Dr. Hans-Berndt Ziegler, Marburg

Entschuldbarer Diagnoseirrtum vs. unterlassene Befunderhebung

I. Grundsätze

Die Diagnose ist für den Arzt ein schwieriges Geschäft. Befunde und Symptome können mehrdeutig sein und auf viele verschiedene Krankheitsbilder hinweisen. Es gibt ca. 13.000 bekannte Erkrankungen des Menschen, die mit mehr als 4.000 medizinischen Prozeduren und mehr als 6.000 bekannten Medikamenten angegangen werden[1]. Deshalb kommen Irrtümer bei der Diagnosestellung in der Praxis nicht selten vor. Die Tätigkeit des Arztes ist insoweit gefahrgeneigt. Auch dem sorgfältigsten Arzt kann es angesichts der Komplexität des menschlichen Körpers in schwierigen Fällen passieren, dass er eine Fehldiagnose stellt, die für sich gesehen vorwerfbar ist, andererseits bei der Vielzahl der zu erkennenden Krankheiten auch unvermeidbar auftreten kann. Rechtsprechung und Literatur schränken vor diesem Hintergrund die Haftung des Arztes für Diagnosefehler ein und privilegieren ihn in diesem Bereich[2].

Andererseits ist der Arzt verpflichtet, das Krankheitsbild sorgfältig abzuklären, indem er den Patienten ausreichend untersucht und die gebotenen Befunde erhebt. Unterlässt er dies, haftet er wegen unterlassener Befunderhebung. Dies gilt auch, wenn er zu lange an einer ersten Arbeitsdiagnose festhält und eine kritische Überprüfung dieser Anfangsdiagnose durch weitere Befunderhebung unterlässt[3].

In diesem Bereich hat die Rechtsprechung sogar eine Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes entwickelt[4].

Durch das Patientenrechtegesetz vom 26.2.2013 wurde in § 630 Abs. 5 S. 2 BGB das Institut der unterlassenen Befunderhebung mit der von der Rechtsprechung entwickelten Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes Gesetz[5].

Nach der Vorschrift wird vermutet, dass ein Behandlungsfehler für die Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art ursächlich war, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.

Die gesetzliche Anerkennung des Instituts hat die mit ihm verbundenen Streitfragen, die seit Jahrzehnten diskutiert werden, allerdings nicht gelöst. Insbesondere das Problem der Abgrenzung vom entschuldbaren, die Haftung des Behandlers grundsätzlich ausschließenden, Diagnoseirrtum zur haftungsbegründenden unterlassenen Befunderhebung ist nach wie vor offen. In seiner jährlichen Übersicht zur Entwicklung des Arztrechts in der Neuen Juristischen Wochenschrift sieht *Spickhoff* dieses Problem im Arzthaftungsrecht derzeit als das wichtigste an und widmet ihm breiten Raum, ohne allerdings auf eine Lösung hinweisen zu können[6]. Er stellt fest, dass sich im Bereich des Arzthaftungsrechts die Linie der Rechtsprechung verfestigt hat, nach der eine im Ergebnis unzutreffende Diagnose keinesfalls vorschnell als Behandlungsfehler angesehen werden könne. Diagnosefehler seien vielmehr „nur mit Zurückhaltung" als Behandlungsfehler zu bewerten. Weniger zurückhaltend sei die Rechtsprechung bei der Annahme eines Befunderhebungsfehlers[7].

In der aktuellen Auflage des Fallgruppenkommentars von *Martis/Winkhart* zum Arzthaftungsrecht werden auf 67 Seiten über 400 Entscheidungen[8] aus diesem Bereich mit oft entgegengesetzten Ergebnissen zitiert[9].

