

Die aktuelle Entscheidung

BGH, Urt. vom 29. 4. 2010 – 5 StR 18/10<sup>1</sup>

## Brechmitteleinsatz in den Fängen von Straf-, Strafprozess- und Medizinrecht

Von Prof. Dr. Matthias Krüger, München und Wiss. Mit. Susann Kroke, Halle/S.\*

### I. Einführung und Vorgeschichte

Drogenkriminalität ist insbesondere in Großstädten ein Problem, welches die Ermittlungsbehörden vor große Herausforderungen stellt. Ein speziell für die Sicherstellung von Beweismitteln hinderliches Vorgehen besteht darin, Betäubungsmittel

– in Form von sog. »Bubbles«<sup>2</sup> – zu verschlucken. Abgesehen

ist der vom Senat gewählte Einstieg. Weil das Urteil der Tatsacheninstanz im Übrigen offensichtlich »wasserdicht« bzw. revisionsfest war, hat der Senat die Beweiswürdigung angegriffen, die zwar »Sache des Tatrichters« ist, aber angegangen werden kann, wenn sie »lückenhaft ist, weil sie es unterlässt, alle in die Bewertung einzubeziehenden Maßstäbe zu betrachten« (Rdn. 23 aE). Diese revisionsrechtliche Problematik ist für Studierende aber eher nebensächlich und wird erst im Referendariat relevant, wenn nicht sogar erst in der (tat-)richterlichen Praxis.

\* Prof. Dr. Matthias Krüger hat eine Professur für Straf- und Strafprozessrecht an der LMU München inne. Susann Kroke ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht an der MLU Halle-Wittenberg.

<sup>1</sup> BGHSt 55, 121 (= NJW 2010, 2595 m Anm. Eidam). Vgl zum Urteil ferner noch Leipold/Beukelmann NJW-Spezial 2010, 409. Von eher allgemeinem Interesse

<sup>2</sup> In der wörtlichen Übersetzung bedeutet das – eher verharmlosend – »Blase«. In Fachkreisen ist noch die Rede von »Kokain-Bömbchen« oder »Drogen-Containern«. Es handelt sich dabei um in Plastik eingeschweißte Betäubungsmittel.

von der strafprozessual relevanten Verdunkelungsgefahr kann sich eine erhebliche Gesundheits- oder sogar Lebensgefahr entwickeln, wenn ein solches Behältnis im Körper platzt oder schlicht undicht ist und es dadurch zu einer Vergiftung kommt<sup>5</sup>. Sofern das Verschlucken beobachtet wird, ordneten die Ermittlungsbehörden in der Vergangenheit zur Beweissicherung regelmäßig die Verabreichung eines Brechmittels (Ipecacuanha-Sirup) an, um verschluckte Drogenbehältnisse sicherstellen zu können.

Rechtsgrundlage für eine solche, den Tatbestand der Körperverletzung erfüllende Exkorporation soll § 81 a StPO (gewesen) sein, der zur Anordnung körperlicher Eingriffe gegenüber dem Beschuldigten ohne dessen Einwilligung ermächtigt, »wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist«. Der Eingriff muss von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden und die Feststellung verfahrenserheblicher Tatsachen bezwecken. Darüber hinaus unterliegt der Eingriff wie alle strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>4</sup>. Ein typisches und in der Praxis häufig vorkommendes Beispiel für einen körperlichen Eingriff ist die Blutentnahme, die im Wortlaut der Norm *expressis verbis* erwähnt wird.

Seit Anfang der 90er Jahre die Verabreichung von Brechmitteln Eingang in den Katalog der Ermittlungsmaßnahmen gefunden hat<sup>9</sup>, ging vornehmlich die Rechtsprechung davon aus, dass der Brechmitteleinsatz grundsätzlich ebenfalls über § 81 a StPO gerechtfertigt werden kann<sup>6</sup>. In der juristischen – und medizinischen<sup>7</sup> – Literatur wurden aber zunehmend Stimmen laut, die speziell die zwangsweise Gabe eines Brechmittels über eine Nasen-Magen-Sonde für rechtswidrig hielten<sup>8</sup>. Als Grund wurde insbesondere die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme betont, die einerseits gegen die Menschenwürde und die Selbstbelastungsfreiheit verstoße und andererseits mit unbeherrschbaren gesundheitlichen Risiken verbunden sei.

In den Fokus der Rechtsprechung rückte der Brechmitteleinsatz insbesondere durch den Fall »Jalloh«. Der gleichnamige Beschuldigte wurde 1993 des Drogenhandels verdächtigt und erbrach die zuvor verschluckten Drogen nach der Verabreichung von Brechsirup mittels einer Nasen-Magen-Sonde. Im Strafverfahren machte er geltend, dass die auf diese Art sichergestellten Beweismittel nicht verwertbar seien. Nachdem er vor den Strafgerichten gescheitert war, legte er Verfassungsbeschwerde ein. Diese wies das Bundesverfassungsgericht als unzulässig ab<sup>9</sup>. In dem – viel gescholtenen<sup>10</sup> – Nichtannahmebeschluss deutete das Gericht am Rande an, dass die zwangsweise Verabreichung eines Brechmittels im Hinblick auf die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG und die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG keinen grundsätzlichen Bedenken begegne<sup>11</sup>. Jalloh rief schließlich den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) an, der 2006 entschied, dass gegen das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung nach Art. 3 EMRK, das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK und das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK verstoßen worden sei und die erbrochenen Drogen daher nicht als Beweismittel verwertet werden dürfen<sup>12</sup>. Der EGMR machte deutlich, dass bei der Beurteilung der Konventionswidrigkeit stets die Umstände des Einzelfalls zu beachten sind. Es bleiben von daher grundsätzlich Fälle denkbar, in denen der EGMR in der Verabreichung eines Brechmittels über eine Nasen-Magen-Sonde nicht zwangsläufig eine Verletzung der EMRK sehen würde.

## II. Entscheidung des 5. Strafsenats vom 29. 4. 2010

Bislang setzte sich die Rechtsprechung, wie schon die vorangegangenen Ausführungen zeigen, lediglich mit strafprozessualen Aspekten des Brechmitteleinsatzes auseinander, namentlich mit der Verwertbarkeit der dadurch erlangten Beweise. Wenngleich es schon Strafverfahren durch Anzeige solchermaßen behandelter Beschuldigter gab, spielte die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Ausführenden eine eher untergeordnete Rolle in Rechtsprechung und Schrifttum<sup>13</sup>. Insofern betrat der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in gewisser Weise Neuland, als er sich mit der Strafbarkeit eines Arztes befasst sah, der durch den zwangsweisen Einsatz eines Brechmittels – auf Anordnung zweier Polizisten<sup>14</sup> – den Tod eines Beschuldigten verursacht hatte.

### 1. Sachverhalt

Dabei legte der BGH seinem Urteil folgenden – vorliegend verkürzt wiedergegebenen – Sachverhalt zu Grunde: Angeklagt war ein Arzt (A), der seit September 2000 bei einem privaten ärztlichen Beweissicherungsdienst in Bremen angestellt war.

Davon zu unterscheiden ist das sog. Body-Stuffing, bei dem Drogen »sicherer« verpackt werden, um sie im Körperinneren gezielt an Kontrollen vorbei zu schleusen.

