

F A M O S

(Der *F*all des *M*onats im *S*trafrecht)

August 2003

Hepatitis - Fall

Fahrlässige Körperverletzung / Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen

§§ 13, 229 StGB

Leitsätze der Verf.:

- 1. Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen ist in normativer Betrachtung unter Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns danach vorzunehmen, wo der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt.**
- 2. Die „Unterlassungskomponente“, die im Unterlassen von Sorgfaltsvorkehrungen liegt, ist wesensmäßig mit einem fahrlässigen aktiven Tun verbunden und ändert nichts am aktiven Begehungscharakter der Verhaltensweise.**

BGH, Urteil vom 14. März 2003 - 2 StR 239/02, abgedruckt in NStZ 2003, 657

1. Sachverhalt

A, Leiter einer Klinik für Herzchirurgie, operiert selbst mehrere hundert Patienten pro Jahr. Er ist, was er nicht weiß, Träger des Hepatitis-B-Erregers. Damit infiziert er insgesamt zwölf Patienten bei Operationen, die er als solche fachgerecht durchführt. Ihm war zwar die Gefahr wechselseitiger Infektionen zwischen Ärzten und Patienten einschließlich des besonderen Risikos bei chirurgischen Eingriffen bekannt. Auch war er darüber informiert, dass regelmäßig Kontrolluntersuchungen beim Klinikpersonal stattfinden. Er selbst hat sich aber nicht untersuchen lassen.

2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Das Problem des Falles ist leicht zu identifizieren: Soll A wegen der Erkrankung der Patienten strafrechtlich unter dem Gesichtspunkt fahrlässiger Körperverletzung verantwortlich gemacht werden für **ein Tun**, nämlich weil er die zur Infektion führenden Operationen vorgenommen hat, **oder für ein Unterlassen**, nämlich weil er sich nicht zuvor einer Kontrolluntersuchung unterzogen hat? Davon hängt einiges ab. Die Unterschiede werden deutlich, wenn man sich einige Besonderheiten des (unechten) Unterlassens vor Augen hält.¹

- Die Kausalität bedarf hypothetischer Feststellungen.²

¹ Vgl. den Aufbau des vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikts bei *Joecks*, StGB, 4. Aufl. 2003, § 13 Rn. 10.

² Dieser Prüfungspunkt ist im Arztstrafrecht von besonderer Bedeutung, weil sich bei ärztlichen Eingriffen die hypothetischen Kausalverläufe oft nur sehr schwer bestimmen lassen; vgl. *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 140 Rn. 9 f.

- Erfüllt sein müssen die Voraussetzungen von § 13 Abs. 1 StGB (Garantenstellung und Gleichwertigkeit).
- Als tatbestands- oder schuldausschließender Grund ist die Unzumutbarkeit der Vor- nahme der gebotenen Handlung zu berücksichtigen.
- Der Verjährungsbeginn liegt möglicherweise früher.
- Die Strafe kann nach § 13 Abs. 2 StGB gemildert werden.

Bevor wir das Abgrenzungsproblem näher in Augenschein nehmen, ist eine klarstellende Bemerkung zu seiner Relevanz nötig: Ob ein Tun oder Unterlassen vorliegt, ist in der Regel mit natürlicher (also juristisch unverbildeter) Lebensanschauung leicht festzustellen.³ Wer auf Grund eines Willensentschlusses in Vorgänge der Außenwelt eingreift und dadurch ein Ge- schehen in Gang bringt oder in eine bestimmte Richtung lenkt, tut etwas; wer in ein bereits ablaufendes Geschehen nicht eingreift, obwohl er dies könnte, unterlässt etwas. In den meisten Fällen reicht diese **Daumenregel** aus, um ein zutreffendes Ergebnis zu erzielen.

Eine solchermaßen natürliche Betrachtung gerät an ihre Grenzen, wenn das Verhalten des Täters Elemente sowohl eines Tuns als auch eines Unterlassens aufweist, also **zwei- deutig (ambivalent)** ist. Eine Untergruppe dieser Fälle bildet fahrlässiges Verhalten wie das vorliegende, bei dem ein Tun mit der Vernachlässigung von Sicherheitsvorkehrungen einher geht.⁴

