

## Entscheidungsanmerkung

### Tötungsvorsatz eines Arztes bei verzögerter Klinikeinweisung nach einer ambulanten Operation

1. Fordert der Arzt nach Eintritt von Komplikationen aus sachfremden Erwägungen keinen Rettungswagen an, kommt ein Tötungsvorsatz in Frage. Zwingend ist ein solcher aus den sachfremden Motiven jedoch nicht zu folgern.
2. Ob ein aktives Tun oder Unterlassen vorliegt, hängt vom Schwerpunkt des Vorwurfs ab. Dieser liegt bei der verspäteten Einweisung in ein Krankenhaus nach einer rechtswidrigen Operation im Unterlassen des Herbeirufens der medizinisch gebotenen Hilfe.
3. Ein Verstoß gegen die Aufklärungspflicht führt zur Rechtswidrigkeit eines medizinischen Eingriffs. Kommt es nach der Operation und einer fehlerhaften Anschlussbehandlung zum Tode des Patienten, wird das verwirklichte Risiko vom Schutzzweck der verletzten Norm erfasst. In der fehlerhaften Reanimationsanschlussbehandlung realisiert sich das Übernahmeverschulden des Arztes, der gegen die Aufklärungspflicht verstoßen hat.
4. Erkennt der Arzt die Todesgefahr seiner Patientin und wartet mit der Einlieferung in ein Krankenhaus, bis die Patientin sicher versterben würde, um hierdurch den Nachweis seiner eigenen Verursachung zu erschweren, handelt er mit Verdeckungsabsicht. (Leitsätze der Bearbeiterin)

StGB § 227

BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10 (LG Berlin)<sup>1</sup>

#### I. Einführung

Der Sachverhalt, über den der 5. Senat hier zu urteilen hatte, hat alles, was eine medienwirksame Geschichte braucht: Eine Patientin, die nach einer medizinisch nicht indizierten Schönheitsoperation stirbt, weil der behandelnde Schönheitschirurg nicht nach den Regeln der Kunst ans Werk gegangen ist, dies hinterher sogar noch zu vertuschen versucht und erst einmal davon absieht, die erforderliche Hilfe anzufordern. Die Patientin bleibt deshalb über Stunden bewusstlos in der Tagesklinik des Schönheitschirurgen und wird erst viel zu spät in eine Intensivstation eingeliefert.

Der Fall ist aber nicht nur eine fast unglaubliche Geschichte, sondern bietet auch einigen Stoff für die juristische Ausbildung. Der Senat hatte nämlich gleich über mehrere ausbildungsrelevante Fragen zu entscheiden.

Würde der Fall so oder ähnlich Inhalt einer Klausur, wären vom Klausurersteller viele Hinweise zu geben, welche die Prüfung des subjektiven Tatbestandes überhaupt erst möglich

machten. Es müsste z.B. dargelegt werden, in welchem Zeitpunkt der Arzt die Todesgefahr der Patientin erkannt und dennoch keine Hilfe geholt hat und ob er dabei den Tod billigend in Kauf genommen oder damit gerechnet hat, diesen durch seine eigenen Bemühungen selbst abwenden zu können.

In der Praxis muss der Rechtsanwender dagegen in der Regel von Indizien auf die Kenntnis und damit auch den Vorsatz des präsumtiven Täters schließen. Da für die Verurteilung des Arztes entscheidend war, inwieweit er Vorsatz bezüglich der Tötung hatte, musste der Senat deshalb nicht in erster Linie die rechtlichen Erwägungen des Landgerichts, sondern vor allem auch dessen Feststellungen über das tatsächliche Geschehen und auch die innere Tatseite des Handelnden prüfen. Dabei stellt der Senat ganz allgemein Überlegungen dazu an, wie sich die Feststellung von Motiven auf deren Indizwirkung für den Vorsatz auswirkt.

Unabhängig vom Tötungsvorsatz hat sich der Angeklagte aber wegen Körperverletzung mit Todesfolge strafbar gemacht, wenn der erforderliche Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen der Körperverletzung und dem späteren Tod gegeben ist.

Da auch der Nebenkläger – der Ehemann der verstorbenen Patientin – Revision eingelegt hat, prüft der Senat weiterhin, ob unter der Prämisse des Landgerichts, nach der ein Tötungsvorsatz vorgelegen hat, das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht zu bejahen ist.

