

# Neue Zeitschrift für Strafrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Hans Dabs, Rechtsanwalt, Bonn – Thomas Dittmann, Ministerialdirektor, Berlin – Prof. Dr. Thomas Fischer, Richter am BGH, Karlsruhe – Dr. Margarete Gräfin von Galen, Rechtsanwältin, Berlin – Prof. Monika Harms, Generalbundesanwältin beim BGH, Karlsruhe – Prof. Dr. Markus Jäger, Richter am BGH, Karlsruhe – Dr. Christoph Knauer, Rechtsanwalt, München – Dr. Daniel M. Krause, Rechtsanwalt, Berlin – Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg – Prof. Herbert Landau, Richter des BVerfG, Karlsruhe – Prof. Dr. Klaus Letzgus, Staatssekretär a. D., Rechtsanwalt, München – Dr. Klaus Miebach, Richter am BGH a. D., Karlsruhe – Prof. Dr. Helmut Satzger, München – Prof. Dr. Hartmut Schneider, Bundesanwalt beim BGH, Leipzig – Thomas Ullenbruch, Richter am Amtsgericht, Gundelfingen – Prof. Dr. Gunter Widmaier, Rechtsanwalt, Karlsruhe/München – in Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Schriftleitung: Bundesanwalt beim BGH Prof. Dr. Hartmut Schneider

Heft 5  
Seite 241 – 304  
31. Jahrgang  
15. Mai 2011

## Aufsätze

Professor Dr. Hans Kudlich, Erlangen, und Professor Dr. med. Uwe Schulte-Sasse, Heilbronn

### „Täter hinter den Tätern“ in deutschen Krankenhäusern?

#### Strafbarkeit von „patientenfernen“ Entscheidern in Gesundheitseinrichtungen bei organisationsbedingten Patientenschäden

##### I. Hinführung

Das „Strafrecht des Gesundheitswesens“ ist in der jüngeren Vergangenheit zwar vor allem durch Diskussionen über wirtschaftsstrafrechtliche Sachverhalte – etwa Betrug oder Untreue gegenüber Krankenkassen<sup>1</sup> oder aber korruptionsstrafrechtliche Fragen des „Sponsoring“<sup>2</sup> – geprägt. Die Kernmaterie des Arztstrafrechts<sup>3</sup> sind aber nach wie vor (insbesondere fahrlässige) Tötungs- und Körperverletzungsdelikte<sup>4</sup>. Angeklagt finden sich hier vor allem ärztliches Personal, mitunter auch Pflegepersonal – regelmäßig aber nicht: Mitglieder des (gehobenen) Verwaltungspersonals wie kaufmännische Leiter, Geschäftsführer von Kliniken oder (je nach konkreter Organisationsform) vergleichbare Personen. Dieses jedenfalls strafrechtliche „Unangetastet-Bleiben“ der patientenfernen Entscheider ist auch für den Bereich von Körperverletzungs- bzw. Tötungsdelikten nicht so selbstverständlich, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Denn gerade bei den hier vorrangig interessierenden Fahrlässigkeitsdelikten ist strukturell eine Verantwortung als – plastisch trotz der dogmatisch an sich nicht richtigen „Schublade“ hier einmal als solche zu bezeichnende – „Täter hinter den Tätern“ bzw. als – etwas farbloser, aber dafür dogmatisch korrekter – Nebentäter ohne weiteres vorstellbar<sup>5</sup>.

##### II. Strafrechtsdogmatische Grundlagen im Überblick

Um die nachfolgenden Fallschilderungen sogleich besser einordnen zu können, sollen vorweg kurz einige wesentliche Strukturen der Fahrlässigkeitsdogmatik noch einmal in Erinnerung gerufen werden, die für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bei arbeitsteiligen Arbeitsvorgängen im Allgemeinen und bei der Frage nach einer Verantwortung der patientenfernen Entscheider im Besonderen eine Rolle spielen können:

1. Täter eines Fahrlässigkeitsdelikts kann nach dem Modell des Einheitstäters im Grundsatz jeder sein, der den Erfolg pflichtwidrig mit herbeigeführt hat<sup>6</sup>. Eine Abgrenzung nach Täter und Teilnehmer findet insoweit nicht statt, und in den meisten Fällen ist auch unerheblich, ob eine (von der h.M. bislang abgelehnte<sup>7</sup>) Mittäterschaft möglich ist, da für den pflichtwidrig Handelnden bzw. Unterlassenden eine eigene täterschaftliche Verantwortung in Betracht kommt.

2. Wesentliches Strukturmerkmal der Fahrlässigkeit ist nach h. M. die Sorgfaltspflichtverletzung, die bei Fahrlässigkeitsdelikten die entscheidende Grenze zwischen bloßer schicksalhafter Ursächlichkeit und rechtswidrigem, strafwürdigem Verhalten beschreibt<sup>8</sup>. Als Quellen der ein-

1) Vgl. nur BGHSt 49, 17; Ulsenheimer ArztstrafR in der Praxis, 4. Aufl., Teil I, § 15 Rn 15/2; ders. MedR 2005, 622 ff.; Brandts/Seier in Putzke u. a. (Hrsg.), Herzberg-FS, 2008, S. 811, 814 f.

2) Vgl. etwa Pragal NStZ 2005, 133 ff.; ders./Apfel Arzneimittel & Recht 2007, 10 ff.

3) Vgl. zu den dazu gehörigen Fragen insbesondere das Standardwerk von Ulsenheimer (o. Fn 1).

4) Allein diese Komplexe nehmen denn auch folgerichtig im Hdb. von Ulsenheimer (o. Fn 1) rund 60% des gesamten Umfangs des materiellen Strafrechts ein.

5) Zur Nebentäterschaft allgemein etwa Lackner/Kühl 26. Aufl., § 25 Rn 8; eingehend Murmann Die Nebentäterschaft im Strafr, 1993; zur Fahrlässigkeit als praktisch wichtigem Fall der Nebentäterschaft vgl. nur von Heintschel-Heinegg/Kudlich StGB = BeckOK/StGB, Ed. 12, Stand 1. 9. 2010), § 25 Rn 62.

6) Vgl. von Heintschel-Heinegg/Kudlich § 15 Rn 72.

7) Vgl. nur Lackner/Kühl § 25 Rn 13; S/S-Cramer/Heine 27. Aufl., vor § 25 Rn 116; von Heintschel-Heinegg/Kudlich § 25 Rn 57; a. A. etwa Renzikowski Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 284; Roxin Strafr AT/II, 2003, § 25 Rn 242; Weißer JZ 1998, 230; ausf. Diskussion bei Kamm Die fahrlässige Mittäterschaft 1999.

8) Vgl. nur BGHSt 3, 203; BGH NJW 2000, 2754, 2758; NStZ 2003, 657, 658; Kühl Strafr AT, 6. Aufl., § 17 Rn 22 f.; Lackner/Kühl § 15 Rn 36 f.; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben § 15 Rn 121 f.; Fischer 57. Aufl., § 15 Rn 14, 16; von Heintschel-Heinegg/Kudlich § 15 Rn 35.

zuhaltenden Sorgfaltspflichten kommen dabei neben gesetzlichen Sondernormen insbesondere auch berufliche *leges artis* sowie die allgemeine Maßstabsfigur des sorgfältigen (d. h. nicht nachlässigen, aber auch nicht „krankhaft übervorsichtigen“), besonnenen „Durchschnittsbürgers“ in der konkreten Situation des Täters in Betracht. Die (nicht empirische, sondern normative) Frage, wie dieser sich verhalten würde, ist anhand einer Abwägung von Maß und Wahrscheinlichkeit einer Gefahr mit den Erfordernissen des sozialen Verkehrs vorzunehmen, der durch Strafbarkeitsrisiken nicht zum Erliegen gebracht werden soll. Mit anderen Worten: Es geht um eine Abwägung der – nach Art und Größe des Risikos abgestuften – Rechtsgüterschutzinteressen einerseits mit der Handlungsfreiheit andererseits<sup>9</sup>.

