

umhin, den Schwangerschaftskonflikt als Zweipersonenkonflikt zu begreifen, der normativ nicht einseitig aufgelöst werden kann, sondern in einer Abwägung bewältigt werden muss. Das tut das geltende Recht. Dass die Beratungslösung den Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich nur bis zur zwölften Schwangerschaftswoche straffrei stellt, ist keine willkürliche Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts, sondern biologisch begründbar; denn bereits mit Abschluss der Embryonalphase (12 SSW p. c.) ist der Ungeborene pränatalmedizinisch mit hoher diagnostischer Präzision als individuelles Wesen genetisch wie strukturell erfassbar.

Die Beratung selbst, darauf ausgerichtet, „die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen“, kann nicht zu einem bloßen Angebot herabgestuft werden. Sie ist das einzige Instrument, das der Staat zum Zweck des ihm verfassungsrechtlich zwingend aufgegebenen Schutzes des Lebens und der Würde des Ungeborenen einsetzt. Sie stellt nicht mehr als einen Appell an das Verantwortungsbewusstsein der schwangeren Frau dar, deren Letztentscheidungsfreiheit davon unberührt bleibt.

Für eine Verlängerung der geltenden 12-Wochen-Frist, bis zu der die Letztentscheidung der Schwangeren maßgeblich ist, besteht kein Bedarf: Denn die Entscheidung für oder gegen die Fortsetzung der Schwangerschaft fällt erfahrungsgemäß früh. Auch die Fortexistenz des schon weiter entwickelten

Fetus der freien Entscheidung der Schwangeren zu überlassen, ist verfassungsrechtlich nicht vertretbar und zwingt die Ärzteschaft in ein vermeidbares moralisches Dilemma. Die geltende austarierte Lösung, die weder die Schwangere noch den Arzt strafrechtlichen Risiken aussetzt, würde damit aus dem Gleichgewicht geraten. Der erreichte gesellschaftliche Frieden geriete in Gefahr. Das sollten wir nicht tun.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

<https://doi.org/10.1007/s00350-025-7049-z>

Zur Abgrenzung und „Sperrwirkung“ von Diagnose- und Befunderhebungsfehlern

Silvia Deuring und Theresa Frauendorfer

Abstract

Die Abgrenzung von Diagnose- und Befunderhebungsfehler erfolgt insbesondere durch die Rechtsprechung gemeinhin mittels einer Schwerpunkt Betrachtung. Dieser Ansatz steht als zu unbestimmt in der Kritik. Bei genauerer Betrachtung ist diese Schwerpunkt Betrachtung aber primär zeitlich zu verstehen und folglich keineswegs so unbestimmt, wie häufig befürchtet. Im Übrigen sollte nicht von einer Abgrenzung zwischen beiden Fehlerkategorien gesprochen werden, wenn es darum geht, von mindestens zwei Handlungen oder Unterlassungen, die als haftungsrechtliche Anknüpfungspunkte in Betracht kommen, die relevante Verhaltensweise auszusondern. Für diese Situation ist, bei gleichzeitiger Anerkennung, dass dem Grunde nach zwei Pflichtverletzungen vorliegen, der Begriff der „Sperrwirkung“ sachgerechter.

1. Einführung

Die Diskussion rund um die Unterscheidung zwischen Diagnose- und Befunderhebungsfehler erstickt nicht. Nicht zuletzt im Januar 2024 hat sich das OLG München erneut mit der Thematik befasst und dabei die Schwierigkeit belegt, die der Problematik anhaftet¹. Dies bietet die Gelegenheit, noch

einmal einen genaueren Blick zu riskieren und das Zusammenspiel zwischen beiden Fehlertypen zu durchleuchten.

Weshalb konkret eine Unterscheidung zwischen beiden Fehlertypen haftungsrechtlich bedeutsam ist, ist bekannt: Die Einordnung eines Fehlverhaltens als Diagnose- oder Befunderhebungsfehler wirkt sich primär auf die Beweislastverteilung aus. Kann dem Arzt ein Befunderhebungsfehler vorgeworfen werden, so kann dies die für den Patienten bequeme Folge der Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB nach sich ziehen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn sich bei erfolgter Befunderhebung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit – mehr als 50 %² – ein reaktionspflichtiges Ergebnis gezeigt hätte, eine Nichtreaktion hierauf sodann als grober Behandlungsfehler einzuordnen gewesen wäre und dieser Fehler generell geeignet ist, die Gesundheitsverletzung herbeizuführen³.

Bei einem Diagnosefehler kommt eine Beweislastumkehr hingegen nur in Betracht, wenn der Diagnosefehler als grob zu werten ist, § 630h Abs. 5 S. 1 BGB. Dabei muss es sich aber tatsächlich um einen fundamentalen Irrtum handeln⁴. Für die Patientenseite bedeutet dies, dass eine Beweislastumkehr nur in seltenen Fällen in Betracht kommen dürfte: Da die Diagnosestellung häufig mit Unsicherheiten behaftet ist, muss die Schwelle, ab welcher ein Fehler als fundamental und da-

PD Dr. iur. Silvia Deuring, Akademische Rätin a. Z., Theresa Frauendorfer, studentische Hilfskraft, Ludwig-Maximilians-Universität München, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Medizinrecht, Ludwigstr. 29, 80539 München, Deutschland

1) OLG München, MedR 2024, 813 ff. m. Anm. Deuring. Zu dieser Entscheidung noch unten unter III.1.a).

2) BGH, MedR 2016, 976, 977.

3) BGH, MedR 2016, 976, 977; ausführlich Martis/Winkart, MDR 2013, 634, 638 ff.

4) BGH, MedR 2011, 645, 648 m. Anm. Schmidt-Recla u. Anm. Voigt.

mit als grob gewertet werden kann, hoch angesetzt werden⁵. Mehr noch: Diagnosefehler sollen überhaupt nur zurückhaltend als vorwerfbare Pflichtverletzungen behandelt werden⁶.

II. Problemstand

Zunächst soll der Versuch unternommen werden, Licht in das Dickicht der zu diesem Thema vertretenen Meinungsvielfalt zu bringen: Geschrieben wurde zur Thematik bereits einiges, entsprechend unüberschaubar wirkt das Meinungsspektrum. Hinzukommt, dass zumindest in den Randbereichen die Unterschiede zwischen den verschiedenen Ansätzen tendenziell verschwimmen.

1. Rechtsprechung

a) Abgrenzungsformel

Zur Unterscheidung von Diagnose- und Befunderhebungsfehlern führt die Rechtsprechung regelmäßig aus: „Ein Befunderhebungsfehler ist gegeben, wenn die Erhebung medizinisch gebotener Befunde unterlassen wird. Im Unterschied dazu liegt ein Diagnoseirrtum vor, wenn der Arzt erhobene oder sonst vorliegende Befunde falsch interpretiert und deshalb nicht die aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs gebotenen – therapeutischen oder diagnostischen – Maßnahmen ergreift“⁷. Vor allem werde ein Diagnosefehler nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler, dass bei objektiv zutreffender Diagnose noch weitere Befunde zu erheben gewesen wären⁸. Andernfalls würde nahezu jeder Diagnosefehler zu einem Befunderhebungsfehler⁹. Auf eine knappe Formel gebracht sei das Nichterkennen einer erkennbaren Auffälligkeit ein Diagnoseirrtum¹⁰. Das Nichtreagieren oder das nicht sofortige Reagieren auf eine erkannte Auffälligkeit stelle sich hingegen als ein Befunderhebungsfehler dar¹¹.

b) „Befund“ und „Diagnose“

So simpel die Einteilung in zwei eindeutig trennbare Fehlertypen auf den ersten Blick auch sein mag, so zeigt sich im Detail, dass dies in vielen Fällen alles andere als klar ist. Denn schon am bekannten Beispiel des Anästhesisten, der auf einer Röntgenaufnahme einen Rundherd übersieht, setzt diese Einteilung zunächst eine gewisse Prämisse voraus. Bekanntermaßen hat der BGH diesen Sachverhalt als Diagnosefehler gewertet¹². Dabei setzt er aber implizit voraus, dass es sich bei der Röntgenaufnahme überhaupt um einen „Befund“ und nicht nur um ein Untersuchungsmedium handelt¹³. So wird dem BGH entgegengehalten: Weil der Anästhesist den Rundherd nicht gesehen habe, habe er aber noch gar keinen Befund gewonnen, von dem er eine Diagnose ableiten könne¹⁴. Diese Rechtsprechung führe auch zur Inkonsistenz, wonach derjenige, der Bildmedien nicht oder nur flüchtig auswerte, nur einem Diagnosefehler begehe, der es ihm ermögliche, von jeder Haftung aufgrund darauf folgender Befunderhebungsfehler frei zu bleiben. Derjenige hingegen, der eine Aufnahme vollständig analysiere und darauf eine Auffälligkeit erkannt habe, aber dennoch eine weitere Befunderhebung unterlasse, hafte aufgrund eines Befunderhebungsfehlers¹⁵.

Nun ist zwar der Kritik zunächst entgegenzuhalten, dass es nicht per se ausgeschlossen sein muss, die unterlassene Diagnosestellung der falschen Diagnosestellung gleichzustellen. Sie zeigt aber richtig auf, dass das Grundproblem der Debatte um die Abgrenzbarkeit beider Fehlerkategorien zunächst darin zu suchen ist, dass keine Einigkeit darüber herrscht, was unter Befunderhebung einerseits und Diagnosestellung andererseits überhaupt zu verstehen ist: Denn nicht nur kann man sich die Frage stellen, ob das Untersuchungsmedium selbst „Befund“ ist, man kann sich auch die Frage stellen, ob denn auch die Auswertung eines einzelnen Untersuchungsmediums, sei sie erfolgt oder nicht

erfolgt oder richtig oder falsch, überhaupt schon begrifflich der Diagnosestellung zuzuordnen ist.