Insgesamt ist das Urteil durch diese zweifachen Hilfsüberlegungen beim ersten Lesen nur schwierig zu durchschauen. Der Senat hinterfragt erst einmal, ob die Annahme des Tötungsvorsatzes und damit die Verurteilung wegen (versuchten) Totschlages von den Feststellungen des Urteils überhaupt gedeckt ist.

Überraschend ist auf den ersten Blick schon die Verurteilung wegen versuchten Totschlages, weil die Patientin verstorben ist. Diese Verurteilung hängt mit der das Urteil alles beherrschenden Frage des Tötungsvorsatzes zusammen. Das Landgericht hat zwar das Vorliegen des Tötungsvorsatzes bejaht, aber es konnte nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob die Patientin in dem Zeitpunkt, in dem das Landgericht den Vorsatz angenommen hat, noch hätte gerettet werden können. In dubio pro reo musste deshalb davon ausgegangen werden, dass die erforderlichen Rettungshandlungen des Angeklagten zu spät gekommen wären. Wenn der Angeklagte die Lebensgefahr – wie vom Landgericht behauptet – erst erkannt hatte, als die Patientin schon nicht mehr zu retten war, liegt keine vollendete Tötung, sondern ein untauglicher Tötungsversuch vor, weil der Erfolg unabhängig vom Handeln oder Unterlassen des Angeklagten eingetreten ist.

Der Senat prüft in seinem Urteil nun im Wesentlichen genau diese Feststellungen und die darauf beruhenden Folgerungen, also in erster Linie, ob die Feststellungen die Annahme eines Tötungsvorsatzes überhaupt tragen. Obwohl der Senat dies im Ergebnis verneint und deshalb das Urteil mit samt der Feststellungen aufhebt, stellt er dennoch die rechtliche Erwägung an, ob es sich um einen Totschlag durch Unterlassen oder durch aktives Tun handelt. Auf die Revision des Nebenklägers hin denkt der Senat sogar weiter und zwei-

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=10dd38d2d54db9e0581849efc86eb059&nr=57334&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> und abgedruckt in NJW 2011, 2895.

felt daran, ob – unter der Voraussetzung, dass überhaupt Tötungsvorsatz nachgewiesen kann – nicht auch eine Strafbarkeit wegen versuchten Mordes in Betracht kommt, weil der Arzt in Verdeckungsabsicht gehandelt hat.

Keine rechtlichen oder tatsächlichen Bedenken hat der *Senat* hingegen, die Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu bejahen, die auch das Landgericht bereits angenommen hat. Wegen der rechtlichen Erwägungen des BGH zum Unmittelbarkeitszusammenhang sei auch auf diesen Punkt kurz zurückgekommen.

## II. Sachverhalt

Einen erheblichen Teil des Urteils des BGH nehmen der vom Landgericht festgestellte Sachverhalt und die daraus resultierenden Folgerungen des erstinstanzlichen Gerichts zum Tötungsvorsatz ein. Dieser Fall bietet dem Studierenden deshalb nicht nur Anlass, rechtliche Erwägungen nachzuvollziehen, sondern verdeutlicht auch die Schwierigkeiten in der Praxis, Motive und Kenntnisse des präsumtiven Täters aus dem tatsächlichen Geschehen zu schließen.

Der Angeklagte – ein erfahrener und in der Unfallchirurgie habilitierter Arzt – betrieb eine Tagesklinik in Berlin, in der er zahlreiche plastische chirurgische Eingriffe vornahm. Am 30.3.2006 unterzog sich die 49 Jahre alte gesunde S bei dem Angeklagten einer Bauchdeckenstraffung, verbunden mit einer Fettabsaugung, Entfernung einer Narbe und Versetzung des Bauchnabels. Für diese Operation hatte sie schriftlich ihr Einverständnis erklärt, allerdings nachdem der Angeklagte ihr der Wahrheit zuwider zugesichert hatte, dass am Tag der Operation ein Anästhesist zugegen sein würde. Kurz vor der Operation fragte S nach diesem, woraufhin die Arzthelferin antwortete, dass „dies der Doktor gleich mache“. 20 Minuten vor der Operation narkotisierte der Angeklagte die S, zwei weitere Narkosen folgten später. Eine Blutgasmessung, mit der die Sauerstoffversorgung des Gehirns zu bestimmen ist, erfolgte nicht.