Die Kasuistik wird zudem noch dadurch erschwert, dass Rechtsprechung[10] und Lehre[11] bei einer objektiv fehlerhaften Diagnose drei Gruppen unterscheiden, die es von der unterlassenen Befunderhebung abzugrenzen gilt:

a. Es kann sich um einen nicht vorwerfbaren Diagnoseirrtum handeln, der keinerlei Haftung begründet. Dieser liegt vor, wenn ein Arzt – gemessen an dem Facharztstandard seines Fachbereichs – die gebotenen Befunde erhoben und vertretbar gedeutet hat.

b. Ist die Diagnose dagegen nicht bzw. nicht mehr vertretbar, liegt ein vorwerfbarer Diagnoseirrtum im Sinne eines einfachen Behandlungsfehlers vor.

c. Ein grober Diagnosefehler ist gegeben, wenn die Diagnose nicht nur unvertretbar, sondern schlechterdings unverständlich ist.

In den Randbereichen (a. und c.) sind sich Rechtsprechung und Lehre im Hinblick auf die haftungsrechtlichen Folgen einig, im Kernbereich (b.) hingegen unter-

---

▷ Herr Dr. Hans-Berndt Ziegler, Fachanwalt für Medizinrecht, ist als Rechtsanwalt in Marburg tätig.

1 *Schäfer*, Dr. House Medizin, Die Diagnosen des Dr. House, Weinheim 2012, S. 81; der Autor des zitierten Werkes ist Medizinprofessor und Leiter des „Zentrums für unerkannte Krankheiten" an den Universitätskliniken Gießen & Marburg GmbH.

2 BGH, Urt. v. 14.7.1981 – VI ZR 35/79, MDR 1981, 928 = NJW 1981, 2360: „Die Symptome der Erkrankungen sind nicht immer eindeutig, sondern können auf die verschiedensten Ursachen hinweisen, selbst wenn Gelegenheit besteht, die vielfachen technischen Hilfsmittel zur Gewinnung von zutreffenden Untersuchungsergebnissen einzusetzen"; BGH, Urt. v. 8.7.2003 – VI ZR 304/02, GesR 2003, 352 = NJW 2003, 2827 = MDR 2003, 1290 = VersR 2003, 1256; OLG Koblenz, Hinweisbeschl. v. 8.4.2013 – 5 U 186/13, zitiert bei juris; *Kunz-Schmidt*, Einführung in das Arzthaftungsrecht: Der Behandlungsfehler, NJ 5/2010, 177 (178); Beck OK BGB/*Spindler*, § 823 Rz. 664; Wagner in MünchKomm/BGB, § 823 Rz. 792.

3 *Spickhoff*, Die Entwicklung des Arztrechts 2013/2014, NJW 23/2014, 1638 unter Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung.

4 Die erste Entscheidung des BGH zu dieser Problematik liegt über 30 Jahre zurück. *Hanja Helbron*, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, S. 61 Rz. 225: „Urteil vom 9.11.1982, in dem der BGH erstmals eine Umkehr der Beweislast wegen erheblicher Kontroll- und Diagnoseversäumnisse unabhängig vom Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers bejaht, indem er Parallelen zu Dokumentationsversäumnissen zieht."

5 Die letzten Entscheidungen vor der Gesetzesänderung vom 26.2.2013 zur alten Rechtslage waren die des BGH, Urt. v. 5.11.2013 – VI ZR 527/12, GesR 2014, 16 und des OLG Naumburg, Urt. v. 13.2.2014 – 1 U 14/12, zitiert bei juris.

6 *Spickhoff*, Fn. 3, 1636 ff. (1638).

7 *Spickhoff*, Fn. 3, 1638 f.

8 *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, Fallgruppenkommentar, 4. Aufl. 2014, Rz. D1-D162, S. 725-792.

9 Vgl. z.B. *Martis/Winkhart*, Fn. 8, Rz. D24, S. 743-746, 17 Fälle eines Diagnoseirrtums und Rz. D25, S. 746-750, 21 Fälle unterlassene Befunderhebung.

10 Zuletzt OLG München, Urt. v. 8.8.2013 – 1 U 4549/12, juris, Rz. 56 ff., 68.

11 *Martis/Winkhart*, Fn. 8, Rz. D2, S. 727.

schiedlicher Auffassung[12]. Liegt eine objektiv falsche aber vertretbare Diagnose vor (a.), soll der Arzt nicht haften[13]. Es könne ihm nicht vorgeworfen werden, dass er Symptome fehlinterpretiert, weil sie nicht immer eindeutig seien, sondern auf die verschiedensten Ursachen hinweisen könnten[14].