Genauso ließe sich schließlich doch auch die Befundauswertung i. S. d. Kenntnissnahme und Einordnung eines Merkmals als „auffällig“ oder „unauffällig“ noch dem Vorgang der Befunderhebung zuordnen¹⁶. Von einem haftungsrechtlich relevanten Diagnosefehler könnte entsprechend daher überhaupt erst dann die Rede sein, wenn der Interpretationsfehler bei Stellung der sog. „Arbeitsdiagnose“ unterläuft, also bei der kognitiven Verarbeitung aller Untersuchungsergebnisse, auf die sodann eine therapeutische Konsequenz folgt¹⁷. Das Übersehen eines Zufallsbefunds in Folge der fehlenden Auswertung eines Untersuchungsmediums wäre hiernach entsprechend schon deshalb dem Bereich der Befunderhebung zuzuschlagen, weil auch die hypothetische Kenntnissnahme des Befunds nicht in einer Arbeitsdiagnose, sondern allenfalls in einer weiter abzuklärenden Verdachtsdiagnose gemündet wäre¹⁸.

c) (Zeitliche) Schwerpunkt Betrachtung

Mit der Frage verwandt, ob schon die Auswertung einer einzelnen Untersuchungsmaßnahme als Diagnosestellung zu charakterisieren ist, ist auch die Fragestellung, in welchem oder ab welchem Behandlungsabschnitt für einen Diagnosefehler überhaupt Raum ist. Denn häufig wird es so sein, dass der (Verdachts-)Diagnosestellung noch gar keine abgeschlossene Befunderhebung vorausgegangen ist oder jedenfalls für diesen Behandlungsabschnitt noch nicht als abgeschlossen gelten durfte. So hat ein Arzt möglicherweise vorschnell eine Diagnose gestellt, weil er entweder noch nicht alle in der Situation angezeigten Untersuchungsmaßnahmen durchgeführt hat. Oder er hat seine Anfangsdiagnose, was diese oder jedenfalls die Festlegung auf diese ebenso als vorschnell charakterisieren dürfte, trotz Notwendigkeit hierzu nicht weiter überprüft oder abgeklärt. Dies wirft die Frage auf, ob nun also ein Diagnosefehler immer nur nach einer vollständig erfolgten Befunderhebung vorliegen kann oder auch schon davor.

- 5) BGH, MedR 2011, 645, 648 m. Anm. Schmidt-Recla u. Anm. Voigt; OLG München, MedR 2024, 813, 815 m. Anm. Deuring; ausführlich Bischoff, in: FS f. Geiß, 2002, S. 345, 350 ff.
- 6) BGH, VersR 2003, 1256; BGH, MedR 2004, 107 f. m. Bespr. Karthaus/Wever, MedR 2004, 607.
- 7) BGH, MedR 2011, 645, 647 m. Anm. Schmidt-Recla u. Anm. Voigt; BGH, MedR 2016, 976, 977; so auch bereits BGH, NJW 1988, 1513, 1514.
- 8) BGH, MedR 2011, 645, 647 m. Anm. Schmidt-Recla u. Anm. Voigt; OLG Karlsruhe, Urt. v. 17. 2. 2016 – 7 U 32/13, BeckRS 2016, 7916, Rdnr. 49; OLG Karlsruhe, Urt. v. 17. 5. 2018 – 7 U 32/17, BeckRS 2018, 22241, Rdnr. 10; OLG Saarbrücken, Urt. v. 3. 5. 2017 – 1 U 122/15, BeckRS 2017, 114403, Rdnr. 53.
- 9) OLG Saarbrücken, Urt. v. 3. 5. 2017 – 1 U 122/15, BeckRS 2017, 114403, Rdnr. 53.
- 10) BGH, MedR 2011, 645, 647 m. Anm. Schmidt-Recla u. Anm. Voigt; OLG Hamm, MedR 2012, 599, 600; OLG Dresden, Urt. v. 10. 10. 2023 – 4 U 634/23, BeckRS 2023, 27965, Rdnr. 18; vgl. BGH, MedR 2004, 107 f. m. Bespr. Karthaus/Wever, MedR 2004, 607.
- 11) OLG Hamm, MedR 2012, 599, 601; BGH, MedR 2014, 752, 753 f.; OLG Koblenz, MedR 2018, 100, 101 f.
- 12) BGH, MedR 2011, 645, 647 m. Anm. Schmidt-Recla u. Anm. Voigt; s. a. Martis/Winkart, MDR 2013, 634, 636.
- 13) Katzenmeier, JZ 2011, 797, 798; Voigt, MedR 2011, 648, 650.
- 14) Voigt, MedR 2011, 648, 650.
- 15) Voigt, MedR 2012, 600 (Problemstellung zu OLG Hamm, Hinweisbeschl. v. 2. 3. 2011 – 3 U 92/10, I-3 U 92/10).
- 16) So Kolvenbach, MedR 2018, 950, 953 f.; 957 f.; ebenso Hausch, MedR 2012, 231, 237: Bei der unterlassenen Befunderhebung gehe es nicht nur um die Erhebung und Feststellung von Werten, Symptomen oder Bildern, sondern auch um deren Bewertung durch den Arzt.
- 17) Kolvenbach, MedR 2018, 950, 953 f.; 957 f.
- 18) Kolvenbach, MedR 2018, 950, 957.

Die Rechtsprechung tendiert zu ersterem, wenn sie ausführt, ein Diagnosefehler setze voraus, dass der Arzt die medizinisch notwendigen Befunde überhaupt erhoben habe, um sich eine ausreichende Basis für die Einordnung der Symptome zu verschaffen¹⁹. Habe allerdings die diagnostische Fehleinschätzung ihren Ursprung darin, dass der Arzt die medizinisch gebotenen Untersuchungen gar nicht erst veranlasse, sodass er aufgrund unzureichender Untersuchung vorschnell eine Diagnose stelle, dann sei das Fehlverhalten als Befunderhebungsfehler zu qualifizieren²⁰. Denn dann gehe es „im Kern“ nicht um die Fehlinterpretation, sondern um die Nichterhebung von Befunden²¹. Dabei sei auch keine Unterscheidung dahingehend zu treffen, ob die Befunderhebung vor der Diagnosestellung als Ganzes oder ob nur einzelne Maßnahmen unterblieben seien²².

Es ist also in der Gesamtschau des Geschehens nach dem „Schwerpunkt“²³ des Fehlverhaltens zu suchen, wobei nach der genannten Abgrenzungsformel der „Schwerpunkt“ also solange im Bereich der Befunderhebung liegt, wie diese noch nicht abgeschlossen und eine sichere Diagnosestellung also noch nicht möglich ist. Das „Schwerpunktkriterium“ erhält so eine primär zeitliche Komponente, was im Ergebnis den Anwendungsbereich des Diagnoseirrtums sicherlich sehr stark einschränkt.

Bei entsprechender Symptomlage darf sich also beispielsweise ein Arzt bei einer schwangeren Patientin nicht mit der (vorschnellen) Diagnose erhöhter Blutdruck zufriedengeben, sondern muss aufgrund der anderen vorhandenen körperlichen Erscheinungen (erhöhter Blutdruck, massives Nasenbluten, erhöhte Eiweißausscheidungen im Urin) dem Verdacht einer Gestose mit den üblichen Befunderhebungsmethoden nachgehen. Unterlässt er dies, ist ihm ein Befunderhebungsfehler vorzuwerfen²⁴. Entsprechend liegt auch ein Befunderhebungsfehler vor, wenn eine falsche Diagnose gestellt wird, obwohl mehrere Krankheitsbilder in Betracht kommen, so dass durch differentialdiagnostische Untersuchungsmaßnahmen weiterer Aufschluss gewonnen werden muss²⁵, oder wenn eine erste Diagnose trotz Notwendigkeit hierzu nicht überprüft wird²⁶.

Anders ist dies hingegen, wenn ein Muttermal, welches dermatoskopisch untersucht wurde, fälschlicherweise als harmlos eingestuft wird, während eine Gewebeuntersuchung die Bösartigkeit gezeigt hätte: Dürfte sich der Arzt dem Fachstandard entsprechend mit der dermatoskopischen Untersuchung begnügen und rief diese Untersuchung aus Sicht des Arztes fälschlicherweise keinen zwingenden, abklärungsbedürftigen Verdacht hervor, so liegt nur ein Diagnosefehler vor; im Unterlassen der Gewebeuntersuchung ist kein weiterer Befunderhebungsfehler zu sehen²⁷. Mit anderen Worten ist die Diagnose „harmlos“, mag diese auch falsch sein, aufgrund einer vollständigen Befunderhebung erfolgt und nicht als vorschnell zu qualifizieren.

Ganz konsequent wird dieser Gedanke, wonach der Diagnosefehler nur auf eine zunächst vollständige Befunderhebung folgen können soll, aber dennoch nicht umgesetzt: So entscheidet sich die Rechtsprechung etwa auch bei der Fehlinterpretation eines auffälligen CTGs für einen Diagnosefehler, wobei die behandelnde Ärztin diese Auffälligkeit auch wahrgenommen hatte, und stellt aber gleichzeitig fest, aufgrund der Auffälligkeit hätte das CTG noch nicht beendet werden dürfen²⁸. Mit anderen Worten: Die Befunderhebung war noch nicht abgeschlossen, sie ließ noch gar keine Diagnosestellung zu²⁹. Und im Übrigen wird die Voraussetzung der vollständigen Befunderhebung natürlich schon dadurch relativiert, dass die Rechtsprechung offensichtlich auch die falsche Auswertung eines einzelnen Befund(medium)s im Vorgang der Befunderhebung insgesamt als Diagnosefehler wertet³⁰.

