

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB190191-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. S. Volken, Präsident, Oberrichterin lic. iur. I. Erb und Ersatzoberrichterin Dr. iur. S. Bachmann sowie die Gerichtsschreiberin MLaw A. Donatsch

## Urteil vom 24. Juni 2020

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Privatklägerin und I. Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

sowie

**Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. M. Oertle,

Anklägerin und II. Berufungsklägerin (Rückzug)

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Beschuldigter und III. Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **fahrlässige Tötung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,**

**10. Abteilung - Einzelgericht, vom 11. Januar 2019 (GG180160)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich vom 20. Juli 2018 (Urk. 18) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 43 S. 59 f.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Zivilklage der Privatklägerschaft wird auf den Zivilweg verwiesen.
3. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen:

Fr.	3'000.00	Gebühr Anklagebehörde
Fr.	3'932.50	hälftiger Anteil Gutachten
Fr.	225.65	hälftiger Anteil Auslagen Untersuchung (Legalinspektion)
Fr.	3'789.10	hälftiger Anteil Obduktion
Fr.	70.50	hälftiger Anteil Auslagen.
4. Diese Kosten der Untersuchung werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt.
5. Dem Beschuldigten wird eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 51'000.– (inkl. MwSt.) für anwaltliche Verteidigung und persönliche Umtriebe aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Der Beschuldigte wird verpflichtet, der Privatklägerschaft für das gesamte Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
7. (Mitteilungen)
8. (Rechtsmittel)"

**Berufungsanträge:**

(Prot. II S. 9 ff.)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 86 S. 4)

1. Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils (Freispruch) sei (auch unter Verneinung einer Sorgfaltspflichtverletzung) zu bestätigen.
2. Ziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuheben und die Zivilforderung sei abzuweisen.
3. Ziffer 4-6 des vorinstanzlichen Urteils seien aufzuheben.
  - a. Die Kosten des Untersuchungs- und Gerichtsverfahrens seien vollumfänglich auf die Staatskasse zu nehmen,
  - b. Der Beschuldigte sei für die Untersuchung und das vorinstanzliche Verfahren mit insgesamt Fr. 69'587.05 zu entschädigen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Gunsten des Beschuldigten.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 62 S. 1; schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

c) Der Vertretung der Privatklägerin:

(Urk. 82 S. 1)

Die Anklage gegen Dr. B. \_\_\_\_\_ sei zurückzuweisen und mit

- Handlungen vor der Operation, genügende Aufklärung des Patienten, richtige Wahl der Operationsmethode aufgrund der Vorgeschichte (Operation 2006 und 2009), mögliche Sorgfaltspflichtverletzungen (Verweis auf das Gutachten C. \_\_\_\_\_ S. 6)

- am Tag der Operation am 31. Oktober 2012, wegen div. Sorgfaltpflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Operation gemäss nachfolgender Begründung

zu ergänzen.

(Urk. 85 S. 1)

- Verurteilung im Sinne der Anklage
- Bestrafung gemäss dem vom Gericht festgestellten Verschulden, wobei zu beachten ist, dass Dr. B.\_\_\_\_\_ bereits im Jahr 2004 wegen derselben fahrlässigen Tötung, wo ihm Sorgfaltpflichtverletzungen vorgeworfen wurden, in eine Untersuchung verwickelt war. Auch da entging er nur deshalb einer Verurteilung, da – wie vorliegend – der Nachweis fehlte, dass der Patient ohne die Sorgfaltpflichtverletzung überlebt hätte.

### **Erwägungen:**

#### **I. Prozessuales**

1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 43 S. 3 ff.).
2. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Januar 2019 wurde der Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung freigesprochen (Urk. 43 S. 59). Die Zivilklage der Privatklägerschaft wurde auf den Zivilweg verwiesen. Die Kosten der Untersuchung wurden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und es wurde ihm eine reduzierte Prozessentschädigung zugesprochen. Weiter wurde der Beschuldigte verpflichtet, der Privatklägerschaft für das Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.– zu bezahlen.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Beschuldigten B.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ mit ihrem Verhalten (Verzicht auf eine Computertomographie (CT) und auf eine

sofortige Re-Operation) am Morgen des 1. November 2012, einen Tag nach der Operation von E.\_\_\_\_\_ sel., Sorgfaltspflichtverletzungen begangen hätten. Es sei indessen nicht rechtsgenügend erstellt, dass ohne diese Pflichtverletzungen die Todesfolge hätte vermieden werden können.

3. Gegen dieses Urteil meldeten die Privatklägerschaft, die Staatsanwaltschaft I und der Beschuldigte je die Berufung an (Urk. 36, 38 und 39). Die Berufungserklärung der Verteidigung des Beschuldigten vom 2. April 2019 ging innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 44). Die Staatsanwaltschaft I zog mit Eingabe vom 9. April 2019 ihre Berufung zurück (Urk. 46), wovon Vormerk zu nehmen ist. Am 9. April 2019 reichte die Privatklägerin ihr Berufungserklärung ein und stellte den Beweisantrag, die Frage der Vermeidbarkeit sei durch ein Obergutachten erneut zu prüfen (Urk. 47). Mit Präsidialverfügung vom 3. Mai 2019 wurde der Privatklägerin Frist angesetzt, um zur Deckung von allfälligen Prozesskosten und Entschädigungen an die Gegenpartei eine Prozesskaution von einstweilen Fr. 20'000.– zu leisten, unter Androhung, dass im Säumnisfall auf das Rechtsmittel nicht eingetreten werde (Urk. 50). Nach fristgemäßem Eingang der Prozesskaution (Urk. 54) und dem Hinweis, dass die Staatsanwaltschaft ihre Berufung zurückgezogen hat, wurde dem Beschuldigten, der Privatklägerin und der Staatsanwaltschaft mit Präsidialverfügung vom 21. Mai 2019 Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie Anschlussberufung erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung beantragen. Ebenso wurde Frist angesetzt, um zum Beweisantrag auf die Einholung eines Obergutachtens Stellung zu nehmen (Urk. 55). Mit Eingabe vom 11. Juni 2019 stellte der Beschuldigte den Antrag, auf die Berufung der Privatklägerin sei nicht einzutreten, eventualiter seien die Begehren (insbesondere Einholung eines Obergutachtens) abzuweisen (Urk. 59). Mit Schreiben vom 13. Juni 2019 beantragte die Staatsanwaltschaft, der Beweisantrag der Privatklägerin auf Einholen eines Obergutachtens sei abzuweisen. Im Übrigen teilte sie mit, dass sie auf Anschlussberufung verzichte und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantrage. Ferner ersuchte sie um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 62). Mit Präsidialverfügung vom 25. Juni 2019 wurde der Beweisantrag der Privatklägerin auf Einholung eines Obergutachtens begründet abgewiesen (Urk. 64). Am 2. Juli 2019 nahm die Pri-

vatklägerin zum Nichteintretensantrag des Beschuldigten Stellung (Urk. 66). Mit Eingabe vom 11. Juli 2019 stellte die Privatklägerin den Antrag, es seien anlässlich der Berufungsverhandlung Frau Dr. F.\_\_\_\_\_ und Herr Dr. G.\_\_\_\_\_ als Zeugen zu befragen (Urk. 68). Die Staatsanwaltschaft und der Beschuldigte beantragten in ihren Vernehmlassungen die Abweisung dieser Beweisanträge (Urk. 72 und 75). Schliesslich wurde mit Beschluss vom 22. August 2019 einerseits beschlossen, dass auf die Berufung der Privatklägerin eingetreten wird, und andererseits wurden die Beweisanträge der Privatklägerin auf Einvernahme von Dr. F.\_\_\_\_\_ und Dr. G.\_\_\_\_\_ als Zeugen abgewiesen (Urk. 77).

