

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
I. Einführende Bemerkungen	1
1. Die typischen Fehlerquellen: Behandlungsfehler, Aufklärungsfehler, Organisationsfehler	1
2. Der ärztliche Behandlungsfehler	1
3. „Arztstrafrecht“ und fehlendes Arztprivileg	2
4. Die Notwendigkeit der Klassifikation von Behandlungsfehlern und die Kriterien dieser Klassifikation	3
II. Der Gang der Untersuchung	4
1. Erster Teil	4
2. Zweiter Teil	6
 Erster Teil: Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der Diagnosestellung	9
 Erstes Kapitel – Die Abgrenzung von Tun und unterlassen als strafrechtliches Problem im Allgemeinen	11
I. Einleitung	11
II. Relevanz für die vorliegende Untersuchung	12
III. Überblick über die für die vorliegende Untersuchung relevanten Fälle	13
IV. Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen als Zentralproblem der strafrechtlichen Dogmatik	17
1. Die praktische Bedeutung der Abgrenzung für die Prüfung des Deliktaufbaus sowie für die strafrechtliche Verantwortung	17
2. Die Grundfragen der Abgrenzungsproblematik	20
a) Allgemeines	20
b) Kategorien der ambivalenten Verhaltensformen	21
i. Koinzidenz der Verhaltensformen	21
ii. Sukzession der Verhaltensformen	22
iii. Hinweis	22
iv. Falsches statt richtiges Handeln	22

Zweites Kapitel – Der dogmatische Hintergrund der Abgrenzungsproblematik und die verschiedenen Lösungsansätze	25
I. Vorbemerkung	25
II. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit	26
III. Kritische Würdigung der Schwerpunktformel	26
IV. Die Abgrenzungslehren im Einzelnen	32
1. Das Körperbewegungskriterium	32
a) v. Liszt	33
b) Beling	33
c) Lampe	33
2. Das Energiekriterium	34
a) Die Betrachtungsweise von Engisch	34
b) Zustimmung in der Lehre	36
3. Die Kombination von Kausalitäts- und Energiekriterium – Kumulative Kombination nach Sieber	36
4. Das Kausalitätskriterium	38
a) Das Kausalitätskriterium nach Welzel	38
b) Die Unterscheidung mithilfe der methodischen Mittel von Bockelmann	39
c) Die Kausalität des Menschen von Armin Kaufmann	39
d) Die Eigen- und Fremdkausalität nach Arthur Kaufmann	40
e) Die Formel der Rechtsgutslage nach Samson	41
f) Das Abstellen auf das Motiv nach Günther Jakobs	43
g) Die mehrstufige Kausalitätslösung von Stoffers	43
5. Das Prinzip der Risikoerhöhung	45
a) Günter Stratenwerth	45
b) Harro Otto	46
6. Das Abgrenzungskriterium nach wertenden Betrachtungsweisen	46
a) Positiver und negativer Rechtswille nach Husserl	47
b) Der Lebenssprachgebrauch als Wert Gesichtspunkt nach H. Mayer	47
c) Der soziale Sinn des Verhaltens als Anknüpfungspunkt für die Handlungslehre sowie als Abgrenzungsmerkmal nach Eberhard Schmidt	49
d) Der Lösungsansatz von Ranft	51
e) Weitere Zustimmung des wertenden Gesichtspunkts in der Lehre	52
7. Die „Zweifel“- oder „Vorranglösung bzw. das Primat des positiven Tuns	52
a) Primat des positiven Tuns nach Spendel	53
b) Primat des positiven Tuns nach Kienapfel	53
c) Vorrang der Kausalität des positiven Tuns beim ambivalenten Verhalten nach Grünwald	55
8. Das Rechtsgutskriterium	57
a) Die Gefahrenlage des Objekts nach Schmidhäuser	57
b) Rechtsgutsbeeinträchtigung durch körperliche (Un)Tätigkeit nach Gössel	58
c) Der rechtsgutzentrierte Lösungsansatz von Brammssen	58

d) Rechtsgutsbeeinträchtigung im Verständnis von Thorsten Führ	60
9. Weitere Tendenzen im Schrifttum	61
a) Androulakis	61
b) Roxin	63