Nicht nur das: Teils scheint sich die Rechtsprechung auch uneins, an welcher Stelle die sog. Schwerpunktbetrachtung zum Einsatz kommen soll, konkret ob bei der Abgrenzung beider Fehlertypen voneinander, sodass von vornherein auch nur ein Fehler vorliegt, oder erst nachgelagert bei

der Frage nach einer etwaigen „Sperrwirkung“ des (vorwerfbaren oder nicht vorwerfbaren) Diagnoseirrtums³¹. Letzteres kann widersprüchlich anmuten, wenn zuerst eine Abgrenzung zwischen beiden Fehlerkategorien erfolgt, so dann aber für denselben Behandlungsabschnitt erneut die Möglichkeit eines (zusätzlichen und gegebenenfalls gesperrten) Befunderhebungsfehlers in Spiel gebracht wird³².

19) BGH, NJW 1988, 1513, 1513f.; BGH, MedR 2016, 976, 977; BGH, MedR 2008, 44, 46: Diagnosefehler, wenn fehlerhafte Bewertung eines vollständig erhobenen Befundes; ebenso OLG Köln, NJW 2006, 69, 70; OLG Köln, Urt. v. 10.5.2017 – 5 U 68/16, BeckRS 2017, 145867, Rdnr. 42 m. Bespr. *Bergmann/Wever*, MedR 2018, 731 f.; implizit auch OLG München, Urt. v. 22.3.2012 – 1 U 1244/11, BeckRS 2012, 7416: Diagnoseirrtum, weil weitere Untersuchungsmaßnahmen nicht angezeigt. S. a. OLG Brandenburg, Urt. v. 18.6.2006 – 12 U 213/08, BeckRS 2009, 20364: Befunderhebungsfehler, da Diagnosestellung, obwohl aus medizinischer Sicht weitere Befunde hätten erhoben werden müssen, um den Verdacht abzuklären.

20) BGH, MedR 2016, 976, 977.

21) BGH, MedR 2016, 976, 977; s. auch BGH, MedR 2004, 107, 108 m. Bespr. *Karthauss/Wever*, MedR 2004, 607; BGH, NJW 1988, 1514, 1514; OLG Köln, Urt. v. 9.1.2019 – 5 U 13/17, BeckRS 2019, 2367, Rdnr. 24 m. Bespr. *Bergmann/Wever*, MedR 2019, 690, 691; OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.5.2018 – 7 U 32/17, BeckRS 2018, 22241, Rdnr. 10; OLG Saarbrücken, Urt. v. 3.5.2017 – 1 U 122/15, BeckRS 2017, 114403, Rdnr. 31.

22) BGH, MedR 2008, 44, 46.

23) „Schwerpunktheorie“: LG Regensburg, MedR 2015, 524 m. Anm. *Baur*; auf den Schwerpunkt abstellend auch OLG Saarbrücken, Urt. v. 3.5.2017 – 1 U 122/15, BeckRS 2017, 114403, Rdnr. 33.

24) BGH, MedR 2016, 976, 977; ebenso BGH, NJW 1999, 862, 863: das Nichtabklären von Kopfschmerzen mittels computer-tomographischer Untersuchung als Befunderhebungsfehler; s. auch BGH, NJW 1998, 1780, 1781: Diagnose Bindehautentzündung auf der Grundlage bestimmter Befunderhebungsmethoden ohne weitere gebotene Untersuchungsmaßnahmen als Befunderhebungsfehler; s. auch OLG Köln, Urt. v. 9.1.2019 – 5 U 13/17, BeckRS 2019, 2367, Rdnrn. 21 und 24 m. Bespr. *Bergmann/Wever*, MedR 2019, 690, 691: Es liege ein Befunderhebungsfehler vor, wenn Anlass bestehe, die Diagnose kritisch zu hinterfragen, der Arzt aber dennoch keine Untersuchungsmaßnahmen einleitete. S. auch OLG Köln, NJW 2006, 69, 70.

25) OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.2.2016 – 7 U 32/13, BeckRS 2016, 7916, Rdnr. 49; ebenso OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.5.2018 – 7 U 32/17, BeckRS 2018, 22241, Rdnrn. 10 f. S. auch *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl. 2021, Rdnrn. D21 f.: Befunderhebungsfehler bei Pflicht zur Überprüfung der Diagnose.

26) BGH, MedR 2004, 107, 108 m. Bespr. *Karthauss/Wever*, MedR 2004, 607; OLG Köln, NJW 2006, 69, 70; OLG Koblenz, MedR 2018, 100, 102.

27) OLG Brandenburg, Urt. v. 21.7.2011 – 12 U 9/11, BeckRS 2011, 20921; ebenso OLG Saarbrücken, Urt. v. 3.5.2017 – 1 U 122/15, BeckRS 2017, 114403, Rdnr. 33: Diagnosefehler, wenn kein Anlass für weitere Befunderhebung. Ebenso OLG Koblenz, Hinweisbeschl. v. 6.7.2015 – U 5 347/15, BeckRS 2015, 19043, Rdnr. 13: Kein Befunderhebungsfehler, wenn (schuldlos) unterlaufener Diagnosefehler die Fertigung einer bildgebenden Untersuchung verzögerte.

28) OLG München, MedR 2024, 813, 815 m. Anm. *Deuring*.

29) Was das Gericht im Übrigen auch dazu veranlasste, einen nicht gesperrten Befunderhebungsfehler anzunehmen: OLG München, MedR 2024, 813, 815 m. Anm. *Deuring*, wobei das Ausgangsgericht, anders als das OLG, den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit konsequenterweise im Bereich der Befunderhebung gesehen hat. S. zu diesem Urteil auch noch u. unter III.1.a).

30) S. o. unter II.1.b).

31) S. etwa OLG Schleswig, Urt. v. 28.3.2008 – 4 U 34/07, BeckRS 2009, 11304, feststellend, dass der Befunderhebungsfehler von einem Diagnosefehler ausgehe, und sodann mittels Schwerpunktbetrachtung feststellend, welcher Fehler haftungsbegründend sein solle. Hier wird tendenziell nicht abgegrenzt, sondern ein Nebeneinander beider Fehler bejaht, die sodann mittels Schwerpunktbetrachtung in ein Vorrangverhältnis gebracht werden. S. auch *Deuring*, MedR 2024, 815, 818.

32) S. u. unter III.1.a) zu OLG München, MedR 2024, 813, 815 m. Anm. *Deuring*.

2. Haftungsrechtliche Betrachtungsweise

Es wird, abweichend von der Rechtsprechung, vorgeschlagen, die Abgrenzungsproblematik von vornherein auf den Bereich zu verdichten, in dem eine Entscheidung für den einen oder anderen Fehler haftungsrechtlich entscheidungserheblich sei³³. Die haftungsrechtliche Relevanz fehle so zum einen dann, wenn die falsche Diagnosestellung so fundamental fehlerhaft sei, dass der Fehler als grob einzuordnen sei. Denn dann trete schon wegen des § 630h Abs. 5 S. 1 BGB die Beweislastumkehr ein, sodass es auf die Besonderheit des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB gar nicht mehr ankomme³⁴.

Zum anderen sei eine Entscheidung genauso wenig notwendig, wenn ein nicht vorwerfbarer Diagnoseirrtum vorliege, weil das Unterlassen von weiteren Untersuchungshandlungen dann ohnehin nicht gesondert vorwerfbar sei, um die Privilegierung des Diagnoseirrtums nicht zu unterlaufen³⁵.

Und schließlich sei die Bestimmung des Fehlverhaltens auch in den Situationen eindeutig, in denen der Arzt *alle* notwendigen Befunde erhoben habe, vorwerfbar aber daraus die falschen Schlüsse ziehe und wegen dieses Fehlschlusses weitere Befunderhebungsmaßnahmen unterlasse. Denn auch dann seien diese weiteren unterlassenen Befunderhebungsmaßnahmen nicht gesondert vorwerfbar, sondern folgerichtige Konsequenz³⁶.

Damit sei die Abgrenzung nur relevant im Korridor zwischen dem nicht vorwerfbaren Diagnoseirrtum einerseits und dem groben Diagnoseirrtum andererseits³⁷. Hier soll sodann die Schwerpunkt Betrachtung in einer etwas anderen Spielart die Lösung bringen³⁸. Es geht hierbei weniger um eine Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht, sondern um die Suche nach dem inhaltlichen Schwerpunkt der Pflichtverletzung: Je dringlicher und naheliegender die unterbliebene Befunderhebung gewesen sei, desto näher das Geschehen also an einen groben Befunderhebungsfehler heranrücke, desto eher sei an einen Befunderhebungsfehler anzuknüpfen. Je weniger vorwerfbar der Diagnosefehler sei, je näher er sich also im Bereich des nicht vorwerfbaren Diagnoseirrtums bewege, desto eher solle er Sperrwirkung entfalten und deswegen solle nur auf den Diagnosefehler abzustellen sein. Je gravierender hingegen der Diagnosefehler sei, desto dringlicher habe sich auch eine weitere Befunderhebung aufgedrängt, sodass haftungsrechtlich sodann wiederum an die unterlassene Befunderhebung angeknüpft werden dürfe.