Dass diese Abwägungen (ebenso wie die *leges artis* eines Berufsstandes) Änderungen unterworfen sind und die „Wertigkeit“ der Rechtsgüter bei unterschiedlichen rechtspolitischen Rahmenbedingungen verschieden festgesetzt werden wird, liegt auf der Hand. Solche Veränderungen dürfen zwar einerseits nicht völlig ausgeblendet werden, können andererseits aber auch nicht alles rechtfertigen, denn allein die Tatsache, dass ein Missstand zunehmend überhand nimmt, führt nicht dazu, dass er für das Strafrecht (das gerade kontrafaktisch verhaltensstabilisierend wirken soll!<sup>10</sup>) automatisch „sozialadäquat“ wird.

3. Soweit mehrere Beteiligte pflichtwidrig für den Erfolg kausal geworden sind, lehnt die heute h. M. im Ausgangspunkt ein „Regressverbot“ dahingehend, dass die Verantwortung gleichsam von unmittelbaren Verursacher für alle weiter entfernten Verursacher „absorbiert“ würde, ab. Zwar ist bei mehreren (insbesondere in der Kausalkette hintereinander auftretenden) Verursachern durchaus an Einschränkungen der Zurechnung unter Gesichtspunkten wie etwa dem eigenverantwortlichen Dazwischentreten eines Dritten zu denken<sup>11</sup>; indes greifen diese nach allgemeinen Grundsätzen insbesondere dann ein, wenn der zeitlich später unmittelbar verursachende Beteiligte eine neue, für den Ersthandelnden unvorhersehbare Gefahrenquelle schafft. Dagegen wird die Zurechnung nicht unterbrochen, wenn die neue Kausalkette die alte fortführt bzw. auf dieser aufbaut<sup>12</sup>.

Eine solche (ergänzende) Fahrlässigkeitshaftung auch des nicht-mittelbaren Verletzers, der gefahrenanfällige Organisationsstrukturen geschaffen hat, wurde in der jüngeren Rechtsprechung etwa vom *LG Nürnberg/Fürth* in einem Fall anerkannt<sup>13</sup>, in dem der Geschäftsführer eines Speditionsunternehmens zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, weil er seinen Betrieb so organisiert hatte, dass der angestellte Fahrer regelmäßig die zulässige Lenkzeit überschritt, fahruntüchtig am Straßenverkehr teilnahm und einen Verkehrsunfall mit tödlichem Ausgang verschuldete. Das Gericht lastete dem Geschäftsführer an, dass er in seinem Betrieb ein hochgefährliches System geschaffen hatte und unterhielt, das geeignet war, über die Zeit Dritte erheblich zu gefährden. Der Tod der Unfallopfer war damit direkte Folge der pflichtwidrigen Betriebsorganisation und bewegte sich innerhalb des dadurch geschaffenen Gefahrenkorridors. Dass auch in anderen Fällen verschiedene Personen – in der Konsequenz dann als „Nebentäter“ – strafrechtlich haften können, wenn sie fahrlässig bei der Erfolgsverursachung zusammenwirken (und insbesondere, wenn „sich ... in der Pflichtwidrigkeit des einen auch die Pflichtwidrigkeit des anderen verwirklicht“), hat der *BGH* (in einer freilich anders gelagerten Konstellation) in jüngster Zeit im Fall des Einsturzes der Bad Reichenhaller Eissporthalle betont<sup>14</sup>.

4. Nach nicht unbestrittener, aber durchaus vorzugswürdiger Auffassung gilt (auch außerhalb des Straßenverkehrs als klassischem Anwendungsbereich) grundsätzlich in allen Fällen, in denen sich *im sozialen Leben die Verhaltensweisen mehrerer Personen berühren* – und damit insbesondere auch in Fällen der beruflichen Arbeitsteilung –, der sog. Vertrauensgrundsatz<sup>15</sup>. Folge ist, dass derjenige, der sich im Verkehr/beim Zusammenwirken selbst ordnungsgemäß verhält, darauf vertrauen darf, dass dies auch die anderen tun. Soweit er selbst allerdings nicht pflichtgemäß handelt oder aber (sonst) einen „triftigen Grund zum Misstrauen“ hat, kann er sich auf den Vertrauensgrundsatz nicht berufen.

5. Neben dem häufig „greifbareren“ Fall des Ausführungsverschuldens ist bei der Fahrlässigkeit auch an die Möglichkeit eines Übernahmeverschuldens zu denken, also an den Fall, dass zwar in der konkreten Situation ein ordnungsgemäßes Handeln objektiv (oder insbesondere auch subjektiv bzw. individuell) nicht möglich war und daher insoweit eine Fahrlässigkeit ausscheidet, aber dem Täter der Vorwurf gemacht werden muss, er hätte sich erst gar nicht in diese unbeherrschbare Situation begeben dürfen<sup>16</sup>. Grenzen der Zurechnung bestehen hier freilich – wie stets beim (nicht nur) Fahrlässigkeitsvorwurf, aber beim Übernahmeverschulden besonders leicht vorstellbar – darin, dass „Übernahmehandlungen“, soweit sie letztlich „nur“ im Schaffen mehr oder weniger schadensgeneigter Situationen bestehen, nicht selten sozialadäquat, da den Bedürfnissen des täglichen Lebens geschuldet sind, soll der soziale Verkehr nicht zum Erliegen kommen.

### III. Rechtstatsächliche Befunde, Wahrnehmung durch die Strafverfolgungsbehörden und strafrechtliche Bewertung

#### 1. Einige reale Fälle, oder: *Curare necesse est, vivere non est necesse?*<sup>17</sup>

Vor diesem knapp skizzierten – und weitgehend konsentierten<sup>18</sup> – Hintergrund zur Fahrlässigkeitsdogmatik lohnt

9) Instrukтив *Schünemann* JA 1975, 149 ff.

10) Vgl. *Jakobs* Strafr AT, 2. Aufl., Abschn. 2 Rn 4 ff.

11) Vgl. *Satzger/Schmitt/Widmaier-Kudlich* StGB, 2009, vor § 13 ff. Rn 57; vertiefend auch *Otto* in *Dölling* (Hrsg.), *Lampe-FS*, 2003, S. 491 ff.

12) *SSW-Kudlich* vor §§ 13 ff. Rn 57.

13) Vgl. *LG Nürnberg-Fürth* NJW 2006, 1824.

14) Vgl. NJW 2010, 1087 m. Anm. *Kühl* (Zitat auf S. 1092).

15) Allg. zum Vertrauensgrundsatz vgl. nur *Dutge* Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001, S. 466 m. w. N.; *Kühl* (o. Fn 8), § 4 Rn 49; *Lackner/Kühl* § 15 Rn 39; *NK-Puppe* 3. Aufl., vor § 13 Rn 150 ff.; *von Heintschel-Heinegg/Kudlich* § 15 Rn 46 und 47.

16) Vgl. *von Heintschel-Heinegg/Kudlich* § 15 Rn 66.

17) Angelehnt an das bekannte, wohl auf *Plutarch* zurückgehende und in der Neuzeit vielfach übernommene Seefahrermotto: „navigare necesse est, vivere non est necesse“, das geradezu als bildhafte Umschreibung des Gedankens des erlaubten Risikos verstanden werden kann, vgl. *Schürer-Mohr* Erlaubtes Risiko, 1998, S. 29 ff. Die Fragwürdigkeit des dahinter stehenden Gedankens in einem Umfeld, in dem es gerade zielgerichtet um das Erhalten von Leben und Gesundheit geht, liegt auf der Hand.