Dieses Vorgehen entsprach nicht dem ärztlichen Standard, weil die konkreten Narkotisierungen in ihrer Kombination gesundheitliche Risiken bargen, die nur bei Überwachung durch einen Anästhesisten vorgenommen werden durften.

Beim Schließen der Wunde um 12.30 Uhr kam es bei S zu einem Herz-Kreislauf-Stillstand. Der Angeklagte reanimierte mittels einer Herzdruckmassage, während derer S erbrach. Der Angeklagte verabreichte Sauerstoff und andere Medikamente. Die Vitalwerte kamen wieder in den Normbereich, allerdings war der äußere Zustand der S unverändert und sie erlangte das Bewusstsein nicht wieder.

Auch diese Vorgehensweise war nicht *lege artis*, weil die fehlende Möglichkeit zu einer Blutgasanalyse eine sofortige Verlegung der Patientin in eine Intensivstation zu einer cerebralen Reanimation notwendig gemacht hätte.

Der Angeklagte führte seine Sprechstunde weiter und sah regelmäßig nach der Patientin. Dem Ehemann der S ließ er mehrfach ausrichten, mit seiner Frau sei alles in Ordnung, aber sie schlafe immer wieder ein. Um 18.30 Uhr fragte der Angeklagte erstmals im Krankenhaus an, ob auf der Intensivstation ein Bett frei sei. Dabei erklärte er ebenfalls, die Pa-

tientin schlafe immer wieder ein. Erst um 19.10 Uhr bestellte er einen Krankentransportwagen, allerdings ohne intensivmedizinische Ausrüstung. Dieser traf gegen 19.45 Uhr bei der Tagesklinik ein. Die Sanitäter erkannten sofort den Ernst der Lage und bemerkten, dass die Patientin Sauerstoff brauche. Nach einem heftigen Streit mit dem Angeklagten setzten sie durch, dass sie mit Blaulicht und Martinshorn in die Klinik fahren konnten, weil die Patientin in Lebensgefahr schwebte.

Bei der Einlieferung auf die Intensivstation verschwiegte der Angeklagte den zuvor eingetretenen Herzstillstand und die folgende Reanimation. Er übergab auch weder Krankenunterlagen noch teilte er Informationen über die verabreichten Medikamente mit. Zwar hinterließ er eine Mobilfunknummer, war aber unter dieser im weiteren Verlauf des Abends nicht zu erreichen. Erst am 3. April – also eine Woche nach der Operation – reichte er eine Kopie des Operationsberichts und ein Narkoseprotokoll ein. S verstarb am 12. April, ohne das Bewusstsein wieder erlangt zu haben.

Der genaue Zeitpunkt der irreversiblen Hirnschädigung durch die Unterversorgung mit Sauerstoff konnte nicht sicher bestimmt werden, aber sie trat nachmittags in der Klinik des Angeklagten ein. Hätte der Angeklagte die S sofort nach der Reanimation in ein Krankenhaus gebracht, hätte sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überlebt.

## III. Entscheidung des Senats

Das Landgericht Berlin hat den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit versuchtem Totschlag (§§ 227; 212, 22, 23; 52 StGB) verurteilt.

### 1. Körperverletzung mit Todesfolge

Die Verurteilung wegen § 227 StGB hebt der *Senat* zwar auf.<sup>2</sup> Dies geschieht aber nur, weil das Landgericht die Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit mit dem versuchten Totschlag bejaht hat. Letztere sieht der *Senat* als durch die Feststellungen nicht erwiesen an, so dass die Aufhebung der Verurteilung in diesem konkreten Fall auch die Verurteilung nach § 227 StGB erfasst.

#### a) Ärztliche Behandlung als Körperverletzung

Ob ein ärztlicher Heileingriff, der nach den Regeln der Kunst vorgenommen wird, eine Körperverletzung darstellt, gehört zu den klassischen Meinungsstreitigkeiten, die auch in der juristischen Ausbildung erörtert werden. Während die h.M. einen medizinisch indizierten, nach den Regeln der Kunst vorgenommenen Heileingriff als tatbestandliche Körperverletzung bejaht und zur Strafflosigkeit erst auf der Ebene der Rechtfertigung gelangt,<sup>3</sup> verneint die Gegenansicht, die in

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 30.