Dabei ist aber fraglich, ob tatsächlich eine Korrelation zwischen der Dringlichkeit der Befunderhebung einerseits und der Schwere des Diagnosefehlers andererseits besteht, wobei schon fraglich ist, was mit „Dringlichkeit“ gemeint ist. Denn für denjenigen, der die falsche Diagnose stellt, drängt sich nie eine weitere Befunderhebung auf. Der Grad der eigenen Überzeugung von der Richtigkeit hängt auch nicht damit zusammen, ob der Irrtum mehr oder weniger gravierend ist. Auch bei rein objektiver Betrachtung ist eine weitere Befunderhebung, wenn vom Fachstandard geboten, immer gleichermaßen geboten, unabhängig von der Schwere der vorausgehenden Pflichtverletzung. Letztlich würde auf diese Weise unter Rückgriff auf § 630h Abs. 5 S. 2 BGB eine Beweislastumkehr für den „fast groben“ Diagnosefehler eingeführt. Und im Übrigen trägt die Kategorie der grundsätzlich vorwerfbaren, aber sodann abgestuft mehr oder weniger vorwerfbaren Diagnosefehler weitere Abgrenzungsschwierigkeiten in eine ohnehin schon von Abgrenzungsschwierigkeiten überzogene Thematik.

Dieser Abgrenzungsvorschlag beschäftigt sich im Übrigen wohl auch nur mit dem Diagnosefehler nachgelagerten Befunderhebungsfehlern. Offen bleibt dabei, wie bei einem dem Diagnosefehler vorgelagerten Befunderhebungsfehler vorzugehen sein soll. Sofern auch dann eine Schwerpunkt-betrachtung gewählt werden soll, dürfte sich diese vorge-

schlagene Unterscheidung meist wenig von der der Rechtsprechung unterscheiden: Denn der Schwerpunkt dürfte doch immer auf der unterlassenen Befunderhebung liegen, wenn diese gerade noch nicht abgeschlossen war bzw. eine gesicherte Diagnose noch nicht möglich war³⁹.

3. Maßgeblichkeit des ärztlichen Standards

Einem anderen Ansatz zufolge soll zur Abgrenzung schlicht auf den ärztlichen Standard abzustellen sein. So sei stets auf einen Befunderhebungsfehler abzustellen, wenn Sachverständige feststellten, dass weitere Befunde zu erheben gewesen wären. Dann gebe es auch keine Sperrwirkung von Diagnosefehlern⁴⁰. Eine Haftung scheide generell nur aus, wenn kein Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst ausgemacht werden könne⁴¹ bzw. Korrekturmechanismus sei das Verschulden i. S. d. § 276 BGB⁴².

Was den dem Diagnosefehler vorgelagerten Befunderhebungsfehler anbelangt, unterscheidet sich diese Ansicht wiederum nur scheinbar von der Herangehensweise der Rechtsprechung. Denn wenn weitere Befunde zu erheben gewesen wären, um eine tragfähige Grundlage für eine Diagnosestellung zu schaffen, so knüpfte auch die Rechtsprechung an den Befunderhebungsfehler an.

Im Hinblick auf den der falschen Diagnosestellung nachgelagerten Befunderhebungsfehler, wenn also die hypothetisch richtige Diagnosestellung Anlass zu weiterer Befunderhebung gegeben hätte, nicht jedoch die tatsächlich erfolgte falsche, verspricht dieser Ansatz auf den ersten Blick eine vereinfachte Begründung: In diesem Unterlassen liege schon kein Verstoß gegen den ärztlichen Standard, sodass kein Befunderhebungsfehler festzustellen sei⁴³. Denn wenn der Arzt alle geschuldeten Befunde erhoben habe, seien seine auf Befunderhebung gerichteten Verpflichtungen erfüllt⁴⁴. Er schulde sodann nur noch eine diese Befunderhebung berücksichtigende, vertretbare Diagnose⁴⁵. Ein weitergehendes Pflichtenprogramm bestehe ohne das Hinzutreten weiterer Umstände nicht mehr⁴⁶. Entsprechend wäre hiernach schon allein mangels Verstoßes gegen den ärztlichen Fachstandard nur auf einen Diagnosefehler abzustellen.

Dies ist aber verkürzt, da sich der geschuldete Sorgfaltsmaßstab objektiv bestimmt, und objektiv betrachtet wären eben – nach hypothetisch richtiger Diagnose – weitere Untersuchungsmaßnahmen angezeigt gewesen. Allein durch Bezugnahme auf den ärztlichen Fachstandard lässt sich ein

33) So Ramm, GesR 2011, 513, 516.

34) Ramm, GesR 2011, 513, 516.

35) Ramm, GesR 2011, 513, 516.

36) Ramm, GesR 2011, 513, 516; s. auch OLG Köln, NJW 2006, 69, 70.

37) Ramm, GesR 2011, 513, 516.

38) Zum Folgenden Ramm, GesR 2011, 513, 517 f.

39) So sind auch die Beispiele Ramms zu verstehen (MedR 2024, 513, 518): In der Situation, in der dem Arzt nur ein leichter Diagnosefehler zur Last gelegt werden soll, weil er bei einer sportlichen, jungen Person bei entsprechender Symptomatik auf eine Erkältungskrankheit schließt und keine Untersuchungen anstellt, um einen Herzinfarkt auszuschließen, dürfte die Befunderhebung aufgrund der Umstände eben als abgeschlossen gelten. Anders bei dem älteren Mann, der auch Raucher ist und eine genetische Veranlagung zu Herzinfarkten besitzt. Hier erscheint die Diagnose Erkältung als vorschnell, sodass schon aus diesem Grund ein Befunderhebungsfehler anzunehmen ist.

40) Ziegler, GesR 2014, 647, 650; in der Sache auch Nußstein, VersR 2015, 1094, 1096.

41) Ziegler, GesR 2014, 647, 650.

42) Ziegler, GesR 2014, 647, 649.

43) S. aber Nußstein, VersR 2015, 1094, 1096.

44) Nußstein, VersR 2015, 1094, 1096.

45) Nußstein, VersR 2015, 1094, 1096.

46) Nußstein, VersR 2015, 1094, 1096.

etwaiger Befunderhebungsfehler daher nicht aussondern. Eine andere und berechtigte Frage ist aber hingegen, ob nicht in der Tat das Vertretenmüssen bzw. Verschulden ein hinreichender Korrekturmechanismus ist, durch den jegliche Schwerpunktüberlegungen überflüssig werden⁴⁷.

4. Entscheidungstheorie

Ausgangspunkt müsse der sog. Entscheidungstheorie zufolge sein, den „um Zurückhaltung bemühten“ Haftungsmaßstab bei Diagnoseirrtümern und -fehlern nicht zu unterlaufen⁴⁸. Dies führe dazu, dass festgestellt werden müsse, ob es sich beim Unterlassen einer weiteren Befunderhebung um eine bewusste Behandlungsentscheidung gehandelt habe oder nicht. Dies bedeute: Entscheide sich der Arzt aufgrund seiner falschen (Verdachts-)Diagnose dafür, keine weiteren Befunde zu erheben, handle es sich um einen Diagnosefehler⁴⁹. Stelle der Arzt aber die richtige Diagnose und erhebe die gebotenen diagnostischen Anschlussbefunde trotzdem nicht, so sei ein Befunderhebungsfehler vorzuwerfen, weil es sich dann beim Unterlassen um eine bewusste Behandlungsentscheidung gehandelt habe. Dasselbe solle natürlich auch gelten, wenn bewusst entschieden worden sei, weitere Befunde zu erheben, dies aber sodann fehlerhaft verlaufe⁵⁰.

Kritik an diesem Ansatz wird deswegen laut, weil so derjenige privilegiert werde, der sich zu einer vorschnellen Diagnose hinreißen lasse und im Anschluss hieran versäume, weitere Befunde zu erheben⁵¹. Die Kritik muss aber sogar schon einen Schritt vorher ansetzen: Kann denn tatsächlich demjenigen, der seine Diagnose vorschnell stellt, nur ein Diagnosefehler vorgeworfen werden? Oder liegt nicht bereits schon vorgeschaltet ein Befunderhebungsfehler vor?

Sofern im Übrigen eine Befunderhebung, die konkret geplant wird, aber dennoch fehlerhaft verläuft, als Befunderhebungsfehler qualifiziert wird, so hat dieser Fehler mit einer „bewussten Behandlungsentscheidung“ ohnehin nichts zu tun. Dies ist schlicht aufgrund des Verstoßes gegen die Pflicht zur Handlung *lege artis* ein Befunderhebungsfehler. Dasselbe gilt für den Fall, dass der Arzt nach einer richtigen Diagnose keine weiteren Befunde erhebt, obwohl dies indiziert gewesen wäre. Auch hier kommt es nicht auf eine bewusste Entscheidung an.

5. Stellungnahme

Der auf das Punktkriterium abstellenden Rechtsprechung wird vorgeworfen, sie enge den Anwendungsbereich des Diagnosefehlers zu weit ein, dieser schlage allzu oft in einen haftungsträchtigen Befunderhebungsfehler um⁵². Dies ziehe auch die Gefahr einer kostenträchtigen Maximaldiagnostik nach sich⁵³. Außerdem sei das Punktkriterium viel zu vage und unbestimmt und verleite zu willkürlichen Entscheidungen⁵⁴. Es könne gar zu Billigkeitskriterien verleiten⁵⁵.