18) Selbst soweit die herrschende Fahrlässigkeitsdogmatik scheinbar grundsätzliche Ablehnung erfährt und insbesondere das zentrale Strukturelement der Sorgfaltspflichtverletzung nicht anerkannt wird (sondern etwa mit der objektiven Zurechnung gleichgesetzt wird; vgl. dazu *Jakobs* [o. Fn 10], Abschn. 9 Rn 6 f.; sowie *Roxin* Strafr AT I, 4. Aufl., § 24 Rn 10 ff., oder aber mit *Dutge* [o. Fn 15], etwa zusammenfassend S. 353, 356, radikal dahingehend umformuliert wird, dass die nach allgemeiner Auffassung für die Statuierung von Sorgfaltspflichten ganz maßgeblichen Sondernormen deutlich überschätzt würden und vielmehr die Frage nach einer „konkreten Veranlassung zum Misstrauen“ entscheidend sei), führt dies vielfach – und praktisch durchgehend für die hier interessierenden Fragen – allenfalls zu terminologischen Abweichungen; vgl. allg. *von Heintschel-Heinegg-Kudlich* § 15 Rn 37.3.

ein Blick auf einige (leider nicht ganz untypische) Fallkonstellationen (straf)rechtlich relevanter Schädigungssachverhalte, in denen sich verschiedene Problemfelder widerspiegeln, welche die (unbestritten: im Grundsatz notwendig auch) kommerzielle Medizin mitunter prägen:

a) Kostensparen vs. Sicherheit der Patienten

Krankenhäuser und Arztpraxen kämpfen heute – unter hohem, im Steigen begriffenen Druck, Kosten im Gesundheitswesen einzusparen – um ihr ökonomisches Überleben. Daraus resultiert ein immer schärfer werdender Konflikt: Kostensparen auf der einen und Sicherheit der Patienten auf der anderen Seite. Vor diesem Hintergrund ist es tatsächlich und wiederholt in Kliniken und Praxen zu schwerer und schwerster Patientenschädigung und zu Todesfällen unter der Geltung kostensparender, erlössteigernder, die prognostizierte Gewinn-Entwicklung verwirklichender, aber voraussehbar lebensgefährdender Organisation der Patientenversorgung infolge von „Billigproduktion“ gekommen. Jüngst von Staatsanwaltschaften untersuchte, vor Zivilgerichten verhandelte und von den Medien (mehr oder weniger) breit dargestellte Beispiele für kostensparende, aber im Ergebnis Patienten schädigende, ja sogar tötende Organisationsstrukturen sind

- die Reduktion der Personalkosten im Bereitschaftsdienst durch fachübergreifenden Einsatz von Assistenzärzten<sup>19</sup> (Wachkoma infolge von Herzstillstand bei Blutung nach Kropfoperation<sup>20</sup>),
- der Betrieb von geburtshilflichen Abteilungen an kleinen Krankenhäusern ohne Facharztpräsenz außerhalb regulärer Dienstzeiten (schwerste Sauerstoffmangelschädigung des Neugeborenen unter der Geburt<sup>21</sup>),
- die kostensparende Übertragung ärztlicher Aufgaben (therapeutische Entscheidungen auf der Basis von Diagnosen) auf (im Vergleich zu Ärzten geringer entlohntes) Pflegepersonal bei Führung von Anästhesien und Sedierungen (schwerste Sauerstoffmangelschädigung nach Herzstillstand bei zeitweilig vom Krankenpfleger geführter Anästhesie während Operation am Trommelfell<sup>22</sup>; Tod nach Anästhesieführung durch Praxishelferin bei Schönheitsoperation in der Praxis<sup>23</sup>),
- die Reduktion der „Produktions“-Kosten pro Operation in der Praxis des Zahnarztes<sup>24</sup> oder HNO-Arzt<sup>25</sup> durch Übertragung von Fachpflegeaufgaben auf Laien<sup>26</sup>,
- die erlössteigernde Erhöhung der Operationszahl pro Zeiteinheit bei gleichzeitiger Verminderung der Qualifikation der beteiligten Ärzte (Herzstillstand nach Prostataoperation mit nachfolgend schwerster Sauerstoffmangelschädigung<sup>27</sup>) sowie
- die Versorgung von Patienten auf kostensparend betriebenen, aber personell unzureichend ausgestatteten (Ärzte, Pflegepersonal, Klinikhygienepersonal) Intensivstationen mit der Folge von Infektionen der geschwächten Patienten mit multiresistenten Bakterien<sup>28</sup>.

b) Tragische Versehen vs. einkalkulierte Ausreißer

Irren ist menschlich – auch im Gesundheitswesen: Die Medien berichteten vor einiger Zeit über den tragischen Tod eines Kindes, weil eine Krankenschwester einem Kind das falsche Medikament gegeben hatte<sup>29</sup>. Aber sind auch die vorgestellten Katastrophen in der Folge von kostensparenden, aber im Ergebnis tödlichen Organisationsstrukturen in ihren Ursachen der Kategorie „Irren ist menschlich“ zuzuordnen? Sind schwerste Patientenschädigungen, Todesfälle, bleibende Sauerstoffmangel-Hirnschädigungen (Wachkoma) als unvermeidbares mensch-

liches Versagen – selbstverständlich mit Bedauern – zu akzeptieren, wenn diese Katastrophen die Folge einer Billig-Organisation von Bereitschaftsdiensten, des Einsatzes unerfahrener Ärzte oder der Übertragung ärztlicher Aufgaben auf unzureichend qualifiziertes Pflegepersonal/Praxispersonal sind? Ist die Zerstörung der glücklichen Zukunft eines Kindes infolge einer typischen geburtshilflichen Komplikation von den unglücklichen Eltern als schicksalhaft hinzunehmen, wenn auf der Internetseite der Klinik potentiellen „Kunden“ „alle Möglichkeiten der modernen Geburtsmedizin“ versprochen werden, die für die rettende Notsectio notwendigen Fachärzte jedoch erst in das Krankenhaus gerufen werden mussten? Ist ein Herzstillstand mit nachfolgender schwerster Hirnschädigung eine unvermeidbare Begleiterscheinung, wenn OP-Programme – auf Grund eines Facharztmangels – mit unzureichend beaufsichtigten, unerfahrenen Ärzten unter lebensgefährdendem Produktionsdruck von OP-Managern „durchgezogen“ und damit für den Erhalt des Krankenhauses dringend erforderliche Erlöse (zumindest vordergründig) gesichert werden? Ist der Tod eines behinderten Kindes in einer Zahnarztpraxis ein völlig überraschender Schicksalsschlag, wenn es der Mutter oblag, einen sich anbahnenden postnarkotischen Atemstillstand rechtzeitig zu erkennen – und die Mutter bei dieser Aufgabe „versagte“?

Auch wenn das Handeln der patientennahen Akteure im Ergebnis gleichermaßen eine Katastrophe herbeigeführt hatte, so gibt es dennoch einen offensichtlichen Unterschied: Die vorgestellten Unglücke sind in ihren Ursachen mit der Medikamentenverwechslung der Krankenschwester *nicht* zu vergleichen. In den Krankenhäusern und Praxen waren Produktionskosten reduzierende Betriebsabläufe geschaffen und unterhalten worden, die – weil hochgefährlich – geeignet waren, über die Zeit Dritte erheblich zu gefährden. Der Druck, Kosten zu sparen und den Erhalt der Gesundheitseinrichtung sichernde Erlöse zu erzielen, dominierte über Sicherheitserwägungen. Allen Fällen dieser „Schlechtleistungen“ lag eine *geplante* Organisationsstruktur zu Grunde: Die für die Organisation verantwortlichen Manager (und managenden Ärzte) haben nicht in der Hektik des konkreten Einzelfalls geirrt, sie hatten überlegt über generelle Strukturen entschieden. *Bruns* fasst dies prägnant zusammen: „Behand-

19) Vgl. dazu aus zivilrechtlicher Sicht auch *Boemke* NJW 2010, 1562 ff.