<sup>3</sup> BGHSt 11, 111; 45, 219 (221). Vgl. zur zivilrechtlichen Rechtsprechung BGHZ 29, 176; zustimmend *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 223 Rn. 56; *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 35. Aufl. 2011,

erster Linie von der älteren Literatur vertreten wurde,<sup>4</sup> schon die Tatbestandsmäßigkeit.<sup>5</sup>

In casu spielt dieser Streit aber keine Rolle, und zwar aus zwei Gründen. Zum einen handelt es sich nicht um einen Eingriff, der aus Heilzwecken indiziert war, sondern um eine kosmetische Operation. Plastische chirurgische Operationen sind grundsätzlich keine Heileingriffe, sondern dienen „nur“ der Herstellung oder Hebung des sozialen Wohlbefindens. Der Streit, ob medizinisch indizierte Heileingriffe tatbestandsmäßig sind oder nicht, stellt sich bei solchen Behandlungen deshalb gar nicht.<sup>6</sup> Der Angeklagte hat sich folglich wegen Körperverletzung strafbar gemacht, wenn S nicht eingewilligt hat. Da die Einwilligung davon abhängt, ob der Arzt den Patienten über die Bedeutung und Tragweite des Risikos aufgeklärt hat, ist die Aufklärung des Angeklagten entscheidend für die Klassifikation der konkreten Operation als Körperverletzung.<sup>7</sup>

Eine Aufklärung darüber, dass der Eingriff nur in Anwesenheit eines Anästhesisten vorgenommen werden darf, hat nicht stattgefunden. Das Landgericht ist dabei überzeugend davon ausgegangen, dass S die Operation abgelehnt hätte, wenn sie gewusst hätte, dass die Hinzuziehung eines Anästhesisten medizinisch geboten war und dies unterbleiben sollte. Die Operation stellt also eine Körperverletzung dar, wenn S nicht wirksam eingewilligt hat. Unstreitig hat sie dies nicht im Vorfeld nach der Aufklärung über die Risiken des Eingriffs getan.

#### b) Interpretation des tatsächlichen Geschehens

Nach der Überzeugung des Landgerichts, die vom Senat geteilt wird, ergibt sich auch nichts anderes daraus, dass S kurz vor der Operation von der Arzthelferin mitgeteilt bekommen hat, „der Doktor übernehme das gleich“. Grundsätzlich hätte auch die Möglichkeit bestanden, aus dem tatsächlichen Geschehen andere Rückschlüsse zu ziehen und zumindest über eine konkludente Einwilligung der Patientin in eine Operation ohne Narkosearzt nachzudenken.

Eine eindeutige Aufklärung darüber, dass die Anwesenheit eines Anästhesisten notwendig ist, nicht aber erfolgen soll, kann in der kurzen Bemerkung der Arzthelferin nicht gesehen werden. Darin sind sich sowohl das Landgericht als auch der Senat einig.<sup>8</sup> Diese Deutung verdient Zustimmung.

Rn. 329; Jäger, JuS 2000, 31 (34); Hardtung, JuS 2008, 864 (868).

<sup>4</sup> Deshalb als rechtsgeschichtliches Problem bezeichnet von Laufs, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, Kap. 2 § 6 Rn. 28; siehe aber auch Lackner/Kühl, Strafrecht, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 223 Rn. 8 mit weiteren aktuellen Nachweisen.

<sup>5</sup> Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341 (372); Hardwig, GA 1965, 161.

<sup>6</sup> Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 223 Rn. 34; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 223 Rn. 10.

<sup>7</sup> BVerfG NJW 1979, 1929; BGH NJW 1956, 1106; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 228 Rn. 14.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 21.

Die Aufklärungspflicht des Arztes ist nicht ohne Grund in zwischen stark formalisiert, weil dem Patienten nicht zugemutet werden soll, in aller Kürze und ohne intensive ärztliche Aufklärung seine Zustimmung zu einer unter Umständen komplizierten Operation zu geben.<sup>9</sup> Ein kurzer Hinweis einer Arzthelferin – noch dazu kurz vor dem Eingriff – genügt diesen Anforderungen nicht, zumal der Hinweis, dass der Doktor das „bald mache“, keineswegs eindeutig ist und so den Aufklärungspflichten keinesfalls genügen kann. S hat deshalb keine konkludente Einwilligung in eine Operation ohne Anästhesisten abgegeben, so dass der Angeklagte einen Eingriff ohne die erforderliche Einwilligung vorgenommen hat.