Die Frage ist dabei aber zum einen, was die Alternative wäre, zumal mit dem Punktkriterium auch an anderer Stelle zur Abgrenzung von Fehlerkategorien gearbeitet wird⁵⁶. So erfolgt die Abgrenzung von Befunderhebungsfehlern und Fehlern bei der therapeutischen Sicherungsaufklärung ebenfalls durch Feststellung des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit. Es ist also festzustellen, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in der unterbliebenen Befunderhebung als solcher (dann Befunderhebungsfehler) oder in dem Unterlassen von Warnhinweisen zur Sicherstellung des Behandlungserfolges (dann Fehler der therapeutischen Sicherungsaufklärung) liegt⁵⁷. Wird so etwa der Patient auf das Vorliegen eines handlungsbedürftigen Befundes hingewiesen, lediglich die notwendige Dringlichkeit wird nicht aufgezeigt, so ist regelmäßig ein Fehler in der therapeutischen Sicherungsaufklärung anzunehmen. Werden Warnhinweise hinsichtlich handlungsbedürftiger

Befunde gesamt unterlassen, so ist der Schwerpunkt regelmäßig im Unterlassen von Warnhinweisen zu sehen, sodass ein Befunderhebungsfehler anzunehmen ist⁵⁸.

Nicht nur ist die Situation, in der ein Warnhinweis ganz unterbleibt, von derjenigen, in der nur auf die Dringlichkeit nicht hingewiesen wurde, recht klar unterscheidbar. Diese Unterscheidbarkeit ist vor allem auch im Bereich der Abgrenzung von Diagnose- und Befunderhebungsfehler gegeben, verleiht man der Punktbetrachtung zuvörderst eine zeitliche Komponente. Es bleibt so auch kein Raum für Wertungen und Billigkeitsüberlegungen.

Insgesamt mag so zwar der Anwendungsbereich für Diagnoseirrtümer eingeengt sein, weil eine vorgelagerte unzureichende Befunderhebung stets zum Anknüpfungspunkt für eine Haftung würde. Gleichzeitig stellt sich aber die Frage, weshalb der Arzt „Anspruch“ auf eine ihn privilegierende Behandlung haben sollte, wenn er, sofern Sachverständige dies bestätigen können, seine Diagnose auf eine unzureichende Tatsachengrundlage gestützt hat. Außerdem führt diese zeitliche Betrachtungsweise dem Grunde nach auch zu einer Art „Gleichberechtigung“ von beiden Fehlerarten: Denn geht andersherum einer unterlassenen Befunderhebung eine fehlerhafte Diagnose voraus, so liegt der Schwerpunkt wiederum dort, in der fehlerhaften Diagnose.

Dies bedeutet auf den Punkt gebracht, dass ein Befunderhebungsfehler vorliegt, wenn die Diagnose oder die Festlegung auf eine Diagnose als vorschnell zu gelten hat, weil noch keine hinreichende Basis für eine Diagnosestellung gegeben war oder aber, was auf dasselbe hinauslaufen dürfte, weil die falsche Diagnose oder die Festlegung hierauf trotz Erforderlichkeit hierzu nicht kontrolliert oder abgeklärt wurde⁵⁹.

Ein Diagnosefehler liegt daher vor allem dann vor, wenn die Befunderhebung vollständig erfolgt ist und der Arzt sodann hieraus falsche Rückschlüsse zieht. Abgrenzungsfragen können sich hier stellen, wenn bei richtiger (Verdachts-)Diagnose Anlass bestanden hätte, weitere Befunde zu erheben. Dies ist etwa dann der Fall, wenn bei der hypothetisch richtigen Schlussfolgerung nach einer hautärztlichen Untersuchung, es könne sich um ein Melanom handeln, noch Gewebeproben hätten angeordnet werden müssen, die diesen Verdacht bestätigen hätten⁶⁰. Dies ist auch dann der Fall, wenn bei richtiger Diagnose zu einem späteren Zeitpunkt Kontrolluntersuchungen angestanden hätten, etwa Kontrolluntersuchungen nach drei Monaten bei einer hypothetisch korrekten Befundung eines Abstrichs mit PAP III D⁶¹. Weil aber die zur (falschen) Diagnose füh-

47) S. hierzu noch u. III.1.c).

48) *Hausch*, MedR 2012, 231, 237.

49) *Hausch*, MedR 2012, 231, 237.

50) *Hausch*, MedR 2012, 231, 237: Der Arzt erscheine nicht oder nicht rechtzeitig bei einer angeordneten Untersuchungsmaßnahme.

51) *Nußstein*, VersR 2015, 1094, 1095.

52) *Ramm*, GesR 2011, 513, 517.

53) *Ramm*, GesR 2011, 513, 517.

54) *Nußstein*, VersR 2015, 1094, 1095; vgl. *Ziegler*, GesR 2011, 513, 517, der sich dabei auf Quellen aus dem Strafrecht beruft, welche sich kritisch zum Punktkriterium im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen äußern.

55) So zuletzt OLG München, MedR 2024, 813, 815 („zugunsten der Bekl.“) m. Anm. *Deuring* (insb. S. 818).

56) OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.5.2018 – 7 U 32/17, BeckRS 2018, 22241.

57) BGH, MedR 2021, 41, 43 m. Anm. *Deuring*; BGH, NJW 2024, 2529, 2531.

58) BGH, MedR 2021, 41, 43 m. Anm. *Deuring*; BGH, NJW 2024, 2529, 2531.

59) Ebenso *Bischoff*, in: FS f. *Geiß*, 2002, S. 345, 347.

60) OLG Brandenburg, Urt. v. 21.7.2011 – 12 U 9/11, BeckRS 2011, 20921.

61) OLG Köln, NJW 2006, 69, 70, dies aber – ohne zunächst wirklich abzugrenzen – über eine Sperrwirkung des Diagnosefehlers lösend.

rende Befunderhebung in diesen Fällen eben vollständig erfolgt ist, ist der Diagnosefehler hier dennoch die erste und einzige gegebenenfalls vorwerfbare Handlung.

Im Übrigen stellen sich aber keinerlei Abgrenzungsfragen, wenn aufgrund veränderter Umstände im weiteren Verlauf erneut Untersuchungsmaßnahmen erforderlich werden: Zeigt etwa die aufgrund der falschen Erstdiagnose begonnene Therapie keine Wirkung, kann Anlass bestehen, weitere Untersuchungen anzustellen, da sodann der Verdacht, die Diagnose sei falsch, entsteht⁶². Hierbei handelt es sich um einen neuen Geschehensabschnitt, an den auch haftungsrechtlich erneut und gesondert angeknüpft werden kann.

Und zu guter Letzt lassen sich auch die unterlassene oder die fehlerhafte Interpretation eines Untersuchungsmedium als Diagnosefehler begreifen. Somit ist jegliche interpretatorische Arbeit der Diagnosestellung zuzuordnen; der Diagnosefehler ist die „Fehlinterpretation von Befunden“⁶³ und zum Befund gehört hiernach auch das durch ein Untersuchungsmedium ausgewiesene Ergebnis. Hierfür spricht jedenfalls, dass in dieser Situation dem Patienten nicht die besonderen Beweisschwierigkeiten, die aus der Nichtvornahme einer Untersuchungsmaßnahme resultierten, drohen. Denn schließlich ist ein Befund i. S. e. dokumentierten Auffälligkeit vorhanden, er wurde lediglich nicht oder falsch interpretiert⁶⁴.

III. Wer sperrt wen?

Die vieldiskutierte „Sperrwirkung“ von Diagnoseirrtümern oder -fehlern wirft gegenüber der vorgezeichneten Abgrenzung keine weitergehenden inhaltlichen Fragen auf. Die Sperrwirkung beschreibt inhaltlich nichts anderes als jenen Abgrenzungsvorgang. Im Ergebnis ist daher nur noch die Frage zu klären, welche Begrifflichkeit den Vorgang sachgerechter beschreibt, ob es sich also wirklich technisch um eine Abgrenzung handelt oder ob nicht die Begrifflichkeit der Sperrwirkung passender ist. Wichtig ist dabei jedenfalls die Erkenntnis, dass Abgrenzung und Sperrwirkung keine unterschiedlichen Phänomene beschreiben, die gleichzeitig bzw. nacheinander geprüft werden müssten oder gar könnten.

1. Abgrenzung oder Sperrwirkung

a) Entweder-Oder

Zu beachten ist zunächst, dass die Rechtsprechung den Begriff der „Sperrwirkung“ häufig selbst nicht verwendet, sondern dies ist ein Begriff, der vor allem in der Literatur kursiert⁶⁵. Findet der Begriff in der Literatur Verwendung, so wird hierunter diskutiert, in welchen Fällen ein dem Befunderhebungsfehler vorausgehender Diagnosefehler eine (zusätzliche?) Anknüpfung an jenen späteren Befunderhebungsfehler „sperrn“ soll⁶⁶.

Auch wenn die Rechtsprechung i. d. R. selbst nicht von Sperrwirkung spricht, so finden sich aber dennoch Ausnahmen⁶⁷. Dabei ist es besonders Verwirrung stiftend, wenn sie sowohl eine Abgrenzung vornimmt als auch zusätzlich eine Sperrwirkung diskutiert:

So warf das OLG München einer Ärztin, die ein CTG anfertigte, welches sie nach 20 Minuten beendete, obwohl dieses von der Ärztin auch erkannte Auffälligkeiten aufwies, zunächst einen Diagnosefehler vor. Denn die Ärztin habe die Auffälligkeiten zwar wahrgenommen, nicht aber die Schlussfolgerung gezogen, dass diese suspekt seien⁶⁸. Damit liege – das Gericht nutzt auch ausdrücklich den Begriff der „Abgrenzung“ – der Schwerpunkt auf der Fehlinterpretation, nicht auf dem Unterlassen weiterer Befunderhebungen in Kenntnis des Materials⁶⁹. Gleichzeitig führt das Gericht aus, dass das CTG nicht nach 20 Minuten hätte abgebrochen werden dürfen, was es sodann als – nicht gesperrten – Befunderhebungsfehler einstuft⁷⁰.

