vor. Der objektive Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist erfüllt. Da ein Arzt sich seiner Handlung und deren Wirkung auch regelmäßig bewusst ist, handelt er vorsätzlich.

2. Einwilligung

Voraussetzungen der Wirksamkeit: Schon aufgrund der praktischen Relevanz dieses Aspekts wird im Medizinstrafrecht häufig geprüft, ob der jeweilige ärztliche Eingriff durch eine (explizite, mutmaßliche oder hypothetische) Einwilligung des Patienten gerechtfertigt ist.

Eine wirksame Einwilligung erfordert eine vor dem Eingriff liegende, ausdrückliche oder konkludente, Erklärung.¹³ Hierfür muss der Patient einwilligungsfähig sein, was bei Minderjährigen, geistig Kranken oder Dementen problematisch und bei Bewusstlosen und Komapatienten zu verneinen ist.¹⁴ Gegebenenfalls kann er bei der Erklärung vertreten werden.

Der Patient muss überdies bezüglich des Rechtsguts dispositionsbefugt sein. Dies ist bezüglich des höchstpersönlichen Rechtsguts der eigenen körperlichen Unversehrtheit regelmäßig der Fall; problematisch kann dieser Punkt etwa (grundsätzlich als auch mit Blick auf die Reichweite der Befugnis) bei Einwilligung der Eltern in Eingriffe an ihren Kindern¹⁵ oder bei sittenwidrigen Eingriffen (Doping, Enhancement, etc.), § 228 StGB sein.¹⁶ Ebenfalls an der Dispositionsbefugnis fehlt es bezüglich des Rechtsguts „Leben“, weshalb die akti-

¹³ Liegt keine Erklärung vor, ist in der Klausur der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung zu verneinen und unter einer neuen Überschrift in der Rechtswidrigkeit das mögliche Vorliegen einer mutmaßlichen oder einer hypothetischen Einwilligung zu prüfen, vgl. *Fall 4*.

¹⁴ BGH NJW 1972, 335; *Knauer/Brose* (Fn. 12), § 223 Rn. 48 ff. m.w.N.

¹⁵ Vgl. unten *Fall 2* und *Fall 3*.

¹⁶ Vgl. unten *Fall 5*.

ve Sterbehilfe selbst auf ausdrücklichen Wunsch des Patienten hin strafbar ist, vgl. § 216 StGB.¹⁷

Aus *Fall 1a* ergibt sich eindeutig, dass P nach ordnungsgemäßer Aufklärung explizit eingewilligt hat. Für eine Unwirksamkeit sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Die nach § 223 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßige Körperverletzung ist durch Einwilligung gerechtfertigt.

Schließlich könnte eine Einwilligung auch dann unwirksam sein, wenn sie Willensmängel aufweist, also z.B. auf einer Drohung oder arglistigen Täuschung beruht.¹⁸

Fall 1b: Wie *Fall 1a*, nur sagt hier der C vor der Operation zu P, dass die Operation völlig risikolos sei. Von der Richtigkeit dieser Angaben überzeugt, unterschreibt P den Aufklärungsbogen. Ist diese explizite Einwilligung des P wirksam?

Das Zusammenwirken von Aufklärung (die erst die hinreichende Informiertheit des Patienten begründet), Einwilligung und Rechtfertigung des Arztes ist im Medizinstrafrecht von besonderer Bedeutung. In *Fall 1b* liegt ein durch Täuschung hervorgerufener Irrtum vor, da P aufgrund der unrichtigen Angaben bei der Aufklärung nicht alle Risiken des Eingriffs kannte.

Die Relevanz von Irrtümern des Rechtsgutsinhabers für die Wirksamkeit der Einwilligung ist umstritten:¹⁹ Teilweise wird bei Vorliegen eines Irrtums grundsätzlich von Unwirksamkeit ausgegangen,²⁰ teilweise auf die Bedeutung des Irrtums für das jeweils geschützte Rechtsgut abgestellt – Motivirrtümer sind nach dieser Ansicht irrelevant.²¹ Gelegentliche Fehlinformiertheit gehört zum allgemeinen Lebensrisiko; es ist deshalb durchaus plausibel, Irrtümer im Bereich der Motivation, der Konsequenzen, oder auch zu Nebenaspekten wie der Finanzierung o.ä. dem Verantwortungsbereich des Patienten zuzuordnen und nicht zu Lasten des Arztes gehen zu lassen. In *Fall 1b* hatte P jedoch unzureichende Informationen gerade über das mit der Operation verbundene Risiko für seine Gesundheit, so dass ein rechtsgutsbezogener Willensmangel zu bejahen ist. Damit ist seine explizit erklärte Einwilligung unwirksam.²²

Fall 1c: Wie *Fall 1b*, nur hat hier C den P zwar ordnungsgemäß aufgeklärt, dieser hat ihm jedoch (für C nicht erkennbar) nicht aufmerksam zugehört. Anschließend hat er

sich bei einem Freund erkundigt, der ihm erklärte, bei einer Blinddarmoperation könne gar nichts passieren. Hätte P gewusst, dass die Operation irgendein (wenn auch nur geringes) Risiko birgt, hätte er nicht eingewilligt. Strafbarkeit des C nach § 223 StGB?