Ein Aufklärungsfehler führt grundsätzlich zur Bewertung des Eingriffs als Körperverletzung.<sup>10</sup> Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung und wird vom Senat hier ausdrücklich betont.<sup>11</sup> Der Streit, ob die fehlende Kausalität oder ein Zurechnungsmangel die Strafbarkeit entfallen lässt, wenn der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte oder sich nicht das Risiko realisiert hat, über das nicht aufgeklärt worden ist,<sup>12</sup> spielt in unserem Fall keine Rolle, weil S in eine Operation ohne Narkosearzt schwerlich eingewilligt hätte, wenn sie darüber aufgeklärt worden wäre, dass die Hinzuziehung eines solchen Arztes lege artis ist, in ihrem Fall aber unterbleiben soll. Da die unfachgemäße Narkotisierung und damit die fehlende Hinzuziehung eines Anästhesisten zum Tod führte, hat sich das Risiko realisiert, über das der Angeklagte nicht ordnungsgemäß aufgeklärt hat. Die an S vorgenommene Operation ist deshalb eine Körperverletzung.

#### c) Unmittelbarkeitszusammenhang des § 227 StGB

Durch den späteren Tod der S hat der Angeklagte sich deshalb wegen Körperverletzung mit Todesfolge strafbar gemacht. Problematisch ist hier allein, ob das verwirklichte Risiko vom Schutzzweck der verletzen Aufklärungspflicht erfasst ist.<sup>13</sup> Der Unmittelbarkeitszusammenhang ist nur gegeben, wenn sich gerade das Risiko im Erfolg verwirklicht hat, das der spezifischen Gefahr der Körperverletzung entspricht.<sup>14</sup>

Der Senat bejaht dies in casu. Ursächlich für den Tod seien die fehlerhaften Reanimationsbemühungen des Angeklagten gewesen. Dass solche überhaupt notwendig geworden sind, lag an der fehlerhaften Narkose, also auch an der unterlassenen Hinzuziehung eines Anästhesisten. Da es dieser Umstand war, über den der Angeklagte nicht ordnungsgemäß aufgeklärt hat, gehörten auch die Reanimationsbemühungen zur einwilligungslosen Operation. Damit habe sich das Risiko realisiert, für dessen Übernahme der Angeklagte durch seine

<sup>9</sup> Mit vielen Beispielen Lackner/Kühl (Fn. 4), § 228 Rn. 14.

<sup>10</sup> BGHSt 43, 306 (309).

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 30.

<sup>12</sup> Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 6), § 223 Rn. 40e-40f.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Eschelbach, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, Stand: 15.8.2011, § 227 Rn. 7.

<sup>14</sup> BGHSt 31, 96 (98); 48, 34 (37); BGH NSTz 2008, 150 (151); Puppe, NSTz 1983, 22.

mangelhafte Aufklärung verantwortlich sei. Der Operation, die durch die fehlende Beteiligung eines Anästhesisten und die darüber unterlassene Aufklärung zu einer Körperverletzung geworden ist, haftete deshalb die spezifische Gefahr an, die zum Tod des Opfers geführt hat.<sup>15</sup>

Im Ergebnis ist dem *Senat* hier Recht zu geben: Es war letztlich die Operation, die wegen der fehlenden Hinzuziehung eines Narkosearztes und dem Aufklärungsmangel eine Körperverletzung darstellt und gleichfalls wegen dieses Umstandes zum Tode geführt hat. Die vom Angeklagten selbst vorgenommene, nicht dem ärztlichen Standard entsprechende Narkose hat sich deshalb im Erfolg realisiert.

Zweifelhaft ist lediglich der Umweg des *Senats* über die angeblich todesbringenden Reanimationsanschlussbehandlungen des Angeklagten.

