

<https://doi.org/10.1007/s00350-024-6803-y>

Die Reform der Arzthaftung im europäischen Umfeld

Andreas Spickhoff

I. Einleitung: ein Rückblick

Wie sagt man so schön in Anlehnung an *Sepp Herberger's* Ausspruch „Nach dem Spiel ist vor dem Spiel“: „Nach der Reform ist vor der Reform“¹. Das gilt auch für die im Behandlungsvertragsrecht (§§ 630a ff. BGB) 2013 erstmals kodifizierte Arzthaftung. Warum ist das so? Ein Grund dafür ergibt sich durch einen Blick auf die Entstehung der in Deutschland kodifizierten Arzthaftung.

Die Arzthaftung war (und ist in der Sache bis heute) weitestgehend Richterrecht reinsten Wassers, nicht oder kaum getrübt durch die Regelungen des Behandlungsvertragsrechts. Der Gesetzgeber hat 2013 mit dem „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtegesetz)“² und der Kodifikation des (medizinischen) Behandlungsvertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Diskussion zu einem – fast scheut man sich, zu sagen: vorläufigen – Abschluss gebracht, die keineswegs neu war.

Zuvor hatten sich mit Fragen des Arztrechts zwei Juristentage befasst (44. DJT 1962³ und 52. DJT 1978⁴). Im Rahmen der Arbeiten der Schuldrechtskommission wurde ferner von *Erwin Deutsch* und *Michael Geiger*⁵ die Kodifikation des Arzt-Patientenverhältnisses vorgeschlagen. Diese Diskussion in Deutschland kam zwar nie ganz zur Ruhe⁶. Dennoch ist der medizinische Behandlungsvertrag noch im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung 2002 (und ebenso im Kontext der Reform des Haftungsrechts aus demselben Jahr) vom Gesetzgeber praktisch keines Wortes gewürdigt worden. Das einzige, was man im Dunstkreis der Entstehungsgeschichte dazu findet, bezieht sich auf den aktuellen § 280 Abs. 1 BGB. Dazu hieß es im Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts⁷ in Bezug auf die pauschale Verschuldensvermutung in allen Fällen der alten positiven Forderungsverletzung (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB), nach (vor 2002) „geltendem Recht“ (gemeint war die richterrechtlich entwickelte positive Forderungsverletzung) lägen Behauptungs- und Beweislast für das Nichtvertretenmüssen auch in den meisten Fällen der positiven Forderungsverletzung beim Schuldner, „freilich mit einigen Ausnahmen, etwa bei der Arzthaftung. [...] Doch sind diese Ausnahmen nach Auffassung der Kommission einer gesetzlichen Regelung zumindest derzeit noch nicht zugänglich. Daher muss die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast einstweilen ohne Ausnahme formuliert werden. Doch soll dies keine Absage an bisher geübte Praxis bedeuten.“ Diese – vorsichtig formuliert: schwankenden – Ausführungen wurden zwar der praktischen Bedeutung der Arzthaftung alles andere als gerecht. Indessen ist die Frage der differenzierten Verteilung der Beweislast im Hinblick auf Pflichtwidrigkeit und Verschulden bezogen auf das Recht der Arzthaftung wegen ihrer offensichtlich äußerst geringen praktischen Relevanz⁸ auch im Patientenrechtegesetz keiner Lösung zugeführt worden. Viele in Deutschland meinten auch, die Differenziertheit oder Überdifferenziertheit der teils vertraglichen, teils außervertraglichen Regeln zur Behandlung und Haftung spreche überhaupt gegen jede

Kodifikation oder Sonderregelung; alles liege im Kern in den guten Händen der Judikatur⁹.

Auf der europäischen Ebene unternahm die Europäische Kommission 1990 den Versuch, eine Richtlinie des Rates über die Haftung bei Dienstleistungen zu erlassen, die eine Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens (hier wohl deckungsgleich mit einer Pflichtverletzung) des Dienstleistenden vorsah, ein Plan, der aufgrund vielfacher und berechtigter Kritik aufgegeben wurde. Auch der Draft Common Frame of Reference mit seinen Regelungsvorschlägen zum Behandlungsvertrag in Art. IV C.-8:101-111, der 2009 von der Study Group on a European Civil Code und der Research Group on EC-Private Law (Acquis Group) vorgelegt worden ist, hat offenbar bislang kaum zu einer nachhaltigen Wiederbelebung der Diskussion auf unionsrechtlicher Ebene geführt¹⁰.

Neuer Schwung in Deutschland in die Debatte kam durch eine von der – seinerzeit oppositionellen – SPD-Fraktion angestoßenen Gesetzgebungsinitiative in der 16. Wahlperiode. Die Patientenrechte sollten gestärkt werden. Da es mehr Patienten als Wähler auf der Behandlungsseite (in der Sprache der Politiker: „Leistungserbringer und Kostenträger“) gibt und die SPD die Ablehnung eines „Patientenrechtegesetzes“ zu einem Wahlkampfthema hätte erheben können, nahm die damalige Regierung aus Union und FDP das Heft des Handelns durch die Etablierung des 2013 in Kraft getretenen Patientenrechtegesetzes selbst in die Hand. Der Anspruch, den sie damit nolens volens verfolgte, war allerdings denkbar bescheiden und sichtlich passiv-defensiv: Das richterrechtlich geprägte Arzthaftungsrecht wurde in einer Regelung zum Behandlungsvertrag in einem Patientenrechtegesetz kodifiziert. Hinzu trat die bis heute weniger im Vordergrund stehende flankierende Rahmenregelung, wonach Krankenkassen die Versicherten bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen (und das auch nur wegen Behandlungsfehlern) unterstützen „sollen“, nicht – wie zuvor – bloß „konnten“ (§ 66 SGB V).

- 1) *Wagner*, in: MüKo/BGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 630a, Rdnr. 41.
- 2) BGBI. 2013 I, 277.
- 3) Band II, S. F 1 ff.
- 4) Band II, S. I 203 ff.
- 5) Medizinischer Behandlungsvertrag in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II (Hrsg. BMJ), 1982, S. 1049, 1090; vgl. auch *Geiger*, Gesetzliche Regelung des medizinischen Behandlungsvertrages, 1989.
- 6) S. insbesondere *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, 1999; *Hart/Francke*, Bundesgesundheitsblatt 2002, 13 ff.
- 7) 1992, S. 130.
- 8) S. dazu *Spickhoff*, NJW 2002, 2530; gegen die Anwendung der Beweislastumkehr gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB beim Behandlungsvertrag noch *Medicus*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2005, Rdnr. 420 (in den Folgeauflagen von *S. Lorenz* nicht übernommen).
- 9) *Weyers*, AcP 182 (1982), 60, 61; *Lieb*, in: BMJ (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band III, 1981, 218, 227 ff.; *Unberath*, ZEuP 2008, 745, 755 f.
- 10) *v. Bar u. a.*, Principles, Definitions and Modal Rules of European Private Law, 2009; dazu (kritisch) *G. Wagner*, FS f. G. Müller, 2009, S. 335 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2014, Rdnrn. 397 ff.

Dass sich der Kernbereich der Neuregelung des Behandlungsvertragsrechts im Wesentlichen mit dem Versuch begnügt hat, das weitgehend durch die Judikatur geprägte Arzthaftungsrecht in Gesetzesform einzufangen, hat der (VI.) Haftungssenat des BGH zu Recht auch des Öfteren und nicht ohne Selbstbewusstsein betont¹¹. Man fühlt sich an *Wilhelm Busch's* Vorwort zu Max und Moritz erinnert, wenn es dort heißt: „Drum ist hier, was sie getrieben, abgemalt und aufgeschrieben“. Reichlich vollmundig und im Gegensatz zu dem grundsätzlichen Stil und Charakter des Bürgerlichen Gesetzbuchs (das bekanntlich nie eine Art „Volksgesetzbuch“ sein wollte)¹², sollten nun „die Patientinnen und Patienten [...] ihre wichtigsten Rechte möglichst selbst im Gesetz nachlesen können“¹³. Relevanter war immerhin die „Signalwirkung“, die von den neuen Normen ausging. Allein ihre Existenz hat, wie man auch von Arzt- und Krankenhaushaftpflichtversicherungen hören konnte, zumindest zwischenzeitlich die Nachfrage nach Haftungsansprüchen gegen Ärzte und Krankenhäuser gesteigert.

Bei alledem war m. E. rechtspolitisch richtig, dass der Gesetzgeber 2013 die im internationalen Vergleich in Deutschland ohnedies recht strenge Arzthaftung nicht einseitig zu Lasten der Behandlungsseite verschärft hat. Das hätte im Zweifel negative Folgen bis hin zu der in der Gesetzesbegründung angesprochenen „Gefahr einer Defensivmedizin“ geführt¹⁴ und erscheint auch heute noch als zutreffend¹⁵.

Gleichwohl hätten manche richterrechtliche Weiterentwicklungen der letzten Jahrzehnte wie etwa die Beweiserleichterung wegen groben Behandlungsfehlers Anlass für eine kritische Prüfung und Neujustierung des Systems bieten können. Doch hätte eine solche kritische Überprüfung neben als Ersatz neu einzuführenden Beweiserleichterungen den Abschied von manchen tradierten Beweiserleichterungen zugunsten der Patienten nach sich gezogen, ein Unterfangen, das man aus politischen Gründen nicht gewagt hat und das in Deutschland auch aktuell kaum politisch realisierbar erscheint. So ist im Wesentlichen die Intention der Kodifikation von Richterrecht geblieben, verbunden mit dem Anliegen, es auch in Zukunft bei genügend Flexibilität im Kontext der Aus- und Fortbildung der Arzt- und Krankenhaushaftung zu belassen¹⁶. Der von politischen Zwängen freieren Medizinrechtswissenschaft darf und muss es dagegen möglich bleiben, sich nicht nur mit Detailfragen zu befassen, sondern auch nach möglichen grundsätzlicheren Strukturproblemen im Kontext der (Arzt-) Haftung zu fragen und ggf. Alternativen aufzuzeigen.