Auch in *Fall 1c* ist die Einwilligung des P aufgrund dessen rechtsgutsbezogenen Irrtums grundsätzlich unwirksam.²³ Im Anschluss an die zu bejahende Rechtswidrigkeit²⁴ ist hier jedoch ein möglicher Irrtum des C zu prüfen. Kennt der Operateur nämlich, wie hier der Fall, den Willensmangel nicht, liegt ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor, der nach h.M. die Vorsatzschuld ausschließt.²⁵ C ist somit in diesem Fall nicht nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar.²⁶

3. Vertretung bei der Einwilligungserklärung

Ist der Patient einwilligungsunfähig, kommt eine Vertretung bei der Einwilligungserklärung in Betracht.²⁷

Fall 2: Als ihr Sohn zwölf Jahre alt ist, begeben sich E und F zum Schönheitschirurgen A und bitten ihn, die Nase ihres Sohns zu korrigieren. A unterhält sich mit S, den seine Nase nicht sonderlich stört. Als A ihm die gesundheitlichen Risiken der Operation erklären will, winkt S ab: „Meine Eltern werden schon wissen, was sie tun. Machen Sie einfach.“ A bezweifelt, dass S die Tragweite des Eingriffs begreift – was auch den Tatsachen entspricht. Den-

¹⁷ Zur Strafbarkeit der Sterbehilfe vgl. Teil 2 des Beitrags, *Fall 7*.

¹⁸ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 11), § 223 Rn. 39 m.w.N.

¹⁹ *Lackner/Kühl* (Fn. 12), § 228 Rn. 8; *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 11), § 223 Rn. 40 ff., jeweils m.w.N.

²⁰ BGHSt 4, 113; 16, 309; BGH NJW 1998, 1784; sehr weit gehend *Amelung*, ZStW 109 (1997), 489 (516); *ders.*, GA 1999, 182 (198).

²¹ *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 15; *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), 68 (82).

²² Nach einer möglichen Rechtfertigung wegen mutmaßlicher/hypothetischer Einwilligung war hier nicht gefragt. Vgl. dazu *Fall 4*.

²³ Wurde der Irrtum von einem Dritten hervorgerufen, wird z.T. überdies diskutiert, ob der Willensmangel (und damit die Unwirksamkeit der Einwilligung) dem Täter überhaupt zuzurechnen ist, vgl. *Amelung*, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998, S. 34 ff.

²⁴ Eine mutmaßliche bzw. hypothetische Einwilligung scheidet schon deshalb aus, weil P bei Kenntnis des Risikos nicht zugestimmt hätte.

²⁵ Zum Streit vgl. *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 16 Rn. 121 ff.

²⁶ Dies lässt eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung unberührt, § 16 Abs. 1 S. 2 StGB analog. Da hier C den P jedoch ordnungsgemäß aufgeklärt hat und keine Anhaltspunkte für Fehlinformationen ersichtlich waren, ist nicht von einer Sorgfaltspflichtverletzung auszugehen. In der Klausur wäre an dieser Stelle zu beachten, dass ausdrücklich nur nach einer Strafbarkeit nach § 223 StGB gefragt war.

²⁷ Vgl. *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 228 Rn. 67 ff.; *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 92. Es handelt sich also um eine stellvertretende Einwilligung, die von der mutmaßlichen Einwilligung abgegrenzt werden muss: Erstere ist eine eigene Erklärung des Vertreters, bei letzterer wird der wahre Wille des Patienten eruiert – für diesen ist die Stellungnahme der Eltern nur ein Indiz. Vgl. zur Abgrenzung *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (127 ff.).

noch nimmt A die Operation vor. Strafbarkeit des A nach § 223 Abs. 1 StGB?

Die Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB (bei einer Operation unter Vollnarkose ist die Tatbestandsmäßigkeit nach obiger Darstellung nicht zu bezweifeln) kann hier nicht durch eine Einwilligung des S gerechtfertigt werden: Aus dem Sachverhalt geht explizit hervor, dass S das Risiko des Eingriffs noch nicht erfassen kann, also nicht einwilligungsfähig ist.²⁸ Somit könnte lediglich die Erklärung der Eltern eine Rechtfertigung begründen. Grundsätzlich sind die Eltern gesetzlich zur Vertretung ihres Kindes bei Willenserklärungen befugt. Dass diese Befugnis nicht grenzenlos gelten kann, ist kaum zu bezweifeln. Umstritten ist lediglich, wo diese Grenzen zu setzen sind.²⁹ Zum Teil wird mit Blick auf § 1666 BGB, § 171 StGB davon ausgegangen, dass nur der evidente Missbrauch des elterlichen Sorgerechts zu einer Unwirksamkeit der erklärten Einwilligung führe,³⁰ zum Teil wird die Wirksamkeit positiv am Kindeswohl gemessen.³¹ Für die letztgenannte Ansicht lässt sich – trotz der Bedeutsamkeit der elterlichen Sorge – insbesondere der hohe Stellenwert der körperlichen Integrität des Kindes anführen, der der Interpretationshoheit der Eltern bezüglich des Kindeswohls Grenzen setzt.