20) *LG Augsburg* ArztR 2005, 205. Weiteres Beispiel aus jüngster Zeit (Tod durch Verbluten nach einer Geburt) in einer Entscheidung des *AG Gemünden* v. 3. 2. 2010 – 1 Ls 801 Js 16954/05; zum Sachverhalt etwa <http://www.main-net4.de/nachrichten/region/gemuenden/gemuenden/art3989.1081557> (zuletzt abgerufen am 16. 6. 2010).

21) *OLG Stuttgart* 1 U 29/06, n. v.; *LG Rottweil* Urt. v. 31. 1. 2006 – 2 O 393/04, n. v.

22) Vgl. <http://www.otz.de:80/startseite/detail/-/specific/Nach-missgluecker-Operation-bekam-Narkose-Oberarzt-in-Erfurt-Strafbefehl-1980043872> (zuletzt abgerufen am 16. 6. 2010).

23) Tödliche OP – Berliner Schönheitschirurg vor Gericht. [www.morgenpost.de/berlin/article1044554/Toedliche\\_OP\\_Berliner\\_Schoenheitschirurg\\_vor\\_Gericht.html](http://www.morgenpost.de/berlin/article1044554/Toedliche_OP_Berliner_Schoenheitschirurg_vor_Gericht.html) (zuletzt abgerufen am 16. 6. 2010).

24) Zahnärzte auf Schadenersatz verklagt. [www.fr-online.de/frankfurt\\_und\\_hessen/nachrichten/hessen/2093594\\_Tod-nach-OP-Zahnaerzte-auf-Schadenersatz-verklagt.html](http://www.fr-online.de/frankfurt_und_hessen/nachrichten/hessen/2093594_Tod-nach-OP-Zahnaerzte-auf-Schadenersatz-verklagt.html) (zuletzt abgerufen am 16. 6. 2010).

25) Welcher Arzt ist schuld am Tod des Jungen? [www.abendblatt.de/hamburg/article1281204/Welcher-Arzt-ist-schuld-am-Tod-des-Jungen.html](http://www.abendblatt.de/hamburg/article1281204/Welcher-Arzt-ist-schuld-am-Tod-des-Jungen.html) (zuletzt abgerufen am 16. 6. 2010).

26) Eltern überwachen ihr aus Narkose erwachendes Kind – das Kind erleidet einen Atemstillstand und stirbt.

27) Vgl. [www.mdr.de/exakt/6942400.html](http://www.mdr.de/exakt/6942400.html) (zuletzt abgerufen am 16. 6. 2010).

28) Stadt warnt: Kliniken sparen bei Hygiene. [www.merkur-online.de/lokales/nachrichten/stadt-warnt-kliniken-sparen-hygiene-530919.html?cmp=defrss](http://www.merkur-online.de/lokales/nachrichten/stadt-warnt-kliniken-sparen-hygiene-530919.html?cmp=defrss) (zuletzt abgerufen am 16. 6. 2010).

29) Vgl. zum Fall *mwN Schulte-Sasse* ArztR 2010, 200 ff.

lungsfehler sind häufig das Ergebnis von Systemfehlern im Krankenhaus (in der Praxis), die in ihren gefährlichen Auswirkungen zwar bekannt, aber auf Grund wirtschaftlichen Druckes beibehalten oder sogar neu eingeführt werden<sup>30</sup>.

### c) Nichtleistung vs. Schlechtleistung

Das Spannungsverhältnis zwischen Nichtleistung und Schlechtleistung bzw. seine Auflösung wird von einem der profundesten Kenner des Arztrechts wie folgt beschrieben: „Wird erkennbar, dass die für den Krankenhausbetrieb oder eine einzelne Abteilung empfohlene oder vorgeschriebene personelle bzw. sachliche Mindestausstattung nicht mehr gewahrt ist, um die Gefährdung des Patienten auf das noch tolerierbare Maß zu senken, so ist dieser an ein geeignetes Krankenhaus zu überweisen, ein Aufnahmestopp zu verhängen und das Leistungsangebot zurückzunehmen“<sup>31</sup>. In dieser heute schon lange nicht mehr theoretischen Konstellation kann Nichtleistung Erhöhung der Patientensicherheit bedeuten.

Für die Betreiber von Krankenhäusern und Arztpraxen hat Nichtleistung jedoch eine gravierende, im Wiederholungsfall potentiell existenzbedrohende Nebenwirkung: Erlöseinbußen. Denn: „Wer ökonomisch überleben will, braucht Fälle“<sup>32</sup>! Der Druck, im Gesundheitswesen billig zu „produzieren“<sup>33</sup> und dabei jährlich die Produktionsraten zu steigern, hat Besorgnis erregende Folgen: Manager von Gesundheitseinrichtungen und inzwischen selbst Ärzte<sup>34</sup> sind mehr mit dem Überleben am Markt, als mit dem Überleben ihrer Patienten befasst<sup>35</sup>.

In dieser Logik ist es nur folgerichtig, wenn patientenferne ärztliche und nichtärztliche Manager ihren patientennahen Ärzten aufgeben, Fallzahlen konsequent zu steigern, um die Standorte langfristig abzusichern. Damit solchen oft mit dem Adjektiv „ehrgeizig“ verbundenen Unternehmenszielen tatsächlich schwarze Zahlen in der Jahresbilanz folgen, ist es heute mehr und mehr üblich, mit leitenden Ärzten „Zielgespräche“ zu führen, bei denen Ziele vom Management vorgegeben werden, deren Erreichen an die Auszahlung des variablen Anteils der Jahresvergütung gekoppelt ist. Die inzwischen wöchentlich oder monatlich an Leiter von Krankenhaus-Fachabteilungen gerichteten Aufforderungen, die im Unternehmensplan vorgegebenen Leistungszahlen durch tatsächlich behandelte Fälle im OP – in rascher Wechselfolge bei hoher OP-Saalauslastung operiert und auf der Intensivstation mit kurzer Verweildauer versorgt – in eine Fallzahl steigende, Fallschwere erhöhende und damit Erlöse sichernde Jahresabschluss-Wirklichkeit umzusetzen, haben das erhebliche Potential, die Patientensicherheit zu gefährden.

Als Beleg für diese Feststellung sei den vorgestellten medizinischen Katastrophen ein weiteres Beispiel angefügt: Es ist eine immer wieder zu beobachtende typische Konstellation, dass mehr Patienten nach geplanter Operation auf die Intensivstation aufgenommen werden müssten, als belegbare Betten zur Verfügung stehen – u. a. weil Betten neben Patienten, die mit multiresistenten Bakterien („Krankenhauskeimen“) besiedelt/infiziert sind, gesperrt werden müssten<sup>36</sup>, um so die Zahl der in Kontaktisolation zu versorgenden Patienten an die Zahl der in der Schicht verfügbaren, vor und nach jedem Patientenkontakt zu desinfizierenden Hände des Personals anzupassen. „Wenn aber die personellen und sachlichen Behandlungsbedingungen so ungünstig sind, dass das daraus resultierende Risiko und die möglichen Nachteile für den Patienten unvermeidbar hoch sind, ist der Nutzen ärztlichen Tuns zu verneinen“<sup>37</sup>, dann ist es ärztliche Pflicht, das Leistungsvolumen an die tatsächlich gegebene quantitative und qualitative personelle Infrastruktur in der Klinik in der Praxis anzupassen. Im erörterten Beispiel müssten geplante Operationen verschoben werden, wenn nicht genügend Personal auf einer Intensivstation zur Verfügung

steht, um bei jedem Patienten die Krankenhausinfektionen verhütende Händedesinfektion mit 100% Compliance durchzuführen. Das Einlösen dieser dem Patienten geschuldeten Pflicht bietet überreichlich Gelegenheit zu kontroverser Diskussion zwischen patientennahen und -fernen Entscheidern, wenn Leistungsplanung vor dem Hintergrund von Zielvereinbarungen mit Sicherheitserwägungen kollidiert, in einer Zeit, in der es „nur noch um Tempo und Geld geht, um Einsparungen, um Effektivität“<sup>38</sup>.