II. Ausgewählte Reformvorschläge

Betrachtet man die bisherigen älteren und neueren Reformvorschläge, die im Folgenden nicht vollständig, sondern nur im Überblick referiert werden, lassen sich solche zu Details von solchen unterscheiden, die eher Grundfragen betreffen. Zu einer solchen Grundfrage würde gewiss die Abschaffung der Verschuldenshaftung zugunsten einer Gefährdungs-, reinen Kausalhaftung oder gar Erfolgshaftung führen; doch wird das aktuell kaum noch propagiert und würde auch zur Arzthaftung im unverhältnismäßigen Exzess führen¹⁷.

1. Einzelfragen

So sind (u. a.) die in den §§ 630a ff. BGB normierten jeweiligen Patientenrechte in ihren derzeitigen Formulierungen sicher im Einzelnen auf den Prüfstand zu stellen¹⁸. Zu Einzelfragen gehört etwa die Klarstellung der leidigen Frage des Haftungsregimes von Durchgangärzten, welche die Rechtsprechung immer wieder beschäftigt¹⁹.

2. Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger

Nach wie vor nicht geregelt und keineswegs geklärt ist die Frage der Entscheidungszuständigkeit im Falle einwilligungsfähiger Minderjähriger. Aus § 630d Abs. 1 S. 2 BGB folgt nur, dass Einwilligungsfähige in Eingriffe in ihre körperliche Integrität zustimmen müssen. Ob zu den „weitergehenden Anforderungen an die Einwilligung aus anderen Vorschriften“, die nach § 630d Abs. 1 S. 3 BGB unberührt bleiben, das Sorgerecht gehört (was zum Erfordernis auch der Zustimmung der Sorgeberechtigten führen würde), ist bekanntlich umstritten. Auch die Sondermaterien der §§ 1631d (Besneidung), 1631e BGB (divers veranlagte Minderjährige) lassen in ihren Bereichen die streitige Frage der Behandlung einwilligungsfähiger Minderjähriger unbeantwortet. Im Zivilrecht geht die Judikatur teils von einer Alleinentscheidungszuständigkeit Minderjähriger aus, jedenfalls bei weniger gravierenden Eingriffen²⁰, teils wird generell oder wenigstens im Falle schwerer wiegender Eingriffe die Zustimmung der Sorgeberechtigten verlangt²¹. Selbst eine Corona-Impfung sollte nur mit Zustimmung beider Eltern erlaubt sein²². Das Strafrecht plädiert demgegenüber zu Recht mehrheitlich für eine Alleinentscheidungszuständigkeit einwilligungsfähiger Minderjähriger²³. Dieser Zustand ist für alle Beteiligten untragbar, nicht nur für die Ärzteschaft. Einwilligungsfähigen Minderjährigen wird von der wohl h. M. im Zivilrecht ggf. zugemutet, in existenziellen Situationen die Rechtmäßigkeit eines medizinisch indizierten Eingriffs familiengerichtlich gegen die betreffenden Eltern(teile) durchzusetzen. M. E. sollte schon de lege lata, erst recht aber de lege ferenda von einer grundsätzlichen Alleinentscheidungszuständigkeit einwilligungsfähiger (und damit m. E.

einwilligungsfähiger Minderjähriger. Aus § 630d Abs. 1 S. 2 BGB folgt nur, dass Einwilligungsfähige in Eingriffe in ihre körperliche Integrität zustimmen müssen. Ob zu den „weitergehenden Anforderungen an die Einwilligung aus anderen Vorschriften“, die nach § 630d Abs. 1 S. 3 BGB unberührt bleiben, das Sorgerecht gehört (was zum Erfordernis auch der Zustimmung der Sorgeberechtigten führen würde), ist bekanntlich umstritten. Auch die Sondermaterien der §§ 1631d (Besneidung), 1631e BGB (divers veranlagte Minderjährige) lassen in ihren Bereichen die streitige Frage der Behandlung einwilligungsfähiger Minderjähriger unbeantwortet. Im Zivilrecht geht die Judikatur teils von einer Alleinentscheidungszuständigkeit Minderjähriger aus, jedenfalls bei weniger gravierenden Eingriffen²⁰, teils wird generell oder wenigstens im Falle schwerer wiegender Eingriffe die Zustimmung der Sorgeberechtigten verlangt²¹. Selbst eine Corona-Impfung sollte nur mit Zustimmung beider Eltern erlaubt sein²². Das Strafrecht plädiert demgegenüber zu Recht mehrheitlich für eine Alleinentscheidungszuständigkeit einwilligungsfähiger Minderjähriger²³. Dieser Zustand ist für alle Beteiligten untragbar, nicht nur für die Ärzteschaft. Einwilligungsfähigen Minderjährigen wird von der wohl h. M. im Zivilrecht ggf. zugemutet, in existenziellen Situationen die Rechtmäßigkeit eines medizinisch indizierten Eingriffs familiengerichtlich gegen die betreffenden Eltern(teile) durchzusetzen. M. E. sollte schon de lege lata, erst recht aber de lege ferenda von einer grundsätzlichen Alleinentscheidungszuständigkeit einwilligungsfähiger (und damit m. E.

- 11) Z. B. BGH, NJW 2020, 1211 (Rdnr. 13 zu § 630c Abs. 3 BGB: „Diese Bestimmung knüpft an die vom Senat entwickelte wirtschaftliche Aufklärungspflicht an“); BGH, NJW 2021, 2324 (Leitsatz 1: „In § 630c Abs. 2 S. 1 BGB sind die vom Senat entwickelten Grundsätze zur therapeutischen Aufklärung bzw. Sicherungsaufklärung kodifiziert worden. Diese Grundsätze gelten inhaltlich unverändert fort; neu ist lediglich die Bezeichnung ...“); BGH, NJW 2023, 1435 (Leitsätze 1 und 2: „In § 630e BGB sind die vom Senat entwickelten Grundsätze zur Selbstbestimmungsaufklärung kodifiziert worden. Diese Grundsätze gelten inhaltlich unverändert fort. § 630e Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB nimmt die bisherige Rechtsprechung auf ...“).
- 12) Statt aller *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 474 ff. (insbes. sub III. 2. und 4.).
- 13) BT-Dr. 17/10488, S. 9; kritisch insoweit auch *G. Wagner*, *VersR* 2012, 789, 798 f.
- 14) BT-Dr. 17/10488, S. 9.
- 15) Dazu statt vieler *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 38 f.; *Tag*, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis*, 2000, S. 11 f.; *Ulsenheimer*, *Ausgreifende Arzthaftpflichtjudikatur und Defensivmedizin*, 1997.
- 16) BT-Dr. 17/10488, S. 9.
- 17) Dazu *Wagner*, in: *MüKo/BGB*, 8. Aufl. 2020, Vor § 630a, Rdnr. 49.
- 18) Dazu *Reinhardt*, *MedR* 2023, 94; *Schwartz*, *MedR* 2023, 97; *Kieker*, *MedR* 2023, 101; *Bollweg*, *MedR* 2023, 103 (insbesondere zum Stand der Diskussion auf politischer Ebene); *Rixen*, *MedR* 2023, 116 (zum Sozialrecht), *Katzenmeier*, *MedR* 2023, 118 (kritisch gegenüber einer Reduzierung des Beweismaßes 120 ff.).
- 19) BGH, *MedR* 2020, 1025 m. Anm. *Nußstein*; OLG Naumburg, *NJW* 2020, 1445 (dazu *Nußstein*, *VersR* 2020, 1564); OLG Karlsruhe, *MedR* 2021, 164; *C. Wagner*, *NZS* 2020, 410; *Kampen*, *GuP* 2020, 180.
- 20) So OLG Hamm, *NJW* 2020, 1373 (zum besonders gelagerten Fall der Abtreibung); LG München II, *BeckRS* 2020, 26423 (KreuzbandOP).
- 21) BGH, *NJW* 2007, 217 (obiter: OP an der Bandscheibe mit realisiertem Querschnittsrisiko); OLG Frankfurt, *MedR* 2019, 1002 (relativ indizierte Zirkumzision).
- 22) OLG Frankfurt, *NJW-RR* 2021, 1301 (Covid-Impfung vor STIKO-Empfehlung); ähnlich OLG Rostock, *FamRZ* 2022, 192.; zu sonstigen Schutzimpfungen ebenso BGH, *NJW* 2017, 1826.
- 23) *Valerius*, in: *Saliger/Tsambikakis*, *Strafrecht der Medizin*, 2022, § 1, Rdnr. 337; *Biermann*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6. Aufl. 2021, Rdnr. 447 m. w. N.; anders *Erb*, in: *MüKo/StGB* 4. Aufl. 2020, Vor § 32, Rdnr. 169.

auch grundrechtsmündiger) Minderjähriger ausgegangen werden²⁴. Die Regelung dieser Frage reicht indes signifikant über den engeren Bereich der Arzthaftung hinaus.

3. Unionsrechtlich veranlasste Änderungen: kostenfreie Kopie der Patientenakte

Gewiss zu aktualisieren wird sein, dass eine Kopie der Patientenakte (elektronisch oder in Papierform) entgegen §§ 630g Abs. 1 S. 3, 811 Abs. 2 BGB spätestens im Anschluss einer Entscheidung des EuGHs nun kostenfrei zu erfolgen hat²⁵. Aufgrund der abweichenden Vorgaben der DSGVO ist § 630g BGB also insoweit zu ändern, als die Patientenseite (im Gegensatz zum Wortlaut des § 630g Abs. 2 S. 2 BGB) keine Kosten für Kopien oder elektronische Abschriften von der Patientenakte zu tragen hat²⁶; auch die Verweisung in § 630g Abs. 1 S. 3 BGB auf die Kostentragungsregel des § 811 Abs. 2 S. 1 BGB ist in der Konsequenz zu korrigieren.