Liegt allerdings eine medizinische Indikation für den Eingriff vor, kommen beide Ansichten regelmäßig zum selben Ergebnis. Nur selten könnte ein unverhältnismäßiges Risiko in diesen Fällen zu Zweifeln daran führen, dass das Interesse des Kindes entgegensteht.

Bei Eingriffen ohne eindeutige oder gar ganz ohne medizinische Indikation, wie beispielsweise Schönheitsoperationen, sollte zunächst immer überprüft werden, ob nicht ohnehin medizinische Gründe dafür sprechen, sie erst nach abgeschlossenem Wachstum vorzunehmen. Ist dies zu bejahen, ist die Operation wohl wiederum nach beiden Ansichten unwirksam (gegebenenfalls ist im Einzelfall zu diskutieren, ob die medizinische Gegenindikation tatsächlich ausreicht, einen Missbrauch zu bejahen). Da der Arzt von diesen medizinischen Umständen Kenntnis hat, ist er dann auch regelmäßig nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar.³²

²⁸ Für den Beginn der Einwilligungsfähigkeit lässt sich nach h.M. kein spezifisches Alter angeben; sie ist u.a. von der Bedeutung des Rechtsguts, der Erheblichkeit des Eingriffs, der Verstandesreife abhängig. Wenn jedoch aus dem Sachverhalt eindeutig hervorgeht, dass der Minderjährige das Risiko und die Bedeutung seiner Erklärung nicht erfasst, ist jedenfalls von Einwilligungsunfähigkeit auszugehen. Das schließt ein Veto-Recht des Minderjährigen allerdings nicht aus, vgl. *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (126 f.).

²⁹ Zur aktuell höchst umstrittenen Grenzziehung bei der religiösen Beschneidung sogleich *Fall 3*.

³⁰ *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (133 ff.).

³¹ *Kern*, FamRZ 1981, 739; *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Auflage 2010, § 139 Rn. 47 m.w.N.

³² Sollte er sich darüber irren, ist zu diskutieren, ob es sich bei der fehlerhaften Beurteilung der Wirksamkeit der Einwil-

ligung keine zwingenden medizinischen Gründe entgegenstehen: Nach der Ansicht, die das elterliche Sorgerecht betont, wäre die Einwilligung in diese Eingriffe grundsätzlich wirksam, es sei denn, es läge ein evidenter Missbrauch vor. Dies wäre wohl nur zu bejahen, wenn entweder ein erhebliches Risiko mit der Operation verbunden wäre, das Ergebnis der gesellschaftlichen Norm widerspräche, etc. Nach der Gegenansicht wäre zu prüfen, ob die Erklärung der Eltern dem Kindeswohl entspricht. Sowohl für als auch gegen die Nützlichkeit von Schönheitsoperationen finden sich Argumente. Dass kosmetische Operationen auch für Minderjährige vorteilhaft sein könnten, ist jedenfalls nicht von vorneherein auszuschließen. Ein zentrales Kriterium für die Abwägung wäre in diesen Fällen, ob es sich um die Behebung einer extrem auffälligen Besonderheit³³ oder um eine Verbesserung eines eigentlich „normalen“ Aussehens handelt. Auch der Wille des Kindes³⁴ und das Risiko des Eingriffs spielen bei der Abwägung eine Rolle. In vielen Fällen werden diese Überlegungen dafür sprechen, abzuwarten, bis das Kind einwilligungsfähig ist und die Entscheidung selbst treffen kann. Für die Klausur ist vor allem von Bedeutung, den Meinungsstreit zu kennen, ihn richtig zu verorten (bei der Frage der stellvertretenden Einwilligung) und für die gewählte Ansicht überzeugende Argumente darzustellen.

In *Fall 2* ist S nicht in der Lage, die Tragweite seiner Entscheidung zu erfassen – was sich auch an der Äußerung „Meine Eltern werden schon wissen, was sie tun“ zeigt. Dies bedeutet nicht nur, dass er selbst nicht einwilligungsfähig war, sondern auch, dass kein tatsächlicher Wille des S als Indiz für sein Interesse angeführt werden kann, da er einen solchen bezüglich der Operation gerade nicht hat. Ein Missbrauch des elterlichen Sorgerechts ist hier nicht ersichtlich, so dass nach der hier zuerst dargestellten Ansicht deren Erklärung wirksam wäre, A wäre straflos. Nach der anderen Ansicht wäre zu fragen, ob der Eingriff dem Kindeswohl entspräche: Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, dass S durch die derzeitige Form seiner Nase in psychisch belastender Weise entstellt wäre. Gründe, die gegen ein Abwarten bis zur Einwilligungsfähigkeit des S sprechen, sind nicht ersichtlich. Die Risiken der Operation sind nicht unerheblich. Nach dieser Gesamtbetrachtung ist von Unwirksamkeit der elterlichen Einwilligung auszugehen. Da der A in Kenntnis der Umstände handelte, kann er sich nicht auf einen Irrtum berufen. Nach dieser Ansicht wäre er also strafbar nach § 223 Abs. 1 StGB.³⁵

ligung um einen Tatsachen- oder einen Rechtsirrtum handelt; BGHSt 3, 357 (364 f.) = NJW 1953, 351.

