

REZENSIONEN

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-6030-8>

Befunderhebung oder Diagnose? – Zur Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers vom Diagnosefehler und deren Auswirkung auf die ärztliche Praxis.

Von **Cornelius Kniepert**. *Nomos Universitätsschriften Recht*, Bd. 975, Nomos Verlag, Baden-Baden 2020, 207 S., kart., € 58

Die von *Cornelius Kniepert* verfasste und von *Jens Prütting* als Doktorvater betreute Dissertation befasst sich mit einem für den Arzthaftungsprozess wichtigen Thema, nämlich der Beweislastumkehr im Falle des einfachen Behandlungsfehlers nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB und seiner Abgrenzung vom Diagnosefehler.

Neben der rechtlich bedeutsamen Themenstellung mit einer hervorragenden Aufarbeitung der auch praktisch bedeutsamen Problemfelder ist besonders hervorzuheben, dass in dem Versuch einer ökonomischen Analyse die vor allem für die medizinischen Leistungserbringer maßgeblichen Auswirkungen des einfachen Behandlungsfehlers geprüft werden (S. 144ff.). Dies hebt die Arbeit von Abhandlungen zu demselben Problemkreis hervor, insbesondere von den Arbeiten *Sundmachers*, Die unterlassene Befunderhebung des Arztes, 2008; *Ramm*, GesR 2011, 13f.; *Schultze-Zeu*, VersR 2008, 898 und *Hausch*, MedR 2012, 231. Anzuerkennen ist, dass sich der Verfasser eingehend mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH zur Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers vom Diagnoseirrtum befasst und einen eigenen Lösungsweg aufzuzeigen versucht. Die praktische Relevanz der Arbeit ergibt sich bereits daraus, dass statistisch in mehr als einem Drittel aller Arzthaftungsfälle die Problematik des einfachen Befunderhebungsfehlers mit Beweislastumkehr erörtert wird, was auch mit der forensischen Erfahrung im Einklang steht.

Cornelius Kniepert präzisiert im ersten Teil seiner Arbeit die Begriffe des Befunderhebungs- bzw. Diagnosefehlers. Zutreffend arbeitet er heraus, dass trotz der Verflochtenheit dieser Fehler die Diagnose eine Entscheidung für ein bestimmtes Krankheitsbild ist, während eine Befunderhebung die Reduktion von Unsicherheit durch weitere Informationsgewinnung beinhaltet. Die Auswahl der Befunderhebungsmaßnahmen hängt immer von der abzuklärenden Verdachtsdiagnose ab. Der Verfasser weist erläuternd zu Recht darauf hin, dass die gesetzliche Regelung des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB, die letztlich auf der grundlegenden Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1987 beruht (BGHZ 99, 391 = NJW 1987, 1482), nunmehr als Beweislastumkehrregel von der Rechtsprechung seit Jahrzehnten praktiziert und von der Literatur überwiegend akzeptiert wird (S. 59). Es schließen sich sodann Ausführungen zur Legitimation und Kritik der Beweislastumkehr als pragmatische Überlegung zur Begründung der Beweislastverschiebung an (S. 67–88). Die Begründungsansätze, nämlich Gefahrbereichslehre, Gefährerhöhung, Waffengleichheit, Normzweck, Berufshaftung, Gewicht und Relation der betroffenen Rechtsgüter und Fachkunde des Dienstleisters sowie Abhängigkeit des Dienstleistungsempfängers erscheinen als Überlegungen im Einzelfall, die das Gericht in freier Beweiswürdigung nach § 286 ZPO einzeln oder summarisch zugrunde legen darf. Nicht ohne Grund weist *Greger* in seiner Kommentierung in dem Standardkommentar von *Zöller* darauf hin, dass „wegen starker Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalles Beispiele nicht ohne Weiteres verallge-

meinerungsfähig sind (*Greger*, in: *Zöller*, ZPO, vor § 284, Rdnr. 30). Völlig zu Recht führt *Kniepert* zu diesem Problemkreis abschließend auf S. 88 aus, dass die Begründung für die Haftungsverlagerung nicht nur von einem einzigen Gedanken getragen, sondern von verschiedenen Pfeilern gestützt wird.