Drittes Kapitel – Kritische Würdigung der Abgrenzungskriterien

und eigener Lösungsvorschlag

I. Kritische Würdigung der Abgrenzungskriterien und eigener Lösungsvorschlag	69
1. Einführende Bemerkung	69
2. Auseinandersetzung mit dem Körperbewegungskriterium	69
3. Auseinandersetzung mit dem Energieeinsatzkriterium	71
4. Auseinandersetzung mit dem Kausalitätskriterium	73
5. Auseinandersetzung mit dem Kriterium des sozialen Sinns der Handlung bzw. des Werturteils	75
6. Auseinandersetzung mit dem Kriterium der Risikosteigerung bzw. fehlenden Risikominderung	77
7. Auseinandersetzung mit dem Primat bzw. dem Vorrang des positiven Tuns	79
8. Auseinandersetzung mit dem Kriterium des Achtungsanspruchs des Rechtsguts	81
II. Eigener Lösungsansatz	84
1. Vorüberlegung	84
2. Aufgabe des Abgrenzungskriteriums	85
3. Die vom Abgrenzungsansatz zu umfassenden Ausformungen des strafbaren positiven Tuns	86
4. Soll das Abgrenzungskriterium auch die Teilnahmefiguren miteinfassen?	86
5. Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen	88
a) Die Kausalität	88
b) Die Kausalität des Sich-Verhaltenden	89
c) Die Kausalität des Verhaltens als zutreffender Anknüpfungspunkt für die Abgrenzungsproblematik	91
6. Zusammenfassung und Zwischenergebnis	95
7. Mögliche Einwände	95
8. Ergänzung und Formulierung des Abgrenzungskriteriums	96
a) Vorbemerkung	96
b) Abgrenzungsformel und Ergänzungsmerkmale	97
c) Begründung sowie weitere Bestimmung des Abgrenzungskriteriums	98
d) Die Bestimmung des konkreten Erfolgs	100
e) Notwendigkeit eines mehrstufigen Abgrenzungsverfahrens	100

Viertes Kapitel – Abbruch rettender Verläufe:

Ein Bereich von besonderen Abgrenzungsschwierigkeiten

I. Der Abbruch von eigenen Rettungsverläufen	103
II. Stellungnahme	106

III. Der Abbruch von fremden Rettungsverläufen	109
IV. Stellungnahme	111
V. Weitere Fragen zur Unterbrechung von fremden Rettungsverläufen	116
1. Die Voraussetzung für einen wahren Abbruch	116
a) Stellungnahme	120
2. Die Problematik der Abstiftung	120
3. Zeitpunkt des Abbruchs	122
a) Stellungnahme	123

Fünftes Kapitel – Anwendung des eigenen Lösungsvorschlags auf die angeführten

Beispielsfälle aus dem diagnostischen Bereich	125
I. Vorbemerkung	125
II. Der Heilpraktikerin-Fall	125
1. Ergebnis	127
III. Der Bandscheiben-Fall	128
1. Ergebnis	129
IV. Der Doppeloperations-Fall	129
1. Ergebnis	133
V. Der Billaw-Fall	133
1. Ergebnis	137
VI. Der Insulin-Fall	138
1. Die Problematik der Rettungsverläufe mit dauerhaftem Charakter	139
2. Ergebnis	146
3. Weitere Überlegungen auf der Basis der vorstehenden Ergebnisse	147
a) Erste Variante	147
i) Ergebnis	149
b) Zweite Variante	149
i) Ergebnis	152
VII. Exkurs: Der Hepatitis-Fall – Ein ambivalentes ärztliches Verhalten bezogen auf einen Irrtum des Arztes über seinen Gesundheitszustand	153
1. Ergebnis	157