³³ Wenn diese zu erheblichen psychischen Beeinträchtigungen führt, liegt nicht selten ohnehin eine medizinische Indikation vor und die elterliche Einwilligung ist unproblematisch (vgl. *Kirchhof*, MedR 2007, 147).

³⁴ Selbst wenn das Kind noch nicht einwilligungsfähig ist, ist sein tatsächlicher Wille jedenfalls nicht selten ein Indiz für sein Interesse.

³⁵ Zu möglichen Irrtümern oben, *Fall 1c*; zu der Qualifikation nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB vgl. oben.

*Fall 3:*³⁶ Die jüdischen Eltern E und F bitten Arzt A, ihren Sohn S kurz nach der Geburt zu beschneiden (aus religiösen Gründen). A nimmt den Eingriff nach entsprechender Aufklärung und den Regeln der ärztlichen Kunst gemäß vor. S hat dadurch auch im späteren Leben keine Schmerzen oder Beschwerden. Medizinisch indiziert war der Eingriff nicht. Strafbarkeit des A nach § 223 Abs. 1 StGB?

Medizinisch nicht indizierte, ärztliche Eingriffe an Kindern werden noch aus weiteren Gründen als zur Verbesserung des äußeren Erscheinungsbilds durchgeführt. Ein vor allem im letzten Jahr rechtlich stark umstrittenes Motiv für die Beschneidung von Jungen war und ist die Religion der Eltern bzw. die Aufnahme des Kindes in deren religiöse Gemeinschaft. Die strafrechtliche Bewertung dieser Fälle war, bis zum Urteil des LG Köln³⁷ (und auch im Anschluss) stark umstritten.³⁸ Letztlich stellte sich dasselbe Problem wie bei *Fall 2*: Die Entscheidung des Falls hing davon ab, welche Grenzen man für die stellvertretende Einwilligung festsetzte.

Man könnte bei der Beschneidung bereits diskutieren, ob es sich um eine Körperverletzung handelt; aufgrund der nicht unerheblichen Risiken und mit dem Eingriff verbundenen Schmerzen ist dies jedoch zu bejahen.³⁹ Deshalb hing die Entscheidung über die Strafbarkeit *vor der Gesetzesänderung* maßgeblich davon ab, ob man die stellvertretende Einwilligung nur bei Missbrauch des elterlichen Sorgerechts oder bei jeder dem Kindeswohl entgegenstehenden Entscheidung als unwirksam ansah.⁴⁰

³⁶ Das hier geschilderte Vorgehen entsprechend der Neuregelung ist rechtlich nicht mehr vergleichbar problematisch wie vor der Lösung durch den Gesetzgeber, weshalb hier über die eigentliche Falllösung hinaus ein kurzer Rückblick auf die alte Rechtslage erfolgt. Denn zum Verständnis dieser Diskussion und der Neuregelung bleibt es zumindest für die nächste Zeit wichtig, die ursprüngliche Problematik zu kennen.

³⁷ LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 m. Anm. *Krüper*, ZJS 2012, 547.

³⁸ Vgl. nur exemplarisch die Darstellungen von *Beulke/Dießner*, ZIS 2012, 338; *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115; *Herzberg*, JZ 2009, 332; *ders.*, ZIS 2010, 471; *Putzke*, in: *Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 669; *ders.*, *MedR* 2008, 268; jew. m.w.N.

³⁹ Hierüber besteht Einigkeit, vgl. auch *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115 (121 f.) m.w.N.

⁴⁰ Die erstgenannte Ansicht hätte Straflosigkeit des Arztes zur Folge – denn als evidenter Missbrauch ihres Sorgerechts ist die Entscheidung der Eltern angesichts der überschaubaren Risiken wohl nicht anzusehen, so auch *Fateh-Moghadam*, RW 2010, 115. Nach letztgenannter Ansicht wäre die Einwilligung der Eltern mit dem OLG Köln dagegen als unwirksam einzuordnen: Es liegt keine medizinische Indikation vor. Verneint man die Wirksamkeit der Einwilligung, können auch das Grundrecht der elterlichen Sorge, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, oder die Religionsfreiheit der Eltern, Art. 4 GG, den

Am 28.12.2012 ist jedoch der neue § 1631d BGB in Kraft getreten⁴¹. Hiernach gehört zur elterlichen Personensorge nun explizit auch die Einwilligung in die Beschneidung eines männlichen Kindes, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgen soll und nicht ausnahmsweise das Kindeswohl entgegensteht. Das Gesetz bestimmt somit ausdrücklich die Wirksamkeit der von den Eltern erklärten Einwilligung – auch für das Strafrecht. Soweit, wie in *Fall 3*, alle anderen Voraussetzungen der Einwilligung erfüllt sind, ist das Handeln des Arztes somit durch Einwilligung der Eltern gerechtfertigt. A ist nicht strafbar nach § 223 Abs. 1 StGB.