Im zweiten Abschnitt erörtert *Cornelius Kniepert* unter Auswertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Rechtsprechung der Obergerichte die in der Praxis wichtige Frage der Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers vom Diagnosefehler. Er vermisst bei den Entscheidungen des BGH konkrete Erwägungen, nach welchen konkreten Maßstäben sich die Gebotenheit einer weiteren Befunderhebung richtet oder wo die Grenze zwischen Befund und Diagnose liegt (S. 93). Wenn der BGH hier auf den „Schwerpunkt“ der ärztlichen Pflichtverletzung abstellt, ist dies dem Verfasser zu ungenau. Er erkennt aber nicht, dass es sich letztlich um eine Abwägung im Einzelfall handelt. *Kniepert* möchte zwischen der Befundanordnung und der tatsächlichen Durchführung der Befunderhebungsmaßnahme unterscheiden und auch die Befundausswertung dem Befunderhebungsfehlerbegriff im Falle seines Eintritts unterstellen, und zwar in der Befürchtung, dass nach der Rechtsprechung des BGH, wenn der behandelnde Arzt gebotenen Befund erstellt, auf eine sorgfältige Auswertung verzichtet werden kann (S. 120). Diese Befürchtung dürfte indes den Erwägungen in den Urteilen des BGH nicht gerecht werden. Zur Darlegungslast des Arztes gehört es im Arzthaftungsprozess auch, dass der Arzt plausibel begründet, warum er von den Symptomen keine Kenntnis erhalten hatte und deshalb ein Befunderhebungsfehler ausscheidet. Kann der Arzt nicht plausibel darlegen, warum er keine Kenntnis von den eine weitere Befunderhebung fordernden Symptomen hatte, wird sich der Arzt nicht auf Nichtkenntnis berufen können (vgl. BGHZ 188, 29 = NJW 2011, 1672).

Im dritten Abschnitt der Dissertation (S. 144ff.) finden sich ökonomische Ansätze zu den Auswirkungen des einfachen Befunderhebungsfehlers, die die Ausführungen des Verfassers (*Kniepert/Moeller*, MedR 2019, 464) vertiefen. Interessant ist der Hinweis auf die Erfahrungen der Ecclesia Versicherungsdienst GmbH, wonach die Anzahl der jährlich im Prozess geltend gemachten Befunderhebungsfehler von 2000–2017 eine Verhundertfachung erfahren hat (S. 163). Anderweitige Untersuchungen haben ergeben, dass die Anzahl der Befunderhebungen mittels CT und MRT seit 1982 sehr stark zugenommen hat. Letztlich beruht dies bspw. auch auf einer rasanten technischen Entwicklung der medizinischen Möglichkeiten der bildgebenden Diagnostik. Schlüsse darauf, dass die Steigerung der Befunderhebungen auf der gesetzlichen Neuregelung des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB beruhen oder zumindest mitberuhen, werden sich statistisch wohl nicht rechtfertigen können.

Für den Arzthaftungsprozess weist *Cornelius Kniepert* abschließend darauf hin, dass, auch wenn das menschliche Erkenntnisvermögen begrenzt sein mag, dies kein Grund sein darf, das Ziel der Gerechtigkeit aufzugeben. Dem kommt nicht nur die gesetzliche Neuregelung, sondern auch das Bemühen von Richtern und Sachverständigen zu Hilfe, den Wissensstand zu Befunderhebungsfehlern und Diagnosefehlern zu verbessern. Die Arbeit von *Cornelius Kniepert* referiert dieses Bemühen durch kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und Rechtslehre in sehr sorgfältiger Weise. Zu begrüßen ist insbesondere der abschließende Hinweis (S. 181), dass die Kommunikation zwischen den Gerichten und den Sachverständigen durch konkrete Fragen zur Bewertung der Gebotenheit einer weiteren Befunderhebung verbessert werden könnte. Die an dieser Stelle genannten Fragen sollten im konkreten Einzelfall bereits durch die Gerichte im Rahmen der Formulierungen im Beweisbeschluss dem Sachverständigen an die Hand gegeben werden.

Dr. iur. Carolin Wever,
Kanzlei Bergmann und Partner,
Josef-Schlichter-Allee 38, 59063 Hamm, Deutschland

Carolin Wever