- 3 Zu den Gefahren vgl. *Dettmeyer/Musshoff/Madea* MedR 2000, 316 (319ff.).
- 4 BVerfGE 16, 184 (202); 47, 239 (248f.); *Safferling* JURA 2008, 100 (105).
- 5 Vgl. zur historischen Entwicklung des Brechmitteleinsatzes bloß *Keller* Kriminalistik 2007, 673 (674) sowie *N. I. Schlothauer*, Strafbarkeit ärztlicher Brechmittelvergabe, 2010, S. 5 ff. Laut *Hackethal* Der Einsatz von Vomitivmitteln zur Beweissicherung im Strafverfahren, 2005, S. 101, werden in Bremen seit 1991 Brechmittel eingesetzt.
- 6 OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270; KG StV 2002, 122 (123). Das LG Berlin, Urteil v. 8. 3. 1999, Az.: (574) 6 Op Js 923/95 Ns (128/98), als Vorinstanz hatte einen Brechmitteleinsatz noch als unverhältnismäßig und daher nicht von § 81 a StPO gedeckt angesehen, ebenso noch OLG Frankfurt NJW 1997, 1647 (1648). Vgl. im Übrigen den Überblick zur Rspr. bei *Körner* BtMG, 6. Aufl. 2007, § 29 Rdn. 969 ff., 973 ff. sowie ferner noch *Schlothauer* (Fn. 5), S. 9 ff.
- 7 Vgl. die vom BGH (Fn. 1), Rdn. 28, genannten Fundstellen. Der 105. Deutsche Ärztetag lehnte 2002 im Entschließungsantrag VI – 2 »das gewaltsame Einbringen von Brechmitteln mittels einer Magensonde« wegen der erheblichen gesundheitlichen Risiken als ärztlich nicht zu vertreten ab. Vgl. aus medizinischer Sicht ferner *Dettmeyer/Musshoff/Madea* MedR 2000, 316 ff.
- 8 *Dallmeyer* StV 1997, 606 ff.; *Hackethal* JR 2001, 164 (166 ff.); *Binder/Seemann* NStZ 2002, 234 (237); *Zaczyk* StV 2002, 125 (127).
- 9 BVerfG StV 2000, 1.
- 10 *Amelung/Wirth* StV 2002, 161 (167), erkennen in dem Beschluss eine »Empfindlichkeit gegenüber Verrohungstendenzen der Strafverfolgungspraxis«. Kritisch außerdem *Rixen* NStZ 2000, 381 (382); *Naucke* StV 2000, 1 ff.
- 11 Nachdem sich in Hamburg am 12. 12. 2001 ein Todesfall ereignet hatte, sah sich das BVerfG aber veranlasst, in einer Pressemitteilung (!) klarzustellen, dass bisher noch keine Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Brechmitteleinsatz getroffen worden sei, vgl. Pressemitteilung 116/2001 v. 13. 12. 2001, abrufbar unter: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg116-01.html>.
- 12 EGMR NJW 2006, 3117 ff. und dazu *Gaede* HRRS 2006, 241 ff.; *Schumann* StV 2006, 661 ff.; *Renzikowski* FS Amelung, 2009, S. 669 ff.; *Schuh* NJW 2006, 3538 ff.
- 13 Vgl. zum in Fn. 11 erwähnten ersten Todesfall aber schon *Binder/Seemann* NStZ 2002, 234 sowie am Rande OLG Hamm StV 2002, 128 mit Anm. *Lilie* (unter Konzentration auf strafprozessuale Aspekte).
- 14 Inwiefern sich diese und andere Beteiligte strafbar gemacht haben könnten, soll an dieser Stelle offen bleiben, vgl. in dieser Richtung schon *Eidam* NJW 2010, 2599 (2600). Der 5. Strafsenat spricht in dieser Hinsicht explizit das Organisationsverschulden der dienstvorgesehenen Ärzte des A an (Rdn. 32 mit Rdn. 42). Daneben könnte man noch an eine Strafbarkeit des Notarztes (als Garant wegen eines unechten Unterlassungsdelikts oder jedenfalls wegen § 323 c StGB) denken, soweit er nach seinem Einsatz als Notarzt zwar anwesend, aber untätig bleibt. Auf die Strafbarkeit dieser Beteiligten wird bloß eingegangen, sofern es sich für A auswirkt.

Ende 2004 kam es zu einem Brechmitteleinsatz zu Lasten des späteren Todesopfers (C), das weder der deutschen noch der englischen Sprache mächtig war. C wurde des Drogenhandels verdächtigt und aus diesem Grund von zwei Polizisten zu A verbracht. Die Polizeibeamten ordneten eine sofortige Exkorporation an, nachdem sie deutliche Schluckbewegungen bei C wahrgenommen hatten und daher vom Verschlucken mehrerer Drogenbehältnisse ausgingen.

Als sich C weigerte, freiwillig Brechsirup zu nehmen, wurde er nach einer kurzen körperlichen Untersuchung auf einem Stuhl fixiert. Anschließend legte A eine Nasen-Magen-Sonde sowie eine Venenverweilkanüle. Außerdem überprüfte er durch ein Messgerät die Vitalwerte (Puls, Blutdruck, Sauerstoffsättigung im Blut). Im Anschluss daran wurden Brechmittel und Leitungswasser über den Sondenschlauch in den Magen gespritzt, um ein schwallartiges Erbrechen auszulösen. C versuchte, dieses Erbrechen mehrfach zu unterdrücken, indem er die Zähne zusammenbiss und das Erbrochene wieder verschluckte. Dennoch konnte nach mehrmaligem Erbrechen ein Kokain-Kügelchen sichergestellt werden. A setzte die Maßnahme aber gleichwohl fort. Im weiteren Verlauf musste er dabei die Sonde mindestens einmal neu legen und führte über diese weiterhin kontinuierlich Wasser zu, während C unablässig versuchte, das Erbrochene zu verschlucken. Dabei trat zunehmend Wasser in die Atemwege des C, das zur Verminderung der Lungenfunktion führte und dadurch die Sauerstoffversorgung des Organismus beeinträchtigte. Dies spiegelte sich in zunehmender Apathie des C wider. Er war nicht ansprechbar und atmete schwer. A und die Polizisten gingen davon aus, dass C – entsprechend früher beobachtetem Verhalten von anderen aus Afrika stammenden Betroffenen<sup>15</sup> – bloß simuliere, um dadurch den Abbruch der Maßnahme herbeizuführen.

Als jedoch weißer Schaum aus dem Mund des C trat und das Messgerät keinen Sauerstoffsättigungswert mehr anzeigte, verständigte A einen Notarzt. Diesem gelang es, C zu stabilisieren. Auf Nachfrage des A blieb der Notarzt vor Ort und stellte A seine Geräte zur Verfügung, ohne sich aber persönlich an der Exkorporation zu beteiligen. Ohne erneute körperliche Untersuchung setzte A die Zwangsmaßnahme fort, wobei zwei weitere Kokainkügelchen sichergestellt werden konnten. Als der Brechreiz trotz weiterer Zuführung von Leitungswasser nachließ, versuchte A schließlich sogar, das Erbrechen durch eine mechanische Einwirkung im Rachenraum auszulösen, indem er zunächst die Kehrseite einer Pinzette und später noch einen Holzspatel in den Rachen des C schob, woraufhin dieser ein weiteres Kokain-Kügelchen erbrach. Die Reaktionsfähigkeit des C ließ im Laufe des gesamten Geschehens immer weiter nach, bis er schließlich in ein Koma fiel. Wenige Tage später starb C am erlittenen Sauerstoffmangel im Gehirn.

Zusammenfassend lässt sich in tatsächlicher Hinsicht festhalten, dass es sich um einen Brechmitteleinsatz handelt, der sich in mehrere Stadien sezieren lässt. Insgesamt liegen drei Zäsuren vor. Ein erster Einschnitt stellt das Erbrechen des ersten Kokain-Kügelchens dar. Eine weitere Zäsur ist im Eintreffen des Notarztes und seiner Behandlung des C zu sehen. Schlussendlich ist noch das Erbrechen der weiteren Kokain-Kügelchen als solche anzusehen. Diese Einteilung geschieht nicht zum Selbstzweck, sondern ist für die strafrechtliche Würdigung und das Verständnis der folgenden Ausführungen von Vorteil.

## 2. Entscheidungsgründe

Bereits das LG Bremen hat festgestellt, dass A aufgrund seiner Unerfahrenheit gegen mehrere Sorgfaltspflichten verstieß, etwa

die Voruntersuchung zu Beginn der Exkorporation unzureichend vornahm. Des Weiteren wurden sorgfaltswidrig das Eindringen des Wassers in die Lunge nicht verhindert und die mangelnde Sauerstoffversorgung nicht erkannt. Der letztlich ursächliche Pflichtverstoß sei aber die Fortsetzung der Exkorporation gewesen, weil ein erfahrener Facharzt erkannt hätte, dass nach den bisherigen Geschehnissen die Fortsetzung der Maßnahme ein zu hohes Risiko birgt. Allerdings lehnte das Gericht die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolges wegen Überforderung und mangelnder Erfahrung des A ab und sprach deshalb frei.

Der BGH hob den Freispruch auf. Dies stützt er maßgeblich auf die fehlende Würdigung weiterer Sorgfaltspflichtverletzungen. Insbesondere habe A seine ärztliche Aufklärungspflicht dadurch verletzt, dass er C nicht über die medizinischen Risiken einer Zwangsexkorporation aufklärte. Dies sei aber notwendig und trotz der erheblichen Sprachdefizite des Opfers geboten gewesen, weil es C ermöglicht hätte, den Eingriff schonender zu gestalten. Der BGH scheint offensichtlich nicht ausschließen zu wollen, dass C nach einer Aufklärung über die Risiken einer zwangsweisen Verabreichung des Brechmittels dasselbe freiwillig genommen hätte.

