

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 43

**Anteilige Haftung
für ärztliche Behandlungsfehler**

Von

Jian He



Duncker & Humblot · Berlin

JIAN HE

Anteilige Haftung
für ärztliche Behandlungsfehler

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 43

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,
Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Anteilige Haftung für ärztliche Behandlungsfehler

Von
Jian He



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre,
Abteilung Rechtswissenschaft, der Universität Mannheim
hat diese Arbeit im Jahr 2016
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: CPI buch.bücher.de, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-15001-4 (Print)
ISBN 978-3-428-55001-2 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85001-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für Danhong

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Herbst-/Wintersemester 2015/2016 von der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, Abteilung Rechtswissenschaft, der Universität Mannheim als Dissertation angenommen. Sie ist im Wesentlichen auf dem Stand von September 2015.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem verehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Andreas Engert. Er hat das Thema angeregt und die Arbeit hervorragend betreut. Das von ihm sorgfältig, detailliert und konstruktiv kommentierte Manuskript war mir eine besondere Lebensbereicherung, die mich tief berührt und sehr viel gelehrt hat. Ferner habe ich Herrn Prof. Dr. Jochen Taupitz zu danken für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und den Zugang zum reichhaltigen Bestand der Bibliothek des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim (IMGB).

Neben allen Freunden und Kollegen am Lehrstuhl von Prof. Engert möchte ich Jan Wackenhuth und seiner Familie für viele schöne Erinnerungen an Deutschland und das sorgfältige Korrekturlesen der Arbeit besonders danken. Großen Dank schulde ich weiterhin Prof. Dr. Defeng Xu, Prof. Dr. Yunsong Ge und Prof. Dr. Yi Wang für ihre stete Förderung und Unterstützung. Dr. Zhixun Cao, Dr. Yanfei Zeng, Dr. Yin Jin und Xinkuan Sun bin ich auch zu Dank verpflichtet für ihre Hilfe und Aufmunterung.

Der Peking-Universität-Stiftung für akademischen Austausch in den Geistes- und Sozialwissenschaften danke ich für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Schließlich danke ich von Herzen meiner Frau, Danhong Qin, sowie den Betreibern der Apps „Skype“ und „WeChat“, die die Entfernung von etwa 8.000 Kilometern zwischen Mannheim und Peking für Danhong und auch für mich erträglicher gemacht haben. Ich bin glücklich, dass wir nun wieder zusammen sind.

Peking, im August 2016

Jian He

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	21
I. Gegenstand der Untersuchung	21
II. Forschungsinteresse	25
III. Gang der Untersuchung	26
§ 2 Alles oder nichts: Heutige Arzthaftung für Behandlungsfehler	28
I. Haftung für ärztliche Behandlungsfehler im Allgemeinen	28
II. Kausalitätsproblem bei der Haftung für ärztliche Behandlungsfehler	35
III. Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler	40
IV. Fazit	64
§ 3 Anteilige Haftung für ärztliche Behandlungsfehler als mögliche Alternative ...	66
I. Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler <i>de lege lata</i> ?	66
II. Haftung für verlorene Chancen <i>de lege lata</i> für ärztliche Behandlungsfehler ...	78
III. Fazit	95
§ 4 Anteilige Haftung für Behandlungsfehler aus rechtsökonomischer Sicht	98
I. Das Haftungsrecht und das Kausalitätserfordernis aus rechtsökonomischer Sicht	98
II. Effizienz der anteiligen Haftung	109
III. Effizienz des Alles-oder-nichts-Prinzips	121
IV. Fazit	127
§ 5 Anteilige Haftung im chinesischen Arzthaftungsrecht	129
I. Hintergrund	129

II. Anteilige Haftung für ärztliche Behandlungsfehler	135
III. Begründung für die anteilige Haftung für Behandlungsfehler	142
IV. Eine empirische Studie zur anteiligen Haftung für Behandlungsfehler	151
V. Bewertung der chinesischen anteiligen Haftung für ärztliche Behandlungsfehler im Lichte des deutschen Rechts	161
§ 6 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	166
Literaturverzeichnis	169
Sachwortverzeichnis	186

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	21
I. Gegenstand der Untersuchung	21
1. Kausalitätsproblem bei der Haftung für ärztliche Behandlungsfehler	21
2. Lösungsansätze: Alles-oder-nichts-Prinzip oder anteilige Haftung?	22
a) Alles-oder-nichts-Prinzip	22
b) Anteilige Haftung	22
aa) Haftung für verlorene Heilungschancen	23
bb) Proportionalhaftung	24
3. Themeneingrenzung	25
II. Forschungsinteresse	25
1. Rechtsökonomische Perspektive	25
2. Rechtsvergleichende Perspektive: Chinesisches Recht	26
III. Gang der Untersuchung	26
§ 2 Alles oder nichts: Heutige Arzthaftung für Behandlungsfehler	28
I. Haftung für ärztliche Behandlungsfehler im Allgemeinen	28
1. Anspruchsrundlage	28
a) Haftung aus Vertrag und Delikt	28
b) Anspruchskonkurrenz	28
2. Haftungstatbestand	31
a) Behandlungsfehler	31
b) Verschulden	33
c) Schaden	33
d) Kausalität	34
II. Kausalitätsproblem bei der Haftung für ärztliche Behandlungsfehler	35
1. Problem	35
a) Immanente Unaufklärbarkeit der Kausalität	35
b) Stärke und Schwäche des Sachverständigenbeweises	36
c) Unzulänglichkeit des Regelbeweismaßes: § 286 ZPO	37
2. Beweisrechtliche Lösungswege	38
a) Anscheinsbeweis?	38