Auch könne jeder Patient wegen der Unterschiedlichkeiten des menschlichen Organismus die Anzeichen ein und derselben Krankheit in anderer Ausprägung aufweisen. Diagnoseirrtümer, die objektiv auf eine Fehlinterpretation der Befunde zurück zu führen seien, führten nicht zur Haftung, wenn sie noch vertretbar seien. Seien die Symptome mit verschiedenen Verdachtsdiagnosen erklärbar, von denen eine als führend gestellt werde, falle dem Arzt kein vorwerfbarer Diagnoseirrtum zur Last, insbesondere wenn er den Patienten sorgfältig untersucht, das Ergebnis zeitnah auswertet und vertretbar gedeutet habe[15].

Ist die Diagnose aber nicht nur unvertretbar, sondern schlechterdings unvertretbar, liegt also ein grober Diagnosefehler vor (c.), haftet der Arzt in der Regel, weil die Kausalität zwischen dem darin liegenden Behandlungsfehler und dem Eintritt des Primärschadens vermutet wird (§ 630h Abs. 5 S. 2 BGB).

Problematisch bleibt der Kernbereich (b.). Gibt es eine Sperrwirkung des Diagnoseirrtums auch dann, wenn er nicht mehr vertretbar, also vorwerfbar, aber nicht grob ist, oder kommt es in diesem Bereich zur Haftung des Arztes? Zu diesem Problem werden im Wesentlichen drei Ansichten vertreten: eine ärztefreundliche (1), eine patientenfreundliche (2) und die scheinbar vermittelnde Ansicht der Rechtsprechung (3).

Alle drei Ansichten können nicht überzeugen und stimmen mit der Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht im Übrigen nicht überein. Diese ist letztlich maßgeblich und auch zur Lösung des Abgrenzungsproblems heranzuziehen (4).

1. Sperrwirkung des einfachen, nicht vertretbaren Diagnoseirrtums

Nach der im Ergebnis ärztefreundlichen Ansicht soll eine Haftung wegen unterlassener Befunderhebung ausscheiden, wenn lediglich ein vorwerfbarer, als einfacher Behandlungsfehler zu bewertender Diagnoseirrtum vorliegt[16]. Der Diagnoseirrtum entfalte eine Sperrwirkung, weil anderenfalls nahezu jeder Diagnoseirrtum aus diesem Bereich zu einem Befunderhebungsfehler führen würde. Die gewollte und interessengerechte Privilegierung des Arztes würde unterlaufen. Die vernünftigen dafür ins Feld geführten Argumente gingen ins Leere. Dem Arzt könne ex post nicht vorgeworfen werden, dass bei objektiv zutreffender Diagnosestellung noch weitere Befunde zu erheben gewesen wären[17]. Ein Diagnoseirrtum wird nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler, dass Befunde unterbleiben, die erst bei einer Falsifizierung der Diagnose zu erheben gewesen wären[18].

2. Keine Sperrwirkung

Nach der Gegenansicht[19] entfaltet der vorwerfbare Diagnoseirrtum auch als einfacher Behandlungsfehler keine Sperrwirkung, weil er haftungsbegründend sei und der Arzt im Hinblick auf weitere, zwar folgerichtige, aber ebenso zurechenbare Fehler nicht entlastet werden dürfe. Die Summierung von Fehlern bliebe sonst ohne haftungsrechtliche Konsequenz[20].

3. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit

Nach der Rechtsprechung der OLG ist nach dem Schwerpunkt der ärztlichen Pflichtverletzung zu unterscheiden. Liegt er in der fehlerhaften Diagnose, darf der Arzt nicht mehr nach den Grundsätzen der unterlassenen Befunderhebung herangezogen werden. Auch hier entschuldige der Diagnoseirrtum und entfalte eine Sperrwirkung[21]. Hätten andererseits zwingend (weitere) Befunde erhoben werden müssen und liegt damit der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im Unterlassen, kommt es zur Haftung wegen unterlassener Befunderhebung. Eine Sperrwirkung durch den Diagnoseirrtum scheidet aus. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung hat sich der BGH mit der Abgrenzungsfrage bisher nicht dezidiert beschäftigt und sich auch (noch) nicht der Rechtsprechung der OLG angeschlossen[22]. Der BGH hat sich letztmals in seinem Urt. v. 21.1.2014 – VI ZR 78/13 mit einem Fall befasst, in dem ein Befunderhebungsfehler und ein Diagnosefehler bei einem Schlaganfallpatienten in Betracht kamen[23], in der Entscheidung jedoch klargestellt, dass es entgegen der Auffassung der Revision nicht um einen Diagnosefehler ging, sondern die Grundsätze der unterlassenen Befunderhebung zweifelsfrei einschlä-

12 *Martis/Winkhart*, Fn. 8, Rz. B 99a, S. 590 m.w.N.
13 *Martis/Winkhart*, Fn. 8, Rz. D1, S. 725 m.w.N.
14 S.o. Fn. 2; BGH, Urt. v. 8.7.2003 – VI ZR 304/02, GesR 2003, 352 = VersR 2003, 1256 (1257); OLG Saarbrücken, Urt. v. 26.8.1998 – 1 U 776/97-153, zitiert bei juris; OLG Koblenz, Beschl. v. 7.5.2009 – 5 U 478/09, zitiert bei juris; LG Magdeburg, Urt. v. 20.6.2007 – 9 O 1393/05, NJW-RR 2008, 536 (537); *Spindler* in Beck OK B68 4823, Rz. 664; *Spickhoff*, Die Entwicklung des Arztrechts 2009/2010, NJW 2010, 1718.
15 OLG Koblenz, Urt. v. 29.6.2006 – 5 U 1494/05, OLGR 2006, 911.
16 *Spindler* in Beck OK, BGB 4823, Rz. 660 ff.; *Martis/Winkhart*, Arzthaftung – Aktuelle Entwicklungen zu Diagnoseirrtum und unterlassener Befunderhebung, MDR 2013, 634 ff.; *Hausch*, Nur ein Diagnoseirrtum? Oder doch eine unterlassene Befunderhebung?, MedR 2012, 231; *Kunze/Luken*, Diagnoseirrtum in Abgrenzung zum Befunderhebungsfehler bei Mehrfachverletzung, GesR 2013, 149-150; *Ramm*, Der ärztliche Befunderhebungsfehler, GesR 2011, 516.
17 BGH, Urt. v. 21.12.2010 – VI ZR 284/09, GesR 2011, 153 = NJW 2011, 1672 Nr. 13: „Ein Diagnosefehler wird haftungsrechtlich auch nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler, wenn bei objektiv zutreffender (Verdachts-)Diagnose noch weitere Befunde zu erheben gewesen wären (BGH, Urt. v. 21.12.2010 – VI ZR 284/09, VersR 2011, 400 = NJW 2011, 1672, Nr. 13; Ramm, RiOLG, GesR 2011, 513, 516)"; *Martis/Winkhart*, Fn. 8, Rz. D20, S. 733 m.w.N.
18 OLG Koblenz v. 26.9.2012 – 5 U 783/11, juris Rz. 10,11.
19 *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, S. 100, Rz. 64; *Schultze-Zeu*, VersR 2008, 898 (901 f.).
20 *Geiß/Greiner*, Fn. 19, S. 100, Rz. 64.
21 OLG München, Urt. v. 30.6.2011 – 1 O 2414/10, juris, Rz. 41,42; OLG München, Urt. v. 22.3.2012 – 1 U 1244/11; OLG Hamm, Beschl. v. 2.3.2011 – I 3 U 92/10, VersR 2012, 493 = MedR 2012, 599 (600); OLG Koblenz, Beschl. v. 26.9.2012 – 5 U 783/12, juris, Rz. 10, 11; OLG München, Urt. v. 8.8.2013 – I U 4549/12, juris, Rz. 59; OLG Brandenburg, Urt. v. 14.11.2001 – 1 U 12/01, MedR 2002, 149 (150) = MDR 2002, 171 = VersR 2002, 313; OLG Brandenburg, Urt. v. 18.6.2009 – 12 U 213/08, juris, Rz. 4: Schwerpunkt beim Befunderhebungsfehler, wenn bei klassischen Symptomen einer Eileiterschwangerschaft der Beta-HCG-Wert nicht erhoben wird; inzidenter auch: OLG Brandenburg, Urt. v. 21.7.2011 – 12 U 9/11, juris, Rz. 15 = GesR 2012, 83 (84); OLG Jena, Urt. v. 18.2.2009 – 4 U 1066/04, OLGR 2009, 419 (421); OLG München, Urt. v. 6.10.2011 – 1 U 5220/10, juris, Rz. 35, 36 = GesR 2012, 149 (150): Schwerpunkt bei der unterlassenen Abklärung der Ursachen jahrelanger Beschwerden beim Gehen.
22 So aber *Martis/Winkhart*, Fn. 8, S. 734, Rz. D21a.
23 BGH, Urt. v. 21.1.2014 – VI ZR 78/13, GesR 2014, 150, „Abgrenzung zwischen Befunderhebungsfehler und Diagnosefehler bei Schlaganfallpatienten", S. 98.

