



《高大法學論叢》

第9卷第2期（03/2014），頁1-34

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Behandlungsfehlern

Ulrich Schroth*

摘 要

一般而言，醫療疏失於德國刑法的規範脈絡下以成立過失傷害或過失致死為主。

醫師原則上擁有醫療上的方法自由，但實施醫療違反醫療準則，即屬非容許的醫療行為。另外，若病患已經就醫療風險受充分告知，此可排除醫療行為之違法性。最後，關於醫療行為之刑事責任的限制，應當透過緩起訴制度為之，因為此一制度較有助於個案獲得確實評價，且讓程序更具彈性。

* 德國慕尼黑大學法律學院教授。

投稿日期：04/24/2013；接受登刊日期：12/03/2013

責任校對：張鉉宜、薛欣婷

Criminal Liability of Medical Doctors for Medical Malpractices

Ulrich Schroth^{**}

Abstract

Generally speaking, medical malpractices refer mainly as negligent injury or manslaughter under the sequence of ideas in German Criminal Law. Physicians have methodical individualistic in practicing medicine; however, if a practice violates guidelines of practicing medicine, it is determined as a non-permissible act of medical treatment. Further, if a patient is fully informed of a medical risk, it may preclude an act of medical treatment from illegality. Finally, criminal liability of a medical treatment shall be limited by deferred prosecution, it is conducive to cases to have precise assessments and have more flexibility in procedure.

^{**} Professor, Law School, Ludwig-Maximilians-University; Doctor of Law, Germany.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Behandlungsfehlern

Ulrich Schroth

Verzeichnis

- A. Grundlegendes
- B. Die ärztlichen Behandlungsfehler
 - I. Behandlungsfehler im engeren Sinne
 - II. Organisationsfehler
 - III. Aufklärungsfehler
- C. Die Voraussetzungen für die Annahme eines Fahrlässigkeitsdelikts im deutschen Strafrecht im Einzelnen
 - I. Tun und Unterlassen
 - II. Die unerlaubte Handlung
 - III. Der relevante Zeitpunkt
 - IV. Die Methodenfreiheit des Arztes
 - V. Die Verbindlichkeit der Standards
 - VI. Unerlaubtes Verhalten durch die Übernahme spezifischer Tätigkeiten
 - VII. Der Maßstab für unerlaubtes Verhalten
- D. Fazit
- E. Ärztliche Haftung nur für grobe Sorgfaltspflichtverletzungen?

關鍵字：過失犯、醫療疏失、承諾、告知說明義務、緩起訴

Key words: Tort of Negligence, Medical Misconducts, Agreement, Duty to Inform the Explanation, Deferred Prosecution

A. Grundlegendes

Wer einen Behandlungsfehler begeht, verwirklicht in der Regel den Tatbestand eines Tötungs- oder eines Körperverletzungsdelikts.

Im Regelfall ist bei Vorliegen eines ärztlichen Behandlungsfehlers, der einem Arzt vorgeworfen werden muss, nur ein Fahrlässigkeitsdelikt gegeben.¹ Im Normalfall wird bei Heileingriffen, bei denen ein Behandlungsfehler festgestellt wird nicht von einem Tötungs- oder Verletzungsvorsatz ausgegangen werden können. Verstirbt der Patient, kommt die fahrlässige Tötung gem. § 222 StGB in Betracht; wird dessen körperliche Integrität beeinträchtigt, die fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 StGB. Der Rechtsanwalt, der die Verteidigung des Arztes übernommen hat, muss dafür Sorge tragen, dass gewürdigt wird, dass der Arzt als Helfender tätig ist und nicht wegen eines Vorsatzdeliktes in Anspruch genommen werden kann. Denn üblicherweise handeln Ärzte unter Beachtung des Schädigungsverbots, wollen dem Patienten helfen und stehen dessen Schädigung bzw. Verletzung nicht gleichgültig und schon gar nicht billigend gegenüber.

Im Folgenden soll zentral auf die Frage eingegangen werden, wann eine Sorgfaltspflichtverletzung bzw. eine unerlaubte Handlung eines Arztes und somit ein Fahrlässigkeitsdelikt vorliegt. Vorab sollen jedoch die strafrechtlich relevanten Behandlungsfehler charakterisiert werden.

¹ Zur Fahrlässigkeitsdogmatik vgl. *Roxin*, Strafrecht AT I, § 24 m.w.N.

B. Die ärztlichen Behandlungsfehler

Bei der ärztlichen Behandlung lassen sich drei typische Fehlerquellen unterscheiden, die man als Behandlungsfehler im weiteren Sinne einordnet. Ärztliche Sorgfaltspflichtverstöße tauchen auf

1. bei der Krankenbehandlung selbst, sog. Behandlungsfehler im engeren Sinne,
2. im Rahmen des arbeitsteiligen Zusammenwirkens von Ärzten, sog. Organisations- und Kooperationsfehler,
3. und bei der Aufklärung, sog. Aufklärungsfehler.

I. Behandlungsfehler im engeren Sinne

Behandlungsfehler im engeren Sinne sind Fehler, die dem Arzt bei der Behandlung des Patienten unterlaufen, also bei der Voruntersuchung, der Anamnese, der Diagnose- und Indikationsstellung, der Medikation, der Wahl der konkreten Art der ärztlichen Maßnahme und der Durchführung des Eingriffs.

In Anbetracht der Vielfalt der möglichen Fehler kann eine abschließende Darstellung nicht aufgeführt werden, sondern nur eine Einteilung in typische Fallgruppen vorgenommen werden. Einige wichtige Fallgruppen seien kurz exemplarisch aufgezeigt:

1. Unerlaubtes Verhalten kann sich aus einer *fehlenden oder unzulänglichen Voruntersuchung* ergeben, etwa daraus, dass eine Behandlung ohne hinreichende Befunderhebung erfolgt. Beispiele aus der Rechtsprechung sind etwa, dass eine Patientin nach einem Motorradunfall über starke Schmerzen in der Hüfte klagt und der Arzt von einer Röntgenaufnahme absieht² oder

² BGHZ 159, 48.

dass sich der Arzt bei der Diagnose alleine auf die Angaben des Patienten verlässt.³