4. Am 22. Juni 2020 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ in Begleitung seiner Verteidigerin, Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, der Mitbeschuldigte D.\_\_\_\_\_ (SB190192) in Begleitung seiner Verteidigerin, Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_, sowie der Vertreter der Privatklägerin, Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_, in Begleitung der Privatklägerin A.\_\_\_\_\_ erschienen sind (Prot. II S. 9). Nach dem Entscheid über die Vorfrage betreffend Obergutachten wurden im Rahmen des Beweisverfahrens die beiden Beschuldigten einvernommen (Prot. II S. 12 ff.; Urk. 84/1-2). Abgesehen davon waren keine weiteren Beweise abzunehmen (Prot. II S. 19 ff.). Das Urteil erging am 24. Juni 2020 (Prot. II S. 36 ff.).

5. Der Beschuldigte beantragt mit seiner Berufung, es sei die Zivilforderung abzuweisen und die Kosten des Untersuchungs- und Gerichtsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 44 S. 2). Der Berufungserklärung der Privatklägerin lässt sich entnehmen, dass sie einen Schuldspruch des Beschuldigten möchte (Urk. 47). Damit ist das ganze vorinstanzliche Urteil angefochten.

6. Soweit für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet.

7. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 143 III 65 E. 5.2; BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; BGE 6B\_46/2018 vom 14. Februar 2018 E. 4 m.H.; BGE 6B\_1403/2019 vom 10. Juni 2020, E. 2.5). Das Berufungsgericht kann sich somit auf die für seinen Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken.

#### 8. Erweiterung der Anklage / Rückweisung der Anklage

8.1. Die Privatklägerin beantragte vor Vorinstanz und im Berufungsverfahren, die Anklage gegen den Beschuldigten sei zurückzuweisen und mit dem Sachverhalt vom Tag der Operation am 31. Oktober 2012 zu ergänzen (Urk. 47 S. 1 f.; Urk. 85 S. 1 ff.). Sie verweist diesbezüglich auf ihre Eingabe vom 5. Juli 2018 an die Staatsanwältin Kauf (Urk. 9/34). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung machte sie geltend, die Anklage erfasse nicht sämtliche ersichtlichen Delikte. Mangels hinreichender Aufklärung des Operateurs Dr. B. \_\_\_\_\_ habe E. \_\_\_\_\_ sel. nie sein Einverständnis zum laparoskopischen Eingriff und insbesondere zur damit verbundenen siebenstündigen Operation vom 31. Oktober 2012 gegeben, anlässlich welcher überdies weitere Sorgfaltspflichtverletzungen begangen worden seien (Urk. 30 S. 1 und 3 ff.; Urk. 85 S. 1 ff.). Sodann stelle auch die Wahl der Laparoskopie als Operationsmethode angesichts der Vorgeschichte bzw. der nicht vorgenommenen Wechsel der Operationsmethode eine Sorgfaltspflichtverletzung dar (Urk. 85 S. 4 ff.).

8.2. Im Strafverfahren gilt der Anklagegrundsatz (Art. 9 Abs. 1 StPO). Aus diesem wird das Immutabilitätsprinzip (Grundsatz der Unabänderbarkeit der Anklage) abgeleitet, welches besagt, dass die Anklage das Prozess- und Urteilsthema für alle urteilenden Instanzen fixiert. Die Anklageschrift muss die dem Beschuldigten zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind. Aus dem Immutabilitätsprinzip folgt, dass die einmal eingereichte Anklage das gerichtliche Prozessthema grundsätzlich definiert und später nicht geändert oder erweitert werden sollte. Aus prozessökonomischen Gründen ist dieser Grundsatz indes gemildert. Es ist zulässig, ja notwendig, mangelhafte, fehlerhafte oder un-

vollständige Anklagen zu berichtigen oder gar um neue Deliktssachverhalte zu erweitern. Art. 329 Abs. 2 StPO und Art. 333 StPO für das Hauptverfahren sehen diesbezügliche Ausnahmen vom Immutabilitätsprinzip vor (SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, N 210; NIGGLI/HEIMGARTNER in: BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 9 N 41 und N 55).

Diese Bestimmungen sind gestützt auf Art. 379 StPO grundsätzlich auch im Berufungsverfahren anwendbar (vgl. BGE 6B\_904/2015 vom 27. Mai 2016 E. 1.4.1. m.w.H.; GRIESSER in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 333 N 3a; STEPHENSON/ZALUNARDO-WALSER in: BSK StPO, a.a.O., Art. 333 N 5b), wobei die Anklage auch die Basis des Berufungsverfahrens bildet; es ist jedoch im Berufungsverfahren nur noch eine Änderung oder Ergänzung der Anklage nach Art. 333 Abs. 1 StPO, nicht aber eine Erweiterung nach Art. 333 Abs. 2 StPO möglich (SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, a.a.O., N 1535, Beschluss I. Strafkammer OG Zürich vom 7. Mai 2018, SB150349).

Eine Erweiterung der Anklage auf die Vorgänge anlässlich der Operation vom 31. Oktober 2012 und die präoperativen Geschehnisse entfällt deshalb von Gesetzes wegen. Den Fragen, ob im Verlauf der Operation von der laparoskopischen Methode auf eine offene Operationstechnik hätte gewechselt werden müssen, ob E.\_\_\_\_\_ sel. vor der Operation genügend aufgeklärt worden sei und ob weitere Sorgfaltspflichtverletzungen im Rahmen der Operation begangen worden sein könnten, ist von der Berufungsinstanz nicht nachzugehen.

## 9. Beweisanträge

9.1. Der Privatklägervertreter beantragte anlässlich der Berufungsverhandlung erneut, es sei ein Obergutachten in Auftrag zu geben (Urk. 85 S. 8 ff.). Sodann stellte er den Antrag, Dr. F.\_\_\_\_\_, Dr. G.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ seien als Zeugen einzuvernehmen (Urk. 85 S. 11 f.).

9.2. Gemäss Art. 189 StPO lässt die Verfahrensleitung das Gutachten durch die gleiche Sachverständige Person ergänzen oder verbessern oder bestimmt weite-

re Sachverständige, wenn das Gutachten unvollständig oder unklar ist (lit. a), mehrere Sachverständige in ihren Ergebnissen erheblich voneinander abweichen (lit. b) oder Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens bestehen (lit. c).

9.3. Das Gutachten von Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 15. November 2016 (Urk. 6/13) sowie die (schriftliche) Beantwortung der Ergänzungsfragen am 2. Juli 2017 (Urk. 6/21) erweisen sich – unter der Berücksichtigung der Einvernahme des Gutachters vom 23. Oktober 2017 als sachverständiger Zeuge (Urk. 2/8) – wie sich noch aus den späteren Erwägungen zeigen wird (vgl. Ziff. III 5 f.) – als nachvollziehbar und schlüssig. Entgegen der Ansicht der Privatklägervertretung sind keine Widersprüche ersichtlich. So konnte sie auch nicht ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufzeigen. Die vorgebrachten Widersprüche sind nur vermeintliche bzw. offensichtlich konstruiert und lassen sich bei genauerem Hinsehen ohne Weiteres auflösen. Das Gutachten erweist sich zudem in Hinsicht auf die viszeralchirurgische Beurteilung als vollständig, insbesondere äussert sich das Gutachten von Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ auch zum Kausalzusammenhang bzw. zur allfälligen Vermeidbarkeit des Erfolgsintritts. Des Weiteren wird der Tag der Operation bzw. die Operation selbst ebenfalls beurteilt. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass in Bezug auf die Beurteilung aus intensivmedizinischer und anästhesiologischer Sicht das Gutachten von Prof. Dr. med. H.\_\_\_\_\_ vorliegt (Urk. 6/14), dessen Qualität – zu Recht – von keiner Partei beanstandet wird. Zusammenfassend erscheint die Begutachtung vollständig und es bestehen keine (ernsthaften) Zweifel an deren Richtigkeit, weshalb der Antrag, es sei (im Sinne von Art. 189 StPO) ein Obergutachten zu erstellen, – auch mit Verweis auf die Präsidialverfügung vom 24. Juni 2019 (Urk. 64) – abzuweisen ist.