4. UN-Behindertenkonvention

Die teils angemahnte Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention und z. B. den dieser entnommenen Rechten auf ortsnahen Zugang zu barrierefreien Gesundheitseinrichtungen oder Mitspracherechte von Menschen mit Behinderungen bei der Ausgestaltung des Gesundheitswesens ändert wohl kaum etwas am Kern der Arzthaftung und gehört eher zu den öffentlich-rechtlichen bzw. sozialrechtlichen Rahmenbedingungen der medizinischen Versorgung.

5. Patienten(härtefall)fonds

Manche älteren Vorschläge wie die echte, dem System mancher nordischen Länder entsprechende Ablösung der Haftung durch Versicherungsschutz, werden kaum noch verfolgt und haben nie überzeugt²⁷. Eher schon würde eine Pflicht-Haftpflichtversicherung naheliegen; derzeit besteht lediglich eine nur unzureichend überprüfte standesrechtliche Pflicht zu einer „hinreichenden“ Haftpflichtversicherung (vgl. § 21 MBO-Ä). Nur selten erwogen und die Frage nach einem Sachgrund für eine eventuelle Ungleichbehandlung mit anderen (Berufs-) Haftpflichtigen aufwerfen würde die Einführung von (mit der Haftpflichtversicherung synchronen) Haftungshöchstsummen²⁸.

Dagegen ist in neuerer Zeit häufig die Einführung eines nicht die Haftung ablösenden, sondern diese ergänzenden sog. Patientenfonds befürwortet worden²⁹. Insbesondere wird seit längerem erwogen, einen sog. Härtefallfonds für Behandlungsschäden zu etablieren³⁰. Im Koalitionsvertrag der Ampel heißt es dazu: „Bei Behandlungsfehlern stärken wir die Stellung der Patientinnen und Patienten im bestehenden Haftungssystem. Ein Härtefallfonds mit gedeckelten Ansprüchen wird eingeführt.“³¹ Auch der aktuelle Patientenbeauftragte der Bundesregierung befürwortet die Einführung eines solchen Fonds im Fall von schicksalhaften Verläufen³².

Auch wenn es so scheint, als wären die Würfel in diesem Punkt grundsätzlich politisch bereits gefallen: Erfahrungen aus dem Ausland (wie etwa Österreich) zeigen, dass ein solcher – zudem eher systemwidriger – Fonds entweder jedes schicksalhafte Unglück abdecken muss (und daher zu einer Kostenexplosion zu führen droht) oder bzw. und aufgrund drohender Abgrenzungsprobleme (was wird davon erfasst und was nicht?) zu erheblichem bürokratischen Verwaltungsaufwand ohne signifikanten Ertrag für die Patientenseite führt³³. Auch wäre die Kostenfrage zu klären. Die Aufbürdung der Kosten auf die Versichertengemeinschaft führt letztlich kaum zu einer Verbesserung deren Situation, und die Aufbürdung auf die Behandlungsseite wird deren Interesse an einer Honorierungserhöhung nach sich ziehen³⁴. Ganz allgemein stellt sich schließlich die Frage nach dem Sachgrund dafür, warum ein solcher Quasi-

„Mitleids“-Fonds für schicksalhaft getroffene Patienten nur in diesem Bereich der nicht feststellbaren (aber wohl doch wenigstens irgendwie möglichen) Kausalität etabliert werden soll und nicht ganz allgemein, zumindest im Bereich von Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität, bei unklarer Kausalität. Hinzu kommt, dass der politische Druck auf die Etablierung eines solchen Fonds deutlich verringert würde, wenn das Beweismaß in Bezug auf die Kausalität eines ärztlichen Fehlers im nachfolgend dargelegten Sinne im Kontext des Haftungsgrundes insgesamt auf die bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit reduziert würde.

6. Beweislast und Beweismaß

Häufiger und grundsätzlicher werden Fragen erörtert, die sich in gewissem Sinne um das Beweismaß ranken.

a) Verlust einer Heilungschance

In der auch jüngeren Vergangenheit wird zwar eher selten, namentlich von *Wagner*, aber dennoch interessant die Einführung der Proportionalhaftung im Arzt- und Krankenhaushaftungsrecht (namentlich unter dem Aspekt des „Verlustes einer Heilungschance“) befürwortet³⁵. Steht eine bestimmte Prozentzahl an Wahrscheinlichkeit fest, mit welcher eine Verletzung verursacht worden ist, ist dann immerhin der entsprechende (ggf. auch unterhalb der Grenze der überwiegenden Wahrscheinlichkeit liegende) prozentuale Teilschaden zu ersetzen.

Dieser Weg steht indes auf nationaler Ebene aktuell rechtspolitisch wohl auf verlorenem Posten. Er hat sich bislang auch rechtsvergleichend trotz Ansätzen aus Frankreich und (teils) dem Common Law wohl noch nicht als zureichend konsensfähig erwiesen³⁶. Unsicherheiten im Kontext der Feststellbarkeit oder Nichtfeststellbarkeit der Kausalität führen zwar notwendigerweise zu in der Sache gewissermaßen „unrichtigen“ Entscheidungen. Allerdings ist auch die Proportionalhaftung diesem Einwand ausgesetzt, führt sie doch geradezu notwendig zu „Fehlurteilen“ gemessen an der Lebenswirklichkeit. Denn entweder war der Schädiger kausal, oder er war es nicht. Jedenfalls war er es konkret nicht zu einer bestimmten Prozentzahl. Hinter dem Alles-oder-Nichts-Prinzip steht also durchaus der Versuch nach Abbildung der Lebenswirklichkeit, mag diese im Einzelfall (dann freilich vollständig) auch verfehlt werden. Zudem fehlt es nicht selten an belastbaren Prozentzahlen der Kausalitätswahrscheinlichkeit. Schließlich wäre die Einführung

24) Näher *Spickhoff*, FamRZ 2018, 412 ff.; *Spickhoff*, in: AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, 13. Düsseldorfer Medizinrechtstag, 2023, S. 59 ff.

25) EuGH, NJW 2023, 3481 m. Anm. *Fuhlrott*.

26) Dazu *Wagner*, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, § 630g, Rdnrn. 4 ff.; s. auch die entsprechende Vorlage des BGH an den EuGH, MedR 2022, 839 m. Anm. *Buchner*.

27) *Wagner*, in: MüKo/BGB, Vor § 630a, Rdnr. 43.

28) Vgl. *Katzenmeier/Knetsch*, in: GedS für *Hübner*, 2012, 109, 117 ff.

29) S. zuletzt (vom 31.10.2023) <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/146984/Patienten-dringen-auf-Reform-des-Patientenrechtgesetzes>; auch von Bayern und Hamburg; s. *Spickhoff*, NJW 2017, 1790.

30) Namentlich von *Hart*, MedR 2023, 110 m. w. N.

31) Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 78, 2021.

32) S. FAZ v. 5. 4. 2024 (Nr. 80), S. 19.

33) Mit guten Gründen skeptisch auch *Wagner*, MedR 2021, 101.

34) Überzeugend kritisch auch *Wagner*, in: MüKo/BGB, Vor § 630a, Rdnr. 48.

35) *Wagner*, in: MüKo/BGB, Vor § 630a, Rdnrn. 50 ff.

36) Optimistischer *Wagner*, in: MüKo/BGB, Vor § 630a, Rdnr. 51 m. w. N.; de lege ferenda für eine Anteilhaftung (unter Ablehnung der Lehre vom Verlust einer Chance) *Koziol*, Grundfragen des Schadensersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht, 2014, Rdnrn. 8/211–217.

on einer Proportionalhaftung auch sachlich kaum allein auf den Bereich der Arzthaftung beschränkbar³⁷.

b) Beweismaßreduktion

Häufiger, auch in der Vergangenheit, ist dagegen eine Absenkung des Beweismaßes im Bereich des Haftungsgrundes namentlich in Bezug auf die haftungsbegründende Kausalität diskutiert worden, freilich auch insoweit keineswegs von vornherein beschränkt auf den Bereich der Arzthaftung. Dazu ist vorab zu bemerken, dass die deutsche Differenzierung des Beweismaßes insbesondere bei der Feststellung der Kausalität zwischen Haftungsbeurteilung (dann volle richterliche Überzeugung, § 286 ZPO) und Haftungsausfüllung (dann überwiegende Wahrscheinlichkeit, § 287 ZPO) in rechtsvergleichender Betrachtung gewiss nicht konsentiert ist. Einer auf die Arzt- und Krankenhaushaftung beschränkten Absenkung des Kausalitätsbeweismaßes entsprechen namentlich Vorschläge von früheren und des aktuellen Patientenbeauftragten der Bundesregierung³⁸. Seit geraumer Zeit wird insbesondere erwogen, im Falle von feststehenden oder auch vermuteten Behandlungsfehlern (etwa gemäß § 630h Abs. 1 BGB – voll beherrschbare Risikobereiche) das Kausalitätsbeweismaß auf dasjenige der überwiegenden Wahrscheinlichkeit abzusinken³⁹.

Die Frage bliebe allerdings, ob dann eine zusätzliche Beweislastumkehr der Kausalität für Primärschäden wegen groben Behandlungsfehlers und im Einzelfall auch wegen einfachen Befunderhebungsfehlers (§ 650h Abs. 5 BGB) noch notwendig wäre. Immerhin sind die Umkehrungen der Beweislast in § 630h Abs. 5 BGB rechtsvergleichend isoliert und sachlich wie rechtspolitisch nur schwer begründbar. Es ist oft in Frage gestellt worden, ob es überzeugende, schlagkräftige Argumente gibt, die für diese Regeln sprechen⁴⁰. Im Fall einer entsprechenden Absenkung des Beweismaßes, die sich mit derjenigen für die Haftungsausfüllung (§ 287 ZPO) harmonisch ergänzen ließe, würde das Recht der deutschen Arzthaftung insoweit wohl weiter in den Bereich der europäischen Konsensfähigkeit gerückt werden als das bislang der Fall ist.

