

Prof. Dr. iur. Thomas Gutmann, M.A.

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht,  
Rechtsphilosophie und Medizinrecht an der  
Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

Reitmorstraße 51  
80538 München  
Tel. ++49(0)89 18922130  
Fax ++49(0)89 2555131310  
t.gutmann@wwu.de

## **Rechtsgutachten**

### **zur Abrechnung von MRTs als fachfremde Leistungen (nach dem Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichts, Az.: 1 ZRR 40/20 vom 18.1.2022)**

erstellt im Auftrag der Deutschen Röntgengesellschaft e.V.

15. Mai 2022

## **Inhalt**

|  |    |
|--|----|
| Hauptergebnisse .....  | 2  |
| A. Die berufsrechtliche Dimension .....  | 5  |
| B. Die behandlungsvertragliche Ebene .....   | 7  |
| I. Der behandlungsvertraglich geschuldete Standard.....  | 9  |
| 1. Grundsatz.....  | 10 |
| 2. Bestimmung des Standards.....   | 10 |
| 3. Maßstab .....   | 12 |
| 4. Standardanforderungen bei fachfremden und fachperipheren Leistungen.....                                  | 14 |
| a) Grundsatz .....   | 14 |
| b) Bestimmung der Standardanforderungen .....  | 17 |
| 5. Insbesondere: Standardanforderungen für die Anfertigung und Auswertung<br>von MRTs durch Orthopäden ..... | 19 |
| a) Standardanforderungen für MRTs .....  | 19 |
| b) Möglichkeiten des Erwerbs des nötigen Niveaus der Kenntnisse und Erfahrungen .....                        | 21 |
| 6. Zwischenergebnis .....  | 22 |
| 7. Darlegungslasten .....  | 23 |
| II. Rechtsfolgen auf der Ebene des Behandlungsvertrags.....  | 24 |
| 1. Vertragsgegenstand .....  | 24 |
| 2. Einwilligungbezogene Aufklärungspflichten .....   | 26 |

|   |    |
|---|----|
| a) Grundsatz .....  | 26 |
| b) Rechtsfolge .....  | 28 |
| 3. Schadensersatzanspruch auf Befreiung von der Vergütungspflicht bei<br>unbrauchbarer ärztlicher Behandlung..... | 28 |
| a) Verlust des Vergütungsanspruchs nach § 628 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB nach<br>Kündigung.....                       | 28 |
| aa) Grundsatz .....   | 28 |
| bb) Wegfall des Interesses an den bisherigen Leistungen .....   | 29 |
| cc) Von vorneherein fehlendes Interesse des Patienten an der erbrachten<br>Dienstleistung .....                   | 30 |
| b) Übertragung auf das Recht des Schadensersatzes .....   | 32 |
| c) Zwischenergebnis.....  | 33 |
| 4. Grenze: Standardabsenkende Vereinbarung i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB.....  | 33 |
| a) Grundsatz .....  | 33 |
| b) Voraussetzungen des wirksamen Abschlusses der Vereinbarung .....   | 34 |
| C. Gebührenrechtliche Folgen.....   | 35 |
| I. Allgemeines Gebührenrecht .....  | 35 |
| II. Abrechenbarkeit als „eigene Leistung“ .....   | 36 |

## Hauptergebnisse

1. Ein Verstoß eines Arztes gegen das Beschränkungsgebot in Art. 34 des Bayerischen Heilberufe-Kammergesetzes (HKaG) bzw. des § 34 Abs. 1 HeilberufeG Hessen führt *nicht* zur (Teil-) Nichtigkeit des Behandlungsvertrags nach § 134 BGB.
2. Der den vertragsrechtlich geschuldeten Standard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB definierende „jeweilige Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat“, kann sich nicht aus den groben Gebietsdefinitionen ergeben, die in den Weiterbildungsordnungen für Ärzte enthalten sind. Als Referenz für die zur Bestimmung des behandlungsvertraglichen Standards relevanten medizinisch-fachlichen Erkenntnisse und Erfahrungen können nur die konkreten *Weiterbildungsinhalte* dienen.
3. Die Inhalte und Anforderungen der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ definieren den vom Behandelnden bei der Durchführung und Befundung einer MRT vertragsrechtlich geschuldeten Standard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB zwar nicht im formellen Sinn, wohl aber (zumindest näherungsweise) *der Sache nach*.

Dass ein Behandelnder *grundsätzlich* hinreichend dazu befähigt ist, eine Magnetresonanztomographie standardgemäß durchzuführen, setzt voraus, dass er über Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten für die Durchführung und Befundung einer (gebietsbezogenen) Magnetresonanztomographie verfügt, die *ihrem Niveau nach mit jenen vergleichbar sind*, die durch die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ erworben werden („MRT-Standard“).

4. Da der Standard gemäß § 630a Abs. 2 BGB nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar durch die Inhalte der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ bestimmt wird, kann die erforderliche Qualifikation für die Durchführung von Magnetresonanztomographien grundsätzlich auch anders als durch die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ erworben werden. Eine nicht-formalisierte Nachqualifizierung *kann* ausreichend sein. Im Hinblick auf den behandlungsvertraglich geschuldeten Standard wird zum Erreichen des geforderten Niveaus die Zusatz-Weiterbildung faktisch aber nahezu alternativlos sein, weil auch eine nicht-formalisierte Qualifizierung außerhalb der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ im Wesentlichen die gleichen Inhalte abbilden sowie im Wesentlichen die gleichen Kenntnisse und Kompetenzen vermitteln muss und sich auch im Hinblick auf den Grad der zu erwerbenden Erfahrung nicht wesentlich von der Zusatz-Weiterbildung unterscheiden kann.
5. Trägt der (beweisbelastete) Patient im Prozess Zweifel daran vor, dass der Orthopäde, der seine MRT angefertigt hat, hierfür den nach § 630a Abs. 2 BGB geschuldeten Standard einhalten konnte, so trifft den Arzt eine sekundäre Darlegungslast. Er muss darlegen, dass er entweder aa) die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ absolviert oder bb) die entsprechenden Kenntnisse und Erfahrungen auf dem geforderten Niveau anderweitig adäquat erworben hat. Vermag er dies nicht, ist i.E. davon auszugehen, dass er die MRT nicht fachgerecht erbringen konnte.
6. Fehlt dem Behandelnden der geforderte Stand an Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen, um den „MRT-Standard“ einhalten zu können, so gilt zivilrechtlich Folgendes:
  - a) Ist für den Patienten nicht (durch ausdrücklichen Hinweis des Arztes oder aus den Umständen) klar, dass die Magnetresonanztomographie gerade durch seinen Orthopäden und nicht etwa durch einen Radiologen angefertigt werden soll, kann der Orthopäde nach §§ 133, 157 BGB nicht davon ausgehen, dass der Patient sich gerade bei ihm einer MRT unterziehen will und die Anfertigung der MRT Vertragsgegenstand ist. In diesem Fall entsteht von vorneherein kein vertraglicher Honoraranspruch aus § 630a Abs. 1 BGB.
  - b) Ein Orthopäde (oder ein anderer Nicht-Facharzt für Radiologie), der den geschuldeten Standard für die Anfertigung und Befundung einer MRT im Sinne des § 630a

Abs. 2 BGB – d.h. einen Stand an Aus-, Weiterbildung und Erfahrung, der seinem Niveau nach mit jener Weiterbildung und Erfahrung vergleichbar ist, die durch die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ erworben wird („MRT-Standard“) – nicht garantieren kann, muss seinen Patienten i.S.d. § 630e BGB hierüber *aufklären*. Fehlt diese Aufklärung (die Beweislast liegt insoweit beim Arzt, § 630h Abs. 2 BGB), ist die vom Patienten erteilte Einwilligung unwirksam und die gesamte Maßnahme „MRT“ deshalb i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB vertragsrechtlich pflichtwidrig (rechtswidrig). In diesem Fall kann der Patient dem Entgeltanspruch des Behandlenden sowohl nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen als auch nach der neuesten Rechtsprechung des BGH Schadensersatzansprüche auf Befreiung von der Vergütungspflicht entgegenhalten.

- c) Wenn dem Orthopäden die genannten fachspezifischen Voraussetzungen fehlen und er mangels entsprechender Aus-, Weiterbildung und Erfahrung den geforderten „MRT-Standard“ objektiv nicht einhalten kann, haben der Patient bzw. seine Versicherung, sofern sie nicht bereits bezahlt haben, einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, der unmittelbar auf Befreiung von der Vergütungspflicht gerichtet ist. Wurde bereits bezahlt, ist der Schadensersatzanspruch auf Rückerstattung des bereits gezahlten Honorars gerichtet. Soll dies anders sein, muss der Orthopäde bzw. ein anderer nichtradiologischer Facharzt mit dem Patienten in Bezug auf die MRT eine standardabsenkende Vereinbarung i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB schließen. Eine solche Vereinbarung setzt zwingend die vorherige eingehende vergleichende Aufklärung des Patienten durch den Behandlenden gemäß § 630e Abs. 1 S. 3 BGB über die standardwahrenden Behandlungsalternativen (sowie die entsprechende Information gemäß § 630c Abs. 2 S. 1 BGB) voraus.
7. Ein Arzt, der nicht über den „MRT-Standard“ verfügt, kann die Anfertigung von MRTs nicht delegieren und gleichwohl (als eigene Leistungen) abrechnen, weil er nicht im Sinn des § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ in der Lage ist, diesbezüglich „fachliche Weisungen“ zu erteilen.

## Im Einzelnen:

### A. Die berufsrechtliche Dimension

In den vorliegend interessierenden Fällen geht es um die Frage, ob ein privatärztlich<sup>1</sup> tätiger Facharzt für Orthopädie (bzw. ein Chirurg, Unfallchirurg oder anderer Arzt), der weder Facharzt für Radiologie ist noch eine – fachgebundene – Zusatz-Weiterbildung Magnetresonanztomographie absolviert hat (im Folgenden regelmäßig kurz: der Orthopäde), zivilrechtlich einen abrechenbaren Honoraranspruch aus einem Behandlungsvertrag für die Anfertigung (und Befundung) von Magnetresonanztomographie-Untersuchungen (MRT) erwirbt<sup>2</sup> bzw. ob die Zahlung eines solchen Honorars verweigert oder ein bereits bezahltes Honorar zurückgefordert werden kann.

In dem vom Bayerischen Obersten Landesgericht<sup>3</sup> entschiedenen Fall hat die Klägerin, ein privater Krankenversicherer, aus übergegangenem Recht ihrer Versicherungsnehmer die Rückzahlung ärztlicher Honorare begehrt, die der Beklagte, ein niedergelassener Facharzt für Orthopädie, Chirurgie und Unfallchirurgie, für von ihm in den Jahren 2011 bis 2016 auf der Grundlage eines Kooperationsvertrags mit einem Krankenhaus erbrachte Magnetresonanztomographie-Untersuchungen abgerechnet hat. Eine – fachgebundene – Zusatz-Weiterbildung Magnetresonanztomographie, die in Bayern mit der Weiterbildungsordnung für die Ärzte Bayerns vom 24. April 2004 eingeführt worden ist<sup>4</sup>, hatte der Beklagte nicht absolviert.

Das Bayerische Oberste Landesgericht hat darauf erkannt, dass ein Verstoß gegen das Beschränkungsgebot in Art. 34 des Bayerischen Heilberufe-Kammergesetzes (HKaG)<sup>5</sup> nicht zur (Teil-) Nichtigkeit des Behandlungsvertrags nach § 134 BGB führt.<sup>6</sup>

Es sprechen überwiegende Gründe für die Richtigkeit dieser Ansicht. Bei der Anwendung von § 134 BGB auf den Behandlungsvertrag ist insbesondere bei Normen, die sich nur an

---

<sup>1</sup> Leistungserbringung und Vergütung sind im *vertragsärztlichen* Bereich im Grundsatz auf das jeweilige Fachgebiet bzw. die jeweilige Fachgruppe beschränkt. Siehe hierzu grundsätzlich BVerfG 16.7.2004 – 1 BvR 1127/01, MedR 2004, 608 mit Anmerkung Wigge NZS 2005, 176 und BVerfG 2.5.2018 – 1 BvR 3042/14, NJW 2018, 3299.

<sup>2</sup> Zu den Prozesskonstellationen vgl. Finn, ZMGR 2022, 77.

<sup>3</sup> BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, GesR 2022, 194 = MDR 2022, 486 = BeckRS 2022, 1234, im Nachgang zu OLG Nürnberg 9.3.2020 – 5 U 634/18, MedR 2021, 147 = GesR 2021, 128.

<sup>4</sup> Im Bereich der Ärztekammer Hessen wurde die Zusatz-Weiterbildung MRT zum 15.08.2005 eingeführt.

<sup>5</sup> „Wer eine Gebietsbezeichnung führt, darf grundsätzlich nur in dem Gebiet, wer eine Teilgebietsbezeichnung führt, muss auch in dem Teilgebiet tätig sein, dessen Bezeichnung er führt.“ Die für Hessen geltende, gleichlautende Regelung findet sich in § 34 Abs. 1 Heilberufsgesetz vom 15. Dezember 2020 (GVBl. S. 950, 951).

<sup>6</sup> BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, GesR 2022, 194, juris Rn. 15 ff., m.w.N. auch zur Gegenansicht in Rn. 20. Siehe zur Gegenansicht etwa LG Mannheim 17.11.2006 – 1 S 227/05, juris Rn. 18 ff., NJW-RR 2007, 1426; Uleer/Miebach/Patt/Miebach, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, <sup>3</sup>2006, § 1 GOÄ Rn. 13; Voelkel, Das gerechte Honorar nach der Gebührenordnung für Ärzte, 2016, 76 und Laufs/Kern/Rehborn/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts <sup>5</sup>2019, § 74 Rn. 26. Offenlassend LG Darmstadt 13.5.2020 – 19 O 550/16, juris Rn. 13, GesR 2021, 58.

eine Partei – hier: den Arzt – richten, Zurückhaltung geboten.<sup>7</sup> Dies ist auch deshalb der Fall, weil es meist gerade die Interessen des gesetzestreuen Patienten gebieten, ihm zumindest seine vertraglichen Neben- und Schadensersatzansprüche zu belassen.<sup>8</sup> Vor allem ist hier der verfassungsrechtliche Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG zu sehen, gemessen an dem nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts „ein an Ärzte gerichtetes Verbot der Betätigung außerhalb des Fachgebiets den verfassungsrechtlichen Anforderungen nur gerecht [wird], wenn es lediglich als eine – Ausnahmen zugängliche – allgemeine Richtlinie gilt und keine allzu enge Auslegung stattfindet“.<sup>9</sup> Eine generelle Verpflichtung, Patienten mit Erkrankungen (oder diagnostischem Bedarf) auf einem bestimmten Gebiet an einen für dieses Gebiet zuständigen Facharzt zu verweisen, ist hiermit nicht vereinbar.<sup>10</sup> Auch ist der Schutz vor Konkurrenz kein Zweck, der einen Grundrechtseingriff in diesem Zusammenhang erlaubt.<sup>11</sup> Sodann spricht Überwiegendes dafür, dass ein Verstoß gegen Art. 34 Abs. 1 BayHKaG auch nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht die (Teil-) Nichtigkeit des Behandlungsvertrags nach sich zieht; die Normen richten sich nicht gegen die privatrechtliche Wirksamkeit des Behandlungsvertrags und den damit verbundenen wirtschaftlichen Erfolg.<sup>12</sup> Auch der Umstand, dass die einschlägigen landesrechtlichen Norm ausdrücklich Ausnahmen zulassen („grundsätzlich nur in dem Gebiet“) spricht gegen ihren Charakter als Verbotsnorm – nicht zuletzt deshalb, weil für den einzelnen Behandlungsvertrag jeweils unklar wäre, ob er bereits unter das Verbot fällt oder nicht.<sup>13</sup> Aus all dem ergibt sich, dass Art. 34 Abs. 1 BayHKaG bzw. § 34 Abs. 1 HeilberufeG Hessen<sup>14</sup> auch dann keine Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB

---

Ein nur gegen eine Partei gerichtetes, dem Schutz des Vertragspartners dienendes Verbot lässt die Wirksamkeit des gleichwohl vorgenommenen Rechtsgeschäfts in der Regel unberührt, soweit es dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes nicht zuwiderliefe, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen (BGH 12.5.2011 – III ZR 107/10, NJW-RR 2011, 1426; BGH 20.12.1984 – VII ZR 388/83, NJW 1985, 2403, 2404; BGH 14.12.1999 – X ZR 34/98, NJW 2000, 1186, 1187; siehe zu einseitigen Verstößen gegen die ärztliche Schweigepflicht gem § 203 StGB allerdings BGH 10.7.1991 – VIII ZR 296/90, BGHZ 115, 123, 125; BGH 11.12.1991 – VIII ZR 4/91, BGHZ 116, 268, 272 und BGH 10.10.2013 – III ZR 325/12, NJW 2014, 141, 142, jeweils für Konstellationen außerhalb des Behandlungsvertrags); Staudinger/Gutmann, 2021, § 630a Rn. 116; Finn, ZMGR 2022, 77, 79.

<sup>8</sup> Staudinger/Gutmann, 2021, § 630a Rn. 116; Hahn/Sendowski, NZS 2011, 728, 732; Finn, ZMGR 2022, 77, 79.

<sup>9</sup> BVerfG (K) 1.2.2011 – 1 BvR 2383/10, juris Rn. 21, MedR 2011, 572 und bereits BVerfG 9.5.1972 – 1 BvR 518/62, juris Rn. 129, BVerfGE 33, 125 (der Senat sieht in Rn. 130 allerdings eine Grenze in einer „systematischen“ Tätigkeit des Beschwerdeführers außerhalb seines Fachgebiets).

<sup>10</sup> Ebenda, juris Rn. 27.

<sup>11</sup> BVerfG (K) 1.2.2011 – 1 BvR 2383/10, juris Rn. 29, MedR 2011, 572 mit Verweis auf BVerfG (K) 9.3.2000 – 1 BvR 1662/97, juris Rn. 23 f., NJW 2000, 3057.

<sup>12</sup> BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, juris Rn. 29, GesR 2022, 194 = MDR 2022, 48.

<sup>13</sup> BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, juris Rn. 24, GesR 2022, 194 = MDR 2022, 48; vgl. auch OLG Nürnberg 9.3.2020 – 5 U 634/18, juris Rn. 17, MedR 2021, 147 und grundsätzlich auch Finn, GesR 2021, 84, 88 sowie Hahn/Sendowski, NZS 2011, 728, 729 f.