Des Weiteren betont der BGH, dass A ein Übernahmeverschulden zur Last gelegt werden könne, weil er eine Tätigkeit übernommen hat, von der er wusste oder hätte wissen können, dass er die dafür nötigen Kenntnisse nicht besitzt. Dies werde aus der Vielzahl der Fehler deutlich, die A begangen habe. Ein etwaiges Fehlverhalten Dritter würde daran nichts ändern, sodass ein mögliches Organisationsverschulden seiner Vorgesetzten, weil sie den sichtlich überforderten A mit dem Brechmitteleinsatz betraut haben, für A irrelevant ist. Aufgrund der besonderen ärztlichen Schutzpflicht, die Ärzten bei einem gemäß § 81 a StPO nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchzuführenden Eingriff im Ausgangspunkt ebenfalls obliegt, handeln sie stets eigenverantwortlich, sodass Fehler durch Überforderung persönlich vorwerfbar sind. Aus vergleichbaren Überlegungen heraus wäre eine mögliche Pflichtwidrigkeit des Notarztes ebenfalls unbeachtlich für A. Er habe die Gefährdungsherrschaft weiter inne gehabt und habe seine Verantwortung zudem nicht übertragen können. Unabhängig davon, ob A tatsächlich auf die Richtigkeit des Verhaltens des Notarztes vertraute, sei die Pflicht zur Erforschung der Ursachen für den schlechten gesundheitlichen Zustand des C integrales Element seiner ureigenen Schutzpflicht gewesen, die sich aus der Übernahme einer ärztlichen Tätigkeit ergibt. Insofern können andere Beteiligte vielleicht (Neben-)Täter – oder im Falle des Notarztes der Beihilfe durch Unterlassen strafbar<sup>16</sup> – sein, ohne dass sich dies auf A auswirkt.

## III. Kritische Würdigung der Entscheidung

Damit ist man mitten in einer (kritischen) Würdigung der Entscheidung. Insofern ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass der

<sup>15</sup> BGH (Fn. 1), Rdn. 10. Es wird noch darauf zurückzukommen sein, dass solche Verallgemeinerungen fehl am Platze sind, vgl zu »Gefahr im Verzug« später unter III. 2.

<sup>16</sup> Dass der Notarzt nicht zwangsläufig straflos bleibt, ist schon anderenorts betont worden, vgl *Eidam* NJW 2010, 2599 (2600). Denn die Distanzierung des Notarztes ist möglicherweise als Unterlassen eines Garanten zu werten, wodurch er zum Nebentäter einer fahrlässigen Tötung wird bzw. sich der (gefährlichen) Körperverletzung durch Unterlassen oder der Beihilfe durch Unterlassen zur Körperverletzung schuldig macht, je nachdem wie man die Beteiligung durch Unterlassen an der Straftat Dritter beurteilt, vgl dazu *Krüger* ZIS 2011, 1 ff.

BGH die kaum haltbare Entscheidung des LG Bremen aufgehoben hat. Allein die Lektüre des festgestellten Sachverhalts offenbart eine Vielzahl von solch gravierenden ärztlichen Fehlern, dass das freisprechende Urteil des Instanzgerichts geradezu »abenteuerlich« anmutet<sup>17</sup>. Freilich liegt darin zugleich die Krux des Falls. Eine Addition von Pflichtverletzungen führt nicht automatisch zur Strafbarkeit. Vielmehr muss jede einzelne Handlung für sich daraufhin untersucht werden, ob sämtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen gegeben sind. Als besonderes Problem stellt sich dabei, wie nicht selten im Arztstrafrecht, der gerichtliche Nachweis der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und eingetretenem Erfolg dar. Von daher verwundert es nicht, dass der 5. Strafsenat auf andere Aspekte abstellt. Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit könnte zum einen die Fortsetzung der Exkorporation sein, nachdem C bereits Kokain-Kügelchen erbrochen hat. Aber bereits der erste Brechmitteleinsatz könnte – ungeachtet anderer dabei gemachter und jenseits späterer Pflichtverletzungen – deshalb als Körperverletzung mit Todesfolge strafbar sein, weil A es unterlassen hat, C über die Risiken der zwangsweisen Brechmittelgabe aufzuklären. Ob dies freilich in Gänze zu überzeugen vermag, soll nunmehr einer kritischen Analyse unterzogen werden.

### 1. Materiell-strafrechtliche Komponente der Entscheidung, insbesondere Irrtumsproblematik

In materiell-strafrechtlicher Hinsicht stellt das Urteil zunächst klar, dass »der vom Angeklagten verantwortete und vollzogene Brechmitteleinsatz nach objektiven Maßstäben aus *derzeitiger* – im Anschluss an EGMR NJW 2006, 3117 [Fall *Jalloh*, Anm. der Verf.] geläuterter – Sicht eindeutig als Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) zu werten ist«<sup>18</sup>. Zu ergänzen ist lediglich, dass ohne Todeseintritt nicht bloß an § 223 StGB zu denken ist, sondern darüber hinaus an § 224 Abs. 1 Nr. 1 und 5 StGB, weil das Brechmittel wohl ein »gesundheitsschädlicher Stoff« bzw. dessen Gabe im Einzelfall eine »das Leben gefährdende Behandlung« ist, ohne auf den jeweiligen Meinungsstreit eingehen zu wollen<sup>19</sup>. Um zu diesem Ergebnis zu kommen, bedarf es freilich bloß schlichter Subsumtion, vom Problem des gerichtlichen Nachweises der Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer (Todes-)Folge bei § 227 StGB einmal abgesehen. Ohne es *expressis verbis* zu betonen, gibt der Senat – durch seine geläuterte Sicht – zudem zu erkennen, dass § 81 a StPO nicht mehr zur Rechtfertigung der tatbestandlich gegebenen Körperverletzungsdelikte herangezogen werden kann, wengleich darin bloß eine zwangsläufige Konsequenz des EGMR-Urteils in Sachen *Jalloh* liegt.

Interessanter, zugleich aber etwas defizitär sind die Ausführungen des Senats zu einem etwaigen Irrtum des A<sup>20</sup>. Während zunächst offen bleibt, ob es sich dabei um einen Erlaubnistatbestandsirrtum oder einen unvermeidbaren Verbotsirrtum handelt<sup>21</sup>, gibt der Senat am Ende seiner Entscheidung der neuen Tatsacheninstanz auf den Weg, dass »für den Fall der Verurteilung eine milde Sanktion angezeigt sein [soll], bei einem Schuldspruch nach § 227 StGB naheliegend unter Annahme eines minder schweren Falls und zudem eines [vermeidbaren] Verbotsirrtums«. Wengleich man dem Senat darin im Ergebnis vielleicht zustimmen kann, leidet seine Begründung etwas daran, dass er nicht sauber die geschilderten Stadien auseinander hält, aber der Reihe nach.

Im Ausgangspunkt beizupflichten ist dem Senat darin, woraus zugleich spiegelbildlich ein unvermeidbarer Verbotsirrtum folgt, dass es A nicht oblag, »die Zulässigkeit der von den Polizeibeamten unter Inanspruchnahme der Eilkompetenz ge-

mäß § 81 a Abs. 1 StPO angeordneten Exkorporation unter Anwendung von Zwang entsprechend zahlreichen Veröffentlichungen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum in Zweifel zu ziehen«. Damit hat es aber nicht sein Bewenden. Unabhängig von der – vor dem Urteil des EGMR angenommenen – generellen Zulässigkeit des Brechmitteleinsatzes unter Zwang ist eine den Regeln der ärztlichen Kunst widersprechende Maßnahme niemals durch § 81 a StPO gerechtfertigt. Schon aus diesem Grund lagen die objektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes in § 81 a StPO nicht vor<sup>22</sup>. Offen bleibt, ob A von deren Vorliegen ausging, sich insofern rechtserheblich irrte. Um es auf den Punkt zu bringen: Ein Verbotsirrtum käme bloß in Betracht, wenn A zum einen gemeint hätte, dass die Regeln der ärztlichen Kunst (sog. *lege artis*) beim Eingriff nicht eingehalten werden müssen, und zum anderen davon ausging, dass die Maßnahme selbst bei massiven Risiken für die Gesundheit des C noch rechtlich zulässig wäre. Dass es sich wohl nicht in diesem Sinne verhält, gibt der Senat selbst – mehr oder minder unausgesprochen – zu erkennen. Er macht nämlich deutlich, dass jedenfalls der Einsatz einer Pinzette und eines Spatels, um den Brechreiz im Rachenraum mechanisch auszulösen, keine durch § 81 a StPO gerechtfertigte Gewaltanwendung ist, worum A aufgrund der Dienstanweisung wusste<sup>23</sup>. Vor diesem Hintergrund wirken die Zubilligung eines Verbotsirrtums und die entsprechende Handlungsanweisung für die neue Tatsacheninstanz etwas sehr apodiktisch. Darin erschöpft sich zugleich die materiell-strafrechtliche Komponente der Entscheidung, ohne dass sie wohl niemals wieder zum Tragen kommen wird, weil die Praxis – wegen der geläuterten Sicht – zukünftig auf den Einsatz von Brechmitteln verzichten muss.

