

<https://doi.org/10.1007/s00350-022-6269-8>

Serientötungen im Krankenhaus: wer hat sie mitzuverantworten?

– Anmerkungen zum Oldenburger Nachfolgeverfahren

Thomas Hillenkamp

I. Zum Stand der Verfahren

Am 6.6.2019 hat die 5. Strafkammer des LG Oldenburg den Krankenpfleger *Niels H.* des Mordes in 85 Fällen schuldig gesprochen¹. Die Verurteilung zu einer lebenslangen Gesamtfreiheitsstrafe erfolgte unter Einbeziehung der Strafen aus zwei 2008 und 2015 vorangegangenen Urteilen desselben Gerichts. Es ging um vollendete, nur in wenigen Fällen um lediglich versuchte Morde. Sie betrafen Patienten und Patientinnen, die sich auf Intensivstationen der Kliniken Oldenburg und Delmenhorst befanden. Am Klinikum Oldenburg wurden *Niels H.* 31 Fälle, am Klinikum Delmenhorst 54 Taten nachgewiesen. In weiteren 15 Fällen sah das Gericht den Tatvorwurf als nicht erwiesen an.

Am 17.2.2022 hat vor derselben Schwurgerichtskammer die Hauptverhandlung gegen sieben *Niels H.* in der Klinikhierarchie vorgesetzte Personen begonnen². Zum Oldenburger Komplex geht es dabei um den Ärztlichen Leiter der kardiochirurgischen Intensivstation 211 (BB), den Leiter des Bereichs Pflege dieser Station als dem unmittelbaren Vorgesetzten von *Niels H.* (CC), sowie um den Geschäftsführer (AA) und die Pflegedirektorin (DD) des Oldenburger Klinikums. Das Verfahren gegen den Ärztlichen Leiter der Oldenburger Anästhesieabteilung (EE), auf die *Niels H.* wegen aufkommender Beunruhigung auf der kardiochirurgischen Station abgeschoben worden war, ist (insgesamt)³ mangels hinreichenden Tatverdachts nicht eröffnet worden⁴. Im Delmenhorster Komplex stehen zwei Oberärzte (OA und OB) und die Stellvertretende Pflegeleiterin (SP) der chirurgischen Intensivstation der Delmenhorster Klinik vor Gericht. Das gegen den Pflegeleiter (P) dieser Station eröffnete Verfahren hat die Kammer wegen krankheitsbedingter Verhandlungsunfähigkeit des P abgetrennt. Die zunächst zum Delmenhorster und erst später zum zeitlich vorangegangenen Oldenburger Komplex getrennt erhobenen Anklagen hat das Gericht zu einem Verfahren verbunden⁵. Vor seiner Weiterbetreibung hat die Kammer die Rechtskraft des Urteils gegen *Niels H.* aus 2019 abgewartet, um ihn als Zeugen vernehmen zu können⁶. Da die den Angeklagten zur Last gelegte Beteiligung an von der Anklage auf drei Oldenburger und fünf Delmenhorster Fälle aus den Jahren 2001 und 2005 beschränkten Taten deren erneute Feststellung im jetzigen Verfahren voraussetzt, sind die Aussagen des nun zur Wahrheit verpflichteten *Niels H.* dazu von großem Gewicht. Seine Vernehmung hat sich zunächst über die ersten sieben Sitzungstage erstreckt⁷.

Das Urteil ist für den Spätherbst angekündigt. Ob die Kammer dann und in ihrer Ausgangsbesetzung wird entscheiden können, ist nicht sicher. Zwar sind die Angeschuldigten im Zwischenverfahren mit der Ablehnung der mit dem Verfahren gegen *Niels H.* vorbefassten Richter nicht durchgedrungen⁸. Es ist aber gut möglich, dass 18 Strafverteidiger Äußerungen der Richterbank finden werden, die

z. B. die Einhaltung des Versprechens, dass die Beweisaufnahme zu den acht jetzt verfahrensgegenständlichen Taten noch einmal bei „Null“ beginne, aus Sicht der Angeklagten anzweifeln lassen.

II. Das bisherige Echo

Das Interesse der Medien und der außerjuristischen Fachwelt war und ist an allen Verfahren groß. Die Journalisten *Krogmann* und *Seng* haben mit ihrem 2021 erschienenen Buch „Der Todesengel“ einen über 300 Seiten starken Bericht vorgelegt, der auch das „Versagen der Helfer“ in beiden Kliniken thematisiert⁹. Für den Psychiater *Beine*, der in sein im selben Jahr erschienenen Buch „Tatort Krankenhaus“ nun auch den Fall *Niels H.* miteinbezogen hat, kann es „an der moralischen Verantwortung der (jetzt) Angeklagten in Delmenhorst und in Oldenburg ... keinen Zweifel geben.“¹⁰ Aus dem Erscheinungsdatum beider Bücher ergibt sich allerdings, dass das Nachfolgeverfahren dort nur in seinen Anfängen skizziert werden konnte¹¹.

- 1) LG Oldenburg, BeckRS 2019, 48817. Laut Pressemitteilung v. 11.9.2020 hat der 3. Strafsenat des BGH die Revisionen des Angeklagten und eines Nebenklägers verworfen.
- 2) S. dazu den Bericht von *Bingener*, in: FAZ v. 18.2.2022, S. 8.
- 3) Dazu später im Text.
- 4) Die vom LG Oldenburg mit Beschl. v. 26.4.2021 getroffene Eröffnungs- bzw. Nichteröffnungsentscheidung ist vom OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880 im Juli 2021 bestätigt worden. Die Personenbezeichnung AA – EE findet sich dort. Für die folgenden Mitteilungen stützt sich *Verf.* auch auf Informationen, die er dankenswerterweise von den Sprechern der Pressestellen des LG bzw. der StA Oldenburg, RiaLG Tölle und StA Dr. *Hirschmann* erhalten hat.
- 5) S. Pressemitteilung des LG Oldenburg zum Beginn der Hauptverhandlung (o. Datum): Verfahren gegen Beschäftigte aus den Kliniken Oldenburg und Delmenhorst; zur Eröffnung des Verfahrens, Delmenhorst betreffend, s. OLG Oldenburg, MedR 2019, 571.
- 6) S. Pressemitteilung des LG Oldenburg v. 19.11.2020: Anklage gegen Verantwortliche aus dem Klinikum Delmenhorst usw.
- 7) S. dazu *Bingener*, in: FAZ v. 2.3.2022, S. 8; *Reuter*, in: Göttinger Tageblatt v. 2.3.2022, S. 22; Göttinger Tageblatt v. 8.4.2022, S. 22.
- 8) Das OLG Oldenburg StraFo 2021, 21 hat alle vorgetragene Befangenheitsgründe verworfen. Sie betrafen die Vorbefassung der Kammer mit dem *Niels H.*-Verfahren, zum Vors. Richter *Bühmann* Ausschnitte aus dessen mündlicher Urteilsbegründung, eine Korrespondenz mit dem damaligen Angeklagten und das Einlegen einer „Gedenkminute“ nach Aufruf der Sache (s. dazu *Leitmeier*, StV 2019, 282) sowie eine Voreinschätzung des Gerichts im Zwischenverfahren und die Mitwirkung an Pressemitteilungen.
- 9) *Krogmann/Seng*, Der Todesengel, 2021, S. 73 ff. (zu Oldenburg); S. 123 ff. (zu Delmenhorst).
- 10) *Beine*, Tatort Krankenhaus, 2021, S. 73; zum Fall *Niels H.* s. dort S. 36–82. Das Buch schließt an *Beine*, Krankentötungen in Kliniken und Heimen – Aufdecken und Verhindern, 2. Aufl. 2011 an, in dem sich Nachlesenswertes zu diesem Phänomen und zu Strategien seiner Verhinderung findet.
- 11) Bei *Krogmann/Seng*, Der Todesengel, 2021, S. 295 ff., bei *Beine*, Tatort Krankenhaus, 2021, S. 73 f.

Ein vergleichbares, publizistisch dokumentiertes Interesse haben die Verfahren in Strafrechtswissenschaft und Kriminologie nicht gefunden. Das mag zu den beiden ersten Verfahren gegen *Niels H.* – durch unveröffentlichte Urteile rechtskräftig abgeschlossen 2008 und 2015 – noch damit erklärbar sein, dass zwar eine Ahnung dazu aufkam, dass man mit den wenigen damals angeklagten Fällen nur über einen kleinen Ausschnitt einer langen Mordserie verhandelte, hierüber aber noch keine Gewissheit bestand¹². Auch erwiesen sich in der Revision zum ersten Verfahren die straftheoretischen Fragen als unspektakulär¹³. Schon weniger erklärbar ist aber, dass das im Original 149 Seiten umfassende und publizierte dritte Urteil gegen *Niels H.* aus dem Jahr 2019¹⁴ – wenn nichts übersehen ist – außer der vom *Verf.* dieses Beitrags selbst vorgenommenen Bewertung¹⁵ keine Kommentierung gefunden hat. Auch hier hält sich die strafrechtsdogmatische Bedeutung zwar in Grenzen. Die Feststellungen des Urteils bieten aber ein wohl einmaliges Paradebeispiel für die Faktoren, die ein festgestellt 85faches und vermutet insgesamt eher 200faches Morden auf Intensivstationen im Krankenhaus selbst trotz aufkommenden Verdachts über einen langen Zeitraum hinweg ungehindert möglich machen. Was in Kenntnis dieser Faktoren dazu taugt, „Aufdecken und Verhindern“ zu befähigen, haben der Psychiater *Beine*, der Psychologe *Maisch* und der Mediziner *Oehmichen* in Studien aufgezeigt¹⁶, die eine intensive kriminologische und kriminalpolitische Diskussion verdienen und die Rechtspolitik der Länder zu Präventionskonzepten drängen. Das Land Niedersachsen hat reagiert¹⁷, aus den übrigen Ländern ist (jedenfalls *Verf.*) nichts bekannt.