## 2. Behandelnde Ärzte und patientenferne Entscheider vor den Strafgerichten

a) Gerichte, die sich mit katastrophalen Folgen des Sparsens auf Kosten der Patientensicherheit in Krankenhäusern und Praxen zu befassen hatten, werten das Tun von Ärzten als patientennahen Akteuren, wenn diese dem Ökonomiebegriff vor den Regeln der ärztlichen Kunst den Vorrang geben, als „grob fehlerhaftes, krasses Versagen“, als „unärztliches Verhalten“<sup>39</sup>. Das Verhalten von patientenfernen Entscheidern, die den Druck ausgeübt haben, dem Kostensparen eine höhere Priorität als der Patientensicherheit einzuräumen, ist dagegen bislang kaum Gegenstand strafrechtlicher Verfolgung.

Auch wenn eine kostensparende Organisationsstruktur, eine patientengefährdende Planung von Leistungserbringung geradezu Voraussetzung für eine medizinische Katastrophe waren, bleiben bislang diejenigen, die hierfür verantwortlich waren – Praxisbetreiber, ärztliche und nicht-ärztliche Klinikmanager –, zumeist persönlich „ungesprochen“, obwohl es sich oft nicht weniger als um „Arzt-pfusch“ ebenso um „Managerpfusch“ handelte<sup>40</sup>. In Zivilverfahren bleiben die sehenden Auges handelnden, patientenfernen Entscheider unsichtbar, sie finden lediglich als Organe der „Träger“ der Gesundheitseinrichtung unter den haftenden Gesamtschuldern anonym Erwähnung; strafrechtlich werden sie regelmäßig überhaupt nicht „gewürdigt“: „Das Ziel einer generalpräventiven Wirkung des Zivil- und Strafrechts wird gegenwärtig klar verfehlt. Für die wirtschaftlich Verantwortlichen besteht Anreiz, kostengünstige aber potentiell gefährliche Organisationsstrukturen aufrechtzuerhalten oder sogar neu ein-

30) Vgl. *Bruns* ArztR 2003, 60.

31) *Ulsenheimer* Anästhesiologie & Intensivmedizin 2009, 242, 245.

32) *Maus* Deutsches Ärztebl. 2009, B 1455.

33) „Produzieren“ bewusst in Anführungszeichen – die Autoren wissen sehr wohl, dass es sich hier um die medizinische Versorgung kranker Menschen handelt.

34) *Rieser* Deutsches Ärztebl. 2009, B 1043: „Ökonomen hatten jahrelang wegen ihrer berufsbedingt nüchternen, herzlosen Sichtweise auf das Gesundheitswesen keinen guten Ruf bei Ärzten. Doch nun eignen sich mehr und mehr Mediziner nebenher das Handwerkszeug der Betriebswirte an, weil das für Leitungspositionen in Kliniken gefordert wird. Und man bemerkt, wenn sie über ihre neuen Kenntnisse und deren Anwendung reden: Ärzte als Ökonomen sind nicht unbedingt Garant einer humaneren Medizin. Ihre Kritik wird so zynisch vorgetragen, wie sie es den Besserwissern aus den Klinikverwaltungen früher immer vorgeworfen haben.“

35) *Schiff* International Journal of Health Services 2000, 739, 740: „Something is wrong in our nation's hospitals. While hospitals are fatally injuring more people than are killed by automobiles and firearms, at a cost that is as large as caring for people with HIV/AIDS, hospital managers and even medical staffs appear more preoccupied with survival in the marketplace than the survival of their patients.“

36) *Meyer/Geffers* Krankenhaushygiene up2date 2009, 309, 317.

37) *Ulsenheimer* Anästhesiologie & Intensivmedizin 2009, 242, 245.

38) *Leidner* Deutsches Ärztebl. 2009, B 1240, B 1242.

39) *OLG Düsseldorf* VersR 1987, 489, 490.

40) *Schulte-Sasse* Deutsches Ärzteblatt 2009, B 1763. Auf Grund verschiedener Schwierigkeiten bei der Zurechnung des Erfolges bzw. beim Nachweis der Zurechenbarkeit scheint das Risiko, persönlich verurteilt zu werden, mit der Entfernung zum Handeln am geschädigten Patienten abzunehmen: Den direkt am Patienten handelnden Arzt trifft es immer, die „patientenfernen“ ärztlichen und nicht-ärztlichen Entscheider bisher fast nie, was *Bruns* (ArztR 2003, 60, 64) zu der Feststellung bewegt: „Die Kleinen werden gehängt, die Großen laufen lassen“.

zuführen, ohne dass diese persönlich dafür einzustehen hätten“<sup>41</sup>.

b) Dies zeigen in jüngerer Zeit etwa zwei bekannt gewordene Fälle eines Anästhesie-Oberarztes in der Klinik und einer Anästhesie-Fachärztin in einer HNO-Praxis: Beide hatten in einer sehr risikogeneigten Unternehmensstruktur gearbeitet, bei der von durchaus „qualifizierten Ökonomen mit medizinischen Kenntnissen“ und „von Medizinerinnen mit ökonomischen Kompetenzen“ OP-Programme gestaltet wurden<sup>42</sup>. Die beiden Fachärzte hatten in Gegenwart einer völlig inadäquaten personellen Billig-Infrastruktur versucht, das ihnen zugewiesene OP-Programm zu bewältigen, und scheiterten katastrophal – die Zukunft eines jungen Mannes ist zerstört, ein Kind ist tot.

Vor Gericht hatten sich strafrechtlich der Oberarzt<sup>43</sup> und die Fachärztin<sup>44</sup> jeweils *allein* für die Durchführung der ihnen jeweils vorgegebenen, lebensgefährlichen OP-Planung zu verantworten<sup>45</sup>. Der Oberarzt sollte auf 3 Operationstischen ein großes HNO-OP-Programm mit einem Narkosepfleger<sup>46</sup> und 2 Assistenzärzten mit nur wenigen Monaten Berufserfahrung bewältigen. Obwohl damit – so die Staatsanwaltschaft – „eine patientengefährdende personelle Fehlbesetzung, verbunden mit fehlender Facharztkapazität“ bzw. eine „sicherlich kritisch zu sehende personelle Besetzung an diesem Tag im OP-Bereich“ nahe gelegen hätten, fehle es am Kausalzusammenhang zwischen diesen Missständen und dem Schadensereignis, solange der angeklagte Klinik-Oberarzt als aufsichtführende Anästhesist nicht geäußert habe, „dass er unter einem unüberwindbaren Zeitdruck gestanden“ habe<sup>47</sup>.