### 2. Strafprozessuale Komponente der Entscheidung, insbesondere beim zweiten Brechmitteleinsatz

Um es vorwegzunehmen: Gleiches gilt für strafprozessuale Aspekte der Entscheidung, die aber gleichwohl etwas näher beleuchtet werden sollen. Zunächst stellt sich die Frage, ob die Maßnahme nicht bereits deshalb in Gänze rechtswidrig war, weil sie ohne richterlichen Beschluss erfolgt ist. Wenn man sich die im Detail immer mehr ausufernde Rechtsprechung zur – vergleichsweise harmlosen – Blutentnahme anschaut<sup>24</sup>, meint man, dies nahezu zwangsläufig annehmen zu müssen. Bei den Polizisten in unserem Fall scheint diese aber noch nicht angekommen zu sein. Jedenfalls ordneten sie eine Exkorporation wegen »Gefahr im Verzug« an, und zwar »aufgrund kriminalistischer Erfahrung mit Kleindealern«. Die Polizisten hatten C wegen des Verdachts auf Drogenhandel vorläufig festgenommen und dabei eine Schluckbewegung festgestellt. Dies genügt durchaus für einen Anfangsverdacht<sup>25</sup>. Darüber hinaus bedarf es aber für die Anwendung einer Maßnahme nach § 81 a Abs. 2

17 In diesem Sinne *Eidam* NJW 2010, 2599 (2600).

18 BGH (Fn. 1), Rdn. 23 (Hervorhebung nicht im Original – Warum diese Einschränkung gemacht wird, bleibt unerfindlich. Es lässt sich zwar nicht ausschließen, dass das geltende Recht geändert wird. Bei der EMRK steht es aber in deren zentralen Elementen, wozu Art. 6 sicher unzweifelhaft gehört, eher nicht zu erwarten.).

19 Vgl. dafür bloß *Lilie* in LK, 11. Aufl. 2001, § 224 Rdn. 11 bzw. Rdn. 36.

20 S. hierzu bereits *Brüning* ZJS 2010, 549 (552) sowie *Schlothauer* (Fn. 5), S. 78 ff.

21 BGH (Fn. 1), Rdn. 23.

22 Ebenso schon *Brüning* ZJS 2010, 549 (553).

23 BGH (Fn. 1), Rdn. 30.

24 Vgl. die Nachw. bei *Meyer-Goßner* 53. Aufl. 2010, § 81 a Rdn. 25 ff. mit Rdn. 32.

25 *Meyer-Goßner* (Fn. 24), § 81 a Rdn. 2 mit § 152 Rdn. 4.

StPO *ohne* richterlichen Beschluss einer »Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung«. Seit der Entscheidung des BVerfG zum – in der Sache damit identischen – Begriff der »Gefahr im Verzug« in § 105 Abs. 1 StPO, die für andere gesetzliche Fälle der Gefahr im Verzug ebenso gilt<sup>26</sup>, weiß aber jeder JURA-Student im mittleren Semester bzw. müsste es jedenfalls wissen, dass »reine Spekulationen, hypothetische Erwägungen oder lediglich auf *kriminalistische Alltagserfahrung* gestützte, fallunabhängige Vermutungen als Grundlage einer Annahme von Gefahr im Verzug nicht hinreichend« sind, sondern die Annahme »mit Tatsachen begründet werden [muss], die auf den Einzelfall bezogen sind«<sup>27</sup>. Die eingangs beschriebene Gefahr des Platzens der Behältnisse im Magen und die damit verbundenen gesundheitlichen Risiken bleiben dabei außen vor. § 81 a Abs. 2 StPO stellt ausschließlich auf die »Gefährdung des *Untersuchungserfolges*« ab. Damit bedurfte die Anordnung der Exkorporation eines richterlichen Beschlusses.

Darüber hinaus ist die Fortsetzung der Maßnahme unter folgendem Aspekt problematisch: Nach dem Erbrechen hat sich der Verdacht bestätigt und auf die genaue Menge der Betäubungsmittel kommt es nicht an<sup>28</sup>. Auf die Strafbarkeit des A wirkt sich dies freilich nicht aus. Nach Ansicht des BGH handelt er nicht pflichtwidrig, wenn er nicht erkennt, dass nach Sicherstellung des ersten Kokainkügelchens die Voraussetzungen der Eilkompetenz nach § 81 a StPO nicht mehr vorliegen, solange die Anordnung nicht offensichtlich willkürlich ist<sup>29</sup>. Deshalb soll die von der Rechtsprechung immer wieder betonte Frage, ob der Richtervorbehalt bei Maßnahmen nach § 81 a StPO gewahrt wurde<sup>30</sup>, außen vor bleiben. In einer größeren Stadt wie Bremen gibt es aber in der Regel einen nächtlichen richterlichen Bereitschaftsdienst, der telefonisch die körperliche Untersuchung anordnen kann. Wenn dies von den Polizisten nicht in Betracht gezogen wurde, dürfte schon die Gefahr im Verzug abzulehnen sein<sup>31</sup>, zumal ohnehin durch das Verbringen zum ärztlichen Beweissicherungsdienst ein Verzug eintrat, der hätte genutzt werden können, um einen Richter zu ersuchen.

Damit ist schon das Ob der Exkorporation strafprozessual höchst fragwürdig gewesen. Es gilt angesichts der geschilderten Fehler des A nicht minder für deren Durchführung, insbesondere für deren Fortsetzung, nachdem C bereits Kokain-Kügelchen erbrochen hatte. Der BGH bezeichnet dies als »jedenfalls unverhältnismäßig«<sup>32</sup>. Denn es habe auf der Hand gelegen, dass die Weiterführung der Exkorporation aufgrund des sich verschlechternden Zustandes des C unverhältnismäßig war und daher gegen das Gebot aus § 7 Abs. 1 MBO<sup>33</sup>, die Menschenwürde zu wahren, verstieß. Zustimmung verdient der Senat darin, dass die Fortsetzung der Exkorporation eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung darstellt. Nicht zu überzeugen vermag dagegen, jedenfalls nicht zwangsläufig, das Ausweichen auf die Verletzung einer standesrechtlichen Berufspflicht, um die Sorgfaltswidrigkeit zu begründen. Denn wie der BGH an anderer Stelle richtig feststellt<sup>34</sup>, obliegt A die Überprüfung der Voraussetzungen von § 81 a StPO im medizinischen Sinne. Dies schließt die Beurteilung ein, ob in der konkreten Situation das Brechmittel noch *lege artis* verabreicht werden kann. Der Zustand des C stand aber offensichtlich der weiteren Durchführung der Exkorporation entgegen. Damit war das weitere Handeln erkennbar nicht *lege artis* und damit auf jeden Fall unverhältnismäßig<sup>35</sup>. Ein Eingriff wäre im Übrigen selbst für den Fall unverhältnismäßig (gewesen), wenn das Platzen der Drogenbehältnisse gedroht hätte. In diesem Fall wäre der gesamte Eingriff nicht durch § 81 a StPO, sondern aufgrund poli-

zeirechtlicher Ermächtigungsgrundlagen gerechtfertigt<sup>36</sup>. Weil zudem die Merkmale des § 81 a StPO die Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs und dabei die Wahrung der Menschenwürde sicherstellen (wollen), war ein Rekurs auf § 7 Abs. 1 MBO überflüssig. Weil die Brechmittelgabe aber zukünftig generell nicht mehr auf § 81 a StPO gestützt werden darf, kann es auf sich beruhen.