Seltsam still ist es schließlich bisher in der strafrechtlichen Fachwelt auch zum Nachfolgeverfahren geblieben¹⁸. Das ist mit einem Abwartenwollen des Urteils nur unbefriedigend zu erklären. Denn es gibt aus dem Zwischenverfahren außer dem schon erwähnten, hier nicht näher zu behandelnden OLG-Beschluss über die Ablehnungsanträge einen Beschluss des LG Oldenburg vom April 2021¹⁹ und zwei weitere Beschlüsse des OLG Oldenburg aus 2018 und vom Juli 2021²⁰, die die Eröffnung bzw. Nichteröffnung (§§ 203, 204 StPO) der Hauptverhandlung betreffen. Aus ihnen ergeben sich einerseits diskussionswürdige strafrechtsdogmatische Aussagen zur bei hinreichendem Nachweis erwartbaren Begründung der Strafbarkeit aller Angeklagten wegen (vorsätzlicher) Nichtverhinderung der verfahrensgegenständlichen, jeweils in „ihren“ Kliniken begangenen Taten (dazu sogleich u. III). Andererseits – und das verdient zweifelsfrei auch festgehalten zu werden – erfährt man, warum die StA Oldenburg mit ihrer Anklage von drei im Oldenburger Klinikum Beschäftigten wegen Beteiligung an den später in Delmenhorst begangenen Taten schon im Zwischenverfahren nicht durchgedrungen ist. Die Ausstellung eines trotz aufgekommenen Verdachts einschränkungslos positiven Zeugnisses, das *Niels H.* nach dem ihm nahegelegten Verlassen der Oldenburger Klinik die die Fortsetzung seiner Mordserie eröffnende nahtlose Einstellung am Delmenhorster Klinikum ermöglicht hat, wird hiernach keine strafrechtlichen Folgen haben. Das kann nicht unkommentiert bleiben.

III. Zur Strafbarkeit der die Begehungstaten des *Niels H.* in der jeweils „eigenen“ Klinik nicht (ver)hindernden Angeklagten

1. Zur Auswahl und rechtlichen Qualifikation der „Haupttaten“

Die jetzt verhandelten Anklagen werfen AA, BB, CC und DD²¹ eine durch Unterlassen täterschaftlich verwirklichte Beteiligung an drei von *Niels H.* im Klinikum Oldenburg auf der Station 211 begangenen Tötungsdelikten vor. Denselben rechtlichen Vorwurf erhebt die StA auch gegenüber den im Verfahren verbliebenen OA, OB und SP in Bezug

auf fünf in Delmenhorst geschehene Taten. Zeitlich bilden die drei Oldenburger Fälle unter den Nrn. 29–31 den Abschluss der im Urteil von 2019 rechtskräftig abgeurteilten, aus 31 Tötungsdelikten bestehenden Serie in Oldenburg. Sie ereigneten sich am 17., am 20./21. und am 26. 11. 2001. Gewürdigt wurden sie als drei durch *Niels H.* vorsätzlich vollendete Mordtaten. Als Mordmerkmal wurden niedrige Beweggründe bejaht. Die für die ersten 27 Taten auch angenommene Heimtücke wurde verneint, weil die Kammer nicht ausschloss, dass die schutzbereiten Dritten der überwiegend komatösen, bewusstlosen oder tief schlafenden Opfer nicht mehr arglos waren²². Auch die fünf Delmenhorster Fälle liegen zeitlich am Ende der dort von *Niels H.* mit 54 Taten fortgesetzten Mordserie. Die im Urteil 2019 unter Nrn. 83–85 aufgeführten Fälle ereigneten sich am 22. 5., 25. 5. und 24. 6. 2005 auf der dortigen chirurgischen Intensivstation. Auch sie bewertete die Schwurgerichtskammer als durch niedrige Beweggründe, nicht aber mehr Heimtücke qualifizierte vorsätzlich vollendete Morde. Der Vorwurf der Beteiligung an den beiden übrigen Fällen betrifft Taten, die am 1. und am 22. 6. 2005 ausgeführt und bereits mit den Urteilen von 2015 bzw. 2008 abgeurteilt wurden. In diesen beiden Fällen ging es um nur versuchte Morde. Im 2008 abgeurteilten Fall vom 22. 6. 2005 bejahte das Gericht (erst auf die Revision der StA hin) Heimtücke, im 2015 mitabgeurteilten Fall vom 1. 6. 2005 Heimtücke und niedrige Beweggründe. Da die Kammer im Urteil von 2019 nun ab dem 9. 5. 2005 nicht mehr von der Arglosigkeit der „Kollegen bzw. Ärzte“ in Delmenhorst ausgehen will, werden sich die denkbaren „Haupttaten“ auch hier auf Morde aus

- 12) Sie wurde erst durch die 2014 vom Polizeipräsidium Oldenburg eingerichtete Sonderkommission „Kardio“ hergestellt, s. dazu und zum Gesamtverlauf der Verfahren den Bericht des *Sonderausschusses „Stärkung der Patientensicherheit und des Patientenschutzes“* vom 27. 4. 2016, Nds. Landtag, Dr. 17/5790, S. 6–10.
- 13) In BGH, BeckRS 2007, 19144 (= NStZ 2008, 93) ist nur Weniges zu Vorsatz und Heimtücke gesagt. Kurze Bespr. bei *Bosch*, JA 2008, 389, *Mitsch*, NStZ 2008, 421 und *Satzger*, in: JK 6/08, StGB § 211/54. Zur Heimtücke s. *Rengier*, Strafrecht Bes. Teil II, 20. Aufl. 2019, § 4, Rdnrn. 30a–c.
- 14) LG Oldenburg, BeckRS 2019, 48817.
- 15) S. *Hillenkamp*, ZStW 2020, 705, 729 ff.; *Hillenkamp*, Serientötungen kranker und pflegebedürftiger Menschen – Anmerkungen zum Fall *Niels H.*, FS f. *Sieber*, 2021, S. 1357 ff.
- 16) *Beine*, Krankentötungen in Kliniken und Heimen – Aufdecken und Verhindern, 2. Aufl. 2011, S. 341 ff. und *Tatort Krankenhaus*, 2021, S. 149 ff.; *Maisch*, in: *Oehmichen* (Hrsg.), *Lebensverkürzung, Tötung und Serientötung – eine interdisziplinäre Analyse der „Euthanasie“*, 1996, S. 159 ff.; dort auch resümierend *Oehmichen*, S. 229 ff.
- 17) Vorbildlich nicht durch ein spontanes „Anlass- oder Reflexgesetz“ – s. dazu *Hillenkamp*, FS f. *Eisenberg* II, 2019, S. 655 ff. –, sondern durch ein von einem *Sonderausschuss* des Nds. Landtags (s. Fn. 12) sorgfältig vorbereitetes, reflektiertes und mittlerweile vollständig in Kraft getretenes Maßnahmenpaket. Genauer dazu *Hillenkamp*, ZStW 2020, 705, 732 und *Hillenkamp*, Serientötungen kranker und pflegebedürftiger Menschen – Anmerkungen zum Fall *Niels H.*, FS f. *Sieber*, 2021, S. 1320 f. Die der Politik verfassungsgerichtlich auferlegte „Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht“ (s. zu ihr *Hillenkamp*, FS f. *Eisenberg* I, 2009, S. 301 ff.; *Tekin*, Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Strafrecht, 2013, S. 157 ff.) sollte hier durch eine entsprechende Begleitforschung effektiv erfüllt werden.
- 18) In Heft 1/2020 ist ein von *Kudlich* verfasstes NStZ – Editorial erschienen. *Kraatz* widmet ihm in NStZ-RR 2022, 33 eine Seite.
- 19) LG Oldenburg, BeckRS 2021, 39151.
- 20) OLG Oldenburg, MedR 2019, 571 mit Problemstellung *Eufinger*; OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880 mit Kurzkomentar von *Beukelmann/Heim*, NJW-Spezial 2021, 570.
- 21) Zur Personenbezeichnung s. o. bei Fn. 4.
- 22) Zu dieser Heimtückeproblematik s. *Hillenkamp*, Serientötungen kranker und pflegebedürftiger Menschen – Anmerkungen zum Fall *Niels H.*, FS f. *Sieber*, 2021, S. 1364 f.

niedrigen Beweggründen beschränken. Dass die StA die Beteiligung nur an den jeweils letzten drei bzw. fünf Taten an den beiden Tatorten zum Gegenstand der Anklage gemacht hat, liegt daran, dass sie erst in diesen späten Zeitintervallen davon ausgeht, dass den Angeklagten das nötige Wissen und das billige Inkaufnehmen vom Treiben des *Niels H.* nachzuweisen sein wird. Möglicherweise schon zuvor in fahrlässiger Nebentäterschaft begangene Taten der jetzt Angeklagten sind nicht angeklagt. Sie wären verjährt.