Bei den Bemühungen um Kriterien für eine Lösung von Zweifelsfällen ist der BGH früh mit einer Formel hervorgetreten, die bis heute das Feld beherrscht. Seit BGHSt 6, 46, 59 stellt die Rechtsprechung bei der Abgrenzung einheitlich auf den **Schwerpunkt der Vorwerfbar- keit** ab.⁵ Die Literatur hat sich dazu überwiegend positiv geäußert.⁶ Allerdings sind Variatio- nen im Sprachgebrauch festzustellen. Das hat damit zu tun, dass der Begriff der Vor- werfbarkeit in diesem Zusammenhang missverständlich ist. Er wird ansonsten als Synonym für Schuld verwendet.⁷ Über die Schuld lässt sich jedoch noch gar nichts sagen, wenn es um die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen geht, denn diese steht am Anfang der straf- rechtlichen Prüfung. Daher wird stattdessen vom „Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens“⁸ oder vom „eigentlichen Unwert des Verhaltens“⁹ gesprochen. Die einheitliche Grundlage besteht darin, dass die Abgrenzung als ein normativ zu lösendes Problem ange- sehen wird. Eine rein empirische, auf äußere Vorgänge abstellende Betrachtung wird als unzulänglich abgelehnt.¹⁰

Die Schwerpunktformel wird vielfach und mit vielen Argumenten kritisiert. Der Hauptein- wand lautet: Sie enthalte eine völlig unbestimmte Prüfungsanweisung, die keine klare Zuord- nung ermögliche und die Abgrenzung einem „irrationalen Gefühlsurteil“ ausliefere.¹¹

Was wird dagegen gesetzt? Zur Hauptsache werden zwei Alternativangebote gemacht.¹² Eine weit verbreitete Auffassung stellt auf den kausalen Energieeinsatz ab und wird daher auch **Kausalitätslehre** genannt. Danach soll ein Fall immer dann als Begehungsdelikt erör- tert werden, wenn ein aktiver Energieeinsatz für den Erfolg kausal gewesen ist oder doch nach der Vorstellung des Täters werden sollte.¹³ Eine andere Lehre firmiert unter „**Konkur-**

³ Vgl. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 603; *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 18 Rn. 13.

⁴ Prominente Beispiele aus diesem Bereich: Ziegenhaar-Fall (RGSt 63, 211), Apotheker-Fall (RGSt 15, 151), Fahrradleuchtenfall (RGSt 63, 392) und Lastzugfall (BGHSt 11, 1).

⁵ Vgl. z. B. BGHSt 40, 257, 265; BGH NSTZ 1999, 607.

⁶ Vgl. *Stree*, in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, Vorbem §§13 ff. Rn. 158 mit Nachweisen.

⁷ Vgl. *Naucke*, Strafrecht – Eine Einführung, 10. Aufl. 2002, § 7 Rn. 29.

⁸ *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 32. Aufl. 2002, Rn. 700.

⁹ *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 173.

¹⁰ *Wessels/Beulke* (Fn. 8), Rn. 700.

¹¹ *Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 31 Rn. 80.

¹² Vgl. die zusammenfassenden Darstellungen bei *Kindhäuser*, LK-StGB, § 13 Rn. 70-73, und *Strat- enwerth*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2000, § 13 Rn. 2.

¹³ So z. B. *Roxin* (Fn. 11), § 31 Rn. 78.

renzlösung¹⁴.¹⁴ Sie schlägt vor, das Verhalten in seine einzelnen Komponenten zu zerlegen und diese entsprechend ihrer Ausrichtung als Begehungs- oder Unterlassungstat zu würdigen. Sind sowohl die Tuns- als auch die Unterlassungskomponente relevant, so soll das Unterlassen als subsidiär zurücktreten. Ein Unterlassen kann also eine strafrechtliche Haftung nur dann begründen, wenn nicht an ein Handeln des Täters angeknüpft werden kann. Darin ist eine grundsätzliche Einschätzung der Unterlassungsstrafbarkeit enthalten: Sie sei dem Verdacht unzulässiger Freiheitsbeschränkung ausgesetzt; daher bestehe ein „Primat des Begehens durch Tun“.¹⁵

Um diese Lehren rankt sich eine weit ausgreifende akademische Diskussion, die theoretisch interessant, praktisch aber nur in Grenzen relevant ist. Man sollte zur Kenntnis nehmen, dass sich von der Grundlagendiskussion über die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen spezielle Diskussionen abgekoppelt haben. Sie befassen sich mit einzelnen Fallgruppen, deren Lösung sich in der Praxis immer wieder als schwierig erweist. Zur Hauptsache sind es drei Fallgruppen:¹⁶

- Fahrlässigkeitstaten,
- Rettungsfälle und
- Sterbehilfeaktionen.

Bei der Bearbeitung dieser Fälle werden häufig Argumente verwendet, die nur wenig mit den Grundpositionen zusammenhängen; zumeist werden sie aus der spezifischen Struktur des Fallmaterials entwickelt.