<sup>14</sup> Siehe § 34 Abs. 1 des Hessischen Gesetzes über die Berufsvertretungen, die Berufsausübung, die Weiterbildung und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Psychologischen Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten (Heilberufsgesetz, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.12.2020 [GVBl. S. 950 f] – „Wer eine Gebietsbezeichnung führt, darf grundsätzlich nur in dem Gebiet, wer eine Teilgebietsbezeichnung führt, darf im Wesentlichen nur in den Teilgebieten tätig werden, deren Bezeichnung er führt.“)

sein können, wenn ein Nichtradiologe berufsrechtswidrig in nicht nur geringem Umfang oder gar systematisch MRTs anfertigt.<sup>15</sup> Das Vorstehende trifft auch auf die im Wesentlichen gleichlautenden berufsrechtlichen Normen anderer Bundesländer zu.

## **B. Die behandlungsvertragliche Ebene**

Honoraransprüche des Orthopäden werden jedoch häufig auf behandlungsvertraglicher Ebene scheitern.

Die öffentlich-rechtliche Ebene des Berufsrechts<sup>16</sup> und die zivilrechtliche des Behandlungsvertrags stehen nebeneinander und ergänzen sich. Sowohl das Bundesverfassungsgericht<sup>17</sup> als auch das Bayerische Oberste Landesgericht<sup>18</sup> und das Bundessozialgericht<sup>19</sup> weisen zu Recht darauf hin, dass dem Schutz der Patienten vor allem durch die dem Arzt obliegende Prüfung, ob er aufgrund seiner Fähigkeit und der sonstigen Umstände in der Lage ist, seinen Patienten nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu behandeln, Rechnung getragen werde; es seien die bestehenden Haftungsrisiken und die sich aus § 280 Abs. 1 BGB ergebenden Gegenansprüche des Patienten gegen den Vergütungsanspruch des Behandelnden, die hier regulatorisch wirkten.<sup>20</sup> Insoweit ist entscheidend, ob die tatsächlichen Kenntnisse und Fähigkeiten des behandelnden Arztes dem nach einem objektiv-typisierenden Maßstab zu beurteilenden medizinischen Standard genügen.<sup>21</sup> Bei der Anforderung der Wahrung des medizinischen Standards handelt es sich nicht um die berufsrechtliche Dimension der Therapiefreiheit, sondern, mit einem Wort Frahms, um die „Einschränkung der Therapiefreiheit

---

<sup>15</sup> A.A. Spickhoff/Spickhoff<sup>3</sup>, § 1 Rn. 14 GOÄ.

Vgl. den Fall LG Mannheim 17.11.2006 – 1 S 227/05, NJW-RR 2007, 1426: Hier wurden sämtliche im Praxisbetrieb als notwendig angesehenen MRTs gebietsfremd durchgeführt (mehrere hundert jährlich, in mehreren Jahren über 6.000).

<sup>16</sup> Obwohl außer Frage steht, dass die Gesetzgeber mit der Gebietsbeschränkung das legitime Gemeinwohlziel verfolgen, die Qualität der fachärztlichen Tätigkeit zu sichern, vgl. BVerfG (K) 1.2.2011 – 1 BvR 2383/10, juris Rn. 22, MedR 2011, 572 am Beispiel des § 31 Abs. 3 HmbKGGH.

<sup>17</sup> Siehe BVerfG (K) 1.2.2011 – 1 BvR 2383/10, juris Rn. 27, MedR 2011, 572: „Zwar hat ein Arzt in jedem Einzelfall zu prüfen, ob er aufgrund seiner Fähigkeiten und der sonstigen Umstände [...] in der Lage ist, seinen Patienten nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu behandeln. Vorbehaltlich dieser Prüfung ist er aber, unabhängig vom Vorhandensein von Spezialisierungen, berechtigt, Patienten auf allen Gebieten, die von seiner Approbation umfasst sind, zu behandeln.“

<sup>18</sup> BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, juris Rn. 38 f, GesR 2022, 194 = MDR 2022, 48.

<sup>19</sup> Das BSG (11.10.2006 – B 6 KA 1/05 R, juris Rn. 23, BSGE 97, 158 [kernspintomographische Untersuchungen der Herzregion]) nimmt selbst für das stark reglementierte Vertragsarztrecht an, dass ein Arzt Leistungen ohne entsprechende Erfahrungen „schon aus Haftungsgründen nicht anbieten wird, soweit er sich nicht entsprechend nachqualifiziert hat“.

<sup>20</sup> So auch Finn GesR 2021, 84, 86: „Maßgeblich ist insoweit ohnedies das Damoklesschwert ‚Arzthaftung‘“.

<sup>21</sup> Vgl. BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, juris Rn. 38 f, GesR 2022, 194 = MDR 2022, 48 mit Verweis auf Staudinger/Gutmann, 2021, § 630a Rn. 134 f. Siehe auch OLG Nürnberg 9.3.2020 – 5 U 634/18, juris Rn. 24, MedR 2021, 147 („Eine von der Gebietskonformität zu trennende Frage ist diejenige nach der fachlichen Befähigung zur Durchführung von Magnetresonanztomografien“).

durch das Haftungsrecht“.<sup>22</sup> Die Frage, wann ein Nichtradiologe in der Lage ist, seinen Patienten bei der Anfertigung und Befundung einer MRT nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu behandeln, wurde durch das BayObLG aus prozessrechtlichen Gründen im konkreten Fall nicht geprüft und vertieft.<sup>23</sup> Um sie soll es im Folgenden gehen.

Die folgenden Überlegungen beginnen mit der Prüfung der Frage, welcher behandlungsvertragliche Standard im Sinne des § 630a Abs. 2 BGB gilt, wenn ein Orthopäde (oder ein anderer Arzt), der weder Facharzt für Radiologie ist, noch eine – fachgebundene – Zusatz-Weiterbildung Magnetresonanztomographie absolviert hat, eine Magnetresonanztomographie-Untersuchung durchführt. Es wird hierbei gezeigt werden, dass die Inhalte und Anforderungen der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ den vom Behandelnden bei der Durchführung und Befundung einer MRT vertragsrechtlich geschuldeten Standard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB zwar nicht im formellen Sinn, wohl aber (zumindest näherungsweise) der Sache nach definieren. Sodann ist zu prüfen, welche zivilrechtlichen Rechtsfolgen es hat, wenn ein Orthopäde, der *nicht* über MRT-spezifische Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, die dem *Niveau* der Inhalte und Anforderungen der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ entsprechen, eine MRT durchführt und befundet. Es wird hierbei gezeigt werden, dass dies Auswirkungen auf die Fragen hat,

- ob über die Anfertigung der MRT überhaupt ein Behandlungsvertrag als Grundlage eines Honoraranspruchs zustande kommt (B.II.1),
- ob der Orthopäde seinen Patienten hinsichtlich der MRT wirksam aufgeklärt hat und er eine wirksame Einwilligung in die Durchführung dieser diagnostischen Maßnahme erlangt hat (B.II.2),
- ob der Patient bzw. (aus übergegangenem Recht) seine Versicherung aus § 280 Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch haben können, der unmittelbar auf Befreiung von der Vergütungspflicht bzw. auf Rückzahlung einer bereits bezahlten Vergütung gerichtet ist (B.II.3),

---

<sup>22</sup> Frahm, GesR 2005, 529. Deshalb besteht letztlich kein Widerspruch darin, dass ein Verstoß gegen die Fachgebietsgrenzen gegebenenfalls als Berufsrechtsverstoß von der Ärztekammer geahndet werden kann, aber die privatrechtliche Wirksamkeit des Behandlungsvertrages grundsätzlich nicht hindert.

<sup>23</sup> Das BayObLG benennt die Restriktion seiner Argumentation selbst (BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, juris Rn. 41, GesR 2022, 194): „An die tragende Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte verwirkliche in seiner Person die erforderliche Qualifikation (juris Rn. 25), ist das Revisionsgericht in Ermangelung eines hierauf gerichteten Revisionsangriffs gemäß § 559 Abs. 2 ZPO gebunden.“ Siehe allerdings die problematischen Ausführungen der Vorinstanz OLG Nürnberg 9.3.2020 – 5 U 634/18, juris Rn. 31, MedR 2021, 147: „Einen Maßstab, anhand dessen festgestellt werden könne, ob die Qualifikation eines Arztes, der nicht Facharzt für Radiologie ist, ausreicht, um ihn zur Abrechnung von magnetresonanztomografischen Diagnostik-Leistungen zu berechtigen, zeigt die Klägerin nicht auf“. Wie zu zeigen sein wird, gibt es einen solchen Maßstab indessen.



- sowie schließlich, ob der Orthopäde, der die Anfertigung einer MRT, die er nicht selbst erbringt, i.S.d. § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ „unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung“ von Dritten erbringen lassen und als eigene Leistungen abrechnen kann (C).<sup>24</sup>

Schon an dieser Stelle kann festgehalten werden, dass es einen Fehlschluss darstellt, aus dem Umstand, dass eine Maßnahme noch in den generellen, berufsrechtlich bestimmten Tätigkeitsbereich eines Facharztes (sein „Gebiet“ als Teil in einer Fachrichtung der Medizin) fällt, zu folgern, dass für die Maßnahme ein Honoraranspruch besteht und der Facharzt befugt ist, diesen gegenüber Privatpatienten abzurechnen, ohne zivilrechtlich nach dem einschlägigen Sorgfaltsstandard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB (und den Folgen seines Nichtvorliegens) zu fragen (siehe näher unten, I.4.b).<sup>25</sup>

## I. Der behandlungsvertraglich geschuldete Standard

Obgleich sich die Frage, ob ein Behandelnder den geschuldeten Standard nach § 630a Abs. 2 BGB eingehalten hat, in der gerichtlichen Praxis des Arzthaftungsrechts regelmäßig nur im konkreten Fall und insbesondere dann stellt, wenn beim Patienten ein Gesundheitsschaden eingetreten ist, wirft das Recht des Behandlungsvertrags die Frage, ob ein Behandelnder *grundsätzlich* hinreichend dazu befähigt ist, eine bestimmte medizinische Maßnahme durchzuführen, an mehreren Stellen auf, namentlich im Bereich der Übernahmepflichtverletzung (vgl. § 630h Abs. 4 BGB). Im Folgenden wird danach gefragt, unter welchen Voraussetzungen ein Orthopäde *überhaupt* reklamieren kann, bei der Anfertigung und Auswertung einer MRT den hierfür von § 630a Abs. 2 BGB geforderten Standard einhalten zu können. Es geht um die „Einhaltbarkeit des medizinischen Standards *ex ante*“.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Hinzu kommt, dass Leistungserbringung ohne hinreichende Kenntnisse und Erfahrungen wegen Verstoßes gegen die Pflicht zur gewissenhaften Berufsausübung berufsrechtlich zu untersagen wäre (vgl. Finn GesR 2021, 84, 86).

<sup>25</sup> Idealtypisch kurzschlüssig LG Darmstadt 13.5.2020 – 19 O 550/16, juris Rn. 11 ff., GesR 2021, 58 in einem Fall, in dem Orthopäden einen eigenen Magnetresonanztomographen (MRT) betreiben: Der Tätigkeitsbereich von Fachärzten für Orthopädie umfasse nach der Weiterbildungsordnung auch das „Erkennen“ orthopädischer Erkrankungen. Zum „Erkennen“ gehöre neben der Beurteilung und Auswertung von MRT-Bildern, die von einem Radiologen fremdgefertigt sind, auch das eigene Anfertigen entsprechender MRT-Bilder (mit Hilfe des offensichtlichen Fehlschlusses, dies ergebe sich daraus, dass ohne Erstellung bzw. Anfertigung eines entsprechenden Bildes ein „Erkennen“ nicht möglich sei). Weil MRT-Untersuchungen durch Orthopäden mit der erworbenen Facharztbezeichnung „Facharzt für Orthopädie“ als gebietskonform i.S.d. § 34 Hess. HeilBerG aufzufassen seien, erfolgten sie (so der zweite Fehlschluss der Kammer) „demzufolge auch [...] entsprechend den Regeln der ärztlichen Kunst i.S.d. § 1 II GOÄ.“ Aus diesem Grunde seien die Orthopäden (so der dritte Fehlschluss der Kammer) zugleich auch befugt, das für MRT-Untersuchungen anfallende Honorar gegenüber Privatpatienten abzurechnen. Ähnlich Warntjen MedR 2021, 225, 229. Ebenso bereits im Ansatz verfehlt LG Berlin 16.1.2019 – 84 O 300/17, juris Rn. 18, MedR 2020, 848 (Weil die Anfertigung und Auswertung von MRT-Aufnahmen zum Gebiet eines Facharztes für Chirurgie und Unfallchirurgie gehöre, verfüge dieser auch über die fachliche Qualifikation zu ihrer Durchführung).

<sup>26</sup> So zutreffend Finn, ZMGR 2022, 77, 80.

## 1. Grundsatz

Gemäß § 630a Abs. 2 hat „die Behandlung [...] nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist“. § 630a Abs. 2 BGB definiert die Pflicht des Behandelnden aus dem Schuldverhältnis „Behandlungsvertrag“ und spezifiziert zugleich den in § 276 Abs. 2 BGB (Fahrlässigkeit) niedergelegten allgemeinen Sorgfaltsstandard des Zivilrechts speziell für den Arzt als Partei des Behandlungsvertrags.<sup>27</sup>

## 2. Bestimmung des Standards

Der zum Zeitpunkt der Behandlung bestehende, allgemein anerkannte fachliche Standard i.S.d § 630a Abs. 2 BGB (bzw. die hierfür allgemein anerkannte Kurzbezeichnung „Standard medizinischer Behandlung“) sind *Rechtsbegriffe*. Ihre Funktion liegt in der Bestimmung rechtlicher Verhaltenserwartungen an den Arzt. Die Schwierigkeiten im Umgang mit diesem Begriff liegen zum einen in der genauen Bestimmung des Verhältnisses zwischen seinen i.e.S. medizinischen Inhaltselementen und der an diese anknüpfenden spezifisch rechtlichen Wertungen, zum anderen in der bisweilen Verwirrung stiftenden Mehrdeutigkeit des Standardbegriffs, der einerseits in *rechtlicher* Hinsicht objektive Sorgfaltsanforderungen meint, andererseits aber auch zur Bezeichnung der in der *medizinischen Praxis* (bisher) vorherrschend angewandten und anerkannten Methoden dient.

Für die ständige Rechtsprechung und die ihr folgende Literatur gibt der

„Standard [...] Auskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann. Er repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat“.<sup>28</sup>

Die Bestimmung des „Standards medizinischer Behandlung“ i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB geht in einem ersten Schritt vom medizinischen Wissen aus. Die Frage, was der „Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung“ ist, „der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat“, ist eine Frage der Medizin als Wissenschaft, die in erster Linie mit evidenzbasierten Methoden – nicht aber mit den Mitteln des Rechts oder der Rechtswissenschaft – zu beantworten ist.

---

<sup>27</sup> BT-Drucks 17/10488, 19.

<sup>28</sup> BGH 22.12.2015 – VI ZR 67/15, juris Rn. 8, NJW 2016, 713; BGH 24.2.2015 – VI ZR 106/13, NJW 2015, 1601, 1601 m.w.N.; BGH 15.4.2014 – VI ZR 382/12, NJW-RR 2014, 1053, 1054, vgl. BGH 21.12.2010 – VI ZR 284/09, BGHZ 188, 29); so die allgemeine Ansicht in der Literatur, vgl. Frahm GesR 2005, 529, 530. Dies hat die Gesetzesbegründung (BT-Drucks 17/10488, 19) aufgenommen.

Eine juristische Qualitätskontrolle medizinisch-fachlicher Aussagen gibt es nicht.<sup>29</sup> Insoweit kann *diese* Antwort – der „medizinische Standard“ – vom Recht nur übernommen werden, allerdings nicht „als“ der rechtliche Standard, sondern nur als ein wesentliches Element zu seiner Bestimmung. Es handelt sich um eine „kontrollierte Rezeption“.<sup>30</sup> Im Prozess ist dieser *medizinische* Standard – als Element des gesuchten *normativen* Standards – anhand eines medizinischen Sachverständigengutachtens festzustellen. Der Richter darf, wie die Rechtsprechung zu Recht betont, diesen „medizinischen Standard nicht [...] allein aus eigener rechtlicher Beurteilung heraus“ bestimmen<sup>31</sup>, weil eine rechtliche Antwort auf eine medizinische Frage ein Kategorienfehler wäre. Gleichwohl gibt es jeweils eine rechtliche Fragestellung, auf die hin und in deren Rahmen der medizinische Sachverständige zur Perspektive der Medizin eine Antwort zu geben hat.

Dass die Behandlung nach den zum jeweiligen Zeitpunkt bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat, belegt, dass sich der medizinische Standard aus drei Elementen zusammensetzt: dem Stand der (1) wissenschaftlichen Erkenntnisse und (2) der praktischen ärztlichen Erfahrung sowie (3) der Akzeptanz des in Frage stehenden Vorgehens in der ärztlichen Profession.<sup>32</sup> Wenngleich der Begriff des medizinischen Standards grundsätzlich „auf die in der Praxis bereits befolgten Verhaltensmuster ausgerichtet“ ist<sup>33</sup>, wird hierbei jedoch nicht einfach auf die faktisch vorfindliche Praxis rekurriert, sondern vielmehr darauf, welche Anforderungen die Medizin selbst an diese Praxis stellt. Der Standard ist ein „normativer Idealtypus“<sup>34</sup>, er zielt auf eine „gute medizinische Praxis“<sup>35</sup> und enthält eine (evidenzbasierte) normative Bewertung in Form einer begründeten Handlungsempfehlung aus medizinischer Sicht<sup>36</sup>, die den Arzt auffordert, sich in der konkreten Behandlungssituation im Lichte des „jeweiligen Stand[s] der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat“<sup>37</sup>, zu verhalten. Leitlinien, auf die sich die medizinischen Fachkreise in der Intention einigen, „systematisch entwickelte Entscheidungshilfen über die angemessene ärztliche Vorgehensweise bei speziellen gesundheitlichen

---

<sup>29</sup> Hart, VSSR 2002, 265, 277.

<sup>30</sup> Taupitz, AcP 201 [2011] 352, 357 unter Verweis auf Nicklisch, NJW 1982, 2633, 2642.

<sup>31</sup> BGH 29.11.1994 – VI ZR 189/93, NJW 1995, 776, 777. Der Tatrichter darf diesen „medizinischen Standard“ grundsätzlich nicht ohne eine entsprechende Grundlage in einem Sachverständigengutachten oder gar entgegen den Ausführungen des Sachverständigen aus eigener Beurteilung heraus festlegen (BGH 24.2.2015 – VI ZR 106/13, NJW 2015, 1601, 1602 m.w.N.; BGH 29.11.1994 – VI ZR 189/93, NJW 1995, 776); insoweit greift in der Tat ein „Professionsvorbehalt“ (Hart, GesR 2011, 387, 388; ders., MedR 2013, 159, 160).