Nicht nur beim Totschlag, sondern bereits bei der Körperverletzung mit Todesfolge ist danach zu fragen, auf welchem Verhalten bzw. Unterlassen der Erfolg, also der Tod der S, beruht. Der *Senat* stellt hier auf die Reanimationsversuche des Angeklagten ab, nimmt also eine aktive Handlung an, die sich an die originäre Körperverletzung anschließt, die im Ergebnis zum Tod der S geführt hat. Das ist aber ausweislich des Geschehens gar nicht notwendig. Nach den zur objektiven Seite des Geschehens unwidersprochenen Feststellungen des Landgerichts ließ sich nicht mit Sicherheit nachweisen, dass die Reanimationsbemühungen des Arztes ursächlich für den Tod waren. Die medizinischen Sachverständigen nahmen eher an, dass die Reanimationsbehandlungen – bis auf die erste Herzmassage – insgesamt wirkungslos waren, zumindest aber den Zustand der S nicht verschlechtert hätten. Ursächlich war deshalb zwar das Unterlassen der erforderlichen Hilfe, nicht aber die nicht dem ärztlichen Standard entsprechende Anschlussbehandlung. Es ist aber gar nicht erforderlich, auf das Unterlassen abzustellen, weil sich im Tod die Gefahr der ursprünglichen Körperverletzung, nämlich die Operation ohne die Hinzuziehung eines Anästhesisten realisiert hat. Durch die unsachgemäße Narkose, in die S nicht eingewilligt hat und die deshalb eine Körperverletzung darstellt, ist die Gefahr entstanden, dass es zu einer Sauerstoffunterversorgung des Gehirns der S kommt. Diese Gefahr hat sich im späteren Tod realisiert, so dass der Unmittelbarkeitszusammenhang schon zwischen der ersten Körperverletzung und dem Todeserfolg vorliegt und es eines Rekurses auf die fehlerhafte Reanimationsanschlussbehandlungen oder das unterlassene Hilfesuch nicht bedarf.

## 2. Versuchter Totschlag durch Unterlassen

Das Landgericht hatte den Angeklagten nicht wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen, sondern durch aktives Tun verurteilt. Diese Verurteilung hebt der *Senat* auf, weil der Angeklagte dadurch rechtsfehlerhaft beschwert sei.

### a) Unterlassenstrafbarkeit

Dabei verweist der *Senat* auf die in der Rechtsprechung anerkannte Abgrenzung zwischen aktivem Tun und Unterlassen, indem auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit abgestellt

<sup>15</sup> Siehe auch BGHSt 33, 322 (323).

wird.<sup>16</sup> Dieser liege hier im Unterlassen der frühzeitigen Einweisung auf die Intensivstation und nicht in den erfolglosen Reanimationsbemühungen.<sup>17</sup> Die Versorgung der Patientin mit den kreislaufstabilisierenden Mitteln – also das aktive Tun – sei zudem eher nutzlos gewesen, so dass schon aus diesem Grunde der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf dem Unterlassen und nicht dem aktiven Tun gelegen habe.

### b) Tötungsvorsatz

Diese vom Landgericht abweichende Beurteilung ist aber nicht der einzige Grund, aus dem der *Senat* die Verurteilung des Angeklagten aufhebt. Nach Ansicht des *Senats* tragen die Feststellungen des Landgerichts die Verurteilung wegen Totschlags nicht, weil sich der Tötungsvorsatz nicht zweifelsfrei ergebe.<sup>18</sup>

Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit sind schon in einer Klausur nur schwierig voneinander abzugrenzen. Hier musste das Landgericht aber von objektiven Kriterien auf das Wissen und die Vorstellungen des Angeklagten schließen. Nach Ansicht des *Senats* reichen die Feststellungen, die das Landgericht getroffen hat, dafür nicht aus.

Das Vorliegen sachfremder Motive für den Entschluss, keinen Krankenwagen zu rufen, stelle jedenfalls keinen Erfahrungssatz dar, aus dem sich auf das Willenselement des bedingten Vorsatzes schließen ließe. Hier habe das Landgericht den Vertuschungshandlungen des Angeklagten entnommen, er habe sich zur Wahrung seiner eigenen Interessen mit dem Tod der Patientin abgefunden und damit billigend in Kauf genommen. Eine solche Argumentation sei aber nicht ausreichend, um den Tötungsvorsatz belegen zu können.<sup>19</sup> Das folge schon daraus, dass es rational gar nicht das Interesse des Angeklagten gewesen sein kann, den Tod der Patientin herbeiführen zu wollen. Der Angeklagte habe gehandelt, um die Aufdeckung seines Fehlverhaltens, nämlich die Operation ohne Anästhesisten, zu verhindern. Dies sei aber allenfalls möglich, wenn die Patientin überlebt. Im Falle des Todes der Patientin sei die kunstfehlerhafte Behandlung sicherlich bei einer zu erwartenden Obduktion entdeckt worden. Ein rational verankerter Zusammenhang zwischen Tod und dem Willen des Angeklagten, unentdeckt zu bleiben, sei deshalb nicht zu erkennen.<sup>20</sup>