Nehmen wir die uns hier besonders interessierenden **Fahrlässigkeitsfälle**. Die Abgrenzungsfrage gilt hier vielfach als **Scheinproblem** oder zumindest als Problem, bei dem sich der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit leicht feststellen lässt.¹⁷ Bei Fahrlässigkeitstaten liege der Handlungsunwert in einem Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und enthalte allein schon dadurch ein Unterlassungsmoment. Dieses dürfe als solches nicht zu einer Einordnung als Unterlassungstat führen, weil dann konsequenterweise jedes fahrlässige Verhalten als Unterlassen eingestuft werden müsse. Das stehe im Widerspruch dazu, dass die strafrechtliche Rechtsordnung die Kategorie der fahrlässigen Begehungstat voraussetze. Soweit sich das Unterlassungsmoment als bloße für Fahrlässigkeitsdelikte notwendige Begleiterscheinung eines Tuns darstelle, sei eine Begehungstat anzunehmen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Zu einer Auseinandersetzung mit der Abgrenzungsproblematik sieht sich der BGH veranlasst, weil sich im Urteil der Vorinstanz Passagen finden, in denen davon die Rede ist, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf dem Unterlassen der Untersuchungen liege. Da das Landgericht gleichwohl wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Tun verurteilt hat, rügt dementsprechend der Angeklagte mit seiner Revision die Rechtsanwendung als fehlerhaft und bringt in diesem Zusammenhang vor, dass er die Operationen doch fachgerecht durchgeführt habe.

Der Senat lässt von vornherein keinen Zweifel: Eindeutig seien Begehungstaten gegeben. Den Ausgangspunkt der Begründung bildet die Schwerpunktformel. In der Ausführung wird dann maßgeblich auf das Spezifische des Fahrlässigkeitsvorwurfs abgestellt. Da ein infizierter Chirurg nicht operieren dürfe, gebe die Vornahme der Operationen den Ausschlag. Dass dem A dabei kein handwerklicher Fehler unterlaufen sei, ändere daran nichts. Das Unterlassen der Kontrolluntersuchungen könne dagegen – für sich genommen – nicht zu einer Strafbarkeit führen, weil andere erst durch die gleichwohl durchgeführten Operationen

¹⁴ Vertreten u. a. von *Kindhäuser* (Fn. 12), § 13 Rn. 72.

¹⁵ *Gropp*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2001, § 31 Rn. 61 f.

¹⁶ Vgl. die Darstellungen bei *Wessels/Beulke* (Fn. 8), Rn. 700-705; *Ebert* (Fn. 9), S. 173 f.; sowie die Fälle bei *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 211, 224, 245 und 246.

¹⁷ Vgl. zum Folgenden *Ebert* (Fn. 9), S. 173; *Kühl* (Fn. 3), § 18 Fn. 24; sowie aus der Spezialliteratur *Fünfsinn*, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdeliktes durch Unterlassen im Strafrecht, 1985, S. 41 f.; *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 73; *Ulsenheimer*, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, S. 100.

gefährdet worden seien. Die **Unterlassung** erweise sich somit als „wesensnotwendig mit dem fahrlässigen aktiven Tun verbunden“; sie lasse den „aktiven Begehungscharakter der Verhaltensweise“ unberührt.

Dieser Hauptstrang der Argumentation wird unterstützt durch ein vergleichendes Argument: „Bei bewusst fahrlässigem oder gar bedingt vorsätzlichem Verhalten des Angeklagten bestünde auch kein Zweifel, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bei der Durchführung der Operationen in infiziertem Zustand und nicht im Unterlassen der gebotenen Untersuchung liegt.“

4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Die Entscheidung bestätigt die **Ausdifferenzierung der Diskussion**, von der schon oben unter 2. die Rede war. In bestimmten Bereichen, hier im Bereich der Fahrlässigkeit, erübrigt sich ein Eingehen auf den grundsätzlichen Theorienstreit. Man könnte sogar noch einen Schritt weitergehen als der BGH und die Verbindung mit der Schwerpunktformel kappen. Bei einer klausurmäßigen Bearbeitung des Falles könnte ohne weiteres etwa folgendermaßen formuliert werden:

„A hat mit der Ausführung der Operation eine Handlung vorgenommen, die ursächlich für den Erfolgseintritt geworden ist und deren potentielle Gefährlichkeit durch eine vorangehende Sicherheitsmaßnahme hätte kontrolliert werden müssen. Diese hat er unterlassen. Damit verlagert sich der Prüfungsansatz jedoch nicht auf ein Unterlassen. Denn ist das Unterlassen, wie hier, nur ein notwendiges Element des Fahrlässigkeitsvorwurfs ohne weiterreichende Bedeutung, so ändert es nichts an der Ausprägung eines kausalen fahrlässigen Tuns als Begehungstat.“

Ein solchermaßen **abkürzendes Prüfungsverfahren** hat seine Berechtigung insbesondere in Fällen mit einer zeitlichen Differenz, in denen zunächst vorbeugende Sicherungsmaßnahmen unterblieben sind, ohne dass damit schon eine Gefährdung anderer verbunden war, und der Täter erst danach gefährlich agiert.