Dies ist in zweierlei Hinsicht zu kritisieren: Zum einen ist die Diagnose offensichtlich verfrüht erfolgt, was eigentlich zur Einordnung als Befunderhebungsfehler hätte führen müssen⁷¹. Zum anderen hat sich das OLG doch für diesen Geschehensakt – Diagnose trotz verfrühten Abbrechens – gerade für einen Diagnosefehler und gegen einen Befunderhebungsfehler entschieden, sodass es widersprüchlich ist, sich sodann im Rahmen einer etwaigen Sperrwirkung nochmal mit demselben Geschehensakt zu befassen und gar einen zusätzlichen – und zuvor eigentlich abgelehnten und aussortierten – (groben!) Befunderhebungsfehler zu bejahen⁷². Dieses Beispiel zeigt, dass Abgrenzung und Sperrwirkung zwingend in einem Ausschlussverhältnis zueinander stehen: Entweder man nimmt eine Abgrenzung vor oder man diskutiert eine Sperrwirkung: Wurde aber im Wege einer Abgrenzung die Entscheidung zugunsten eines Fehlertyps gefällt, so ist denklogisch kein weiterer mehr vorhanden, für den eine etwaige Sperrwirkung zu prüfen wäre.

Die Sperrwirkung des Diagnosefehlers lehnte das Gericht dabei deswegen ab, weil bereits dieser Fehler als grob einzustufen sei⁷³. Das Gericht hätte sich viel Hin und Her erspart, hätte es sich sofort auf einen (groben oder einfachen) Befunderhebungsfehler mit der Folge des § 630h Abs. 5 S. 1 oder 2 BGB festgelegt⁷⁴.

Im Übrigen droht sich auf Ebene der Sperrwirkung auch die Fehlentscheidung zugunsten des Diagnosefehlers nochmals zu rächen. Denn angenommen, der Diagnosefehler wäre nicht grob gewesen, sodass eine Sperrwirkung wieder im Raum stünde: Sperrte er dann auch den Abbruch des CTG als Befunderhebungsfehler, obwohl dieser Befunderhebungsfehler der Falschdiagnose strenggenommen vorausging, durfte doch die Befunderhebung noch gar nicht als abgeschlossen gelten⁷⁵? Eine retrospektive Sperrwirkung ist aber kaum überzeugend⁷⁶.

b) Sperrwirkung statt Abgrenzung

Um solche Verwirrungen zu vermeiden, gibt es letztlich zwei Lösungswege: Man kann einerseits anerkennen, dass mit dem Begriff der „Sperrwirkung“ nur der Effekt einer Abgrenzung zwischen Befunderhebungs- und Diagnosefehler beschrieben wird: Entscheidet man sich, haftungsrechtlich allein an den Diagnosefehler anzuknüpfen, weil dieser dem Befunderhebungsfehler vorausgeht und damit das Geschehen auf speziell diesen Fehler und auf speziell diese eine Pflichtverletzung verdichtet wird, so ist de facto

62) OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.2.2016 – 7 U 32/13, BeckRS 2016, 7916, Rdnr. 49: Therapie, die aufgrund von Erstdiagnose keine Wirkung zeigt, gibt Anlass für weitere Untersuchungen, sodass ein Befunderhebungsfehler vorliegt; ebenso OLG Karlsruhe, Urt. v. 17.5.2018 – 7 U 32/17, BeckRS 2018, 22241, Rdnr. 10. Ebenso Bischoff, in: FS f. Geiß, 2002, S. 345, 349.

63) Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl., 2021, Rdnr. D 1.

64) Ramm, GesR 2011, 513, 514. Zu den Beweisschwierigkeiten bei unterlassener Befunderhebung Gross, in: FS f. Geiß, 2000, S. 429, 434.

65) S. etwa Geiß/Greiner, Arzthaftungspflichtrecht, 8. Aufl. 2022, B. I.2.b), Rdnr. 64; ebenso Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl. 2021, Rdnr. D 20.

66) S. unten ab Fn. 82.

67) LG Regensburg, MedR 2015, 524, 525; OLG München, MedR 2024, 813 ff. m. Anm. Deuring.

68) OLG München, MedR 2024, 813, 815 m. Anm. Deuring.

69) OLG München, MedR 2024, 813, 815 m. Anm. Deuring.

70) OLG München, MedR 2024, 813, 815 m. Anm. Deuring.

71) Deuring, MedR 2024, 817 f.

72) Deuring, MedR 2024, 817, 818.

73) OLG München, MedR 2024, 813, 815 m. Anm. Deuring.

74) Deuring, MedR 2024, 817, 818 (und unter „Problemstellung“ auf S. 813).

75) Deuring, MedR 2024, 817, 818.

76) Vgl. Kolvenbach, MedR 2018, 950, 955.

eine Anknüpfung an den Befunderhebungsfehler gesperrt, weil ein solcher schlicht nicht angenommen wird⁷⁷.

Oder aber man nimmt vom Begriff der „Abgrenzung“ Abstand, wenn es darum geht, in einem fortlaufenden Geschehensablauf das rechtlich relevante Verhalten zu identifizieren. Dies erweist sich im Ergebnis als sachgerecht: Denn eine wirkliche Abgrenzung zwischen zwei Fehlerarten bietet sich vor allem dann an, wenn es darum geht, eine Handlung oder ein Unterlassen haftungsrechtlich einzuordnen. Entsprechend ist etwa zwischen Befunderhebungsfehler und Fehler der therapeutischen Sicherungsaufklärung abzugrenzen, wenn eine unterlassene Untersuchung im Raum steht, die unter beide Fehlerarten zu subsumieren sein könnte⁷⁸.

In den hier zu untersuchenden Fällen geht es jedoch i. d. R. um die haftungsrechtliche Beurteilung von *mindestens zwei* Handlungen bzw. Unterlassungen: Es wird sowohl eine Auffälligkeit nicht erkannt oder fehlinterpretiert als auch eine bestimmte Untersuchungsmaßnahme unterlassen. Die Besonderheit besteht lediglich darin, dass diese Fehler jeweils aufeinander aufbauen. Dies ändert aber nichts daran, dass sich – insbesondere auch auf der Grundlage der begrifflichen Abgrenzungsformel der Rechtsprechung⁷⁹ – sowohl ein Befund- als auch ein Diagnosefehler identifizieren lassen. Dies spricht dafür, keine Abgrenzung vorzunehmen, um nicht zu suggerieren, es liege sowohl tatsächlich als auch rechtlich nur ein Fehlverhalten vor, sondern die fehlerhaften Handlungen und Unterlassungen jeweils explizit zu benennen und erst in einem zweiten Schritt in ein Vorrangverhältnis zu bringen⁸⁰. Einen Unterschied in der Sache macht dies natürlich nicht, da im Ergebnis haftungsrechtlich trotzdem nur an eine Pflichtverletzung angeknüpft wird.

Es soll auch dabei bleiben, dass das zeitliche Schwerpunktmerkmal für die Bestimmung des Vorrangverhältnisses maßgeblich ist. Entsprechend ist auch der in der Literatur vertretenen Ansicht, wonach der vorwerfbare Diagnoseirrtum keine Sperrwirkung entfalten könne, entgegenzutreten:

Soweit ein noch vertretbarer Diagnoseirrtum vorliegt, ist zunächst nach unumstrittener Ansicht ein weiterer Befunderhebungsfehler und damit § 630h Abs. 5 S. 2 BGB gesperrt, weil erste und maßgebliche Ursache für den weiteren Geschehensablauf nicht die unterbliebene Befunderhebung, sondern der Diagnosefehler war⁸¹. Dies ist konsequent, da aus einer nicht vorwerfbaren Ursache nicht plötzlich eine vorwerfbare Handlungsfolge folgen kann.

Entgegen der herrschenden Meinung⁸² soll einer Literaturansicht zufolge aber zumindest der einfache vorwerfbare Diagnosefehler keine Sperrwirkung entfalten, denn dies enge den Anwendungsbereich des Befunderhebungsfehlers zu weit ein⁸³. Außerdem handle es sich dabei eben um einen weiteren vorwerfbaren Fehler und die Summierung von Fehlern dürfe nicht ohne haftungsrechtliche Konsequenz bleiben⁸⁴. Dies gelte schon deswegen, weil eine Sperrwirkung ärztliche Nachlässigkeit und Verantwortungslosigkeit fördere, da ein Arzt so an einer einmal vermuteten Diagnose festhalten dürfe, ohne Konsequenzen fürchten zu müssen⁸⁵. Im Übrigen sei eine Sperrwirkung im Gesetz auch nicht vorgesehen⁸⁶.

Das Argument der folgerichtigen Konsequenz greift doch aber auch hier: Auf jede falsche Diagnose folgt i. d. R. eben eine objektiv falsche Handlungsentscheidung⁸⁷. Nicht nur dies: Wollte man dem Arzt zusätzlich einen Befunderhebungsfehler vorwerfen, täte man dies zu dem Preis, ihn auch § 630h Abs. 5 S. 2 BGB zu unterwerfen, und dies, obwohl die ursprüngliche Fehlerquelle an anderer, zeitlich früherer Stelle zu verorten ist.

Es ist auch nicht richtig, dass der Arzt somit ewig unbescholten an einer früheren und falschen Diagnose festhalten dürfe: Die Sperrwirkung ist selbstverständlich aufgehoben, sobald sich neue Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Diagnose falsch gewesen sein könnte und daher weitere Un-

tersuchungsmaßnahmen geboten sind⁸⁸. In allen anderen Fällen aber ist fraglich, weshalb der Diagnosefehler de facto mit der Beweislastverteilung des Befunderhebungsfehlers verknüpft werden sollte. Denn eine Sperrwirkung ist insofern im Gesetz vorgesehen, als die Beweislastumkehr ausdrücklich nur auf den Befunderhebungsfehler anwendbar ist. Diese Entscheidung, diese Beweislastumkehr nur auf diesen Fehlertyp anzuwenden, würde umgangen, ließe man sie faktisch auf beinahe jeden Diagnosefehler folgen.