### 3. Medizinrechtliche Komponente der Entscheidung, insbesondere Aufklärungserfordernis

Einzig wirklich zukunftsweisend sind von daher vielleicht die medizinrechtlichen Ausführungen des Senats. Sie gehen aber, um das Ergebnis vorwegzunehmen, in der Sache eher fehl. Um dies besser nachvollziehen zu können, muss der Bogen etwas weiter gespannt werden. Bekanntermaßen ist die Einordnung ärztlicher Maßnahmen, insbesondere des Heileingriffs, in strafrechtliche Kategorien umstritten<sup>37</sup>. Einigermassen einig ist man sich noch darin, dass körperliche Eingriffe von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen werden müssen, sowie darin, dass diese Regeln zur Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs bei einem Fahrlässigkeitsdelikt heranzuziehen sind<sup>38</sup>, sodass deren Missachtung zugleich regelmäßig eine Verletzung der gemäß §§ 229, 222 StGB strafbewehrten Sorgfaltspflicht begründet<sup>39</sup>. Es versteht sich von selbst, dass es sich bei der Zwangsexkorporation nicht – selbst im Hinblick auf die Gefahr des Platzens der Drogenbehältnisse nicht – um einen ärztlichen Heileingriff handelt. Gleichwohl bedient sich der 5. Strafsenat entsprechender Anleihen, die aber nicht zu überzeugen vermögen.

26 S. hierfür statt vieler bloß *Meyer-Goßner* (Fn. 24), § 98 Rdn. 7 m. w. N.

27 BVerfGE 103, 142 (155 – Hervorhebung nicht im Original).

28 Die »(nicht) geringe Menge« der Betäubungsmittel ist zwar für §§ 29 Abs. 5, 29 a Abs. 1 Nr. 2, 31 a BtMG von Interesse. Es lässt sich aber über den Einsatz des Brechmittels ohnehin nicht die exakte Menge an verschluckten Drogen feststellen bzw. das Abwarten der natürlichen Ausscheidung wäre zur Feststellung ausreichend gewesen. In diesen Fällen kann im Übrigen eine sog. »Stuhlhaft« angeordnet werden, vgl. Löwe-Rosenberg/*Krause* StPO, Band 2, 26. Aufl. 2008, § 81 a Rdn. 53; *Binder/Seemann* NSTZ 2002, 234 (238) sowie *Körner* (Fn. 6), § 29 Rdn. 953.

29 BGH (Fn. 1), Rdn. 25 f.

30 Vgl. aktuell etwa BVerfG NJW 2010, 2864 sowie Fn. 24. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der Richtervorbehalt dabei nicht bloß den Interessen des Beschuldigten dienen soll, sondern nach *Kohlhaas* NJW 1968, 2277 ebenso den Interessen des Arztes.

31 Vgl. in diesem Sinne zur Blutentnahme OLG Hamm NJW 2009, 242 (243); OLG Celle NJW 2009, 3524 (3525).

32 BGH (Fn. 1), Rdn. 35. *Eidam* NJW 2010, 2599 (2600) kritisiert, dass nicht schon die erste Exkorporation als Verstoß gegen die Menschenwürde gewürdigt wurde.

33 Musterberufsordnung für deutsche Ärztinnen und Ärzte (MBO) v 24. 11. 2006. Die Berufsordnungen der einzelnen Landesärztekammern folgen im Wesentlichen der MBO, sodass (landes-)spezifische Besonderheiten, sofern sie überhaupt bestehen, vorliegend vernachlässigt werden.

34 BGH (Fn. 1), Rdn. 26.

35 Zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch Abwägung von Schwere der Maßnahme und Anforderungen an Tatverdacht bzw. Schwere der Tat vgl. BVerfG NJW 2004, 3697 (3698); *Meyer-Goßner* (Fn. 24), § 81 a Rdn. 18; Löwe-Rosenberg/*Krause* (Fn. 28), § 81 a Rdn. 32 f.

36 *Benjer* JR 1998, 53 (55 f); *Dettmeyer/Musshoff/Madea* MedR 2000, 316 (318) sowie noch *Lilie* StV 2002, 130, der freilich ebenfalls sehr stark den Aufklärungsgedanken bemüht.

37 Vgl. dazu bloß *Lilie* (Fn. 19), Vor § 223 Rdn. 3 ff.

38 *Wessels/Beulke* Strafrecht AT, 40. Aufl. 2010, Rdn. 672; *Rengier* Strafrecht AT, 2. Aufl. 2010, § 52 Rdn. 18.

39 BGH (Fn. 1), Rdn. 31 sowie *Fischer* StGB, 58. Aufl. 2011, § 15 Rdn. 16; *Wessels/Beulke* (Fn. 38), Rdn. 672. Vgl. hierzu aber noch unter b) bb).

a) *Behandlungs- bzw. Kunstfehler beim Brechmitteleinsatz*

Weil man bei der ärztlichen Haftung gemeinhin zwischen Behandlungs- und Aufklärungsfehler differenziert<sup>40</sup>, soll zunächst geprüft werden, ob A ein Behandlungs- bzw. Kunstfehler unterlaufen ist. Um der ärztlichen Kunst bei einem Brechmitteleinsatz zu genügen, muss im ersten Schritt eine Voruntersuchung – die sog. Anamnese – stattfinden<sup>41</sup>, die Auskunft über den körperlichen Zustand des Beschuldigten gibt. Wird dabei z. B. eine Vorerkrankung oder die Einnahme anderer Substanzen festgestellt, spricht man von einer Kontraindikation. Diese schließt den Eingriff aus<sup>42</sup>. Auf Basis der Anamnese wiederum hat der Arzt die – ausschließlich seiner Einschätzung obliegende<sup>43</sup> – Entscheidung zu treffen, ob er den konkreten körperlichen Eingriff vornimmt. Hier fehlte es aber aufgrund erheblicher Kommunikationsschwierigkeiten – in Gestalt einer »Verständigung in nur rudimentärer Form unter Zuhilfenahme von Zeichensprache«<sup>44</sup> – bereits an einer sorgfältigen Anamnese, so dass eine Kontraindikation nicht ausgeschlossen werden konnte. Darüber hinaus wurden während des Eingriffs ebenfalls kunstwidrig die Vitalwerte wegen eines Gerätefehlers nicht überprüft. Unter diesen Bedingungen hätte die Exkorporation weder begonnen noch (nach dem Einsatz des Notarztes) fortgesetzt werden dürfen.

Hinzukommen allgemeine Risiken der Zwangsexkorporation. Speziell die Verabreichung eines Brechmittels über eine Magensonde erfordert, dass der Beschuldigte wach, bei vollem Bewusstsein und körperlich gesund ist<sup>45</sup>. Wenn er des Weiteren nicht zur Kooperation bereit ist, sich vielmehr heftig wehrt oder sogar versucht, das Erbrechen durch Zusammenbeißen der Zähne und anschließendes Verschlucken zu verhindern, erhöht dies die Wahrscheinlichkeit von Verletzungen ganz erheblich und die Gefahr des Einatmens von Erbrochenem nimmt zu<sup>46</sup>. Derartige Komplikationen enden, wie vorliegend geschehen, schlimmstenfalls tödlich, sodass schon seit Mitte der 90er Jahre einhellig von einer derartigen Verabreichung von Brechmitteln abgeraten wird<sup>47</sup>. Es war insofern schon zur Tatzeit Ende 2004 ein Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst, einem sich wehrenden Patienten über eine Magensonde Brechsirup zu verabreichen.

Im Gegensatz zum LG Bremen lässt der BGH des Weiteren nicht den Einwand gelten, dass A die objektiven Sorgfaltspflichtverletzungen nicht persönlich vorzuwerfen seien, weil er subjektiv den Anforderungen nicht gerecht werden konnte<sup>48</sup>. Erster Anhaltspunkt für die Richtigkeit dieser These ist, dass nach der – vom Senat wiedergegebenen<sup>49</sup> – Dienstanweisung die Exkorporation mittels Magensonde zu unterbleiben hat, »wenn der Beschuldigte [...] durch heftige Gegenwehr ein sachgerechtes ärztliches Vorgehen unmöglich macht«. Des Weiteren heißt es anschließend noch unmissverständlich: »Der Arzt selbst übt keinerlei Zwang aus.« Spätestens das Auslösen des Brechreizes auf mechanische Weise erfüllt dies aber.