2. Eine Verletzung der Verpflichtung zur Sicherungsaufklärung, die den Patienten vor oder nach dem Eingriff mittels Hinweisen oder Ratschlägen über schadensvermeidendes Patientenverhalten im Rahmen der Therapie informieren soll, stellt ebenfalls einen Behandlungsfehler dar. Die sogenannte *therapeutische Aufklärung oder Sicherungsaufklärung* hat nicht den Zweck der Information zur Selbststimmung, sondern vielmehr den der Schadensabwehr für den Patienten, indem sie mittels Hinweisen und Empfehlungen unbewusstem selbstschädigendem Verhalten des Patienten vorbeugt⁴, zum Beispiel mit dem Hinweis, dass der Patient nüchtern zu einer Operation erscheinen muss. Zur Sicherungsaufklärung gehört auch die Aufklärung darüber, dass ein Patient, der ambulant operiert worden ist, nach dem Aufwachen aus der Narkose nicht Autofahren darf.
3. Unerlaubtes ärztliches Verhalten sind Fehler *bei der Behandlung* des Patienten selbst. Am deutlichsten wird dies bei der Nichtdurchführung einer medizinisch gebotenen Vorgehensweise, zum Beispiel wenn ein Arzt eine Ultraschalluntersuchung trotz des Verdachts auf eine Schwangerschaft unterlässt, woraufhin diese unerkannt bleibt.
4. Ein unerlaubtes Verhalten kann weiter darin bestehen, dass *Fremdkörper bei Operationen im Körper des Patienten zurückgelassen* werden.⁵ Es obliegt den Ärzten, effektive

³ BGHSt 3, 91.

⁴ Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I, § 1 Rn. 62.

⁵ BGHZ 4, 138.

Maßnahmen zu treffen, die ein Zurückbleiben von Fremdkörpern verhindern. Zentral ist im Regelfall eine Zählkontrolle: Die Anzahl der gereichten Teile muss mit der Anzahl der zurückgereichten Teile übereinstimmen.

5. Unerlaubtes Verhalten liegt auch bei *fehlerhafter Medikation* vor, so zum Beispiel wenn der Arzt Medikamente, mit denen er keine Erfahrung hat, verabreicht, ohne den Beipackzettel zu lesen und diese sodann überdosiert.⁶

II. Organisationsfehler

Ärztliches Handeln findet aus unterschiedlichen Gründen arbeitsteilig statt: Zum einen in Arztpraxen, die sich zusammenschließen, um Kompetenzen zu bündeln. Zum anderen in Krankenhäusern, die als Institutionen ein hohes Patientenaufkommen effektiv bewältigen müssen. Arbeitsteiliges Verhalten eröffnet aber auch Gefahren. Arbeiten mehrere Ärzte und Mitarbeiter zusammen, so besteht die Gefahr, dass nicht alle hinreichend kompetent sind. Organisationsfehler können auftauchen, wenn sich etwa niemand für eine bestimmte Aufgabe zuständig fühlt. Auch Kommunikationsmängel können die Heilbehandlung beeinträchtigen.

Man unterscheidet bei ärztlicher Zusammenarbeit zwischen horizontaler und vertikaler Arbeitsteilung. Bei der horizontalen Arbeitsteilung arbeiten Ärzte partnerschaftlich zusammen, ohne weisungsgebunden zu sein, etwa der Anästhesist mit dem Chirurgen bei einer Operation. Beispiele für die vertikale Arbeitsteilung im Krankenhaus sind dagegen z.B. die Teamarbeit zwischen dem leitenden

⁶ BGH, Beschluss vom 6.10.1993 – 3 StR 270/93.

Oberarzt und den nachgeordneten Stationsärzten oder zwischen Ärzten und nichtärztlichem Personal.⁷

Wegen eines Fahrlässigkeitsdeliktes kann zunächst einmal jeder zur Verantwortung gezogen werden, der mitursächlich für die Herbeiführung eines Erfolgs ist, soweit sorgfaltswidriges Verhalten den Erfolg verursacht hat, also jeder der an einer Behandlung eines Patienten beteiligten Mitarbeiter.

Arbeitsteiliges Verhalten wäre ineffizient, wenn jeder für die Fehler des anderen haften würde. Der Einzelne im arbeitsteiligen Verhalten könnte sich dann nicht allein auf seine Aufgabe konzentrieren, sondern müsste seine Aufmerksamkeit immer auch auf seine Mitarbeiter lenken. Wenn diese Ineffizienz verhindert werden soll, gibt es keine Alternative dazu, die Haftung bei Fahrlässigkeitsdelikten zu begrenzen. Anerkannt ist inzwischen, dass bei arbeitsteiligem Verhalten jeder für seinen Teil in eigener Verantwortung (*Selbstverantwortungsprinzip*) zuständig ist. Der sogenannte *Vertrauensgrundsatz*⁸ begrenzt zunächst einmal die fahrlässige Haftung. Jeder Arzt darf im medizinisch arbeitsteiligen Verhalten darauf vertrauen, dass der mitarbeitende Kollege sich *lege artis* verhält. Dies folgt aus dem Wertgesichtspunkt, dass auch bei arbeitsteiligem Verhalten jeder zunächst einmal für seine eigenen Handlungen verantwortlich ist.

Der Vertrauensgrundsatz hat bei arbeitsteiligem Verhalten jedoch Grenzen. Die Tatbestände der fahrlässigen Körperverletzung und der fahrlässigen Tötung sollen natürlich verhindern, dass Patienten unangemessen beeinträchtigt werden. Unerlaubt ist das Verhalten eines Arztes im arbeitsteiligen Verhalten dann, wenn der Arzt Fehler des

⁷ Vgl. *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I, § 1 Rn. 167.

⁸ *Roxin*, Strafrecht AT I, § 24 Rn. 3; *Peter*, Arbeitsteilung im Krankenhaus, S. 12; *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 140 Rn. 20.

Mitarbeitenden erkennt und diese nicht behebt, obwohl ihm dies möglich ist. Von dem Eingreifen eines haftungsbegrenzenden Vertrauensprinzips kann dann nicht mehr ausgegangen werden. Bei dem Arzt, der Fehler des Kollegen erkennt, liegt kein Vertrauen mehr dahingehend vor, dass der Kollege seine Aufgabe ordnungsgemäß erfüllt.⁹

Fraglich ist, ob der Vertrauensgrundsatz auch dann nicht mehr gilt, wenn Fehler des Kollegen hätten erkannt werden können. Eine hierdurch zu weit gehende Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes hätte indes einen Effektivitätsverlust dadurch zur Folge, dass jeder das Verhalten des Kooperationspartners mit beobachten müsste, wenn er sich vor einer strafrechtlichen Haftung schützen will.¹⁰ Angemessen ist daher eine Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes dahingehend, dass bei Sachverhalten, die es nahe liegend erscheinen lassen, dass der andere nicht mehr *lege artis* handelt, eine Verpflichtung zum Eingreifen erst dann angenommen wird, wenn der mitbehandelnde Arzt diese Sachverhalte erkennt.¹¹ Ein Beispiel: Bei der ärztlichen, horizontalen Zusammenarbeit zwischen unterschiedlichen Disziplinen, zwischen Chirurg und Anästhesisten etwa, kann der Chirurg grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Anästhesist *lege artis* handelt. Nur ausnahmsweise, wenn der Chirurg einen Fehler erkennt oder sieht, dass der Anästhesist seinen Dienst völlig erschöpft ausübt, gilt dies nicht mehr.