Allerdings stellt sich auch insoweit die Folgefrage, ob und ggf. warum die Absenkung des entsprechenden Kausalitätsbeweismaßes auf die Arzthaftung begrenzt wäre. Das unterscheidet sich freilich nicht von der parallelen Frage, ob und inwieweit auch die Beweislastumkehrungen wegen groben Behandlungsfehlers außerhalb medizinischer Behandlungen greifen sollten⁴¹.

Die Suche nach der richtigen Justierung des Beweismaßes als wichtiges Element der Arzt- und Krankenhaushaftung, die auch in die angemessene Relation zur Verteilung der Beweislast gestellt werden muss, wirft m. E. eine besonders wichtige Frage nach einer Neuausrichtung der Arzthaftung auf. Ihr soll daher im Folgenden genauer nachgegangen werden.

III. Ein praktisches Beispiel: Beweislast und Beweismaß

Als Ausgangspunkt sei zur Illustration – in der Hoffnung, nicht allzu sehr dem Bonmot „hard cases make bad law“ zu erliegen – als *erstes Beispiel* ein Fall aus der mittlerweile länger zurückliegenden Judikatur des BGH gewählt⁴², der heute genauso über § 630h Abs. 5 S. 2 BGB entschieden werden würde: Ein Unfallopfer wird mit diversen Knochenbrüchen in die Unfallchirurgie einer Klinik eingeliefert. Infolge eines einfachen Befunderhebungsfehlers wird einer der Brüche, eine Beckenringfraktur, übersehen. Nach gut vier Wochen wird das Opfer – eine Frau – mobilisiert, freilich ohne Unterarmgehstützen, was in Kenntnis des Beckenringbruchs angezeigt gewesen wäre. Die Patientin weist auf Schmerzen beim Gehen hin, wird erneut untersucht, ohne dass Röntgenaufnahmen veranlasst worden wären. Später wird festgestellt, dass der Beckenringbruch nicht korrekt ausgeheilt,

weil er mit einer leichten Verschiebung zusammengewachsen ist. Die Folge sind dauerhafte Schmerzen und erhebliche Neben- bzw. Folgewirkungen. Im Haftpflichtprozess führt die Befragung des Sachverständigen zu dem Ergebnis, dass selbst das rechtzeitige Erkennen der Beckenringfraktur zu bis 90%iger Wahrscheinlichkeit am Heilungsverlauf nichts geändert hätte. Davon beeindruckt weist das erstinstanzliche LG die Klage insgesamt ab. Das OLG meint demgegenüber vorsichtiger, jedenfalls für eine Verzögerung des Heilungsprozesses und die (unnötigen) Schmerzen während der Mobilisierungsphase ohne Unterarmgehstützen sei ein Schmerzensgeldanspruch (in Höhe von €3.000) zu gewähren. Der Haftungssenat des BGH geht noch weiter: Auch die nunmehr geltend gemachten gesundheitlichen Folgen sollen insgesamt der Verteilung der Beweislast nach den Grundsätzen des groben Behandlungsfehlers im Sinne einer echten und eindeutigen Beweislastumkehr unterliegen. Und nicht einmal eine bis zu 90%ige Kausalitätsunwahrscheinlichkeit genügt zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung für die volle richterliche Überzeugung im Rahmen von § 286 ZPO.

Der Gesetzgeber hat diese Judikatur 2013 in § 630h Abs. 5 S. 2 BGB aufgegriffen. Schon vor der als Beispiel gewählten Entscheidung hatte der BGH die Grundsätze des Nachweises der Kausalität bei grobem Behandlungsfehler bereits herangezogen, wenn ein (einfacher) Befunderhebungsfehler das Zutagetreten eines Befundes verhindert hat, der so deutlich und gravierend ist, dass sich dessen Verkennen bzw. die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen würde⁴³. Genau genommen unterteilt der BGH die haftungsbegründende Kausalität in zwei Abschnitte: Im ersten geht es um die Kausalität des (einfachen) Befunderhebungsfehlers gewissermaßen für die vereitelte Chance, die zutreffende Diagnose (hier: Beckenringfraktur) stellen und demgemäß reagieren bzw. anderenfalls einen groben Behandlungsfehler begehen zu können. Der zweite Abschnitt des Zurechnungszusammenhangs betrifft das verbleibende Teilstück bis zum Verletzungserfolg. Hierbei stellt der BGH freilich nicht auf die hypothetische Situation der gebotenen Behandlung ab, da diese – ohne Beweislastumkehr – mit bis zu 90%iger Wahrscheinlichkeit am Verlauf nichts geändert haben würde. Sondern der BGH rekurriert vielmehr auf die real gewordene Untätigkeit, die sich ohne Befunderhebungsfehler nach den Feststellungen als schwer pflichtwidrig und daher grob behandlungsfehlerhaft erwiesen haben würde.

Wie könnte der Fall unter Zugrundelegung eines Kausalitäts-Beweismaßes der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gelöst werden, selbst wenn man an der tradierten Beweislastverteilung im Sinne der Judikatur – de facto übernommen in § 630h Abs. 5 BGB – festhält? Die Annahme einer Beweislastumkehr wegen (hier freilich: hypothetischen) groben Behandlungsfehlers ist auch in der Konkretisierung durch den BGH konsequent. Doch wie steht es mit dem Gegenbeweis? Was zugunsten des Opfers gilt, muss konsequent auch für die beweisbelastete Gegenseite gelten. Das bedeutet: Der

37) Übereinstimmend *Wagner*, in: MüKo/BGB, Vor § 630a, Rdnr. 53.

38) S. FAZ v. 5. 4. 2024 (Nr. 80), S. 19; zu früheren Stellungnahmen *Spickhoff*, NJW 2017, 1790.

39) *Laumann*, 3 Jahre Patientenbeauftragter und Pflegebevollmächtigter der Bundesregierung: Eine Zwischenbilanz, Statement v. 9. 5. 2017, S. 4 (abrufbar unter www.Patientenbeauftragter.de [18. 5. 2017]); vgl. auch *Spickhoff*, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2007, 2008*, S. 7, 69 ff.; *Spickhoff*, in: BT-Ausschuss Dr. 17 (14) 0326 (4) v. 9. 10. 2012.

40) Eingehend, aber im Sinne der *lex lata* und der *h. M.* dazu *Katzenmeier/Jansen*, in: FS f. *Sutter-Somm*, 2016, S. 285 ff.

41) Dazu eingehend *Göpfert*, *Beweislastumkehr bei groben (Berufs-) Pflichtverletzungen*, 2022.

42) NJW 2004, 2011; dazu *Katzenmeier*, JZ 2004, 1030; *Spickhoff*, NJW 2004, 2345.

43) Zum Ganzen m. w. N. auch *Schulze-Zeu*, *VersR* 2000, 565.

Gegenbeweis gegen die Vermutung der Kausalität wegen groben Behandlungsfehlers wäre geführt, wenn (deutlich) überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Fehler nicht kausal geworden ist. Davon hätte man hier mit bis zu 90%iger Sicherheit ausgehen können; der Gegenbeweis wäre also – unter Zugrundelegung des Beweismaßes der überwiegenden Wahrscheinlichkeit – erfolgreich geführt worden.

All das zeigt: Die Erstreckung dieses geringeren Beweismaßes im Bereich der sog. Primärschäden würde nicht nur die Feststellung der Kausalität zugunsten der Patienten- oder (allgemein) Opferseite im (Arzt-) Haftungsprozess erleichtern; dieser Aspekt steht fraglos im Vordergrund. Sondern sie würde (auch) dem gelegentlich außerordentlich scharfen Schwert der Beweislastumkehr wegen groben Behandlungsfehlers manches an Härte (und Angriffsfläche) nehmen. Würde auf diese Weise, die ggf. eine real existierende, faire Möglichkeit eröffnet, den Gegenbeweis zu führen, nicht dem Postulat der Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess in besserer Weise Rechnung getragen als derzeit? Lässt sich die Wahrscheinlichkeit der fehlenden Kausalität nicht deutlich überwiegend (also mit signifikant mehr als 50%) oder gar nicht prozentual benennen, wäre der Gegenbeweis dann (nach wie vor) nicht geführt. Bei einer festgestellten 80- oder 90%igen Unwahrscheinlichkeit der Kausalität sollte man hingegen den Gegenbeweis als geführt ansehen. Der prinzipielle Charakter der Rechtsfolge des groben Behandlungsfehlers als Beweislastumkehr würde durch diese Umakzentuierung im Beweismaß nicht in Frage gestellt. Umgekehrt würde ein überwiegend wahrscheinlich kausaler einfacher Behandlungsfehler die Arzthaftung zugunsten der Patientenseite nahelegen.

IV. Ein rechtsvergleichender Blick über den Tellerrand

Die volle richterliche Überzeugung im Sinne von (soweit überhaupt ermittelbar) einer fast 100%igen Sicherheit⁴⁴ – eine 90%ige Sicherheit reicht im Arzthaftungsprozess in Bezug auf die haftungsbegründende Kausalität wie gezeigt offenbar nicht aus, um sie zu beweisen oder zu widerlegen – stößt offenbar nicht selten auf Schwierigkeiten. Man landet vielmehr bei der berühmt-berüchtigten *probatio diabolica*. Umso wichtiger sind Umkehrungen der Kausalitätsbeweislaster aus besonderen Gründen wie etwa diejenige des groben Behandlungsfehlers (§ 630h Abs. 5 BGB).

Dabei fällt auf, dass gerade diese – prominenteste – Beweislastumkehr im Bereich der Arzthaftung im Ausland zwar vielfach diskutiert, aber m. W. nirgendwo übernommen worden ist⁴⁵. Auf der anderen Seite gilt im (nicht nur europäischen) Ausland⁴⁶ vielfach, m. W. wohl zumeist das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit⁴⁷. So versteht das Common Law als allgemeines Beweismaß in Zivilsachen die „preponderance of evidence“ und damit die überwiegende Wahrscheinlichkeit⁴⁸. Ein solches Beweismaß mindert von vornherein den Druck auf die Anerkennung einer Umkehr der (zumindest: Kausalitäts-) Beweislast.