9.4. Die Zeugenaussagen von Dr. F.\_\_\_\_\_ und Dr. G.\_\_\_\_\_ als an der Operation beteiligten Ärzte könnten sich lediglich auf die Operation beziehen, welche nicht im verbindlich festgestellten Anklagesachverhalt festgehalten wird. Es ist insofern nicht ersichtlich und auch nicht (substantiiert) geltend gemacht worden, inwiefern sie zum Anklagesachverhalt Sachdienliches beitragen könnten. Die beantragten Zeugeneinvernahmen der an der Operation beteiligten Ärzte erweisen

sich damit als nicht notwendig. Auch ist weder begründet worden noch ersichtlich, inwiefern die Aussage der Ehefrau des verstorbenen E. \_\_\_\_\_ sel. Beweisrelevantes zum Anklagesachverhalt beitragen könnte, weshalb auch dieser Beweisantrag abzulehnen ist.

## II. Sachverhalt

1. Der eingeklagte Sachverhalt ergibt sich aus der Anklageschrift vom 20. Juli 2018 (Urk. 18) und findet sich zusammengefasst im vorinstanzlichen Urteil (Urk. 43 S. 13 - 16). Mit den Grundsätzen der Beweiswürdigung befasste sich die Vorinstanz ausführlich und korrekt, so dass darauf zu verweisen ist (Urk. 43 S. 16 - 19).
2. Als Beweismittel liegen neben den Aussagen der Beschuldigten (Urk. 2/2, 2/9 und 2/12 sowie Prot. I S. 16 ff., Urk. 2/3, 2/10 und 2/13 sowie Prot. I S. 24 ff.; Urk. 84/1-2), der Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 4. Dezember 2012 (Urk. 1/1), das Obduktions-Ergebnis-Gutachten zum Todesfall des Instituts für Rechtsmedizin vom 31. März 2014 (Urk. 5/8), das medizinische Gutachten des sachverständigen Gutachters Prof. Dr. med. C. \_\_\_\_\_ vom 15. November 2016 (Urk. 6/13), dessen Ergänzung vom 2. Juli 2017 (Urk. 6/21) sowie die sachverständige Zeugeneinvernahme von Prof. Dr. med. C. \_\_\_\_\_ vom 23. Oktober 2017 (Urk. 2/8), das medizinische Gutachten des sachverständigen Gutachters Prof. Dr. med. H. \_\_\_\_\_ vom 14. November 2016 (Urk. 6/14) sowie dessen Ergänzung vom 29. Juni 2017 (Urk. 6/15) vor. Weiter liegt die umfassende Krankengeschichte von E. \_\_\_\_\_ sel. bei den Akten, auf welcher die Gutachten unter anderem basieren. Aus der Krankengeschichte als Beweismittel zu erwähnen sind die Operationsberichte des Beschuldigten Dr. B. \_\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2012 (Urk. 4/1) bzw. 2. November 2012 (Urk. 4/2), der Arztbericht des Beschuldigten Dr. D. \_\_\_\_\_ vom 9. November 2012 (Urk. 4/5) und der Verlaufsbericht der Klinik I. \_\_\_\_\_ vom 9. November 2012 (Urk. 4/7). Weiter liegen bei den Akten die Aussagen der Privatklägerin A. \_\_\_\_\_ vom 7. Dezember 2012 (Urk. 2/1), von Dr. F. \_\_\_\_\_ vom 15. April 2015 (Urk. 2/4), von Dr. G. \_\_\_\_\_ vom 28. Mai 2015 (Urk. 2/5) und von Dr. J. \_\_\_\_\_ vom 28. Mai 2015 (Urk. 2/6).

3. Unbestritten ist nachfolgender Sachverhalt: E.\_\_\_\_\_ sel. wurde am 31. Oktober 2012 in der Klinik I.\_\_\_\_\_ in Zürich vom Beschuldigten Dr. B.\_\_\_\_\_ wegen des Rezidivs einer grossen paraösophagealen Hernie (Zwerchfellbruch mit Verlagerung eines grossen Teils des Magens in die Brusthöhle) operiert. Die Operation wurde wie geplant laparoskopisch (d.h. minimalinvasiv, "Schlüssellochmethode") vom Beschuldigten Dr. B.\_\_\_\_\_, der Operationsassistenten Dr. J.\_\_\_\_\_ und Dr. G.\_\_\_\_\_ sowie den zuständigen Narkoseärzten Dr. K.\_\_\_\_\_ und Dr. F.\_\_\_\_\_ durchgeführt, dauerte aber deutlich länger als veranschlagt. Zum Verschluss des Zwerchfellbruchs ist bei E.\_\_\_\_\_ sel. ein Bio-A-Netz eingebracht und mittels Naht fixiert worden. Danach ist die Fundoplicatio (Verengung des Übergangsbereiches von der Speiseröhre zum Magen zur Verhinderung des Übertretens von Magensäure in die Speiseröhre) angelegt worden. Intraoperativ ist es zu rezidivierenden Spannungs-Pneumothoraces (Ansammlung von unter Druck stehender Luft zwischen Lungen- und Rippenfell) gekommen, wodurch Druck auf die Organe im Zwischenfell ausgeübt wurde und es zu wiederholten Blutdruck- und Pulsabfällen kam. Im Anschluss an die Operation ist E.\_\_\_\_\_ sel. auf die Intensivstation verlegt worden. Bei der Extubation war sein Zustand stabil, von der Lungenfunktion her jedoch schlecht.

Am 1. November 2012 sah der beschuldigte Intensivmediziner Dr. D.\_\_\_\_\_ E.\_\_\_\_\_ sel. im Rahmen der Visite erstmals. Angesichts des schlechten Zustandes des Patienten (pulmonale Insuffizienz) wurde ein Thoraxröntgenbild erstellt. In der Folge diskutierten die Beschuldigten Dr. B.\_\_\_\_\_ und Dr. D.\_\_\_\_\_ telefonisch über das weitere Vorgehen. Von einer CT und einer sofortigen Reoperation wurde abgesehen. Zur Entlüftung und dadurch zur Entlastung des Magens wurden eine Magensonde installiert und danach ein weiteres Röntgenbild erstellt. Nach diesem erfolgten keine weiteren Schritte. Die Lungenfunktion verschlechterte sich in der Folge weiter, weshalb E.\_\_\_\_\_ sel. am 2. November 2012 reintubiert und künstlich beatmet werden musste. Um die Lage des Magens genauer zu eruieren, wurde eine CT angefertigt, deren Befunde von den beiden Beschuldigten mit den Radiologen diskutiert wurden. Auf Anweisung des Beschuldigten Dr. B.\_\_\_\_\_ wurde zudem über die am Vortag installierte Magensonde ein Kontrastmittel appliziert, worauf auf dem Röntgenbild ein nach links in die Brusthöhle her-

nierter Upside-Down-Magen festgestellt wurde. Weiter wurde eine Verletzung der Speiseröhre festgestellt. Aufgrund der weiterhin ungenügenden Sauerstoffversorgung des Blutes musste E.\_\_\_\_\_ sel. noch am 2. November 2012 an eine ECMO-Maschine angeschlossen werden. Gleichentags erfolgte die notfallmässige Reoperation durch den Beschuldigten Dr. B.\_\_\_\_\_, assistiert von Dr. G.\_\_\_\_\_. Der in die Brusthöhle gelangte Teil des Magens wurde zurück in die Bauchhöhle verlagert und mittels Naht am Zwerchfell fixiert. In den folgenden Tagen war E.\_\_\_\_\_ sel. weitgehend stabil und es wurden zahlreiche Medikamente verabreicht. Zudem mussten aufgrund der ECMO-Maschine eine medikamentöse Blutverdünnung vorgenommen und wiederholt Bluttransfusionen durchgeführt werden. Es traten auch Probleme mit der Blutgerinnung auf. Am 8. November 2012 wurde ein Versuch unternommen, die ECMO zu reduzieren und E.\_\_\_\_\_ sel. davon zu entwöhnen. Dieser Versuch wurde aber infolge ausbleibenden Erfolges und raschen Abfalls der Sauerstoffsättigung im Blut abgebrochen. Im Verlauf des Tages stiegen die Infektzeichen im Blut wieder steil an und E.\_\_\_\_\_ sel. wurden – bei einer sich nicht stabilisierenden Gerinnungsstörung – wiederum und zunehmend Bluttransfusionen verabreicht. Aufgrund dieser sich deutlich verschlechternden Gesamtsituation wurde E.\_\_\_\_\_ sel. in das USZ verlegt, wo man eine grosse Hirnblutung feststellte, welche todesursächlich war.