<sup>32</sup> Hart, KritV 2005, 154, 158; ders., VSSR 2002, 265, 277.

<sup>33</sup> BT-Drucks 17/10488, 19 mit Verweis auf Taupitz, AcP 201 (2011), 352, 358.

<sup>34</sup> Taupitz, AcP 201 (2011), 352, 358.

<sup>35</sup> Frahm et al., MedR 2018, 447, 449.

<sup>36</sup> Vgl Hart, MedR 2013, 159, 160; Frahm/Jansen/Katzenmeier et al., MedR 2018, 447, 449.

<sup>37</sup> BT-Drucks 17/10488, 19; BGH 24.2.2015 – VI ZR 106/13 Rn. 7, NJW 2015, 1601 m.w.N.; Jauernig/Mansel<sup>17</sup>, § 630a Rn. 17.

Problemen“<sup>38</sup> zu bieten, können zwar den rechtlich geforderten Standard nicht festlegen<sup>39</sup>, sind für diesen aber in aller Regel wesentliche Erkenntnishilfen. Die Vermutung, dass eine Leitlinie den „Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung“ – d.h. den wesentlichen Teil der fachlich-medizinischen Grundlage für das rechtliche Urteil über die geforderte ärztliche Sorgfalt – wiedergibt, steigt mit dem Grad ihrer Evidenzbasiertheit und der Rationalität des Verfahrens ihrer Festlegung.<sup>40</sup>

### 3. Maßstab

Als Rechtsbegriff i.S.d § 630a Abs. 2 BGB ist der „Standard medizinischer Behandlung“ ein objektiv-typisierender Maßstab.<sup>41</sup> Im Arzthaftungsrecht ist „kein Raum für eine Moderierung der objektiven Sorgfaltspflichten durch subjektive Kriterien“.<sup>42</sup> Eine Negativabweichung von dem haftungsrechtlich maßgeblichen objektiven Standard begründet eine ärztliche Pflichtverletzung.<sup>43</sup> Auch Gründe, die das Verhalten des Arztes als subjektiv entschuldigbar erscheinen lassen, ändern deshalb nichts an seiner Haftung.<sup>44</sup> Infolge dieser Objektivierung des Fahrlässigkeitsbegriffs kann es sich im Allgemeinen auch nicht auswirken, ob räumliche oder personelle Engpässe die vom Standard her gebotene Behandlung erschwert haben.<sup>45</sup> Dabei bezieht sich der Begriff des medizinischen Standards nicht auf dasjenige Verhalten, welches innerhalb der Ärzteschaft faktisch praktiziert wird, sondern auf ein in

---

<sup>38</sup> AWMF/ÄZQ, ZaeFQ 2001 Suppl I, 5.

<sup>39</sup> Taupitz, AcP 201 (2011), 352, 381; MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630a Rn 127; Dressler, in: FS Geiss, 2000, 379, 381; vgl Hart, MedR 2013, 159, 160; Geiss/Greiner, Arzthaftpflichtrecht<sup>7</sup> B Rn 9a. Leitlinien können kein Sachverständigengutachten ersetzen (siehe BGH 28.3.2008 – VI ZR 57/07, GesR 2008, 361; BGH 15.4.2014 – VI ZR 382/12, juris Rn 17, NJW-RR 2014, 1053; Rehborn, GesR 2013, 257, 259; Stöhr, in: FS Hirsch, 2008, 431, 433) und nicht unbesehen als Maßstab für den Standard übernommen werden (BGH 28.3.2008 – VI ZR 57/07, GesR 2008, 361; BGH 15.4.2014 – VI ZR 382/12, NJW-RR 2014, 1053, 1054; Jauernig/Mansel<sup>17</sup> § 630a Rn 18; Bergmann/Pauge/Steinmeyer/Bergmann/Middendorf<sup>8</sup> § 630a Rn 80; Frahm/Jansen/Katzenmeier et al., MedR 2018, 447, 450). Sie sind nur eine relevante Erkenntnisquelle (Dressler, in: FS Geiss [2000] 379, 381; Jauernig/Mansel<sup>17</sup> § 630a Rn 18; OLG Köln 16.5.2012 – 5 U 234/11, juris Rn. 4) für die Ermittlung dieses Standards, mit der sich der Sachverständige auseinandersetzen muss (BGH 7.2.2011 – VI ZR 269/09, VersR 2011, 1202). Die Ermittlung des Standards ist auf dieser Grundlage dann grundsätzlich Sache des Tatrichters (BGH 15.4.2014 – VI ZR 382/12, NJW-RR 2014, 1053, 1054), der sich eines medizinischen Gutachters zu bedienen hat. Siehe BGH 15.4.2014 – VI ZR 382/12, juris Rn. 17, NJW-RR 2014, 1053 m.w.N., dazu, dass Handlungsanweisungen in Leitlinien ärztlicher Fachgremien oder Verbände deshalb nicht unbesehen mit dem medizinischen Standard gleichgesetzt werden dürfen, weil sie sowohl veraltet sein als auch dazu dienen können, Standards ärztlicher Behandlung erst für die Zukunft fortzuentwickeln.

<sup>40</sup> Vgl. für Deutschland AWMF/ÄZQ, ZaeFQ 2001 Suppl I und BÄK/KB DÄBl 1997, A2154; vgl Hart VSSR 2002, 265, 278; Bergmann/Pauge/Steinmeyer/Bergmann/Middendorf<sup>8</sup> § 630a Rn 79.

<sup>41</sup> Vgl MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630a Rn 119; Taupitz, GesR 2015, 65, 67 und bereits Boemke, NJW 2010, 1562, 1562 f.

<sup>42</sup> MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630a Rn 120.

<sup>43</sup> BGH 13.2.2001 – VI ZR 34/00, juris Rn 12, NJW 2001, 1786; BGH 6.5.2003 – VI ZR 259/02, juris Rn 14, NJW 2003, 2311.

<sup>44</sup> BGH 13.2.2001 – VI ZR 34/00, juris Rn. 12, NJW 2001, 1786.

<sup>45</sup> BGH NJW 2000, 2737; Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier<sup>8</sup> X Rn 20; vgl Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht<sup>14</sup>, Rn 169.

Wissenschaft und Praxis als erforderlich angesehenes Normalverhalten.<sup>46</sup> Der objektiv-typisierend zu bestimmende Sorgfaltsstandard ist deshalb auch unabhängig von bloßen Üblichkeiten oder gar einer praktisch herrschenden Nachlässigkeit in einem Fachkreis.<sup>47</sup> Ist für den Arzt vor Durchführung der Behandlung oder des Eingriffs erkennbar, dass die Behandlung die Grenzen seines Fachbereichs, seiner persönlichen Fähigkeiten oder der ihm zur Verfügung stehenden technisch-apparativen Ausstattung überschreitet und/oder er durch die vorgesehene Behandlung möglicherweise fachlich überfordert ist, so hat er einen anderen Arzt hinzuzuziehen oder den Patienten an ein spezialisiertes Krankenhaus zu überweisen: andernfalls liegt ein sog. Übernahmeverschulden (genauer: eine entsprechende Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 S. 1 BGB) vor.<sup>48</sup>

Der Standard ist dynamisch.<sup>49</sup> Durch das Abstellen des § 630a Abs. 2 BGB auf den „Zeitpunkt der Behandlung“ wird der dynamischen Fortentwicklung der Medizin Tribut gezollt. Der Arzt schuldet seinem Patienten Diagnose und Therapie, die dem *jeweiligen* Stand der Medizin zum Zeitpunkt der Maßnahme entsprechen.<sup>50</sup> So muss sich ein Arzt auf seinem Fachgebiet regelmäßig fortbilden und die jeweiligen Fachzeitschriften lesen, um den erforderlichen Kenntnisstand zu erreichen, zu halten und neue Erkenntnisse zeitnah im Berufsalltag umsetzen zu können, wenn sie wissenschaftlich gesichert sind.<sup>51</sup>

Bei der Auslegung des objektiven Fahrlässigkeitsbegriffs des Zivilrechts sind sodann Differenzierungen unter dem Gesichtspunkt der *Gruppenfahrlässigkeit* („Verkehrskreis“ i.S.d. § 276 BGB) sowie aufgrund der Verkehrserwartung geboten. Ein Arzt für Allgemeinmedizin schuldet im Ansatz ein geringeres Maß an Sorgfalt und Können als ein Facharzt einer anderen Sparte oder gar der Chefarzt einer Universitätsklinik.<sup>52</sup> Der „Standard“ ist mithin gruppenbezogen.<sup>53</sup>

---

<sup>46</sup> Gaßner/Strömer, MedR (30) 2012, 159.

<sup>47</sup> BGH 27.11.1952 – VI ZR 25/52, BGHZ 8, 138; Frahm et al., MedR 2018, 447, 449 f.

<sup>48</sup> MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630a Rn. 122; vgl. BGH 22.9.1987 – VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 24 ff; BGH 30.5.1989 – VI ZR 200/88, NJW 1989, 2321, 2322; OLG Köln 13.8.2014 – I-5 U 104/13, juris Rn. 22, VersR 2015, 330; Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht<sup>14</sup> Rn. 208, 305; Grüneberg/Weidenkaff<sup>81</sup>, § 630a Rn. 10; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht<sup>7</sup> Rn. 208.

<sup>49</sup> Näher Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, 277 ff.

<sup>50</sup> Vgl bereits BGH 22.9.1987 – VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 24 ff; BGH 15.4.2014 – VI ZR 382/12, NJW-RR 2014, 1053, 1054.

<sup>51</sup> OLG Koblenz 20.6.2012 – 5 U 1450/11, VersR 2012, 1304, 1305; BT-Drucks 17/10488, 19; Ulsenheimer/Gaede<sup>6</sup>, Kap I Rn, 132 ff.

<sup>52</sup> Vgl BGH 29.1.1991 – VI ZR 206/90, BGHZ 113, 297, 304; BGH 24.6.1997 – VI ZR 94/96, NJW 1997, 3090, 3091; OLG Dresden 8.8.2019 – 4 U 506/19, juris.

<sup>53</sup> Boemke NJW 2010, 1562, 1562 f.; vgl. Walter, Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, 2004, 172 ff., 197 ff.; Jansen, Der Medizinische Standard, 2019, 43 ff. Der Standard ist damit zugleich vertikal abgestuft (Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier<sup>8</sup> X Rn. 18; BeckOK/Katzenmeier [1.2.2020] § 630a Rn. 165 ff [der hier von „horizontalen Abstufungen“ spricht]; Steffen, in: FS Geiss, 2000, 487, 496; Ulsenheimer/Gaede<sup>6</sup>, Arztstrafrecht in der Praxis, Kap I Rn 110 f.; vgl. auch BGH 22.9.1987 – VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17, 24 ff; Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht<sup>14</sup> Rn. 187 und Grüneberg/Weidenkaff<sup>81</sup>, § 630a Rn. 10.

Differenziert wird auch sektoral. Erwartet wird, was von einer durchschnittlich qualifizierten Person der *Berufsgruppe* geleistet werden kann.<sup>54</sup> Rechtsprechung und herrschende Lehre haben die nach § 276 BGB geschuldete, im Verkehr erforderliche Sorgfalt seit jeher „nach dem medizinischen Standard des jeweiligen Fachgebiets“<sup>55</sup> bestimmt und sie entsprechend der starken Binnendifferenzierung der Medizin *nach Subdisziplinen aufgefächert*<sup>56</sup>: „Der Arzt muß diejenigen Maßnahmen ergreifen, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet werden“.<sup>57</sup>

#### 4. Standardanforderungen bei fachfremden und fachperipheren Leistungen

An dieser Stelle ist ein genauer Blick geboten.

##### a) Grundsatz

Der geforderte *fachgebietsspezifische Standard*, der im Allgemeinen als (objektiver) „Facharztstandard“ bezeichnet wird<sup>58</sup>, gilt gerade auch dann, wenn der tatsächlich behandelnde Arzt in diesem Gebiet selbst nicht in formellem Sinn Facharzt ist.<sup>59</sup> In *formaler* Hinsicht ist die Frage, welcher Standard behandlungsvertraglich geschuldet ist, also unabhängig von den berufsrechtlichen Normen, die das Führen von Facharztbezeichnungen – oder von Zusatz-Bezeichnungen wie „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ – regeln. Auch der im formalen Sinn Nicht-Facharzt kann – und muss – in rechtlicher Hinsicht den *materiellen* „Facharztstandard“ i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB bei einer konkreten medizinischen Behandlung erbringen. In *sachlicher* Hinsicht können Weiterbildungsnormen jedoch sehr wohl mit definieren, was aus der berufsfachlichen Sicht eines Fachbereichs als Standard zu fordern ist, weil sie ein Beleg dafür sind, welche Kenntnisse und praktischen ärztlichen Erfahrungen die ärztliche Profession von Personen erwartet, die medizinische Maßnahmen einer bestimmten Art durchführen (siehe hierzu sogleich näher unter b). Anders als es die Bezeichnung „Facharztstandard“ auf den ersten Blick nahelegt, stehen die übernommene Aufgabe (die konkrete ärztliche *Maßnahme*) und die Voraussetzungen für ihre standardgemäße Durchführung im Mittelpunkt.<sup>60</sup> Diese Ausdifferenzierung der fachlichen und infolgedessen

---

<sup>54</sup> Grüneberg/Weidenkaff<sup>81</sup>, § 630a Rn 10; Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier<sup>8</sup> X Rn. 7, 18.

<sup>55</sup> BGH 29.11.1994 – VI ZR 189/93, NJW 1995, 776, 777.

<sup>56</sup> MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630a Rn 122.

<sup>57</sup> BGH 29.11.1994 – VI ZR 189/93, NJW 1995, 776, 777; BGH 16.3.1999 – VI ZR 34/98, NJW 1999, 1778; BGH 16.5.2000 – VI ZR 321/98, NJW 2000, 2737, 2740; BGH 15.4.2014 – VI ZR 382/12, NJW-RR 2014, 1053, 1054.

<sup>58</sup> Spickhoff/Spickhoff<sup>3</sup> § 630a Rn 37; Spickhoff/Greiner<sup>3</sup> § 823 ff. BGB Rn 8; Jauernig/Mansel<sup>17</sup> § 630a Rn 17; Boemke NJW 2010, 1562, 1562.

<sup>59</sup> Allgemeine Ansicht: Jansen, Der Medizinische Standard, 2019, 46; BeckOK/Katzenmeier [1.2.2020] § 630a Rn 161; Grüneberg/Weidenkaff<sup>81</sup>, § 630a Rn. 10; Wenzel/Steinmeister BGHBl 2015, 23, 24; OLG Köln 9.1.2019 – I-5 U 25/18, juris Rn. 26, MedR 2019, 964; Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, <sup>6</sup>2018, Rn. 91; Pauge/Offenloch, Arzthaftungsrecht, <sup>14</sup>2018, Rn. 173; Teichner/Schröder, GesR 2013, 577; Boemke, NJW 2010, 1562, 1563.

<sup>60</sup> Vgl. Jansen, Der Medizinische Standard, 2019, 47 f.

auch der rechtlichen Erwartungshaltungen an das Verhalten von Ärzten ist sachlich durch die zunehmende Spezialisierung in der Medizin geboten.

Deshalb gilt: Wendet ein Arzt Untersuchungs- oder Behandlungsmethoden an, die in ein fremdes Fachgebiet fallen, hat er grundsätzlich dessen Standard zu garantieren.<sup>61</sup> Von diesem Verständnis des „fachlichen Standards“ wollte der Gesetzgeber in § 630a BGB nicht abweichen.<sup>62</sup> Der Begriff des „Fachgebiets“ ist grundsätzlich nach medizinischen Maßstäben zu beurteilen.<sup>63</sup> Hierbei geht es jedoch weder *unmittelbar* um eine berufs-, facharzt- oder weiterbildungsrechtliche Perspektive noch (wie beim Standard selbst) darum, was in der medizinischen Praxis „herkömmlicherweise“ faktisch praktiziert wird, *sondern um die sachliche Frage, in welchem medizinischen Fachbereich (oder Sub-Fachbereich) primär die wissenschaftlichen Erkenntnisse und die praktischen Erfahrungen im Hinblick auf medizinische Maßnahmen einer bestimmten Art gesammelt, bewertet und vermittelt werden.*

Deshalb stellte der BGH bereits in seinen Leitentscheidungen vom 7.10.1980 und vom 27.10.1981 darauf ab, dass ein Urologe, der mit intravenösen Kurznarkosen arbeitet, selbst über alle erforderlichen Kenntnisse verfügen muss, um die dem Patienten geschuldete Sicherheit bestmöglich zu gewährleisten, soweit er diese Narkose nicht einem Facharzt für Anästhesie überlässt<sup>64</sup>, und dass sich selbst bei einer Urogenitaltuberkulose der Standard für die Verschreibung von Tuberkulosemedikamenten durch Urologen nach den Erfahrungen, den Erkenntnissen und dem Stand der Literatur der Pneumologie richtet, weil „Tuberkulostatika [...] in der Hauptsache von Lungenfachärzten angewandt [werden], die deshalb über ihre Wirkungsweise und Gefahren Bescheid wissen müssen und über entsprechende praktische Erfahrungen verfügen“.<sup>65</sup> In diesem Sinn hat auch das OLG Naumburg festgehalten, dass sich die Anforderungen an die berufsspezifischen Sorgfaltspflichten eines Arztes nicht nach dem Fachgebiet des behandelnden Arztes, sondern nach dem Fachgebiet richten, in das die vorgenommene Behandlung fällt. Zwar würden beide Fachgebiete regelmäßig übereinstimmen; dies treffe jedoch beispielsweise dann nicht zu, wenn ein Arzt eine Behandlung

---

<sup>61</sup> Jansen, Der Medizinische Standard, 2019, 47; jurisPK-BGB/Lafontaine<sup>9</sup> § 630a Rn. 228; LG Flensburg 28.2.2019 – 3 O 5/14, juris Rn. 31. Nur klarstellend sei darauf hingewiesen, dass sich auch aus dem Urteil des BGH (15.4.2014 – VI ZR 382/12, NJW-RR 2014, 1053, Rn. 20) nichts Abweichendes ergibt. Zwar hatte der BGH dort ausgeführt: „Die Frage, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation im Zeitpunkt der Behandlung erwartet werden kann, bestimmt sich indes aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachgebiets und nicht derjenigen anderer Fachbereiche.“ Im zugrundeliegendem Fall hatten jedoch die beklagten Ärzte gerade keine Untersuchungs- und Behandlungsmethoden angewandt, die in ein fremdes Fachgebiet fielen: Bei der Maßnahme waren die beklagten Ärzte im Fachbereich der Gynäkologie und Geburtshilfe tätig. Daher lehnte der BGH es ab, den maßgeblichen medizinischen Standard aus einer Leitlinie der Gesellschaft für Neonatologie und pädiatrische Intensivmedizin herzuleiten.