Dennoch: Warum haben Gesetzgebung und Judikatur im Ausland namentlich die für die deutsche Arzthaftung so zentrale Umkehr der Beweislast wegen groben Behandlungsfehlers nicht übernommen? Man wird nicht fehlgehen in der Annahme, dass abgesehen vom reduzierten Beweismaß die Gründe für ihre Anerkennung in Deutschland als nicht ausreichend schlagend oder überzeugend eingeschätzt worden sind. Denn sie sind es bei genauerer Analyse auch in Deutschland kaum, obwohl der Gesetzgeber der mittlerweile längst ständigen Rechtsprechung der Judikatur in § 630h Abs. 5 BGB im Jahre 2013 gefolgt ist. Versuche, diese Beweisregeln materiell-rechtlich zu begründen, etwa als Ausgleich dafür, dass das Spektrum der für die Schädigung der in Betracht kommenden Ursachen gerade durch die Schwere des Fehlers besonders verbreitert bzw. verschoben und die Aufklärung des Behandlungsgeschehens deshalb in besonderer Weise

erschwert worden ist⁴⁹, sind nicht überzeugend. Denn mit der Schwere des Fehlers korrespondiert nicht notwendig auch nur die statistische Erhöhung der Wahrscheinlichkeit der Kausalität. Häufige, teils ergänzende Hinweise auf die Billigkeit⁵⁰ oder darauf, dass die Behandlungsseite am Fehler „näher dran“ sei und daher das Beweisrisiko tragen müsse⁵¹, sind letztlich bloße Phrasen und gleichfalls kaum geeignet, die rechtsvergleichende Isolation der Beweislastumkehr wegen groben Behandlungsfehlers durch einen schlagkräftigen Sachgrund überspielen zu können⁵². Es bleibt daher das eher ernüchternde Fazit, dass die Beweislastumkehr wegen groben Behandlungsfehlers im internationalen Vergleich vereinsamt erscheint und bis heute dogmatisch nicht wirklich zwingend begründet werden konnte⁵³.

Wie sehr ungeachtet dessen Beweislast und Beweismaß zusammenhängen, zeigt sich besonders dann, wenn beides auseinandergerissen wird. Das verdeutlicht als *zweites Beispiel* folgender Fall aus der Praxis: Eine Besucherin aus Deutschland verunfallt in der Schweiz. Die herbeigerufenen Rettungssanitäter dokumentieren neben anderen Verletzungen (u. a. eine Schulterverletzung) den Verdacht einer Beckenringfraktur. Im Spital angekommen, weigert sich die Patientin, den geforderten Vorschuss zu zahlen. Ungeachtet dessen „erbarmt“ sich ihrer eine Studentin der Medizin, die ein Praktikum absolviert, und versorgt die Schulterverletzung korrekt. Dem Verdacht auf Beckenringfraktur geht niemand nach. Drei Tage später lässt sich die Deutsche 600 km nach Hause ins

44) Zur Vaterschaftsfeststellung BGH, NJW 2006, 3416. Danach reicht sogar eine gutachterlich festgestellte Vaterschaftswahrscheinlichkeit von 99,995% nicht. Es scheint das Prinzip der naturwissenschaftlich größtmöglichen Wahrscheinlichkeit zu gelten, wobei dieses besonders strenge Beweismaß im Kontext der Abstammung nicht zuletzt seinen Grund in dem besonders ausgeprägten Persönlichkeitsbezug finden dürfte.

45) Treffend *Mäsch*, NJW 2013, 1354, 1355 f. („auf der ganzen Welt isoliert“); vgl. auch die Landesberichte bei *Fischer/Lilie* (Hrsg.), Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, 1999; zuvor *Deutsch/Schreiber* (Hrsg.), Medical Responsibility in Western Europe, 1983.

46) Rechtsvergleichend eingehend *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 2005 (insbes. zum Common Law einschl. Kanada, S. 23, 35 ff. zu Schweden) mit dem zutreffenden Fazit, dass es bei der Wahrscheinlichkeit nicht auf statistische „mehr als 50%“ ankommt; m. E. läuft das im Wesentlichen auf des Beweismaß des § 287 ZPO hinaus, das eine „überwiegende, freilich auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit“ voraussetzt (*Ahrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 5. Aufl. 2023, § 287, Rdnr. 1 m. w. N.). Ein weltweit einheitliches, geradezu identisches Beweismaß anzunehmen (dafür *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 2005, S. 85 ff.) geht m. E. indes zu weit.

47) Zur Schweiz z. B. *Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag*, Arztrecht, 2016, § 7, Rdnr. 68 m. w. N. (es genügt das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit) m. w. N.

48) *Nägel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rdnrn. 10–61 m. w. N.; zu nordischen Ländern *H. Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 76 ff.; *H. Prütting*, ZZP 123 (2010), 135, 142; zu Frankreich *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, S. 58 f.

49) So insbesondere die Rechtsprechung, z. B. BGH, NJW 2023, 987, Rdnr. 30 m. w. N.

50) Z. B. BGH, NJW 2023, 987, Rdnr. 30: Der Arzt könne dem Patienten den Kausalitätsbeweis nach Treu und Glauben nicht zumuten.

51) So BT Dr. 10/10488, S. 30.

52) Im Ergebnis ebenso (auch zu anderen Begründungsversuchen wie dem generellen Hinweis auf Besonderheiten der Arzthaftung oder eine Sanktion) *Göpfert*, Beweislastumkehr bei groben (Berufs-) Pflichtverletzungen, 2022, S. 58 ff.; deutlich zweifelnd, wenngleich im Ergebnis tolerierend *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 454 ff.

53) Dazu näher u. m. w. N. *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 454 ff., der die Judikatur im Ergebnis toleriert: Die Regel ließe sich nicht „zweifelsfrei und dogmatisch restlos überzeugend“ begründen; es handele sich „stets um eine Billigkeitsentscheidung“ (a. a. O., S. 466 f.).

Hessische fahren. Dort angekommen wird sie inkontinent. Am anderen Tag in einem Uniklinikum behandelt, wird ihr mitgeteilt, nun sei es zu spät. Gutachter äußern später, nicht mit Sicherheit, immerhin aber mit ca. 60–70%iger Wahrscheinlichkeit wäre die Inkontinenz verhindert worden, wenn die Beckenringfraktur sogleich im schweizerischen Spital korrekt behandelt worden wäre. Die Patientin möchte – vorrangig in Deutschland – gegen das Spital klagen. Wie wäre zu entscheiden? M.E. wäre der erste Erfolg des Unterlassens in der Gesundheitsverletzung der Inkontinenz in Deutschland als verletztes Rechtsgut⁵⁴ zu lokalisieren, was die Tatortzuständigkeit deutscher Gerichte (Art. 5 Abs. 3 LugÜ) begründen würde. Es geht nicht nur um eine Verschlimmerung oder Verschlechterung einer Erstschädigung, um eine bloß indirekte nachfolgende weitere Verletzungsfolge, die für eine Zuständigkeitsbegründung durch Erfolgsort nicht genügen würde⁵⁵. Im Falle der Verletzung der körperlichen Integrität wird als direkter Verletzungseintrittsort (und daher als zuständigkeitsbegründender Erfolgsort) der Ort angesehen, an dem das auslösende Ereignis seine schädigende Wirkung entfaltet, an dem sich der Schaden konkret zeigt⁵⁶, etwa an dem ein eingenommenes Medikament seine unerwünschten Nebenwirkungen entfaltet⁵⁷. Der Grund für die dahinter stehende Konkretisierung der sog. Ubiquitätslehre liegt wohl auch im (hier: prozessualen) Opferschutz⁵⁸.

Anwendbar wäre dann freilich nach den Regeln des internationalen Schuldrechts für vertragliche Ansprüche nach Art. 4 Abs. 1 lit b) Rom I-VO schweizerisches Behandlungsvertragsrecht, wobei in der Schweiz undeutlich ist, ob dann, wenn kein Behandlungsvertrag geschlossen worden ist, aus Gründen des Kontrahierungszwangs ein solcher (durch die faktische Behandlung einer „falschen“, da unzureichend qualifizierten Person) konkludent zustande kommen kann oder – wohl näher liegend – ob eine „Pflicht zur Geschäftsführung ohne Auftrag“ entsteht⁵⁹. Geht man von Letztgenanntem aus, wäre über Art. 11 Abs. 3 Rom II-VO auf Schadensersatzansprüche aus GoA schweizerisches Recht (als das Recht an dem Ort, an dem die Geschäftsführung erfolgt ist) anzuwenden, und nichts anderes sollte dann für die deliktischen Ansprüche akzessorisch gelten, um zu einem einheitlichen Haftungsstatut zu gelangen, ganz gleich, ob nun vertragliche Beziehungen schon als konkludent zustande gekommen erachtet werden oder nicht: Der Schwerpunkt des Geschehens liegt eindeutig in der Schweiz (Art. 4 Abs. 3 S. 2 Rom II-VO); die (in deutscher Terminologie ggf. berechnete) Geschäftsführung begründet hier die offensichtlich nähere Verbindung zur Schweiz als zum deutschen Erfolgsortsrecht.