b) Beweismaßreduzierung nach § 287 ZPO?	39
c) Generelle Beweislastumkehr?	39
III. Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler	40
1. Voraussetzungen	40
a) Grober Behandlungsfehler	41
aa) Entstehungsgeschichte	41
bb) Definition	41
cc) Einzelheiten	42
b) Weitere Voraussetzungen	43
aa) Generelle Eignung	44
bb) Nicht äußerst unwahrscheinlich	45
cc) Verwirklichung des einschlägigen Risikos	45
2. Rechtsfolge	46
a) Immer Beweislastumkehr?	46
b) Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr?	46
c) Grundsätzlich nur Beweislastumkehr	47
3. Dogmatische Begründung	49
a) Billigkeit	49
b) Aufklärungserschweris	49
c) Beweisvereitelung	51
d) Normzweck	52
e) Gefahrerhöhung	53
f) Waffengleichheit	56
aa) Waffengleichheit durch „zumutbare Handhabung des Beweisrechts“?	56
bb) Waffengleichheit durch die Bewältigung der Beweisnot?	58
g) Beweislastumkehr als Sanktion?	59
aa) Sanktion im Sinne einer Systemwidrigkeit	59
bb) Sanktion im Sinne einer Ungleichbehandlung	62
cc) Sanktion im Sinne, dass das Kausalitätserfordernis durchbrochen wird	62
IV. Fazit	64
§ 3 Anteilige Haftung für ärztliche Behandlungsfehler als mögliche Alternative ...	66
I. Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler <i>de lege lata</i> ?	66
1. Überblick zur Proportionalhaftung in Lehre und Praxis	66
2. Dogmatische Begründung für die Proportionalhaftung	68
a) Anwendung des § 287 ZPO	68
aa) § 287 ZPO bezüglich der haftungsbegründenden Kausalität	68
bb) § 287 ZPO bezüglich der haftungsausfüllenden Kausalität	69

cc) Rechtsfolge des § 287 ZPO	70
b) Rechtsfortbildung in Bezug auf § 830 Abs. 1 S. 2 BGB	71
aa) Kernargumente für die Proportionalhaftung <i>de lege lata</i>	71
bb) Gegenargumente gegen die Proportionalhaftung <i>de lege lata</i>	73
cc) Stellungnahme	74
(1) Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung (bei Bydlinski)	75
(2) Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung bzw. Analogie (bei anderen)	76
(3) Stärke und Schwäche der gesetzübersteigenden Rechtsfortbildung	76
II. Haftung für verlorene Chancen <i>de lege lata</i> für ärztliche Behandlungsfehler	78
1. Überblick zur Haftung für verlorene Chancen in Lehre und Praxis	78
2. Dogmatische Begründung für die Haftung für verlorene Chancen	80
a) Schlüssigkeit der inneren Logik der Heilungschance	80
aa) Begründung von Mäsch: Vertragliche Pflicht zur Chancenwahrung	81
bb) Keine Pflicht zur Chancenwahrung im Rahmen des Dienstvertrags?	82
(1) Falsche Umformulierung von Mäsch?	82
(2) Unausgewogene Vertragsauslegung?	84
cc) Heilungschancen als immaterielle Güter?	85
(1) Begründung von Mäsch	85
(2) Kritik und Verteidigung: Zum Gedanken der „Kommerzialisierung“	86
(a) Gegenstand der Kommerzialisierung: Dienstleistung oder Chance?	86
(b) Unterschied zwischen dem Chancenkauf und der Chancenwahrung?	88
(c) Kein Markt, keine Kommerzialisierung?	88
dd) Vergänglichkeit der Chance	89
(1) Kein Vermögenswert wegen der Vergänglichkeit?	89
(2) Beurteilungszeitpunkt der verlorenen Chance als Schaden	90
b) Vereinbarkeit der Heilungschance mit anderen Regeln und Doktrinen	91
aa) Erfolgshaftung?	92
bb) Umgehung des Kausalitätserfordernisses?	93
cc) Strukturgleichheit zwischen ärztlicher Vertrags- und Deliktshaftung?	93
dd) Sperrwirkung von § 252 S. 2 BGB?	94
III. Fazit	95
§ 4 Anteilige Haftung für Behandlungsfehler aus rechtsökonomischer Sicht	98
I. Das Haftungsrecht und das Kausalitätserfordernis aus rechtsökonomischer Sicht	98
1. Grundidee der ökonomischen Analyse des Haftungsrechts	98
a) Maximierung gesellschaftlicher Gesamtwohlfahrt als allgemeines Ziel	99