<sup>62</sup> MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630a Rn 122; vgl BT-Drucks 17/10488, 19 und die Formulierungen in BGH 15.4.2014 – VI ZR 382/12, NJW-RR 2014, 1053, 1054.

<sup>63</sup> Jansen, Der Medizinische Standard, 2019, 47.

<sup>64</sup> BGH 7.10.1980 – VI ZR 176/79, juris Rn.12, BGHZ 78, 209. Vgl. Dumbs, GesR 2013, 70, 72.

<sup>65</sup> BGH, 27.10.1981 – VI ZR 69/80, juris Rn. 20, NJW 1982, 697.

übernimmt, die überhaupt nicht in sein eigenes Fachgebiet falle, oder wenn er eine interdisziplinäre Behandlung vornehme.<sup>66</sup> Das OLG Celle hat klargestellt, dass Gynäkologen dann, wenn bei einer jungen Frau in der gynäkologischen Abteilung eines Krankenhauses ein gegenüber der ursprünglich gestellten Diagnose einer Endometritis verändertes Krankheitsbild mit Anzeichen für Durchblutungsstörungen bzw. sogar für eine arterielle Thrombose auftritt, ein erfahrener Neurologe bzw. ein Gefäßspezialist zur Abklärung des Gefäßstatus hinzugezogen werden muss, also die Standards dieser Disziplinen gelten.<sup>67</sup> Das Landgericht Flensburg hat festgehalten, dass die Durchführung und ausschließliche Befundung einer Mammographie in das Fachgebiet der Radiologie gehört und bei der Durchführung und der ausschließlichen Befundung einer Mammographie deshalb ein Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe den Standard eines Facharztes für Radiologie zu wahren hat.<sup>68</sup> Aus denselben Gründen fordert der medizinische Standard auch, dass schwierige fachgebietsübergreifende Operationen von fachgebietsübergreifend zusammengestellten Operationsteams durchgeführt werden, obwohl solche Operationen von Angehörigen einer Subdisziplin immer wieder allein versucht werden.<sup>69</sup> Die Ratio hinter diesen Entscheidungen ist, dass die Heranziehung (der Standards) *des fachlich-medizinischen Referenzgebiets für die konkrete Maßnahme* unter Bedingungen einer hochspezialisierten Medizin die Wahrscheinlichkeit einer richtigen Behandlung erhöht.<sup>70</sup>

Dies gilt jedenfalls für elektive Maßnahmen, die ein Behandelnder – wie in den vorliegend interessierenden Fällen – ohne wesentlichen, d.h. notfallähnlichen – Zeitdruck freiwillig übernimmt. Angesichts des Prinzips, dass die rechtliche Standarderwartung kontextbezogen ist, also von den konkreten Behandlungsumständen abhängt<sup>71</sup>, kann dies in der Notfallmedizin<sup>72</sup> oder im Bereich von echten Zufallsbefunden anders sein. So steht es mit dem vorstehend Ausgeführten nicht im Widerspruch, wenn der BGH einen Anästhesisten, der eine Röntgenaufnahme der Lunge vor einer Meniskusoperation lediglich auf anästhesierelevante Besonderheiten auswerten soll und hierbei Anzeichen für Lungenkrebs übersieht, nur an der

---

<sup>66</sup> OLG Naumburg 13.3.2003 – 1 U 34/02, juris Rn. 45 (hier: chirurgische Versorgung einer entzündlichen Erkrankung bzw. eines Tumors im Mundbodenbereich).

<sup>67</sup> OLG Celle 28.5.2001 – 1 U 22/00, juris Rn. 28 f., VersR 2002, 854.

<sup>68</sup> LG Flensburg 28.2.2019 – 3 O 5/14, juris Rn. 31.

<sup>69</sup> Vgl. Dumbs GesR 2012, 70 anhand der Frage, ob die Entfernung eines fortgeschrittenen Gebärmutterkarzinoms mit zu befürchtenden Darmresektionen von einem fachgebietsübergreifenden Operationsteam angegangen werden muss; siehe auch OLG Naumburg 13.3.2003 – 1 U 34/02, juris Rn. 45.

<sup>70</sup> Dumbs, GesR 2013, 70, 75; siehe ebenda, 77: „Wo ein Einzelner aufgrund seiner fortschreitenden Spezialisierung über keine ausreichende Qualifikation in der vollen Breite der an ihn gestellten Aufgabe mehr verfügt, werden die Nachteile der Spezialisierung durch Kooperation zwischen den Spezialbereichen ausgeglichen.“

<sup>71</sup> Vgl. Staudinger/Gutmann, 2021, § 630a Rn. 150 f; BGH 6.12.1988 – VI ZR 132/88, BGHZ 106, 153, 160 f; Taupitz, GesR 2015, 65, 68; Frahm/Jansen/Katzenmeier et al., MedR 2018, 447, 448 f.

<sup>72</sup> Siehe Jansen, Der Medizinische Standard, 2019, 46 f. mit Fn. 67; Teichner/Schröder, GesR 2013, 577, 581 zu Haftungsfragen im Zusammenhang mit der außerklinischen Notfallbehandlung am Beispiel des „Bereitschaftsarztes“.



„berufsfachliche[n] Sicht seines Fachbereichs unter Berücksichtigung der in seinem Fachbereich vorausgesetzten Kenntnisse und Fähigkeiten“ messen will.<sup>73</sup>

#### *b) Bestimmung der Standardanforderungen*

Bei der Bestimmung der (fiktiven) Vergleichsperson, an der der fachgebietsspezifische bzw. „Facharztstandard“ für die Durchführung *einer konkreten ärztlichen Maßnahme* ausgerichtet ist, wird „eine Unterscheidung nach Fachrichtungen vorgenommen. Der Standardbegriff des Zivilrechts grenzt die relevanten medizinisch-fachlichen Erkenntnisse und Erfahrungen ausdrücklich auf diejenigen des betroffenen medizinischen Fachbereichs ein. Dessen Bestimmung erfolgt grundsätzlich anhand der klassischen Facharztgebiete.“<sup>74</sup> Diese sind der rechtswissenschaftlichen Literatur zufolge im Ausgangspunkt der (Muster-)Weiterbildungsordnung (MWBO) der Bundesärztekammer (dort insbesondere Abschnitt B) zu entnehmen;<sup>75</sup> haftungsrechtlich sind aber auch weitere Differenzierungen, etwa anhand der Zusatz-Weiterbildungen nach Abschnitt C, denkbar.<sup>76</sup>

Ein entscheidender Punkt liegt dabei darin, *dass sich der den Standard definierende „jeweilige Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat“ (siehe oben I.2.) von vorneherein nicht aus den groben Gebietsdefinitionen ergeben kann, die in den Weiterbildungsordnungen enthalten sind.* Dass z.B. nach den Bestimmungen zur Weiterbildung zum Facharzt bzw. zur Fachärztin für Orthopädie und Unfallchirurgie das „Gebiet Chirurgie“ neben der Behandlung von chirurgischen Erkrankungen und Verletzungen etc. auch deren „Erkennung“ umfasst<sup>77</sup>, ist für die Frage, ob ein Orthopäde und Unfallchirurg bei der Anwendung einer bestimmten konkreten Diagnosemethode – namentlich einer Magnetresonanztomographie – den nach § 630a Abs. 2 BGB zu fordernden

---

<sup>73</sup> BGH 21.12.2010 – VI ZR 284/09, juris Rn. 12, BGHZ 188, 29. Der Fall belegt im Umkehrschluss, dass auch die Auswertung beispielsweise einer Herz-MRT oder einer Herz-CT durch Kardiologen im Hinblick auf Zufallsbefunde mit dem Nachteil behaftet ist, dass ein Nicht-Radiologe zwar das Zielorgan beurteilen kann, die möglicherweise vorhandenen Nebenbefunde aber eher übersieht).

<sup>74</sup> Jansen, Der Medizinische Standard, 2019, 46; Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, 62018, Rn. 85 vgl. Walter, Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht, 2004, 172 ff.

<sup>75</sup> Jansen, Der Medizinische Standard, 2019, 46.

<sup>76</sup> Jansen, Der Medizinische Standard, 2019, 46; OLG Naumburg 13.3.2003 – 1 U 34/02, juris Rn. 45 (Zur Bestimmung der berufsspezifischen Sorgfaltspflichten eines Arztes genügt für die Zuordnung einer bestimmten ärztlichen Behandlung zu einem medizinischen Fachgebiet regelmäßig der Rückgriff auf den Inhalt der Weiterbildungsordnung der Ärztekammer des Landes).

<sup>77</sup> Vgl. die (Muster-)Weiterbildungsordnung (MWBO) 2018 der Bundesärztekammer, S. 64: „Das Gebiet Chirurgie umfasst die Vorbeugung, Erkennung, konservative und operative Behandlung, Nachsorge und Rehabilitation von chirurgischen Erkrankungen, Verletzungen und Verletzungsfolgen sowie angeborenen und erworbenen Formveränderungen und Fehlbildungen der Gefäße, der inneren Organe einschließlich des Herzens, der Stütz- und Bewegungsorgane sowie der Wiederherstellungs- und Transplantationschirurgie“.

Standard einhalten kann, *irrelevant*.<sup>78</sup> Die Definition des „Gebiets“ (als Teil in einer Fachrichtung der Medizin) beschreibt nur grob die berufsrechtlichen Grenzen für die Ausübung der fachärztlichen Tätigkeit. Ob „MRT-Untersuchungen aus orthopädischer / unfallchirurgischer Sicht fachgebietskonform sind“<sup>79</sup> oder nicht oder ob es sich für den Orthopäden also um eine „fachgebunden[e] Bildgebung“<sup>80</sup> handelt oder nicht, ist für die Frage des vom Orthopäden zu fordernden Standards deshalb *ohne Bedeutung*.

Als mögliche Referenz für die zur Bestimmung des behandlungsvertraglichen Standards „relevanten medizinisch-fachlichen Erkenntnisse und Erfahrungen“ können, soweit man hierfür die Weiterbildungsregelungen heranzieht, von vorneherein nur die konkreten *Weiterbildungsinhalte* dienen. Aus der Sicht der medizinischen Profession, die sich in den Weiterbildungsnormen niedergeschlagen hat, wird die Facharztkompetenz bzw. fachliche Kompetenz – d.h. der fachgebietsspezifische Standard bzw. objektive „Facharztstandard“ i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB – durch die für die „Facharztkompetenz [bzw. ‚Schwerpunktcompetenz‘ bzw. die in einer Zusatz-Weiterbildung erworbene ‚fachliche Kompetenz‘] vorgeschriebenen Weiterbildungsinhalte“ bestimmt. Dies ergibt sich auch aus § 2 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 der (Muster-) Weiterbildungsordnung (MWBO) 2018 der Bundesärztekammer in der Fassung vom 26.6.2021 (bzw. beispielsweise der Weiterbildungsordnung für Ärztinnen und Ärzte in Hessen vom 15.8.2005):

„Wer innerhalb eines Gebietes die vorgeschriebenen Weiterbildungsinhalte und -zeiten abgeleistet und in einer Prüfung die dafür erforderliche *Facharztkompetenz* nachgewiesen hat, erhält eine Facharztbezeichnung. Die in der Facharztkompetenz vorgeschriebenen Weiterbildungsinhalte beschränken nicht die Ausübung der fachärztlichen Tätigkeiten im Gebiet. / „Wer die innerhalb eines Schwerpunktes vorgeschriebenen Weiterbildungsinhalte und -zeiten abgeleistet und in einer Prüfung die dafür erforderliche *fachliche Kompetenz* nachgewiesen hat, erhält eine Schwerpunktbezeichnung.“ / „Wer die in Abschnitt C geregelten Mindestanforderungen erfüllt und in einer Prüfung die dafür erforderliche *fachliche Kompetenz* nachgewiesen hat, erhält eine Zusatzbezeichnung“ (Herv.T.G.).

Nach der (Muster-)Weiterbildungsordnung 2018 der Bundesärztekammer dient die Weiterbildung der Erlangung „besondere[r] ärztliche[r] Kompetenzen“ (§ 1). Durch die definierten Anforderungen und ihre Prüfung wird sichergestellt, dass die „erforderliche fachliche Kompetenz“ (§ 2) erworben wird, wobei der Begriff Kompetenz „Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten“ beschreibt (§ 2a). Die Zusatz-Weiterbildung in der Magnetresonanztomographie umfasst in Ergänzung zu einer Facharztkompetenz die Durchführung und Befundung der gebietsbezogenen Magnetresonanztomographie (S. 388). Die *Inhalte* der Zusatz-Weiterbildung Magnetresonanztomographie sind integraler Bestandteil der Weiterbildung zum

---

<sup>78</sup> Exemplarisch verfehlt LG Darmstadt 13.5.2020 – 19 O 550/16, juris Rn. 11 ff., GesR 2021, 58 (das im Hinblick auf den zu fordernden Standard allerdings nur auf § 1 Abs. 2 GOÄ und nicht auf die einschlägigen Kriterien des § 630a Abs. 2 BGB abstellt).

<sup>79</sup> Finn, ZMGR 2022, 77, 81.

<sup>80</sup> Finn, GesR 2021, 84, 89.

Facharzt für Radiologie (S. 388)<sup>81</sup> und definieren hierdurch die von der organisierten Ärzteschaft erwarteten Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten für die Durchführung und Befundung einer (gebietsbezogenen) Magnetresonanztomographie.

## **5. Insbesondere: Standardanforderungen für die Anfertigung und Auswertung von MRTs durch Orthopäden**

### *a) Standardanforderungen für MRTs*

Die Frage, welche wissenschaftlichen Erkenntnisse, welche Weiterbildung und welche praktischen Erfahrungen aus der Sicht der medizinischen Profession für die standardgemäße Anfertigung und Auswertung von MRTs zu fordern sind, hat eine besondere Antwort erhalten, die den Komplex „MRT“ von anderen bildgebenden Verfahren wie etwa der Röntgentechnik unterscheidet. Selbst wenn man entgegen der zivilrechtlichen Dogmatik annähme, dass es für bestimmte bildgebende Verfahren wie z.B. eine Ultraschalluntersuchung in der inneren Medizin oder die Anfertigung einer Röntgenaufnahme in der Pneumologie<sup>82</sup> oder der Orthopädie generell einen spezifischen, vom fachärztlichen radiologischen Standard abweichenden „Pneumologen-“, oder „Orthopädenstandard“ gäbe, könnte dieser – falsche – Gedanke nicht auf die Magnet-Resonanztomographie übertragen werden.

Wie bereits ausgeführt, müssen als primäre Referenz dafür, was nach Ansicht der deutschen medizinischen Profession den „allgemein anerkannten fachlichen Standard“ (§ 630a Abs. 2 BGB) für die Durchführung und Befundung einer MRT definiert, die konkreten Weiterbildungsinhalte der „Zusatz-Weiterbildung Magnetresonanztomographie“ der jeweiligen geltenden Weiterbildungsordnung<sup>83</sup> dienen. Diese Weiterbildung „umfasst in Ergänzung zu einer [nichtradiologischen] Facharztkompetenz die Durchführung und Befundung der gebietsbezogenen Magnetresonanztomographie“. Die „Weiterbildungsinhalte der Zusatz-Weiterbildung“ legen fest, welche „[k]ognitive und Methodenkompetenz (Kenntnisse)“ und welche „Handlungskompetenz (Erfahrungen und Fertigkeiten)“ nach der allgemeinen Überzeugung der deutschen medizinischen Profession für die Durchführung und Befundung einer MRT vorausgesetzt werden.<sup>84</sup> Sie fordern als Richtzeit 24 Monate Magnetresonanztomographie unter Befugnis an Weiterbildungsstätten im Gebiet Radiologie und eine Richtzahl von 1000

---

<sup>81</sup> Zur gleichlautenden Regelung in der Weiterbildungsordnung Hessen 2020 in der Fassung vom 28.11.2020 vgl. dort S. 361.

<sup>82</sup> Vgl. LG Flensburg 2.8.2019 – 3 O 198/15, juris Rn. 45 f, das in einem Missverständnis des Verhältnisses der berufsrechtlichen Facharztinhalte zu den Standardanforderungen nach § 630a Abs. 2 BGB zu dem Ergebnis kam, dass die Durchführung und Befundung einer Röntgenaufnahme des Thorax nach den Weiterbildungsinhalten der Facharztausbildung „zumindest auch (noch)“ in das Fachgebiet eines niedergelassenen Pneumologen falle und dieser daher den Standard seines Fachgebietes und nicht den eines Radiologen zu wahren habe.

<sup>83</sup> Vgl. MWBO (2018) S. 367.

<sup>84</sup> Vgl. MWBO (2018) S. 367 f.

Fällen der Indikationsstellung, Durchführung und Befunderstellung von gebietsbezogenen MRT-Untersuchungen.<sup>85</sup>

Darüber hinaus führen die „Leitlinien der Bundesärztekammer zur Qualitätssicherung der Magnet-Resonanz-Tomographie“<sup>86</sup> aus:

„Die Magnetresonanztomographie stellt derzeit das modernste, aber zugleich technisch aufwendigste Schnittbildverfahren in der Radiologie dar. Die Qualitätssicherung in der MRT hat eine besondere Bedeutung, da wegen der Vielzahl veränderbarer und voneinander abhängiger Messparameter die Fehlermöglichkeiten durch Artefakte und inadäquate Durchführung der Untersuchung erheblich größer sind als bei allen anderen bildgebenden Verfahren. Deshalb kommt nicht nur der technischen Qualitätssicherung, sondern vor allem auch der ärztlichen Qualifikation bei der Indikationsstellung, der Durchführung, der Auswertung und Beurteilung der MRT eine besondere Rolle zu.“<sup>87</sup>

Das „Positionspapier der Deutschen Röntgengesellschaft (DRG), der Deutschen Gesellschaft für Neuroradiologie (DGNR) und der Gesellschaft für Pädiatrische Radiologie (GPR) zu den fachlichen Anforderungen an Durchführung und Befundung von MRT-Untersuchungen außerhalb des Fachgebietes Radiologie“ (April 2021) kann zwar nicht selbst unmittelbar die Anforderungen an den medizinischen Standard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB definieren, belegt aber eine Fülle breit konsentierter wissenschaftlicher Argumente dafür, dass die Weiterbildungsinhalte, die in den Weiterbildungsordnungen der Landesärztekammern mit der 24-monatigen „Zusatz-Weiterbildung Magnetresonanztomographie“ definiert werden, auch aus der Sicht der einschlägigen Fachgesellschaften den allgemein anerkannten kompetenzbasierten *Mindeststandard* für die Durchführung und Befunderstellung von MRT-Untersuchungen durch nichtradiologische Fachärzte<sup>88</sup> darstellen. Das Positionspapier betont grundsätzlich

„Die Qualitätssicherung hat in der MRT eine besondere Bedeutung, da Fehler vor und während der Untersuchung oder bei der Befundung schnell zu einem Patientenrisiko führen können. Daher erfordert die MRT eine höhere ärztliche Qualifikation und Expertise als andere bildgebende Diagnoseverfahren. Dies

---

<sup>85</sup> Ebenda.