2. Zur Art der Beteiligung: Täterschaft oder Beihilfe?

Eine erste nicht unbedeutende Weichenstellung liegt in der Antwort auf die Frage, welche Beteiligungsform den Angeklagten zur Last zu legen ist²³. Dem zeitlich zunächst angeklagten Delmenhorster Komplex lag die übereinstimmende Annahme von StA und beiden gerichtlichen Instanzen im Zwischenverfahren zugrunde, dass es sich um den Verdacht „des (täterschaftlichen) Totschlags durch Unterlassen in fünf tateinheitlich zusammentreffenden Fällen“ handelt²⁴. Davon ist die 5. Strafkammer im den Oldenburger Komplex betreffenden Eröffnungsbeschluss nun aber abgerückt. Sie will nur noch, wie in einer vorläufigen Wertung den Verfahrensbeteiligten schon vor diesem Beschluss schriftlich mitgeteilt²⁵, von einer „Beihilfe (!) zum Totschlag (!) in drei rechtlich zusammentreffenden Fällen“ ausgehen²⁶. Dazu ist der Hinweis erfolgt, dass das jetzt auch für das mit dem Oldenburger verbundene Delmenhorster Verfahren gelten solle. Das OLG Oldenburg hat sich dazu jeder Stellungnahme enthalten, weil die i. E. „positive Eröffnungsentscheidung nur eine vorläufige Tatbewertung“ darstelle, „die in der Hauptverhandlung und mit den Rechtsmitteln gegen die abschließende Entscheidung ausreichend überprüfbar“ und deshalb im Beschwerdeverfahren „unanfechtbar“ sei²⁷. Wie in diesem einmal sehr „praktischen“ Streit zwischen Anklagebehörde und Gericht prospektiv zu entscheiden sein wird, sei hier als Erstes erörtert.

a) Dazu ist zunächst klarzustellen, dass es nicht – wie das LG Oldenburg sagt – darum gehen kann, ob die Angeklagten „Mittäter“ sind²⁸. Zwar lassen sich Bedenken gegen die Möglichkeit einer Mittäterschaft zwischen einem Begehungs- und einem Unterlassungstäter richtigerweise namentlich bei einer gleichen Pflichtenstellung gegenüber dem verletzten Rechtsgut überwinden²⁹. Auch hat der BGH seine eigenen Vorbehalte ausgeräumt, die nach seiner bis heute aufrechterhaltenen These, bei Totschlag und Mord handle es sich um zwei „selbstständige“ Delikte, gegen eine Verbindung zweier so verschiedener Taten zur Mittäterschaft sprechen³⁰. Was aber evident fehlt, ist der für Mittäterschaft unverzichtbare gemeinsame Tatentschluss, „gemeinschaftlich“ (§ 25 Abs. 2 StGB) eine konkretisierte Tat zu begehen. Anhaltspunkte für eine ausdrückliche oder auch nur konkludent-stillschweigende „Übereinkunft“ sind nicht zu sehen³¹. Es kann daher als Alternative zur Beihilfe nur um eine Nebentäterschaft gehen.

b) Zu dem dazu bestehenden Abgrenzungsstreit hat die Kammer zwar zwei einschlägige Fundstellen vermerkt³². Sie hat aber weder die den Streit auslösende Konstellation präzise benannt, noch die dazu bestehende Kontroverse auch nur annähernd ausgelotet. Das kann man mit der ja nur vorläufigen Bewertung im Zwischenverfahren zu rechtfertigen versuchen. Da der Ausschluss von Täterschaft aber doch als recht apodiktisch formulierte Vorfestlegung daherkommt, hätte man sich schon eine differenziertere Sicht auf das Problem und die Konsequenz dieser Festlegung gewünscht.

Die Problemkonstellations ist am besten durch die Frage benannt: Ist der das täterschaftliche Begehungsunrecht eines Dritten nicht hindernde Garant Unterlassungstäter oder bloßer Teilnehmer an der Tat des Dritten³³? Auf sie gibt es fünf Antworten. Ein Lager will den Garanten stets als Täter, ein anderes ihn ausnahmslos als Gehilfen

ansehen. In einem dritten Lager Versammelte differenzieren: Beschützergaranten sind nach ihnen Täter, Überwachungsgaranten dagegen nur Gehilfen. Diesen nicht gering besetzten Lagern setzen viele Stimmen entgegen, dass es keine Sachgründe gebe, die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der benannten Konstellation anders als sonst vorzunehmen. Wer das nach der Tatherrschaftslehre tut, tut es dann (mit auf das Unterlassen zugeschnittenen Modifikationen) auch hier, wer die subjektive Teilnahmelehre vertritt, nach ihr.

Da der BGH diesen Ausgangspunkt teilt und jedenfalls im Grundsatz an der subjektiven Lehre festhält³⁴, ist es der Kammer nicht zu verdenken, dass auch sie sich dem anschließt. Schon angesichts der abweichenden Beurteilung der StA wäre es aber als Erstes angezeigt gewesen, den sie i. E. stützenden Stimmen in der Literatur entgegenzutreten, die den Garanten immer³⁵ oder doch jedenfalls dann zum Täter machen, wenn er, wie hier – dazu sogleich – Beschützergarant ist. Es bietet sich an, der ersten Ansicht vorzuhalten, dass es keinen Sachgrund gibt, die gesetzlich (§§ 25 Abs. 2, 27 StGB) angelegte Unterscheidung für eine besondere Konstellation preiszugeben und dadurch u. U. auch „Randfiguren“ zu Tätern zu stempeln, der zweiten, dass die Einteilung der Garantstellungen ohne Bezug zur Teilnahmefrage entwickelt und als ein schematisch zwingendes Präjudiz für sie untauglich ist. Wenn man sich mit der Kammer dann auf die Animus-Lehre einlässt, erwartet man zum Zweiten allerdings wenigstens den Vorbehalt, dass die dann für nötig erachtete „wertende Betrachtung“ der „inneren Haltung des Unterlassenden zur Begehungstat“ zwar vorläufig auf der Basis der Ermittlungsergebnisse der Anklage, abschließend aber erst nach der Beweisaufnahme hierzu vorgenommen werden kann. Ob auch danach nur Beihilfe möglich erscheint, ist vorab, anders als es klingt, nicht entscheidbar. Zum Dritten erweckt die Subsumtion unter die Prämissen der subjektiven Theorie den

23) Alle folgenden Ausführungen beruhen jeweils auf der hypothetischen Annahme der Beweisbarkeit der jeweils nötigen Tatsachengrundlagen.

24) S. OLG Oldenburg, MedR 2019, 573, 574.

25) Die Mitteilung ist *Verf.* nicht zugänglich gemacht worden.

26) So im Beschluss tenor LG Oldenburg, BeckRS 2021, 39151 mit Begründung, Rdnrn. 25–27.

27) OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnr. 51.

28) Ob das die Anklagen behaupten, ist für *Verf.* nicht überprüfbar, da ihm die Anklageschriften nicht zugänglich sind. Akteneinsicht nach § 476 Abs. 2 S. 2 StPO ist allerdings auch nicht beantragt worden.

29) S. zum Streitstand *Weigend*, in: LK, 12. Aufl. 2007, § 13, Rdnr. 83; *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. II, 2003, § 31, Rdnr. 174.

30) S. dazu gegen BGHSt 6, 329 BGHSt 36, 231 im Anschluss an *Beulke/Hillenkamp*, JuS 1975, 309, 313. Zur Selbstständigkeits- versus Qualifikationstheorie s. *Hillenkamp/Cornelius*, 40 Probleme aus dem Strafrecht BT, 13. Aufl. 2020, 1. Problem m. w. N. bei Beispiel 3.

31) S. zu dieser Voraussetzung nur *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. 2021, § 27, Rdnr. 57; *Rengier*, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 44, Rdnr. 11; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 51. Aufl. 2021, Rdnr. 815: „Wer eine Straftat eines anderen nur beobachtet, innerlich billigt und nicht einschreitet, macht sich nichts zu eigen; er wird nicht zum Mittäter“ (BGH, NStZ-RR 2019, 271); BGH, StV 2022, 82.

32) Nämlich *Fischer*, StGB, 68. Aufl. 2021, § 13, Rdnr. 96 und *Weigend*, in: LK, 12. Aufl. 2007, § 13, Rdnr. 94.

33) So die Kennzeichnung des 20. Problems bei *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 15. Aufl. 2017; s. auch *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. 2021, § 29, Rdnrn. 93 ff.; *Rengier*, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021 § 51, Rdnrn. 15 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 51. Aufl. 2021 Rdnr. 1211.

34) Nachw. bei *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 15. Aufl. 2017, 19. Problem.

35) Prominentester Vertreter dieser Meinung ist *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. II, 2003, § 31, Rdnrn. 140 ff., auf den sich die Kammer in anderen Fragen stützt.

Verdacht, dass es der Kammer, eher als um das dogmatisch zutreffende Ergebnis, darum geht, die Angeschuldigten vor dem Stigma, Täter von Tötungsdelikten zu sein, bewahren zu wollen. Sicher kann man die Behauptung, sie hätten die Serienmorde nicht „als eigene“ Taten gewollt und „ohne Interesse am Taterfolg“ gehandelt, als vorerst plausibel ansehen. Was aber dann dazu, dass „keinerlei Tatherrschaft“ bestanden habe, gesagt ist, ist nicht schlüssig. Für den BGH, der der Tatherrschaftslehre nicht folgt, ist das Wissen um und das Wollen von objektiver Tat(mit)beherrschung ein gewichtiges Indiz für Täterschaft³⁶. Darin sehen die Vertreter der Tatherrschaftslehre einen immerhin halben Schritt hin zu dem in Wahrheit für sie ausschlaggebenden und weit mehr Rechtssicherheit als das annähernd beliebig ausfüllbare Eigeninteresse gewährenden objektiven Abgrenzungskriterium der Tatherrschaft. Es – subjektiv oder objektiv – zu verneinen, weil es *Niels H.* „allein in der Hand hatte, wann, wie, wo und wem gegenüber er Tötungshandlungen begehen würde“, die Angeschuldigten „hierauf (keinen) Einfluss hatten“ und „ihnen mangels Kenntnis von Zeit und Angriffsobjekt im konkreten Einzelfall“ deshalb „auch keine potentielle Tatherrschaft zur Last“ falle, überzeugt nicht. Einerseits hätte man, wenn man so wenig Wissen um die „konkreten Einzelfälle“ behauptet, zur angenommenen Beihilfe dann fragen müssen, ob dieses vermeintlich spärliche Wissen um die Haupttaten denn wenigstens für den Beihilfevorsatz reicht. Zwar verlangt der BGH für ihn insoweit wenig, aber doch auch nicht so gut wie nichts³⁷. Und andererseits ist die Negativbilanz zum Wissen deutlich überzogen. Denn die Angeschuldigten hielten ja, wenn ihnen ein *dolus eventualis* nachgewiesen werden sollte, ernstlich für möglich, dass *Niels H.* in seinen Dienstzeiten (wann) auf der jeweiligen Intensivstation (wo) dort befindliche Patientinnen und Patienten (wen) in lebensgefährliche reanimationspflichtige Zustände (wie) und damit möglicherweise zu Tode (Erfolg) bringt. Wer wie alle Angeschuldigten die Möglichkeit hatte, dieses Wissen der Polizei oder Entscheidungsträgern der Kliniken namhaft zu machen oder sogar selbst die Macht, *Niels H.* in einen patientenfernen Arbeitsbereich zu versetzen oder ihn zu entlassen, dem kann man die „potentielle Tatherrschaft“ über alle Folgetaten nicht absprechen. Von ihr Gebrauch zu machen, mag den Angeschuldigten subjektiv schwergefallen sein³⁸. Objektiv wäre es aber ein Leichtes gewesen³⁹. Und dazu gilt die Vermutung, dass nachweisbar sein wird, dass das den Angeschuldigten auch bewusst, das Wissen um ihre Verhinderungs- (und nicht nur, was nur für Beihilfe reichte, Erschwerungs-)macht präsent war.

