



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

1 StR 300/03

vom  
15. Oktober 2003  
in der Strafsache  
gegen

wegen Anstiftung zur vorsätzlichen Körperverletzung

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. Oktober 2003 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Ravensburg vom 18. Februar 2003 mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Anstiftung zur vorsätzlichen Körperverletzung zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 50 € verurteilt. Die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt, hat mit der Sachrüge Erfolg; eines Eingehens auf die Verfahrensrügen bedarf es daher nicht. Hinsichtlich der Prozeßvoraussetzungen wird auf die zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts verwiesen.

I.

Nach den Feststellungen des Landgerichts war der Angeklagte Chefarzt der neurochirurgischen Abteilung der O.                      Klinik                      in R .

- früher das Krankenhaus E. . Wegen eines Bandscheibenvorfalls begab sich die Nebenklägerin Kr. im August 1996 zur operativen Behandlung in die dem Angeklagten unterstellte Abteilung. Durch eine zuvor erfolgte Kernspintomographie waren bei ihr ein schwerer Bandscheibenvorfall im Bandscheibenfach L 4/L 5 der Lendenwirbelsäule und ein leichter Bandscheibenvorfall im darunterliegenden Bandscheibenfach L 5/S 1 festgestellt worden. Der schwere Bandscheibenvorfall sollte operativ behandelt werden. Die zweite Oberärztin Frau Dr. K. führte mit einem jungen Assistenzarzt die Operation durch. Von ihr unbemerkt operierte sie in der darunterliegenden Etage L 5/S 1 und entfernte den kleinen Bandscheibenvorfall. Am nächsten Tag traten bei der Patientin Lähmungserscheinungen der unteren Extremitäten auf, die auf eine Beeinträchtigung von Nervenfasern hindeuteten. Ursache der Nervenbeeinträchtigung konnte ein Frührezidiv sein - dabei handelt es sich um einen erneuten Vorfall im selben Fach - oder das Fortbestehen des ursprünglichen Vorfalles nach Verwechslung der Etage. Röntgendiagnostische Untersuchungen und eine Computertomographie durch den Radiologen Dr. B. ergaben eindeutig die Verwechslung der Etage. Dies wurde von ihm und der Oberärztin ohne Zweifel erkannt und auch in der Krankenakte dokumentiert.

Dr. K. informierte den Angeklagten als ihren Chefarzt und fragte ihn, schockiert über ihren Kunstfehler, um Rat. Er riet ihr zu folgender Vorgehensweise, die auch ausgeführt wurde: Sie solle der Patientin den Fehler verschweigen und ihr die Notwendigkeit einer nochmaligen Operation im tatsächlich nicht operierten Fach L 4/L 5 mit einem Frührezidiv erklären. Dann solle sie bei der zweiten Operation den schweren Bandscheibenvorfall entfernen und außerdem den rechten Wirbelhalbbogen am darunterliegenden Lendenwirbel 5. Im zweiten Operationsbericht solle sie angeben, sie habe ein Frührezidiv, vorbenannten Wirbelhalbbogen und bei dieser Gelegenheit auch den kleinen

Bandscheibenvorfall entfernt. Entsprechend wahrheitswidrig aufgeklärt, erteilte die Patientin ihre Einwilligung zur zweiten Operation. Von dem Umstand, daß schon vor der Operation die Entfernung des rechten Wirbelhalbbogens L 5/S 1 beschlossen war, erfuhr sie nichts. Daß diese Entfernung medizinisch indiziert war, hat das Landgericht zugunsten des Angeklagten mangels möglicher anderweitiger Feststellungen angenommen.

Im Rahmen der Strafzumessung stellt die Kammer fest, daß die Nebenklägerin in Kenntnis des wahren Sachverhalts in die medizinisch zwingend indizierte zweite Operation eingewilligt hätte und die Operation im Ergebnis sowohl ihrem Willen als auch ihrem Interesse entsprach (UA S. 20). Weiterhin stellt die Kammer fest, die Patientin hätte - wäre sie über den Sachverhalt zutreffend unterrichtet worden - möglicherweise auch einer zweiten Operation durch Frau Dr. K. aufgrund der Notwendigkeit und Dringlichkeit zugestimmt. Möglicherweise hätte sie aber auch bei Kenntnis des von Frau Dr. K. am Vortag begangenen schweren Fehlers darauf bestanden, von einem anderen Arzt operiert zu werden. Von einer mutmaßlichen Einwilligung der Patientin seien jedoch weder der Angeklagte noch die Oberärztin Dr. K. ausgegangen (UA S. 7).