<sup>86</sup> Bekanntmachung im Deutschen Ärzteblatt 2000 (39), A 2557.

<sup>87</sup> Ebenda. Vgl. Wigge, MedR 2021, 151, 153: „Die medizinischen Anforderungen an eine qualitätsgesicherte Durchführung von MRT-Leistungen sind jedoch komplex. Der klinische Erfolg der Methode beruht in erster Linie auf ihrer komplexen Technik, die einer kontinuierlichen Weiterentwicklung unterliegt und die die Basis für die diagnostischen Möglichkeiten, aber auch die Risiken der MRT bildet“.

<sup>88</sup> Hunold et al., Positionspapier der Deutschen Röntgengesellschaft (DRG), der Deutschen Gesellschaft für Neuroradiologie (DGNR) und der Gesellschaft für Pädiatrische Radiologie (GPR) zu den fachlichen Anforderungen an Durchführung und Befundung von MRT-Untersuchungen außerhalb des Fachgebietes Radiologie, Fortschr Röntgenstr 193 (2021) 1050 [8.4.2021; online DOI 10.1055/a-1463-3626]: „Schlussfolgerung [...] Die Weiterbildungsordnungen der Landesärztekammern bieten mit der 24-monatigen ‚Zusatz-Weiterbildung Magnetresonanztomographie‘ die einzige kompetenzbasierte und qualitätsgesicherte Weiterbildungsmöglichkeit für Fachärzte außerhalb des Faches der Radiologie. Diese muss als Mindeststandard für die Durchführung und Befunderstellung von MRT-Untersuchungen gefordert werden.“

bezieht sich auf die Indikationsstellung, die Durchführung und im Besonderen auf die Auswertung und Befunderstellung“

und fasst auch unter Heranziehung der internationalen Literatur den Stand der medizinischen Erkenntnisse zusammen, die hohen Anforderungen an die Weiterzubildenden in den vier Bereichen Indikationsstellung der MRT-Untersuchungen, deren Planung und Durchführung, der Befunderstellung zu diesen Untersuchungen sowie der Indikationsstellung möglicherweise notwendiger Folge- oder Kontrolluntersuchungen begründen. Hierbei wird der *Stand der Diskussion über die einzelnen standardrelevanten Aspekte* (im Hinblick auf Risiken der MRT und ihre Kontraindikationen, den Strahlenschutz, die Anwendung von Kontrastmitteln und deren Indikation, Kontraindikationen und Gefahren, die komplexen Qualitätsanforderungen für die Anwendung der MRT, das Auftreten, die Erkennung und Interpretation der Artefakte in der MRT, die Bedeutung, Detektion und Interpretation von Nebenbefunden sowie die Befundung) zusammengefasst.

Zwischenergebnis:

Die Inhalte und Anforderungen der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie“ (bzw. „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ nach MWBO 2003) definieren den vom Behandelnden bei der Durchführung und Befundung einer MRT vertragsrechtlich geschuldeten Standard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB zwar nicht im formellen Sinn, wohl aber (zumindest näherungsweise) *der Sache nach*. Dass ein Behandelnder *grundsätzlich* hinreichend dazu befähigt ist, eine Magnetresonanztomographie standardgemäß durchzuführen, setzt voraus, dass er über Kenntnisse (Methodenkompetenz) sowie über Erfahrungen und Fertigkeiten (Handlungskompetenz) für die Durchführung und Befundung einer (gebietsbezogenen) Magnetresonanztomographie verfügt, *die ihrem Niveau nach mit jenen vergleichbar sind, die durch die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ erworben werden („MRT-Standard“)*.

*b) Möglichkeiten des Erwerbs des nötigen Niveaus der Kenntnisse und Erfahrungen*

Da der Standard gemäß § 630a Abs. 2 BGB nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar durch die Inhalte der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ bestimmt wird, ist dem OLG Nürnberg grundsätzlich darin rechtzugeben, dass die erforderliche Qualifikation für die Durchführung von Magnetresonanztomographien im Grundsatz

auch anders als durch die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ erworben werden kann.<sup>89</sup> Eine nicht-formalisierte Nachqualifizierung *kann* ausreichend sein.<sup>90</sup> Im Hinblick auf den geforderten Standard dürfte zum Erreichen des geforderten Niveaus die Zusatz-Weiterbildung faktisch aber nahezu alternativlos sein<sup>91</sup>, weil auch eine nicht-formalisierte Qualifizierung außerhalb der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ im Wesentlichen die gleichen Inhalte abbilden muss und sich im Hinblick auf den Grad der zu erwerbenden Erfahrung (auch hinsichtlich der Richtzahlen und Richtzeiten) nicht sehr stark von der genannten Zusatz-Weiterbildung unterscheiden kann. Dies findet auch in der Literatur zunehmend Wiederhall.<sup>92</sup>

## 6. Zwischenergebnis

Es spricht Überwiegendes dafür, dass die Anforderungen der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ aus medizinischer Sicht und damit im Grundsatz auch für die juristische Betrachtung das Niveau an Kenntnissen und Erfahrungen („die für das Gebiet „erforderliche fachliche Kompetenz“ und „methodische Kompetenz“ definieren, dem auch ein nicht-formalisierter Erwerb der materiellen Qualifikation zur Durchführung

---

<sup>89</sup> OLG Nürnberg 9.3.2020 – 5 U 634/18, juris Rn. 25, MedR 2021, 147. Ebenso LG Darmstadt 13.5.2020 – 19 O 550/16, juris Rn. 19, GesR 2021, 58 („Dies bedeutet aber nicht, dass dieser tatsächliche Befähigungsnachweis, gebietskonforme MRT-Untersuchungen auch praktisch durchzuführen, nur durch diese in der WBO zur Erlangung eines fachbezogenen Zusatztitels vorgegebene Zusatzweiterbildung zu erbringen wäre. Da es allein um die tatsächliche praktische Befähigung geht, eine MRT-Untersuchung sach- und fachgerecht durchzuführen, sind hier vielfältige, auch alternative Möglichkeiten des Qualifikationsnachweises denkbar“) und LG Berlin 16.1.2019 – 84 O 300/17, juris Rn 17, MedR 2020, 848.

<sup>90</sup> Vgl. Finn GesR 2021, 84, 86, 90: Nicht-formalisierte Nachqualifizierung durch den Besuch verschiedener Lehrgänge sei ausreichend, diese müssen „nicht vollständig“ den Vorgaben der Zusatz-Weiterbildung fachgebundener MRT entsprechen. Ebenso Warntjen MedR 2021, 225, 229; OLG Nürnberg 9.3.2020 – 5 U 634/18, juris Rn. 25 (vgl. dort Rn. 31): „Die erforderliche Fachkunde für die Durchführung von Magnetresonanztomografien kann aber nicht ausschließlich durch die Zusatz-Weiterbildung ‚Magnetresonanztomografie – fachgebunden –, erworben werden. [...] Der Beklagte hat eingehend dargelegt, dass er durch verschiedene Lehrgänge zur Anwendung der Magnetresonanztomografie hinreichend qualifiziert sei.“ Die Problematik dieser Entscheidung besteht darin, dass die Kriterien, die das OLG Nürnberg (ihm folgend auch Warntjen MedR 2021, 225, 229) an die Einhaltung des MRT-Standards ansetzt („hinreichend qualifiziert“), unzutreffend sind.

<sup>91</sup> Hunold et. al., Positionspapier der Deutschen Röntgengesellschaft (DRG), der Deutschen Gesellschaft für Neuroradiologie (DGNR) und der Gesellschaft für Pädiatrische Radiologie (GPR) zu den fachlichen Anforderungen an Durchführung und Befundung von MRT-Untersuchungen außerhalb des Fachgebietes Radiologie, Fortschr Röntgenstr 193 (2021) 1050 [8.4.2021]: „Schlussfolgerung [...] Der alleinige Nachweis von Fortbildungen in der MRT ist – ohne entsprechende Weiterbildung – aus Gründen der Patientensicherheit abzulehnen.“

<sup>92</sup> Vgl. Wehmayer/Clausen, ZMGR 2021, 225: „Ärzte anderer Fachrichtungen, die Befunde von MRT-Untersuchungen zwar sicherlich lesen und interpretieren können, denen allerdings diese Zusatz-Weiterbildung fehlt, haben nicht die notwendige ärztliche Ausbildung, um MRT-Leistungen fachgerecht erbringen zu können, weil ihnen für einen Teil der Leistung, die technische Durchführung, jegliche Qualifikation fehlt.“ Ebenso Möller, Juris PraxisReport, 9/2020, 6: „Nur die Weiterbildungsinhalte für den Facharzt für Radiologie und die Zusatzweiterbildung „MRT – fachgebunden“ sehen die Durchführung einer hinreichenden Anzahl an MRT-Untersuchungen vor, so dass auch nur dann sicher von dem Bestehen der erforderlichen Fachkunde ausgegangen werden kann.“ Die Annahme des OLG Nürnberg, es könne insoweit reichen, dass der Orthopäde darlegt, „dass er durch verschiedene Lehrgänge zur Anwendung der Magnetresonanztomografie hinreichend qualifiziert sei“ (OLG Nürnberg 9.3.2020 – 5 U 634/18, juris Rn. 25, MedR 2021, 147) bildet die zu stellenden Anforderungen bei Weitem nicht ab.

gebietsbezogener MRT-Untersuchungen *im Wesentlichen* entsprechen muss. Ein Orthopäde, der eine MRT anfertigt, muss über ein Niveau an Kenntnissen und Erfahrungen verfügen, das – auch wenn er es auf nicht-formalisierte Weise erworben hat – sich nicht wesentlich von den Inhalten und Anforderungen der Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ unterscheidet. Ansonsten ist er grundsätzlich nicht dazu befähigt, diese Untersuchung standardgemäß (§ 630a Abs. 2 BGB) durchzuführen.

## 7. Darlegungslasten

Der für das Vorliegen der behandlungsvertraglichen Pflichtverletzung des Behandelnden beweispflichtige Patient<sup>93</sup> erfährt im Arzt(haftungs)prozess in Bezug auf seine Darlegungslast<sup>94</sup> Erleichterungen.<sup>95</sup> An seine Substantiierungspflichten sind im Arzthaftungsprozess nur „maßvolle und verständige Anforderungen“ zu stellen, da von ihm regelmäßig keine genaue Kenntnis der medizinischen Vorgänge erwartet und gefordert werden kann.<sup>96</sup> Einschränkungen der Darlegungslast des Patienten können sich sodann daraus ergeben, dass er außerhalb des von ihm vorzutragenden Geschehensablaufs steht und ihm eine nähere Substantiierung nicht möglich oder zumutbar ist, während der Behandelnde als Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt oder unschwer in Erfahrung bringen kann und von ihm deshalb verlangt werden kann, nähere Angaben zu machen.<sup>97</sup> Trägt der Patient in solchen Fällen Tatsachen vor, die die Vermutung einer behandlungsvertraglichen Pflichtverletzung der Behandlungsseite gestattet<sup>98</sup>, so genügt dies, um eine erweiterte – sekundäre – Darlegungslast der nicht beweibelasteten Behandlungsseite auszulösen.<sup>99</sup>

Trägt der Patient also Zweifel daran vor, dass der Orthopäde, der seine MRT angefertigt hat, hierfür den nach § 630a Abs. 2 BGB geschuldeten Standard einhalten konnte, so muss der

---

<sup>93</sup> Vgl. nur BGH 28.8.2018 – VI ZR 509/17, juris Rn. 31, VersR 2018, 1510; BGH 20.3.2007 – VI ZR 158/06, juris Rn. 9, BGHZ 171, 358; BGH 24.1.1995 – VI ZR 60/94, juris Rn 8, NJW 1995, 1618; BGH 18.12.1990 – VI ZR 169/90, juris Rn. 10 mwN, VersR 1991, 310.

<sup>94</sup> Die Darlegungslast betrifft die Frage, welche Partei die jeweiligen Tatsachen in den Prozess einzuführen hat und welche Folgen es für die Entscheidung hat, wenn bestimmte Tatsachen von keiner der Parteien behauptet werden, vgl. Stein/Jonas/Thole<sup>23</sup> § 286 ZPO Rn. 98.

<sup>95</sup> Hierzu zusammenfassend BGH 28.8.2018 – VI ZR 509/17, juris Rn. 33, VersR 2018, 1510.

<sup>96</sup> BGH 18.2.2020 – VI ZR 280/19, juris Rn. 9, MedR 2020, 924; BGH 28.8.2018 – VI ZR 509/17, juris Rn. 33, VersR 2018, 1510; BGH 16.8.2016 – VI ZR 634/15, juris Rn. 14, VersR 2016, 1380; BGH 24.2.2015 – VI ZR 106/13, juris Rn. 19, NJW 2015, 1601; BGH 8.6.2004 – VI ZR 199/03, juris Rn. 28, BGHZ 159, 245; BeckOK/Katzenmeier (1.2.2021) § 630h Rn. 15; MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630h Rn. 10; Grüneberg/Weidenkaff<sup>81</sup> § 630h Rn. 2.

<sup>97</sup> BGH 18.2.2020 – VI ZR 280/19, juris Rn. 10, MedR 2020, 924; BGH 28.8.2018 – VI ZR 509/17, juris Rn. 33, VersR 2018, 1510; BGH 16.8.2016 – VI ZR 634/15, juris Rn. 14, VersR 2016, 1380; s bereits BGH 28.6.2016 – VI ZR 559/14, juris Rn. 18, NJW 2016, 3244; BGH 1.3.2016 – VI ZR 34/15, juris Rn. 47 f, VersR 2016, 666 [Hostprovider] und BGH 14.6.2005 – VI ZR 179/04, juris Rn. 57, BGHZ 163, 209 – jameda.de II [Hostprovider].

<sup>98</sup> BGH 18.2.2020 – VI ZR 280/19, juris Rn. 11, MedR 2020, 924; BGH 25.6.2019 – VI ZR 12/17, juris Rn. 12, NJW-RR 2019, 1360.

<sup>99</sup> BGH 28.8.2018 – VI ZR 509/17, juris Rn. 33, VersR 2018, 1510; BGH 16.8.2016 – VI ZR 634/15, juris Rn. 14, VersR 2016, 1380; BeckOK/Katzenmeier [1.2.2021] § 630h Rn. 15; MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630h Rn 10.

Arzt darlegen, dass er entweder aa) die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ absolviert oder bb) die entsprechenden Kenntnisse und Erfahrungen auf dem geforderten Niveau anderweitig adäquat erworben hat.<sup>100</sup> Vermag er dies nicht, ist i.E. davon auszugehen, dass er die MRT nicht fachgerecht erbringen konnte.

## II. Rechtsfolgen auf der Ebene des Behandlungsvertrags

Fehlt dem Behandelten der geforderte Stand an Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen, so gilt zivilrechtlich Folgendes:

### 1. Vertragsgegenstand

Beim Abschluss eines Behandlungsvertrags wird der konkrete Vertragsinhalt in der Regel noch nicht sofort vereinbart, weil zu diesem Zeitpunkt meist noch nicht feststeht, welche Behandlungen genau erforderlich sein werden und der Leistungsumfang erst durch Untersuchungen bestimmt werden muss.<sup>101</sup> Nach initialer Anamnese, Untersuchung, Befunderhebung, Diagnose und Indikationsstellung werden die vorzunehmenden Behandlungen (bzw. die spezifischen weiteren Diagnosemaßnahmen) sukzessive erst dadurch Vertragsinhalt und Gegenstand einer konkreten Leistungspflicht des Behandelnden, dass sich die Parteien über deren Durchführung einigen und der Patient nach gehöriger Aufklärung in diese einwilligt.<sup>102</sup> Die Willenserklärungen des Patienten und des Behandelnden sind objektiv-normativ nach dem Empfängerhorizont auszulegen.<sup>103</sup> Zu den allgemein anerkannten Auslegungsregeln gehört auch hier der Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung<sup>104</sup>, wobei auf Seiten des Patienten das erhebliche normative Gewicht seines nicht durch Kriterien objektiver Vernünftigkeit beschränkten Selbstbestimmungsrechts einzustellen ist.

Nach der Rechtsprechung des BGH umfasst ein Behandlungsvertrag kraft Auslegung der Willenserklärungen der Parteien (§§ 133, 157 BGB) regelmäßig keine fachgebietsfremden Leistungen.<sup>105</sup> Diese sind grundsätzlich nicht *Vertragsgegenstand*; folglich entsteht insoweit

---

<sup>100</sup> Für eine sekundäre Darlegungslast des Arztes auch Finn GesR 2021, 84, 90.

<sup>101</sup> BGH 13.9.2018 – III ZR 294/16 Rn 14, BGHZ 219, 298.

<sup>102</sup> Staudinger/Gutmann, 2021, § 630a BGB Rn. 93; Taupitz, GesR 2015, 65, 66, 69; vgl. Grüneberg/Weidenkaff<sup>81</sup> § 630a Rn 7 und Ratzel/Luxenburger/Griebau<sup>4</sup>, Kap 11 Rn 7.

<sup>103</sup> Vgl. grundsätzlich Staudinger/Singer (2017) § 133 Rn 18; Grüneberg/Ellenberger<sup>81</sup> § 133 Rn 9; ständige Rechtsprechung, vgl. BGH 21.5.2008 – IV ZR 238/06, juris Rn. 30, NJW 2008, 2702 und BGH 10.12.2014 – VIII ZR 25/14, juris Rn. 24, NJW 2015, 473 m.w.N.; zur Einwilligung OLG Hamburg 27.2.1998 – 1 U 131/97, juris Rn 3, MDR 1998, 906; Ohly, *Volenti non fit iniuria*, 2002, 339, 341.

