

## **Befunderhebung oder Diagnose?**

Zur Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers vom Diagnosefehler und deren Auswirkung auf die ärztliche Praxis

Die Abgrenzung zwischen Befunderhebungsfehler und Diagnosefehler ist eine der wichtigsten Problematiken des Arzthaftungsrechts. Dies liegt daran, dass beide Fehler unter unterschiedlichen Voraussetzungen zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich der kausalen Verbindung von Pflichtverletzung und Primärrechtsschädigung führen können. Eine solche Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden hat im Bereich der Arzthaftung regelmäßig prozessentscheidende Bedeutung, so dass eine sorgfältige rechtswissenschaftliche Durchdringung der Problematik in höchstem Maße geboten ist. Dabei geht die Arbeit in drei Schritten vor.

### **Der Befunderhebungsfehler**

Zuerst wird der Befunderhebungsfehler im Rahmen der ärztlichen Behandlung verortet, seine Voraussetzungen näher dargestellt und die Rechtsfolge der Beweislastumkehr kritisch betrachtet. Die ärztliche Behandlung eines Patienten lässt sich in die Bereiche der Befunderhebung (Informationsgewinnung), der Diagnosestellung (Informationsauswertung) und der Therapie (Informationsumsetzung) unterteilen. Unterlaufen dem Arzt Behandlungsfehler in diesen Bereichen, kann dies eine Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden gemäß den Vorgaben des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB nach sich ziehen. Im Rahmen der Diagnosestellung kommt eine Beweislastumkehr nur bei einem groben Behandlungsfehler i.S.d. § 630h Abs. 5 S. 1 BGB in Betracht. Damit ist das Haftungsrisiko für Ärzte im Falle von Behandlungsfehlern im Bereich der Befunderhebung größer als im Bereich der Diagnosestellung, was rechtspolitisch vor dem Hintergrund einer nach gegenwärtigem Stand von Wissenschaft und Technik fehlbaren Medizin gemeinhin als gewünscht erachtet wird. Darüber hinaus wird die Legitimation der Beweislastumkehr durch die Rechtsprechung kritisch beleuchtet und ein alternativer Legitimationsansatz vorgestellt. Dieser beruht zentral auf dem Gedanken der Gefahrerhöhung für den Patienten, dem Gewicht der betroffenen Rechtsgüter und dem besonderen Obhutsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Patienten.

### **Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers vom Diagnosefehler**

Als zweites wird das zentrale Problem der Abgrenzung des Befunderhebungsfehlers vom Diagnosefehler behandelt. Dafür werden zunächst die existierenden Ansätze der Rechtsprechung und Literatur näher dargestellt und kritisch beleuchtet. Anschließend werden ein eigenes Abgrenzungsmodell entwickelt und Kriterien herausgearbeitet, welche die Abgrenzung erleichtern können. Die Rechtsprechung unterscheidet dabei strikt zwischen dem einfachen Befunderhebungsfehler und dem groben Diagnosefehler und trifft die Entscheidung zwischen diesen im Einzelfall. Klare Abgrenzungskriterien oder deren Gewichtung werden bei den Einzelfallentscheidungen durch die Rechtsprechung hingegen nicht entwickelt. Daneben erscheint problematisch, dass der BGH für den einfachen Befunderhebungsfehler seit dem Jahr 2010 beim Arzt die Kenntnis der Symptome verlangt, welche eine weitere Befunderhebung indiziert hätten. Dies bringt zum einen beweispraktische Schwierigkeiten mit sich und lädt den Befunderhebungsfehler zum anderen um eine pönale Komponente auf. Deshalb wird der Rechtsprechung in der Literatur mangelnde Transparenz, Nachvollziehbarkeit sowie Willkür in diesen Entscheidungsprozessen vorgeworfen. Doch auch die von der Literatur vorgeschlagenen Ansätze weisen ihre Schwächen auf. So leugnen sie partiell die Existenz des Befunderhebungsfehlers, weiten teilweise dessen Anwendungsbereich massiv aus oder erzeugen Abgrenzungsformeln, die nicht weniger vage sind, als die der Rechtsprechung.

Stattdessen könnten die Probleme des Befunderhebungsfehlers anders gelöst werden. So könnte der Befunderhebungsfehler aus rein objektiver Perspektive bewertet werden, indem neben der unterlassenen Befundanordnung auch die unterlassene Befundaufwertung als Befunderhebungsfehler gewertet würde.