Außerdem ist § 630h Abs. 5 S. 2 BGB selbst Beweis dafür, dass der Gesetzgeber so etwas wie eine Sperrwirkung für Fehler, die sich nur als folgerichtige Konsequenz darstellen, kennt. Die Beweislastumkehr des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB soll eine Schlechterstellung des Patienten vermeiden, wenn dessen Nicht- oder Fehlbehandlung auf einen Befunderhebungsfehler zurückzuführen ist. Er soll nicht schlechter stehen als der Patient, der trotz erhobener Befunde nicht oder falsch behandelt wurde und dem, bei Grobheit dieser Fehler, § 630h Abs. 5 S. 1 BGB zur Verfügung stünde.

Für diese Gleichbehandlung bräuchte es diese gesonderte Beweislastumkehr des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB aber nicht in

77) In diese Richtung OLG Köln, Urt. v. 10.5.2017 – 5 U 68/16, BeckRS 2017, 145867, Rdnr. 42 m. Bespr. *Bergmann/Wever*, MedR 2018, 731 f. Einem „bloßen objektiven Diagnoseirrtum und einer entsprechenden Sperrwirkung“ stehe im konkreten Fall entgegen, dass sich der Arzt vor der Diagnosestellung eine ausreichende Basis verschaffen müsse. Im Übrigen ist in genau dieser Situation, wenn dem Diagnosefehler ein Befunderhebungsfehler vorausgeht, nicht von einer Sperrwirkung des Diagnosefehlers zu sprechen. Denn die Sperrwirkung kann kaum retrograd wirken. Vgl. auch OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 119/11, BeckRS 2014, 17506, Rdnr. 33: Fehler liege in der falschen Deutung von Symptomen: Die falsche Vorgehensweise nach falscher Diagnose sei dann folgerichtig. Der Begriff einer „Sperrwirkung“ fällt hier nicht, es wird lediglich eine Entscheidung zugunsten des Diagnosefehlers gefällt und damit ein Befunderhebungsfehler von vornherein nicht angenommen.

78) S. o. unter II.5. Im Fall des Befunderhebungsfehlers bzw. des Fehlers der therapeutischen Sicherungsaufklärung gegen eine Aufspaltung in zwei Fehler, sondern ein einheitliches Geschehen annehmend, bei dem die Entscheidung zu Gunsten eines Fehlers fallen müsse: BGH, NJW 2024, 2529, 2530.

79) S. oben bei Fn. 7.

80) Ähnlich LG Regensburg, MedR 2015, 524, 525, welches nicht primär abgrenzt, sondern einen Diagnoseirrtum und sodann dessen Sperrwirkung für ihm nachfolgende Befunderhebungsfehler annimmt, da Diagnose als Zäsur des Zurechnungszusammenhangs gelte.

81) So etwa in den Entscheidungen LG Regensburg, MedR 2015, 524, 525 m. Anm. *Baur*; BGH, MedR 2011, 645, 647 m. Anm. *Schmidt-Recla* u. Anm. *Voigt*.

82) OLG München, MedR 2024, 813, 815 m. Anm. *Deuring*; OLG Köln, NJW 2006, 69, 70: unterlassene Kontrollbefunderhebung als „folgerichtige Konsequenz“; implizit auch BGH, MedR 2008, 44, 46: eine etwaige unterlassene Kontrollbefunderhebung nicht gesondert vorwerfend. S. auch m. z. N. *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl., 2021, D20f.; *Martis/Winkhart*, MDR 2013, 634, 636; a. A. *Geiß/Greiner*, Arzthaftungspflichtrecht, 8. Aufl. 2022, B.I.2.b), Rdnr. 64, vgl. *Nußstein*, VersR 2015, 1094, 1095.

83) *Ramm*, GesR 2011, 513, 516.

84) *Geiß/Greiner*, Arzthaftungspflichtrecht, 8. Aufl. 2022, B.I.2.b, Rdnr. 64. Dabei ist fraglich, wie sich die abgelehnte Sperrwirkung mit der Aussage verträgt, die *Geiß/Greiner* übernehmen, wonach ein Diagnosefehler nicht dadurch zu einem Befunderhebungsfehler werde, dass bei richtiger Diagnose weitere Befunde zu erheben gewesen wären (ebenso Rdnr. 64). Worin liegen denn die „folgerichtigen“ Befunderhebungsfehler, bei denen keine Sperrwirkung gelten soll?

85) *Ziegler*, GesR 2014, 647, 649.

86) *Ziegler*, GesR 2014, 647, 649.

87) *Hausch* zieht treffenderweise den Vergleich des Schülers, der bei der Berechnung eines Zwischenergebnisses einen Fehler gemacht hat, sodass konsequenterweise auch das Endergebnis falsch ist: *Hausch*, MedR 2012, 231, 236.

88) S. oben bei Fn. 62.

dieser Reichweite, jedenfalls dann nicht, wenn man für eine Haftung auch unmittelbar an das (grobe) Fehlverhalten anknüpfen könnte, welches die Folge des einfachen Befunderhebungsfehler darstellt. Denn die Beweislastumkehr des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB erstreckt sich bis zum Eintritt des Gesundheitsschadens. Aufgrund der Existenz von § 630h Abs. 5 S. 1 BGB würde es aber dem Grunde nach auch genügen, wäre in § 630h Abs. 5 S. 2 BGB nur die Vermutung geregelt, dass ein Befund ein reaktionspflichtiges Ergebnis gezeigt hätte. Dann könnte, stünden sowohl der einfache Befunderhebungsfehler als auch die darauf folgende grob fehlerhafte oder unterlassene Behandlung nebeneinander als haftungsrechtliche Anknüpfungspunkte zur Verfügung, für die Kausalität zwischen dieser grob falschen oder unterlassenen Behandlung und dem Gesundheitsschaden auf § 630h Abs. 5 S. 1 BGB zurückgegriffen werden. Dies ist aber nicht der Fall: Das Gesetz sieht offenkundig vor, dass für die Haftung nur auf den ersten Fehler in der Kette, also den Befunderhebungsfehler abzustellen ist.

Dieses Ergebnis entspricht im Übrigen auch der Rechtsprechung: Denn diese entscheidet sich auch dann, an den zeitlich vorgelagerten Diagnosefehler anzuknüpfen – man mag dies als Abgrenzung oder Sperrwirkung bezeichnen –, wenn der Diagnosefehler vorwerfbar erfolgt ist⁸⁹.

Nur der grobe Diagnosefehler, der die Privilegierung des Schädigers entfallen lässt, soll keine Sperrwirkung entfalten⁹⁰. Dem ist insofern nichts entgegenzusetzen, als die zusätzliche Annahme eines Befunderhebungsfehlers nichts mehr an der wegen § 630h Abs. 5 S. 1 BGB ohnehin eintretenden Beweislastumkehr ändern kann.

c) Alles nur eine Frage des Vertretenmüssens bzw. des Verschuldens?

Zu guter Letzt stellt sich die Frage, ob es einer Abgrenzung oder Sperrwirkung überhaupt bedarf. Denn die Abgrenzung bzw. Sperrwirkung wirkt, etwa in den Prüfungsschritten des § 280 Abs. 1 BGB gedacht, schon auf Ebene der Pflichtverletzung. Müsste sich in diesem Fall dann aber nicht schlicht durch die Prüfung des Vertretenmüssens bzw. des Verschuldens das haftungsrechtlich relevante Verhalten identifizieren lassen, ohne diese Vorgang gesondert als Abgrenzung oder Sperrwirkung ausweisen zu müssen?

Allerdings lässt sich bei genauerer Betrachtung auch über diesen Ansatz kein einfacherer Lösungsweg beschreiten. Denn nicht nur stellt sich die höchst umstrittene Frage, ob und wie sich insbesondere im Rahmen der vertraglichen Haftung bei handlungsbezogenen Pflichten Pflichtverletzung und Vertretenmüssen überhaupt unterscheiden⁹¹. Und selbst wenn man eine Unterscheidung treffen wollte und beim Vertretenmüssen etwa einen konkret-situativen Maßstab anlegte⁹², so verblieben auch dann allerlei Unklarheiten: So ließe sich zum einen sagen, auch eine auf einen Diagnosefehler folgende unterlassene Befunderhebung sei vorwerfbar, weil sich der Arzt, jedenfalls bei vorwerfbarem Diagnosefehler, ähnlich wie beim Übernahmeverschulden, in vorwerfbarer Weise selbst in die Situation der unterlassenen Befunderhebung hineinmanövriert habe. Oder aber man stelle darauf ab, dass die Vorwerfbarkeit des Befunderhebungsfehlers entfalle, weil der Arzt bei dieser Ausgangslage die Befunderhebung eben nur folgerichtig unterlassen habe⁹³. Entsprechend löst die Verschuldensprüfung die Problematik nicht, sondern der Abgrenzungsstreit bzw. die Frage der Sperrwirkung wird nur auf eine andere Ebene übertragen: Denn auch dann gilt es zu bestimmen, ob das „folgerichtige Unterlassen“ entschuldigen oder sperren soll.