Sechstes Kapitel – Schlussfolgerungen und Ergebnisse des ersten Teils	159
--	------------

Zweiter Teil: Medizinischer Standard bei der Diagnosestellung 169

Erstes Kapitel – Diagnosefehler – Begriffsbildung auf der Basis eines unerlaubten diagnostischen Irrtums 171

I. Einleitung	171
II. Die Definition des Diagnosefehlers	171
1. Einführende Bemerkungen	171
2. Die Diagnose, die Prognose und die Diagnostik	172
3. Diagnosearten	173
a) Die Differentialdiagnose	173
b) Weitere Diagnosearten	174
4. Bereits entwickelte Definitionen des Diagnosefehlers	175
5. Der grobe Diagnosefehler	176
a) Die strafrechtliche Relevanz	176
b) Begriff und Bedeutung im Zivilrecht	177
6. Über den Begriff des vorwerfbaren Diagnoseirrtums	178
7. Irrtum nach dem allgemeinen Sprachgebrauch	179
8. Über den Irrtum auf einer ontologischen Ebene	179
a) Irrtum in Gegenüberstellung mit dem Wahrheitsbegriff	179
b) Das Begriffspaar erkennendes Subjekt – zu erkennendes Objekt	180
9. Die ontische Struktur des Irrtums im Zusammenhang mit der Entstehung von Bewusstseinsinhalten	180
10. Die Entstehung von Bewusstseinsinhalten im Allgemeinen	182
a) Aufgrund des sinnlichen Bemerkens	182
b) Aufgrund des vorstellenden Vergegenwärtigens	183
c) Aufgrund des denkenden Erfassens	185
i) Begriff	185
ii) Urteil	186
11. Die Irrtumsrubriken auf einer vorstrafrechtlichen Ebene	186
a) Vorbemerkung	186
b) Ätiologie von Irrtümern	187
c) Die Problematik bezüglich des irrtümlichen Charakters beim Fehlen der bewussten Erkenntnis	187
i) Stellungnahme	188
ii) Zwischenergebnis	189
12. Der Irrtumsbegriff in seiner strafrechtlichen Dimension	189
a) Sinnliches Bemerkens als Irrtumsursache	190
b) Vorstellendes Vergegenwärtigen als Irrtumsursache	190
c) Denkendes Erfassen als Irrtumsursache	190

d) Zusammenwirken der verschiedenen Stufen der bewussten Erkenntnis miteinander als Irrtumsursache	190
13. Die Varianten von strafrechtlich relevanten Irrtümern	191
14. Die diagnostischen Irrtümer im Besonderen	192
a) Einleitung	192
b) Der diagnostische Irrtum aus Fahrlässigkeit in Gegenüberstellung mit der Fahrlässigkeit als Irrtum	193
c) Die Bestimmung des Erkenntnisgegenstands beim diagnostischen Verfahren und der daran anknüpfende Diagnoseirrtum	194
d) Diagnostische Irrtumsarten	195
15. Das Vorwerfbare an einem diagnostischen Irrtum	196
a) Einführende Bemerkungen	196
b) Vorwerfbarkeit als „Vorhaltung“	196
c) Vorhaltung als unerlaubte Handlung bzw. Verstoß gegen den Standard	197
16. Die Definition des Diagnosefehlers	198