Überdies entwickelt der BGH noch einen weiteren Gedanken, um A einen individuellen Schuldvorwurf machen zu können. Zwar war er unerfahren und mit der Situation überfordert. Ein Arzt, der erkennbar an die Grenzen seines Wissens oder Könnens stößt, muss jedoch inne halten und die Maßnahme abbrechen<sup>50</sup>. Wenn er dies nicht tut, trifft den Arzt das Verschulden, eine Tätigkeit durchgeführt zu haben, die er erkanntermaßen oder erkennbar nicht lege artis durchführen konnte (sog. Übernahmeverschulden)<sup>51</sup>. Damit hätte es im konkreten Fall für die Strafbarkeit von A sein Bewenden haben können. Der Senat meint aber, noch einen Schritt weitergehen zu müssen.

b) *Aufklärungsfehler beim (ersten) Brechmitteleinsatz*

Der Senat bemängelt am Urteil des LG Bremen ferner, dass nicht die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht gewürdigt wurde. Richtigerweise macht er in diesem Zusammenhang deutlich, dass sich das Maß der anzuwendenden Sorgfalt nicht nach dem Inhalt einer Dienstanweisung richten kann, weil diese keinesfalls abschließend sei<sup>52</sup>. Ferner trifft es zu, dass ein körperlicher Eingriff nach § 81 a StPO für den ausführenden Arzt eine berufliche Tätigkeit ist<sup>53</sup>, welche grundsätzlich die Beachtung ärztlicher Berufspflichten gebietet. Diese Berufspflichten können – ebenso wie andere außerstrafrechtliche Normen – durchaus zur Bestimmung von Inhalt und Ausmaß strafrechtlich relevanter Sorgfaltspflichten herangezogen werden<sup>54</sup>. Bis dahin bewegt man sich auf vertrautem Terrain.

aa) *Aufklärungspflicht bei Zwangsmaßnahmen nach § 81 a StPO*

Problematisch ist die weitere Argumentation des BGH, dass die – u. a. in § 8 MBO statuierte<sup>55</sup> – ärztliche Aufklärungspflicht selbst bei Zwangsmaßnahmen nach § 81 a StPO zu erfüllen sei<sup>56</sup>. Dabei überzeugt bereits die Anknüpfung an § 8 MBO nicht. Zur Ausfüllung dieser Norm hat die Bundesärztekammer »Empfehlungen zur Patientenaufklärung« verabschiedet<sup>57</sup>. Sie betonen unter Punkt 1 das »Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrecht des Patienten«. Es ist sicher nicht zu zweifeln, dass – und gerade – dem Beschuldigten bei Zwangsmaßnahmen die Grundrechte zuteil werden. Aber Selbstbestimmung(-saufklärung) und Zwang(-maßnahmen) schließen sich schon begriff-

40 Vgl. dafür bloß *Katzenmeier* Arzthaftung, 2002, S. 272 ff.

41 *Binder/Seemann* NStZ 2002, 234 (235); *Dettmeyer/Musshoff/Madea* MedR 2000, 316 (319). Vgl. zu den »Regeln der ärztlichen Kunst« im Sinne von § 81 a StPO bei der zwangsweisen Brechmittelvergabe ausführlich *Schlothauer* (Fn. 5), S. 52 ff., ohne dass sie jedoch auf das Erfordernis einer Aufklärung eingeht.

42 *Dettmeyer/Musshoff/Madea* MedR 2000, 316 (319); *Bachmann/Püschel/Sonnen* Kriminalistik 2004, 678 (679).

43 Ebenso *Dettmeyer/Musshoff/Madea* MedR 2000, 316 (318); *Kohlhaas* NJW 1968, 2277 (2278). Hiervon geht der Senat ebenfalls aus, BGH (Fn. 1), Rdn. 26.

44 BGH (Fn. 1), Rdn. 5.

45 Zu den spezifischen Risiken näher *Birkholz/Kropp/Bleich/Klatt/Ritter* Kriminalistik 1997, 277 (281 f.); *Bachmann/Püschel/Sonnen* Kriminalistik 2004, 678 (679) sowie krit. *Dettmeyer/Musshoff/Madea* MedR 2000, 316 (319). Der 105. Deutsche Ärztetag lehnte 2002 sogar in einem Entschließungsantrag »das gewaltsame Einbringen von Brechmitteln mittels einer Magensonde« wegen der erheblichen gesundheitlichen Risiken als ärztlich nicht zu vertreten ab.

46 *Birkholz/Kropp/Bleich/Klatt/Ritter* Kriminalistik 1997, 277 (280); *Binder/Seemann* NStZ 2002, 234 (236); *Hackethal* (Fn. 5), S. 87 f.

47 In diesem Sinne etwa *Prof. Dr. Volkmar Schneider*, damaliger Leiter des Instituts für Rechtsmedizin in Berlin, im Sachverständigen Gutachten für das LG Berlin, zitiert von KG StV 2002, 122 (123). Ferner der damalige Präsident der Hamburger Ärztekammer, *Frank Ulrich Montgomery*, zitiert von *Binder/Seemann* NStZ 2002, 234 (236).

48 Ebenso schon *Brüning* ZJS 2010, 549 (552).

49 BGH (Fn. 1), Rdn. 7.

50 *Ulsenheimer* Arztsstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Rdn. 22.

51 BGHSt 43, 306 (311); *Rengier* (Fn. 38), § 52 Rdn. 24.

52 Ebenso BGH (Fn. 1), Rdn. 27.

53 Vgl. *Lück* Der Einsatz von Emetika bei Ingestion von Betäubungsmittelcontainern aus medizinischer und strafprozessualer Sicht, 2009, S. 65, abrufbar im Internet unter: [http://www.diss.fu-berlin.de/diss/receive/FUDISS\\_thesis\\_000000006973](http://www.diss.fu-berlin.de/diss/receive/FUDISS_thesis_000000006973).

54 *Rengier* (Fn. 38), § 52 Rdn. 18; *Wessels/Beulke* (Fn. 38), Rdn. 672.

55 Berufsordnung für Ärztinnen und Ärzte im Lande Bremen, aktuell in der Fassung v. 12. 3. 2007, vgl. *Brem ABl* v. 20. 6. 2007, S. 657. Eine ähnliche Regelung findet sich ebenso in den Berufsordnungen der anderen Ärztekammern sowie in § 8 MBO.

56 BGH (Fn. 1), Rdn. 27.

57 DÄBl. 87 (1990), C-807 ff.

lich und erst Recht sachlich aus, sodass jedenfalls nicht in toto an die ärztliche Pflicht zur (Selbstbestimmungs-)Aufklärung angeknüpft werden kann.

Aus weiteren Gründen fällt es schwer, dem Senat zu folgen. Um dies aufzuzeigen, sei ein Exkurs gestattet: Die ärztliche Aufklärungspflicht rührt ursprünglich (neben dem Standesrecht) aus dem durch einen Behandlungsvertrag begründeten Arzt-Patienten-Verhältnis her. In diesem wird der Patient als selbstverantwortlicher Partner angesehen, der autonome Entscheidungen bezüglich seiner Behandlung treffen soll<sup>58</sup>. Auf die Verletzung der Aufklärungspflicht kann zudem ein Schadensersatzanspruch gestützt werden<sup>59</sup>. Dabei nimmt diese Haftung eine gewisse subsidiäre Funktion wahr. Weil ein Behandlungsfehler – oder jedenfalls dessen Kausalität für den Erfolg<sup>60</sup> – zumeist sehr schwer nachweisbar ist, wird auf die Haftung wegen Aufklärungsfehler ausgewichen. Dies ist der Grund dafür, dass die diffizile Rechtsprechung der Zivilgerichte zur ärztlichen Aufklärungspflicht nicht unreflektiert ins Strafrecht übernommen werden sollte<sup>61</sup>. Schon von daher ist Kritik am 5. Strafsenat zu üben.

Sie wird eher lauter, wenn man sich den (strafrechtlichen) Sinn der Aufklärung vor Augen führt. Die dogmatische Einordnung erfolgt im Zusammenhang mit der Frage, ob eine ärztliche Heilbehandlung als Körperverletzung nach § 223 StGB strafbar ist. Der BGH ist der Ansicht, dass sie den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt und erst durch eine Einwilligung des Patienten gerechtfertigt ist<sup>62</sup>. Diese wirkt aber bloß rechtfertigend, wenn zuvor eine Aufklärung erfolgt, welche den Patienten in die Lage versetzt, Risiko und Tragweite des Eingriffs einzuschätzen (sog. informed consent)<sup>63</sup>. Wenn man sich dies vor Augen führt, erscheint es mehr als fraglich, diese Grundsätze – ohne jede Modifikation – auf zwangsweise Maßnahmen (gemäß § 81 a StPO) übertragen zu wollen. Das *Arzt-Beschuldigter*-Verhältnis ist nicht ohne weiteres dem *Arzt-Patienten*-Verhältnis gleichzusetzen. Dass ein Patient, der sich freiwillig in Behandlung begibt, ein größeres Entscheidungsspektrum hat als ein Beschuldigter, der eine staatliche Maßnahme im Ermittlungsverfahren dulden muss<sup>64</sup>, versteht sich von selbst. Gerade weil die Aufklärung hauptsächlich dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten dient<sup>65</sup>, bedarf es einer – vom Senat nicht gegebenen – nachvollziehbaren Begründung, warum sie dem Beschuldigten gegenüber ebenfalls erfolgen muss.