Dieser Handlungsverlauf wurde von den Beschuldigten anerkannt und stimmt im Grundsatz auch mit den Aussagen der Auskunftspersonen Dr. F.\_\_\_\_\_, Dr. G.\_\_\_\_\_ und Dr. J.\_\_\_\_\_ überein. Unbestritten ist somit der grobe Ablauf der Behandlungsschritte der Beschuldigten sowie des Gesundheitszustands von E.\_\_\_\_\_ sel. gemäss Anklageschrift, insbesondere dass die Beschuldigten am 1. November 2012 keine CT veranlassten sowie dass an jenem Tag nicht sofort zur Revisionsoperation geschritten wurde.

4. Der Beschuldigte Dr. B.\_\_\_\_\_ führte zusammengefasst aus, dass es am Morgen des 1. November 2012 nach der Erstellung des ersten Thoraxröntgenbildes eine telefonische Diskussion mit dem Intensivmediziner Dr. D.\_\_\_\_\_ über die Frage gegeben habe, was die Ursache für die pulmonale Insuffizienz sei. Eine sofortige Revisionsoperation sei in Erwägung gezogen, aber verworfen worden.

Dies weil keine CT vorgelegen habe und ohne klaren Grund eine Reoperation nicht indiziert sein könne. Angesichts des Zustandes von E. \_\_\_\_\_ sel. wäre ein solches Vorgehen absolut fahrlässig gewesen. Er – Dr. B. \_\_\_\_\_ – hätte auch bei einem hohen Verdacht, dass der Magen hochgerutscht wäre, nur operiert, wenn der Patient in einem stabilen Zustand gewesen wäre. Mit der Einlegung einer Magensonde habe man sich eine Verbesserung des Allgemeinzustandes des Patienten erhofft. Nach dem unvermeidlichen Anschluss des Patienten an eine ECMO-Maschine habe am folgenden Tag eine Revisionsoperation durchgeführt werden können. Anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte Dr. B. \_\_\_\_\_ seine bisherigen Aussagen (Urk. 84/1 S. 2 ff.).

5. Der Beschuldigte Dr. D. \_\_\_\_\_ führte im Wesentlichen aus, dass er E. \_\_\_\_\_ sel. erstmals am Morgen des 1. November 2012 gesehen habe und er von seinem schlechten Zustand überrascht gewesen sei. Es sei umgehend ein Thoraxröntgenbild veranlasst worden. Gestützt darauf wäre eine sofortige Revisionsoperation vertretbar, aber nicht empfehlenswert gewesen. Auch nach der Diskussion mit Dr. B. \_\_\_\_\_ und dem Erstellen eines zweiten Thoraxröntgenbildes und den abgeleiteten Diagnosen habe sich ein Diskussionsbedarf, aber nicht ein zwingender Handlungsbedarf ergeben. Es habe sich weder eine CT noch eine sofortige Revisionsoperation aufgedrängt, sondern es sei ein konservatives Vorgehen eingeschlagen worden, nämlich (nach dem ersten Röntgenbild) das Anlegen einer Magensonde. Anlässlich der Berufungsverhandlung verwies auch Dr. D. \_\_\_\_\_ auf seine bisherigen Aussagen und führte weiter aus, dass die Computertomographie lediglich ein diagnostisches Mittel sei und entsprechend weder die Prognose verbessern noch verschlechtern hätte können. Sodann sei der Trigger für die Inflammationsreaktion während der komplexen und langen Operation passiert. Das bedeute indes nicht, dass jemand schuld sei. Auf entsprechenden Vorhalt seiner Aussage, wonach ein Umsteigen auf die offene Methode indiziert gewesen sei, erklärt Dr. D. \_\_\_\_\_, diese Aussage müsse er nach acht Jahren relativieren. Es stehe ihm nicht zu, zu beurteilen, noch sei es in irgendeiner Art sicher oder wahrscheinlich, dass die Kaskade bei einem Umstieg auf die offene Operationsmethode nicht ausgelöst worden wäre (Urk. 84/2 S. 2 ff.).

6. Beide Beschuldigten bestreiten ein unsorgfältiges Vorgehen.

### **III. Rechtliche Würdigung**

1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, eine fahrlässige Tötung im Sinne von Art. 117 StGB begangen zu haben. Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist (Art. 12 Abs. 3 StGB).

Ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Tötung setzt somit voraus, dass der Täter den Erfolg durch Verletzung einer Sorgfaltspflicht verursacht hat. Sorgfaltswidrig ist die Handlungsweise dann, wenn der Täter zum Tatzeitpunkt aufgrund der Umstände sowie seines Wissens und seinen Fähigkeiten die bewirkte Rechtsgütergefährdung des Opfers hätte erkennen können und müssen, und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten hat. Ausgangspunkt aller Vorsichts- und Sorgfaltspflichten bildet das prinzipielle Verbot, fremde Rechtsgüter zu gefährden. Wo Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten, bestimmt sich das Mass der dabei zu beachtenden Sorgfalt grundsätzlich nach diesen Vorschriften. Entsprechendes gilt für die allgemein anerkannten Verhaltensregeln, auch wenn diese keine Rechtsnormen darstellen. Bei deren Fehlen kann der Vorwurf der Fahrlässigkeit überdies auf allgemeine Rechtsgrundsätze wie etwa den allgemeinen Gefahrensatz gestützt werden (BGE 126 IV 13 E. 7a/bb; BGE 135 IV 56 E. 2.1). Demnach hat der derjenige, der einen Gefahrenzustand schafft, alles Zumutbare vorzukehren, damit die Gefahr zu keiner Verletzung fremder Rechtsgüter führt (DONATSCH/TAG, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 9. Aufl., Zürich 2013, S. 351; NIGGLI/MAEDER in: BSK StGB, 4. Aufl. 2019, Art. 12 N 112).

Zu den Grundvoraussetzungen sorgfaltswidrigen Handelns gehören einerseits die Voraussehbarkeit des Erfolgs und andererseits dessen Vermeidbarkeit. Erkennbar bzw. voraussehbar ist die Gefahr des Erfolgseintritts für den Täter, wenn sein

Verhalten geeignet ist, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen. Dabei müssen die zum Erfolg führenden Geschehensabläufe für den Täter mindestens in ihren wesentlichen Zügen voraussehbar sein. Damit der Eintritt des Erfolgs auf das pflichtwidrige Verhalten des Täters zurückzuführen ist, genügt seine blosser Vorhersehbarkeit nicht. Vielmehr stellt sich die weitere Frage, ob der Erfolg auch vermeidbar war. Dazu wird der hypothetische Kausalverlauf untersucht und geprüft, ob der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten des Täters ausgeblieben wäre. Dabei genügt es für die Zurechnung des Erfolgs, wenn das Verhalten des Täters mindestens mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Ursache des Erfolges bildete (BGE 130 IV 7 E. 3.2 m.w.H.).