Der Vertrauensgrundsatz bedarf über die oben genannten Beschränkungen hinaus noch einer weiteren Grenze. Wenn ein zusätzliches Risiko aus dem Zusammenwirken zweier verschiedener

⁹ Kein Vertrauensgrundsatz bei konkreten Anhaltspunkten: *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 140 Rn. 20.

¹⁰ Es besteht keine gegenseitige Überwachungspflicht: *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 140 Rn. 20.

¹¹ *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I, § 1 Rn. 144 f.

Fachrichtungen und der Unverträglichkeit der von ihnen verwendeten Methoden oder Instrumente resultiert, darf grundsätzlich nicht mehr auf das ordnungsgemäße Verhalten des anderen vertraut werden. Eine Abstimmung der Methoden ist dann geboten. Geschieht dies nicht, so wird unerlaubt gehandelt.¹²

Zur vertikalen Arbeitsteilung: Im Rahmen der *hierarchischen* Arbeitsteilung gelten gewisse Zurechnungsregeln. Zunächst hat der in der Hierarchie leitende Arzt für eine angemessene *Organisation* des arbeitsteiligen Verhaltens bei der ärztlichen Heilbehandlung zu sorgen. Geschieht dies nicht und resultieren hieraus Fehler, so kann er hierfür strafrechtlich verantwortlich sein. Er ist verantwortlich für spezifische Therapien, die er eingeführt hat bzw. die er nach Übernahme einer leitenden Funktion geändert hat. Weiter muss der leitende Arzt für eine angemessene Auswahl seiner ärztlichen und nicht-ärztlichen Mitarbeiter sorgen und insbesondere bei neuen Mitarbeitern darauf achten, dass diese hinreichend eingearbeitet werden. Darüber hinaus hat er die Pflicht, seine Mitarbeiter stichprobenartig zu überwachen.¹³ Der leitende Arzt muss außerdem für eine Organisation bei Heilbehandlungen sorgen, die spezifische Gefahren für Patienten minimiert; dazu gehört auch eine klare Aufgabenabgrenzung.

Ein Beispiel: In medizinischen Fachkreisen besteht Konsens dahingehend, dass nach Beendigung des Narkotisierungsverfahrens eine lückenlose, intensive Überwachung des betäubten Patienten stattfinden muss. Zentral verantwortlich für die Organisation dieser Überwachung ist der leitende Arzt.

Auch bei arbeitsteiligem Verhalten in hierarchischen Verhältnissen dürfen die übergeordneten Ärzte bei interdisziplinärer Zusammenarbeit

¹² Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I, § 1 Rn. 145a.

¹³ Ulsenheimer in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 140 Rn. 27.

auf ordnungsgemäßes Verhalten der anderen, weisungsgebundenen, vertrauen, wenn und soweit keine Fehler erkennbar sind und auch keine Sachverhalte auftreten, die Fehler nahe legen.¹⁴ Überträgt zum Beispiel der zuständige Oberarzt eine Aufgabe auf den Stationsarzt, so ist dieser verantwortlich, wenn und soweit dieser sich bisher als kompetent erwiesen hat. Der Oberarzt kann dann auf ein *lege-artis*-Handeln des Stationsarztes vertrauen.¹⁵ Ruft der Stationsarzt ihn aber zu Hilfe, da er sich überfordert fühlt, geht die Verantwortung ab diesem Zeitpunkt auf den Oberarzt über.

III. Aufklärungsfehler

Eine weitere Fehlerquelle bei der ärztlichen Behandlung sind Mängel bei der Aufklärung des Patienten. Die Voraussetzungen der rechtswirksamen ärztlichen Aufklärung des Patienten sind im deutschen Medizinrecht nicht grundlegend gesetzlich geregelt, sondern von der Rechtsprechung in Zivil- und Strafsachen entwickelt worden.¹⁶ Im Wesentlichen hat der Arzt eine sog. Selbstbestimmungsaufklärung in Form einer Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung vorzunehmen. Bei einer Verletzung von Aufklärungspflichten, die sich aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten ergeben, kommt eine strafrechtliche Haftung in Betracht, da die Einwilligung, die den ärztlichen Heileingriff legitimiert, unwirksam ist. Informiert der Arzt zum Beispiel nicht über eingriffsspezifische Risiken einer Behandlung,

¹⁴ Zur vertikalen Arbeitsteilung, insbes. Delegation von Aufgaben siehe *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 140 Rn. 26-28.

¹⁵ Bei zuverlässigem und qualifiziertem Personal bedarf es lediglich einer stichprobenartigen Überwachung: *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 140 Rn. 27 m.w.N.

¹⁶ Vgl. *Schöch*, Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen, in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 51 ff., sowie *Schroth*, Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab, in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 21 ff.

etwa über das Risiko einer Gelenkversteifung nach einer intraartikulären Injektion in ein Sprunggelenk, liegt eine Aufklärungspflichtverletzung vor.

In der Regel wird auch bei einer unzureichenden Selbstbestimmungsaufklärung nur ein Fahrlässigkeitsdelikt in Betracht kommen. Der Arzt wird im Allgemeinen annehmen, er habe den Patienten im erforderlichen Umfang aufgeklärt und sei damit durch die wirksame Einwilligung des Patienten legitimiert. Der Irrtum über die Wirksamkeit der Einwilligung führt im deutschen Strafrecht zu einem Fahrlässigkeitsdelikt (§ 16 I 2 StGB analog).