Des Weiteren geht es nicht an, dass sich der Senat für seine Auffassung auf *Kohlhaas* beruft<sup>66</sup>. Damit werden dem ehemaligen Bundesanwalt posthum Ehren zuteil, die er weiland sicher weit von sich gewiesen hätte, ohne sich zu seinem Verteidiger aufschwingen zu müssen, weil *Kohlhaas* selbst zu Wort kommen soll<sup>67</sup>: »Nicht ohne Grund hat daher der Gesetzgeber alle Eingriffe, die ohne Einwilligung erfolgen, unter die enge Bestimmung des § 81 a StPO gestellt. Was nicht unter ihn fällt, kann man nicht durch Pseudoeinwilligungen ersetzen, und zu einer wirksamen Einwilligung gehört zudem eine Aufklärung über typische Gefahren, wobei das Aufklärungsproblem hier nicht einmal angedeutet werden kann.« Damit betont *Kohlhaas* den bereits geschilderten untrennbaren Zusammenhang von Einwilligung und Aufklärung, der vom 5. Strafsenat nicht gesehen wird, jedenfalls nicht in dieser Klarheit und Deutlichkeit. Insofern hat *Kohlhaas* in seinem gleichnamigen Beitrag »Zweifelsfragen zu § 81 a StPO aus ärztlicher Sicht« beantwortet, wohingegen der Senat im Zweifel neue geschaffen hat.

Offen bleibt ferner, wie zu verfahren ist, wenn der Beschuldigte nach Aufklärung einwilligt und sich im Nachhinein he-

rausstellt, dass die Aufklärung falsch war. Im Normalfall der ärztlichen Haftung könnte dem Arzt die sog. hypothetische Einwilligung helfen, ungeachtet deren genauen dogmatischen Einordnung im Strafrecht<sup>68</sup>. Weil man den Senat wohl dahingehend verstehen muss, dass eine Aufklärung erfolgen muss, ohne dass der Beschuldigte anschließend eine Einwilligung erklären muss, an deren Stelle § 81 a StPO tritt, könnte es sein, dass die hypothetische Einwilligung in solchen Fällen nicht greift. Freilich könnte man dies noch als Semantik abtun, weil es bei der hypothetischen Einwilligung nicht bloß darum, sondern ebenso um eine hypothetische Aufklärung geht. Jedenfalls bedenkt der Senat die Konsequenzen seiner Anknüpfung an die ärztliche Aufklärungspflicht und die entsprechende – primär zivilrechtliche – Dogmatik (oder besser: Kasuistik) zu wenig.

Man könnte allenfalls de lege lata erwägen, dass die Aufklärung eine Regel der ärztlichen Kunst ist und damit vom Wortlaut des § 81 a StPO selbst gefordert wird. Einer solchen Argumentation muss jedoch entgegnet werden, dass die Kunstregeln bloß den Stand der ärztlichen Wissenschaft und Technik meinen<sup>69</sup>, wohingegen die Aufklärungspflicht höchst normativ aufgeladen ist. Zudem hat der BGH bei der hypothetischen Einwilligung mehrfach betont, dass selbst ein Heileingriff ohne genügende Aufklärung lege artis durchgeführt werden kann<sup>70</sup>. Jedenfalls im strafprozessrechtlichen Kontext gehört die Aufklärung insofern nicht zwangsläufig zu den Regeln der ärztlichen Kunst.

#### *bb) Berufsrechtliche Aufklärungspflicht und strafrechtliche Sorgfaltspflicht*

Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, warum der BGH die Missachtung beruflicher Sorgfaltspflichten mit der Verletzung strafrechtlicher Sorgfaltspflichten gleichsetzt. Zwar kann grundsätzlich zur Bestimmung von Inhalt und Ausmaß der Sorgfaltspflicht auf außerstrafrechtliche Normen zurückgegriffen werden<sup>71</sup>. Bevor aber solche Normen herangezogen werden, muss in einem ersten Schritt die Sorgfaltspflicht konkret

58 Laufs in Laufs/Kern (Hrsg.), *Arztrecht*, 4. Aufl 2010, § 57 Rdn. 14; *Deutsch/Spickhoff* *Medizinrecht*, 6. Aufl 2008, Rdn. 248 f.

59 Vgl nur BGH NJW 1956, 1106 (1107 f); BGHZ 29, 176 (181 ff.).

60 S. dazu sowie zu Erleichterungen bei groben Behandlungsfehlern bloß *Katzenmeier* (Fn. 40), S. 417 ff., 439 ff.

61 *Ulsenheimer* (Fn. 50), Rdn. 55; *Lilie* (Fn. 19), Vor § 223 Rdn. 3; *Schöch* in *Roxin/Schroth* (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl 2010, S. 51 (55); *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben* StGB, 28. Aufl 2010, § 223 Rdn. 40 a.

62 BGHSt 11, 111 (112 ff.); 43, 306 (308). Zur Kritik an dieser Einordnung vgl *Lilie* (Fn. 19), Vor § 223 Rdn. 3 ff.; *Roxin* *Strafrecht AT I*, 4. Aufl 2006, § 13 Rdn. 27; *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 61), § 223 Rdn. 30 ff.

63 *Schöch* (Fn. 61), S. 51 (54); *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 61), § 223 Rdn. 40 a; *Roxin* (Fn. 62), § 13 Rdn. 112, der im Gegensatz zur Rechtsprechung eine Einwilligung als tatbestandsausschließend ansieht.

64 *Meyer-Goßner* (Fn. 24), § 81 a Rdn. 10; *Löwe-Rosenberg/Krause* (Fn. 28), § 81 a Rdn. 22.

65 *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 61), § 223 Rdn. 37.

66 BGH (Fn. 1), Rdn. 27.

67 *Kohlhaas* NJW 1968, 2277. Eine Seite später heißt es noch: »Wie soll er den Betroffenen aufklären, wenn er ihn nicht kennt?« Angesichts solcher Formulierungen überrascht es, dass sich der 5. Strafsenat auf *Kohlhaas* beruft.

68 Näher dazu *Otto* JURA 2004, 679 (683); *Sicko* JA 2008, 11 (14 ff.) sowie aus der Rspr BGHSt 43, 306 (309); BGH NStZ 1996, 34 (35). Am Rande wird die Problematik angesprochen von *Brüning* ZJS 2010, 549 (552).

69 *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 58), Rdn. 188.

70 BGHSt 43, 306 (309); BGH NStZ-RR 2007, 340 (341).

71 *Fischer* (Fn. 39), § 15 Rdn. 16; *Rengier* (Fn. 38), § 52 Rdn. 16 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 38), Rdn. 672.

rechtsgutsbezogen nach den vom Täter geschaffenen Gefahren bestimmt werden. Insofern lässt sich begründen, warum eine Dienstanweisung die Sorgfaltspflichten nicht abschließend regeln kann<sup>72</sup>. Allein die Einhaltung außerstrafrechtlicher Normen und Vorgaben ist nämlich nicht zwingend identisch mit den strafrechtlich relevanten Sorgfaltspflichten zur Vermeidung eines konkreten tatbestandlichen Erfolges<sup>73</sup>. Das entspricht ganz der Linie des BGH.

Spiegelbildlich dazu ist aber nicht jede Verletzung einer außerstrafrechtlichen Norm gleichsam eine Verletzung der strafrechtlichen Sorgfaltspflicht<sup>74</sup>. Aus Pflichten des beruflichen Standesrechts, deren Verletzung eher die Grundlage berufsrechtlicher Sanktionen ist<sup>75</sup>, lassen sich nicht ohne weiteres strafbewehrte Schutzpflichten für Leib oder Leben des Patienten ableiten. Im Sinne eines Schutzzweckzusammenhangs muss vielmehr durch die Einhaltung der berufsrechtlichen Norm bezweckt werden, dasjenige rechtlich missbilligte Risiko zu vermeiden, das sich im Todeserfolg verwirklicht hat<sup>76</sup>. A hat das Risiko eines Brechmitteleinsatzes unter Zwang geschaffen und nicht das (geringere) Risiko einer freiwilligen Brechmittelaufnahme. Wenn man einmal von den anderen Fehlern des A absieht, die eigene Sorgfaltspflichtverletzungen darstellen, wird man A hinsichtlich der fehlenden Aufklärung bloß vorwerfen können, dass A ein größeres Risiko geschaffen hat als es durch die freiwillige Einnahme des Brechmittels entstanden wäre. Dass man eine größere Gefahr für einen Erfolgseintritt schafft, führt aber, wenn man nicht gerade der Risikoerhöhungslehre anhängt<sup>77</sup>, nicht zwangsläufig zu deren rechtlicher Missbilligung. Konsequenterweise müsste man A – wie beim Irrtum – zugutehalten, dass man die Zwangsexkorporation zum Tatzeitpunkt als von § 81 a StPO gedeckt ansah. Die Zwangsmaßnahme war insofern rechtlich nicht missbilligt. Folglich dient die Aufklärung überhaupt nicht dazu, ein rechtlich missbilligtes Risiko zu vermeiden, sodass es jedenfalls am Schutzzweckzusammenhang fehlt.