4. *Mutmaßliche und hypothetische Einwilligung*

Fall 4a: P erleidet einen Herzinfarkt und verliert das Bewusstsein. Mit Blaulicht wird er in die nächstgelegene Klinik eingeliefert. Dort ergreift Arzt A alle erforderlichen Maßnahmen – OP, Medikamente, Herz-Lungen-Maschine – und rettet so Ps Leben. Strafbarkeit des A nach § 223 Abs. 1 StGB?

In medizinischen Notfällen, etwa wenn wie in *Fall 4a* ein Bewusstloser in ein Krankenhaus eingeliefert wird, kommt eine Rechtfertigung durch eine mutmaßliche Einwilligung in Betracht. Diese ist jedenfalls nur zu bejahen, wenn die tatsächliche Einholung einer Einwilligungserklärung faktisch nicht möglich war (z.B. eben wegen der Bewusstlosigkeit). In diesen Fällen ist soweit möglich der wahre Patientenwille zu ermitteln, wofür Patientenverfügungen, frühere Äußerungen, Weltanschauungen, etc., heranzuziehen sind.⁴² Die ärztliche Indikation einer bestimmten Maßnahme ist nur ein Indiz für diesen Willen, soweit keine Anhaltspunkte für das Gegenteil vorliegen – grundsätzlich darf sich ein Patient auch irrational entscheiden. Stimmt der so ermittelte mutmaßliche Wille des Patienten mit der vom Arzt vorgenommenen Handlung überein, handelt dieser gerechtfertigt. In *Fall 4a* ist davon auszugehen, dass der P gewollt hätte, dass A sein Leben rettet. A ist somit nicht nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar.

Fall 4b: Während einer Operation zur Nasenkorrektur bemerkt der Chirurg C, dass sein Patient S unter Nasenpolypen leidet, und entfernt diese, obwohl dies vorher weder mit S noch mit dessen Eltern besprochen war. C glaubt, S würde gern auf eine erneute Operation zur Entfernung der Polypen verzichten. Ein solcher Eingriff war, trotz einiger Risiken, medizinisch durchaus indiziert, auch wenn zu keinem Zeitpunkt eine Bedrohung des Lebens des S vorlag. Die Operation verläuft erfolgreich, die Nasenatmung des S ist deutlich verbessert. Strafbarkeit des C nach § 223 Abs. 1 StGB?

Schließlich kommt eine Rechtfertigung wegen hypothetischer Einwilligung in Betracht. Zu diskutieren ist dieser Rechtferti-

Eingriff nicht rechtfertigen; LG Köln, Urt. v. 7.5.2012 – 151 Ns 169/11 m. Anm. *Krüper*, ZJS 2012, 549 m.w.N.

⁴¹ Gesetz vom 20.12.2012, BGBl. I, 2749.

⁴² *Paeffgen* (Fn. 27), Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 157 ff.

gungsgrund immer dann, wenn die Einholung der Erklärung – im Gegensatz zur mutmaßlichen Einwilligung – zwar grundsätzlich möglich gewesen wäre, aber pflichtwidrig unterblieb. Erfasst sind hiervon auch (nicht auf einem Notfall basierenden) Operationserweiterungen, in denen der Arzt vermutet, dass der Patient zustimmen würde, um sich eine weitere Operation zu ersparen.

Eine Rechtfertigung bezüglich der Strafbarkeit nach § 223 StGB – die Operationserweiterung erfüllt als solche den Tatbestand der Norm – durch Einwilligung oder mutmaßliche Einwilligung ist in *Fall 4b* nicht möglich, weil S nichts erklärt hat, es aber mangels Lebensgefahr durchaus grundsätzlich möglich gewesen wäre, ihn im Anschluss an die Narkose zu fragen, ob er diese Operation möchte. Aus dem Sachverhalt geht sein wahrer Willen bezüglich der Operationserweiterung gerade nicht hervor.