c) Zu diesem gewichtigen Indiz für Täterschaft tritt hinzu, dass sich alle Angeklagten in einer exponiert zentralen und doppelt begründbaren Pflichtenstellung gegenüber dem bedrohten Leben der betroffenen Patienten und Patientinnen befanden⁴⁰. LG und OLG Oldenburg haben sich zur Begründung und Kennzeichnung der Garantenstellung der Angeschuldigten nur knapp geäußert⁴¹. Das ist insofern akzeptabel, als diese tatbestandliche Voraussetzung für Täterschaft wie für Beihilfe durch Unterlassen für sich genommen ohne größeren Aufwand begründbar ist. Denn einerseits sind Klinikleiter ebenso wie Ärzte und Pflegepersonen in einer Klinik in Bezug auf das Leben auf Intensivstationen überführter Patienten und Patientinnen fraglos und unabhängig von der Wirksamkeit der Behandlungsverträge zur Abwehr aller ihnen aus ihrer Behandlungspflichtigkeit drohenden gesundheitlichen Gefahren verpflichtete Beschützergaranten. Und andererseits haften sie, wenn man mit dem BGH die sog. Geschäftsherrenhaftung im Grundsatz anerkennt, als Überwachungsgaranten auch für die Abwendung tödlicher Gefahren, die den anvertrauten Personen durch betriebsbezogene Straftaten einer ihnen in der Krankenhaushierarchie untergeordneten und von ihnen zu beaufsichtigenden Person wie hier dem Pfleger *Niels H.* drohen⁴².

Richtet man den Blick auf die heute überwiegend zurecht geforderte materielle Begründung einer Garantenstellung⁴³, wird deutlich, warum hier von einer exponiert zentralen Pflichtenstellung die Rede sein muss, die die Angeklagten keinesfalls an den Rand, sondern in das Zentrum des Tatgeschehens rückt. Der im Urteil von 2019 beschriebene Zustand der Opfer von *Niels H.* erweist sie als höchst vulnerable, zu Selbstschutz vollkommen unfähige und deshalb auf den Schutz der sie im Schutzraum der Klinik umgebenden Fachkräfte angewiesene Menschen. Der Erhalt ihres Lebens hing von den Personen ab, die es vertraglich und faktisch übernommen hatten, diesen Erhalt nach den *leges artis* des ärztlichen und pflegerischen Berufs im Rahmen des Möglichen zu gewährleisten. Nicht nur die Patienten vertrauen auf diese Zusage. Vielmehr akzeptieren auch Personen aus dem Lebenskreis der Erkrankten, die sonst schutzbereit und –verpflichtet wären, dass sie sich im Vertrauen auf den professionellen Rundumschutz den Einschränkungen eigener Einflussnahme auf den Schutz im besonderen Schutzraum einer Intensivstation unterwerfen müssen⁴⁴. Die dort unmittelbar Tätigen wie deren weisungsbefugte Vorgesetzte haben die Alleinherrschaft über auch die aus der Abschottung erwachsenden Gefahren und sind von Rechts wegen auf Posten gestellt, sie nach Kräften abzuwehren. Das gilt im Sinne eines Rundumschutzes im Hinblick auf Gesundheit und Leben, wie er Beschützergaranten obliegt, besonders aber auch im Sinne der Abwehr von Lebensgefahren, die durch in der Regel gerade hier und aus dem Kreis der Beschützergaranten nicht erwartbare, dem Berufsethos diametral entgegengesetzte kriminelle Handlungen entstehen. Wer diese rechtlich begründete Einstandspflicht (§ 13 StGB) nicht erfüllt und stattdessen Serientötungen zulässt, ist als bloßer, weil nicht am Taterfolg eigeninteressierter Gehilfe ersichtlich falsch eingeordnet. Dem eigenverantwortlich unmittelbar handelnden Täter stehen stattdessen doch wohl eher krass pflichtvergessene Nebentäter als weitere Zentralgestalten des Geschehens zur Seite.

d) Wenn die Kammer gleichwohl an ihrer Vorwertung festhalten will, muss sie erklären, warum sogar Beihilfe nur zum Totschlag und nicht zum Mord in Betracht kommen soll.

36) S. BGH, NJW 2009, 321, 322; BGHSt 54, 44, 51.

37) S. dazu nur die Nachweise bei *Rengier*, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 45, Rdnrn. 115 ff.

38) Zu den subjektiven Hemmnissen s. genauer *Hillenkamp*, Serientötungen kranker und pflegebedürftiger Menschen – Anmerkungen zum Fall *Niels H.*, FS f. *Sieber*, 2021, S. 1367 ff. m. w. N.

39) Wenn das so ist, will *Weigend*, in: LK, § 13, Rdnr. 95 Täterschaft bejahen; entgegen LG Oldenburg, BeckRS 2021, 39151, Rdnr. 27 hat sich die StA daher auf ihn zurecht berufen.

40) Das liegt einzig für den Geschäftsführer des Klinikums Oldenburg dann nicht evident auf der Hand, wenn es sich bei ihm um einen kaufmännischen (nicht ärztlichen) Geschäftsführer handelt. Dazu hat *Verf.* keine Auskunft bekommen. Die Anklage geht von einer Garantenstellung aller „aufgrund ihrer Funktion“ aus, s. OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnr. 2.

41) OLG Oldenburg, MedR 2019, 571, 572 f.; OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnr. 20; LG Oldenburg, BeckRS 2021, 39151, Rdnr. 24.

42) Die Geschäftsherrenhaftung als Quelle ist insoweit nur, aber zutreffend, vom LG Oldenburg, BeckRS 2021, 39151, Rdnr. 24 benannt, s. zu ihr und ihrer Aufnahme durch den BGH nur *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. 2021, § 29, Rdnr. 64; *Rengier*, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 50, Rdnrn. 68 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 51. Aufl. 2021, Rdnrn. 1189 ff. Zur Anwendung im Krankenhaus s. *Hehr*, Die Strafbarkeit von Entscheidungsträgern des Krankenhausmanagements wegen Organisationsverschuldens, 2020, S. 53 ff.

43) S. zur Ablösung der formellen Rechtsquellen- durch die materielle Funktionenlehre *Rengier*, Strafrecht AT, 13. Aufl. 2021, § 50, Rdnrn. 2 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht BT/2, 44. Aufl. 2021, Rdnr. 533.

44) S. dazu OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnr. 16.

Erweisen sich die Haupttaten auch in neuer Beweisaufnahme nicht mehr als Heimtückemorde, weil die schutzverpflichteten Dritten nicht mehr arglos waren, bleiben sie immer noch aufgrund der niedrigen Beweggründe des Haupttäters Mord. Der Weg, den Gehilfen mit diesem Merkmal über §28 II StGB nicht zu belasten, steht der h. L. zur Verfügung, da sie Mord als qualifizierten Totschlag und deshalb in den niedrigen Beweggründen ein strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal sieht. Für sie ginge es folglich um Beihilfe zum Totschlag. Der Rechtsprechung ist dieser Weg aber verschlossen, da sie die Mordmerkmale aufgrund der von ihr angenommenen Selbstständigkeit des Mordes gegenüber dem Totschlag für strafbegründende Merkmale hält⁴⁵. Hier nach wären die Angeklagten Gehilfen zum Mord mit der Milderungsmöglichkeit nach §28 Abs. 1 StGB⁴⁶. Aus diesem erschwerten Vorwurf wären sie nur zu entlassen, wenn sie die niedrige Motivation des *Niels H.* nicht kannten (§16 StGB). Da auch insoweit ein *dolus eventualis* auch in seiner schwächsten Form bloßen Mitbewusstseins reicht, dürfte es schwer sein, den sich aufdrängenden Verdacht zu entkräften. Das sich von *Niels H.* abzeichnende Bild eines profilierungssüchtigen, mit seinen Reanimationsfähigkeiten prahlenden Intensivpflegers legte jedenfalls die Annahme nicht nahe, hier sei ein aus Mitleid handelnder Sterbehelfer am Werk.

e) Gleichgültig, ob man sich für Täterschaft oder Beihilfe entscheidet, sind die neben der schon behandelten Garantstellung (o. 2 c.) erforderlichen weiteren objektiven Voraussetzungen strafbaren Unterlassens gegeben. Dazu hat das OLG Oldenburg in seinem 2018 gefällten Beschluss am Beispiel der stellvertretenden Pflegeleiterin am Klinikum Delmenhorst Einiges gesagt⁴⁷. Es hat die Untätigkeit, die (physisch-reale) Möglichkeit der Erfolgsverhinderung⁴⁸, die Zumutbarkeit, das dazu Nötige zu tun⁴⁹, die (hypothetische) Kausalität⁵⁰ und die Erfüllung der Entsprechensklausel des §13 StGB in einer auf die jetzigen Angeklagten übertragbaren Weise bejaht. Da sich die durch das Unterlassen gesetzte unerlaubte Gefahr im jeweiligen Todeserfolg ausgewirkt hat und der Gedanke geteilter Verantwortungsbereiche hier auch nicht eine alleinige Zuweisung der Verantwortung an *Niels H.* rechtfertigt, ist schließlich auch die vom OLG ausgesparte objektive Zurechnung gegeben⁵¹. Problematisch ist dagegen wieder der subjektive Tatbestand: hier wird auf der Basis der Beweisaufnahme zu entscheiden sein, ob Vorsatz oder ob nur Fahrlässigkeit vorliegt. StA und das Schwurgericht Oldenburg gehen bisher von Ersterem aus⁵².