Doch nun kommt es zum Schwur: Das schweizerische Arzthaftungsrecht würde das deutsche Gericht demgemäß zwar anwenden, nicht aber – jedenfalls nach bislang ganz h. M., insbesondere auch im Rahmen der Rom II-VO – das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit; es unterliegt der *lex fori*⁶⁰. Da in der Schweiz nun aber (wie sonst auch in ausländischen (Arzt-) Haftungsrechten keine Beweislastumkehr wie § 630h Abs. 5 (S. 2) BGB existiert, das schweizerische Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit aber nicht greift, würde die Klägerin vor deutschen Gerichten mit ihrer Klage scheitern, obwohl ihr sowohl das deutsche Recht (über § 630h Abs. 5 S. 2 BGB) als auch das schweizerische – nur eben als Ganzes (also unter Einbeziehung des Prozessrechts) betrachtet – einen entsprechenden Anspruch zuerkennen würde – ein befremdlich oder unbefriedigend wirkendes Ergebnis. Es ist bislang nicht anerkannt und zumindest ungeklärt, ob die Grundsätze der Angleichung im internationalen Privatrecht selbst solche Fälle erfassen, in denen eigenes Prozessrecht und fremdes Sachrecht offenbar nicht recht „zusammenpassen“⁶¹. An sich werden derlei Ergebnisse von der h. M. sehenden Auges in Kauf genommen.

Das Beispiel zeigt zum einen besonders deutlich das notwendigerweise funktionale Zusammenspiel und die Zusammengehörigkeit von Beweislast und Beweismaß (die

hier auseinandergerissen werden), zum anderen aber auch drastisch die Konsequenzen des deutschen – zumindest nach h. M. – Sonderwegs der vollen richterlichen Überzeugung im Sinne einer fast 100%igen Gewissheit, jedenfalls im Bereich der naturgesetzlich feststellbaren (haftungsbe gründenden) Kausalität.

V. Kritik am uneinheitlichen Beweismaß in Haftungsgrund und -ausfüllung

Hinzu kommt ein weiteres Problem des deutschen Haftungsrechts, und zwar das der im Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB angelegten Abgrenzung von haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität im Rahmen der §§ 286, 287 ZPO. Sie steht gleichfalls in rechtsvergleichender Betrachtung von der Tatbestandsbildung im Deliktsrecht erneut eher einsam in der juristischen Landschaft.

Das sei an einem länger zurückliegenden *dritten Beispiel* exemplifiziert. Es geht um die Möglichkeit der Verkürzung des Haftungsgrundes, genauer: der haftungsbegründenden Kausalität, vielleicht sogar um eine Art Manipulation (um nicht zu sagen: ein „Tricksen“) im Kontext der Konkretisierung eines „ersten Verletzungserfolges“; bereits im deutsch-schweizerischen Beispiel spielte das eine Rolle, freilich mit umgekehrten Vorzeichen: Dient die Heraus zögerung des Verletzungserfolges dort dem prozessualen Opferschutz, hilft im materiellen Recht genau umgekehrt die Verkürzung des haftungsbegründenden Tatbestandes, genauer: der haftungsbegründenden Kausalität dem potenziellen Opfer beim Beweis der Kausalität⁶². *Hans Stoll* prägte in diesem Zusammenhang das Wort von einer „Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel“⁶³. Bezeichnenderweise war er es, der auch die (rechtspolitisch in der Tat wenig konsistente, indes im Gesetz angelegte) „Verkürzung des Verschuldensbezuges“ in § 823 Abs. 2 BGB kritisierte; das Verschulden hat sich dort (nicht anders als in § 280 Abs. 1 BGB und abweichend von § 823 Abs. 1 BGB) bekanntlich nicht notwendig auf den Verletzungserfolg, sondern im Falle der Verletzung von Verhaltensregeln nur auf die Übertretung des Ge- oder Verbots zu beziehen⁶⁴.

Das zur Illustration herangezogene, seinerzeit in den Medien durchaus präzente Beispiel eines medizinischen Serienschadens betraf den sogenannten Bestrahlungsskandal im

54) Darauf kommt es jedenfalls im Rahmen der Rom II-VO, die indes parallel zur EuGVVO bzw. zum LugÜ auszulegen ist, an; *Junker*, in: MüKo/BGB, 8. Aufl. 2021, Art. 4 Rom II-VO, Rdnr. 23.

55) *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band II, 2. Aufl. 2019, § 2, Rdnr. 143.

56) EuGH, IPRax 2010, 358 (Nr. 27); dazu *v. Hein*, IPRax 2010, 330.

57) *Kropholler/v. Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, Art. 5 EuGVO, Rdnrn. 83 f.

58) So die klassische Formulierung von *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 18, IV, 1, a), aa), S. 725.

59) *Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag*, Arztrecht, 2016, § 2, Rdnr. 66.

60) *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band II, 2. Aufl. 2019, § 2, Rdnr. 417; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, § 15, V, II, S. 300 ff.; *Schacherreiter/Klumpe*, in: *Soergel*, BGB, 13. Aufl. 2019, Art. 22 Rom II-VO, Rdnr. 8; *Junker*, in: MüKo/BGB, 8. Aufl. 2021, Art. 22 Rom II-VO, Rdnr. 4; *Spickhoff*, in: *Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BGB, 5. Aufl. 2023, Art. 1 Rom II-VO, Rdnr. 19.

61) Vgl. (ggf. Fallgruppe des sog. Normenmangels) *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, § 8, III., 2., S. 366 *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band I, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 256; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 34, III, S. 236 ff.

62) Vgl. *Spickhoff*, VersR 1998, 1189; *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, 2004, S. 50 f.

63) *S. Stoll*, AcP 176 (1976), 145.

64) Näher *Spickhoff*, Gesetzesverstoß und Haftung, 1998, S. 221 ff.

Universitätskrankenhaus Hamburg-Eppendorf⁶⁵. Patienten mit Rektumkarzinomen wurden prä- und/oder postoperativ zur damaligen Zeit durchgehend überdurchschnittlich hoch, möglicherweise zu hoch bestrahlt. Über alternative Behandlungsmethoden, insbesondere die seinerzeit üblichen geringer dosierten Bestrahlungen, wurden die Patienten nicht aufgeklärt. Im Ergebnis lag also zumindest eine unzureichende Aufklärung vor; auch ein Behandlungsfehler stand zunächst in Rede. Die Patienten – gleich ob gesetzlich oder privat versichert – wollten (auch) die Freie und Hansestadt Hamburg in Anspruch nehmen, die – wahlkampfbedingt – zeitweise ein politisches Interesse daran hatte, alle Patienten durch Schadensersatzzahlungen ruhigzustellen. Aufgrund eines prämienbedingten häufigen Wechsels der Arzthaftpflichtversicherung, der versicherten Höchstbeträge und vor allem der großen Anzahl der Anspruchsteller hätte der verantwortliche Chefarzt die zahlreichen Ansprüche kaum befriedigen können. Angenommen werden konnte seinerzeit nach dem zugrunde zulegenden Sachverhalt (auch) ein Organisationsverschulden der Uniklinikleitung (und nicht allein des Chefarztes, der die Bestrahlungsdosierung veranlasst hatte)⁶⁶. Nicht gewiss, aber immerhin überwiegend wahrscheinlich war indes seinerzeit, dass die später aufgetretenen Verwachsungen als kausale Folgen der hohen Bestrahlungsdosierung anzusehen waren. Hätte man (erst) die Verwachsungen als „erste Verletzungserfolge“ angesehen und einen jedenfalls groben Behandlungsfehler verneint, wären Schadensersatzansprüche vor Gericht abgewiesen worden. Denn nur eine bloß wahrscheinliche, nicht aber zureichend sichere Kausalität ließ sich insoweit eben nicht feststellen. Das (ver-) führte zu der Annahme, dass bereits die feststehende (verhältnismäßig hohe) Bestrahlung selbst als Verletzungserfolg angesehen wurde, weil durch die Strahlen auf die Zellstruktur eingewirkt worden ist. Ganz ähnlich wird im Falle von Infektionen schon in der Infektion (z. B. mit HIV) die Gesundheitsverletzung erblickt, nicht erst der Ausbruch der Krankheit⁶⁷. Die weiteren Folgen (wie Verwachsungen) konnten damit im Rahmen des § 287 ZPO dem dort allgemein anerkannten Beweismaß der (überwiegenden) Wahrscheinlichkeit zugeordnet werden. Alle betroffenen Patienten wurden entschädigt.

Freilich: Damit stellt sich die Frage nach dem Anwendungsbereich von § 287 ZPO doch sehr deutlich. Dem Wortlaut nach geht es darum, „ob ein Schaden entstanden ist“. Bekanntlich hält die ZPO mit § 286 auch noch eine weitere Bestimmung bereit, die zur Antwort auf die Frage des Beweismaßes heranzuziehen ist. Nach tradiertem h. M. und ständiger Rechtsprechung soll das Beweismaß des § 286 Abs. 1 ZPO nicht – wie teilweise vorgeschlagen worden ist⁶⁸ – der überwiegenden Wahrscheinlichkeit folgen, sondern der vollen richterlichen Überzeugung. Auch letztere bedeutet nicht absolute Gewissheit, sondern es genügt ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit⁶⁹. Für § 287 ZPO soll demgegenüber eine freilich nicht nur 51 %ige, sondern „erhebliche“ oder „deutlich überwiegende“ Wahrscheinlichkeit genügen⁷⁰.