Ist die vom Patienten erteilte Einwilligung mangels ausreichender Aufklärung unwirksam, so kann dennoch eine sog. hypothetische Einwilligung¹⁷ vorliegen: Ist plausibel, dass der Patient auch bei hinreichender Kenntnis des Sachverhalts eingewilligt hätte, so verwirklicht sich die unerlaubte Risikosetzung im Erfolg nicht. Rechtmäßiges Verhalten hätte dann ebenso zum Erfolg geführt. Ein Beispiel: Wird jemand, der am grauen Star erkrankt ist, nicht hinreichend über die Risiken der Star-Operation aufgeklärt, hätte er der Operation aber auch nach hinreichender Aufklärung ebenso zugestimmt (hypothetische Aufklärung), so haftet der Arzt, auch wenn er an sich wegen der fahrlässigen Nicht-Aufklärung ein Fahrlässigkeitsdelikt begangen hätte, nicht. Die hypothetische Einwilligung, die in Deutschland erst vor einigen Jahren durch die Strafrechtsrechtsprechung anerkannt wurde, ist ein Institut, das einerseits umstritten ist, andererseits eine wesentliche strafrechtliche Haftungsreduzierung bewirkt. Diese Institution, die man sicher dogmatisch in Frage stellen

¹⁷ Fischer, StGB, vor § 32 Rn. 4b f. Die exakte dogmatische Einordnung dieser noch jungen strafrechtlichen Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung wird im Schrifttum lebhaft diskutiert.

kann, ist solange notwendig, als die zivilrechtlichen Aufklärungspflichten, die ins Strafrecht übertragen werden, sehr umfangreich, zu umfangreich sind.

Der Rechtfertigungsgrund der sog. mutmaßlichen Einwilligung hingegen hat nicht zur Aufgabe, Aufklärungsfehler zu korrigieren. Dieser Rechtfertigungsgrund wird vor allem im Bereich von Operationserweiterungen relevant. Hiernach ist ein Arzt aber nur dann gerechtfertigt, wenn die Einwilligung nicht einholbar ist und die Operationserweiterung dem mutmaßlichen Willen entspricht.

Beispielsweise darf – wie obergerichtliche Entscheidungen zeigen – die Gebärmutter einer Patientin nicht einfach eigenmächtig entfernt werden, wenn und soweit der Arzt während der Durchführung einer Operation oder eines Kaiserschnitts die Entfernung für indiziert hält, etwa weil er jede weitere Schwangerschaft für gefährlich hält. Dieses ist allein die Entscheidung der betroffenen Frau.¹⁸ Das heißt, wenn im Rahmen eines Kaiserschnitts ein Befund auftaucht, der es ratsam erscheinen lässt, dass die Frau nicht mehr schwanger wird, weil dies für sie gesundheitlich beeinträchtigend ist, darf die Gebärmutter nicht einfach entfernt werden. Vielmehr bedarf es eines weiteren operativen Eingriffs, der aber nur dann legitim ist, wenn die Frau nach Aufklärung einwilligt.

Eine weitere Einschränkung der Rechtfertigung aufgrund mutmaßlicher Einwilligung ist in den Fällen gegeben, in denen der Arzt die Notwendigkeit einer Operationserweiterung vorausgesehen und hierüber nicht aufgeklärt hat.

¹⁸ Vgl. BGHSt 11,111; BGH, Urteil vom 20.05.2003 - 5 StR 592/02; ähnlich auch BGHSt 35, 246 sowie BGHSt 45, 219.

C. Die Voraussetzungen für die Annahme eines Fahrlässigkeitsdelikts im deutschen Strafrecht im Einzelnen

Nach dem deutschen Strafrecht setzt eine Fahrlässigkeitstat zunächst voraus, dass durch den Heileingriff der Tod oder die Körperverletzung des Patienten verursacht bzw. intensiviert wurde und der Arzt dabei sorgfaltswidrig, oder – besser ausgedrückt – *unerlaubt* gehandelt hat.¹⁹

Weitere Voraussetzung für ein Fahrlässigkeitsdelikt ist, dass der eingetretene Erfolg auf die unerlaubte Handlung bzw. Sorgfaltspflichtverletzung zurückgeführt werden kann, es ist also zu prüfen, ob die unangemessene Therapie überhaupt den Eintritt des Todes beschleunigt oder eine Intensivierung der Körperverletzung bewirkt hat. Dies ist nicht anzunehmen, wenn der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Arztes eingetreten wäre.²⁰ Entfällt die Zurechnung des Erfolgs, ist der Arzt nicht strafrechtlich haftbar, da eine Versuchsstrafbarkeit bei der Fahrlässigkeit im deutschen Strafrecht nicht existiert.

Des Weiteren ist ein fahrlässiges Delikt, also fahrlässige Tötung oder fahrlässige Körperverletzung, nur dann gegeben, wenn der Erfolg innerhalb des Schutzzwecks des jeweiligen Fahrlässigkeitstatbestands liegt.²¹ Außerdem dürfen, wenn eine Bestrafung erfolgen soll, keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. Auf der Ebene der Schuld muss das unerlaubte Verhalten für den konkreten Arzt in der konkreten Situation

¹⁹ Zur Fahrlässigkeitsdogmatik vgl. *Roxin*, Strafrecht AT I, § 24 m.w.N.; *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 139 Rn. 18.

²⁰ *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I, § 1 Rn. 12.

²¹ *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I, § 1 Rn. 13.

erkennbar gewesen sein. Er muss zu einem erlaubten Verhalten fähig und der Erfolg muss für ihn subjektiv voraussehbar gewesen sein.²² Es wird in der Fahrlässigkeitsdogmatik darüber gestritten, ob sich die unerlaubte Handlung daran bemisst, was der Einzelne zu leisten vermag, oder ob gewisse Standardisierungen angebracht sind. Zu Recht wird überwiegend angenommen, dass auf eine Standardisierung nicht verzichtet werden kann. Was Standard ist und was nicht, bemisst sich aber auch nach der Ausbildung und der Rolle des einzelnen Mediziners im Medizinsystem.

I. Tun und Unterlassen

Unerlaubtes Verhalten kann sich einerseits aus einem *positiven Tun*, andererseits aus einem *Unterlassen* ergeben. Ein positives Tun liegt vor, wenn der Kunstfehler durch aktives Handeln eintritt: Operation der falschen Leistenbruchseite, Amputation des gesunden statt des tumorbefallenen Organteils etc. Von einem Unterlassen spricht man, wenn bestimmte Maßnahmen nicht vorgenommen werden, etwa die Nichtvornahme einer Röntgenaufnahme.²³ Ob der ärztliche Behandlungsfehler auf ein positives Tun oder auf ein Unterlassen zurückzuführen ist, ist nach dem deutschen Bundesgerichtshof durch eine normative Bewertung nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit zu entscheiden.²⁴

Die Haftung wegen einer fahrlässigen Körperverletzung bzw. einer fahrlässigen Tötung durch *Unterlassen* ist in mehrfacher Hinsicht enger als wenn ein aktives Tun zugerechnet werden soll. Denn eine

²² Vgl. zu den Elementen der Fahrlässigkeit *Roxin*, Strafrecht AT I, § 24 Rn. 8 ff.; *Fischer*, StGB, § 15 Rn. 14 ff.