Eine solche Äußerung wäre wohl im Interesse der Gesundheit der Patienten wünschenswert gewesen. Und auch die Fachanästhesistin hätte die von ihr geforderte Leistung – einen „straffen Takt“ von 17 Kindernarkosen an einem Vormittag auf einem OP-Tisch – angesichts der völlig inadäquaten vom Praxisbetreiber bereitgestellten Überwachung im tatsächlich nicht existierenden Aufwachraum<sup>48</sup> verweigern müssen. Beide hätten erkennen müssen, dass die „personelle bzw. sachliche Mindestausstattung nicht mehr gewahrt ist, um die Gefährdung des Patienten auf das noch tolerierbare Maß zu senken“<sup>49</sup>. Sie hätten dies gegenüber dem OP-Manager bzw. dem Praxisbetreiber mit Nachdruck vertreten müssen, um so eine gefährliche Schlechtleistung zu verhindern. Aber: Derartige warnende Hinweise, dass der Umfang eines geplanten OP-Programmes bei gegebener personeller Infrastruktur eine sichere Patientenversorgung nicht zulässt, werden von den Personal zuteilenden, OP-Programme festlegenden und durchsetzenden (ärztlichen und nicht-ärztlichen) Managern vielfach ignoriert – selbst wenn sie mit Nachdruck vorgetragen werden. Denn: Wer ökonomisch überleben will, braucht Fälle. Nichtleistung bedeutet Erlöseinbuße, Schlechtleistung kann – wenn es gut geht – abgerechnet werden und bringt so Erlöse.

c) Ganz ähnlich ist die Situation im Sachverhalt, der einer Entscheidung des *LG Augsburg* zum fachübergreifenden Bereitschaftsdienst zu Grunde liegt: Den Geschäftsführern eines Krankenhauses fehlte, so das *LG*, „offenbar die Bereitschaft, parallele (d. h. fachspezifische, d. Verf.) Bereitschaftsdienste einzuführen“<sup>50</sup>. Die Staatsanwaltschaft äußerte in ihrer Anklage hierzu, es sei Aufgabe des Chefarztes gewesen, gegenüber der Geschäftsführung des Krankenhauses darauf hinzuweisen und gegebenenfalls geltend zu machen, dass „wirtschaftliche Überlegungen die Bereitstellung zweier paralleler Bereitschaftsdienste rund um die Uhr nicht verhindern dürfen, soll

nicht das Leben und die Gesundheit des Patienten gefährdet werden“<sup>51</sup>. Der chirurgische Chefarzt wurde angeklagt, weil er den fachübergreifenden Bereitschaftsdienst zugelassen hatte. Er hätte wissen müssen, dass ein fachfremder Assistenzarzt eine chirurgische Gefahrensituation verkennt. Dies wussten auch die durchaus sachkundigen Geschäftsführer, die indes – obwohl sie die Kosten eines parallelen Bereitschaftsdienstes nicht bewilligten – nicht berücksichtigt wurden. Verurteilt wurde allein der chirurgische Chefarzt mit dem Argument: „(E)ine am Maßstab höchstmöglicher Patientensicherheit orientierte Organisation der ärztlichen Versorgung stellt gerade eine Kernaufgabe des Chefarztes dar“<sup>52</sup>.

### 3. Vorläufige Würdigung der Sachverhalte nach den Maßstäben der allgemeinen Fahrlässigkeitsdogmatik

a) Betrachtet man die von den „patientenfernen Entscheidern“ in den o. g. Fällen und Beispielen getroffenen Entscheidungen, so bedarf es keiner großen Phantasie um zu erkennen, dass auf der Grundlage der eingangs skizzierten allgemeinen strafrechtlichen Fahrlässigkeitsdogmatik ihre strafrechtliche (Mit-)Verantwortung nicht fern liegt. Ebenso leicht erahnen lässt sich allerdings, dass ein (strafrechtlicher) Vorwurf auch keinesfalls pauschal gemacht werden kann, sondern stets – tatsächlich, insbesondere aber auch in seiner Nachweisbarkeit – von den Umständen des Einzelfalles abhängt:

b) Entscheidend und zugleich schwierigster Punkt ist die Bestimmung der Sorgfaltspflichtwidrigkeit der jeweiligen organisatorischen Maßnahme: Ebenso sicher, wie hier bestehende und anerkannte medizinische Standards zu berücksichtigen sind, ist umgekehrt, dass diese Standards (selbst dort, wo sie im Ausgangspunkt einmal mehr oder weniger unstreitig gewesen sind) Veränderungen unterliegen können, die dem medizinischen Fortschritt geschuldet sein können, und zwar in beiden Richtungen: Neue Erkenntnisse über Gefahren können erhöhte Sorgfaltspflichten begründen; umgekehrt können medizinischer und technischer Fortschritt einstmals gefürchtete und komplizierte Eingriffe zu (jedenfalls vermeintlich) mehr oder weniger ungefährlichem Alltagsgeschäft werden lassen. Vor diesem Hintergrund ist innerhalb eines bestimmten Spielraums über die Grenzen sorgfältigen Verhaltens schwer letzte Klarheit zu erzielen, und jedenfalls darf nicht automatisch aus eingetretenen Schäden auf eine Sorgfaltspflichtverletzung rückgeschlossen werden, soll Unrecht

41) *Bruns* (o. Fn 40).

42) *Schulte-Sasse* Anästhesiologie & Intensivmedizin 2010, im Erscheinen.

43) *AG Erfurt* Strafbefehl v. 2. 2. 1010 – 46 Cs 102 Js 27948/06.

44) *AG Hamburg-Harburg* Urt. v. 2. 12. 2009 – 627 Ds 7200 Js 75/07 (526/08).

45) Die dabei ausgeworfenen – gemessen an den Folgen sehr geringen – Geldstrafen von 90 Tagessätzen für die Verursachung einer „schwerwiegenden irreversiblen Hirnschädigung“ mit der Folge einer Schwerstbehinderung bzw. von 150 Tagessätzen für eine fahrlässige Tötung erwecken dabei freilich den Eindruck, dass die Gerichte die Verantwortung auch nicht wirklich guten Gewissens allein an die unmittelbar handelnden Ärzte zuweisen wollten.

46) Sog. „MAFA“: Medizinischer Assistent für Anästhesie.

47) Einstellungsverfügung der *StA Erfurt* v. 20. 1. 2010.

48) Eine Leistung, die der Praxisbetreiber gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung in der Mehrzahl der Fälle abrechnete, nicht jedoch erbrachte, waren es doch die Eltern, die auf das aus der Narkose noch nicht erwachte Kind aufpassen mussten.

49) Vgl. *Ulsenheimer* Anästhesiologie & Intensivmedizin 2009, 242, 245.

50) *LG Augsburg* ArztR 2005, 205, 210; Bericht über das Verfahren bei *Schulte-Sasse/Bruns* ArztR 2006, 116.

51) Vgl. die Nachw. bei *Schulte-Sasse/Bruns* ArztR 2006, 123.

52) *LG Augsburg* ArztR 2005, 205, 213.

nicht mit Unglück verwechselt werden<sup>53</sup>. Die oben beschriebene Abwägung von Wahrscheinlichkeit des Schadeintritts, Art und Höhe des zu erwartenden Schadens sowie Aufrechterhalten des sozialen Verkehrs (hier in Gestalt einer möglichst flächendeckenden und finanzierbaren Patientenversorgung) enthält viele subjektiv-wertungsabhängige Größen.

Hinzu kommt: Nimmt man das oben beschriebene Postulat von „Nichtleistung statt Schlechtleistung“ ernst (das in gewisser Weise ja durchaus mit dem Gedanken des Übernahmeverschuldens korrespondierte; vgl. o. II. 5) und denkt es zu Ende, dürfte dies in einer Reihe von Fällen nicht „nur“ zu einer (letztlich hinzunehmenden) Gewinneinbuße der Klinik- oder Praxisbetreiber, sondern tatsächlich zu einer Ausdünnung des medizinischen Angebots – sowohl hinsichtlich der geographischen Versorgungsdichte als auch hinsichtlich des Leistungsumfanges – führen. Wie die damit im Ergebnis ebenfalls – nicht in spektakulären Einzelfällen, aber in der statistischen Breite – zwangsläufig einhergehende Verschlechterung der Betreuungssituation für die Rechtsgüter Leib und Leben mit „Betriebsunfällen“ auf Grund kostensparender Arbeitsstrukturen zu „verrechnen“ sind, ist eine schwierige und soweit ersichtlich bislang nicht einmal im Ansatz geklärte Frage.