gig waren. Auf die Abgrenzung kam es nicht an[24], so dass noch nicht einmal Raum für ein obiter dictum zu diesem Problem blieb.

II. Kritik

Gegen die Ansicht, ein einfacher Diagnoseirrtum könne Sperrwirkung entfalten (1), spricht zunächst das Gesetz. Dort ist eine – wie auch immer geartete – Sperrwirkung nicht vorgesehen. Wenn eine pflichtwidrige Handlung vorliegt, zieht das in der Regel die Haftung nach sich, es sei denn auf der Ebene des Verschuldens ist zu korrigieren. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn dem Arzt ein Diagnoseirrtum unterläuft, ohne dass dieser Irrtum vorwerfbar ist[25]. So handelt der Arzt nicht schuldhaft (§ 276 BGB), wenn die vom Patienten geschilderten Schmerzen keinen Anlass zu einer weitergehenden Befunderhebung in einer anderen Richtung geben würden[26]. Darüber hinaus ist neben den von den Vertretern der Gegenansicht angeführten Argumenten[27], dass zwar folgerichtige aber haftungsbegründende zurechenbare weitere Fehler nicht zu einer Entlastung des Arztes führen könnten, weil sie sonst ohne Konsequenzen blieben[28], noch zu berücksichtigen, dass die Nachlässigkeit und Verantwortungslosigkeit des Arztes gefördert würde. Er könnte wie an der Ehe an einer einmal vermuteten Diagnose festhalten, ohne Sanktionen für den Fall befürchten zu müssen, dass er sie nicht überprüft.

Auch die Schwerpunktformel der Rechtsprechung kann nicht überzeugen. Die Rechtsprechung begründet ihren Ansatz nicht. Für ihre Lösung spricht zwar, ohne dass dies von den Befürwortern dieser Ansicht auch in der Literatur angesprochen wird, dass auch in anderen Bereichen, z.B. bei der Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen im Strafrecht[29], nach der Schwerpunktformel abgegrenzt wird.

Schließlich geht es auch hier um eine solche Abgrenzung zwischen Tun (Diagnose) und Unterlassen (von Befunden). Der Formel vom Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit begegnen aber zunächst grundsätzliche Bedenken. Zwar liegt sie als Abgrenzungskriterium zwischen Tun und Unterlassen nahe und wird auch in anderen Bereichen, in denen es um die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen geht verwandt, begegnete aber auch dort in einer bereits vor Jahrzehnten ausführlich geführten Diskussion Bedenken.