²³ Weitere Beispiele bei *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I, § 1 Rn. 31.

²⁴ BGH, NStZ 2003, 657; vgl. auch *Roxin*, Strafrecht AT II, § 31 Rn. 69 ff. und die Abhandlung in *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I, § 1 Rn. 36 ff.

Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung durch ein Unterlassen kommt nur in Betracht, wenn der Arzt eine *Garantenstellung* i. S. d. § 13 StGB hat. Garantenstellungen werden einerseits durch den rechtsgültigen ärztlichen *Behandlungsvertrag*, andererseits durch die *faktische Übernahme* der ärztlichen Behandlung begründet. Wenn der Arzt im Rahmen der Patientenbehandlung pflichtwidrig gehandelt hat, kann sich auch eine Verpflichtung aus *Ingerenz* ergeben, für eine angemessene Versorgung zu sorgen. Die Garantenstellung endet, wenn ein Patient eine bestimmte Maßnahme ablehnt.

Die Haftung für pflichtwidriges Verhalten durch Unterlassen ist zum einen auch insoweit eingeschränkt als nachgewiesen werden muss, dass es eine *Möglichkeit* gegeben hätte, die Verletzung der Körperintegrität bzw. den Tod des Patienten zu verhindern. Zum anderen dadurch, dass der Nachweis erbracht werden muss, dass *gebotes Verhalten den konkreten Erfolg verhindert hätte*. Auch für Gutachter ist es schwierig, hier „wahre“ Aussagen zu treffen. Weiter ist der Nachweis zu führen, dass das gebotene Verhalten *zumutbar* ist.

II. Die unerlaubte Handlung

Vielfach wird die – für die Fahrlässigkeitsdelikte erforderliche – unerlaubte Handlung als Sorgfaltspflichtverletzung bezeichnet. *Roxin* hält dies zu Recht für normlogisch unangemessen.²⁵ Mit einer derartigen Formulierung wird der Eindruck erweckt, das Unrecht eines fahrlässigen Begehungsdeliktes bestehe in der Unterlassung der gebotenen Sorgfalt. Jedoch wird dem Täter nicht ein spezifisches Unterlassen vorgeworfen, sondern, dass er ein unerlaubtes Risiko verursacht und dieses den Erfolg herbeigeführt hat.

²⁵ *Roxin*, Strafrecht AT I, § 24 Rn. 12.

Im Bereich der ärztlichen Heileingriffe gibt es keine gesetzlichen Regeln hierzu. Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung kommen daher nicht umhin, Regeln zu entwickeln, die es erlauben, zulässiges und nicht mehr zulässiges Verhalten voneinander abzugrenzen. Geht man davon aus, dass ärztliches Verhalten Risiken schafft, so geht es darum, Gefährdungspotenziale auszuschließen. Es ist wichtig, Standards zu entwickeln, an denen sich ärztliches Handeln zu orientieren hat. Man kann sich auf den Standpunkt stellen, dass der Gesetzgeber nicht darauf verzichten kann, im Bereich des ärztlichen Heileingriffs – ähnlich wie im Straßenverkehr – Regeln zu schaffen, die es ermöglichen, erlaubtes und unerlaubtes Verhalten voneinander abzugrenzen.²⁶ Dies lässt sich mit dem Argument begründen, dass sonst das Bestimmtheitsgebot, das über Art. 103 II GG garantiert wird, verletzt wäre. Für diese Auffassung spricht einiges. Jedoch wird sie der Wirklichkeit des ärztlichen Heileingriffs nicht gerecht. Das, was ein angemessener ärztlicher Heileingriff ist, ändert sich ständig. Neue Methoden werden entwickelt, neue Diagnoseverfahren finden Eingang in die Wissenschaft, neue Risiken von Behandlungsmethoden werden bekannt. In einem derartigen System ist es angemessen, das, was als Standard gilt, von dem System selbst, also von der Medizin, entwickeln zu lassen.

Unerlaubtes Verhalten ist ein Verhalten, das gegen die Standards, die sich im System der Gesundheitsfürsorge entwickelt haben, verstößt. Standards sind geronnene Erfahrungen ärztlicher Praxis, die durch die medizinische Wissenschaft korrigiert, ergänzt und erweitert werden. Sie legitimieren sich durch drei Elemente:

1. durch wissenschaftliche Erkenntnisse, wie ärztliches Verhalten erfolgen muss bzw. nicht erfolgen darf, um ein konkretes Therapieziel zu erreichen oder/und

²⁶ Zur im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausführlich *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 139 Rn. 24 ff.

2. durch praktische Erfahrungen, wie Schaden vermieden bzw. minimiert werden kann bzw. Risiken vermindert werden können oder/und
3. durch akzeptierte Methoden innerhalb der Profession der Ärzte bezüglich des „Wie“ der Diagnose und der Behandlung.

Standards formulieren Erwartungen an Ärzte, die strafrechtlich garantiert werden. Standards gelten nicht mehr, wenn sie durch wissenschaftliche Erkenntnisse überholt werden oder wenn sie die Anerkennung in der Profession der Ärzte verloren haben. Neue medizinische Erkenntnisse oder Erfahrungen gelten noch nicht, wenn sie innerhalb der Profession noch keine Anerkennung gefunden haben. Allerdings darf der Arzt nach angemessener Aufklärung, wenn und soweit eine Methode noch nicht allgemein, aber weitgehend anerkannt ist, von den Standards abweichen, wenn die von ihm verwendete Heilmethode erfolgversprechend erscheint.

Richtlinien, die von Fachgesellschaften aufgestellt werden, binden den Arzt stärker. Sie dokumentieren geronnene Erfahrung. Der Arzt darf von Richtlinien nur dann abweichen, wenn er hierfür gute Gründe hat. Richtlinienverstöße sind häufig Anzeichen für unerlaubte Handlungen und können nur dadurch entkräftet werden, dass gezeigt werden kann, dass neue Erkenntnisse vorliegen, die die Richtlinienabweichung begründen können, bzw. gesagt werden kann, dass in anderen Kulturen völlig andere Richtlinien existieren, die die Handlungsweise des Arztes rechtfertigen können.