Der *Senat* behauptet aber auch nicht, dass der Vorsatz in diesem Fall nicht vorgelegen habe, sondern hält lediglich die Feststellungen des Landgerichts für nicht ausreichend. Der Angeklagte selbst hat einen Tötungsvorsatz abgestritten, so dass die erstinstanzliche Kammer objektive Geschehnisse deuten und auf den Vorsatz des Angeklagten Rückschlüsse ziehen musste. Der *Senat* wirft dem Landgericht nicht vor,

<sup>16</sup> BGHSt 40, 257 (265); siehe dazu *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Fn. 4), Kap. 23 § 149 Rn. 20; kritisch *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 5, siehe aber auch § 13 Rn. 279.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 29.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 22 ff.

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 24.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 26.

dass dies anhand der von ihm getroffenen Feststellungen nicht möglich sei. Fehlerhaft sei lediglich das einseitige Abstellen auf die Vertuschungshandlungen. Diesen allein lasse sich nicht entnehmen, ob der Angeklagte den Tod der Patientin in Kauf genommen. Möglich sei nämlich auch eine andere Deutung, nämlich dass der Arzt aus Eigenüberschätzung und Verbohrtheit gehandelt habe.<sup>21</sup> Der Grund für die verspätete Einweisung der Patientin wäre dann nicht das Vertuschen der eigenen Fehlleistung durch die Tötung, sondern der Glaube daran, eben diese durch die eigenen Handlungen noch abwenden zu können. Mit dieser abweichenden möglichen Deutung wird sich das Landgericht auseinander setzen müssen.

### 3. Verdeckungsabsicht

Sollte das Landgericht dabei zu dem Ergebnis kommen, dass tatsächlich Tötungsvorsatz vorgelegen hat, muss es auch klären, ob ein Mord durch Unterlassen, namentlich aus Verdeckungsabsicht, vorgelegen hat. Wenn der Angeklagte nach Erkennen der Todesgefahr geplant hat, mit der Einlieferung so lange zu warten, bis die Patientin im Krankenhaus sicher versterben würde, hätte er unter Umständen geplant, den Nachweis seiner eigenen Verursachung zu erschweren.

An dieser Stelle bewertet der *Senat* auch das Verhalten des Angeklagten, nachdem er im Krankenhaus ein Bett bestellt hatte.<sup>22</sup> Die Rettungsassistenten diskutierten nach eigener Aussage heftig mit dem Angeklagten über die Notwendigkeit des Einsatzes von Sonderrechten. Diese sind nur einzusetzen, wenn ein Menschenleben in Gefahr ist. Das Landgericht wird das Verhalten des Angeklagten nach der Einweisung der Patientin daraufhin zu untersuchen haben, ob die Einschätzung Dritter – der Sanitäter und Ärzte des Krankenhauses – dem Angeklagten die gefährliche Situation seiner Patientin vor Augen geführt haben, so dass Tötungsvorsatz ab diesem Zeitpunkt vorlag. Wenn dies bejaht werden kann, kommt auch ein Mord in Betracht, weil nicht auszuschließen ist, dass der Angeklagte gehandelt hat, um seine vorherige Operation ohne wirksame Einwilligung und damit eine Körperverletzung zu verdecken.

## IV. Ausblick

Die Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz ist schon in der Theorie oftmals nicht einfach. In der Praxis aber stellt sich darüber hinaus das Problem, dass von Indizien auf den Vorsatz Rückschlüsse gezogen werden müssen.