In Betracht kommt nur eine Rechtfertigung durch hypothetische Einwilligung. Wie Situationen zu behandeln sind, in denen wie in *Fall 4b* nicht eindeutig aufgeklärt werden kann, ob der Patient auch bei umfassender Kenntnis des Risikos eingewilligt hätte, ist umstritten. Teilweise wird die hypothetische Einwilligung für beachtlich erklärt,⁴³ teilweise wird – um die strengen Anforderungen an die ärztliche Aufklärung in diesen Fällen nicht zu umgehen – grundsätzlich davon ausgegangen, dass die Unklarheit darüber, wie sich der Patient bei ausreichender Information entschieden hätte, nicht zu seinen Lasten gehen sollte.⁴⁴ Grundsätzlich sind in der Klausur beide Ansichten vertretbar. Die aktuelle Betonung des Selbstbestimmungsrechts des Opfers spricht jedoch dafür, dass – solange keine Lebensgefahr gegeben ist – der Arzt nach der Operation den erwachten Patienten über den Befund und die potentiellen Behandlungsmaßnahmen aufklären und dessen Entscheidung abwarten sollte. Tut er dies nicht, ist er nach dieser Ansicht nicht gerechtfertigt. C ist also nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar.

⁴³ BGH NStZ-RR 2004, 16 f. m. Anm. *Kuhlen*, JR 2004, 227 und *Rönnau*, JZ 2004, 801; sehr weit gehend (und die Frage nach der hypothetischen Einwilligung mit der Frage, ob der Eingriff *lege artis* durchgeführt wurde, verbindend) *Eschelbach*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2012, § 228 Rn. 31: „Ein Aufklärungsmangel kann deshalb im Ergebnis nur dann zur Strafbarkeit des Arztes wegen Körperverletzung führen, wenn bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung unterblieben wäre [...]. Die fehlende Einwilligung auch in dem hypothetischen Fall der ordnungsgemäßen Patientenaufklärung ist dem Arzt *nachzuweisen*, wenn durch Strafurteil zu seinem Nachteil entschieden werden soll. Verbleiben Zweifel, so muss nach dem Grundsatz ‚in dubio pro reo‘ zugunsten des Arztes davon ausgegangen werden, dass die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erfolgt wäre.“

⁴⁴ *Lackner/Kühl* (Fn. 12), Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 21a, § 228 Rn. 17a m.w.N.

5. Grenzen der Dispositionsbefugnis, § 228 StGB

Fall 5: Der Profi-Radfahrer R wendet sich an den Arzt A. Er habe gehört, dass mit „Eigenblutdoping“ die Ergebnisse deutlich verbessert werden könnten. Das sei zwar nicht ganz in Ordnung, aber ja wohl auch nicht unfair, da er keine Medikamente zu sich nehme. A findet das auch, entnimmt dem S eine gewisse Menge Blut, das er entsprechend behandelt und ihm kurz vor dem Wettkampf wieder injiziert. Tatsächlich ist dieses Vorgehen von den Sportverbänden strikt verboten, was zumindest dem A auch hinlänglich bekannt war.

Bezüglich der Wirksamkeit von Einwilligungen ist schließlich zu beachten, dass die Dispositionsbefugnis des Rechtsgutshabers bei der Körperverletzung durch die Sittenwidrigkeit begrenzt ist, § 228 StGB. Die Konkretisierung der „guten Sitten“ ist ausgesprochen schwierig – die Regelung ist zum einen unbestimmt⁴⁵, zum anderen abhängig von den aktuellen Moralvorstellungen⁴⁶ der Gesellschaft und letztlich auch der Gerichte. Während frühere Urteile vor allem die sittliche Akzeptanz des Handelns berücksichtigten (Sado-Maso-Praktiken⁴⁷), wird in letzter Zeit vor allem die Höhe des Gesundheitsrisikos, aber auch den Zweck des Eingriffs, abgestellt. Je gefährlicher der Eingriff, je geringer die Reversibilität, je niedriger die medizinische Indikation, desto näher liegt eine Sittenwidrigkeit⁴⁸: Die offensichtlich irreversible Amputation eines Beines ohne medizinische Indikation ist hiernach ebenso sittenwidrig wie die nicht durch einen nachvollziehbaren Zweck gedeckte Zufügung entstellender Narben. Auch die lebensbedrohliche Schönheitsoperation wäre mit Blick auf diese Kriterien problematisch.

Doping fällt nach herrschender Lehre jedenfalls dann unter § 228 StGB, wenn es schwerwiegende Gesundheitsschäden zur Folge hat.⁴⁹ Ob dafür chemische Substanzen eingesetzt werden oder nicht, spielt grundsätzlich keine Rolle – relevant ist nur, ob lebensbedrohliche Gefahren oder irreversible Schäden eintreten könnten. Dies ist hier jedoch nicht der Fall: Eigenblut-Doping hat zwar nicht völlig zu vernachlässigende, aber keine erheblichen Risiken. Für die Anwendbarkeit von § 228 StGB könnten insbesondere sportethische Aspekte angeführt werden.⁵⁰ Gegen die Sittenwidrigkeit⁵¹ spricht jedoch, dass die Norm ohnehin in vielerlei Hinsicht verfassungsrechtlich problematisch ist und deshalb besonders eng ausgelegt

⁴⁵ Zu der Frage der Verfassungsmäßigkeit wegen Unbestimmtheit vgl. *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 228 Rn. 1 m.w.N.