## II.

Die Urteilsfeststellungen tragen den Schuldspruch wegen Anstiftung zu einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Körperverletzung nicht (§§ 223, 26 StGB).

1. Zutreffend geht das Landgericht im rechtlichen Ansatz davon aus, daß ärztliche Heileingriffe nur durch eine von Willensmängeln nicht beeinflusste Einwilligung des Patienten gemäß § 228 StGB gerechtfertigt sind (BGHSt 16,

309). Es hat daher rechtsfehlerfrei angenommen, daß die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung - über die Ursache der notwendig gewordenen zweiten Operation - unwirksam war, d.h. keine rechtfertigende Wirkung entfalten konnte.

2. Soweit die Kammer sich mit einer "mutmaßlichen Einwilligung" befaßt, ist offenkundig eine hypothetische Einwilligung gemeint. Um einen ärztlichen Eingriff, der dem mutmaßlichen Willen des Patienten entspricht, der nicht befragt werden kann, geht es hier erkennbar nicht (vgl. zum Begriff BGHSt 35, 246).

3. Hinsichtlich einer hypothetischen Einwilligung sind die Urteilsfeststellungen im objektiven Bereich lückenhaft. Das Landgericht hätte sich nicht mit der Feststellung begnügen dürfen, der Angeklagte und Dr. K. seien von einer "mutmaßlichen" - richtigerweise hypothetischen - Einwilligung der Patientin in die konkret durchgeführte Operation durch die Oberärztin bei wahrheitsgemäßer Aufklärung nicht ausgegangen. Damit ist lediglich für die subjektive Tatseite belegt, daß der Angeklagte zu einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Tat anstiften wollte.

Die Rechtswidrigkeit entfällt aber, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte. Der nachgewiesene Aufklärungsmangel kann nur dann zur Strafbarkeit wegen Körperverletzung und wegen der Akzessorietät auch nur dann zur Strafbarkeit der Anstiftung zu dieser Tat führen, wenn bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung unterblieben wäre (BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2; Eser in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 223 Rdn. 40; BGH NStZ 1996, 34 - Urt. vom 29. Juni 1995 - 4 StR 760/94 -; im Zivilrecht BGH NJW 1984, 1397; BGH NJW 1991, 2344). Dies ist dem Arzt nachzuweisen. Verbleiben Zweifel, so ist

nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" zugunsten des Arztes davon auszugehen, daß die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erfolgt wäre (BGH NStZ 1996, 34; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, Rdn. 132).

Die Kausalität des Aufklärungsmangels hat das Landgericht offengelassen. Bei der Kausalitätsprüfung ist auf das konkrete Entscheidungsergebnis des jeweiligen Patienten abzuheben. Es kommt nicht darauf an, daß er sich ohnehin hätte operieren lassen müssen oder daß ein vernünftiger Patient eingewilligt hätte (BGH NJW 1984, 1397; Eser aaO). Das Landgericht hätte nicht offenlassen dürfen, ob die Nebenklägerin in Kenntnis des wahren Sachverhalts möglicherweise auch in eine Operation durch Frau Dr. K. eingewilligt, möglicherweise aber auch darauf bestanden hätte, von einem anderen Arzt operiert zu werden. Es hätte auch nicht offenlassen dürfen, ob die Nebenklägerin der zuvor beschlossenen Entfernung des Wirbelhalbbogens zugestimmt hätte, selbst wenn diese Entfernung medizinisch indiziert gewesen sein sollte. Daß die zweite Operation im Ergebnis ihrem Willen und Interesse entspricht, reicht nicht aus. Eine "in dubio" Entscheidung durch das Revisionsgericht kommt nicht in Betracht, weil weitere Feststellungen zur hypothetischen Einwilligung möglich erscheinen.

### III.

Für die neue Hauptverhandlung sieht der Senat Anlaß zu folgendem Hinweis:

Bei einer Befragung der Geschädigten zur hypothetischen Einwilligung ist deren Äußerung und Begründung einer Würdigung zu unterziehen. Diese muß erkennen lassen, daß die Entscheidung der Patientin zum damaligen Zeitpunkt aus ihrer Sicht bei Aufdeckung des wahren Sachverhalts eine nachvollziehbare und mögliche Schlußfolgerung ist (BGH NStZ 1996, 34).

Nack

Wahl

Schluckebier

Kolz

Elf