<sup>104</sup> Vgl. BGH 11.5.2010 – VI ZR 252/08, juris Rn. 9, NJW 2010, 2580

<sup>105</sup> BGH 29.6.1999 – VI ZR 24/98, BGHZ 142, 126, 131 f = juris Rn. 12 ff. („Maßgebend für Art und Umfang der vom Arzt geschuldeten Tätigkeit ist der nach Maßgabe der jeweiligen Heilberufsgesetze bestehende Inhalt des mit dem Patienten abgeschlossenen Behandlungsvertrages. Enthält dieser wie hier keine ausdrückliche Vereinbarung, kommt es darauf an, wie die Parteien bei verständiger Würdigung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nach Treu und Glauben den Behandlungswunsch des Patienten einerseits und die Übernahme der



auch kein vertraglicher Honoraranspruch. Auch ausgehend vom Erwartungshorizont des Patienten besteht ein Anspruch auf den Behandlungsstandard eines erfahrenen Arztes der jeweiligen Fachrichtung.<sup>106</sup>

Ist für den Patienten (durch ausdrücklichen Hinweis des Arztes oder aus den Umständen) ersichtlich, dass die Magnetresonanztomographie gerade durch einen Orthopäden und nicht etwa durch einen Radiologen angefertigt werden soll, und lässt er sich ausdrücklich oder konkludent hierauf ein, wird deren Anfertigung Gegenstand des Behandlungsvertrags zwischen Patient und Orthopäde. Wird dies dem Patienten hingegen nicht klargemacht – etwa wenn er ohne näheren Hinweis zur Anfertigung der MRT in ein anderes Gebäude oder einen nicht ersichtlich zur Praxis des Orthopäden gehörigen Raum gesandt wird und dort der Orthopäde auch nicht persönlich auftritt –, ist anzunehmen, dass der Orthopäde nach §§ 133, 157 BGB nicht davon ausgehen darf, dass der Patient sich gerade bei ihm einer MRT unterziehen will und die Anfertigung der MRT Vertragsgegenstand ist. In diesem Fall entsteht von vorneherein kein vertraglicher Honoraranspruch aus § 630a Abs. 1 BGB.

Da (wie gleich unter 2. näher zu zeigen sein wird) ein Orthopäde (oder ein anderer Nicht-Facharzt für Radiologie), der den geforderten geschuldeten Standard für die Anfertigung und Befundung einer MRT im Sinn des § 630a Abs. 2 BGB (siehe oben unter I) nicht garantieren kann, seinen Patienten spätestens einige Zeit vor der Durchführung der MRT (§ 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB) i.S.d § 630e BGB über diese Tatsache aufklären muss, kann zudem auch vertragsrechtlich eine Täuschung durch Verschweigen in Frage kommen und der Behandlungsvertrag über die MRT für den Patienten nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechtbar sein. Die Beweis- und Darlegungs- und Beweislast für alle Voraussetzungen des § 123 BGB, namentlich auch für einen Täuschungsvorsatz des Behandelnden, trägt jedoch der Anfechtende. Gerade der Täuschungsvorsatz wird in der Regel schwer nachzuweisen sein. Obgleich Orthopäden in den hier interessierenden Fällen in der Regel davon ausgehen werden, dass ihre MRT-Kenntnisse ausreichend sind, ist jedoch zu sehen, dass für den Vorsatz (Arglist) im Sinne des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB bereits reicht, dass der Behandelnde die Unrichtigkeit seiner Tatsachenbehauptung zumindest für möglich hält.<sup>107</sup>

---

Behandlung durch den Arzt im Rahmen seiner kassenärztlichen Pflichten andererseits verstehen durften (§§ 133, 157 BGB). Danach umfaßt die Verpflichtung eines Frauenarztes im allgemeinen nicht die histologische Untersuchung des bei einer Patientin entnommenen Gewebes. [...] Schon diese Gegebenheiten legen es nahe, daß sich die vertragliche Verpflichtung des Arztes von vornherein nicht auf solche Maßnahmen als Eigenleistung erstreckt, die von seinem Fachgebiet nicht mehr umfaßt werden. Denn mangels entgegenstehender ausdrücklicher Abreden kann kein Patient redlicher Weise annehmen, der Arzt wolle sich ihm gegenüber zu Leistungen verpflichten, die er selbst weder fachlich erbringen noch abrechnen kann“). Umgekehrt kann nach §§ 133, 157 BGB kein Arzt ohne Weiteres redlicherweise annehmen, ein Patient, der nicht erkennt, dass die Magnetresonanztomografie gerade durch seinen Orthopäden und nicht etwa durch einen Radiologen angefertigt werden soll, dies wolle, wenn hierfür auch radiologische Fachärzte zur Verfügung stehen.“

<sup>106</sup> Jansen, Der Medizinische Standard, 2019, 46 f.

<sup>107</sup> Vgl. BGH 13.6. 2007 – VIII ZR 236/06, juris Rn. 29, NJW 2007, 3057; Grüneberg/Ellenberger<sup>81</sup>, § 123 Rn. 11.

## 2. Einwilligung bezogene Aufklärungspflichten

### a) Grundsatz

Ein Behandelnder muss seinen Patienten i.S.d § 630e BGB darüber *aufklären*, dass er eine Behandlungsleistung erbringen will, die er nicht hinreichend erlernt hat, er hierdurch den Behandlungsstandard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB nicht einhalten kann bzw. seine mangelnde Erfahrung für die anstehende Maßnahme konkret risikoerhöhend wirkt (vorliegend: sich das Risiko eines Diagnosefehlers erhöht).<sup>108</sup>

Die von der ständigen Rechtsprechung aufgestellte Regel lautet, dass solange dem Patienten vom Behandelnden eine Behandlung oder Diagnostik geboten wird, die dem (für diesen Behandelnden) jeweils zu fordernden medizinischen Standard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB (noch) genügt, dieser nicht ohne ausdrückliche Nachfrage<sup>109</sup> darüber aufgeklärt werden muss, dass dieselbe Behandlung andernorts mit besseren personellen und apparativen Mitteln und deshalb mit einem etwas geringeren Komplikationsrisiko oder besseren Erfolgsaussichten möglich ist.<sup>110</sup> Aus demselben Grund müssen, solange der medizinische Standard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB eingehalten wird, auch Erfahrungen und Qualifikation des Arztes nicht ungefragt zum Gegenstand der Aufklärung gemacht werden.

„Qualitätsbezogene“<sup>111</sup> Aufklärungspflichten über Alternativen entstehen jedoch dort, wo der Behandelnde den nach § 630a Abs. 2 BGB geforderten Standard nicht (mehr) einhalten kann.<sup>112</sup> So soll ein Behandelnder entsprechende Aufklärungspflichten haben, wenn er den im Rahmen der starken Binnendifferenzierung der Medizin sektoral nach *Fachgebieten und Berufsgruppen* differenzierten Standard nach § 630a Abs. 2 BGB nicht garantieren kann, weil die Krankheit oder Diagnosebedürftigkeit des Patienten der Behandlung durch *spezialisierte Ärzte* mit besonderen medizinischen Kenntnissen und Erfahrungen bedarf.<sup>113</sup> Dasselbe gilt, wenn bei der konkret anstehenden Behandlung zwar nicht die Grenze des Fachbereichs, aber der persönlichen Fähigkeiten (oder der zur Verfügung stehenden technisch-

---

<sup>108</sup> Vgl. zum Folgenden Staudinger/Gutmann, 2021, § 630e Rn. 93 ff.

<sup>109</sup> BGH 31.5.1988 – VI ZR 261/87, juris Rn. 9, NJW 1988, 2302.

<sup>110</sup> BGH 22.9.1987 – VI ZR 238/86, juris Rn. 14 ff, BGHZ 102, 17 mit Anmerkung Giesen JZ 1988, 414; BGH 31.5.1988 – VI ZR 261/87, juris Rn. 9, NJW 1988, 2302; OLG Oldenburg 5.3.1996 – 5 U 147/95, juris Rn. 36, VersR 1996, 1023; OLG Köln 19.8.1998 – 5 U 103/97, juris Rn. 14, VersR 1999, 847; OLG Dresden 28.1.2021 – 4 U 1775/20, juris Rn. 3; MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630e Rn. 24; BeckOK/Katzenmeier (1.5.2021) § 630e Rn. 30; Frahm/Walter<sup>7</sup> Rn. 438; jurisPK-BGB/Schmidt<sup>9</sup> § 630e Rn. 26; Pflüger, MedR 2000, 6 ff.; Neelmeier, NJW 2013, 2230, 2232; zweifelnd BeckOGK/Spindler (1.5.2021) § 823 Rn. 879; a.A. Hart, MedR 2013, 159, 161 f (Qualitäts-, Organisations- und Leistungsaufklärung als Teil der Selbstbestimmungsaufklärung immer vertragsrechtlich geschuldet).

<sup>111</sup> Oder „einrichtungbezogene“, so Neelmeier, NJW 2013, 2230 und jurisPK-BGB/Schmidt<sup>9</sup> § 630e Rn. 26.

<sup>112</sup> In diesen Fällen würde die Behandlung des Patienten aber i.d.R. zugleich einen Behandlungsfehler qua Übernahmepflichtverletzung darstellen, so dass die Erfüllung der Aufklärungspflicht den Behandelnden i.E. nicht entlastet, es sei denn, zugleich wäre eine standardabsenkende Vereinbarung anzunehmen, siehe unten, 4.

<sup>113</sup> BGH 22.9.1987 – VI ZR 238/86, juris Rn. 18, BGHZ 102, 17; MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630e Rn. 24; OLG Koblenz 7.3.2016 – 5 U 1039/15, juris Rn. 33, MedR 2017, 52.

apparativen oder personellen Ausstattung) des aufklärungspflichtigen Behandelnden überschritten (also insofern der Standard nach § 630a Abs. 2 BGB nicht eingehalten) würde.<sup>114</sup>

Unter die am Standardbegriff des § 630a Abs. 2 BGB orientierte Unterscheidung zu subsumieren, aber tendenziell strenger ist auch der weitere Grundsatz der Rechtsprechung, dass Behandelnde (namentlich Ärzte und Krankenhausträger) dem Patienten gerade auch im Hinblick auf eine mögliche Entscheidung zugunsten alternativer Optionen Aufklärung über Umstände schulden, „die das Risiko der Behandlung aus besonderen Gründen erhöhen“.<sup>115</sup> Dies ist gerade auch möglich durch einen zu niedrigen Standard in der Aus- oder Weiterbildung und Erfahrung des Behandelnden bzw. der behandelnden Ärzte.<sup>116</sup> Dass eine Pflicht zur ungefragten Aufklärung gerade dann bestehen kann, wenn die mangelnde Erfahrung des Behandelnden für den anstehenden Eingriff konkret risikoe erhöhend wirkt<sup>117</sup>, liegt ebenfalls daran, dass die zu unerfahrene behandelnde Person dem „Facharztstandard“ des § 630a Abs. 2 nicht gerecht wird. Die vertragliche Pflichtverletzung des Arztes liegt in diesen Konstellationen darin, dass er es unterlässt, seine Befähigung zu prüfen bzw. deren Fehlen zu erkennen und dies dem Patienten zu offenbaren.<sup>118</sup>

Das vorstehend Ausgeführte betrifft auch diagnostische Maßnahmen<sup>119</sup> wie eine MRT. In diesen Zusammenhang ist die in der mangelnden Aus- und Weiterbildung und/oder Erfahrung des Behandelnden liegende „Risikoerhöhung“ so zu verstehen, dass sich das Risiko eines Diagnosefehlers erhöht.

Zwischenergebnis:

Ein Orthopäde (oder ein anderer Nicht-Facharzt für Radiologie), der den geschuldeten Standard für die Anfertigung und Befundung einer MRT im Sinn des § 630a Abs. 2 BGB – d.h. einen Stand an Weiterbildung und Erfahrung, der seinem Niveau nach mit jener Weiterbil-

---

<sup>114</sup> Vgl. OLG Koblenz 7.3.2016 – 5 U 1039/15, juris Rn. 33, MedR 2017, 52; BGH 27.6.1978 – VI ZR 183/76, juris Rn. 38, BGHZ 72, 132; LG Heidelberg 22.4.2015 – 4 O 221/13, juris Rn. 54, MedR 2016, 801; BGH 7.7.2011 – 5 StR 561/10, juris Rn. 30, BGHSt 56, 277 – plastischer chirurgischer Eingriff unter Narkose in Tagesklinik ohne Anästhesisten und Täuschung bei Aufklärung (Strafrecht); BGH 5.7.2007 – 4 StR 549/06, juris Rn. 18, GesR 2007, 482 – unzureichendes Patientenmonitoring während Narkose durch medizinischen Laien (Strafrecht); MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630e Rn. 24; Neelmeier, NJW 2013, 2230, 2231 m.w.N. und Kudlich/Neelmeier, NJW 2021, 1185, 1188.

<sup>115</sup> BGH 27.9.1983 – VI ZR 230/81 Rn. 12, BGHZ 88, 248.

<sup>116</sup> BGH 27.9.1983 – VI ZR 230/81 Rn. 12, BGHZ 88, 248. vgl bereits BGH 10.11.1970 – VI ZR 83/69, juris Rn. 25 f, NJW 1971, 241 und OLG Köln 16.3.1978 – 18 U 198/77, NJW 1978, 1690, 1691; OLG Saarbrücken 13.6.1990 – 1 U 145/86, VersR 1992, 52; Spickhoff/Seibl MedR 2008, 463, 471 f.; MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630e Rn.. 25; Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht<sup>6</sup>, Rn 205; Martis/Winkhart<sup>5</sup> Rn B 106 ff.

<sup>117</sup> OLG Hamm 11.11.2016 – I-26 U 16/16, juris Rn. 60, MedR 2017, 814 – Anfänger-Operation; Martis/Winkhart<sup>5</sup> Rn A 132b.

<sup>118</sup> Für den Fall einer MRT durch Nichtradiologen Finn, ZMGR 2022, 77, 80.

<sup>119</sup> Hierzu grundsätzlich Staudinger/Gutmann, 2021, § 630e Rn. 13.

derung und Erfahrung vergleichbar ist, die durch die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ erworben werden – nicht garantieren kann, muss seinen Patienten i.S.d § 630e BGB hierüber *aufklären*.

#### *b) Rechtsfolge*

Fehlt diese Aufklärung (die Beweislast liegt insoweit beim Arzt, vgl. § 630h Abs. 2 BGB), ist die vom Patienten erteilte Einwilligung unwirksam und die gesamte Maßnahme „MRT“ deshalb i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB vertragsrechtlich pflichtwidrig (rechtswidrig).

In diesem Fall kann der Patient dem Entgeltanspruch des Behandlenden sowohl nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen<sup>120</sup> als auch nach der neuesten Rechtsprechung des BGH (siehe sogleich unter 3.b) Schadensersatzansprüche auf Befreiung von der Vergütungspflicht entgegenhalten.

### **3. Schadensersatzanspruch auf Befreiung von der Vergütungspflicht bei unbrauchbarer ärztlicher Behandlung**

#### *a) Verlust des Vergütungsanspruchs nach § 628 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB nach Kündigung*

##### *aa) Grundsatz*

Aufgrund des Charakters des Behandlungsvertrags als besonderer Dienstvertrag ist die Vergütungspflicht vom Erfolg der Behandlung grundsätzlich unabhängig. Da das Dienstleistungsrecht aufgrund der mangelnden Erfolgspflicht nicht über Gewährleistungsrechte verfügt, kann der Vergütungsanspruch bei einer unzureichenden oder pflichtwidrigen Leistung grundsätzlich nicht gekürzt werden oder in Fortfall geraten.<sup>121</sup> Bei einer pflichtwidrigen Leistung können sich allerdings Rechte und (Gegen-)Ansprüche des Patienten insbesondere aus § 628 Abs. 1 S. 2 BGB beziehungsweise § 280 Abs. 1 BGB ergeben.

§ 628 Abs. 1 S. 2 Alt 2 BGB legt fest, wann dem Behandlenden ausnahmsweise nur ein verminderter oder überhaupt kein Vergütungsanspruch zusteht: Veranlasst der Behandelnde durch ein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Patienten, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. Der Vergütungsanspruch geht ipso iure unter, ohne dass es einer Aufrechnung mit Gegenforderungen bedarf.<sup>122</sup> Nur die für den Patienten weiterhin werthaltigen Teilleistungen sind zu vergüten.

Ist eine Vergütung bereits im Voraus erfolgt und wurden die Behandlungsleistungen *nicht mehr erbracht*, so ist diese gemäß § 628 Abs. 1 S. 3 BGB zurückzuerstatten. Es handelt sich

---

<sup>120</sup> Finn, ZMGR 2022, 77, 80.

<sup>121</sup> Vgl. nur BGH 13.09.2018 – III ZR 294/16, juris Rn. 16, BGHZ 219, 298.

<sup>122</sup> Erman/Riesenhuber<sup>16</sup> § 628 Rn. 16; Staudinger/Gutmann, 2021, § 630b Rn. 37.

um eine eigene Anspruchsgrundlage bei Vorauszahlungen.<sup>123</sup> Hierbei verweist die Norm für den Fall, dass die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den der Behandelnde zu vertreten hat, auf die für ihn als Rückgewährschuldner ungünstigeren Rechtsfolgen des Rücktritts (§ 346 BGB), anderenfalls auf die milderen Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff BGB). § 628 Abs. 1 S. 3 BGB ist entsprechend auf solche Zahlungen anzuwenden, die für *bereits erbrachte* Behandlungsmaßnahmen geleistet wurden, welche jedoch wegen des Wegfalls des Interesses des Patienten an den bisherigen Leistungen gemäß § 628 Abs. 1 S. 2 BGB nicht vergütet werden müssen.<sup>124</sup> Die Rückgewähr richtet sich also auch in diesem Fall stets nach § 346 BGB.

#### *bb) Wegfall des Interesses an den bisherigen Leistungen*

Für eine Reduzierung des Vergütungsanspruchs (gegebenenfalls auf Null) gemäß § 628 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB muss die erbrachte Leistung für den Patienten insgesamt nutzlos, d.h. wirtschaftlich wertlos sein.<sup>125</sup> Es kommt auf eine objektiv typisierende Betrachtungsweise an.<sup>126</sup> Die Behandlung muss für den Patienten dergestalt unbrauchbar und wertlos sein, dass sie einer Nichterfüllung gleichkommt.<sup>127</sup> Eine Behandlung ist vor allem dann objektiv ohne Wert, wenn sie so schlecht erbracht worden ist, dass die Behebung des durch die Schlechterfüllung herbeigeführten Zustands nicht möglich oder dem Patienten nicht zumutbar ist.<sup>128</sup> Die Wertlosigkeit muss sowohl objektiv wie subjektiv vorliegen.<sup>129</sup> Es genügt demnach weder, dass der Dienstberechtigte die Leistung nicht nutzt, obwohl er sie – etwa im Rahmen einer Nachbesserung durch einen anderen Behandelnden – wirtschaftlich verwerten könnte<sup>130</sup>, noch, dass die Leistung objektiv wertlos ist, wenn der Patient sie gleichwohl weiterhin nutzt<sup>131</sup>. Für die Frage der objektiven Wertlosigkeit entscheidend ist insoweit, ob ein

---

<sup>123</sup> Staudinger/Preis, 2019, § 628 Rn. 29; Münch-Komm/Henssler<sup>8</sup> § 628 Rn. 43; OLG Nürnberg 13.6.2018 – 12 U 1919/16, juris Rn. 159, NJW-RR 2018, 1390; Staudinger/Gutmann, 2021, § 620b Rn. 40.