2. Sperrwirkung anderer Fehlertypen

Die Debatte rund um die Sperrwirkung des Diagnosefehlers hat i.d.R. den auf den Diagnosefehler folgenden Befunderhebungsfehler im Blick. Der Vollständigkeit hal-

ber ist dabei aber zu betonen, dass der Diagnosefehler konsequenterweise auch andere Fehlertypen als den Befunderhebungsfehler sperren muss. Dies ist etwa dann der Fall, wenn auf eine falsche Diagnose, wie es i.d.R. der Fall sein dürfte, eine falsche Behandlung folgt, die deshalb objektiv betrachtet nicht lege artis ist. Oder aber der Arzt klärt den Patienten infolge des Diagnosefehlers objektiv falsch und unvollständig über die Risiken der gewählten Therapie und der alternativen Behandlungsmethode auf⁹⁴.

Gegen eine Sperrwirkung ließe sich zwar anführen, dass für andere einfache Fehler, anders als für einfache Befunderhebungsfehler, keine dem § 630h Abs. 5 S. 2 BGB entsprechende Regelung vorgesehen ist. Überlegungen zur Sperrwirkung scheinen daher überflüssig. Nun ist aber doch nicht auszuschließen, dass sich der Folgefehler als grob i. S. d. § 630h Abs. 5 S. 1 BGB darstellt, sodass die zusätzliche haftungsrechtliche Anknüpfung an einen Folgefehler doch erhebliche Risiken birgt. Es sollten somit jegliche Fehler, die auf einen Diagnosefehler folgen, als folgerichtige Konsequenz haftungsrechtlich ausscheiden⁹⁵.

Dasselbe muss im Übrigen für Befunderhebungsfehler gelten, die i.d.R. in eine falsche Diagnose und damit auch einen falschen Therapieansatz münden werden. Faktisch wird hier eine Sperrwirkung bereits praktiziert, weil die Rechtsprechung beim dem Diagnosefehler vorausgehenden Befunderhebungsfehler von vornherein an den Befunderhebungsfehler anknüpft und dem Diagnosefehler darüber hinaus keinerlei Bedeutung beimisst.

Nun wäre hier die zusätzliche Belastung, wollte man eine Sperrwirkung ablehnen und dem Arzt zusätzlich seinen Diagnosefehler oder sonstigen Behandlungsfehler vorwerfen, aufgrund des ohnehin anwendbaren § 630h Abs. 5 S. 2 BGB zwar gering. Dogmatisch konsequent ist es aber trotzdem, das „folgerichtige Fehlverhalten“ in allen Konstellationen gleichzubehandeln. Gegebenenfalls könnten sich sonst auch Unterschiede auf der Ebene der Schmerzensgeldberechnung ergeben, je nachdem, welcher Verschuldensgrad dem Arzt bei beiden Fehlern vorzuwerfen ist⁹⁶.

IV. Fazit

Kommen als haftungsrechtlicher Anknüpfungspunkt sowohl ein Befunderhebungsfehler als auch Diagnosefehler in Betracht und bauen beide Fehler aufeinander auf, so sollte haftungsrechtlich stets nur an den jeweils ersten Fehler angeknüpft werden. Der jeweils andere Fehler ist als folgerichtige Konsequenz nicht gesondert vorwerfbar: Ist die Diagnose vorschnell, weil nicht hinreichend überprüft oder auf der Grundlage einer unzureichenden Befunderhebung erfolgt, so hätte es vor der endgültigen Festlegung auf eine Diagnose weiterer Untersuchungsmaßnahmen bedurft. Es ist dem Diagnosefehler also ein Befunderhebungsfehler vorgelagert. Erfolgt ein Diagnosefehler hingegen auf der Grundlage einer vollständigen Befunderhebung, so ist ihm

89) S. etwa BGH, MedR 2011, 645 ff. m. Anm. Schmidt-Recla u. Anm. Voigt; OLG Köln, Urt. v. 6.8.2014 – 5 U 119/11, BeckRS 2014, 17506, Rdnr. 33.

90) OLG München, MedR 2024, 813, 815 m. Anm. Deuring.

91) S. zur Problematik ausführlich Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 186 ff.; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 2014, Rdnrn. 313 ff.

92) Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 189; vgl. Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 2014, Rdnr. 315.

93) In diese Richtung OLG Köln, NJW 1988, 3422.

94) Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 8. Aufl. 2022, C.II.2.a), Rdnr. 24.

95) So für auf den (nicht vorwerfbaren) Diagnosefehler folgenden Aufklärungsfehler: OLG Köln, Urt. v. 4.12.1996 – 5 U 68/96, BeckRS 1996, 11200, Rdnr. 29; OLG Köln, NJW 1998, 3422.

96) Jedenfalls ist der Grad des Verschuldens berücksichtigungsfähig: BGH, NJW 2022, 1443, 1444 f.; Vievog/Lorz, in: jurisPK-BGB, Stand: 1.2.2023, § 253 BGB, Rdnr. 82.

nur ein Diagnosefehler unterlaufen. Dass bei theoretisch korrekter Diagnose weitere Befunde zu erheben gewesen wären, ist irrelevant. Dies mag man als Abgrenzung verstehen oder als Sperrwirkung bei dem Grunde nach zwei vorliegenden Pflichtverletzungen. Das Ergebnis bleibt jeweils dasselbe.

Nicht nur ist unter Bezugnahme auf den rein zeitlichen Geschehensablauf ein einfaches Unterscheidungskriterium gefunden. Es verhindert im Übrigen auch jegliche Versuche, interessengetriebene Ergebnisse zu produzieren: Denn bei unzureichender Befunderhebung vor Diagnosestellung herrscht ohnehin bereits Einigkeit, dass haftungsrechtlich an diesen zuerst erfolgten Befunderhebungsfehler anzuknüpfen sein soll. Beim vorgelagerten und insbesondere vorwerfbareren Diagnoseirrtum soll jedoch sodann die Diskussion eröffnet sein, ob nicht doch auch an einen späteren Befunderhebungsfehler angeknüpft werden dürfte. Hier schwingt ganz offensichtlich die Überlegung mit, den Patienten doch noch irgendwie in den Genuss des § 630h Abs. 5 S. 2 BGB kommen zu lassen, ihm also stets das Beste aus beiden Welten zu bieten. Allerdings ist fragwürdig, die Haftung allein daran auszurichten, was sich für den Patienten als günstigste Lösung erweist. So wie der Arzt keinen Anspruch darauf hat, dass ihm ein Fehlverhalten möglichst als Diagnosefehler ausgelegt wird – wobei der Bereich des Diagnosefehlers

ohnehin schon recht großzügig abgesteckt ist⁹⁷ –, so hat auch der Patient keinen Anspruch, sich nach Möglichkeit auf einen Befunderhebungsfehler berufen zu dürfen.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

97) S. o. unter II.1.c) und II.5.

Dienstaufnahmebefehle und Arbeitszwang für Ärzte in Südkorea: Bezugnehmend auf die Rücktrittsschreiben der Assistenzärzte

Hyung-Sun Kim und Seog-Kyun Mun

Abstract

Das Ministerium für Gesundheit und Wohlfahrt wendet die Arbeitsaufnahmebefehle gemäß § 59 KMG (Korea Medizinrecht) bei kollektiven Aktionen von medizinischem Personal rigide an. In Korea mangelt es jedoch an ausreichender Forschung zu den Tatbestandsmerkmalen. Daher nehmen die Rechts- und Gesundheitsberufe diese Anordnungen scheinbar selbstverständlich hin, während das Ministerium für Gesundheit und Wohlfahrt wiederholt mit dem Erlass und der Aufhebung von Arbeitsaufnahmebefehlen auf die kollektiven Aktionen der Ärzte reagiert. In diesem Zusammenhang wurde das Problem der Tatbestandsmerkmale des § 59 des Medizinrechts analysiert, wobei der Schwerpunkt auf der Beziehung zu anderen Bestimmungen des Medizinrechts und anderen Gesetzen lag. Seit der COVID-19-Pandemie ist eine gesetzgeberische Tendenz zu beobachten, kollektive Aktionen von Ärzten einzuschränken und sie zwangsweise zu verpflichten. In dieser aktuellen Situation kann die Ana-

lyse von § 59 KMG, einem weltweit einzigartigen Gesetz, wichtige Impulse liefern.

I. Einführung

Im Februar 2024 reichten die Assistenzärzte in Korea aus Protest gegen die von der Regierung einseitig angekündigte Medizinspolitik, wie die Erhöhung der Medizinstudienplätze, ihre Rücktrittsschreiben ein. Das Ministerium für Gesundheit und Wohlfahrt (KMGW) erließ daraufhin eine Anordnung an die Assistenzärzte, die ihre Rücktrittsschreiben eingereicht hatten, um die medizinische Versorgung gemäß § 59 des Medizinrechts (KMG) sicherzustellen¹. Zudem erließ es eine Anordnung an die Aus-

Dr. iur. Hyung-Sun Kim, Associate Research Fellow, Research Institute for Healthcare Policy, Korea Medical Association, Seoul, Korea;

Prof. Dr. PhD. Seog-Kyun Mun, Department of Otorhinolaryngology-Head Neck Surgery, College of Medicine, Chung-Ang University, Seoul, Korea

1) Article 59 (Guidance and Order) (1) The Minister of Health and Welfare or a relevant Mayor/Do Governor may provide guidance or issue an order to medical institutions or medical personnel, if considered necessary for policies on public health and medical services, or if a serious hazard occurs or is likely to occur to public health. (2) The Minister of Health and Welfare, a relevant Mayor/Do Governor or the head of a relevant Si/Gun/Gu may order medical personnel or founders of medical institutions to resume medical service, if there is a reasonable ground to believe that suspension of medical service by the medical personnel without any justifiable ground, or temporary shutdown or closure of medical institutions by a group of the founders causes or is likely to cause great difficulties in giving medical treatment to patients.; In den folgenden Gesetzen, die mit englischem Text auf der Homepage abrufbar sind, lautet der englische Titel: ‚Medical Service Act‘ (<https://www.e-alin.org/>).