III. Der relevante Zeitpunkt

Unerlaubtes Handeln bestimmt sich zunächst aus der ex ante-Sicht des behandelnden Arztes.²⁷ Was heute ärztlicher Standard ist, kann in

²⁷ Ulsenheimer in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 139 Rn. 24.

der dynamischen Medizinwissenschaft innerhalb von kurzer Zeit überholt sein.²⁸ Was erlaubt oder unerlaubt ist, darf nicht ex post beurteilt werden, sondern muss aus der Sicht eines besonnenen Arztes zum Zeitpunkt der Therapie des Patienten beurteilt werden. Strafrechtliche Tatbestände enthalten Imperative, die den Bürger zu einem bestimmten Verhalten motivieren wollen. Daher muss im Handlungszeitpunkt feststehen, was erlaubt und was unerlaubt ist. Vom jeweils handelnden Arzt kann nur ein Wissen verlangt werden, das zum Zeitpunkt des ärztlichen Heileingriffs richtig war.²⁹ Umstände, die sich nachträglich zugunsten des Arztes herausstellen, sind jedoch zu berücksichtigen.

IV. Die Methodenfreiheit des Arztes

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Behandlungsfehler vorliegt oder nicht, ist auch die Methodenfreiheit des Arztes zu beachten. Gibt es mehrere medizinisch anerkannte Heilmethoden und haben sich noch keine Standardbehandlungsregeln entwickelt, so ist der Arzt frei in seiner Methodenwahl.³⁰ Der Arzt darf nach pflichtgemäßem und gewissenhaftem Beurteilungsermessen entscheiden. Ist allerdings eine Behandlungsmethode als besonders wirksam anerkannt, so kann die Therapiefreiheit nicht mehr gegen die Annahme eines Behandlungsfehlers angeführt werden, wenn gegen eine solche Behandlungsmethode verstoßen wurde.

²⁸ Vgl. etwa die Entscheidung BGH, Urteil vom 13.12.2006, Az. 5 StR 211/06, bei der sehr deutlich geworden ist, dass sich innerhalb weniger Zeit das, was als Behandlungsfehler zu sehen ist und was nicht, ändern kann.

²⁹ Hierzu ausführlich *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I, § 1 Rn. 19a.

³⁰ Zur Therapiefreiheit und deren Grenzen *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 139 Rn. 33, 60.

V. Die Verbindlichkeit der Standards

Generell ist der Arzt verpflichtet, den für Fachärzte geltenden Standard, den sogenannten Facharztstandard, einzuhalten. Die Anbindung ärztlichen Verhaltens an den Facharztstandard bedeutet nicht, dass der Arzt formell Facharzt sein muss, sondern nur, dass er einen entsprechenden Wissens- und Erfahrungsstand haben muss.³¹

Der Maßstab für das Erlaubte und nicht mehr Erlaubte hat auch eine situationsspezifische Seite. Nicht in jeder Situation hat ein Arzt die Alternativen und therapeutischen Mittel, die zu wünschen wären. Ist ein Eingriff dringend, so kann es sein, dass das an sich Gebotene nicht realisiert werden kann. Erlaubtes Verhalten bemisst sich dann an den personellen und sachlichen Möglichkeiten.

Auch ökonomische Zwänge können dazu führen, dass die Sorgfaltsanforderungen heruntergefahren werden müssen. Eine medizinisch mögliche, aber unbezahlbare Maximaldiagnostik und -therapie ist im Strafrecht nicht der angemessene Maßstab, um erlaubtes und nicht erlaubtes Verhalten voneinander abzugrenzen. Es muss weiter bei der Annahme bzw. bei der Ablehnung eines Behandlungsfehlers berücksichtigt werden, dass normale Krankenhäuser nicht die Möglichkeiten von Universitätskliniken und Spezialkrankenhäusern haben.³²

VI. Unerlaubtes Verhalten durch die Übernahme spezifischer Tätigkeiten

Unerlaubt handelt auch derjenige Arzt, der eine Tätigkeit übernimmt, der er nicht gewachsen ist oder die er aus anderen Gründen wie etwa Übermüdung, einer Sehschwäche oder Trunkenheit nicht

³¹ Vgl. *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I, § 1 Rn. 20.

³² Vgl. *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I, § 1 Rn. 20a.

erfüllen kann.³³ Beispielsweise kann von dem Arzt, der eine Leberteiltransplantation durchführt, erwartet werden, dass er mit Leberoperationen Erfahrung oder zumindest hinreichend assistiert hat.

Wer sich zu einer ärztlichen Behandlung anschickt, die er noch nicht durchgeführt hat, hat eine Erkundigungspflicht. Wer weiß, dass er einer Behandlung oder Operation nicht mehr gewachsen ist, darf diese konkrete Behandlung nicht mehr alleine übernehmen, sondern muss Spezialisten hinzuziehen oder den Patienten überweisen, sofern dies ohne Not möglich ist. Die Übernahme einer Behandlung, zu der man nicht fähig oder geeignet ist, begründet ein unerlaubtes Verhalten, wenn und soweit dies erkennbar ist. Aus der Tatsache, dass der Arzt kein Risikohandeln übernehmen darf, wenn er nicht hinreichend fachkundig ist, ergibt sich die *Pflicht zur Fortbildung*. Der Arzt darf sich neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht verschließen. Er hat deshalb auch die Verpflichtung, Fachzeitschriften zu lesen.³⁴

VII. Der Maßstab für unerlaubtes Verhalten

Die bisher dargestellte Methode zur Bestimmung von unerlaubtem ärztlichem Verhalten geht von objektiven Maßstäben aus und thematisiert den Regelfall, dass die individuellen Fähigkeiten des Arztes es ihm ermöglichen, den Standards zu genügen. Es kann aber nun sein, dass einzelne Ärzte über geringere bzw. höhere Fähigkeiten verfügen. Wenn auf der objektiven Seite der Fahrlässigkeitstat die Abweichung von Standards festgestellt ist, muss im Rahmen der *Schuld* geprüft werden, ob der konkrete Arzt nach seiner Ausbildung und seiner Geschicklichkeit tatsächlich in der Lage war, diese Standards zu erfüllen.

³³ Ulsenheimer in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 139 Rn. 35.

³⁴ Vgl. zur Fortbildungspflicht im Einzelnen Ulsenheimer in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 139 Rn. 31.

Nach herrschender, richtiger Auffassung ist der Täter, der *geringere* Fähigkeiten hat, nicht strafbar, wenn seine Kompetenz nicht ausreicht (Ausnahme ist die oben behandelte Übernahmefahrlässigkeit). Allerdings handelt der Täter nach dieser letzteren Auffassung durchaus rechtswidrig; seine Strafbarkeit entfällt erst auf Grund seiner fehlenden individuellen Schuld.