Wenn mit diesen Überlegungen das Unterlassen im Fahrlässigkeitsbereich zurückgedrängt wird, so bedeutet das natürlich nicht, dass es kein fahrlässiges Unterlassen mehr gibt. Zur Verdeutlichung der Unterschiedlichkeit solcher Fälle im Vergleich zum vorliegenden seien hier mögliche **Fallkonstellationen fahrlässiger Unterlassungstaten** genannt:¹⁸

- Fahrlässiges Nichterkennen des bevorstehenden Eintritts eines tatbestandmäßigen Erfolges,
- fahrlässiges Nichterkennen einer gegebenen Rettungsmöglichkeit,
- fahrlässig falsche Auswahl oder Ausführung der Rettungsmöglichkeit,
- fahrlässiges Nichterkennen der Garantenstellung.

In allen diesen Fällen läuft das Geschehen auf den Eintritt eines tatbestandlichen Erfolges zu. Vom Garanten wird verlangt, dass er eine bestimmte Handlung vornimmt, um diesen Erfolg abzuwenden. Aus Fahrlässigkeit geschieht dies nicht und der Erfolg tritt ein.

Besonders schwierige Abgrenzungsfragen ergeben sich im **Überschneidungsbereich zwischen Fahrlässigkeitsfällen und Rettungsfällen**. Wie jedenfalls vom Grundsatz her unterschieden werden kann, sei kurz an der Konstellation der fahrlässigen Ausführung der gebotenen Rettungshandlung aufgezeigt. Hat die fahrlässige Ausführung nicht die gewünschte Unterbrechung des Geschehensablaufes zur Folge, so liegt ein fahrlässiges Unterlassensdelikt vor. (Beispiel: Der Garant, selbst Nichtschwimmer, wirft dem Ertrinkenden den Rettungsring zu, jedoch fahrlässig so schlecht, dass dieser ihn nicht erreichen kann.) Ein Tun ist dagegen anzunehmen, wenn die fahrlässige Ausführung eine eigenständige Ursache für den Erfolgseintritt darstellt. (Der Garant wirft den Ring dem Ertrinkenden fahrlässig direkt an den Kopf, so dass dieser ohnmächtig wird und ertrinkt.)¹⁹

¹⁸ Vgl. die Zusammenstellung bei *Jescheck/Weigend* (Fn. 3), S. 633 f. mit kurzen Beispielen.

¹⁹ In Anlehnung an vergleichbare Abgrenzungen im Vorsatzbereich; vgl. *Kühl* (Fn. 3), § 18 Rn. 20 f.

Was die praktische Bedeutung der Entscheidung angeht, so ist lediglich zu konstatieren, dass der BGH nicht nur an der Schwerpunktformel festhält, sondern auch eine Absicherung dieses Ansatzes gegenüber den konkurrierenden Lehren nicht mehr für nötig hält. Speziell für den Bereich ärztlicher Behandlungsfehler gilt, dass die Chancen schlecht stehen, unter Anknüpfung an unterbliebene Sicherungsvorkehrungen eine in den Rechtsfolgen (§ 13 Abs. 2 StGB) günstigere Bestrafung wegen Unterlassens zu erreichen. Im vorliegenden Fall kam es sogar zu einer bemerkenswert hohen Geldstrafe (300 Tagessätze zu 1.500 DM). Zuvor sind Ärzte in vergleichbaren Fällen vielfach günstiger davongekommen.

5. Kritik

An der Entscheidung ist im Ergebnis nichts zu bemängeln. Kritikwürdig erscheint allenfalls, wie wir unter 4. schon haben anklingen lassen, dass die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen stärker problematisiert wird als unbedingt nötig. Fahrlässigkeitsfälle der vorliegenden Art lassen sich unter Vermeidung allgemeiner Erwägungen zum Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit kürzer abtun.

(Dem Text liegt ein Entwurf von Martin Sprengel zugrunde.)