Zweites Kapitel – Der medizinische Standard im diagnostischen Bereich –

Erster Schritt: Bestimmung des Fahrlässigkeitsunrechts im Allgemeinen

I. Einleitung	201
II. Die Notwendigkeit der Bestimmung des Handlungsunrechts beim Fahrlässigkeitsdelikt	201
III. Gesetzestechnische Anschauung des § 15 StGB	202
IV. Die Fahrlässigkeitstheorien	203
1. Vorbemerkung	203
2. Klassische Auffassung	203
a) Individualisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes	205
b) Individualisierend-generalisierende Position	206
c) Generalisierende Betrachtungsweise	207
d) Kritische Betrachtungsweise der klassischen Schuldlösung	208
3. Moderne Auffassungen	211
a) Der komplexe Fahrlässigkeitsbegriff nach h. L.	211
i) Regelwerke zur Bestimmung der objektiven Sorgfalt	214
ii) Kritische Auseinandersetzung mit der noch herrschenden Lehre	216
b) Weitere Tendenzen der Fahrlässigkeitsdogmatik	219
i) Individualisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs	219
α. Vermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung anhand eines individuellen Könnens	219
β. Vermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung anhand individueller Erkennbarkeit ...	223
ii) Kriterien qualifizierter Erkennbarkeit	226
α. „Einsicht in das Wagnis“ nach Nowakowski	226
β. Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts nach Struensee	227

γ. Der Lösungsansatz von Mitsch	229
δ. Triftige Veranlassung nach Duttge	230
iii) Interessenabwägung	235
iv) Objektive Zurechnungsansätze	239
c) Zusammenschau	242
i) Einführende Bemerkungen	242
ii) Individuelle oder generelle Betrachtungsweise?	242
iii) Schlussbemerkungen und Fazit zur Debatte bezüglich der Distinktion von Individuellem und Generellem in der Fahrlässigkeit	250
iv) Maßgeblicher Gesichtspunkt zur Kennzeichnung des Fahrlässigkeitsbegriffs	255
α. Auseinandersetzung mit der Erkennbarkeit bzw. qualifizierten Erkennbarkeit	255
β. Auseinandersetzung mit der Abwägungslösung	258
γ. Auseinandersetzung mit den objektiven Zurechnungsansätzen	259
δ. Zusammenfassung und Fazit	263

Drittes Kapitel – Der medizinische Standard im diagnostischen Bereich –

Zweiter Schritt: Besprechung weiterer problematischen Aspekte hinsichtlich

des Rechtsinstituts der Fahrlässigkeit und der Bestimmung des diagnostischen Standards

I. Staats- und strafrechtstheoretische Überlegungen zum Rechtsinstitut der Fahrlässigkeit	265
II. Bestimmung des Fahrlässigkeitsbegriffs durch die Rechtsprechung?	268
III. Ergebnis	269
IV. Bedeutung der zivilrechtlichen Gerichtspraxis zur Präzisierung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit	269
1. Einleitung	269
2. Ablehnung einer einheitlichen Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs im Zivil- und im Strafrecht nach Kuhlen?	270
3. Relativität von Rechtsbegriffen und teleologische Differenzen zwischen Zivil- und Strafrecht	271
4. Kritische Auseinandersetzung mit der Auffassung von Kuhlen	274
5. Relativität von Rechtsbegriffen und unterschiedliche Teleologie	274
6. Sind die Regelwerke zur Bestimmung der strafrechtlichen Sorgfaltspflichten auch für die zivilrechtliche Rechtsprechung von Relevanz?	277
a) Die Voraussehbarkeit des tatbestandlichen Erfolgs	277
b) Die differenzierte Maßfigur	278
c) Sondernormen	278
d) Der Vertrauensgrundsatz	279
7. Schlussbemerkungen zur Bedeutung der zivilrechtlichen Gerichtspraxis für die Präzisierung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit	280
V. Die Problematik des Spannungsverhältnisses zwischen einer rechtlichen und einer medizinischen Frage	281