3. Vorsatz oder Fahrlässigkeit

Fahrlässige Beihilfe ist nicht strafbar. Eine Tötung in fahrlässiger Nebentäterschaft wäre verjährt. Eine Verurteilung der Angeklagten kommt folglich nur in Betracht, wenn ihnen der Vorsatz nachgewiesen wird, durch Unterlassen jeweils einen täterschaftlichen Totschlag oder eine Beihilfe zu den von der Anklage benannten Haupttaten begangen zu haben. Dazu kann hier nur das rechtlich Relevante erörtert werden.

a) Die Verwirklichung der §§212, 25 Abs. 1, 13 StGB setzt neben der Kenntnis aller soeben unter 2e.) aufgeführten objektiven Merkmale⁵³ auch das Wissen um die Täterschaft begründenden Umstände voraus, die Verwirklichung einer Beihilfe nach §§212, 27, 13 StGB auch die Kenntnis (wenigstens des Unrechtskerns) der Haupttat. Da Absicht und sicheres Wissen ausscheiden, kommt nur ein *dolus eventualis* in Betracht⁵⁴. Für ihn setzt der BGH voraus, dass „der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billig oder sich um des erstrebten Zieles Willen zumindest mit dem Eintritt des Todes eines anderen Menschen abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement)⁵⁵. Ist der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden“ und „vertraut“

er „ernsthaft und nicht nur vage darauf, (dass) der tatbestandliche Erfolg nicht“ eintritt, liegt danach nur bewusste Fahrlässigkeit vor⁵⁶. Dazu sind im hier behandelten Fallkomplex drei Dinge besonders zu beachten.

Dass es als Erstes nicht reicht, dass der tödliche Ausgang für die Angeklagten (nur) „erkennbar“ war und sie – was das voluntative Element betrifft – auf dessen Ausbleiben auch „nicht (hätten) vertrauen, sondern nur vage hoffen können“, hat der BGH der Kammer in der Revision zum ersten Urteil gegen *Niels H.* vorgehalten⁵⁷. Mit solchen Formulierungen sei nur Fahrlässigkeit, nicht aber Vorsatz belegt. Das Gericht muss also die Überzeugung gewinnen, dass die Angeklagten den Tod als Folge tatsächlich erkannt und auf dessen Ausbleiben nicht (begründet) vertraut haben. Beim OLG Oldenburg findet sich dazu 2018 genauere Auskunft, weil der Senat insoweit von der Auffassung des LG, das keinen Vorsatz sah, abwich⁵⁸. Wenn nun Heimtücke mangels Arglosigkeit der Angeklagten als schutzverpflichtete Dritte verneint wird, liegt

45) S. zu diesem Streit und seinen Konsequenzen nur *Hillenkamp/Cornelius*, 40 Probleme aus dem Strafrecht BT, 13. Aufl. 2020, 1. Problem m. w. N.

46) Die freilich (auch) nach BGHSt 23, 39 entfele, wenn den Angeklagten selbst niedrige Beweggründe zur Last gelegt werden müssten. Das sehen offenbar weder die StA noch das LG Oldenburg so. Wenn sich die Angeklagten aber passiv verhielten, nur um die „Reputation der Station 211 bzw. des gesamten Klinikums“ und das „Ansehen der eigenen Person (!)“ aufrechtzuerhalten – s. LG Oldenburg, BeckRS 2021, 39151, Rdnr. 26 –, steht das zur „Aufopferung“ zahlloser Patienten und Patientinnen auch auf dem Hintergrund ihres eigenen Berufsethos in einem so krassen Missverhältnis, dass sich eine Subsumtion unter dieses Mordmerkmal keineswegs evident verbietet. Auch für die h. L. ginge es dann durch nochmalige Anwendung des §28 II StGB um Beihilfe zum Mord ohne Milderungsmöglichkeit.

47) OLG Oldenburg, MedR 2019, 571.

48) Für Beihilfe reicht die Möglichkeit der Taterschwerung.

49) Zum anonymen Whistleblowing nach dem Nds. Krankenhausgesetz 2019 s. *Hillenkamp*, Serientötungen kranker und pflegebedürftiger Menschen – Anmerkungen zum Fall *Niels H.*, FS f. *Sieber*, 2021, 1371; ferner EGMR, NJW 2021, 2343.

50) Die bei der Beihilfe nach der Rechtsprechung nur in Form von Förderung bzw. Erleichterung gegeben sein muss, s. dazu nur *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 15. Aufl. 2017, 27. Problem m. w. N.

51) S. zu diesen drei Stufen der objektiven Zurechnung – Setzen einer unerlaubten Gefahr, Verwirklichung der unerlaubten Gefahr im Erfolg, Unterfallen des Tuns unter die Reichweite der Norm – nur *Roxin*, Strafrecht AT Bd. I, 4. Aufl. 2006, §11, Rdnrn. 53 ff., 69 ff., 106 ff.

52) Auch OLG Oldenburg, MedR 2019, 571, 573 hat seinerzeit bedingten Vorsatz bejaht.

53) In der Aufzählung in BGH, HRRS 2022 Nr. 122, Rdnr. 21 ist statt von Garantstellung von Garantspflicht die Rede. Die (Un) Kenntnis der Garantpflicht berührt aber das Unrechtsbewusstsein. Die Aufzählung in BGH, StV 2022, 75, 76 ist unvollständig.

54) Zu seinen Voraussetzungen und zu seiner Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit findet sich in der neueren Rechtsprechung ein stereotyp vorangestellter Bausteinesatz mit Anleitung zu dessen Feststellung – s. etwa BGH, NStZ 2022, 40; 101; BGH, HRRS 2022 Nr. 126, Rdnrn. 7 f.; BGH, StV 2022, 73; 74; 78 –, der nach BGH, StV 2022, 75, 76 „auch für Unterlassungstaten“ (mit Besonderheiten zur Indizwirkung besonders lebensgefährdenden Verhaltens, s. dazu schon BGH, NStZ-RR 1998, 101) gilt. Dem soll hier, weil die Kammer danach verfahren wird, ohne Stellungnahme gefolgt und der hergebrachte Streit – s. zu ihm nur *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 15. Aufl. 2017, 1. Problem – beiseitegelassen werden.

55) Letzteres gilt seit BGHSt 7, 363 als ein Billigen im Rechtssinne.

56) Zitate im Folgenden aus den insoweit übereinstimmenden „Bausteinen“ in den in Fn. 54 zitierten BGH-Entscheidungen.

57) BGH, BeckRS 2007, 19114, Rdnr. 12; s. dazu auch BGH, NStZ 2003, 259, 260 und BGH, StV 2022, 29, 80 sowie *Hillenkamp*, Serientötungen kranker und pflegebedürftiger Menschen – Anmerkungen zum Fall *Niels H.*, FS f. *Sieber*, 2021, S. 1363.

58) OLG Oldenburg, MedR 2019, 571, 573 f.

es nahe, dass auch die Kammer jetzt als Kehrseite dazu zu diesem Ergebnis kommt. Dass das Wissenselement gegeben ist, drängt sich zudem auch angesichts der zahllosen Früh- und in zeitlicher Tatnähe zu findenden An- und Warnzeichen für das Treiben von *Niels H.* auf. Nochmals allerdings: dass die Angeklagten nach dem Blick eines Außenstehenden auf das wahre Geschehen aus diesen Zeichen zwingend hätten schließen müssen, reicht für Vorsatz nicht aus. Verdrängung, auch fehlende Vorstellungskraft, das eigentlich Unmögliche, das Unfassbare, ernstlich für möglich zu halten, können auch objektiv unverständliche Blindheit erzeugen⁵⁹. Soll der Vorsatz „revisions sicher“ festgestellt werden, ist hier folglich größte Sorgfalt in der Beweiswürdigung und Formulierung geboten. Zum Willenselement gelänge die Beweisführung dagegen wohl leichter. Konkrete Maßnahmen oder Vorgänge, die ein Vertrauen auf das Ausbleiben weiterer Taten begründen könnten, sind nicht ersichtlich, ein bloßes Hoffen darauf reichte nicht aus. Wer das zur Vermeidung des als möglich Erkannten für notwendig zu Erachtende nicht tut, trifft eine Entscheidung für die mögliche Rechtsgutsverletzung. Bedingter Vorsatz ist dann gegeben⁶⁰.

Für die Beweiswürdigung verlangt der BGH – „da beide Schuldformen im Grenzbereich eng beieinander liegen“⁶¹ – eine „Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Umstände“ und vor allem zum „voluntativen Vorsatzelement ...“, dass sich das Tatgericht mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivlage und die konkrete Angriffsweise mit in Betracht zieht.“ Hierzu wird die Kammer für eine der Revision standhaltende Annahme eines bedingten Vorsatzes als Zweites besonders zu bedenken haben, dass es sich bei den Angeklagten⁶² um ärztliches bzw. pflegerisches Personal von Intensivstationen handelt. Dazu liegt die Vermutung nicht fern, dass schon dem Bewusstwerden von, namentlich aber auch dem für einen dolus eventualis notwendigen Sich-Abfinden mit einer durch einen ihrer Kollegen im Schutzraum der Intensivstation betriebenen Tötungsserie eine subjektive Barriere entgegensteht, die sich aus der Verinnerlichung des Gebots des Berufsethos speist, Schaden von den anvertrauten Patienten und Patientinnen mit allen Kräften abzuwenden. Gleichwohl tatenlos dem tödlichen Geschehen seinen Lauf zu lassen, setzt die Überwindung einer durch dieses Ethos bedingten hohen Hemmschwelle voraus. Unterlässt es eine Mutter gegenüber ihrem Kind, dessen drohenden Tod abzuwenden, verlangt der BGH, die gerade dann gemeinhin bestehende hohe natürliche Tötungshemmschwelle in die Würdigung miteinzubeziehen⁶³. Es liegt nahe, diesen Gedanken auf eine Täter-Opfer-Beziehung zu übertragen, in der Tötung ein das berufsethisch fundierte Band zwischen Beiden elementar zerschneidender Tabubruch ist. Dass man sich, um den Ruf der Klinik oder das eigene Ansehen zu schützen, darüber hinwegsetzen kann, ist sicher möglich, dass man so verfahren ist, aber mit großer Sorgfalt zu erweisen.