<sup>124</sup> Vgl. BGH 29.3.2011 – VI ZR 133/10, juris Rn. 11, NJW 2011, 1674; OLG Hamburg 25.11.2005 – 1 U 6/05, juris Rn. 46; OLG Oldenburg 27.2.2008 – 5 U 22/07, juris Rn. 20, VersR 2008, 781 m.w.N.; jurisPK-BGB/Lafontaine<sup>9</sup> § 630b Rn. 191; Staudinger/Gutmann, 2021, § 630b Rn. 41.

<sup>125</sup> Aus der (überwiegend zahnprothetische Behandlungen betreffenden) Rechtsprechung siehe OLG Hamm 5.9.2014 – I-26 U 21/13, juris Rn. 21; OLG Hamm 11.7.2007 – 3 W 35/07, juris Rn. 9; BGH 29.3.2011 – VI ZR 133/10, NJW 2011, 1674; vgl. Bergmann/Pauge/Steinmeyer/Bergmann/Middendorf<sup>3</sup> § 630a Rn. 56; zusammenfassend Staudinger/Gutmann, 2021, § 630b Rn. 34 f.

<sup>126</sup> BeckOGK/Günther (1.12.2019) § 628 Rn. 76.

<sup>127</sup> OLG Hamm 11.7.2007 – 3 W 35/07, juris Rn. 9.

<sup>128</sup> BGH 13.9.2018 – III ZR 294/16, juris Rn. 25, BGHZ 219, 29; vgl. OLG Naumburg 13.12.2007 – 1 U 10/07, juris Rn. 23, NJW-RR 2008, 1056; Kramer MDR 1998, 324, 328; Staudinger/Gutmann, 2021, § 630b Rn. 34 f.

<sup>129</sup> BGH 13.9.2018 – III ZR 294/16 Rn. 29, BGHZ 219, 298.

<sup>130</sup> BGH 29.3.2011 – VI ZR 133/10, juris Rn. 18, NJW 2011, 1674.

<sup>131</sup> BGH 29.3.2011 – VI ZR 133/10, juris Rn. 18, NJW 2011, 1674; BGH 13.9.2018 – III ZR 294/16, juris Rn. 25, BGHZ 219, 298; OLG Naumburg 13.12.2007 – 1 U 10/07, juris Rn. 7, NJW-RR 2008, 1056; OLG Düsseldorf 11.4.2018 – I-18 U 20/17, juris Rn. 22; BeckOGK/Günther (1.12.2019) § 628 Rn. 76; Münch-Komm/Henssler<sup>8</sup> § 628 Rn. 38; Staudinger/Preis, 2019, § 628 Rn. 27.

selbständig verwertbarer Arbeitsanteil (fort-)besteht.<sup>132</sup> Auch fehlerfrei erbrachte Leistungen des Erstbehandelnden sind für den Patienten dann ohne Interesse, wenn sie zur Erreichung des gleichen Behandlungsziels durch einen Nachbehandler nicht verwertet oder übernommen werden können, also erneut erbracht werden müssen.<sup>133</sup>

Die Aussagekraft einer MRT, die von einer Person angefertigt und ausgewertet wurde, die nicht über den hierfür nötigen Standard an Weiterbildung und Erfahrung verfügt, ist *systematisch* zweifelhaft. *Ein Ausräumen der objektiven Zweifelhafteit der diagnostischen Aussagekraft einer solchen MRT – und die Klärung der Frage, ob die MRT trotz nicht standardmäßiger Weiterbildung und Kenntnissen des Orthopäden korrekt durchgeführt und ausgewertet wurde – ist nur dadurch möglich, dass es durch eine hierfür qualifizierte Person erneut angefertigt und ausgewertet wird.* Ein für einen Nachbehandler selbständig verwertbarer Arbeitsanteil besteht in diesem Fall nicht fort. Es ist dem Patienten grundsätzlich nicht zuzumuten, auf der Grundlage einer solchen MRT Behandlungsentscheidungen treffen zu lassen. Die MRT ist bei der gebotenen objektiv typisierenden Betrachtungsweise deshalb wertlos im Sinn des § 628 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB.

*cc) Von vorneherein fehlendes Interesse des Patienten an der erbrachten Dienstleistung*

Selbst wenn man das Vorstehende anders sehen wollte, ist zu beachten, dass von § 628 Abs. 1 S. 2 BGB nicht nur Fälle erfasst werden, in denen das Interesse des Patienten an der Durchführung des Eingriffs – etwa in Folge eines Behandlungsfehlers – im Nachhinein weggefallen ist, sondern *auch solche Konstellationen, in denen das Interesse des Patienten an der erbrachten Dienstleistung von vornherein fehlt.*<sup>134</sup> Dies erfasst unterschiedliche Fallgruppen, etwa den Fall einer objektiv fehlenden Indikation der Behandlung, sofern der Patient über diesen Umstand nicht aufgeklärt war.<sup>135</sup> Ein Arzt kann keine Vergütung verlangen, wenn es nur aufgrund eines von ihm zu vertretenen Fehlers überhaupt zur Durchführung der ärztlichen Behandlung gekommen ist, weil er z.B. zu Unrecht eine Indikationslage für die Behandlung angenommen und dies dem Patienten vermittelt hat.<sup>136</sup> Gleiches gilt, wenn der Behandelnde ein fehlerhaftes Behandlungskonzept verfolgt hat, dessen Scheitern von vornherein absehbar war.<sup>137</sup>

---

<sup>132</sup> BGH 13.9.2018 – III ZR 294/16, juris Rn. 25, BGHZ 219, 298; BeckOGK/Günther (1.12.2019), § 628 Rn. 77; Staudinger/Gutmann, 2021, § 630b Rn. 35.

<sup>133</sup> Schellenberg VersR 2007, 1343, 1345; Staudinger/Gutmann, 2021, § 630b Rn. 35.

<sup>134</sup> Vgl. Kramer MDR 1998, 324, 326 f; BeckOGK/Günther (1.12.2019), § 628 Rn. 9 und zum Folgenden Staudinger/Gutmann, 2021, § 630b Rn. 38.

<sup>135</sup> Bergmann/Pauge/Steinmeyer/Bergmann/Middendorf<sup>3</sup> § 630a Rn. 57; BeckOGK/Günther (1.12.2019), § 628 Rn. 94; OLG Koblenz 14.6.2007 – 5 U 1370/06, NJW-RR 2007, 1622.

<sup>136</sup> OLG Hamburg 9.7.1999 – 1 U 104/98, juris Rn. 14; MünchKomm/Henssler<sup>8</sup> § 628 Rn. 36; vgl. allgemein Kramer MDR 1998, 324, 327.

<sup>137</sup> Vgl. OLG Hamm 2.11.2005 – 3 U 290/04, juris Rn. 14 und 18; OLG Hamburg 29.12.2005 – 1 W 85/05, juris Rn. 9, MDR 2006, 873.

Das Interesse des Patienten an der vertraglich vereinbarten Dienstleistung fehlt aus objektiver Sicht nicht nur dann von vornherein, wenn der Behandelnde die Leistung mangels Berufszulassung nicht erbringen darf<sup>138</sup>, sondern *auch in Fällen einer Übernahmepflichtverletzung*<sup>139</sup>, d.h. in Fällen, in denen für den Behandelnden vor Durchführung der Maßnahme erkennbar war, dass die Maßnahme die Grenzen seines Fachbereichs oder seiner persönlichen Fähigkeiten überschreitet und/oder er durch die vorgesehene Behandlung möglicherweise überfordert sein wird. Prägnant Kramer:

„Das Interesse an der Dienstleistung fehlt auch dann von Anfang an, wenn die an sich indizierte Behandlung von einer Person übernommen wird, die nach ihrem beruflichen oder persönlichen Status zur Ausführung der anstehenden Dienste nicht qualifiziert ist, weil ihr entweder die fachspezifischen oder die persönlichen Voraussetzungen fehlen, wenn also der Arzt für die in Frage stehenden ärztlichen Behandlungsmaßnahmen nicht genügend spezialisiert ist oder jedenfalls nicht die dafür erforderliche persönliche Erfahrung besitzt. Bei Vorliegen eines solchen Übernahmeverschuldens fehlt für den Patienten das Interesse an der Durchführung der ärztlichen Behandlung durch den konkreten Vertragspartner.“<sup>140</sup>

Diese Grundsätze sind ebenso den Fall anwendbar, dass von einer unzureichenden Aufklärung des Patienten auszugehen ist.<sup>141</sup>

Die beiden letztgenannten Punkte sind in den vorliegend interessierenden Fällen einschlägig. *Fehlen dem Orthopäden die fachspezifischen Voraussetzungen und kann er mangels entsprechender Weiterbildung und Erfahrung den geforderten MRT-Standard objektiv nicht einhalten, ist davon auszugehen, dass das Interesse des Patienten an der Durchführung des MRT durch den Orthopäden im Sinne des § 628 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB von vornherein gefehlt hat.* Die MRT ist im Sinne dieser Norm unbrauchbar.

Im Regelfall – jedenfalls in einer Vielzahl von Fällen – wird es dem behandelnden Orthopäden auch nicht gelingen, gemäß § 630h Abs. 2 S. 1 BGB zu beweisen, dass er entsprechend den Anforderungen des § 630e BGB – auch über seine mangelnde Eignung dafür, den geforderten MRT-Standard einzuhalten – *aufgeklärt* hat. *Auch in diesem Fall ist davon auszu-*

---

<sup>138</sup> Kramer MDR 1998, 324, 327; s auch Staudinger/Gutmann, 2021, § 630b Rn. 54.

<sup>139</sup> „Übernahmeverschuldens“, Kramer MDR 1998, 324, 327; BeckOGK/Günther (1.12.2019), § 628 Rn. 94; Staudinger/Gutmann, 2021, § 630b Rn. 39.

<sup>140</sup> MDR 1998, 324, 327.

<sup>141</sup> OLG Hamm 11.7.2007 – 3 W 35/07, juris Rn. 9; Staudinger/Gutmann, 2021, § 630b Rn. 38 und bereits Kramer MDR 1998, 324, 328 (Der Hinweis Kramers [ebenda], dies gelte, wenn „davon auszugehen [sei], daß der Patient den Eingriff bei gehöriger Aufklärung abgelehnt hätte, wobei für das Gegenteil den Arzt die Beweislast trifft“ verweist auf § 630h Abs. 2 S. 2 BGB („Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte“). Siehe dazu, dass es dem Patienten nach den von der Rechtsprechung entwickelten Regeln meist möglich ist, einen hypothetischen Entscheidungskonflikt plausibel vorzutragen und einem entsprechenden Beweisversuch des Behandelnden entgegenzutreten, Staudinger/Gutmann, 2021, § 630h Rn. 92 ff, 105.

gehen, dass das Interesse des Patienten an der Durchführung der MRT durch den Orthopäden im Sinne des § 628 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB von vornherein gefehlt hat. Die MRT ist wiederum im Sinne dieser Norm unbrauchbar. Im Fall einer Kündigung des Patienten geht der Vergütungsanspruch des Behandlenden ipso iure unter.

Damit ist allerdings zugleich die systematische Grenze für das *unmittelbare* Eingreifen des § 628 Abs. 1 S. 2 BGB benannt: Die Norm greift in all diesen Fällen nur, wenn das vertragswidrige Verhalten des Behandlenden noch während der Behandlung zutage tritt und der Patient den Behandlungsvertrag deshalb kündigt. An einer solchen Kündigung wird es in den hier interessierenden Konstellationen indes meist fehlen. Dies ist, wie sogleich zu zeigen ist, im Ergebnis jedoch ohne Belang.

#### *b) Übertragung auf das Recht des Schadensersatzes*

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Leitentscheidung vom 13.09.2018 festgehalten, dass Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 628 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB auch den parallel laufenden Schadensersatzanspruch des Patienten aus § 280 Abs. 1 BGB überformen:

„Nach § 628 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB hat der Dienstverpflichtete (Arzt), wenn er durch sein vertragswidriges Verhalten (Behandlungsfehler) die Kündigung des Dienstberechtigten (Patient) gemäß § 626 oder § 627 BGB ausgelöst hat, keinen Vergütungsanspruch, soweit seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den Dienstberechtigten kein Interesse mehr haben. Bei einer schuldhaften Fehlleistung des Arztes hat der Patient ferner einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB.

*Ist die (fehlerhafte) Leistung des Arztes für den Patienten ohne Interesse und völlig unbrauchbar, besteht der (Mindest-) Schaden des Patienten unmittelbar darin, dass er für eine im Ergebnis unbrauchbare ärztliche Behandlung eine Vergütung zahlen soll. In diesem Fall ist der Schadensersatzanspruch unmittelbar auf Befreiung von der Vergütungspflicht gerichtet, wenn weder der Patient noch seine Versicherung bereits bezahlt haben.*<sup>142</sup>

Wurde bereits geleistet, obwohl die Leistung für den Patienten unbrauchbar ist, steht dem Patienten (oder aus übergegangenem Recht seinem Versicherer) aus § 280 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Rückerstattung des bereits gezahlten Honorars zu.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> BGH 13.9.2018 – III ZR 294/16, juris Rn. 17, BGHZ 219, 298 (kritisch hierzu Mäsch JuS 2019, 256); vgl bereits OLG München 1.2.2006 – 1 U 4756/05, MedR 2006, 596; hierzu Staudinger/Gutmann, 2021, § 630b Rn. 48; Grüneberg/Weidenkaff<sup>61</sup>, § 630a Rn. 41 m.w.N. Auch das BayObLG weist unter Rekurs auf die Entscheidung des BGH vom 13.9.2018 (III ZR 294/16, BGHZ 219, 298, Rn. 16 ff.), darauf hin, dass zwar selbst bei einer unzureichenden oder pflichtwidrig erbrachten ärztlichen Leistung (§ 630a Abs. 2 BGB) der Vergütungsanspruch nach allgemeinen Grundsätzen des Dienstvertragsrechts grundsätzlich nicht gekürzt werden, dass sich allerdings insbesondere aus § 280 Abs. 1 BGB Gegenansprüche des Patienten ergeben (vgl. BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, juris Rn. 39, GesR 2022, 194 = MDR 2022, 48).

<sup>143</sup> KG 1.7.2010 – 20 W 23/10, juris Rn. 4, MedR 2011, 45 m.w.N. (hier: aufgrund eines Behandlungsfehlers mangelhafte Zahnprothetik, bei der eine Neuanfertigung erfolgen muss); OLG Oldenburg 27.2.2008 – 5 U 22/07, juris Rn. 20, VersR 2008, 781; Staudinger/Gutmann, 2021, § 630b Rn. 48.



Eine „schuldhafte Fehlleistung des Arztes“ in diesem Sinn setzt keinen Behandlungsfehler voraus, der zu einem Gesundheitsschaden geführt hat. Sie liegt vielmehr bereits in der objektiven behandlungsvertraglichen Pflichtwidrigkeit, die darin besteht, dass ein Arzt eine MRT anfertigt und auswertet, ohne dabei den geforderten MRT-Standard einhalten zu können (siehe oben, I), weil ihm eine entsprechende Aus- und Weiterbildung und Erfahrung fehlen, oder darin, dass die Anfertigung der MRT ohne Einwilligung des Patienten und damit in rechtswidriger Weise geschieht.<sup>144</sup>

#### *c) Zwischenergebnis*

Wenn dem Orthopäden die oben (I) genannten fachspezifischen Voraussetzungen fehlen und er mangels entsprechender Aus- und Weiterbildung und Erfahrung den geforderten MRT-Standard objektiv nicht einhalten kann, oder wenn er nicht beweisen kann, dass er entsprechend den Anforderungen des § 630e BGB – auch über seine mangelnde Eignung dafür, den geforderten MRT-Standard einzuhalten – aufgeklärt hat, haben der Patient bzw. seine Versicherung, sofern sie nicht bereits bezahlt haben, einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, der unmittelbar auf Befreiung von der Vergütungspflicht gerichtet ist. Wurde bereits bezahlt, ist der Schadensersatzanspruch auf Rückerstattung des bereits gezahlten Honorars gerichtet.

### **4. Grenze: Standardabsenkende Vereinbarung i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB**

#### *a) Grundsatz*

Soll dies anders sein, muss ein Orthopäde bzw. ein anderer nichtradiologischer Facharzt mit dem Patienten in Bezug auf die MRT eine standardabsenkende Vereinbarung i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB schließen.

---

<sup>144</sup> So i.E. auch Finn, ZMGR 2022, 77, 80. Die ständige Rechtsprechung, dass ein die Haftung auslösender Schaden bei einer Behandlung ohne wirksame Einwilligung (namentlich bei Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht) nur dann eintritt, wenn die Behandlung zu einer Beeinträchtigung der Gesundheit führt (BGH 27.5.2008 – VI ZR 69/07, juris Rn. 18, BGHZ 176, 342 m.w.N.; OLG Köln 20.7.2011 – I-5 U 83/09, juris Rn. 36, MedR 2012, 405; OLG Bamberg 5.12.2011 – 4 U 72/11, VersR 2012, 1440, 1441; OLG Naumburg 23.8.2004 – 1 U 18/04, juris Rn. 36, GesR 2004, 494; OLG Koblenz 1.4.2004 – 5 U 844/03, juris Rn. 27 f, VersR 2004, 1564; OLG Dresden 23.10.2003 – 4 U 980/03, juris Rn. 20 ff, NJW 2004, 298; Münch-Komm/Wagner<sup>8</sup> § 630d Rn. 7; Erman/Rehborn/Gescher<sup>16</sup> § 630d Rn. 31; BeckOK/Katzenmeier [1.5.2020] § 630d Rn. 27; Geiss/Greiner<sup>7</sup> C Rn. 2, 150; NK-BGB/Voigt<sup>3</sup> § 630d Rn. 23) weist nur die These zurück, wonach eine ärztliche Heilbehandlung, die ohne rechtfertigende Einwilligung erfolgt und sich über die Autonomie des Patienten hinwegsetzt, ohnehin in erster Linie eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstelle und *aus diesem Grund* auch ohne einen vom Arzt verursachten Gesundheitsschaden zu einer Haftung führe (BGH 27.5.2008 – VI ZR 69/07, juris Rn. 18, BGHZ 176, 342 mit Verweis auf OLG Jena 3.12.1997 – 4 U 687/97, juris Rn. 22 f, VersR 1998, 586 m.w.N. aus der Literatur). Sie greift nicht für den finanziellen Schaden des Patienten, der darin besteht, dass er für eine im Ergebnis unbrauchbare ärztliche Behandlung eine Vergütung zahlen soll oder bezahlt hat.