Dabei unterscheidet die Rechtsprechung herkömmlicher Weise zunächst zwischen der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB. Für die haftungsbegründende Kausalität soll das strenge Beweismaß von § 286 ZPO gelten, für die haftungsausfüllende Kausalität das herabgesenkte Beweismaß des § 287 ZPO⁷¹. Ungeachtet des uneinheitlichen Beweismaßes trägt im Prinzip für alle Teilstücke der Kausalität der Geschädigte die Beweislast. Indes kommen ihm hierbei unter verschiedenen Aspekten Beweiserleichterungen zugute. Neben der echten Beweislastumkehr, namentlich im Falle eines groben Behandlungsfehlers im Kontext der Arzthaftung, ist auch der Anscheinsbeweis zu nennen. So hat der BGH etwa im Bereich der Zurechnung von Infektionen mit dem Institut des Anscheinsbeweises gearbeitet⁷². Besteht eine konkrete und nahe liegende Möglichkeit einer Infektion im Kranken-

haus, insbesondere durch Blutübertragung, so spricht ein Anscheinsbeweis dafür, dass die Infektion auf diese Weise eingetreten ist. Erkrankt hernach der Ehegatte des Blutempfängers an der Infektionskrankheit, so spricht der Anscheinsbeweis weiterhin dafür, dass er von dem Blutempfänger angesteckt worden ist. Zur Grundlage des entsprechenden Anscheins wird auch das Fehlen von konkreten Anhaltspunkten für eine andere mögliche (und typische) Ursache der Krankheit (etwa: Nichtzugehörigkeit zu Risikogruppen sowie die „Art der Lebensführung“) gerechnet⁷³. Dazu wird die Behauptung des Geschädigten genügen, weder zu einer sog. Risikogruppe zu gehören, noch das Risiko einer Infektion durch die „Art seiner Lebensführung“ erhöht zu haben. Für Letzteres wird wiederum der Vortrag ausreichen, der Geschädigte habe in einer geordneten (nicht notwendig ehelichen) Beziehung gelebt. Freilich setzt der entsprechende, aber von der Rechtsprechung unterstellte Anschein voraus, dass man den alten Satz von *Kegel*⁷⁴ in der heutigen Zeit noch toleriert, die meisten Eheleute (oder Partner) lebten in geordneten Verhältnissen, seien treu und von den untreuen würden sich die meisten nicht infizieren. Ferner wird ein aufklärungs- bzw. hinweisgerechtes Verhalten vermutet, was soweit geht, dass unterstellt worden ist, ein drogenabhängiger (!) Spender hätte im Fall gehöriger Warnungen von der Spende seines Blutes (trotz der im Zweifel für den nächsten „Schuss“ erstrebten Aufwandsentschädigung) Abstand genommen⁷⁵. Nun muss man sich in der Tat – wie bereits bemerkt – im Bereich der hier vorliegenden psychisch vermittelten Kausalverläufe von der Prämisse naturgesetzlicher Sicherheiten lösen. Es bleibt nur, sich mit Erfahrungswerten und Wahrscheinlichkeiten zufrieden zu geben. Doch wird gleichwohl in Wirklichkeit durch diese und ähnliche Verwendungen des Instituts des Anscheinsbeweises das Beweismaß mehr als deutlich gesenkt⁷⁶. All dies zeigt, dass das scheinbar strenge Beweismaß des § 286 ZPO doch im Ergebnis auf vielfältige Weise abgeschliffen oder durchlöchert wird.

Die Frage erhebt sich daher, ob nicht mit einer seit geraumer Zeit vertretenen Auffassung wenigstens in Bezug auf den Beweis der Kausalität generell auf das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zurückgegriffen werden

65) Zu dessen Abschluss *Zylka-Menhorn*, Hamburger „Strahlenskanal“: Schlusstrich – nach 14 Jahren, DÄBl. 2007, A-3234/B-2845/C-2745.

66) Zu dieser Möglichkeit BGHZ 116, 379; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rdnrn. 531, 532.

67) Dazu *Ahrens/Spickhoff*, Deliktsrecht, 2022, § 11, Rdnr. 14 m. w. N.

68) So schon früh offenbar unter rechtsvergleichendem Eindruck generell *Kegel*, FS f. *Kronstein*, 1967, S. 321 ff.

69) BGHZ 53, 245, 256; BGH, NJW 1998, 2969, 2971.

70) BGH, NJW 2005, 3275, 3277 (deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit); BGHZ 159, 254, 257 = NJW 2004, 2828, 2829 (je nach Lage des Einzelfalles eine höhere oder deutlich höhere Wahrscheinlichkeit); *Foerste*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 287, Rdnr. 7 m. w. N.

71) BGH, VersR 2022, 1309; BGH, VersR 2004, 118 = NJW 2004, 777; ferner etwa BGHZ 4, 192, 196; BGHZ 58, 48, 53; BGH, NJW 2004, 777; *G. Müller*, VersR 2003, 137, 141; *G. Müller*, VersR 2005, 1461, 1468; *A. Diederichsen*, DAR 2004, 301 f.

72) Näher *Spickhoff*, in: *Soergel*, BGB, § 823 Anh. I, Rdnr. 225 m. w. N.

73) Zum Ganzen RGZ 165, 336, 338 f. Ansteckung eines Kindes mit Scharlach (mit der Folge des Verlustes der Hörfähigkeit) in der Kinderabteilung eines Krankenhauses; in dem Zimmer befand sich zeitweise ein anderes „Scharlach“-Kind; BGHZ 11, 227, 229 ff.: *Lues*; BGH, NJW 1991, 1948, 1949; HIV (dazu *Deutsch*, NJW 1991, 1983; *Spickhoff*, JZ 1991, 756); BGHZ 163, 209 = NJW 2005, 2614; dazu *Katzenmeier*, NJW 2005, 3391; *Schlund*, JR 2006, 117; *Spickhoff*, LMK 2005 II, 110.

74) FS f. *Kronstein*, 1967, S. 321, 330.

75) BGH, NJW 1991, 1948, 1950 f.

76) Grundsätzlich kritisch gegenüber dem Anscheinsbeweis bei Infektionen *Diederichsen*, VersR 1966, 211, 220; *Kollhosser*, AcP 165 (1965), 46, 76 ff.

sollte⁷⁷. Man würde einerseits den Druck auf die Feststellung eines groben Behandlungsfehlers (der auch strafverfolgungstechnisch im Hinblick auf § 153a StPO relevant werden könnte, weil dann tendenziell nicht eingestellt wird) reduzieren und – wie im Beckenringfrakturbeispiel des BGH gezeigt – auch der Behandlungsseite die Möglichkeit eines fairen Gegenbeweises in den Fällen des § 630h Abs. 5 BGB eröffnen.

Die Trennung des Kausalverlaufs in Haftungsgrund und Haftungsausfüllung ist nicht nur in europäisch-rechtsvergleichender Betrachtung alles andere als selbstverständlich. Oft hilft man, indem man einen möglichst frühen Verletzungserfolg annimmt (wie die Einflussnahme auf die Zellinformationen durch Bestrahlung oder die Infektion noch ohne Krankheitsausbruch). Auf dieser Linie liegt es, dass man den konkreten Haftungsgrund im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB schon in der unmittelbaren Gefährdung des geschützten Rechts oder Rechtsguts gesehen hat⁷⁸. Von einem solchen Ausgangspunkt aus ist es nur noch ein kleiner Schritt, den gesamten Kausalzusammenhang zwischen Handlung, Erfolg (gleich, worin man ihn erblickt) und Schaden nach dem Beweismaß des § 287 ZPO zu beurteilen⁷⁹. Dadurch würde überdies eine gewisse Wertungskonformität zu anderen Anspruchsgründen hergestellt werden: Auch im Rahmen von § 280 Abs. 1 BGB und ebenso im Bereich von § 823 Abs. 2 BGB (je nach Schutzgesetz) besteht der Haftungsgrund an sich in einer bloßen Normübertretung bzw. in einer (vertraglichen) Pflichtverletzung. Es ergibt an sich wenig Sinn, den Bereich der haftungsbegründenden Kausalität auch in den dortigen Zusammenhängen zunächst künstlich zur Herstellung einer Wertungskohärenz in Bezug auf das Beweismaß des § 286 ZPO bis hin zu einem tatbestandlich nicht geforderten Verletzungserfolg zu erstrecken, was freilich bislang ständiger Rechtsprechung entspricht⁸⁰. Denn unter anderer Überschrift wird sodann bei Bedarf und Möglichkeit über eine methodisch nicht über jeden Zweifel erhabene Heranziehung des Instituts des Anscheinsbeweises in der Sache doch wieder das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit verwendet. Hier von vornherein den flexiblen Maßstab von § 287 ZPO auch im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität des § 823 Abs. 1 BGB anzulegen, erscheint in Bezug auf die beweisrechtliche Beurteilung des Kausalzusammenhangs auch unter dem Aspekt der größeren Einheitlichkeit als der methodisch überzeugendere Weg. Dabei dürfen die Anforderungen des § 287 ZPO nicht unterschätzt und erst recht nicht in Richtung einer Beliebigkeit missverstanden werden⁸¹. Im Ganzen ist der tatbestandlichen Strukturierung des § 823 Abs. 1 BGB die Rolle eines (über-?) dominant ausstrahlenden Leitbildes zugebilligt worden.

Das Ergebnis spiegelt sich u. a. darin wider, dass nicht nur die tatbestandliche Strukturierung (zu betonen ist: allein!) des ersten Absatzes von § 823 BGB, sondern ebenso und damit in gewisser Weise korrespondierend ein uneinheitliches Beweismaß im Haftungsgrund und in der Haftungsausfüllung dogmatisch der Boden bereitet worden ist. Vor allem zur Vermeidung der Konsequenzen einer häufigen Abweisung von Arzthaftungsklagen und zum Patientenschutz (Stichwort: Waffengleichheit⁸²) hat die Rechtsprechung namentlich die Beweislastumkehrungen wegen groben bzw. hypothetisch groben in Kombination mit einem feststehenden einfachen Befunderhebungsfehler entwickelt. Beides erweist sich – was den rechtsvergleichend Arbeitenden aufhorchen lässt – als rechtsvergleichend eher isolierte Erscheinungen und beides ist eben auch in der Sache mit erheblichen Zweifeln beladen.

VI. Mögliche Konsequenzen – Reformvorschlag und Ausblick

Das führt zu den angezeigten Konsequenzen im Blick auf eine weitere Reform der Arzthaftung und die Frage der Verteilung der Kausalitätsbeweislaster wegen grober Fehler sowie dem Kausalitätsbeweismaß im Kontext der Arzthaftung.