Als Drittes stellt zwar für den BGH eine ausgeprägte „objektive (Lebens)Gefährlichkeit der Tathandlung einen wesentlichen Indikator sowohl für das kognitive als auch für das voluntative Vorsatzelement dar.“ Sie ist aber wie auch der „Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgintritts“ weder isoliert noch in einer Gesamtschau notwendig der ausschlaggebende Faktor⁶⁴. Sicher ist das Gewährenlassen eines Serienmörders für absehbar weitere Opfer höchst lebensgefährlich. Es ist aber bei dem für die Angeklagten allein infrage stehenden Unterlassen einerseits zu berücksichtigen, dass „nicht die Gefährlichkeit einer (aktiven) Gewalttathandlung, sondern ein sich über einen längeren Zeitraum erstreckender Prozess sowie die geistige Vorwegnahme und Billigung seines möglichen Endes durch die Angeklagten zu beurteilen“ sind⁶⁵. Und andererseits schwächt es die Evidenz des Indikators, wenn bei der Beteiligung mehrerer „die eigentlich tödliche Tathandlung von einem anderen Täter ausgeführt“

wird⁶⁶. Auch das schließt einen Indizwert und das Ergebnis eines bedingten Vorsatzes nicht aus, macht seine Feststellung aber von einer es einbeziehenden Wertung abhängig.

b) Die Aufreihung der drei Klippen, die vor der Annahme eines dolus eventualis zu umfahren sind, ist nicht als Empfehlung misszuverstehen, entgegen der übereinstimmenden vorläufigen Wertung durch StA und Gericht vom Vorwurf einer Vorsatztat besser abzusehen. Wer das 2019 gegen *Niels H.* gefällte Urteil liest, versteht nicht, dass sein professionelles Umfeld so lange untätig zugesehen hat. Sich hierfür glaubhaft auf ein nicht für möglich Halten zu berufen, fällt anders als als Schutzbehauptung zu verstehen, schwer⁶⁷. Gleichwohl ist nicht ausschließbar, dass das Schwurgericht sich nach der Beweisaufnahme außerstande sieht, mit der dafür nötigen Überzeugung einen bedingten Tötungsvorsatz festzustellen. Da man seit der Lederriemen-Entscheidung des BGH einen Erfolg „im Rechtssinne“ auch billigen kann, der einem höchst unerwünscht ist⁶⁸, und ein durch Vermeidungsstrategien begründetes Vertrauen auf eine Beendigung der Tötungsserie sich kaum erweisen wird, wird Vorsatz, wenn überhaupt, an der Wissensseite, an der Überzeugung von einem ernstlichen für möglich Halten scheitern. Dann käme (nur) unbewusste Fahrlässigkeit in Betracht.

Darauf, sich in diesem Fall mit wenigstens ihrem Vorliegen und also mit §§ 222, 13 StGB genauer zu befassen, sollte das Gericht schon mit Hinblick auf die Wirkung eines Freispruchs auf das Umfeld der Opfer nicht mit dem Hinweis verzichten, die Taten seien „jedenfalls“ verjährt⁶⁹. Vor der nach § 260 Abs. 3 StPO gebotenen Einstellung sollte daher die sorgfaltswidrige Unterlassung der physisch-real möglichen und mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit erfolgreichen Verhinderung der Fortsetzung der Tötungsserie durch *Niels H.* in den angeklagten Fällen festgestellt werden. Auch an der objektiven Zurechenbarkeit der Taterfolge besteht kein durchgreifender Zweifel. Wer objektiv voraussehbare (adäquate) und zudem von ihm als Garant zu verhindernde Erfolge durch sein untätig Bleiben fahrlässig nicht verhindert, kann sich zu seiner Entlastung nicht auf das „vorsätzliche Dazwischentreten“ eines Dritten wie hier das des *Niels H.* berufen. Dass auch unter diesen Einschränkungen der Zurechnungszusammenhang unterbrochen sei, wird zwar von einigen Stimmen behauptet. Rechtsprechung und herrschende Lehre lehnen diese Wiederbelebung der überholten Lehre vom Regressverbot aber zurecht ab⁷⁰.

59) S. dazu *Hillenkamp*, Serientötungen kranker und pflegebedürftiger Menschen – Anmerkungen zum Fall *Niels H.*, FS f. *Sieber*, 2021, S. 1367 ff.; ein Grund, warum eine Mordserie so lange fortgesetzt werden kann.

60) S. dazu genauer *Hillenkamp*, GS f. *Armin Kaufmann*, 1989, S. 351 ff., 369.

61) BGH, BeckRS 2007, 19114, Rdnr. 11; Vorsatz und Fahrlässigkeit unterscheiden sich allerdings auch schon im Tatbestand.

62) Auch hier mit einem Vorbehalt zum Geschäftsführer, s. Fn. 40.

63) BGH, NStZ-RR 1998, 101; BGH, BeckRS 2015, 11495.

64) BGH, HRRS 2022 Nr. 126, Rdnr. 8.

65) S. BGH, NStZ-RR 1998, 101; OLG Oldenburg, MedR 2019, 571, 573 verweist darauf, dass auch das LG das so sieht.

66) BGH, StV 2022, 82, 83; dort ging es um Mittäter. Es muss aber auch für Nebentäterschaft gelten.

67) S. dazu außer LG Oldenburg, BeckRS 2019, 48817 die in Fn. 9, 10 und 15 genannten Berichte von *Krogmann/Seng, Beine und Verf.*

68) BGHSt 7, 363; die vom RG noch vertretene Billigungstheorie i. S. eines positiven einverstandenen Seins – s. dazu *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 15. Aufl. 2017, 1. Problem, B I. – ist damit aufgegeben.

69) S. zur Kritik am Überspringen rechtslogisch vorausliegender Voraussetzungen unter Berufung darauf, dass es „jedenfalls“ an einer anderen (späteren) Voraussetzung fehle, *Hillenkamp*, FS f. *Rengier*, 2018, S. 553 ff.

70) S. zum Streitstand *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 15. Aufl. 2017, 32. Problem; vgl. auch BGH, NStZ 2022, 163 mit Bespr. *Eisele*, JuS 2022, 176.

IV. Zur Mitverantwortlichkeit Oldenburger Klinikangestellter für die von Niels H. am Klinikum Delmenhorst fortgesetzte Tötungsserie

1. Zum Stand dieses Verfahrensteils

Die StA Oldenburg hatte in ihrer Anklage gegenüber dem Geschäftsführer (AA), der Pflegedirektorin (DD) und dem Ärztlichen Leiter der Anästhesieabteilung (EE) des Klinikums Oldenburg den zusätzlichen Vorwurf erhoben, in 63 (AA und DD) bzw. 60 (EE) „rechtlich zusammentreffenden Fällen jeweils einen Menschen getötet“ bzw. in vier Fällen zu töten versucht zu haben. Mit diesen Fällen war die am Klinikum Delmenhorst durch Niels H. fortgesetzte Tötungsreihe gemeint. Die Mitverantwortlichkeit der drei Oldenburger Klinikangestellten (auch) für diese Taten folgte für die StA daraus, dass sie, obwohl sie das Treiben des Niels H. mittlerweile „erkannt hatten“, nicht nur an ihrem eigenen Klinikum nichts gegen es unternommen hatten. Vielmehr hätten sie „zusätzlich dafür“ gesorgt, dass Niels H. das Klinikum Oldenburg „>sang- und klanglos< verließ, indem ihm durch EE angeboten wurde, drei Monate unter Weiterzahlung seiner Bezüge freigestellt zu werden und ein gutes Zeugnis zu erhalten, wenn er das Klinikum >freiwillig< verlasse.“ Nachdem Niels H. auf dieses Angebot eingegangen war, „wurde ihm, in dem Wissen um die zuvor von ihm begangenen Taten“ laut Anklage „ein sehr gutes“ (falsches bzw. unvollständiges, den Verdacht ganz unterdrückendes), von DD unterschriebenes „Zwischenzeugnis ausgehändigt“, mit dem es ihm – „wie ... EE, DD und AA bekannt war – ... problemlos“ gelang, nahtlos „eine neue Stelle im Klinikum“ Delmenhorst zu erlangen. „Aus ihrem – insgesamt pflichtwidrigen – Vorverhalten resultierte“ für die drei Angeschuldigten nach Auffassung der StA die „Verpflichtung, die von“ Niels H. „ausgehende Gefahr für Dritte nach Kräften abzuwenden.“ Das sei ihnen möglich gewesen, von ihnen aber unterlassen worden, um „aus Sorge um die Reputation“ des Oldenburger Klinikums die „Vorkommnisse >unter dem Deckel<“⁷¹.

Das LG Oldenburg hat die Eröffnung des Hauptverfahrens bezüglich EE „insgesamt“ aus tatsächlichen wie rechtlichen Gründen, bezüglich AA und DD in dieser Hinsicht aus rechtlichen Gründen abgelehnt⁷². Es ist auf die Frage, ob es sich „bei der Ausstellung des Zwischenzeugnisses schwerpunktmäßig um aktives Tun oder Unterlassen“ handelt, nicht eingegangen⁷³. Es erörtert als Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit ausschließlich ein Unterlassen. Dazu soll es aber an einer Garantenstellung – geprüft wurden Ingerenz, Produktverantwortung und Geschäftsherrenhaftung – in Bezug auf das Leben der Delmenhorster Opfer fehlen⁷⁴. Das OLG Oldenburg hat die „sofortigen Beschwerden der Nebenklägerinnen und der Staatsanwaltschaft“ gegen diesen Beschluss „als unbegründet verworfen.“⁷⁵ Auch der Senat vermisst die für strafbares Unterlassen konstitutive Garantenstellung. Zu den drei schon von der Kammer erörterten Garantenstellungen werden zusätzlich das Gesetz (§ 138 StGB), eine vertragliche und/oder tatsächliche Übernahme, eine gesetzlich angeordnete besondere Pflichtenstellung und Treu und Glauben als Quellen einer solchen Stellung abgelehnt. Besonders gründlich ist auch hier die Ingerenz bedacht⁷⁶. Eine „von der Nebenklage angenommene Beihilfestrafbarkeit durch aktives Tun“ kommt nach dem Senat „nicht in Betracht“. Der „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ liege nämlich nicht in der „Erstellung des (Zwischen-)Zeugnisses“, sondern „wenn man den Fokus allein auf den Inhalt des Zeugnisses richten wolle, in der Nichterwähnung etwaiger gegen“ Niels H. „streitenden Verdachtsmomente, mithin in einem Unterlassen.“⁷⁷

2. Eine punktuelle Kritik

Die gründlichen Überlegungen beider Gerichte verdienten eine eingehende Analyse. Sie würde die Ablehnung von sechs der erörterten Garantenstellungen wohl bestätigen, hinter die Ablehnung auch einer Garantenstellung aus vorangegangenen pflichtwidrig gefährdenden Tun aber ein deutliches Fragezeichen setzen⁷⁸. Der Verzicht hierauf an dieser Stelle hat den Grund, dass es richtigerweise auf eine Garantenstellung nicht ankommt. Denn die Nebenklage hat recht: es liegt eine Beihilfe zu den Delmenhorster Taten, begangen durch aktives Tun, vor⁷⁹.