Die Gegner der Schwerpunktformel argumentieren, dass die Abgrenzung nach der Schwerpunktformel sich auf einen bloßen Appell an das Rechtsgefühl beschränke[30], auf ein irrationales Gefühlsurteil hinausliefe[31], zur Auf- bzw. Preisgabe der Dogmatik zugunsten vager Abwägungen führe[32] und durch ihre Unbestimmtheit[33] sowie die Gefahr des Hervorrufens von Willkürentscheidungen geprägt sei[34]. Darüber hinaus fehle auch jeglicher Maßstab, wie die entscheidenden Wertungsgesichtspunkte zu ermitteln seien[35].

Wo exakt rechtlich der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit eines Verhaltens liege, an welcher Grenzlinie genau das Unterlassen in ein aktives Tun übergehe und umgekehrt, hänge entscheidend von dessen haftungsrechtlicher Qualifizierung ab, die jedoch ihrerseits von jenem Schwerpunkt abhängen soll. Die Schwerpunktformel produziere also eine im Ergebnis nicht zielführende tautologische Pattsituation[36].

Die in der strafrechtlichen Diskussion erhobenen Vorwürfe gegen die Abgrenzungsformel, die letztlich auch hier einschlägig sind, haben dort nicht dazu geführt, sie zurückzudrängen. Im Strafrecht mag die Formel auch ihre Berechtigung haben, weil man mit ihrer Hilfe Strafbarkeitslücken schließen und normative Gesichtspunkte einfließen lassen wollte[37]. Zivilrechtlich und insbesondere bei der Abgrenzung vom entschuldbaren Diagnoseirrtum zur unterlassenen Befunderhebung führt die Theorie jedoch gerade aus diesem Gesichtspunkt in die Irre. Würde sie hier konsequent angewandt, haftete der Arzt ausnahmslos, weil man den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit immer im Bereich des Unterlassens (der Befunderhebung) ansetzen müsste, was sich aus der folgenden Überlegung ergibt. Die Rechtsprechung betont, dass die Symptome einer Erkrankung nicht immer eindeutig seien, sondern auf die verschiedensten Ursachen hinweisen könnten. Auch könne jeder Patient wegen der Unterschiedlichkeit des menschlichen Organismus die Anzeichen ein und derselben Krankheit in anderer Ausprägung aufweisen. Wegen dieser Unwägbarkeiten seien Diagnoseirrtümer deshalb nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler zu werten[38]. Das bedeutet, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit grundsätzlich nicht im Bereich der Diagnose, also des aktiven Tuns, sondern immer beim Unterlassen der Befunderhebung zu suchen ist. Die gewollte Privilegierung des Arztes scheiterte an den selbst aufgestellten Prämissen.

Dass es die Rechtsprechung mit diesen Prämissen allerdings nicht zu ernst nimmt, zeigt, dass eine Vielzahl der Urteile in diesem Bereich, in denen nach der Schwerpunkttheorie abgegrenzt wird, den Arzt entlasten[39], was für eine willkürliche Schwerpunktwahl spricht und die Kritik dieser Abgrenzungsformel im Bereich des Strafrechts nachträglich als richtig erscheinen lässt.