2. Die Vorinstanz fasste die Voraussetzungen der ärztlichen Sorgfalt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung korrekt zusammen und erwog, dass bei der Beurteilung des Masses der ärztlichen Sorgfalt die allgemeine ärztliche Pflicht, die Heilkunst nach anerkannten Grundsätzen der ärztlichen Wissenschaft und Humanität auszuüben, alles zu unternehmen, um den Patienten zu heilen, und alles zu vermeiden, was ihm schaden könnte, den massgeblichen Ausgangspunkt bilde. Der Arzt habe mit seinem Wissen und Können auf den erwünschten Erfolg hinzuwirken. Die Herbeiführung des Erfolgs oder dessen Garantie sei indes nicht Teil seiner Pflichten. Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Arztes würden sich nach den Umständen des Einzelfalles richten, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Beurteilungs- und Bewertungsspielraum, der dem Arzt zustehe, sowie den Mitteln und der Dringlichkeit der medizinischen Massnahme. Der Begriff der Pflichtverletzung dürfe jedoch nicht so verstanden werden, dass darunter jede Massnahme oder Unterlassung falle, welche aus nachträglicher Sicht den Schaden bewirkt oder vermieden hätte. Der Arzt habe die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt zu beachten. Er habe indes nicht für jene Gefahren und Risiken einzustehen, die immanent mit jeder ärztlichen Handlung und auch mit der Krankheit an sich verbunden seien. Zudem stehe ihm sowohl in der Diagnose wie auch in der Bestimmung therapeutischer oder anderer Massnahmen nach dem objektiven

Wissenstand oftmals ein Entscheidungsspielraum zu. Der Arzt verletze seine Pflichten nur dort, wo er eine Diagnose stelle bzw. eine Therapie oder ein sonstiges Vorgehen wähle, das nach dem allgemeinen fachlichen Wissensstand nicht mehr als vertretbar erscheine und daher den objektivierten Anforderungen der ärztlichen Kunst nicht genüge (BGE 134 IV 175 E. 3.2; BGE 130 IV 7 E. 3.3, je m.w.H.; vgl. auch BGE 130 I 337 E. 5.3; BGE 133 III 121 E. 3.1; BGE 115 Ib 175 E. 2b).

Für den Bereich operativer Eingriffe durch einen Arzt begründe das blosses Misslingen bzw. Scheitern eines Eingriffs oder ein Operationszwischenfall für sich allein noch keine strafrechtliche Haftung, zumal Operationen grundsätzlich mit Gesundheitsrisiken für Patienten verbunden seien. Das Risiko der unbehandelten Krankheit setze sich gewissermassen im Austausch gegen das mit der Behandlung verbundene Risiko fort. Der Umstand, dass sich bei einer risikoreichen Operation das eingriffsspezifische, immanente Risiko verwirkliche, bedeute mithin nicht ohne weiteres, dass der handelnde Arzt gegen den gebotenen Sorgfaltsstandard verstossen habe. Entscheidend sei, ob die Behandlung dem Standard eines erfahrenen Facharztes entspreche, d.h. nach dem anerkannten und gesicherten Stand der medizinischen Wissenschaften sachgemäss sei (BGer 6B\_1031/2016 Urteil vom 23. März 2017 E. 6.4 f. m.w.H.). Relevant sei letztlich nicht, ob die Behandlung aus retrospektiver Sicht (un-) sachgemäss gewesen sei, sondern ob im Zeitpunkt der Behandlung die geforderte Sorgfalt angewandt worden sei, weshalb dementsprechend eine in der Vergangenheit liegende Betrachtungsweise eingenommen werden müsse.

3. Die Vorinstanz fasste sämtliche Aussagen des Beschuldigten Dr. B. \_\_\_\_\_ (Urk. 43 S. 28 - 31), des Beschuldigten Dr. D. \_\_\_\_\_ (Urk. 43 S. 31 - 34), das Gutachten von Prof. Dr. med. C. \_\_\_\_\_ vom 15. November 2015 (Urk. 43 S. 34 - 36), das Ergänzungsgutachten von Prof. Dr. med. C. \_\_\_\_\_ vom 2. Juli 2017 (Urk. 43 S. 36 f.), das Gutachten von Prof. Dr. med. H. \_\_\_\_\_ vom 14. November 2016 und seine Stellungnahme zu weiteren Fragen vom 29. Juni 2017 (Urk. 43 S. 37 f.) zusammen. Auch die Stellungnahme der Beschuldigten zu den Gutachten wurden im vorinstanzlichen Urteil wiedergegeben (Urk. 43 S. 38 - 43). Da die Aussagen

der Beschuldigten und die Gutachten ausführlich und korrekt in den vorinstanzlichen Erwägungen aufgeführt wurden, ist zu Vermeidung von unnötigen Wiederholungen in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO auf die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 43 S. 28 - 43).

4. Einleitend ist klarzustellen, dass nur das Verhalten von Dr. B.\_\_\_\_\_ und Dr. D.\_\_\_\_\_ am Tag nach der Operation und zwar beschränkt auf den Entscheid, keine sofortige Revisionsoperation durchzuführen und auch auf eine CT zu verzichten, im Rahmen der Sorgfaltspflichtverletzung zu werten ist. Nachdem die Strafuntersuchung in Gang gekommen war, wurden in deren langwierigem Verlauf nahezu sämtliche Handlungen der beiden Ärzte, angefangen bei der präoperativen Beratung bis hin zum postoperativen Transport unter ECMO-Therapie an das USZ auf allfällige Pflichtverletzungen hin minutiös untersucht. Es konnte aber keinerlei weiteres auch nur ansatzweise mögliches fehlbares Handeln eruiert werden.

5. Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ hat sich schon im Gutachten vom 15. November 2016 (Urk. 6/13) und in der schriftlichen Beantwortung der Ergänzungsfragen am 2. Juli 2017 (Urk. 6/21) sehr detailliert, klar und nachvollziehbar mit den ihm von den Verteidigungen, der Privatklägerin und der Staatsanwaltschaft unterbreiteten Fragen auseinandergesetzt und differenzierte sowie einleuchtende Erklärungen abgegeben. Und als sachverständiger Zeuge äusserte er sich nochmals während drei Stunden mündlich unter sorgfältiger und einlässlicher Beantwortung zusätzlicher Fragen der Parteien (Urk. 2/8).

5.1. Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ hält in seinem Gutachten vom 15. November 2016 betreffend (Un)-Sorgfalt der Magensondeneinlage fest, es würden insgesamt mehrere Faktoren dafür sprechen, dass die Perforation in der Situation, wie sie bei E.\_\_\_\_\_ sel. vorgelegen habe, in die Rubrik "mögliche Komplikation auch bei sorgfältigem Vorgehen" gehöre. Wenn nun das technische Einführen als korrekt eingestuft werde, müsse die Frage beantwortet werden, ob denn der Entscheid, eine Sonde einzulegen, ausserhalb der etablierten Standards gelegen habe und damit als unsorgfältig taxiert werden müsse. Die Diskussion zwischen Intensivmediziner und Chirurg zeige, dass den Ärzten die Problematik einer Magensonde

sehr wohl bewusst gewesen sei, sie also sorgfältig zwischen Einlage oder Verzicht darauf abgewogen hätten. Leider hätten sie rückblickend die Risiken der Einlage unter- und den möglichen Nutzen überschätzt und damit nicht den besten Entscheid getroffen, was aber nicht als unsorgfältig einzustufen sei (Urk. 6/13 S. 13).

5.2. Dies bestätigt Prof. Dr. med C.\_\_\_\_\_ auch in seinem Ergänzungsgutachten vom 2. Juli 2017: Die Einlage einer Magensonde sei rückblickend ein Fehler gewesen, vom Standpunkt ex ante eine riskante Prozedur. Eine Alternative wäre gewesen, darauf zu verzichten und stattdessen entweder eine CT durchzuführen oder direkt in den Operationssaal zu gehen zwecks Revision (Urk. 6/21 S. 6).

5.3. Sodann hält auch Prof. Dr. med. H.\_\_\_\_\_ in seinem Gutachten vom 14. November 2016 hierzu fest, dass die Einlage der Magensonde am 1. November 2012 eine valable Therapieoption gewesen sei. Die behandelnden Intensivmediziner hätten diese Massnahme im Vorfeld mit dem Operateur erörtert, der sein Einverständnis gegeben habe. Dass die Einlage einer Magensonde in dieser Situation ein erhöhtes Risiko berge, welches eine Perforation mit sich bringen könne, liege auf der Hand. Von daher bedürfe es einer guten Abwägung von Nutzen und Risiko in dieser bereits schwierigen klinischen Situation. Eine Einlage der Magensonde sei aber durchaus vertretbar. Eine Perforation der Magensonde durch den Oesophagus liege im Bereich der Komplikationsmöglichkeiten (Urk. 6/14 S. 3).

5.4. Die sorgfältigen und differenzierenden Erläuterungen der Gutachter überzeugen letztlich und lassen keine wesentlichen Fragen oder erhebliche Zweifel offen. Es besteht daher kein Grund, nicht auf die Gutachten abzustellen. Die Gutachten legen nachvollziehbar, schlüssig und detailliert dar, dass sowohl in Bezug auf die Entscheidungsfindung, eine Magensonde einzulegen, als auch bezüglich des Eingriffs an sich keine Sorgfaltspflichtverletzungen der Beschuldigten festgestellt werden können.

5.5. Zum konkreten Tatvorwurf, nicht eine sofortige Revisionsoperation durchgeführt beziehungsweise auf eine CT verzichtet zu haben, führt das Gutachten von

Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ sodann aus, am. 1. November 2012 auf eine weitergehende Diagnostik zu verzichten, nachdem um 07:45 Uhr auf dem Thoraxbild bereits ein starker Hinweis auf ein erneutes Hochrutschen des Magens vorgelegen habe, erscheine nicht nur rückblickend als Fehlentscheid in der Betreuung von E.\_\_\_\_\_ sel.. Störend dabei sei nicht primär das Fehlen der Durchführung einer CT gleich am Vormittag des 1. Novembers 2012, sondern es seien die ausbleibenden oder zumindest ungenügenden differenzialdiagnostischen Überlegungen, wie der gegenüber dem 31. Oktober 2012 neue Befund auf dem Thoraxbild zu interpretieren sei. Von Seiten des Intensivmediziners sei differentialdiagnostisch an ein Frührezidiv der grossen paraösophagealen Hernie gedacht worden. Vom Beschuldigten Dr. B.\_\_\_\_\_ sei diese Analyse abgelehnt worden. Auch das könne noch akzeptiert werden, falls eine andere plausible Erklärung für den Befund bestanden hätte. Im vorliegenden Falle sei aber nur behauptet worden, es sei nicht der Magen, ohne dass eine andere Erklärung des neuen Befundes diskutiert worden sei und obwohl allen Beteiligten klar gewesen sei, dass der Patient weiterhin pulmonale Probleme gehabt habe. Auch die Laborwerte, insbesondere das Procalcitonin, würden schon am 1. November 2012 auf eine bakterielle Entzündung hinweisen. Als die Magensonde gelegt worden sei, habe das Thoraxbild am 1. November 2012 um 09:13 Uhr die Spitze nicht im Abdomen, sondern in Projektion auf das untere Mediastinum oder den linken Pleuraraum gezeigt. Gleichzeitig sei die Luftblase, die auf dem Bild um 07:45 Uhr neu erkennbar gewesen sei und bei der es sich differentialdiagnostisch am ehesten um Magen handle – was die CT einen Tag später bestätigt habe –, unverändert sichtbar gewesen. Damit habe für die behandelnden Ärzte eine unklare Situation bei einem Patienten vorgelegen, dem es pulmonal nicht gut gegangen sei. In dieser Situation müsse diagnostisch weiter gesucht werden. Differentialdiagnostisch würden eine Perforation der Sonde und ein wieder hochgerutschter Magen in Betracht kommen. Eine Perforation heisse Mediastinitis, womit eine schwere Entzündung vorliege. Es sei die Passivität gegenüber dem Befund des Thoraxbildes vom 1. November 2012, 09:13 Uhr, welche als ungenügende Sorgfalt gewertet werden müsse. Dieser Vorwurf sei nicht nur rückblickend gerechtfertigt, sondern müsse auch aus der Sicht des behandelnden Arztes/Ärzteteams im Zeitpunkt ex ante erhoben werden,

welcher/welche den weiteren Verlauf nicht kennen würde/würden (Urk. 6/13 S. 16 f.). Diesen Standpunkt relativiert Prof. Dr. med. C. \_\_\_\_\_ indes in seinem Ergänzungsgutachten vom 2. Juli 2017: Es habe im vorliegenden Fall keine harten, zwingenden Kriterien für oder gegen eine Re-Operation gegeben. Der Entscheid falle je nach Gewichtung der Fakten und hänge demnach neben der klinischen Situation und der Erfahrung auch vom Temperament der Chirurgen ab. Hier gebe es keine Standards und keine Richtlinien (Urk. 6/21 S. 1).

5.6. Sodann hält Prof. Dr. med. H. \_\_\_\_\_ in seinem Gutachten vom 14. November 2016 fest, die intensivmedizinische Behandlung des Patienten nach der Operation vom 31. Oktober 2012 sei lege artis erfolgt. Das Auftreten von Komplikationen wie etwa Pneumothoraces sei adäquat und lege artis z.B. durch Einlage von Drainagen angegangen worden. Zur intensivmedizinischen Behandlung lasse sich keine Sorgfaltspflichtverletzung feststellen. Der Patient habe im Verlauf eine schwerwiegende Komplikation in Form einer fulminant verlaufenden schweren Sepsis mit dem Organfokus Lunge und damit ein ausgeprägtes Lungenversagen entwickelt. Die schwere Sepsis gehe in dem Fall dieses Patienten nicht nur mit einem ARDS, also Lungenversagen, einher, sondern auch mit einem Versagen des Gerinnungssystems. Unter diesen Bedingungen erhöhe sich das Risiko einer ECMO-Therapie deutlich, da für eine erfolgreiche ECMO-Therapie ebenfalls eine Antikoagulation, also eine Hemmung der Blutgerinnung, durchgeführt werden müsse. Abfallende Gerinnungsparameter im Rahmen der schweren Sepsis (z.B. Thrombozytensturz) in Kombination mit Heparin-Gabe zu ECMO würden die Möglichkeiten einer Blutungskomplikation deutlich erhöht erscheinen lassen (Urk. 6/14 S. 4). Auch in seiner Stellungnahme vom 29. Juni 2017, in welcher Prof. Dr. med. H. \_\_\_\_\_ weitere Fragen beantwortete, erklärte er, dass die intensivmedizinische Behandlung konsequent und folgerichtig erfolgt sei (Urk. 6/15 S. 1 f.).

5.7. Insgesamt sind die sorgfältigen Ausführungen der Gutachter in Bezug auf das (weitere) Verhalten der Beschuldigten ebenfalls nachvollziehbar und gesamtgesellschaftlich schlüssig, weshalb darauf abzustellen ist. Prof. Dr. med. C. \_\_\_\_\_ spricht im Gutachten vom 15. November 2016 davon, die Beschuldigten hätten sich nach

dem Befund des Thoraxbildes vom 1. November 2012, 09:13 Uhr, passiv verhalten, was als ungenügende Sorgfalt zu werten sei, und führt dann im Ergänzungsgutachten aus, es hätten keine zwingenden Kriterien für eine Re-Operation vorgelegen, es gebe hier keine Standards und keine Richtlinien sowie der Entscheidung falle je nach Gewichtung der Fakten. Gesamthaft können diese Erläuterungen nur dahingehend verstanden werden, dass er zwar anders gehandelt hätte, indes insgesamt keine zwingende Sorgfalt missachtet wurde bzw. keine Sorgfaltspflichtverletzung erstellt werden kann. Dies muss umso mehr gelten angesichts des eindeutigen Standpunkts des Spezialisten Prof. Dr. med. H.\_\_\_\_\_, wonach die intensivmedizinische Behandlung konsequent und folgerichtig erfolgt sei bzw. sich keine Sorgfaltspflichtverletzungen feststellen liessen.