Im Niels H. ausgestellten Zeugnis heißt es, er habe „umsichtig, gewissenhaft und selbständig“ gehandelt. Die ihm übertragenen Aufgaben habe er „zur vollsten Zufriedenheit“ sowie „überlegt und sachlich richtig“ erledigt. Auch sei er aufgrund seiner Einsatzbereitschaft und seines kooperativen Verhaltens ... im Mitarbeiterkreis und bei Vorgesetzten beliebt und geschätzt“ gewesen. Ausgeschieden sei er „auf eigenen Wunsch“.⁸⁰ Wer einem Intensivpfleger, der sich erkanntermaßen als Serienmörder auf Intensivstationen betätigt, derlei durchweg Erlagnes in einem Zeugnis bescheinigt, verschafft ihm mit dem dafür aufgewendeten „Energieeinsatz“⁸¹ sehenden Auges die Eintrittskarte zum nächsten Tatort und ermöglicht es ihm, dort an sein unseliges Treiben anzuknüpfen. Dass das bedingt für möglich Halten seines vergangenen Mordens und seiner prospektiven Fortsetzung „unterdrückt“ (§ 263 StGB) ist, kann man als ein Unterlassensmoment einordnen. Es ist aber, da die Offenlegung die positiven Aussagen konterkarieren würde, lediglich die nötige Ergänzung dessen, was aktiv vorgespiegelt werden muss und vorgespiegelt worden ist, um die nicht mehr tragbare Arbeitskraft durch ein erfolgreiches Weiterreichen loszuwerden: dass es sich nämlich um einen gewissenhaften und integren Vertreter seines Berufs handelt, den einzustellen ein Gewinn für jedes Klinikum ist. Genau dies soll und muss der Adressat eines solchen Zeugnisses nach der Verkehrsauffassung dem Zeugnistext auch entnehmen⁸². Und darin liegt nach den Maßstäben, mit denen beim Betrug eine Täu-

71) Zitate aus der Wiedergabe der Anklage in OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnrn. 1–5. In > ... < gesetzte Passagen sind dortige Zitate aus der Anklageschrift.

72) LG Oldenburg, BeckRS 2021, 39151. Dass nicht ersichtlich sei, dass EE am Zeugnis beteiligt war (Rdnr. 19), ist für den Außenstehenden schwer nachvollziehbar, da er Niels H. das gute Zeugnis angeboten hat und dessen Inhalt mit ihm als dem Chef der Anästhesie doch vermutlich abgestimmt worden ist.

73) Das LG Oldenburg, BeckRS 2021, 39151 erwähnt die von „der Staatsanwaltschaft problematisierte Frage“ lediglich i.R. des Vorverhaltens bei der Ingerenz und lässt sie dort offen.

74) Ausführlich erörtert ist die Ingerenz, nur kurz „Produktverantwortung“ und „Geschäftsherrenhaftung“, Rdnrn. 10–22; 23f.

75) OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880; Zitat aus dem Tenor.

76) Die Ausführungen finden sich in Rdnrn. 16–50; zur Ingerenz in Rdnrn. 28–48.

77) Rdnr. 11 des Beschl.

78) S. zum abstrakten Streit darum Hillenkamp/Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 15. Aufl. 2017, 29. Problem.

79) Wenn das so ist, fällt eine Kernthese beider Gerichte gegen die Ingerenz, es handle sich schon beim Vorverhalten um das später vorgehaltene Unterlassen als Kontinuum, in sich zusammen.

80) S. dazu Hillenkamp, Serientötungen kranker und pflegebedürftiger Menschen – Anmerkungen zum Fall Niels H., FS f. Sieber, 2021, S. 1370; zitiert ist aus dem 2015 gegen Niels H. ergangenen Ur., S. 5f. sowie aus OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnr. 36.

81) Für Roxin, Strafrecht AT Bd. II, 2003, § 31, Rdnrn. 73f. ist der „aktive Energieaufwand“, wenn er kausal für den Erfolg war, der für die Anknüpfung an positives Tun ausschlaggebende Faktor, Rdnrn. 77ff.

82) S. dazu überzeugend das OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnrn. 35f. selbst unter Berücksichtigung des normativen Zusammenhangs, in dem ein Arbeitszeugnis steht.

schung durch aktives Tun von einer Täuschung durch Unterlassen auch von der Rechtsprechung unterschieden wird, nach seinem Erklärungswert eindeutig ein Täuschen durch ausdrückliches und zugleich, was die eingebaute Unterdrückung der diametral einer Einstellung entgegenstehenden Tatsachen betrifft, durch schlüssiges, durch konkludentes, durch miterklärendes, diese verdeckendes Tun⁸³. Wer stattdessen wie das OLG das Unterlassensmoment isoliert und zum „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ erhebt, löst den Text- und Sinnzusammenhang willkürlich auf und „liefert“ mangels Angabe des Maßstabs, der zu dieser fallentscheidenden Abspaltung berechtigten soll, „die Abgrenzung einem irrationalen Gefühlsurteil aus.“⁸⁴ Nichts rechtfertigt es, die Prüfung der Strafbarkeit statt an ein gegebenes, die Folgetaten zweifelsfrei erst ermöglichendes und damit mitkausales Tun⁸⁵ an ein den Handelnden letztlich von jeder strafrechtlichen Mithaftung freisprechendes Unterlassen zu knüpfen.

Aus dieser strafrechtlichen Schlinge können die damals Angeschuldigten auch weder Überlegungen zur Beihilfe durch berufstypisch neutrales Verhalten, noch zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang und auch nicht zum Gehilfenvorsatz befreien. Da es nicht um Unterlassen, sondern um aktives Tun geht, kann schon die vermeintlich „äußerliche“ Neutralität jeden Unterlassens hier nicht als Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Regeln zum neutralen Alltagsverhalten angeführt werden⁸⁶. Wenn man deshalb das Zeugnis an diesen Regeln⁸⁷ misst, so ist es zwar richtig, dass die Erfüllung der Arbeitgeberpflicht, seinen Angestellten ein Arbeitszeugnis zu erstellen, „für sich genommen weder strafbewehrt noch sonst pflichtwidrig“ und damit neutrales Alltagsverhalten ist. Nicht plausibel ist es aber dann, dass das Zeugnis, das vor der Bewertung eine „neutrale Schilderung der zeitlichen Abläufe sowie der Einsatzbereiche und –tätigkeiten“ von *Niels H.* enthält, „auch ohne Berücksichtigung (seiner) etwaig (?) pflichtwidriger Teile >sinnvoll<“ und deshalb seine Erteilung straflos bleiben soll⁸⁸. Ohne (be)wertende Teile ist ein Zeugnis keine „Visitenkarte für weitere Bewerbungen“, wie das OLG es nennt, erfüllt also weder generell noch im gegebenen Fall (s)einen Sinn. Und schließlich ist zwar nach der vom BGH von *Roxin* übernommenen Formel ein berufstypisches Verhalten trotz seiner die Haupttat fördernden Wirkung nicht schon dann als Beihilfe strafbar, „wenn der Hilfeleistende es lediglich für möglich (hält), dass sein Tun für die Begehung einer Straftat genutzt wird.“ Das ändert sich aber dann, wenn das vom Unterstützenden „erkannte Risiko strafbaren Verhaltens“ des Hilfeleistungsempfängers „derart hoch (war), dass er sich mit seiner Hilfeleistung >die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein<“ ließ⁸⁹. So aber lag es hier. Denn dass der Intensivpfleger *Niels H.* die durch das Zeugnis ermöglichte Folgeanstellung an einer neuen Klinik zur Fortsetzung seiner von narzisstischem Selbstdarstellungs- und Bestätigungsdrang diktierten Tötungsserie nutzen werde, lag für die Angeschuldigten (jedenfalls als hinreichender Verdacht)⁹⁰ so auf der Hand und ein Vertrauen auf das Gegenteil so fern, dass anzunehmen ist, dass die Angeschuldigten diese Entwicklung für möglich hielten und in Kauf nahmen, um den Ruf ihrer Klinik und ihren eigenen zu wahren. Anders war für sie die Motivverwirklichung nicht zu haben.