#### cc) Anwendung auf andere Zwangsmaßnahmen nach § 81 a StPO

Die dogmatischen Bedenken gegen eine Aufklärungspflicht einmal bei Seite geschoben, hat sich der BGH im Übrigen wohl nicht die (möglichen) Konsequenzen seiner Entscheidung vor Augen geführt. Seinem Urteil zufolge besteht die Pflicht zur Aufklärung nämlich im Ausgangspunkt für *alle* Zwangsmaßnahmen nach § 81 a StPO, selbst für derart unkomplizierte Eingriffe, wie die zwangsweise Blutentnahme. Weil diese zumeist der Bestimmung der Blutalkoholkonzentration (BAK) dient, sind durchaus Fallgestaltungen denkbar, in denen der Beschuldigte aufgrund seines Rausches überhaupt nicht die für eine ordnungsgemäße Aufklärung erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt<sup>78</sup>. Übernimmt man darüber hinaus die zu Inhalt und Ausmaß der ärztlichen Aufklärung entwickelten Anforderungen, muss noch in Rechnung gestellt werden, dass diese für sog. fremdnützige Eingriffe, die anderen Zwecken als Diagnose oder Heilung dienen, besonders hoch sind<sup>79</sup>. Während man beim Brechmitteleinsatz für einen Eigennutzen des Beschuldigten noch anführen kann, dass die Drogenbehältnisse platzen könnten, ist die Blutentnahme zu Zwecken der Strafverfolgung ausschließlich fremdnützig. Das könnte – zu Ende gedacht – in der Praxis zur kuriosen Situation führen, dass die Aufklärung länger dauert als der eigentliche körperliche Eingriff.

Aus dieser Misere hat sich der BGH aber durch einen leicht zu übersehenden Nebensatz gerettet, worin er darauf aufmerk-

sam macht, dass eine umfassende Aufklärung bloß stattzufinden habe, wenn der Beschuldigte dadurch in die Lage versetzt werde, den hinzunehmenden Eingriff schonender zu gestalten<sup>80</sup>. Weil bei der Blutentnahme davon auszugehen ist, dass diese derart unkompliziert ist, dass selbst die Anwendung von Zwang – nach entsprechender Fixierung – das Risiko nicht erhöht<sup>81</sup>, trägt eine Aufklärung nicht zu einer spürbar schonenderen Durchführung bei. Die vom BGH aufgestellte Aufklärungspflicht bei Zwangsmaßnahmen nach § 81 a StPO ist angesichts dessen auf Eingriffe zu beschränken, die bei zwangsweiser Durchführung ein erhebliches zusätzliches Gefahrenpotential im Vergleich zum freiwilligen Eingriff aufweisen.

#### IV. Auswirkungen

Die Auswirkungen der Entscheidung für die Praxis dürften von daher eher gering sein. Es werden sich Fragen um den Brechmitteleinsatz nämlich kaum noch stellen (dürfen). Weil seit dem EGMR-Spruch die zwangsweise Verabreichung eines Brechmittels über eine Magensonde als unverhältnismäßig und damit regelmäßig als strafprozessual unzulässiger körperlicher Eingriff betrachtet wird, darf sie nicht mehr nach § 81 a StPO angeordnet werden, wie es in den meisten Bundesländern bereits getan wird<sup>82</sup>. Nach der Entscheidung des EGMR und dem vorliegend besprochenen Urteil des BGH werden sich Ärzte zudem nicht mehr (wirksam) auf das Vorliegen eines Verbotsirrtums berufen können. Die Unzulässigkeit des unverhältnismäßigen Brechmitteleinsatzes dürfte nämlich den zur Fortbildung verpflichteten Ärzten bekannt sein. Ärzte werden sich von daher noch zurückhaltender zeigen, wenn es darum geht, Anordnungen nach § 81 a StPO auszuführen. Zwar kann jeder Arzt gemäß §§ 73, 75 StPO als Sachverständiger zur Durchführung einer nach § 81 a StPO angeordneten Maßnahme verpflichtet werden, in der Regel aber nicht von der Polizei<sup>83</sup>. Fehlt dem Arzt aber die für den konkreten körperlichen Eingriff nötige Erfahrung, kann er zur Vermeidung eines Übernahmeverschuldens gar nicht anders, als die zugewiesene Aufgabe mit Hinweis auf seine fehlende fachliche Kompetenz zurückzuweisen. Ein solcher Konfliktfall dürfte hinsichtlich des Brechmitteleinsatzes – wegen der geläuterten Sicht – praktisch aber kaum noch auftreten.

72 BGH (Fn. 1), Rdn. 27.

73 In diesem Sinne für Normen der StVO BGHSt 5, 271 (273); Rengier (Fn. 38), § 52 Rdn. 17.

74 Kühl Strafrecht AT, 6. Aufl 2008, § 17 Rdn. 24.

75 Ratzel/Lippert/Lippert Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 5. Aufl 2010, Einleitung vor §§ 1 ff., Rdn. 8. Sie werden übrigens von Ärzten mehr gefürchtet als – kaum erfolgende – strafrechtliche Konsequenzen, vgl dazu Lilie/Orben ZRP 2002, 154 ff.

76 Wessels/Beulke (Fn. 38), Rdn. 674; Kühl (Fn. 74), § 4 Rdn. 74; Rengier (Fn. 38), § 52 Rdn. 37.

77 Vgl hierzu im vorliegenden Zusammenhang bereits Brüning ZJS 2010, 549 (552).

78 Schöch (Fn. 61), S. 51 (64).

79 BGH NJW 2006, 2108 zur Aufklärungspflicht bei Blutspenden und dazu Spickhoff NJW 2006, 2075; Ulsenheimer (Fn. 50), Rdn. 72 a.

80 BGH (Fn. 1), Rdn. 27 aE.

81 Meyer-Goßner (Fn. 24), § 81 a Rdn. 13.

82 Überblick bei Lück (Fn. 53), S. 46 ff.

83 Vgl hierfür bloß Senge in KK-StPO, 6. Aufl 2008, § 73 Rdn. 1 mit § 75 Rdn. 1 sowie Löwe-Rosenberg/Krause (Fn. 28), § 81 a Rdn. 37 – jeweils m. w. N.



Konsequenzen für die Praxis erwachsen wohl eher aus der Feststellung des BGH, dass bei Zwangsmaßnahmen nach § 81 a StPO eine ärztliche Aufklärung zu erfolgen hat. Dankenswerterweise hat der BGH seine Aussage aber gleich wieder relativiert, sodass nicht zu erwarten steht, dass Blutentnahmen zur Feststellung der BAK wegen des Verdachts einer Trunkenheitsfahrt demnächst die doppelte Zeit in Anspruch nehmen als bislang. Gleichwohl wäre es besser gewesen, wenn der Senat die – nicht tragenden<sup>84</sup> – Ausführungen zur Aufklärungspflicht unterlassen hätte. Einmal mehr sieht sich die

grundsätzliche Problematik von obiter dicta bestätigt<sup>85</sup>. Weniger ist oft Mehr.

<sup>84</sup> *Eidam* NJW 2010, 2599 (2600) hält zwar die Darlegungen zur ärztlichen Aufklärungspflicht für »in der Sache sicherlich zutreffend«, sieht aber gleichwohl den »Schwerpunkt pflichtwidrigen Verhaltens [...] eher in der Einwirkung auf das Opfer«.

<sup>85</sup> Vgl dazu in grundsätzlicher Hinsicht vor allem *Lilie* Obiter dictum und Divergenzausgleich in Strafsachen, 1993, passim sowie aktuell *Krüger* AnwBl 2010, 565 (566); *ders.* NSTZ 2010, 546 (549 Fn. 17).