VI. Zusammenhang des medizinischen Standards mit den Richt- und Leitlinien	285
1. Die Sondernormen im Einzelnen	285
a) Richtlinien – Definition	285
i) Die Arten von Richtlinien im Einzelnen	286
ii) Richtlinien und medizinischer Standard	287
iii) Ergebnis	288
b) Leitlinien	288
i) Definition	288
ii) Die Arten von Leitlinien im Einzelnen	289
a. Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF)	289
b. Nationale Versorgungsleitlinien (NVL)	289
c. Leitlinien der Bundesärztekammer (BÄK)	290
d. Klinikinterne Leitlinien	290
iii) Abstufungen von Leitlinien und Relevanz für den Standard	290
2. Verbindlichkeit auf der Basis der (fehlenden) Rechtsatzqualität von medizinischen Richt- und Leitlinien?	292
3. Ergebnis	293
4. Richt- und Leitlinien als Gegenstand einer normkonkretisierenden dynamischen Verweisung?	294
5. Weitere Problemfelder der medizinischen Richt- und Leitlinien	295
6. Zusammenfassung	296
7. Anmerkung zu diagnostischen Richt- und Leitlinien	296
VII. Unerlässliche Bearbeitung der medizin(straf)rechtlichen Kasuistik	297
VIII. Das „Wie“ der Bearbeitung der medizin(straf)rechtlichen Judikatur	299

**Viertes Kapitel – Der medizinische Standard im diagnostischen Bereich –
Dritter Schritt: Die Bestimmung der Sorgfaltsanforderungen auf der Basis
der medizin(straf)rechtlicher Judikatur**

I. Der diagnostische Standard im Einzelnen	301
1. Einleitung	301
2. Der Begriff des Standards	301
3. Der relevante Zeitpunkt	302
II. Einführende Bemerkungen zu Maß und Umfang des Standards	303
III. Die aus der Rechtspraxis gewonnenen diagnostischen Maximen im Einzelnen	304
1. Allgemein anerkannte bzw. meistbegegnete Leitsätze in der Judikatur	304
a) Zurückhaltung bei der Bewertung von Diagnoseirrtümern	304
b) Nichtübereinstimmung der Fehldiagnose mit dem Diagnosefehler	305
c) Unterschiedliche Ausprägung des pathologischen Phänomens von Patient zu Patient	305

2. Diagnostisches Vorgehen je nach der Anamnese und dem Beschwerdebild des Patienten	306
a) Die Anamnese	310
i) Die „Befindlichkeitsstörung“ und deren „Hintergrund“ als gewichtige Größen des anamnestischen Verfahrens – Begriffliche Erläuterungen und Umfang der Untersuchungspflichten bei der Anamnese	312
b) Diagnostisches Vorgehen je nach dem Beschwerdebild – Primäre und sekundäre Symptomatik – Begriff und Einfluss auf die strafrechtliche Bewertung des diagnostischen Irrtums	315
i) Die Parameter „genügendes Symptomenausmaß“ und „hinreichende Symptomenausgeprägtheit“ eines primären Symptoms	317
ii) Die Problematik des Verschwimmens zwischen primärer und sekundärer Symptomatik und dessen Einfluss auf die juristische Bewertung einer objektiv falschen Diagnose	319
3. Weitere Parameter für die Bewertung des diagnostischen Verfahrens	322
a) Der bedrohliche Charakter der Erkrankung, auf welche die Symptomatik hinweist	322
b) Die Schwere der Erkrankung, auf welche die Symptomatik hinweist	325
c) Der Häufigkeitsgrad der Erkrankung auf welche die Symptomatik hinweist	326
d) Der Seltenheitsgrad der Erkrankung, auf welche die Symptomatik hinweist	329
e) Die Dauer des diagnostischen Verfahrens als Bestimmungsparameter für die Sorgfaltspflichtverletzung der Diagnosestellung	331
f) Die Entwicklung der Symptomatik im Zeitraum nach der Diagnosestellung – Die diagnostische Reaktion des Arztes als Bestimmungsparameter potenzieller Sorgfaltspflichtverletzung	335
g) Rechtsmethodologische Bemerkung bzw. Ergänzung	341
h) Die Bewertung der partiellen diagnostischen Zuständigkeitsübertragung auf einen Laien	342
4. Normative Richtpunkte bezüglich aus diagnostischen Irrtümern entstandenen körperlichen Beeinträchtigungen	348
a) Einführende Bemerkungen	348
b) Die Gesamtbetrachtung des Heilverfahrens	349
c) Die Entscheidungsautonomie des Patienten	350
d) Die Bedeutung des Ausgangs der Heilmaßnahmen	352
i) Erfolgsunabhängige Ansätze	352
ii) Erfolgsabhängige Ansätze	353
e) Körper und Gesundheit im Sinne der Körperverletzungstatbestände und die Bewertung des Heileingriffs	354
5. Normative Richtpunkte zur Bestimmung der diagnostischen Anforderungen in der präoperativen Phase	357
a) Allgemeines	357
i) Die Indikationsstellung	357
ii) Exkurs: Abgrenzung von diagnostischen Irrtümern in der prä-intra-postoperativen Phase und Operationsfehlern	358
b) Die präoperative Diagnostik	361
i) Die Abgrenzung der präoperativen Diagnostik von der Indikationsstellung	361