Der Fall weist zu viele Besonderheiten auf, als dass sich ohne weiteres allgemeine Grundsätze für andere Fälle extrahieren ließen.<sup>23</sup> Der *Senat* hat aber eines deutlich gemacht: Die Annahme eines Tötungsvorsatzes bedarf einer gründlichen Feststellung der Motive des Täters. Es reicht nicht aus, dass es völlig unsachgerecht war, keine Hilfe zu holen; über diese Wertung dürfte Einigkeit bestehen. Das Verhalten nach

Einweisung der Patientin in die Intensivstation darf wohl als empörend eingestuft werden. Ein Arzt, der seine Patientin erst leichtsinnigerweise in Gefahr bringt und danach nichts unternimmt, um ihr zu helfen und den Menschen, die dies tun wollen, noch Steine in den Weg legt, verdient wenig Sympathie. Aber vielleicht ist es auch genau dieser Punkt, der gegen einen Tötungsvorsatz spricht. Es ist durchaus nicht von der Hand zu weisen, dass der Angeklagte bis zum Schluss an den guten Ausgang geglaubt hat, nämlich aus reiner Selbstüberschätzung.

Schon die Operation ohne die Hinzuziehung eines Anästhesisten war nach den Sachverständigengutachten leichtsinnig und medizinisch nicht vertretbar. Der Angeklagte hat es sich offensichtlich dennoch zugetraut. Nun könnte man schon zu diesem Zeitpunkt einen bedingten Tötungsvorsatz überlegen, weil es nicht auszuschließen ist, dass der Angeklagte wusste, dass die Gefahr des Todes durch eine kunstgerechte Narkose bestand und sich damit abgefunden hat. Gegen die Annahme eines solchen Vorsatzes spricht aber ein sehr gewichtiges Argument: Kein Arzt hat ein Interesse daran, dass die Patienten während oder nach seiner Operation versterben. Das Geschehen lässt deshalb nur die Deutung zu, dass der Angeklagte es nicht für notwendig hielt, einen ausgebildeten Narkosearzt hinzuziehen, weil er davon ausging, die Narkose selbst vornehmen zu können – offensichtlich eine Selbstüberschätzung. Es ist deshalb auch eine nicht fernliegende Deutung, dass der Arzt auch nach dem Eintritt der Komplikationen sich selbst und seine Fähigkeiten schlicht überschätzt hat und sich selbst nicht eingestehen wollte, dass er die Situation nicht mehr unter Kontrolle hatte.

In casu kann zumindest bis zur Einweisung ins Krankenhaus auch eine fehlerhafte Bewertung der eigenen Kenntnisse Grund für das Verhalten des Arztes sein.

Schwieriger wird es indes, auch die mangelnde Unterstützung des Angeklagten nach Einweisung noch zu erklären.<sup>24</sup> Spätestens zu diesem Zeitpunkt haben ihm mehrere Personen die gefährliche Lage, in der die Patientin sich befand, verdeutlicht. Der Angeklagte muss also spätestens dann erkannt haben, dass Lebensgefahr vorliegt. Ein Tötungsvorsatz kann hier nur abgelehnt werden, wenn der Angeklagte die Weitergabe der Information für nicht wesentlich gehalten hat, entweder weil die Ärzte des Krankenhauses die lebenserhaltenden Maßnahmen auch ohne seine Mitwirkung erfolgreich würden anwenden können oder im Gegenteil es der Patientin nichts mehr nützen würde, weil der Tod ohnehin nicht mehr abzuwenden war.

Der *Senat* hat einen Einzelfall entschieden und ist dabei sehr vorsichtig zu Werke gegangen – vielleicht sogar zu vorsichtig.<sup>25</sup> Er hat die Schwelle, bei der ein Tötungsvorsatz eines Arztes bei unterlassenen Rettungshandlungen angenommen werden darf, sehr hoch gesetzt. Grund dieser skrupulösen Haltung des *Senats* dürfte nicht zuletzt das irrationale Verhalten des Angeklagten gewesen sein. Seine Vertuschungshandlungen waren von Anfang an nicht dazu geeignet, die Fehler bei der Operation zu dauerhaft zu verheimlichen.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 26.

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 7.7.2011 – 5 StR 561/10, Rn. 33 ff.

<sup>23</sup> Siehe aber die grundsätzlichen Gedanken bei *Kudlich*, NJW 2011, 2856.

<sup>24</sup> *Kudlich*, NJW 2011, 2856 (2857).

<sup>25</sup> *Kudlich*, NJW 2011, 2856 (2857).

chen, wenn die Patientin verstirbt. Es musste ihm also aus eigenem Interesse daran gelegen haben, dass sie überlebt. Dann fragt sich aber noch viel mehr, warum er mit der Hinzuziehung professioneller Hilfe so lange gewartet hat.

*Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig*