Strafrecht der Medizin

Saliger / Tsambikakis

2022
ISBN 978-3-406-64672-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

1. Begrifflicher Gehalt und Strenge des Facharztstandards

Mit dem Facharztstandard wird ein primär materieller Verhaltens- und damit Qualitätsstandard für die Behandlungspraxis etabliert, an dem die mögliche Sorgfaltswidrigkeit zu messen ist (→ Rn. 98 ff.). Dieser Verhaltensstandard ist dynamisch für den Zeitpunkt der betreffenden Behandlung zu bestimmen (→ Rn. 105 ff.). Er beruht auf einer notwendig festzustellenden empirischen Basis, die jedoch der strafrechtlichen Bewertung bedarf (→ Rn. 108 ff.). Im Rahmen dieser Bewertung wirken mehrere Topoi Übersteigerungen entgegen (→ Rn. 112 ff.). Ökonomische Faktoren können weitere Begrenzungen mit sich führen (→ Rn. 134 ff.). 97

a) Materieller und ausnahmsweise formeller Facharztstandard. Ist im Hinblick auf ein Strafverfahren zu prüfen, ob eine bestimmte Behandlung sorgfaltsgemäß gewesen ist, ist mit der Rechtsprechung auf den **„Standard eines erfahrenen Facharztes“**[191] des jeweiligen Fachgebietes abzustellen. Es muss die Sorgfalt eingehalten werden, die man von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs[192] in der konkreten Situation erwarten darf. Deren Maß und Umfang bestimmen sich nach dem Ausmaß der mit der jeweiligen Behandlung verbundenen Gefahren aus der Sicht ex ante und den in der einschlägigen ärztlichen Fachrichtung zu erwartenden Kenntnissen und Fähigkeiten.[193] Der angesprochene **„Standard“** meint das zum Behandlungszeitpunkt **in der ärztlichen Praxis und Erfahrung bewährte,** nach medizinwissenschaftlicher Erkenntnis gesicherte und damit von einem durchschnittlich befähigten Facharzt zu verlangende Maß an Kenntnis und Können.[194] Sorgfaltswidrig handelt demnach der Arzt, der die Anforderungen, die an einen besonnenen und pflichtbewussten Kollegen **in der konkreten Situation** „bei einer Betrachtung der Gefahrenlage ex ante gestellt werden, nicht erfüllt“.[195] 98

Der medizinische Standard des jeweiligen medizinischen Fachbereichs beruht demnach in empirischer Hinsicht auf zwei Säulen: Zum einen fußt er auf den **wissenschaftlich gesicherten Erkenntnissen und Erfahrungen.** Zum anderen verlangt er die auch normativ überzeugende **Anerkennung dieses Behandlungsstandes in der Praxis** des Gesundheitswesens. Beide Voraussetzungen – Begründung durch die Wissenschaft und Akzeptanz der maßgeblichen Fachkreise – müssen erfüllt sein, damit eine ärztliche Behandlung einschließlich zum Beispiel eines bestimmten Vorgehens bei der Befunderhe- 99

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

[191] BGH v. 19.11.1997 – 3 StR 271/97, BGHSt 43, 306 (311); BGH v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754 (2758); BGH v. 15.6.1993 – VI ZR 175/92, NJW 1993, 2989 (2990); BGH v. 27.9.1983 – VI ZR 230/81, NJW 1984, 655 (656); BGH v. 16.3.1999 – VI ZR 34/98, MDR 1999, 675 (676); OLG Oldenburg v. 8.6.1993 – 5 U 14/93, MDR 1993, 955 (956); OLG Hamm v. 8.6.2005 – 3 Ws 473–476/04, MedR 2006, 358 (359).

[192] BGH v. 24.6.1997 – VI ZR 94/96, MedR 1998, 26; BGH v. 29.11.1994 – VI ZR 189/93, VersR 1995, 659 (660).

[193] BGH v. 24.6.1997 – VI ZR 94/96, MedR 1998, 26; BGH v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754; zur Rechtsprechung auch Müller GesR 2004, 257 ff. Siehe zur allg. Definition der Sorgfaltswidrigkeit auch BGH v. 14.3.2003 – 2 StR 239/02, NStZ 2003, 657 (658): Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt ergeben sich aus den Anforderungen, die bei Betrachtung der Gefahrenlage ex ante an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind.

[194] OLG Hamm v. 8.6.2005 – 3 Ws 473–476/04, MedR 2006, 358 (359); LG Kassel v. 18.12.2000 – 800 Js 20985/99, VersR 2001, 1031 (1034); mwN Laufs/Katzenmeier/Lipp ArztR/Katzenmeier Kap. X Rn. 7: professionelle Akzeptanz nötig; Fontaine medstra 2021, 203 (205); Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 66 f.; auch zu § 630a BGB BT-Drs. 17/10488, 19: Ausrichtung auf in der Praxis bereits befolgte Verhaltensmuster; insoweit sehr weit BGH v. 10.5.1983 – VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080 (2081).

[195] BGH v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754 (2758); BGH v. 14.3.2003 – 2 StR 239/02, NStZ 2003, 657 (658); OLG Hamm v. 8.6.2005 – 3 Ws 473–476/04, MedR 2006, 358 (359); zur Situationsorientierung ferner Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 110 f.

bung zum „Standard“ avanciert. Der Standard bezieht sich insoweit auf die **Praxis im Inland.**[196]

100 Hiermit sind wissenschaftliche Erkenntnisse allein für den Standard noch nicht maßgeblich,[197] selbst wenn sich diese später durchgesetzt haben sollten oder in der Durchsetzung befindlich sind. Ebenso ist **nicht die** sog. **Best Practice** der Standard, der an alle behandelnden Ärzte einer Fachrichtung anzulegen wäre. Es muss nicht jeweils das allerneueste Therapiekonzept verfolgt werden und ebenso wenig besteht ein allgemeiner Anspruch auf die jeweils neueste apparative Ausstattung.[198] Eine Behandlung ist folglich nicht schon sorgfaltswidrig, weil sie nicht unter jedem Aspekt optimal war oder nicht der Hochleistungsmedizin entsprach.[199] Gefordert wird nicht jede erdenkliche, sondern nur, aber auch stets, gleichgültig ob bei ambulanten oder stationären Eingriffen, die Wahrung der legitim zu erwartenden berufsspezifischen Sorgfalt. Dass eine bestimmte Art und Weise der Behandlung schon ganz allgemein in vergleichbaren Fällen zur möglichen Tatzeit in ganz Deutschland durchgeführt wird, verlangt die Rechtsprechung allerdings nicht stets, um einen Standard annehmen zu können.[200]

101 Der im geschilderten Sinne durchschnittlich zu erwartende **Facharztstandard** muss nach der vorherrschenden Rechtsprechung jenseits von Notlagen grundsätzlich **zu jeder Zeit und an jedem Ort** gewährleistet werden, weshalb in einem Krankenhaus für den Nacht- und Sonntagsdienst, für Not- und Eilfälle entsprechende Vorsorge zu treffen ist.[201] Auch der einzurichtende **Notfall- oder Bereitschaftsdienst** unterliegt dem Facharztstandard (näher → Rn. 267 ff.).[202] Etwa das OLG Stuttgart tritt dafür ein, dass der Standard selbst für Eil- und Notfälle „nur dort herabgesetzt werden [kann], wo eine sorgfältige Organisation und Vorbereitung für sie nicht vorsorgen kann“[203]. Darin kommt auch das mit dem Krankenversicherungssystem der GKV versprochene Versorgungsniveau zum Ausdruck. Zum Beispiel muss ein Arzt im vertragsärztlichen Notfalldienst „typischen Notfallsituationen des ärztlichen Alltags“ durch Sofortmaßnahmen gerecht werden können.[204] Ein in der Sache fachfremder Notarzt muss sich daher regelmäßig für Notfallbehandlungen **fortbilden** und den Patienten bei unzureichendem Wissen oder ungenügender Erfahrung an einen anderen Arzt oder an ein Krankenhaus überweisen, wenn dies noch zu einer hinreichenden Versorgung führen kann.[205] Bleibt der Patient infolge einer unterbleibenden hinreichenden Versorgung geschädigt oder stirbt er gar, ist eine Unterlassungstat zu diskutierten (zur möglichen Garantenstellung siehe → Rn. 437).

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

102 Ersichtlich kein Facharztstandard im Sinne der Garantie einer spezialisierten Betreuung einer jeden spezifischen Erkrankung ist bei alledem in der **Allgemeinmedizin** gemeint.

---

[196] OLG München v. 14.3.2013 – 1 U 1781/12, KHE 2013/52 und zust. Gercke/Leimenstoll/Stirner MedStrafR-HdB Rn. 219. Zu den Potentialen des Vortrages ausländischer Richtlinien aber auch MAH Strafverteidigung/Erlinger/Warntjen/Bock § 50 Rn. 29.

[197] Bestätigend etwa OLG Hamm v. 31.8.2005 – 3 U 277/04, MedR 2006, 111 (112).

[198] Dafür schon BGH v. 22.9.1987 – VI ZR 238/86, NJW 1988, 763 (764); BGH v. 28.2.1984 – VI ZR 106/82, VersR 1984, 470; siehe auch Franzki MedR 1994, 178: unbezahlbare Maximaldiagnostik und -therapie nicht gewährleistet.

[199] Deutlich so BGH v. 14.12.1993 – VI ZR 67/93, NJW 1994, 1596 (1597 f.): „zwar nicht optimaler, aber noch ausreichender medizinischer Standard“.

[200] So weitgehend insbesondere BGH v. 10.5.1983 – VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080 (2081).

[201] OLG Düsseldorf v. 20.10.1985 – 8 U 100/83; auch für die Facharztpraxis mwN Gercke/Leimenstoll/Stirner MedStrafR-HdB Rn. 237.

[202] OLG Stuttgart. 21.1.1993 – 14 U 34/91, VersR 1994, 313 (315); Boemke NJW 2010, 1562; betonend auch Frister/Lindemann/Peters ArztStrafR Kap. 1 Rn. 106 f.; seine Haftung ist nicht nach § 680 BGB beschränkt, Bielitz NJW 2012, 1253 (1255 f.); Killinger, Die Besonderheiten der Arzthaftung im medizinischen Notfall, 2009, Rn. 27 ff.

[203] Siehe so OLG Stuttgart v. 31.10.1996 – 41 U 52/95, NJW-RR 1997, 1114 (1116) zur unterlassenen Klinikeinweisung durch einen Bereitschaftsarzt; dem Prinzip zust. Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 103.

[204] BSG v. 15.9.1977 – 6 RKa 8/77, NJW 1978, 1213.

[205] MwN Boemke NJW 2010, 1562 (1565, 1566); Bielitz NJW 2012, 1253 (1255 f.), welche die Potentiale der Fortbildung fachfremder realistisch für begrenzt erachtet.

Von einem Hausarzt kann nicht aus dem Stand für jedes Feld der Medizin und damit etwa für die Orthopädie und die Dermatologie ein spezialisiertes Wirken gefordert werden; maßgeblich ist vielmehr, was gerade von einem Facharzt für Allgemeinmedizin verlangt werden kann. Zudem gilt, dass der Allgemeinmediziner, der an die **Grenzen seines Wissens und seiner Erfahrung** stößt, verpflichtet ist, einen spezialisierten Facharzt hinzuzuziehen oder den Patienten an einen solchen zu überweisen.[206] Auch der voll ausgebildete Arzt ist ggf. auf die Einholung sachkundiger Hilfe angewiesen.[207] Eventuell kann ein Konsiliarius hinzuzuziehen sein (zu diesem → Rn. 255 f.).

103 Ferner bedeutet der geschilderte Facharztstandard eines grundsätzlich nicht: Es ist nicht erforderlich, dass der behandelnde Arzt oder die behandelnde Ärztin bereits den Facharzttitel für das betreffende medizinische Fach trägt. Dass Patienten nur von Fachärzten im formellen Sinne behandelt werden, garantieren auch die §§ 222 und 229 StGB keineswegs. Es muss keine Facharztprüfung abgelegt und bestanden worden sein. Der Facharztstandard ist vielmehr ein **materielles Kriterium,** welches auf die Facharztqualität und damit auf einen bestimmten individuellen Wissens- und Erfahrungsstand des Arztes abstellt.[208] Maßgeblich ist insoweit die in Rede stehende Behandlung. Es kommt deshalb darauf an, ob zum Beispiel ein Assistenzarzt *eine bestimmte* Behandlung bereits fachgemäß (allein) durchführen kann. Schon vor der Ablegung der Facharztprüfung kann es so sein, dass ein Arzt das medizinisch Gebotene theoretisch wie praktisch nach den Regeln der jeweiligen Disziplin hinreichend beherrscht. So muss ein Operateur für den konkreten Eingriff das notwendige theoretische Wissen besitzen und in der Lage sein, die erforderlichen operationstechnischen Kenntnisse in die Praxis umzusetzen. Maßgeblich sind der konkrete Ausbildungsstand und die Schwierigkeit der anstehenden Operation.[209] Zu denken ist hier nicht nur an Assistenzärzte bzw. Berufsanfänger, die sich zum Facharzt weiterbilden. Vielmehr kann auch der Arzt einer anderen Fachrichtung gemeint sein.[210] Ist der materielle Facharztstandard bereits durch den agierenden Arzt gewährleistet, kann der fachärztliche Standard in diesem Fall auch ohne die ständige persönliche Anwesenheit eines Facharztes im formellen Sinne gewährleistet werden.[211]

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

104 Anderes gilt hingegen dann, wenn eine Behandlung von einem in **Weiterbildung befindlichen Arzt** übernommen werden soll, der für seine Tätigkeit zum Beispiel in einer Operation noch der **Anleitung und Beaufsichtigung** durch einen erfahrenen Arzt bedarf. Hier verlangen die Gerichte zu Recht, dass nur ein Arzt die Anleitung und Überwachung übernehmen darf, der die **formelle Facharztanerkennung** aufweist.[212] Sie nehmen an, dass die Anleitung und Überwachung eine besondere Kompetenz, Souveränität und Verantwortung erfordern, die nicht allein an einzelnen materiellen Fähigkeiten und Kenntnissen festgemacht werden kann. Dies ist wohlbegründet, weil die mit der Aus- und Weiterbildung naturgemäß verbundenen höheren Verletzungsgefahren, soweit beherrschbar, von den für den Einsatz dieser Ärzte Verantwortlichen durch besondere Maßnahmen ausgeglichen werden müssen, damit gegenüber dem Patienten im Ergebnis stets der Stan-

[206] Hierzu BGH v. 8.2.1957 – 1 StR 514/56, BGHSt 10, 133 (135); OLG Hamm v. 28.4.2010 – I-3 U 84/09, MedR 2010, 714 mit Besprechung von Ulsenheimer Der Gynäkologe 2011, 844.

[207] Siehe hingegen zu einer erschreckenden Selbstüberschätzung in Gestalt der zusätzlich vom Operateur übernommenen Narkose BGH v. 7.10.1980 – VI ZR 176/79, NJW 1981, 628; LG München I v. 26.7.2006 – 16 Ns 125 Js 10620/04.

[208] Gercke/Leimenstoll/Stirner MedStrafR-HdB Rn. 209; Opderbecke/Weissauer MedR 1993, 449; näher Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 104 f.

[209] BGH v. 10.3.1992 – VI ZR 64/91, NJW 1992, 1560 (1561); OLG Düsseldorf v. 16.9.1993 – 8 U 16/92, VersR 1994, 352.

[210] Steffen MedR 1995, 360.

[211] Dazu und auch zum gegenteiligen Fall BGH v. 15.6.1993 – VI ZR 175/92, NJW 1993, 2989 (betr. Anästhesie); OLG Oldenburg v. 8.6.1993 – 5 U 14/93, MDR 1993, 955; ferner Opderbecke/Weissauer MedR 1993, 447.

[212] Grundlegend BGH v. 10.3.1992 – VI ZR 64/91, NJW 1992, 1560; OLG Düsseldorf v. 16.9.1993 – 8 U 16/92, VersR 1994, 352; Steffen MedR 1995, 360 (361); Frister/Lindemann/Peters ArztStrafR Kap. 1 Rn. 98 f.

dard eines Facharztes gewahrt bleibt und kein zusätzliches Risiko entsteht.[213] Dem Assistenzarzt, der als Nichtfacharzt die Aufsicht und Kontrolle über die Operation eines Berufsanfängers übernimmt, ist damit in der Regel der Vorwurf eines Übernahmeverschuldens zu machen.[214]

105 **b) Dynamischer Standardbegriff – aktuelle Bewährung in der Praxis.** Der Betonung bedarf, dass das Konzept des (Facharzt-)Standards keine statische Größe beschreibt. Was heute Standard ist, kann morgen schon überholt sein.[215] Neuere wissenschaftliche Erkenntnisse führen zwar nicht zwingend oder automatisch zu einem gewandelten Facharztstandard.[216] Gleichwohl zielt die Frage nach dem Verhaltensstandard des erfahrenen Facharztes stets auf den Zeitpunkt, in dem die betreffende Behandlung stattfand.[217] Insoweit kann sich der Facharztstandard in Ansehung der Entwicklung der medizinischen Wissenschaft gewandelt haben. Der Facharztstandard umfasst eine **dynamische Komponente,** die von der Entwicklung und dem jeweiligen Fortschritt des Fachgebiets abhängt.[218] Ein früher allgemein verbreitetes Verfahren oder eine bestimmte therapeutische Maßnahme können nicht mehr standardgemäß sein, weil eine **neue Behandlungsmethode mittlerweile eine hinreichende Anerkennung und Verbreitung gefunden** hat. Mithin können neue Erkenntnisse und Erfahrungen, aber auch neue technische Möglichkeiten zB im Bereich der minimal-invasiven Chirurgie in die Maßstabsbildung einfließen.[219] Eine Unterschreitung des zu fordernden Qualitätsstandards ist allerdings nach der Rechtsprechung erst dann gegeben, wenn die Vorzugswürdigkeit einer (neuen) Methode **im Moment der in Rede stehenden Behandlung** im Wesentlichen unumstritten war (näher zur gebotenen Bestimmung ex ante → Rn. 117 ff.).[220] Der auf der Grundlage einer Einwilligung handelnde Arzt, der eine neue Operationstechnik nicht anwendet, sondern beim etablierten Verfahren bleibt, ist daher grundsätzlich straflos. Der Zeitpunkt, zu dem eine bisher tradierte Behandlungsmaßnahme oder -technik veraltet bzw. überholt ist und deshalb zu einem standardwidrigen Behandlungsfehler herabsinkt, ist regelmäßig erst gekommen, wenn die neue Methode risikoärmer ist und/oder bessere Heilungschancen verspricht. Dann ist ihre Anwendung von einem sorgfältigen und auf Weiterbildung bedachten Arzt zu verlangen.[221]

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

106 Die dynamische Bestimmung des Facharztstandards bedeutet zugleich, dass die im Berufsrecht (§ 4 MBO-Ä) und im Vertragsarztrecht (§§ 95d, 137 Abs. 3 SGB V) verankerte **Fortbildungspflicht unter dem Aspekt der Haftungsvermeidung elementar** ist.[222] Auch der formell anerkannte Facharzt muss sich zur Vermeidung von Behandlungsfehlern (sorgfaltswidrigen Behandlungen) über die Fortschritte der Medizin und anderweitig gewonnene Erkenntnisse über Nutzen und Risiken der von ihm angewandten Heilverfahren unterrichten. Nicht zuletzt strafrechtlich bedingt muss sich jeder Facharzt jedenfalls in dem

[213] BGH v. 10.3.1992 – VI ZR 64/91, NJW 1992, 1560 (1561); BGH v. 27.9.1983 – VI ZR 230/81, NJW 1984, 655 (656); Kullmann, Konzepte zur Risikominderung in der Anästhesiologie, 1993, S. 29 ff.; mit Zweifeln an der vollständigen Realisierbarkeit Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 106.

[214] BGH v. 10.3.1992 – VI ZR 64/91, NJW 1992, 1560 (1561); Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 127.

[215] Zu alledem auch bereits Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 87.

[216] OLG Hamm v. 31.8.2005 – 3 U 277/04, MedR 2006, 111 (112).

[217] In diesem Sinne etwa schon Deutsch NJW 1987, 1481: im Verkehr erforderliche Sorgfalt verlangt die ständige Anpassung an die aktuellen Umstände und Gefahren; siehe nun explizit § 630a Abs. 2 Hs. 1 BGB: „zum Zeitpunkt der Behandlung".

[218] Zur Anerkennung dessen statt vieler Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 277 ff.

[219] Mit weiteren Beispielen auch Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 87.

[220] Dazu OLG Hamm v. 31.8.2005 – 3 U 277/04, MedR 2006, 111 (112).

[221] Zur Kasuistik siehe mwN BGH v. 26.11.1991 – VI ZR 389/90, MedR 1992, 214 (215 f.); OLG Hamm v. 15.3.2000 – 3 U 171/99, VersR 2000, 1509.

[222] Gleichsinnig mit dem Verweis auf die notwendige Lektüre der einschlägigen Fachzeitschriften OLG Hamm v. 27.1.1999 – 3 U 26/98, NJW 2000, 1801 (1802); OLG Düsseldorf v. 19.12.1985 – 8 U 155/84, VersR 1987, 414; mwN Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 71 und 73.

Umfang fortbilden, wie es zur Erhaltung und Entwicklung der zu seiner Berufsausübung erforderlichen Fachkenntnisse notwendig ist.[223] Selbst der besonders erfahrene Arzt darf neue Lehren und Erfahrungen „aus Bequemlichkeit, Eigensinn oder Hochmut" nicht ignorieren.[224] Dabei stellen jedenfalls die Zivilgerichte **strenge Anforderungen** an die Fortbildungspflicht des Arztes. Ihm wird „grundsätzlich keine längere Karenzzeit bis zur Aufnahme der wissenschaftlichen Diskussion zugebilligt"[225]. Vielmehr hat er Hinweise und neue Erkenntnisse aus Publikationen zeitnah umzusetzen.[226] Er soll sich über neue Erkenntnisse und Erfahrungen „bis an die Grenze des Zumutbaren" unterrichten müssen.[227] Jeder Patient soll darauf vertrauen können, dass sich die Kenntnisse des behandelnden Arztes nicht auf einem überholten Stand befinden.[228]

Zu beachten ist bei alledem, dass sich die **Fortbildungspflicht** des Arztes auf die Anforderungen erstreckt, welche die „für die Berufsausübung geltenden Vorschriften"[229] aufstellen. Dies umfasst insbesondere die Inhalte der Rechtspflicht zur Aufklärung des Patienten und damit mittelbar die Rechtsprechung zur Weiterentwicklung der Aufklärungspflichten.[230] 107

c) Verhältnis von Empirie und normativer Bewertung. Nach dem geschilderten Standard beginnt die Maßstabsbildung damit, die Realität der medizinisch vorhandenen und eingeführten Behandlungsverfahren aufzunehmen. Im **ersten Schritt** wird somit eine **empirische Größe herangezogen,** um die Frage nach der Sorgfaltswidrigkeit zu beantworten. 108

Die Prüfung der Sorgfaltswidrigkeit erschöpft sich aber nicht allein darin, die faktisch typische Art und Weise der Behandlung innerhalb des deutschen Gesundheitswesens zu ermitteln bzw. einzuschätzen. Der Standard ist nicht nur eine Beschreibung des tatsächlich geübten ärztlichen Verhaltens. Anderenfalls könnten auch eine Praxis, die etwa neue Methoden barsch und unbegründet zurückweist, und andere weit verbreitete Unsitten an die Stelle der rechtlichen Maßstäbe der §§ 222 und 229 StGB sowie der §§ 630a ff. BGB treten. Eine von der medizinischen Realität losgelöste Ermittlung des Maßstabes ist zwar keine Alternative, weil sie auf ein lebensfremdes und hypothetisch bleibendes Wunschdenken hinauslaufen müsste. Zum ersten Schritt der Aufnahme des Status quo muss aber stets ein **zweiter Schritt** hinzutreten, der die medizinischen Fakten **unter dem Gesichtspunkt des nach den §§ 222 und 229 StGB gebotenen Rechtsgutsschutzes bewertet** und damit normativ überprüft.[231] So kann etwa die verbreitete Unsitte, die sich im Übermaß vom medizinwissenschaftlich und praktisch möglichen Standard entfernt, als unmaßgeblich ausgewiesen werden. Es kommt vielmehr nicht darauf an, „ob eine medizinisch zur Abwendung eines erheblichen Gesundheitsrisikos für erforderlich gehaltene Behandlungs- 109

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

[223] BGH v. 19.11.1997 – 3 StR 271/97, BGHSt 43, 306 (311) unter Hinweis auf § 4 Abs. 1 der Muster-Berufsordnung NJW 1997, 3076.
[224] So schon RG v. 1.12.1931 – I 707/31, RGSt 67, 12 (22, 23).
[225] OLG Düsseldorf v. 19.12.1985 – 8 U 155/84, VersR 1987, 414 (415).
[226] OLG Koblenz v. 20.6.2012 – 5 U 1450/11, VersR 2012, 1304.
[227] BGH v. 15.3.1977 – VI ZR 201/75, NJW 1977, 1102 (1103); näher mwN Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 132 f.
[228] Siehe etwa Giesen JZ 1996, 519 (520) in einer zust. Anm. zu BGH v. 21.11.1995 – VI ZR 329/94, JZ 1996, 518 f.
[229] Siehe zur dahingehenden Berufspflicht § 2 Abs. 5 MBO-Ä und BGH v. 13.9.1994 – 1 StR 357/94, BGHSt 40, 257 (264): „Sein Beruf bringt es mit sich, dass er sich – ua im Rahmen ärztlicher Fortbildung – auch mit einschlägigen juristischen Fragestellungen zu beschäftigen hat".
[230] Hierzu § 8 S. 2 und 3 MBO-Ä und § 630e Abs. 1 S. 3 BGB; aktuell etwa für eine Rechtspflicht zur Aufklärung über einen erlittenen Schlaganfall des Arztes die nicht rechtskräftig gewordene Entscheidung LG Kempten v. 8.10.2020 – 3 Ns 111/Js 10508/14, medstra 2021, 322 mAnm Sternberg-Lieben, der grundsätzlich infolge des bei einer nicht näher eingeordneten körperlichen Erschwerung geltenden Standards eines vorsichtigen Behandlers zust., aber hinsichtlich der individuellen Vermeidbarkeit eine Prüfung kritisch.
[231] RG v. 3.5.1906 – I 155/06, RGSt 39, 2 (5); Matt/Renzikowski/Gaede § 15 Rn. 41; siehe auch Frahm et al MedR 2018, 447 (450).

maßnahme in der Praxis allgemein durchgeführt wird, sondern nur darauf, ob von dem behandelnden Arzt" das entsprechende Wissen verlangt und die ärztliche Maßnahme mit den vorhandenen technischen Mitteln vorgenommen werden konnte.[232]

110 Dies gilt auch dann noch, wenn eine langjährige Übung bzw. Praxis ohne Zwischenfälle festgestellt werden kann, die von dem geltend gemachten medizinischen Standard nachteilig abweicht; entscheidend ist, ob die eingeschlichene Abweichung vom Standard aus überzeugenden Gründen vermieden werden muss. Kommt es im konkreten Fall dann doch zu Komplikationen und zu schweren gesundheitlichen Schäden, ist eine Verletzung des Facharztstandards nicht durch den Verweis auf andere, komplikationslose Fälle zu leugnen.[233] Allerdings genügt der Eintritt der belastenden Folgen im Einzelfall wiederum nicht, um seinerseits die Standardwidrigkeit zu begründen (dazu sogleich → Rn. 114 ff.).

111 Die Bewertung der medizinischen Praxis und damit der **Sorgfaltsanforderungen,** denen ein Arzt im Einzelfall nachkommen muss, fällt bei alledem in der **Rechtsprechung bewusst streng aus.**[234] Dies wird zum einen damit begründet, dass bei der ärztlichen Berufsausübung „höchste Güter des Menschen" – Leben und körperliche Unversehrtheit – „auf dem Spiele stehen"[235]. Zum anderen wird darauf hingewiesen, dass der Patient dem Arzt gleichsam schutzlos ausgeliefert sei und daher „Fehler des Arztes und seiner Hilfspersonen nur in seltenen Ausnahmen rechtzeitig erkennen und selbst Gegenmaßnahmen treffen"[236] könne. Zum Beispiel für den besonders gefahrenträchtigen Bereich der Transfusionsmedizin sollen „erst recht […] hohe […] Sorgfaltsanforderungen" gelten.[237] Schließlich schuldet der Arzt dem Patienten schon nach den §§ 276, 630a BGB die Beachtung der **im Verkehr erforderlichen Sorgfalt** und **nicht nur der üblichen.**[238] All dies gilt unabhängig von den Versicherungsverhältnissen (zu einem möglichen Einfluss der GKV siehe aber → Rn. 136 ff.).[239]

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

112 **d) Überdehnungsgefahr und zentrale Gegengewichte.** Insbesondere die Rechtsprechung formuliert den entstehenden, anspruchsvollen normativen Behandlungsstandard bisweilen bemerkenswert streng. Die Rechtsprechung führt aus, dass „der Patient darauf vertrauen darf, dass der Arzt alle, auch entfernte, Verletzungsmöglichkeiten in den Kreis seiner Erwägungen einbezieht und sein Verhalten bei der Behandlung danach einrichtet […]. [Entsprechend] ist der Arzt zur Beachtung der größtmöglichen Vorsicht verpflichtet. Die Gebräuchlichkeit eines Verfahrens reicht zur Vermeidung eines Behandlungsfehlers nicht aus, wenn nicht zugleich alles getan wird, was nach den Regeln und Erfahrungen der medizinischen Wissenschaft zur Bewahrung des Patienten vor körperlichen Schäden getan werden muß […]. Mit dem Grad der Gefährlichkeit einer Behandlung steigt das Maß der erforderlichen Sorgfalt […]. Eine gewichtige Rolle für den Sorgfaltsmaßstab spielt auch das vom Patienten abzuwendende Risiko. Grundsätzlich gebietet es deshalb die ärztliche Sorgfaltspflicht, von vermeidbaren Maßnahmen abzusehen, wenn diese auch nur ein geringes Risiko in sich bergen […], dh der Arzt muss bei gravierenden Risiken für den

[232] OLG Stuttgart v. 22.2.2001 – 14 U 62/00, MedR 2002, 651; BGH v. 27.11.1952 – VI ZR 25/52, NJW 1953, 257; Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 69 f.

[233] LG Fulda v. 12.12.2001 – 2 Js 10151/99–1 KLs.

[234] BGH v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754 (2758) (aber dort auch mit Grenzen bei der Garantenstellung); folgend etwa OLG Hamm v. 8.6.2005 – 3 Ws 473–476/04, MedR 2006, 358 (359).

[235] Laufs MedR 1986, 163.

[236] Zu diesem Gedanken BGH v. 1.7.1954 – 3 StR 869/53, BGHSt 6, 282 (288); BGH v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754 (2758); OLG Hamm v. 8.6.2005 – 3 Ws 473–476/04, MedR 2006, 358 (359).

[237] BGH v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754 (2758); LG Kassel v. 18.12.2000 – 800 Js 20985/99, VersR 2001, 1031 (1034); siehe auch BGH v. 14.6.2005 – VI ZR 179/04, NJW 2005, 2614 (2617): „höchstmögliche Sorgfalt" erforderlich; Ulsenheimer Anästhesiologie und Intensivmedizin, 2002, 375 (376).

[238] Dazu schon Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 68.

[239] KG v. 2.10.2003 – 20 U 402/01, NJW 2004, 691; OLG Köln v. 21.9.2011 – 5 U 11/11, Der Gynäkologe 2013, 345 = BeckRS 2011, 26595.

Patienten auch unwahrscheinliche Gefährdungsmomente ausschließen".[240] Ebenso ist zu lesen, der Arzt schulde „dem ihm anvertrauten Patienten die schnellstmögliche Anwendung der wirksamsten Therapie"[241].