Kann gleichwohl eine Sorgfaltspflichtverletzung festgestellt werden, mag im Einzelfall die Frage nach dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang<sup>54</sup> gestellt werden, wenn nicht nachgewiesen werden kann, dass bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Schaden ausgeblieben wäre. Werden etwa im o. g. Beispiel eines fachübergreifenden Bereitschaftsdienstes von einem (an sich medizinisch gut ausgebildeten und „medizinisch begabten“) chirurgischen Assistenzarzt akute internistische Erkrankungen übersehen, mag – die generelle Pflichtwidrigkeit eines solchen übergreifenden Dienstes einmal unterstellt – nicht mit letzter Sicherheit festzustellen sein, ob nicht der zwar durchschnittlichen Anforderungen noch entsprechende, aber weniger brillante internistische Assistenzarzt beim ersten Dienst in der Abteilung die Erkrankung erkannt hätte. Lehnt man mit der Rechtsprechung die Zurechnung allein auf Grund des Gedankens einer Risikohöherung ab<sup>55</sup>, müsste eine Strafbarkeit schon beim Zweifel eines Pflichtwidrigkeitszusammenhangs ausscheiden<sup>56</sup>. Ebenso wie sonst, sind freilich auch hier der Anwendung des Zweifelsatzes die freie richterliche Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung vorgeschaltet.

Kommt auch nach diesem Filter noch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit der „patientenfernen“ Entscheider in Betracht, so ist diese regelmäßig nicht nach allgemeinen Zurechnungsgrundsätzen wegen des Dazwischentretens der „patientennahen“ Versorger ausgeschlossen. Denn in der Behandlung selbst und dem bei ihr verursachten Schaden konkretisiert bzw. manifestiert sich ja (wenn nicht ein davon ganz unabhängiger Kunstfehler vorliegt) gerade nur die Fahrlässigkeit derjenigen, welche die Strukturen vorgeben. Anders gewendet: Die zweite (pflichtwidrige) Kausalkette knüpft gerade an der ersten an; deren Risiko realisiert sich, vermittelt durch das (vorhersehbare) Fehlverhalten des Arztes, im Erfolg. Oder vom Vertrauensgrundsatz her gedacht: Normativ darf in arbeitsteiligen Prozessen zwar die Erwartung des sorgfaltsgemäßen Verhaltens des anderen angestellt werden – aber nicht die an den herkulischen Heroen, der mit übermenschlicher Präzision und Zuverlässigkeit allen organisatorischen Mängeln trotz. Wer fehleranfällige Strukturen schafft, darf nicht darauf vertrauen, dass sich diese dauerhaft wegen einer überobligationsmäßigen Leistungsfähigkeit des Arbeitspartners nicht negativ auswirken.

c) Im Ergebnis sind daher bei unbefangener Betrachtung und „spontan subsumierendem Zugriff“ strafrechtliche Konsequenzen für patientenferne Organisatoren zwar genau zu prüfen, liegen aber eher nah als fern, wenn die kostensparende Organisation zu einer Verringerung des Sicherheitsstandards führt und daraus die Schädigung eines Patienten resultiert. Dies gilt auch bei nichtärztlichen Managern (etwa kaufmännischen Leitern), wenn diese auf Grund von Ausbildung, Berufserfahrung und ggf. Hinweisen aus dem Bereich ihrer Ärzte so viel Sachkenntnis haben, dass sie das Vorliegen von Risiken erkennen und sich auf Grund dessen ggf. zumindest zu einer näheren Sachprüfung gedrängt fühlen mussten.

Um ein Missverständnis zu vermeiden: Ebenso wenig, wie hier eine individuelle Verantwortung für Unglücksfälle, die in einem hochkomplizierten Gesundheitssystem auftreten können, um jeden Preis postuliert werden soll, sollen umgekehrt die behandelnden Ärzte selbst pauschal aus der Verantwortung genommen werden. Sie werden oft überlegenes Fachwissen haben, vermögen die konkrete Situation am besten zu beurteilen<sup>57</sup> und können sich wohl unter dem Regime des modernen Arbeits- und Sozialrechts auch nicht ohne weiteres auf das „Leinenfänger-Privileg“ des RG berufen<sup>58</sup>. Wenn aber ohne Beachtung der Fahrlässigkeitsdogmatik, die Nebentäter verschiedener Organisationsstufen zwanglos zulässt, das strafrechtliche Augenmerk nur auf die unmittelbar handelnden Ärzte gerichtet wird, da mit ihrer Verfolgung ein spontan-oberflächliches Bedürfnis nach Verantwortungszuweisung befriedigt ist, offenbart dies nicht nur evidenten Gerechtigkeitsmängel, sondern ist insbesondere auch generalpräventiv den bedrohten Rechtsgütern der Patienten nicht dienlich, weil eine Verbesserung der schadensanfälligen Organisation dadurch nicht wahrscheinlicher wird.

#### IV. Zusammenfassung

„Wird erkennbar, dass die für den Krankenhausbetrieb oder eine einzelne Abteilung empfohlene oder vorgeschriebene personelle bzw. sachliche Mindestausstattung nicht mehr gewahrt ist, um die Gefährdung des Patienten auf das noch tolerierbare Maß zu senken“<sup>59</sup>,

53) Vgl. bereits RGSt 30, 25, 27: „Wollte man den Satz aufstellen, es müsse zur Vermeidung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit jede Handlung unterlassen werden, bezüglich deren die Möglichkeit gegeben und vorhersehbar ist, dass sie für einen rechtswidrigen Erfolg kausal werden kann, so würde dies zu Konsequenzen führen, deren Unvereinbarkeit mit den bestehenden Lebensverhältnissen und Bedürfnissen des Verkehrs offensichtlich ist. Es werden, wie einer näheren Ausführung nicht bedarf, täglich und stündlich ungezählte Handlungen vorgenommen, die, jedem Denkenden erkennbar, die Möglichkeit der Kausalität für die Verletzung der körperlichen Integrität, ja für das Leben anderer Personen in sich tragen, und bei denen sich der Handelnde auch regelmäßig bewusst sein muss, dass selbst die Anwendung der größten Aufmerksamkeit seinerseits die Verwirklichung der mit der Handlung verbundenen Gefahren nicht völlig auszuschließen vermag. Alle derartige Handlungen unterschiedslos als fahrlässiges Verhalten zu qualifizieren, würde der Absicht des Gesetzes zweifellos nicht entsprechen.“

54) Vgl. nur Fischer § 15 Rn 16 c; von Heintschel-Heinegg-Kudlich § 15 Rn 53 ff.

55) Vgl. zum Meinungsstand knapp SSW-Kudlich vor §§ 13 ff. Rn 56 m. w. N.; aus jüngster Zeit gegen die Risikohöherungslehre BGH NJW 2010, 1087, 1091.

56) Vgl. auch nochmals die o. g. Einstellungsverfügung der StA Erfurt (o. Fn 47); „Ob die personelle Fehlbesetzung ... ursächlich für die schwerwiegenden Folgen bei den Patienten gewesen ist ... ließ sich im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren jedoch nicht mit der für eine Anklageerhebung erforderlichen Sicherheit nachweisen.“

57) In der sie dann allerdings zugegebenermaßen mitunter auch wenig Entscheidungsspielraum haben, was im Einzelfall entlastend wirken kann.

58) Vgl. RGSt 30, 25.

59) Vgl. nochmals Ulsenheimer Anästhesiologie & Intensivmedizin 2009, 242, 245.

dann ist es ärztliche Pflicht, das Leistungsvolumen an die tatsächlich gegebene quantitative und qualitative personelle Infrastruktur in der Klinik in der Praxis anzupassen. Das Einlösen dieser dem Patienten geschuldeten Pflicht bietet überreichlich Gelegenheit zu kontroverser Diskussion zwischen patientennahen und -fernen Entscheidern, wenn es heute „nur noch um Tempo und Geld geht, um Einsparungen, um Effektivität“<sup>60</sup>. Kann der die Patientensicherheit verteidigende Arzt auf ein entsprechendes Gerichtsurteil verweisen, dann gewinnt seine Argumentation gegenüber den für Infrastruktur und Organisation verantwortlichen, gelegentlich beratungsresistenten Entscheidern an „Überzeugungskraft“, wenn sich in dem Urteil nicht nur Ausführungen zur Verantwortung des beklagten Arztes und des „Trägers“ finden, sondern auch solche zur *persönlichen* Verantwortung derer, die Patienten gefährdende Personal- und Organisationsstrukturen und „Produktions“-Quoten vorgegeben haben<sup>61</sup>. Es ist der Sicherheit der Patienten dienlich, wenn künftig generalpräventiv auch das Tun der „Täter hinter den Tätern“ in Arzthaftungsprozessen gewürdigt würde<sup>62</sup>. Vor diesem Hintergrund besteht unzweifelhaft ein Fortentwicklungsbedarf des medizinischen Haftungsrechts – nicht nur, aber auch in strafrechtlicher Hinsicht.