⁴⁶ *Nitschmann*, ZStW 119 (2007), 586.

⁴⁷ RG JW 1929, 1015.

⁴⁸ Vgl. hierzu auch *Ulsenheimer* (Fn. 3), Rn. 234 ff.

⁴⁹ *Stree* (Fn. 46), § 228 Rn. 17; So auch bereits *Müller*, Doping im Sport als strafbare Gesundheitsbeschädigung (§§ 223 Abs. 1, 230 StGB), 1993, S. 109 ff.

⁵⁰ *Link*, MedR 1993, 60; *Turner*, NJW 1991, 2943.

⁵¹ *Stree* (Fn. 46), § 228 Rn. 2 f. m.w.N.; *Ahlers*, Doping und strafrechtliche Verantwortlichkeit, 1994; *Kohlhaas*, NJW 1970, 1959; *Schneider-Grohe*, Doping, 1978, S. 142.

werden muss. Da der Sportler hier in aller Regel eigenverantwortlich entscheidet, ist schwer einsehbar, warum sich der Arzt dafür strafbar machen sollte, dass der Sportler andere Wettkampfteilnehmer hintergehe. Mit dieser zuletzt dargestellten Ansicht wäre der Arzt hier aufgrund der wirksamen Einwilligung des S gerechtfertigt und damit nicht strafbar nach § 223 StGB.

II. Fahrlässige Tötung und Körperverletzung

*Fall 6:*⁵² Nach einer – ordnungsgemäß durchgeführten – Operation an P verlässt der Chirurg, wie in der Klinik üblich, den Raum. Der für die Überwachung des Aufwachens zuständige Anästhesist B, der völlig überarbeitet und übermüdet war, setzte sich in diesem Moment kurz auf einen Stuhl und fiel in einen Sekundenschlaf. Genau in diesem Augenblick bäumte sich der narkotisierte P auf, fiel vom Tisch, verletzte sich schwer am Kopf und starb an dieser Verletzung. Die Überarbeitung des B war Folge eines chronischen Personal mangels, den B gegenüber seinem Chefarzt C mehrfach angemerkt hatte. Dieser hatte daran jedoch nichts geändert.⁵³ B hatte häufiger daran gedacht, dass er keine Behandlungen vornehmen sollte, wenn er zu müde war. Allerdings war in den meisten dieser Situationen kein anderer Arzt greifbar, der seinen Platz hätte übernehmen können. Strafbarkeit des B nach § 222 StGB?

Der Erfolg i.S.v. § 222 StGB, der Tod des P, liegt hier ohne Zweifel vor. Entscheidend für die Lösung ist, an welche Tathandlung angeknüpft wird. In der Klausur dient es der Übersichtlichkeit, für jede potentielle Tathandlung mit einer neuen Prüfung von § 222 StGB zu beginnen und die Tathandlung, deren Strafbarkeit man schließlich bejaht, erst an letzter Stelle zu diskutieren. Als Anknüpfungspunkte kämen hier das Fehlen der Nachkontrolle oder die Übernahme der Behandlung in Betracht.

Bezüglich der Strafbarkeit wegen der unzureichenden Nachkontrolle liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit darin, dass B den Patienten nicht entsprechend beobachtet hat. Es ist somit an dieser Stelle von einem Unterlassen auszugehen. Durch die Nicht-Überwachung eines narkotisierten Patienten hat der hierfür zuständige Anästhesist seine Sorgfaltspflicht verletzt, denn diese schließt die Sorge für die gesamte Zeit, in der der Patient narkotisiert ist, ein, schon weil er „die übergeordnete Aufsichtspflicht über den anästhesierten Patienten“⁵⁴ hat. Dass ein Patient in diesem Zustand vom OP-

Tisch fällt, ist auch objektiv vorhersehbar.⁵⁵ Es ist davon auszugehen, dass der Tod des P nicht eingetreten wäre, wenn B seiner Pflicht, ihn entsprechend zu fixieren und auf ihn zu achten, nachgekommen wäre. Als behandelnder Arzt ist B überdies Garant i.S.v. § 13 StGB für das Wohl des P (als Beschützergarant) aus dem Vertrag zwischen P und der Klinik auf der einen, der Klinik und B auf der anderen Seite,⁵⁶ jedenfalls aber aus der faktischen Übernahme der Betäubung.⁵⁷ Allerdings war dem B die Nachkontrolle in dem Moment nicht möglich, da er unkontrolliert eingeschlafen war – die gebotene Handlung war ihm also faktisch unmöglich. Derartige Sekundenschlaf ist bei totaler Übermüdung nicht steuerbar, so dass eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für das Unterlassen in diesem Moment nicht begründet werden kann.