5.8. Entsprechend kann gestützt auf die überzeugenden Ausführungen in den Gutachten nicht erstellt werden, dass die Beschuldigten den ihnen zustehenden Ermessenspielraum bei der Diagnose wie auch in der Bestimmung therapeutischer oder anderer Massnahmen über- oder unterschritten hätten. Den Beschuldigten kann bei der Behandlung von E.\_\_\_\_\_ sel. keine (strafrechtlich relevante) Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen werden.

5.9. Insofern fehlt es bereits an der Voraussetzung einer Sorgfaltspflichtverletzung. Es liegt kein Fehlverhalten im strafrechtlichen Sinn vor. Der Beschuldigte ist daher vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung freizusprechen.

6. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass des Weiteren auch das Kriterium der Vermeidbarkeit des Erfolgseintritts nicht gegeben wäre. Gestützt auf die überzeugenden Ausführungen der Gutachter Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ und Prof. Dr. med. H.\_\_\_\_\_ kann aufgezeigt werden, dass der Erfolgseintritt – Tod von E.\_\_\_\_\_ sel. – mit einer abweichenden Behandlungsweise der Beschuldigten (z.B. sofortiger Revisionsoperation) nicht mit der gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung geforderten an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bzw. mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit hätte verhindert werden können (Urk. 43 S. 49 ff.):

6.1. Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ führt in seinem Gutachten aus, idealerweise wäre gleich nach dem Thoraxbild um 07:45 Uhr eine CT durchgeführt worden, ohne den Versuch, die Situation mittels Magensonde zu klären. Damit hätte die Perforation vermieden werden und die Revision mit Reposition des Magens einen Tag früher stattfinden können. Ob dies gereicht hätte, die schwere pulmonale Funktionsstörung (ARDS) abzuwenden, sei hoch spekulativ. Die Ausgangslage wäre aber eine deutlich bessere gewesen (Urk. 6/13 S. 14). Nach der Perforation habe eine Verbindung vom nicht sterilen Inhalt in der Speiseröhre und dem primär sterilen Raum Mediastinum/Pleurahöhle bestanden. Damit sei es zu einer Infektion in Mediastinum und linker Pleurahöhle und damit einem weiteren krankheitser-schwerenden Faktor gekommen. Mit der Injektion von Kontrastmittel sei es zu einer plötzlichen lokalen Verteilung und Reizung durch nicht steriles Material und Kontrastmittel gekommen. Die heftige Entzündungsreaktion sei nicht nur durch die Injektion von Kontrastmittel bedingt, sondern müsse als Folge aller lokalen Gewebeschädigungen und -reizungen gewertet werden. Zur übermässigen Ausschüttung von Entzündungsmediatoren hätten nebst der Perforation der Speiseröhre auch die Operation vom 31. Oktober 2012 mit grossem Gewebetrauma sowie eventuell bereits vorbestehende und nun neue pulmonale Probleme beigetragen (act. 6/13 S. 14 f.).

6.2. An anderer Stelle führt Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ aus, die Frage nach dem Einfluss auf den weiteren Verlauf sei schwierig zu beantworten. Hätte im Verlaufe des 1. November 2012 gleich eine Revision oder zumindest die CT stattgefunden, hätte auch die Revision früher stattfinden können. Sodann schätze er den Einfluss der Verzögerung – im Wissen um den weiteren Verlauf – als eher hoch ein, weil die Perforation nicht diagnostiziert worden sei und es in den folgenden 24 Stunden zum Bild einer Sepsis gekommen sei. Auf der anderen Seite sei nur während 24 Stunden zugewartet worden und es habe zahlreiche andere Faktoren gegeben, welche die pulmonale Verschlechterung mitbedingt hätten. Auch sei es für das behandelnde Ärzteteam nicht vorhersehbar gewesen, dass sich die Situation dermassen rasch dramatisch verschlechtern würde, dass nur dank einer ECMO-Therapie der Tod des Patienten schon am 2. November 2012 abgewendet werden konnte (Urk. 6/13 S. 17).

6.3. Auf die Frage, ob der Tod des Patienten bei Durchführung einer Revisionsoperation am Morgen des 1. November 2012, allenfalls nach vorhergehender CT, unter Verzicht auf die vorgängige Einlage einer Magensonde vermeidbar gewesen wäre, führte der Gutachter in seinem Ergänzungsgutachten vom 2. Juli 2017 aus: Ja, vielleicht wäre der Tod mit einer frühen Revisionsoperation vermeidbar gewesen. Es sei aber nicht festzulegen mit welcher Wahrscheinlichkeit, weil es viele Faktoren gegeben habe, die zum fatalen Verlauf beigetragen hätten, wie die lange Operationsdauer, die beidseitigen Pneumothoraces, das frühe Rezidiv mit erneutem Hochrutschen des Magens, was die Lungenfunktion eingeschränkt habe, die Perforation der Magensonde sowie die Kontrastmittelgabe. Als Folge all dieser Faktoren sei es zu einem systemischen Infekt und einem Lungenversagen gekommen. Dies wiederum habe den Einsatz einer ECMO notwendig gemacht und letzteres habe eine therapeutische Blutverdünnung verlangt, welche wiederum die tödliche Hirnblutung begünstigt habe. Es sei schlicht unmöglich, einigermaßen zuverlässig festzulegen, mit welcher Wahrscheinlichkeit mit einer früheren Revision die tödliche Kaskade nicht eingetreten wäre (Urk. 6/21 S. 2 f.).

6.4. In seiner staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 23. Oktober 2017 erklärt der Gutachter Prof. Dr. med. C. \_\_\_\_\_ sodann, dass bereits am ersten postoperativen Tag anhand der Blutwerte von E. \_\_\_\_\_ sel. Zeichen eines Infekts vorgelegen hätten. Zu diesem Zeitpunkt sei die Magensonde noch nicht gelegt worden. Aus diesem Grund sei es nicht korrekt, nur dem Einlegen der Magensonde die Schuld für die Sepsis zuzuweisen. Er interpretiert diese Werte auch als Ausdruck der Gewebeschädigung durch die sehr lange Operation sowie den vorbestehenden Gewebeschaden. Er kommt zum Schluss, dass damit bereits Gründe für eine schwere Sepsis vor dem Einlegen der Magensonde und zu einem Zeitpunkt, als vom Rezidiv noch nichts bekannt war, gegeben gewesen seien (Urk. 2/8 S. 6). Die fulminante Sepsis habe sich mit einer Wahrscheinlichkeit von 65% bis 70% nur wegen der Perforation/Kontrastmittelgabe entwickelt (Urk. 2/8 S. 6 f.). Die Annahme, dass E. \_\_\_\_\_ sel. ohne die fulminante Sepsis mit überwiegender Wahrscheinlichkeit überlebt hätte, sei jedoch falsch. Dies ergebe sich aus dem Gutachten von Prof. Dr. med. H. \_\_\_\_\_, denn dieser schreibe, dass es zwei Gründe für die fulminante globale Insuffizienz gegeben habe, nicht nur die Sepsis

(Urk. 2/8 S. 7). So hält Prof. Dr. med. H.\_\_\_\_\_ in seinem Gutachten vom 14. November 2016 fest, dass die sich entwickelnde Globalinsuffizienz mit hoher Wahrscheinlichkeit auf zwei Gründe zurückzuführen sei: Zum einen hätten sich zeitnah postoperativ rasch Hinweise auf eine nicht vollständig belüftete Lunge ergeben, welche anteilig möglicherweise früh postoperativ komprimiert worden sei. Hierzu passend habe sich früh postoperativ die Herniation des Magens in den Brustkorb gezeigt. Zusätzlich zu dieser anteilig nicht ausgedehnten Lunge habe E.\_\_\_\_\_ sel. sehr früh eine ausgeprägte Infektion, wahrscheinlich ausgelöst durch die perforierende Magensonde, erlitten (act. 6/14 S. 2).