Auch Beihilfe ist nur unter der weiteren Voraussetzung tatbestandsmäßig, dass sie über die „Kausalität“ hinaus mit dem Haupttaterfolg nach den Grundsätzen der objektiven Zurechnung verbunden ist. Dazu muss sie ein unerlaubtes Risiko für die Rechtsgutsverletzung gesetzt haben, und es muss gerade das Unerlaubt-Pflichtwidrige des Verhaltens sein, das sich im Erfolg ausgewirkt hat. Auch das OLG Oldenburg stellt beide Fragen, da es Beihilfe durch aktives Tun verworfen hat, allerdings in anderem Zusammenhang, nämlich bei der Untersuchung einer Garantenstellung aus Ingerenz. Hierzu fragt es, ob das als Vorverhalten

in Betracht kommende Erteilen des defizitären Zeugnisses pflichtwidrig ist und wenn ja, ob es im erforderlichen „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ zu den „nachfolgend begangenen Straftaten“ im Klinikum Delmenhorst steht⁹¹. Da das Zeugnis dem „Grundsatz der Zeugniswahrheit und -klarheit“ Hohn spricht und die Grenzen rechtlich tolerierter Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitnehmers durch verbales Verschleiern einer dem weiteren Fortkommen hinderlicher Daten eindeutig verletzt, haben jedenfalls die am Zeugnis Beteiligten pflichtwidrig gehandelt und damit unerlaubt das Risiko weiterer Patiententötungen gefördert. Das sieht wohl auch das OLG Oldenburg noch so⁹². Es verneint dann aber den „Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen dem Arbeitszeugnis und den nachfolgend begangenen Straftaten im Klinikum“ Delmenhorst. Die sehr gründlichen und differenzierten Ausführungen dazu haben zum Kern, dass die verletzte Wahrheitspflicht nur die Interessen zukünftiger Arbeitgeber schütze. Auch wenn die Verletzung „Auswirkungen durchaus auch auf Rechtsgüter dritter Personen haben kann“, sei der „Schutz weiterer Personen lediglich ein >Reflex<, welcher nicht geeignet (sei), einen Zurechnungszusammenhang herzustellen,“ m. a. W. und konkret, der Schutzzweck des Zeugniswahrheitsgebots beziehe sich nicht auf die „höchstpersönlichen Rechtsgüter von Leib und Leben der (im Klinikum Delmenhorst) behandelten Patienten“⁹³.

Dafür kann sich der Senat in seiner schlüssig erscheinenden Deduktion auf die allgemein anerkannte Lehre vom Schutzzweckszusammenhang berufen⁹⁴. Wie der Fall zeigt, bedarf sie aber, um zu einem abnehmbaren Ergebnis zu führen, einer Ausnahme von der These, dass ein bloßer Schutzreflex der verletzten Sorgfaltspflicht für die Begründung der Erfolgsszurechnung niemals ausreicht. Richtet sich das Arbeitszeugnis an Institutionen, die sich qua Gesetz oder Vertrag die Sorge um Gesundheit und Leben vulne-

83) Konkludent miterklärt ist: mit einem bewusst Patienten gefährdenden Mann hat man es nicht zu tun. S. zu § 263 StGB nur *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht BT/2, 44. Aufl. 2021, Rdnrn. 520, 529 m. w. N.

84) Einer der Haupteinwände gegen die Schwerpunktlehre, s. *Roxin*, Strafrecht AT Bd. II, 2003, § 31, Rdnr. 80; dass die Rechtsprechung an ihr festhält, liegt vermutlich auch daran, dass man das erwünschte Ergebnis durch eine kaum kontrollierbare „Vorwerfung“ bestimmen kann.

85) Diese Kausalität sieht auch das OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnr. 39.

86) Ein vom OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnr. 12 aufgegriffenes Bedenken von OLG Hamburg, NJOZ 2008, 4082, 4105.

87) Ein aktueller krit. Überblick zur dazu vom BGH übernommenen „dreigestuften Differenzierungslösung“ *Roxins* findet sich bei *Hillenkamp*, in: FS f. *Ebke*, 2021, S. 393 ff.; zum Streitstand insgesamt s. *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 15. Aufl. 2017, 28. Problem.

88) Was – worauf sich OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnr. 12 beruft – nach BGHSt 46, 107 Straffreiheit bewirken können soll.

89) So zitiert OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnr. 12 den hier einschlägigen Teil der Formel; Nachweise zur diesbezüglichen BGH-Rechtsprechung bei *Hillenkamp*, in: FS f. *Ebke*, 2021, S. 396 ff.

90) OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnr. 12 sieht das für DD und AA selbst als „nicht ganz fernliegend“ an.

91) OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnr. 34.

92) OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnrn. 34–38. Der Senat arbeitet allerdings die Pflichtwidrigkeit prononciert nur im Hinblick auf das Interesse zukünftiger Arbeitgeber heraus, über erhebliche Straftaten des Zeugnisinhabers informiert zu werden, verzichtet aber auf die Feststellung des Risikos für künftige Patienten.

93) Zitate aus OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdnrn. 39–47.

94) Zum Schutzreflex bezieht er sich selbst auf *Jäger*, in: SK-StGB, 9. Aufl. 2017, Vor § 1, Rdnr. 110; s. dazu auch *Roxin*, Strafrecht AT Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 11, Rdnr. 86.

rabler Menschen zur zentralen Aufgabe machen, muss das Zeugnis neben dem Schutz der Interessen des künftigen Arbeitgebers auch dem Schutz der Interessen der sich ihm anvertrauenden Klienten an Leib und Leben gerecht werden. Ob man das in einer solchen sektoralen Konstellation im Arbeitsleben wegen des Gleichlaufs und der engen Verwobenheit beider Interessen dem eigentlichen Schutzzweck der Zeugniswahrheitspflicht zuordnet oder als bloßen Schutzreflex ausgibt, kann für die Zurechnung nicht den Ausschlag geben. Denn in der Sache sind die Interessen eines den Schutz von Leib und Leben seiner „Kunden“ als Garant verbürgenden Arbeitgebers von eben diesen Interessen seiner Klienten nicht mit Ergebnisrelevanz zu trennen. Gelten muss das namentlich für die hier in Rede stehenden Zeugnisse für das medizinische wie (intensiv) pflegerische Personal von Kliniken, vergleichbare sektorale Ausnahmefelder sind denkbar⁹⁵. Bleiben sie so durch die auf der Hand liegende Inkompatibilität der (unterdrückten) Eigenschaften und Handlungsweisen des Zeugnisempfängers mit den hochrangigen Interessen der Zeugnisadressaten und des von ihnen zu versorgenden „Kundenkreises“ begrenzt, ist die vom Senat beschworene Gefahr einer Überdehnung der Haftungsrisiken des Zeugnisausstellers „ins Uferlose“ gebannt. Auch ist dann der vom BGH in seinem vom OLG zitierten Fall vermisste „besondere Anlass“ gegeben, den Zeugnisaussteller in strafrechtliche Haftung auch für die Verletzung von Rechtsgütern Dritter zu nehmen⁹⁶. Kein Zeugnisaussteller unter den in solchen Institutionen auf gegenseitige Verlässlichkeit in den Zeugnisangaben extrem Angewiesenen wird sich glaubhaft auf ein Vertrauen darauf berufen, bei einem Verstoß wie dem hier behandelten mit gravierenden strafrechtlichen Folgen nicht rechnen zu müssen. Im Gegenteil dürfte Übereinstimmung darin herrschen, dass die präventive Kraft des Strafrechts hier unabdingbar zum Schutz auf beiden Seiten der Institution Involvierter gefordert sei.

Da schließlich ein hinreichender Verdacht für das Vorliegen eines Beihilfevorsatzes der seinerzeit Angeschuldigten⁹⁷ nicht von der Hand zu weisen war, hätte auch zu diesem Komplex das Hauptverfahren eröffnet werden müssen. Es hätte dem Senat aber auch bei seiner Rechtsauffassung bes-

ser angestanden, sie als Bedenken gegen die Eröffnung vorzutragen, die Entscheidung über sie aber einem in der Revision überprüfbar Urteil der Schwurgerichtskammer zu überantworten. So wie verfahren ist die unselige Botschaft rechtskräftig in der Welt, in einer Klinik herausgehobene Entscheidungsträger hätten keinerlei strafrechtliche Folgen zu befürchten, wenn sie einen Serienmörder unter ihren Angestellten mit einem Zeugnis weiterempfehlen, das ihm ermöglicht, ungezählten weiteren Patienten und Patientinnen den Tod zu bringen. Diese Botschaft lässt nicht nur sicher in diesem Verfahren nebenklagebefugte Menschen, sondern, wenn sie unausweichlich wäre, auch einen Vertreter des Strafrechts an seinem Fach (ver)zweifeln.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

95) Den Schutzzweck der Wahrheitspflicht dürfte z.B. auch eine dem Zeugnis für *Niels H.* vergleichbare Empfehlung eines zahlloser pädophiler Übergriffe überführten Kita-Angestellten oder eines Drogen gegen Geld an seine Patienten verkaufenden Chefarztes einer Klinik für Suchtkranke verletzen.

96) S. OLG Oldenburg, BeckRS 2021, 21880, Rdrrn. 44–47 mit BGH, NJW 1979, 1882, 1883 f.

97) Vergleichbar zu den Anmerkungen im Text bei o. Fn. 37 f.

Grenzen der Werbung für (ausschließliche) Fernbehandlungsleistungen

– Zugleich Anmerkung zu BGH, UrT. v. 9.12.2021 – I ZR 146/20 (in diesem Heft, S. 675)

Erik Hahn

I. Einleitung und Erläuterung der Ausgangslage

In einem mit unterschiedlichster Erwartung herbeigesehnten Urteil hat sich der BGH im Gewand des Wettbewerbsrechts nun erstmals intensiv mit dem neuen Regelungssystem zur (ärztlichen) Fernbehandlung befasst. Mit erkennbar restrikt-

tiver Grundhaltung zeichnet die Entscheidung nun zumindest deutlichere Konturen und ebnet damit den Weg für die künftige Planung und Bewerbung digitaler Behandlungsangebote¹. Dieser Schritt einer Klärung war – ungeachtet der Diskussionswürdigkeit einiger inhaltlicher Ausführungen des Urteils –² dringend erforderlich, schließlich prägten viele widersprüchliche Kuriositäten die Entwicklung dieses Bereichs in den vergangenen Jahren. Zu denken ist etwa an

Prof. Dr. iur. Dr. rer. medic. Erik Hahn, stellvertretender Direktor des Instituts für Gesundheit, Altern, Arbeit und Technik an der Hochschule Zittau/Görlitz sowie Co-Studiengangsleiter des LL.M. „Medizinrecht“ an der Dresden International University, Theodor-Körner-Allee 16, 02763 Zittau, Deutschland

1) Sehr euphemistische Bewertung bei *Köber*, GuP 2022, 49, 51: „Ansporn“.

2) Vgl. dazu die sehr differenzierte Analyse der Entscheidung bei *Krüger/Sy*, GRUR 2022, 522 ff.