Denn beide Elemente sind Bestandteil der Informationsgewinnung und damit der Befunderhebung im Rahmen der ärztlichen Behandlung. Damit würde der Befunderhebungsfehler seine praktischen Beweisschwierigkeiten sowie seine pönale Komponente verlieren. Darüber hinaus sollte die Bewertung von Befunderhebungsfehlern anhand von nachvollziehbaren und transparenten Kriterien erfolgen. Anhaltspunkte dafür können die bisherigen Entscheidungen der Rechtsprechung sein. Denn auch wenn bislang nicht ausdrücklich auf die Gründe für die Abgrenzung eingegangen wird, so basiert diese doch auf Kriterien, welche von den medizinischen Sachverständigen in die Prozesse eingebracht werden. Auf dieser Grundlage wurde in der Arbeit ein Katalog von krankheitsbezogenen, befunderhebungsbezogenen und diagnosebezogenen Kriterien entwickelt, welcher von der Rechtsprechung fortgeführt und gewichtet werden kann. Dadurch könnten nicht nur die Entscheidungen in Zukunft transparenter und vorhersehbarer gestaltet, sondern auch die Kommunikation zwischen den Gerichten und den Sachverständigen verbessert werden.

### **Ökonomische Analyse und praktische Auswirkungen des Befunderhebungsfehlers**

Als drittes wird der einfache Befunderhebungsfehler aus der Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts betrachtet und dessen Auswirkungen auf die ärztliche Praxis untersucht.

Die ökonomische Analyse des Rechts untersucht, inwieweit rechtliche Regelungen effizient sind. Im Bereich des Haftungsrechts ist das Ziel dabei die effiziente Schadensvermeidung. Konkret bedeutet dies, dass nur Aufwendungen für die Schadensvermeidung getätigt werden sollen, die die entsprechenden Schäden nicht übersteigen. Denn sonst würde gesamtgesellschaftlich betrachtet ein ökonomischer Nachteil entstehen, weil zwar Schäden vermieden, aber dafür zu hohe Aufwendungen aufgebracht würden. Für den Bereich der Arzthaftung bedeutet dies, dass Ärzte zu Präventionsmaßnahmen bis maximal in Höhe der entstandenen Schäden motiviert werden sollen. Dies wird erreicht, indem Ärzte genau den Schaden ersetzen müssen, den sie selbst verursacht haben. Im Bereich unsicherer Kausalverläufe ist dieses Ziel nicht einfach umzusetzen. Denn es ist nicht klar, ob die Ärzte den Schaden tatsächlich verursacht haben. Deshalb sollte sich die haftungsrechtliche Ersatzpflicht an der Verursachungswahrscheinlichkeit orientieren. Wenn die Haftungswahrscheinlichkeit der Verursachungswahrscheinlichkeit entspricht, müssen Ärzte durchschnittlich genau die Schäden ersetzen, welche sie auch verursacht haben. Dadurch würden Ärzte zu einer effizienten Schadensvermeidung motiviert werden, was seinen Ausdruck letztlich in der Anpassung der Haftpflichtversicherungsprämien fände. Die Voraussetzungen des einfachen Befunderhebungsfehlers bieten die Möglichkeit, sich an dieser Verursachungswahrscheinlichkeit zu orientieren. Damit ist man mit der Anerkennung des einfachen Befunderhebungsfehlers grundsätzlich in der Lage, eine effiziente Schadensvermeidung zu befördern.

Anschließend wird untersucht, welche praktische Auswirkung die Rechtsprechung zum einfachen Befunderhebungsfehler hatte. Insbesondere, inwieweit Rechtsprechung und Gesetzgebung die ärztliche Praxis beeinflusst haben. Um eine solche Auswirkung nachzuweisen, wurde das Befunderhebungsverhalten der Ärzte, das Prozessverhalten der Patienten und die Anzahl medizinisch-technischer Großgeräte seit 1982 ökonometrisch analysiert und mit den rechtlichen Entscheidungen zum einfachen Befunderhebungsfehler abgeglichen. Dabei ist festzustellen, dass die Anzahl an Befunderhebungen, die dafür notwendigen Geräte und die gerichtliche Geltendmachung des einfachen Befunderhebungsfehlers in den untersuchten Zeiträumen deutlich zugenommen haben. Dies könnte grundsätzlich dafür sprechen, dass das Haftungsrisiko des einfachen Befunderhebungsfehlers sowohl die ärztliche Praxis als auch das Patientenverhalten beeinflusst haben. Im Ergebnis konnte allerdings keine statistisch signifikante Korrelation zwischen den Rechtsprechungs- und Gesetzgebungsentscheidungen zum einfachen Befunderhebungsfehler und den angesprochenen Auswirkungen auf die ärztliche Praxis oder das Patientenverhalten festgestellt werden. Ursachen dafür können sein, dass die Ärzte über das Haftungsrisiko des einfachen Befunderhebungsfehlers unzureichend informiert sind, das Risiko falsch einschätzen, die Daten durch external shocks verzerrt sind oder das zur Verfügung stehende Datenmaterial nicht aussagekräftig genug ist. Hier wird es in der Zukunft weiterer Aufbauforschung bedürfen.