ii)	Konkretisierungsparameter für den Umfang der präoperativen Diagnostik	362
iii)	Indikationsstellung und präoperative Diagnostik je nach der Art des vorzunehmenden Eingriffs	362
iv)	Eingriffe im weiteren Sinne auf der Basis einer falschen Indikationsstellung	365
c)	Die ärztliche Verantwortung beim Überlassen potenziell gefährlicher Substanzen	367
i)	Abgrenzung von Verstößen gegen Selbstbestimmungsaufklärungs- sowie Sicherungsaufklärungspflichten	368
ii)	Die Fundierung sekundärer diagnostischer Pflichten beim Überlassen potenziell gefährlicher Substanzen	369
iii)	Die Interaktion von missbrauchsanfälligen Substanzen mit dem Rechtsinstitut der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung	370
a.	Einführende Bemerkungen	370
ß.	Die fahrlässige eigenverantwortliche Selbstgefährdung im Einzelnen	370
γ.	Abgrenzung von der einverständlichen Fremdgefährdung	372
iv)	Das Verhältnis zwischen dem Verstoß der sekundären, ärztlichen Untersuchungspflicht und der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung	373
6.	Normative Richtpunkte zur Bestimmung der Sorgfaltsanforderungen in der intraoperativen Phase	376
a)	Zeitliche Dimension der intraoperativen Phase	376
b)	Intraoperative Verifizierung der Indikation; Begriff und Umfang	376
c)	Intraoperative Überwachung der Vitalfunktionen	378
d)	Intraoperative Überwachung und Parallelnarkose	381
7.	Diagnostische Anforderungen der postoperativen Phase	381
a)	Einführende Bemerkungen	381
b)	Diagnostische Anforderungen hinsichtlich der Vitalfunktionen bzw. etwaiger Anästhesiekomplikationen	382
i)	Die lückenlose postoperative Überwachung bei komplikationslosen Verläufen	382
ii)	Postoperative diagnostische Anforderungen der Vitalfunktionen bei nicht komplikationslosen Verläufen	384
c)	Die postoperativen diagnostischen Pflichten stricto sensu	385
i)	Kontinuierliche postoperative Überwachung und für welchen Zeitraum?	385
ii)	Exkurs: Die Problematik des Täters hinter den Tätern	386
d)	Die postoperativen diagnostischen Anforderungen im Spannungsfeld zwischen normalen Komplikationen und Alarmzeichen	387
i)	Einführende Bemerkungen	387
ii)	Der Wendepunkt vom erlaubten diagnostischen Irrtum zum Diagnosefehler	388
iii)	Wendepunkt aufgrund einer postoperativen Verlaufsänderung	389
iv)	Wendepunkt aufgrund primärer Symptomatik	390
e)	Schlussbemerkungen hinsichtlich der diagnostischen Anforderungen in der postoperativen Phase	391

Fünftes Kapitel – Ergebnisse und Schlussfolgerungen des zweiten Teils 393

Gesamtwürdigung der Ergebnisse und Schlusswort 405

Abkürzungsverzeichnis 411

Anhang medizinischer Begriffe 415

Literaturverzeichnis 427