113 Derartige Beschreibungen verdeutlichen, dass trotz der herausragenden Rechtsgüter der §§ 222 und 229 StGB Anlass besteht, im Rahmen der normativen Bewertung **Übersteigerungen gezielt zu verhindern.** Dies ist im Besonderen erforderlich, weil der in den relevanten Fällen feststehende, stets tragische Umstand eines Todesfalles oder erheblicher Gesundheitsschäden mit Macht darauf drängt, im Nachhinein eine Erklärung zu geben, welche die Tragik des menschlichen Lebens als vermeidbar ausweist. Unter dem Eindruck des Taterfolges droht ein **Rückschaufehler,** der zur Annahme einer missachteten Sorgfaltsanforderung führt.[242] Es kommt hinzu, dass ein überharter Maßstab im Kontext der nahezu stets für die Gesundheit riskanten Behandlung die Gefahr begründen kann, wichtige soziale Interessen[243] und konkret die Entwicklung einer leistungsfähigeren Medizin zu beschneiden. In diesem Sinne sind die folgenden dogmatischen Bausteine hervorzuheben und gebührend zu berücksichtigen, die absichern, dass die §§ 222 und 229 StGB auch im Kontext der Behandlung nicht gesetzeswidrig als Totalvermeidegebote für jegliches gefährliches Tun ausgelegt werden:

114 **aa) Abstandsgebot – keine Herleitung aus dem Misserfolg.** Die §§ 222 und 229 StGB bestrafen nicht die kausale Herbeiführung einer Tötung oder einer Gesundheitsschädigung, sondern *allein* die fahrlässige Verwirklichung dieser strafrechtlichen Erfolge. An der Ernstnahme des mithin erforderlichen und insbesondere mit der Sorgfaltswidrigkeit abgebildeten *Zusatzmerkmals* der Fahrlässigkeit darf in der praktischen Rechtsanwendung gerade im Behandlungskontext kein Zweifel bestehen. Die Herleitung der Sorgfaltswidrigkeit muss deshalb davon Abstand nehmen, den stets tragischen Erfolgseintritt offen oder auch nur verbrämt in die Prüfung des kumulativ erforderlichen Fahrlässigkeitsmerkmals einzuspiegeln.[244] Vielmehr ist angesichts der prinzipiell gefahrgeneigten Tätigkeit der Ärztinnen und Ärzte ein **Abstandsgebot** anzuerkennen, nach dem die Sorgfaltswidrigkeit in keiner Weise aus dem festgestellten Behandlungsmisserfolg abgeleitet werden darf:

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

115 Schon das *Reichsgericht* hat darauf hingewiesen, „dass auch der geschickteste Arzt nicht mit der Sicherheit einer Maschine arbeitet, dass trotz aller Fähigkeit und Sorgfalt des Operateurs ein Griff, ein Schnitt oder Stich misslingen kann, der regelmäßig auch dem betreffenden Arzt selbst gelingt".[245] Die strafrechtliche Haftung kann die Erwartungshaltung an den Arzt im Angesicht menschlicher Leistungsgrenzen nicht mit dem Rückgriff auf einen förmlich idealen Facharztstandard zu einer Erfolgsgarantie ausbauen, die schon dem zivilrechtlichen Behandlungsvertrag fremd[246] ist. Ebenso hat der BGH zu Recht wiederholt unterstrichen, dass gerade „wegen der **Eigengesetzlichkeit und weitgehenden Undurchschaubarkeit des lebenden Organismus** […] ein Fehlschlag oder Zwischenfall

[240] OLG Zweibrücken v. 12.5.1998 – 5 U 35/96, MedR 1999, 80 (82) mit Hervorhebung des Verf.; ebenso schon RG v. 22.12.1922 – 143/22 III, JW 1923, 603 Nr. 15.

[241] OLG Koblenz v. 14.9.1993 – 3 U 1608/92, MedR 1994, 405 (407).

[242] Zu den Möglichkeiten der Verteidigung, den Rückschaufehler kundig und früh ins Bewusstsein gerade auch des Gutachters treten zu lassen, siehe Vogel/Berndt medstra 2020, 271 (273 ff.).

[243] Wessels/Beulke/Satzger StrafR AT Rn. 1119; darauf hat schon Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 200 hingewiesen; ebenso Laufs NJW 1987, 1456.

[244] Hierin liegt in der Sache auch eine Fortsetzung des Verschleifungsverbotes (Art. 103 Abs. 2 GG) auf der hier insoweit indiziellen bzw. strafprozessualen Ebene.

[245] RG v. 1.3.1912 – III 231/11, RGZ 78, 432 (435); siehe später auch BGH v. 21.12.1955 – VI ZR 127/55, VersR 1956, 499; OLG Zweibrücken v. 13.8.1990 – 4 U 266/89, VersR 1992, 496 (497); Maihofer Archiv für klinische und experimentelle Ohren-, Nasen- und Kehlkopfheilkunde, 1966 (Bd. 187), 511 (519).

[246] Dazu nur BT-Drs. 17/10488, 17 und mwN Prütting MedR/Prütting/Friedrich BGB § 630a Rn. 2 ff., auch zu diskutierten Ausnahmen wie der Herstellung eines Laborbefundes; Grüneberg/Weidenkaff BGB § 630a Rn. 7: versprochene Leistung. Siehe auch OLG Jena v. 12.7.2006 – 4 U 705/05, VersR 2007, 69: ausbleibender Heilerfolg noch kein Indiz für eine fehlerhafte Behandlung.

nicht allgemein ein Fehlverhalten oder Verschulden des Arztes indizieren" kann.[247] Er erkennt an, dass sich die Vorgänge im lebenden Organismus nicht so sicher beherrschen lassen, „dass ein Misserfolg der Behandlung bereits den Schluss auf ein Verschulden zuließe".[248] Misserfolge oder Komplikationen „im Verlauf einer ärztlichen Behandlung weisen deshalb nicht stets auf ein Fehlverhalten des behandelnden Arztes hin"[249]. Dies gilt zum Beispiel für das Weiterreißen eines Dammschnitts, der die Geburt erleichtern soll.[250]

116 Im Lichte dieser Erwägungen müssen Verteidiger, aber auch Revisionsgerichte, **Rekursen auf den eingetretenen Gesundheitsschaden** besondere Aufmerksamkeit widmen. Die Verteidigung muss ihnen **kritisch und akribisch nachgehen.**[251] Schon möglicherweise missverständliche Bezugnahmen auf den eingetretenen Taterfolg sind als regelmäßig durchgreifende Gesetzesverletzungen im Sinne des § 337 StPO zu begreifen.