Gemäß § 630a Abs. 2 BGB hat die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen, „soweit nicht etwas anderes vereinbart ist“. Die Gesetzesbegründung macht deutlich, dass die Vorschrift dazu dient, die Dispositionsmöglichkeit der Parteien und damit ihre Privatautonomie zu unterstreichen.

#### *b) Voraussetzungen des wirksamen Abschlusses der Vereinbarung*

Hinsichtlich der Vereinbarung eines abgesenkten Standards gilt zunächst, dass sie wegen ihres *telos*, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu realisieren, zwingend die vorherige *eingehende* vergleichende Aufklärung des Patienten durch den Behandelnden gemäß § 630e Abs. 1 S. 3 BGB über die standardwahrenden Behandlungsalternativen (sowie die entsprechende Information gemäß § 630c Abs. 2 S. 1 BGB) voraussetzt.<sup>145</sup> Auch diese Konstellation wird von dem Grundsatz erfasst, dass Behandelnde dem Patienten gerade auch im Hinblick auf eine mögliche Entscheidung zugunsten alternativer Optionen Aufklärung über Umstände schulden, die standardwidrig „das Risiko der Behandlung aus besonderen Gründen erhöhen“. <sup>146</sup> Die rechtmäßige Durchführung der Maßnahme setzt deshalb vor allem die vollumfängliche und nachdrückliche Aufklärung des Patienten gerade auch über das hierdurch erhöhte Risikopotential der Maßnahme voraus.<sup>147</sup> Ist die gebotene Aufklärung über die mit einer Unterschreitung des Standards verbundenen Risiken unterblieben, ist die Einwilligung des Patienten gemäß § 630d Abs. 2 BGB unwirksam.<sup>148</sup> Dies gilt gerade auch dann, wenn ein approbierter Arzt in beschränktem Umfang Behandlungen vornimmt, die einem anderen Fachgebiet zugeordnet sind, was ihm mit Blick auf seine Berufsfreiheit (Art. 12 GG) idR nicht verwehrt werden kann.<sup>149</sup>

Bei der Annahme konkludenter Vereinbarungen ist nach allgemeiner Ansicht Zurückhaltung geboten.<sup>150</sup> Sie können grundsätzlich nicht regelhaft, sondern immer nur auf den konkreten Einzelfall bezogen begründet werden. Nach allgemeiner Ansicht kann der Behandelnde einen abweichenden Behandlungsstandard auch nicht durch AGB zum Vertragsinhalt machen<sup>151</sup>, weil diese den Begriff der „Vereinbarung“ des § 630a Abs. 2 BGB nicht erfüllen und weil ein formularmäßiges Abweichen von der Kardinalpflicht standardgemäßer Behandlung nicht nur überraschend i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB wäre, sondern hierdurch i.S.d.

---

<sup>145</sup> Staudinger/Gutmann, 2021, § 630e Rn. 101; MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630e Rn. 25, 33 f.

<sup>146</sup> Vgl. Staudinger/Gutmann, 2021 § 630e Rn. 95; MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630e Rn. 25.

<sup>147</sup> MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630e Rn 24, vgl. dort Rn. 34.

<sup>148</sup> MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630e Rn 34; Staudinger/Gutmann, 2021, § 630e Rn. 101.

<sup>149</sup> BVerfG [K] 1.2.2011 – 1 BvR 2383/10, MedR 2011, 572). In Frage kommt bspw auch der standardwidrige Verzicht eines Patienten auf einen zweiten Arzt zur Führung von Sedierungen (Neelmeier, NJW 2015, 374, 375 m.w.N.) oder der Verzicht auf einen Facharzt zugunsten einer wohnortnahen geburtshilflichen Versorgung. Vgl. auch Grüneberg/Weidenkaff<sup>81</sup>, § 630a Rn. 12).

<sup>150</sup> BeckOK/Katzenmeier (1.2.2020) § 630a Rn 191.

<sup>151</sup> Grüneberg/Weidenkaff<sup>81</sup>, § 630a Rn. 12; BeckOK/Katzenmeier (1.2.2020) § 630a Rn 191.

§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB der Vertragszweck des Behandlungsvertrags, die Durchführung einer dem medizinischen Standard entsprechenden Behandlung des Patienten, gefährdet würde.

Eine Individualvereinbarung setzt voraus, dass der Patient weiß, worauf er sich einlässt. Sie setzt m.a.W. die vorherige, notwendigerweise individualisierte Information und Aufklärung des Patienten gemäß § 630e Abs. 1 S. 3 BGB und § 630c Abs. 2 S. 1 BGB darüber voraus, dass a) der Behandelnde den objektiv erwarteten Standard in Bezug auf die MRT nicht selbst bieten kann, sowie b) darüber, welches die standardwahrende Behandlungsalternative – nämlich die Anfertigung der MRT durch einen Facharzt für Radiologie oder einen nicht-radiologischen Facharzt mit der Zusatz-Weiterbildung „MRT-fachgebunden“ – ist. Informiert der behandelnde Orthopäde seinen Patienten nicht darüber, dass er selbst den Facharztstandard für MRTs nicht erbringen kann, kann er die faktische Bereitschaft des Patienten, sich auf eine MRT durch ihn einzulassen und dieses zum Gegenstand des Behandlungsvertrags zu machen, nach Treu und Glauben (§§ 133, 157 BGB) nicht so verstehen, dass der Patient mit ihm die vertragliche Vereinbarung treffen möchte, dass die MRT – unter gleichzeitiger Absenkung des erwarteten Standards – gerade durch ihn durchgeführt werden soll.<sup>152</sup>

## C. Gebührenrechtliche Folgen

### I. Allgemeines Gebührenrecht

§ 1 Abs. 2 S. 1 GOÄ steht Honoraranprüchen für fachgebietsfremd erbrachte Leistungen nicht generell entgegen („Vergütungen darf der Arzt nur für Leistungen berechnen, die nach den Regeln der ärztlichen Kunst für eine medizinisch notwendige ärztliche Versorgung erforderlich sind“). Bezugspunkt dieser „Regeln ärztlicher Kunst“ (die den medizinischen Standard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB bezeichnen<sup>153</sup>) ist ausweislich des eindeutigen Wortlauts die Erforderlichkeit, d.h. die medizinische Indiziertheit<sup>154</sup> der Leistung (hier: einer MRT) für

---

<sup>152</sup> Zudem gilt: Hat sich der Patient auf eine den üblichen Standard unterschreitende Vereinbarung eingelassen, ohne dass er die nach § 630c Abs. 2 S. 1 BGB und § 630e Abs. 1 BGB geschuldete Information bzw. Aufklärung über die Risiken der vom Standard abweichenden Behandlung und die hierzu bestehenden Alternativen erhalten hat, kann seine auf die *standardändernde Vereinbarung* gerichtete Willenserklärung nach § 119 Abs. 2 BGB anfechtbar sein (Nußstein VersR 2018, 1361, 1362 im Anschluss an Armbrüster, vgl. MünchKomm/Armbrüster<sup>9</sup> § 119 Rn. 120 ff; aA MünchKomm/Wagner<sup>8</sup> § 630e Rn. 34). Ist die gebotene Aufklärung über die mit einer Unterschreitung des Standards verbundenen Risiken iSd § 630e Abs. 1 S. 2 BGB und über die Behandlungsalternativen i.S.d. § 630e Abs. 1 S. 3 BGB unterblieben, ist zudem die *Einwilligung* des Patienten in die standardunterschreitende Maßnahme gemäß § 630d Abs. 2 BGB unwirksam und damit deren Durchführung rechtswidrig (s oben, II.2.).

<sup>153</sup> Finn GesR 2021, 84, 89; BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, juris Rn. 34 und 37, GesR 2022, 194 („die im Einzelfall ergriffenen diagnostischen bzw. therapeutischen Methoden [entsprechen] dem anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft“).

<sup>154</sup> Vgl. BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, juris Rn. 34, GesR 2022, 194.

eine medizinisch notwendige Versorgung, nicht die Einhaltung des Standards bei der Durchführung dieser ärztlichen Leistung (d.h. der Anfertigung der MRT) selbst.<sup>155</sup> Es geht nur darum, dass lediglich medizinisch notwendige Leistungen und keine sog. Übermaßbehandlungen vergütet werden. An der grundsätzlichen Notwendigkeit einer MRT (abgesehen von der die MRT anfertigenden Person) besteht in den hier interessierenden Fällen jedoch kein Zweifel.<sup>156</sup> Die generalisierende, über den Wortlaut des § 1 Abs. S. 1 GOÄ hinausgehende These, dem Arzt stehe im Fall einer nicht dem ärztlichen Standard entsprechenden ärztlichen Behandlung kein Vergütungsanspruch nach der GOÄ zu<sup>157</sup>, hat keine gesetzliche Grundlage<sup>158</sup> und widerspricht den Grundprinzipien des Behandlungs- und Dienstvertrags (siehe oben, II.3): Da das Dienstleistungsrecht aufgrund der mangelnden Erfolgspflicht nicht über Gewährleistungsrechte verfügt, kann der Vergütungsanspruch bei einer unzureichenden oder pflichtwidrigen Leistung grundsätzlich nicht gekürzt werden oder in Fortfall geraten. Zudem kann § 1 Abs. 2 S. 1 GO gerade *nicht* entnommen werden, dass der Arzt auch bei der Abrechnung von Leistungen nach Maßgabe der GOÄ an die Grenzen seines medizinischen Fachgebiets gebunden sei.<sup>159</sup> Der grundrechtlich gebotene Schutz der Berufsfreiheit (siehe oben, A) würde weitgehend ausgehöhlt, wenn fachfremde Leistungen zwar in zulässiger Weise erbracht werden dürften, ein Vergütungsanspruch aufgrund eines Schlusses von der Fachfremdheit einer Leistung auf ihre fehlende Abrechenbarkeit jedoch *generell* ausscheiden würde.<sup>160</sup>

## II. Abrechenbarkeit als „eigene Leistung“

In der Praxis wird die technische Durchführung einer MRT als nicht höchstpersönliche Arztleistung regelmäßig auf nichtärztliches Personal wie Medizinisch-Technische Radiologieassistenten delegiert. Gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ kann der Arzt Gebühren jedoch nur für solche Leistungen berechnen, die er „selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach

---

<sup>155</sup> Finn GesR 2021, 84, 89; ders., ZMGR 2022, 77, 79.

<sup>156</sup> Vgl. auch BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, juris Rn. 31 und 34, GesR 2022, 194.

<sup>157</sup> Clausen/Makoski/Schroeder-Printzen, GOÄ/GOZ, 2019, § 1 GOÄ Rn. 35; Clausen/Schroeder-Printzen/Clausen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, <sup>3</sup>2020, § 8 Rnz. 197; so wohl auch Spickhoff/Spickhoff<sup>3</sup>, § 1 Rn. 14 GOÄ; zutreffend aber Ratzel/Luxenburger/Griebau, Handbuch Medizinrecht, <sup>4</sup>2021, Kap. 12 Rn. 37.

<sup>158</sup> Finn GesR 2021, 84, 89; ders., ZMGR 2022, 77, 79 f.

<sup>159</sup> So zutreffend BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, juris Rn. 34, GesR 2022, 196 und Hahn/Sendowski, NZS 2011, 728, 731; anders aber Clausen/Schroeder-Printzen/Clausen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, <sup>3</sup>2020, § 8 Rnz. 197 und OLG Celle 22.10.2007 – 1 U 77/07, juris Rn. 20, MedR 2008, 378. Unzutreffend auch LG Darmstadt 13.5.2020 – 19 O 550/16, juris Rn. 19, GesR 2021, 58: „Zu Trennen von der Gebietskonformität i.S.d. § 34 Hess. HeilBerG ist als weitere Voraussetzung des § 1 II GOÄ im Rahmen der Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst die tatsächliche Befähigung zur *Durchführung* der MRT-Untersuchungen“ (Herv. T.G.)

<sup>160</sup> Finn, ZMGR 2022, 77, 80.

fachlicher Weisung“ erbracht wurden (eigene Leistungen). In den hier interessierenden Fällen kann die Zulässigkeit einer Delegation der MRTs durch den nicht hinreichend befähigten Orthopäden fraglich sein.

Um „fachliche Weisungen“ erteilen zu können, ist es ausreichend, aber auch notwendig, Kenntnisse und Fähigkeiten zu besitzen, die eine technische Durchführung von MRT-Untersuchungen gemäß medizinischem Standard ermöglichen.<sup>161</sup> Dass ein Behandelnder „fachliche Weisungen“ zur Anfertigung einer MRT erteilen kann, setzt also voraus, dass grundsätzlich hinreichend dazu befähigt ist, eine Magnetresonanztomographie standardgemäß durchzuführen. Für beides – die eigene Durchführung und die Erteilung fachlicher Weisungen hierzu – ist nach dem oben (I) Ausgeführten gleichermaßen nötig, *dass der Behandelnde über Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten für die Durchführung und Befundung einer (gebietsbezogenen) Magnetresonanztomographie verfügt, die ihrem Niveau nach mit jenen vergleichbar sind, die durch die Zusatz-Weiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ erworben werden („MRT-Standard“)*. Irrelevant ist hingegen – entgegen einigen Stimmen in der Literatur<sup>162</sup> und neuerer Rechtsprechung<sup>163</sup> – wiederum schon mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben die formale Einhaltung berufsrechtlicher Fachgebietsgrenzen. Auch eine bestimmte formale Qualifikation des abrechnenden Arztes – sei es ein Facharztstitel, sei es die abgeschlossene Zusatzweiterbildung „Magnetresonanztomographie – fachgebunden“ – ist in § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ (anders als in § 4 Abs. 2 Satz 4

---

<sup>161</sup> Finn GesR 2021, 84, 89; Hahn/Sendowski, NZS 2011, 728, 731; grundsätzlich Prütting/Hübner<sup>6</sup>, § 630a Rn. 11 („unstrittig, dass die ‚fachliche Weisung‘ eine entsprechende [...] Qualifikation des Arztes [...] voraussetzt“); so, möglicherweise auch weitergehend Uleer/Miebach/Patt/Miebach, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, <sup>3</sup>2006, § 4 GOÄ Rn. 40 („Kann der Arzt die Verrichtung mangels entsprechender weiterbildungsrechtlicher Qualifikation nicht fachgerecht selbst erbringen, ist er zur Abrechnung nicht berechtigt, da eine ‚fachliche‘ Weisung nicht erteilt werden kann“). Allerdings kann es – entgegen Taupitz/Jones, MedR 2001, 499, 502 – nicht darum gehen, „daß der abrechnende Arzt die Weisung bezüglich der MRT fachlich ordnungsgemäß erteilt“, sondern dass er sie kraft seiner Ausbildung, Kenntnisse und Erfahrungen (Fachkunde) ordnungsgemäß erteilen *kann* (so auch Prütting/Hübner<sup>6</sup>, Medizinrecht, § 630a Rn. 11). Vgl. die Gesetzesbegründung, BR-Drucks. 118/88, 47: „Als nach ‚fachlicher‘ Weisung des Arztes erbracht können Leistungen nicht angesehen werden, die der Arzt selbst mangels entsprechender Ausbildung nicht fachgerecht durchführen kann“. So auch Möller, jurisPR-MedizinR 9/2020 Anm. 1: „Außerdem ist anerkannt, dass die Weisung nur dann ‚fachlich‘ ist und von einer ‚persönlichen‘ Leistungserbringung gesprochen werden kann, wenn der anweisende Arzt über die für die Durchführung der Leistung erforderliche Fachkunde tatsächlich verfügt“.

<sup>162</sup> Clausen/Schroeder-Printzen/Clausen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, <sup>3</sup>2020, § 8 Rnz. 197 („nach ganz herrschender Meinung [ist] der Arzt auch bei der Abrechnung von Leistungen nach Maßgabe der GOÄ an die Grenzen seines medizinischen Fachgebiets gebunden“; fachliche Weisungen 4 Abs. 2 GOÄ könnten nur im Rahmen der Fachgebietsgrenzen erteilt werden).

<sup>163</sup> OLG Celle 22.10.2007 – 1 U 77/07, juris Rn 20, MedR 2008, 378; LG Berlin 16.1.2019 – 84 O 300/17, juris Rn. 18, MedR 2020, 848 („Da die Anfertigung und Auswertung von MRT-Aufnahmen zum Gebiet eines Facharztes für Chirurgie und Unfallchirurgie gehören, darf ein niedergelassener Facharzt für Chirurgie und Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie diese auch gemäß §§ 1 Abs. 2, 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ als eigene Leistung entsprechend den Regeln der ärztlichen Kunst abrechnen. Denn da er über die fachliche Qualifikation verfügt, kann die Anfertigung der MRT-Aufnahmen unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung durch nichtärztliches Hilfspersonal erbracht werden.“

GOÄ) nicht angesprochen, was für einen Umkehrschluss spricht.<sup>164</sup> Umgekehrt kann, wie auch sonst, die bloße Approbation nicht garantieren, dass der Arzt tatsächlich über den für die konkrete Maßnahme notwendigen fachlichen Standard i.S.d. § 630a Abs. 2 BGB – hier: den „MRT-Standard“ – verfügt.<sup>165</sup>

Zwischenergebnis:

Ein Arzt, der nicht über den „MRT-Standard“ (siehe oben I) verfügt, kann die Anfertigung von MRTs nicht delegieren und gleichwohl als eigene Leistungen abrechnen, weil er nicht im Sinn des § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ in der Lage ist, diesbezüglich „fachliche Weisungen“ zu erteilen.

München, den 15.5.2022



Prof. Dr. Thomas Gutmann

---

<sup>164</sup> BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, juris Rn. 46, GesR 2022, 196; So auch OLG Düsseldorf 20.1.2017 – III-1 Ws 482/15, juris Rn 14. MedR 2017, 557 (Strafrecht); vgl. Taupitz/Jones, MedR 2001, 499, 501; Hahn/Sendowski, NZS 2011, 728, 731; Finn, GesR 2021, 84, 90 und ders., ZMGR 2022, 77, 81.

<sup>165</sup> Offengelassen von BayObLG 18.1.2022 – 1 ZRR 40/20, juris Rn. 48, GesR 2022, 196.