Problematischer ist die Frage, ob ein Arzt auch strafrechtlich haftet, wenn er überdurchschnittliche Fähigkeiten hat, soweit er diese nicht umsetzt. Meines Erachtens hat das Strafrecht nicht die Aufgabe, überdurchschnittliche Fähigkeiten zu garantieren. Sicherlich ist es „moralisch“ angemessen, etwa von Spitzenchirurgen zu fordern, dass sie ihre besten Leistungen erbringen. Mit den Mitteln des Strafrechts aber kann nur die Leistung gesichert werden, die üblicherweise in spezifischen Kontexten von Ärzten zu erwarten ist.³⁵ Dabei ist der Ausdifferenzierung von ärztlichen Kompetenzen Rechnung zu tragen. So kann etwa von Herzchirurgen die Fähigkeit erwartet werden, die Herzchirurgen üblicherweise haben, von Allgemeinchirurgen die Fähigkeit, die Allgemeinchirurgen üblicherweise haben etc.

D. Fazit

Zusammenfassend ist also davon auszugehen, dass ein unerlaubtes ärztliches Verhalten vorliegt, wenn ein Arzt gegen die medizinischen Standards, die zum Zeitpunkt des Heileingriffs galten, verstößt. Die Abweichung von derartigen Standards begründet einen Behandlungsfehler. Kein Behandlungsfehler liegt vor, wenn der vermeintliche Standard nicht wissenschaftlichen Erkenntnissen entspricht bzw. keinerlei Akzeptanz in der ärztlichen Profession hat.

³⁵ A.A. *Ulsenheimer* in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 139 Rn. 34: Wo größeres Leistungsvermögen vorhanden sei, müsse dieses auch eingesetzt werden; so auch BGH, NJW 1987, 1479.

Dann gibt es keine entsprechenden Regeln, die es möglich machen, erlaubtes und unerlaubtes Verhalten zu trennen. In diesem Fall gilt der Grundsatz der Therapiefreiheit.

Eine Abweichung von einem Standard, der durch Richtlinien dokumentiert ist, stellt im Regelfall einen Behandlungsfehler dar. Dies gilt dann nicht, wenn die medizinischen Richtlinien durch neue Erkenntnisse in Frage gestellt werden. Eine Abweichung von einem Standard begründet dann keinen Behandlungsfehler, wenn eine individuelle Abweichung erforderlich ist, da die klassische Behandlungsmethode ein erhebliches Risiko für den konkreten Patienten bedeuten würde. Eine Abweichung von Standards ist kein Behandlungsfehler, wenn die Dringlichkeit eines Eingriffs und die fehlenden Ressourcen in der Situation es nicht erlauben, eine Therapie nach dem Standard durchzuführen. Kein Behandlungsfehler ist schließlich dann anzunehmen, wenn der Patient explizit eine bestimmte Behandlung ablehnt, obwohl er vorher darüber aufgeklärt worden ist, dass die andere, gewählte Methode keine Standardmethode ist und er mit der Ablehnung der Standardmethode ein zusätzliches Risiko eingeht.

E. Ärztliche Haftung nur für grobe Sorgfaltspflichtverletzungen?

Nun noch zu der Frage, wie weit die strafrechtliche Haftung begrenzt werden sollte. Zunächst ist festzuhalten – insoweit besteht Einigkeit – dass die Verletzung von Aufklärungspflichten, die in der zivilrechtlichen Rechtsprechung sehr umfangreich angenommen werden, nicht generell zu einer strafrechtlichen Haftung führen dürfen.³⁶ Nur gravierende Fehler bei der Verletzung von Aufklärungspflichten können auch zu einer strafrechtlichen Haftung führen. Man könnte an

³⁶ Vgl. hierzu *Schöch*, Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen, in: *Roxin/Schroth*, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 54 f.

unterschiedliche Aufklärungspflichten im Zivilrecht und im Strafrecht denken. Eine Abschichtung dürfte aber sehr schwierig werden, da beide denselben Rechtsgrund haben, nämlich die Selbstbestimmung aus Sicht eines vernünftigen Patienten zu garantieren. Die Selbstbestimmung verlangt, dass der Patient die Diagnose sowie die wesentlichen Risiken kennt, die mit dem Eingriff verbunden sind, ebenso die Folgen einer OP, zumal wenn sie zentral für seinen Beruf sind. Als Maßstab ist dabei der vernünftige Bürger anzusehen. Solange in einer Rechtsordnung die Aufklärungspflichten sehr umfangreich sind, muss es eine Kompensation geben.

Eine solche ist die hypothetische Einwilligung. Alle peripheren Aufklärungsmängel, bei denen es naheliegend ist, dass der Patient bei angemessener Aufklärung trotzdem eingewilligt hätte, können nicht zu einer strafrechtlichen Haftung führen – die hypothetische Einwilligung hat deshalb, obwohl zurecht Kritik an ihr geübt wird, ihre Berechtigung. Es muss allerdings die Frage geklärt werden, wann man von einer hypothetischen Einwilligung ausgehen kann. Der In-dubio-pro-reo-Grundsatz darf nicht dazu führen, dass in allen Fällen eines Aufklärungsmangels in dubio pro reo von einer hypothetischen Einwilligung des Patienten unter strafrechtlicher Perspektive ausgegangen werden muss.³⁷ Ich denke, es lassen sich hier Zwischenlösungen finden. In den Grenzbereichen der Aufklärung muss die strafrechtliche Haftung begrenzt werden. Die deutsche Rechtsprechung hat aber zu Recht die Figur der hypothetischen Einwilligung bei Behandlungsfehlern im engeren Sinne abgelehnt.

Aus der Differenzierung zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit lässt sich keine Einschränkung der Haftung entwickeln,

³⁷ Kritisch zur Anwendung des Zweifelsgrundsatzes *Roxin*, Strafrecht AT I, § 13 Rn. 123 ff.

zumal ärztliches Handeln, vor allem chirurgisches und gynäkologisches, aber nicht nur dieses, risikobehaftet ist und Ärzte von den Risiken wissen. Das heißt, die strafrechtliche Haftung für ärztliches Handeln lässt sich nicht dadurch einschränken, dass man behauptet, für die ärztliche Haftung sei bewusste Fahrlässigkeit erforderlich. Ärzte, zumal wenn sie gute Ärzte sind, kennen die Risiken etwa einer gefährlichen Operation.