Denkbar ist jedoch, dass B sich dadurch – in diesem Fall für aktives Tun – strafbar macht, dass er die Behandlung übernahm, obwohl er von seiner Überarbeitung und Übermüdung wusste.⁵⁸ Gerade in einem Beruf, in dem die eigenen Handlungen und Entscheidungen derart weitreichende Konsequenzen für körperliche Unversehrtheit und Leben anderer Menschen haben können, entspricht es der Sorgfaltspflicht eines Arztes, von einer Behandlung Abstand zu nehmen, wenn er sich zu deren Durchführung nicht umfassend in der Lage fühlt. Tut er dies nicht, kann ihm die Behandlungsübernahme und die sich daraus ergebenden negativen Folgen grundsätzlich durchaus als aktive Verletzung der erforderlichen Sorgfalt vorgeworfen werden. B hätte die Behandlung mit Hinweis auf seine Überarbeitung verweigern sollen. Der Erfolg war auch objektiv vermeidbar, da ohne die Behandlungsübernahme jedenfalls diese konkrete Situation nicht eingetreten wäre.⁵⁹ Überdies besteht ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang, da dieser gerade aufgrund der Sorgfaltspflichtverletzung eintrat.

Selbst wenn die Operation als solche durch die Einwilligung des P gerechtfertigt wäre, so umfasst diese jedenfalls nicht sorgfaltswidriges, die Kunst ärztlichen Handelns verletzendes Verhalten – um ein solches handelt es sich jedoch beim Einschlafen des B, ohne für ausreichende Überwachung des P zu sorgen. B handelt somit hierbei auch rechtswidrig.

Es bleibt jedoch zu diskutieren, ob die Schuld des B wegen subjektiver Unvermeidbarkeit der Behandlungsübernahme und damit der Erfolgsherbeiführung entfällt. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass B die Gefahr der Übermüdung zwar erkannt hatte, aber nicht wusste, wie er sonst hätte handeln sollen oder können. Da der Personal mangel chronisch war und seine Übermüdung häufig eintrat, konnte er der Behandlungsübernahme trotz Übermüdung in der konkreten Situation

⁵² Zum Teil eine Abwandlung von AG München, Beschl. v. 9.1.2003 – 824 Cs Js 10463/01, vgl. *Ulsenheimer* (Fn. 3), Rn. 158a.

⁵³ In der Klausur wäre regelmäßig auch die Strafbarkeit des C zu prüfen. Dabei ist insbesondere die recht weitgehende Garantienstellung des Chefarztes aus Behandlungsvertrag zu beachten, die in der Regel auch die ausreichende personelle Besetzung der Abteilung erfasst. *Ulsenheimer* (Fn. 3), Rn. 172; *Schulte-Sasse/Bruns*, *ArztR* 2006, 123.

⁵⁴ AG München, Beschl. v. 9.1.2003 – 824 Cs Js 10463/01, zitiert nach *Ulsenheimer* (Fn. 3), Rn. 158a.

⁵⁵ Generell zu dieser Fahrlässigkeitsvoraussetzung *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 15 Rn. 122 ff. m.w.N.

⁵⁶ *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 13 Rn. 28 m.w.N.

⁵⁷ *Stree/Bosch* (Fn. 57), § 13 Rn. 28a.

⁵⁸ Zum „Übernahmeverschulden“ vgl. *Sternberg-Lieben* (Fn. 56), § 15 Rn. 136.

⁵⁹ D.h. jemand in der sozialen Rolle und mit den Sonderfertigkeiten des B; vgl. zu der Diskussion, ob es bei der Feststellung des objektiven Maßstabs auf diese ankommt, *Sternberg-Lieben* (Fn. 56), § 15 Rn. 139 ff.

nicht entgehen. Ein Kollege, der die Behandlung hätte übernehmen können, stand ebenfalls nicht zur Verfügung. Es erscheint nicht plausibel, hier dem B anzulasten, dass er zumindest versucht, die Funktionsfähigkeit der Zusammenarbeit zu erhalten, sich seiner Verantwortung gegenüber den Patienten nicht zu entziehen, „sein Bestes“ zu tun.

Ein Übernahmeverschulden zu bejahen ist vielmehr nur überzeugend, wenn in derartigen Situationen dem Patienten eine für ihn günstigere Alternative vorenthalten würde. Eine solche ist hier jedoch gerade nicht ersichtlich; es ist davon auszugehen, dass bei Weigerung des B, den P zu narkotisieren, die dringend erforderliche Operation des akut entzündeten Blinddarms gar nicht hätte durchgeführt werden können. Aufgrund der damit verbundenen erheblichen Gefahren für Gesundheit und Leben des P kann dem B hier nicht angelastet werden, dass er sich trotz seiner Übermüdung bereit erklärt hat, an der Operation mitzuwirken. Somit ist davon auszugehen, dass die Erfolgsabwendung dem B nicht möglich war – für die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung fehlt es also an der subjektiven Vermeidbarkeit.

B hat sich in *Fall 6* deshalb weder nach §§ 222, 13 StGB (durch die fehlende Fixierung und unzureichende Überwachung nach der Operation) noch nach § 222 StGB (durch die aktive Übernahme der Behandlung) strafbar gemacht.

(Der Beitrag wird in ZJS 2/2013 fortgesetzt.)