24 BGH, Urt. v. 21.1.2014 – VI ZR 78/13, GesR 2014, 150.
25 OLG München, Urt. v. 22.3.2012 – 1 U 1244/11, zitiert bei juris.
26 S.o. Fn. 25.
27 Nachweise bei *Martis/Winkhart*, Rz. D23, S. 741.
28 *Geiß/Greiner*, Fn. 19, S. 100, Rz. B64; *Schultze-Zeu*, VersR 2008, 898 (901 f.).
29 *Stoffers*: „ Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit und die Abgrenzung von Tun und Unterlassen", JuS 1993, S. 27.
30 So z.B. *Arzt*, JA 1978, 557 (559 m. Fn. 10, 562); *Behrendt*, Unterlassung – Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs, 1979, S. 190; *Kienapfel*, AT., 4. Aufl. (1984), S. 477; *Otto*, NJW 1980, 417 (423 f.); *ders.*, Allg. Strafrechtslehre, 4. Aufl. (1992), S. 140; *Otto-Brammsen*, Jura 1985, 530 (531); *Jeschek*, AT, 4. Aufl. (1988), S. 546.
31 *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411 (418); *ders.*, FS f. Englisch, 1969, S. 380 (393); *Ulsenheimer*, Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, S. 94; *Arzt* (o. Fn. 30), S. 559 m Fn. 10; *Sieber*, JZ 1983, 431 (436); *Rudolphi* in SKStGB, 5. Aufl. (1989), Vorb. § 13 Rz. 6; *Küpper*, Grenzen normativierender Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 74.
32 *Küpper* (o. Fn. 31), S. 75.
33 So vor allem *Spendel*, FS Eb. Schmidt, 1961, S. 183 (191); *Stratenwerth*, AT I, 1982, S. 370; *Sieber*, JZ 1983, 431 (436); *Bockelmann-Volk*, AT, 4. Aufl. (1987), S. 147; *Küpper* (o. Fn. 31), S. 74.
34 *Binavince*, Vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte, 1969, S. 44; *Engisch*, FS Gallas, 1973, S. 163 (176); *R. Zimmermann*, NJW 1977, 2101 (2102).
35 Insb. *von Spendel* (o. Fn. 33), S. 193; *Ulsenheimer* (o. Fn. 31), S. 94; *Roxin*, ZStW 74 (1962), 418; *R. Zimmermann*, NJW 1977, 2101 (2102).
36 *Czerner*, Das Abstellen des Respirators, JR 2005, S. 95.
37 MünchKomm/StGB, 2. Aufl. 2011, 413 Rz. 5; *Stoffers*, Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit und die Abgrenzung von Tun und Unterlassen, juris 1993, 23.
38 *Martis/Winkhart*, Fn. 8, Rz. D1, S. 725 unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH.
39 S.o.Fn. 9.

III. Eigene Lösung

Bei der Beantwortung der Frage, welcher der oben genannten Theorien zu folgen ist bzw. ob eine neue Abgrenzungsformel gefunden werden muss, ist bisher die Rechtsprechung zu einem wesentlichen Punkt des Arzthaftungsrechts überhaupt nicht berücksichtigt worden. Um Arzthaftungsprozesse sachgerecht entscheiden zu können, ist regelmäßig die Hinzuziehung eines Sachverständigen notwendig, weil die medizinische Beurteilung eines Falles mangels Sach- und Fachkenntnis nicht allein durch den Richter erfolgen kann[40]. Der Richter darf den medizinischen Standard nicht ohne Sachverständigengrundlage aus eigener rechtlicher Beurteilung heraus festlegen[41].

Für die den Arzt treffende Verantwortung macht es keinen Unterschied, ob das Schwergewicht seines Handels in der Vornahme einer sachwidrigen oder in dem Unterlassen einer sachlich gebotenen Heilmaßnahme liegt[42].

Der Arzt ist verpflichtet, den Patienten nach dem anerkannten und gesicherten Standard der medizinischen Wissenschaft zu behandeln. Als Behandlungsfehler ist dabei jeder Verstoß gegen die Regeln und Standards der ärztlichen Wissenschaft zu verstehen (§ 630a Abs. 2 BGB)[43]. Es kommt auf die objektive Sorgfalt und die Abweichung vom Standard der medizinischen Versorgung an[44], nicht aber auf eine Sperrwirkung oder einen Schwerpunkt.

Gerade um den Bereich des medizinischen Standards geht es auch in der hier vorzunehmenden Abgrenzung. Nach § 276 BGB schuldet der Arzt dem Patienten vertraglich wie deliktisch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Diese bestimmt sich nach dem medizinischen Standard des jeweiligen Fachgebiets und nicht nach juristischen Standards, die der Arzt weder kennt noch kennen muss. Der Arzt muss diejenigen Maßnahmen ergreifen, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher, medizinischer Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden (§ 630a BGB).

Ob ein Arzt seine berufsspezifische Sorgfaltspflicht verletzt hat, ist deshalb in erster Linie eine Frage, die sich nach medizinischen Maßstäben richtet. Demgemäß muss der Richter den berufsfachlichen Sorgfaltsmaßstab mit Hilfe eines medizinischen Sachverständigen ermitteln[45].