6.5. Abschliessend führte der Gutachter Prof. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ – als sachverständige Zeuge befragt – aus, dass es dem Patienten nach der Operation zwar schlecht gegangen sei, der Absturz aber nach der Perforation durch die Magensonde gekommen sei. Damit scheine ihm die Perforation mit Kontrastmittelgabe sowie die Zeit, während welcher seit dem ersten postoperativen Thoraxröntgenbild zugewartet worden sei, überwiegend verantwortlich für die Globalinsuffizienz, welche eine ECMO-Therapie verlangt habe. Er habe das überwiegend mit 65% bis 70% eingestuft im Wissen darum, dass es eine Annahme sei (act. 2/8 S. 14).

6.6. Eine präzise Einschätzung, ob der zum Tode führende Verlauf hätte gestoppt (oder verzögert) werden können, ist, wie die überzeugenden Ausführungen der Gutachter zeigen, schlicht nicht möglich. Es sind verschiedene Faktoren und die Verkettung von diversen Umständen, die zum tragischen Verlauf geführt haben.

#### **IV. Zivilansprüche**

1. Die Privatklägerin stellte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ein Schadenersatzbegehren in der Höhe von insgesamt Fr. 1'900'000.– für den Schaden, welcher den Hinterbliebenen entstanden sei. Überdies macht sie Genugtuungsansprüche für sich selbst in der Höhe von Fr. 80'000.– sowie für die beiden Kinder in der Höhe von je Fr. 50'000.– geltend. Beantragt wurde, dass die Zivilansprüche zumindest dem Grundsatz nach gutgeheissen werden oder allenfalls auf den Zivilweg verwiesen werden sollen (Urk. 30 S. 22 f.). Anlässlich der

Berufungsverhandlung beantragt die Privatklägerin, dass die Zivilansprüche dem Grundsatz nach gutzuheissen, aber auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen seien (Urk. 85 S. 15).

2. Die Beschuldigten beantragten die Abweisung der Adhäsionsklage (Urk. 86 S. 4, 29; Urk. 88 S. 2, 13 f.).

3. Der vorliegende Entscheid äussert sich lediglich zu strafrechtlich relevanten Sorgfaltspflichtverletzungen. In einem allfälligen Zivilverfahren möglicherweise relevante Sorgfaltspflichtverletzungen werden vorliegend nicht abschliessend beurteilt. Entsprechend sind die Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren der Privatklägerin im Sinne von Art. 126 Abs. 2 lit. d StPO auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen.

#### **V. Vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv Ziff. 3) ist zu bestätigen.

2. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung frei. Gleichwohl auferlegte sie ihm die Kosten der Untersuchung zur Hälfte und richtete ihm nur eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 51'000.– (inklusive MwSt.) für anwaltliche Verteidigung und persönliche Umtriebe aus (Urk. 43 S. 59). Zur Begründung wurde vorgebracht, der Beschuldigte habe durch sein Verhalten bzw. aufgrund der erstellten Sorgfaltspflichtverletzung den begründeten Verdacht auf das Vorliegen einer strafbaren Handlung erweckt und damit die Einleitung der Untersuchung sowie die Durchführung des Vorverfahrens – zumindest bis zum Vorliegen der Gutachten – verursacht (Urk. 43 S. 56 f.).

3. Gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen liess der Beschuldigte Berufung erheben und beantragte, die Kosten des Untersuchungs- und Gerichtsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen (Urk. 44 S. 2).

4. Die Verfahrenskosten werden vom Bund oder dem Kanton getragen, der das Verfahren geführt hat, soweit sie nicht dem Beschuldigten auferlegt werden können. Letzteres ist der Fall bei einer Verurteilung (Art. 423 und 426 Abs. 1

StPO). Wird der Beschuldigte freigesprochen, so können ihm dann Kosten auferlegt werden, wenn er die Einleitung des Verfahrens rechtswidrig und schuldhaft bewirkt oder die Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO; GRIESSER in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 426 N 9 ff.).

5. Nachdem dem Beschuldigten keine Sorgfaltspflichtverletzung bei der Behandlung von E.\_\_\_\_\_ sel. rechtsgenügend nachgewiesen werden kann und der Beschuldigte heute entsprechend vollumfänglich freizusprechen ist, sind die Kosten der Untersuchung auf die Gerichtskasse zu nehmen, da der Beschuldigte die Einleitung des Verfahrens weder rechtswidrig und schuldhaft bewirkt noch dessen Durchführung erschwert hat.

6. Wird der Beschuldigte freigesprochen, so hat die beschuldigte Person Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Die Entschädigungsfrage ist nach der Kostenfrage zu beantworten. Es gilt der Grundsatz, dass bei Auferlegung der Kosten keine Entschädigung oder Genugtuung auszurichten ist, während bei Übernahme der Kosten durch die Staatskasse die beschuldigte Person Anspruch auf Entschädigung hat (BGE 137 IV 352 E. 2.4.2; BGE 6B\_669/2020 vom 4. September 2020 E. 2.1; GRIESSER in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, a.a.O., Art. 430 N 2). Dem Beschuldigten ist deshalb eine angemessene Prozessentschädigung für anwaltliche Verteidigung und persönliche Umtriebe zuzusprechen. Die geltend gemachten Aufwendungen erscheinen insbesondere unter Berücksichtigung der langen Verfahrensdauer insgesamt als gerechtfertigt. Dem Beschuldigten ist für die Untersuchung und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 68'000.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

7. Ausgangsgemäss hat die Privatklägerin keinen Anspruch auf Entschädigung (vgl. Art. 433 Abs. 1 StPO).

## **VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren**

1. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.–.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Wird die einzig von der Privatklägerschaft erhobene Berufung abgewiesen, hat jene die Verteidigungskosten der beschuldigten Person zu tragen (Art. 432 StPO, BGE 139 IV 45 E. 1.2 = PRA 102 [2013] Nr. 60). Die Privatklägerin unterliegt mit ihren Anträgen praktisch vollumfänglich, während der Beschuldigte mit seinen Anträgen zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen obsiegt. Bei der Berufung des Beschuldigten sind der Staat und die Privatklägerschaft als unterliegende Partei zu betrachten. Es rechtfertigt sich, die Kosten des Berufungsverfahrens der Privatklägerin zu 4/5 aufzuerlegen. Die restlichen 1/5 sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.
3. Weiter ist die Privatklägerin zu verpflichten, dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine angemessene, reduzierte Entschädigung von Fr. 21'200.– auszurichten. Im Übrigen ist dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'300.– aus der Gerichtskasse zu bezahlen (vgl. Urk. 87/3).
4. Die durch die Privatklägerin geleistete Prozesskaution von Fr. 20'000.– ist vorab zur Deckung der Gerichtskosten sowie teilweise hernach zur Deckung der hiervoor zugesprochenen Entschädigung an den Beschuldigten zu verwenden.

### **Es wird beschlossen:**

1. Vom Rückzug der Berufung der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich wird Vormerk genommen.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ wird vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung freigesprochen.
2. Das Schadenersatz- und Genugtuungsbegehren der Privatklägerschaft wird auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
3. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv Ziff. 3) wird bestätigt.
4. Die Kosten der Untersuchung werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Dem Beschuldigten wird für die Untersuchung und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 68'000.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.–.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 4/5 der Privatklägerin auferlegt. Die restlichen 1/5 der Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
8. Die Privatklägerin wird verpflichtet, dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 21'200.– für die Verteidigung zu bezahlen. Im Übrigen wird dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'300.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
9. Die durch die Privatklägerin geleistete Prozesskaution von Fr. 20'000.– wird vorab zur Deckung der Gerichtskosten sowie teilweise hernach der Entschädigung gemäss vorstehender Dispositivziffer 8 verwendet.
10. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich (versandt)

- die Vertretung der Privatklägerin im Doppel für sich und die Privatklägerschaft (übergeben)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich
- die Vertretung der Privatklägerin im Doppel für sich und die Privatklägerschaft

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 17/2
- die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)

11. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Strafkammer

Zürich, 24. Juni 2020

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Volken

MLaw A. Donatsch