1. Trotz der dargelegten Bedenken wird es rechtspolitisch in Deutschland kaum zu einer Abschaffung von § 630h Abs. 5 BGB kommen, mag die Norm auch rechtsvergleichend isoliert im Raum stehen. Letzteres zeigt aber: Jedenfalls wäre eine Ausdehnung der Kausalitätsvermutung bei jeder medizinischen Pflichtwidrigkeit oder auf jeden Verschuldensgrad Übermaß⁸³. In einem europäisierten Recht der Arzt- und Krankenhaushaftung würde sich die in den Ländern der EU isoliert stehende Umkehr der Kausalitätsbeweislaster wegen groben Behandlungsfehlers im Bereich des Haftungsgrundes (für die „Primärverletzung“ o. ä.) kaum halten lassen, zumal die dafür maßstabsetzende Strukturierung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB gewiss nicht das ist, was als gemeineuropäischer Konsens bezeichnet werden kann. In den Regeln des Draft Common Frame of Reference (Art. IV. C. –8:101 ff. DCFR)⁸⁴ hat man demgemäß auch davon Abstand genommen, eine solche Regel vorzuschlagen. Leider hat man statt dessen Aussagen zur Verteilung der Beweislast trotz ihrer Zugehörigkeit zum materiellen Recht – auch aus unionsrechtlicher Sicht, wie Art. 18 Rom I-VO und Art. 22 Rom II-VO deutlich zeigen – überhaupt vermieden⁸⁵. Immerhin würde man ohne explizite Sonderregelung einer Beweislastumkehr wie der des § 630h Abs. 5 BGB eine solche kaum in autonom auslegenden Normen unionsrechtlichen Ursprungs – unterstellt, der DCFR würde zu solchen – anerkennen können.

2. Angebracht ist es dagegen, im autonomen deutschen Recht der Arzthaftung (ggf. unter Beibehaltung der tradierten Verteilung der Beweislast) das Kausalitätsbeweismaß einheitlich auf dasjenige des § 287 ZPO festzulegen⁸⁶. Das entspricht dann wenigstens in diesem Teilbereich der gemeineuropäischen Grundhaltung zum Beweismaß, ebenso Vorschlägen aller Patientenbeauftragter der Bundesregierung in jüngerer Vergangenheit bis hin zum aktuellen⁸⁷ und ist für das deutsche Recht seit

77) Dafür auch *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 109; zum Diskussionsstand auch (indes der h. M. folgend) *Ahrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 5. Aufl. 2023, § 287, RdNr. 24 ff. m. w. N.

78) So *Hanau*, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971, S. 122; genau umgekehrt (Haftungsgrund reicht grundsätzlich bis hin zum Verletzungserfolg) *Stoll*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968, S. 21 ff.; *Stoll*, AcP 176 (1976), 145, 187 ff.

79) Grundlegend *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S. 82, 89; ebenso *Spickhoff*, Gesetzesverstoß und Haftung, 1998, S. 315 ff., 190 m. w. N.

80) Wie z. B. in BGH, NJW 1987, 705, 706 zur vertraglichen und deliktischen Arzthaftung; unentschieden noch BGH, NJW 1983, 998, 999.

81) Zum Gebot der erforderlichen Substantiierung in Bezug auf die für die Urteilsbildung des Richters erforderlichen Schätzungsgrundlagen als Anknüpfungstatsachen innerhalb des § 287 ZPO etwa BGH, NJW 1981, 1454; im Hinblick auf den Verlust einer Chance insgesamt für die Anwendung von § 287 ZPO im Ergebnis auch *Mäsch*, Chance und Schaden, S. 411 f; *Wagner*, 66. DJT 2006 Gutachten A, S. 61 unter zusätzlichen Hinweis auf § 830 Abs. 1 S. 2 BGB; hierzu auch OGH (österr.) JBl. 1996, 181; vgl. auch früher OLG Celle, NJW 1950, 951.

82) S. dazu auch BVerfGE 52, 131; BVerfG, NJW 2004, 2079.

83) So zu Recht *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, 459.

84) v. *Bar/Clive/Schulte-Nölke* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), 2008.

85) *Wagner*, in: FS f. *Gerda Müller*, 2009, 335, 360 ff.

86) S. bereits *Spickhoff*, in *E. Lorenz*, Karlsruher Forum 2007: Folgenrechnung im Schadensersatzrecht: Gründe und Grenzen, 2007, S. 7, 79 ff.

87) S. zum aktuellen Patientenbeauftragten FAZ v. 5.4.2024 (Nr. 80), S. 19 und *Schwartz* <https://medwatch.de/alternativmedizin/patientenbeauftragter-schwartz-beweisemass-behandlungsfehler-dabsenken/>; zur Patientenbeauftragten *Fischbach* [https://www.aerzteblatt.de/archiv/197426/Behandlungsfehler-Patientenbeauftragte-fuer-Ueberpruefung-der-Beweislast-\(beides-abgerufen-am-7.4.2024\)](https://www.aerzteblatt.de/archiv/197426/Behandlungsfehler-Patientenbeauftragte-fuer-Ueberpruefung-der-Beweislast-(beides-abgerufen-am-7.4.2024)).

langem⁸⁸ (und immer wieder, wenn auch ohne Resonanz in der Rechtsprechung) vertreten worden.

Ob – deutlich über diesen Vorschlag hinaus gehend – eine Übertragung des Beweismaßes des §287 ZPO auf die Kausalität im Ganzen auf (alle?) andere(n) Rechtsgebiete aus Gründen einer gebotenen Gleichbehandlung angezeigt ist, kann und muss an dieser Stelle nicht entschieden werden, ebenso wenig, ob und warum ggf. das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nur für das Tatbestandsmerkmal der Kausalität (und nicht auch in anderen Zusammenhängen) greift. Der Vorschlag läuft also – bescheidener und der bloßen Reform der Arzthaftung verpflichtet – auf eine Kumulation u. a. der Beweislastverteilung nach §630h Abs. 5 BGB und der Beweismaßabsenkung der Kausalität der Pflichtwidrigkeit (unter Einbeziehung des nach §630h Abs. 4 und 5 BGB erforderlichen Gegenbeweises) nach den Maßstäben des §287 ZPO hinaus. In der aktuellen Reformdiskussion ist bislang von niemandem gefordert worden, eine Reform der Arzthaftung autonom in Deutschland unter Abschaffung der entsprechenden Beweislastverteilungsregeln durch eine (dann: bloße) Beweismaßabsenkung auszugestalten. Die Beschränkung dieses Vorschlags auf die Arzt- und Krankenhaushaftung und obendrein allein auf Kausalitätsfragen würde indes potenzielle Weiterungen aus Sachgründen (Art. 3 Abs. 1 GG!) namentlich durch die Rechtsprechung naturgemäß nicht ausschließen.

Eine solche Anpassung des Beweismaßes auf den Bereich der gesamten Kausalität im Bereich der Arzthaftung würde zugleich die (in sich wenig konsistent erscheinende) partielle Absenkung des Beweismaßes auf die Wahrscheinlichkeit in §630h Abs. 5 S. 2 BGB (die im Rahmen der *lex lata* als Gegenargument – *argumentum e contrario* – für die hier vorgeschlagene These angeführt werden kann) überflüssig werden lassen; danach ist im Kontext der dort geregelten Kombination von einfachem Befunderhebungsfehler und hypothetischem groben Behandlungsfehler erforderlich,

dass (nur) „der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.“

Der hier unterbreitete Vorschlag hätte zudem den möglichen Charme, das derzeit autonom geregelte deutsche Arzt- und Krankenhaushaftungsrecht zwar gewiss nicht grundlegend, immerhin aber partiell einer möglichen, in ferner Zukunft denkbaren Privatrechtsvereinheitlichung in der EU näher zu rücken. Darin läge gewiss keine Revolution, wohl aber eine pragmatische und zukunftsorientierte Fortschreibung.

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.

88) Auch von Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971, S. 133 ff.

Nierentausch in Deutschland: Analysen und Empfehlungen

Axel Ockenfels, Tayfun Sönmez und M. Utku Ünver*

Der Referentenentwurf zur Novellierung des Transplantationsgesetzes¹ sieht die Einführung einer Überkreuzlebenspende vor. Dies ist ein wichtiger Schritt, um die Anzahl der Lebendnierenspenden und -transplantationen zu erhöhen. Basierend auf den Erfahrungen aus anderen Ländern empfehlen wir jedoch zwei Anpassungen: Erstens sollte auch kompatiblen Spender-Empfänger-Paaren die Teilnahme am Tauschprogramm ermöglicht werden und zweitens sollten anonyme, nicht-gerichtete Spenden pri-

mär zur Initiierung von Spendenketten genutzt werden. Die Umsetzung dieser Empfehlungen würde die Effektivität des geplanten Nierentauschprogramms zugunsten der Patienten und Spender deutlich verbessern.

A. Grundlagen der Überkreuzspende und ihrer Varianten

Die Überkreuzlebenspende stellt eine vielversprechende Möglichkeit dar, die Anzahl der Nierentransplan-

Prof. Dr. rer. pol. Axel Ockenfels, Prof. für Wirtschaftswissenschaft an der Universität zu Köln und Direktor am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn, Universität zu Köln, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät, Universitätsstraße 22a, 50923 Köln, Deutschland

Prof. Tayfun Sönmez, Ph.D., Professor of Economics, Boston College, Department of Economics, Chestnut Hill, MA 02467, USA

Prof. M. Utku Ünver, Ph.D., Professor of Economics, Boston College, Department of Economics, 140 Commonwealth Avenue, MA 02467, USA

* Dieses Manuskript basiert auf unserer Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für das Bundesgesundheitsministerium. Wir danken Itai Ashlagi, Ágnes Cseh, Thomas Gutmann, Christine Kurschat, David Manlove, William Pettersson und Alvin Roth für den Austausch oder für Kommentare, Rebekka Cordes für exzellente Hilfe bei der Manuskripterstellung sowie der Deutschen Forschungsgemeinschaft im Rahmen der Exzellenzstrategie EXC 2126/1 39083886 für die Unterstützung.

1) Referentenentwurf v. 24. 4. 2024, abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/O/RefE_Novellierung_der_Regelungen_zur_Lebendorganspende.pdf.