60) Vgl. nochmals *Leidner* Deutsches Ärztebl. 2009, B 1242.

61) *Schulte-Sasse* (o. Fn 29).

62) Vgl. hierzu zuletzt auch *BGH NJW* 2010, 2595 zum spektakulären Fall eines Todeseintritts nach polizeilichem Brechmitteleinsatz, in dem der *Senat* im Zusammenhang mit der Aufhebung des Freispruchs des wegen fahrlässiger Tötung angeklagten Arztes für die Sanktionswahl im neuen Verfahren darauf hinweist, dass eine „strafrechtliche Verantwortlichkeit ... der Organisatoren (sc.: des Beweismittelsicherungsdienstes) und anderen Mitwirkenden mit deutlich höherem Schuldgehalt greifbar nahe liegt“.

Dr. Ralf Dietrich, Stuttgart

## Die Rechtsschutzbegrenzung auf besonders gesicherte Daten des § 202 a StGB<sup>1</sup>

### A. Hinführung

Das Ausspähen von Daten, auch Datenspionage genannt, oder das verwandte Hacking<sup>2</sup> sind *die* Delikte des Informationszeitalters. Doch sind nicht alle elektronischen Daten per se vor dieser Bedrohung strafrechtlich geschützt. Nur Daten, die bereits faktisch vor Zugang gesichert sind, wird gemäß § 202 a StGB<sup>3</sup> der Strafrechtsschutz gewährt. Passwortabfragen werden als beispielhafte Sicherungen genannt. Der Grund der Rechtsschutzbegrenzung ist sowohl von wissenschaftlich-theoretischem wie von praktischem Interesse, da er den Informationssphärenschutz in der digitalen Welt wesentlich konturiert sowie für Normauslegung und damit Rechtsanwendung von direkter Relevanz ist. Dieser Grund soll daher untersucht werden.

### B. Anriss zur Bedeutung der Norm und ihrer Einschränkung

Diskretionsbedürfnisse, etwa an Privatsphäre<sup>4</sup> oder Betriebsgeheimnissen, und verschiedenste Informationsinteressen stehen sich schon von jeher gegenüber<sup>5</sup>. Elektronische Datensicherung und Datenspionage sind ihre modernen Erscheinungsformen<sup>6</sup> und § 202 a die zentrale

Norm für deren strafrechtliche Einordnung. § 202 a erfasst in Form des Rechtsguts des formalen Geheimbereichs die eben genannten Diskretionsbedürfnisse und grenzt sie vom straffreien Informationsinteresse ab. Doch sein Verständnis hinkt aktuellen Entwicklungen hinterher<sup>7</sup> und findet trotz jüngerer Novellierung<sup>8</sup> unberechtigt wenig Beachtung.

Gründe lassen sich vermuten<sup>9</sup>, insb. dass es in der Natur der Geheimnisdelikte liegt, dass sie im Dunkeln bleiben. Dies strebt schon der Täter an, oft aber auch das Opfer, sollte es die Tat überhaupt entdecken. Auch mag die Materie aufgrund ihres technischen Gepräges der juristischen Wertung schwer zugänglich erscheinen.

Die Rechtsschutzbegrenzung der Norm, erst technisch gesicherte Daten durch das Strafrecht zu erfassen, bedeutet zunächst Einschränkung des Strafrechtsschutzes für das Opfer und der Drohung für den Täter; weiter dass der Schutzbereich durch den Dateninhaber beeinflussbar ist; zudem dass derjenige rechtlich schutzlos bleibt, der technisch nicht schützen will oder kann, und schließlich dass der Strafverfolgungsapparat erst einschreitet, wenn ein gewisses Maß vorheriger Schutzaktivität stattfand. Diese Begrenzung formt die Privat- oder Geschäftsgeheimnis-sphäre im digitalen Zeitalter.

### C. Analyse und Kritik der allgemeinen Ansicht

Nach ganz allgemeiner Ansicht liegt der Grund für die Schutzbereichseinschränkung auf besonders gesicherte Daten darin, dass sich in der Sicherung ein besonderes Geheimhaltungsbedürfnis des Dateninhabers dokumentiere<sup>10</sup>. Diese Ansicht sei hier Dokumentationstheorie genannt. Von Nuancierungen abgesehen, waren ihre Ausführungen selten weit oder stark vertiefend. Die gegebene Grundthese schien zu genügen. Ob sie (heute noch) genügt, soll überprüft werden.

Eine strafrechtliche Theorie dient einem Zweck: der Beantwortung der Frage, ob bestraft wird oder nicht. Daher sind an sie hohe Anforderungen zu stellen. Nicht nur muss das Ergebnis wertungsmäßig richtig sein. Es muss auch klar und sicher sein. *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta et certa*. An diesem Anspruch muss sie sich messen lassen. Daran sei vor der inhaltlichen Analyse erinnert. Zur nötigen Klarheit gehört, dass die Theorie in ihren Kriterien abschließend sein muss. Unbenannte Kriterien, Ausnahmen, Einschränkungen soll es zu Gunsten des Täters schon nicht geben, zu seinen Lasten darf es sie nicht geben. Die Theorie wäre vielleicht in sich schlüssig, doch ihr Nutzen, die sichere Rechtsanwendung, eingeschränkt. Der Ausspähwillige, oder neutraler formuliert, Auslesewillige (denn es gibt durchaus begrüßens-

1) Die Arbeit greift Thesen der Dissertation des Verf. auf, die am Lehrstuhl des Doktorvaters Prof. Dr. H.-L. Günther der Universität Tübingen entstanden und unter dem Titel „Das Erfordernis der besonderen Sicherung im StGB, § 202 a StGB“ in der von Prof. Dr. Dr. F.-C. Schroeder und Prof. Dr. A. Hoyer herausgegebenen Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen“ 2009 bei Duncker&Humblot erschienen ist. Die Arbeit wurde mit dem *Reinhold-und-Maria-Teufel-Preis* ausgezeichnet.

2) Hacking zielt strenggenommen nur auf das sportlich motivierte „Knacken“ einer Sicherung, nicht auf das Auslesen von Daten.

3) Paragraphenangaben beziehen sich in der Folge auf das StGB.

4) Zum Begriff „Privat“, *Dietrich* (o. Fn 1), S. 171 ff. mwN.

5) *Dietrich* (o. Fn 1), Teil 1 Abschn. C, S. 103 ff. mwN.

6) Vgl. *Ernst NJW* 2009, 1320.

7) *Dietrich* (o. Fn 1), S. 27 ff.; zu Gedanken *de lege ferenda* ebda. S. 54 ff.

8) 41. StrÄndG; dazu *Ernst DS* 2007, 335 f.; *Schumann NSTZ* 2007, 675 f.; *Gröseling/Höfing* MMR 2007, 549 f., 626 f. Zur Normhistorie HK-GS-Tag § 202 a Rn 1.

9) Zu möglichen Gründen *Dietrich* (o. Fn 1), S. 20 ff.

10) Schon BT-Dr 10/5058, S. 29; stellvertretend *S/S-Eisele* § 202 a Rn 7.