Ich habe auch Zweifel, ob man strafrechtliches Handeln auf grobe Behandlungsfehler begrenzen sollte. Der grobe Behandlungsfehler spielt im deutschen *Zivilrecht* eine zentrale Rolle. Liegt ein solcher vor, so kommt es zivilprozessual zur Beweislastumkehr zugunsten des Patienten betreffend den Nachweis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden. Ob ein grober Behandlungsfehler vorliegt, ist eine juristische Wertung, die einerseits unbestimmt ist und bei der andererseits auch innerhalb der Medizin sehr unterschiedliche Auffassungen bestehen. Die Definition, ein grober Behandlungsfehler läge dann vor, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln und gesicherte medizinische Erkenntnisse verstößt und einen Fehler begangen hat, der einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf, klingt objektiver als sie ist.

Die zivilrechtliche Rechtsprechung zeigt, dass wir es mit einer Definition zu tun haben, die nicht hinreichend bestimmt ist und bei der fraglich wäre – wenn man sie im Strafrecht einführen würde – ob sie nicht gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot verstieße. Der grobe Behandlungsfehler ist meines Erachtens kein geeigneter Begriff, um ärztliches Verhalten straffrei zu stellen. Eine derartige Einschränkung würde auch dazu führen, dass ärztliches Handeln in der Praxis nicht gleichmäßig bewertet würde. Auch eine gesetzliche Einschränkung dahingehend, dass leichte Fahrlässigkeit bei Behandlungsfehlern nicht bestraft wird, ist unangemessen, da völlig

unklar ist, wie sich leichte Fahrlässigkeit bestimmen lässt. Der umgekehrte Fall, dass man, was die Art der Fahrlässigkeit angeht, bei Ärzten für die strafrechtliche Haftung zumindest Leichtfertigkeit verlangt, ist unangemessen. Einmal ist völlig unklar, warum die strafrechtliche Haftung nur bei Ärzten auf Leichtfertigkeit beschränkt werden sollte. Es existieren auch andere gefahrgeneigte Berufe, etwa Architekten, Statiker, Baustellenleiter, Piloten.

Zu Recht würde dann die Frage virulent: Warum haften diese für jede Art der Fahrlässigkeit, Ärzte aber nicht? Das Gleiche gilt etwa für die Tätigkeit des PKW- und LKW-Fahrers. Weiter ist auch der Begriff der Leichtfertigkeit ein völlig unklarer Begriff. Es erscheint fraglich, ob sich die Leichtfertigkeit von der Fahrlässigkeit angemessen im Bereich des ärztlichen Tätigkeitsfeldes abgrenzen lässt.

Gleichwohl erscheint es angemessen, die strafrechtliche Haftung bei Behandlungsfehlern einzuschränken. Ärztliches Handeln ist immer ein Risikohandeln. Fehlverhalten von Ärzten ist häufig ein singuläres Ereignis und bedarf zur Verhinderung nicht immer der abschreckenden Wirkung der Strafe. Wenn sich Behandlungsfehler ereignen, kann man auch nicht davon ausgehen, dass immer eine kriminelle Handlungsmotivation zugrunde liegt. Es erscheint deshalb angemessen, dass die Möglichkeit der Einstellung des Verfahrens aus Opportunitätsgründen, etwa gemäß §§ 153, 153a deutscher StPO, eröffnet und bei Bejahung der folgenden Fragen stets näher geprüft wird:

1. Liegt kein Vorsatz vor, auch nicht in Form des *dolus eventualis*?
2. War das Fehlverhalten des Arztes ein singuläres Ereignis?
3. War der Behandlungsfehler Ausdruck einer nachvollziehbaren Überforderung?

oder

4. War er bei arbeitsteiligem Verhalten Ausdruck eines verständlichen Kommunikationsdefizits?

Können diese Fragen bejaht werden, so sollte näher geprüft werden, ob nicht eine Einstellung des Verfahrens möglich ist. Wenn und soweit keine präventiven Erfordernisse zur Ahndung eines Behandlungsfehlers gegeben sind, kann das Verfahren – eventuell gegen Auflagen, die ein Strafbedürfnis kompensieren können – eingestellt, werden. Es ist eine umfassende Prüfung notwendig. Zuzugestehen ist, dass hier den Ermittlungsbehörden Ermessensspielräume bleiben. Die Rechtsunsicherheit, die hierdurch entsteht, ist jedenfalls hinnehmbarer als eine Rechtsunsicherheit im materiellen Recht, der im deutschen Recht das Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 2 GG, entgegensteht.

Die Einstellung des Verfahrens ermöglicht die genaue Prüfung im Einzelfall und erlaubt Flexibilität. Bei Behandlungsfehlern ist auch dann eine strafprozessuale Einstellung geboten, wenn Fehler aus einem multifaktoriellen Geschehen resultieren, sich nicht hinreichend individualisieren lassen und Ausdruck der Tatsache sind, dass Kliniken – gerade solchen, die von der öffentlichen Hand ausgestattet werden – keine hinreichenden Rahmenbedingungen zur Verfügung gestellt werden, sodass es zu einer Überforderung des ärztlichen und sonstigen Personals kommt. Nur in gravierenden Fällen ist es notwendig, Ärzte mit den Mitteln des Strafrechts zur Verantwortung zu ziehen.

Eine Einstellung sollte dann nicht mehr vorgenommen werden, wenn einem Arzt bei der ärztlichen Behandlung, was aber nur selten der Fall sein wird, ein *dolus eventualis* im Hinblick auf Körperverletzung oder Tötung vorgeworfen werden muss. Die deutsche Rechtsprechung zeigt allerdings, dass auch Fälle dieser Art existieren. Interessanterweise gerade dann, wenn Ärzte nach ärztlichen Kunstfehlern keine angemessene Hilfe geleistet haben. Generell muss sich die

Strafrechtswissenschaft darum bemühen, die Haftung von Behandlungsfehlern zu begrenzen, da ansonsten einer defensiven Medizin Vorschub geleistet wird.

參考文獻

- Adolf Laufs / Bernd-Rüdiger Kern (2010). Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München.
- Peter, Anne-Marie (1992). Arbeitsteilung im Krankenhaus aus strafrechtlicher Sicht, Baden-Baden.
- Roxin, Claus (2003). Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München.
- Roxin, Claus (2006). Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., München.
- Roxin, Claus / Schroth, Ulrich (2010). Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., München.
- Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas (2006). Strafgesetzbuch, 53. Aufl., München.
- Ulsenheimer, Klaus (2003). Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl., Heidelberg.