117 **bb) Unverzichtbare ex ante-Perspektive.** Für eine lebensadäquate und damit faire Beurteilung des Behandlungsgeschehens ist es ferner unverzichtbar, die Beurteilung des Standards tatsächlich aus der Sicht **ex ante**[252] **nach den konkret eröffneten Handlungsmöglichkeiten** zu bestimmen. Unstreitig kommt es auf den Zeitpunkt der Vornahme (bzw. Unterlassung) der gebotenen ärztlichen Maßnahme an. Es ist die Frage zu stellen, wie sich ein gewissenhafter und erfahrener Facharzt der einschlägigen Fachrichtung zur Zeit der konkreten Behandlung verhalten hätte. In diesem Sinne sind nur die Richtlinien, Leitlinien und Empfehlungen der Fachgesellschaften etc heranzuziehen, die zur etwaigen Tatzeit die Praxis steuern konnten und tatsächlich nennenswert gesteuert haben. Es sind gerade auch die limitierenden Faktoren der etwaigen Tatsituation aufzunehmen. So ist zu berücksichtigen, dass die im Allgemeinen von einem gewissenhaften Arzt zu fordernde Sorgfalt bei plötzlichen Komplikationen, die zu einem raschen Entschluss und zu schnellem Handeln nötigen, niedriger anzusetzen sein kann als bei wohlvorbereiteten Eingriffen.[253]

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

118 So sehr dieser Maßstab abstrakt anerkannt ist, so sehr erscheint seine Betonung für die Praxis notwendig. Es gibt zwar positive Beispiele, in denen sich die Rechtsprechung im Strafrecht verstärkt bemüht, die Situation des Handelnden ernsthaft nachzuvollziehen und die Pflichtwidrigkeit seines Handelns nicht *ex post* aus einem eingetretenen Schadensfall herzuleiten, was einen Rückschaufehler bedeuten würde.[254] Da der geltende Standard aber praktisch niemals explizit für einen bestimmten Zeitpunkt dokumentiert wird und seine Feststellung zwischen einer eher groben Aufnahme des typischen Behandlungsgeschehens und seiner Bewertung changiert, können heute klar erscheinende Erkenntnisse zur gebotenen Behandlung recht leicht in die Überzeugung von einem schon früher hinreichend gebotenen und real existierenden Standard Eingang finden. Es handelt sich stets um die **mühsame Rekonstruktion eines früheren Zeitpunkts,** die angesichts der beträchtli-

[247] BGH v. 15.3.1977 – VI ZR 201/75, NJW 1977, 1102 (1103); BGH v. 14.3.1978 – VI ZR 213/76, NJW 1978, 1681 (1682); OLG Köln v. 22.1.1987 – 7 U 193/86, MedR 1987, 192 (193); OLG Köln v. 24.4.1995 – 5 U 222/94, VersR 1997, 115; mwN Gercke/Leimenstoll/Stirner MedStrafR-HdB Rn. 283; auf dieser Linie auch BT-Drs. 17/10488, 17; jüngst zurecht wieder anmahnend Vogel MedR 2021, 570.

[248] BGH v. 8.1.1991 – VI ZR 102/90, VersR 1991, 467 (468); ebenso BGH v. 18.12.1990 – VI ZR 169/90, VersR 1991, 310.

[249] BGH v. 20.9.1983 – VI ZR 35/82, NJW 1984, 661.

[250] Siehe etwa BGH v. 14.3.1978 – VI ZR 213/76, NJW 1978, 1681 (1682).

[251] Vogel/Berndt medstra 2020, 271 (273 ff.).

[252] BGH v. 13.6.1960 – III ZR 54/59, NJW 1961, 600; BGH v. 18.3.2003 – VI ZR 2003, VersR 2003, 858; Maihofer Archiv f. Ohren-, Nasen- und Kehlkopfheilkunde, Bd. 187 (1966), 514 Anm. 6; bekräftigend Vogel/Berndt medstra 2020, 271 ff.; mwN Matt/Renzikowski/Gaede StGB § 15 Rn. 30 f., 42; siehe auch zivilrechtlich MüKoBGB/Wagner § 630a Rn. 143.

[253] So schon Ulsenheimer/Gaede ArztStrafR/Ulsenheimer/Gaede Rn. 110.

[254] Siehe hierfür BGH v. 13.11.2003 – 5 StR 327/03, BGHSt 49, 1 (5 f.) mAnm Saliger JZ 2004, 977 ff.; BGH v. 13.11.2008 – 4 StR 252/08, BGHSt 53, 38; BGH v. 26.11.2019 – 2 StR 557/18, BGHSt 64, 217 (225 ff.); praktisch schon RG v. 23.3.1897 – 576/97, RGSt 30, 25 (27); zur Bedeutung bei Organisationsstandards Gaede medstra 2015, 285 (287).