Berücksichtigt man diese Vorgabe der Rechtsprechung auch hier, liegt die Lösung des Abgrenzungsproblems auf der Hand. Die Abgrenzung zwischen entschuldbarem Diagnoseirrtum und unterlassener Befunderhebung darf nicht juristisch anhand der oben dargestellten juristischen Theorien vorgenommen werden, sondern nur medizinisch unter Zugrundelegung des maßgeblichen ärztlichen Standards (§ 630a Abs. 2 BGB). Dieser ist vom medizinischen Sachverständigen zu ermitteln und dem Gericht als Entscheidungsgrundlage an die Hand zu geben. Kommt der Sachverständige aus seiner medizinisch-fachlichen Sicht dazu, dass die unterlassene Befunderhebung gegen medizinische Standards verstößt, also behandlungsfehlerhaft ist, ist allein das maßgeblich, nicht der juristische Theorienstreit. Sind nach Auffassung des Sachverständigen zweifelsfrei Befunde zu erheben, gibt es keine Sperrwirkung. Kommt der Sachverständige allerdings zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst nicht gegeben ist, scheidet die Haftung aus. Das Problem, zwischen drei verschiedenen Stufen des Diagnoseirrtums zu unterscheiden[46], wird obsolet.

Allein diese Lösung ist auch mit § 630a BGB vereinbar. Die Vorschrift stellt klar, was der Arzt schuldet und enthält keine Ausnahmen im Hinblick auf eine Sperrwirkung oder einen Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit.

40 *Gerda Müller*, Arzthaftung und Sachverständigenbeweis, MedR 2001, 487.

41 BGH, Urt. v. 28.5.2002 – VI ZR 42/01, NJW 2002, 2944; BGH, Urt. v. 3.7.2001 – VI ZR 418/99, NJW 2001, 2795; BGH, Urt. v. 19.6.2001 – VI ZR 286/00, NJW 2001, 2794; BGH, Urt. v. 29.5.2001 – VI ZR 120/00, NJW 2001, 2792; BGH, Urt. v. 13.2.2001 – VI ZR 34/00, NJW 2001, 1786; *Spickhoff*, Zivilprozessrecht, ZPO 80, 523.

42 BGH, Urt. v. 20.9.1988 – VI ZR 37/88, MDR 1989, 150; *Martis/Winkhart*, Fn. 8, Rz. B 24, S. 561.

43 *Martis/Winkhart*, Fn. 8, S. 561; *Spindler* in BeckOK/BGB, § 823 Rz. 659; *Hager*, Staudinger BGB, § 823 Rz. I 18a; OLG Naumburg, Urt. v. 24.2.2011 – 1 U 58/10, GesR 2011, 478.

44 OLG Stuttgart, Urt. v. 4.6.2002 – 14 U 86/01, VersR 2003, 253 (254); *Boehmke*, Facharztstandard bei fachübergreifendem Bereitschaftsdienst, NJW 2010, 1562 (1563); *Gehrlein*, Neuere Rechtsprechung zur Arzt-Berufshaftung, VersR 2004, 1488 (1489); Spickhoff-*Greiner*, § 823 Rz. 6, 8, 17, 134; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2013, Rz. 77, 78; *Geiß/Greiner*, Fn. 19, Rz. 2, 9; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl. 2012, Rz. 154, 157; Laufs/Katzenmeier/Lipp-*Katzenmeier*, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Rz. X.7; *Wenzel-Müller*, Der Arzthaftungsprozess, Kap. 2 Rz. 1410, 1426, 1435, 1442; objektiver Facharztstandard entscheidend; Bergmann/Pauge/Steinmeyer-*Glanzmann-Kahlert*, § 276 BGB Rz. 19, 20, 21, 25, 26, 42, 45; vgl. auch Rz. P 12 ff.; *Martis/Winkhart*, Fn. 8, Rz. 24, S. 562.

45 OLG Saarbrücken, Urt. v. 24.5.2000 – 1 U 819/99, NJW-RR 2001, 671; *Martis/Winkhart*, Fn. 8, Rz. S1, S. 1262.

46 S.o. Fn. 10 u. 11.