b) Minimierung der Unfallkosten (Prävention) als Ziel des Haftungsrechts . . .	99
c) Modell für die Minimierung der Kosten von Unfällen	101
aa) Primäre, sekundäre und tertiäre Kosten	101
bb) Modell zur Minimierung der primären Kosten von Unfällen	102
2. Die Rolle des Kausalitätserfordernisses aus rechtsökonomischer Sicht	103
a) Anfängliche Vernachlässigung	103
b) Wachsende Bedeutung im Zuge der weiteren Entwicklung	104
aa) Überblick	104
bb) Einzelheiten	105
(1) Probabilistische Kausalität	106
(2) Äquivalente Kausalität	107
II. Effizienz der anteiligen Haftung	109
1. Primäre Kosten	109
a) Optimale Gleichung: Erwartete Kosten = erwartete Haftung	109
b) Verschiedene Berechnungsmethoden	110
c) Bewertung der Berechnungsmethoden	112
aa) Ersatz des Zusatzschadens	112
bb) Ersatz der tatsächlich verlorenen Heilungschance	113
cc) Ersatz der gesamten Heilungschance	114
2. Rechtsdurchsetzungskosten	115
3. Exkurs: Auswirkungen anderer Faktoren auf die Effizienz der anteiligen Haftung	119
a) Auswirkungen des Sorgfaltsmaßstabs	119
b) Auswirkungen des Schadensersatzes	120
III. Effizienz des Alles-oder-nichts-Prinzips	121
1. Primäre Kosten	121
a) Im Falle eines groben Behandlungsfehlers	122
b) Im Falle eines einfachen Behandlungsfehlers	123
2. Rechtsdurchsetzungskosten	123
3. Minimierung der Fehlurteile?	124
4. Exkurs: Bewertung anderer Varianten	125
a) Variante I	125
b) Variante II	126
IV. Fazit	127
§ 5 Anteilige Haftung im chinesischen Arzthaftungsrecht	129
I. Hintergrund	129
1. Geschichte des chinesischen Zivilrechts und dessen deutsche Wurzeln	129

2. Prozessrechtlicher Aspekt des chinesischen Arzthaftungsrechts	131
3. Materiell-rechtlicher Aspekt des chinesischen Arzthaftungsrechts	132
a) Unterschiedliche „Zweispurigkeiten“	132
aa) Deliktsrechtliche und vertragsrechtliche Arzthaftung	132
bb) Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Arzthaftung	133
b) Spezielle Rechtsquellen	134
II. Anteilige Haftung für ärztliche Behandlungsfehler	135
1. Anteilige Haftung in § 49 Abs. 1 RBmU	136
2. Anteilige Haftung in den lokalen Justizansichten	137
3. Zwischenergebnis: Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler	139
4. Beispiel: Anteilige Haftung für Behandlungsfehler im Darmkrebsfall	139
a) Sachverhalt	139
b) Gutachten	140
c) Urteil erster Instanz	141
d) Urteil zweiter Instanz	141
III. Begründung für die anteilige Haftung für Behandlungsfehler	142
1. Begründung in der Rechtsmedizin: Theorie des Mitwirkungsgrads	142
a) Theorie des Mitwirkungsgrads	142
aa) Geschichte	143
bb) Inhalt	144
b) Aufnahme der Theorie in § 49 Abs. 1 RBmU	146
2. Begründung in der Rechtsdogmatik: Theorie des kausalen Beitrags	147
a) Theorie des kausalen Beitrags	147
aa) Definition	147
bb) Feststellung des kausalen Beitrags	148
cc) Anwendungsbereiche	148
dd) Spielt der kausale Beitrag eine Rolle bei der Haftungs begründung?	149
b) Anwendung der Theorie auf die Arzthaftung	149
3. Zwischenergebnisse	150
IV. Eine empirische Studie zur anteiligen Haftung für Behandlungsfehler	151
1. Anteilige Haftung „in action“: Peking als Beispiel	151
2. Anteilige Haftung im Gutachten	153
a) Die Kausalität wird in den meisten Fällen bejaht	153
b) Vier Typen von Aussagen über den Mitwirkungsgrad	154
3. Anteilige Haftung in Urteilen erster Instanz	155
a) Feststellung des Mitwirkungsgrads mithilfe der Aussage im Gutachten	155
aa) In Fällen, in denen der Aussage im Gutachten gefolgt wird	155
bb) In Fällen, in denen von der Aussage im Gutachten abgewichen wird	157

b) Feststellung des Mitwirkungsgrads ohne Gutachten	157
4. Anteilige Haftung in Urteilen zweiter Instanz	158
a) Umgang mit Urteilen erster Instanz	158
b) Exkurs: Wie sieht die anteilige Haftung in rechtskräftigen Urteilen aus?	159
5. Zwischenergebnisse	160
V. Bewertung der chinesischen anteiligen Haftung für ärztliche Behandlungsfehler im Lichte des deutschen Rechts	161
1. Vergleich der Grundgedanken des deutschen und chinesischen Rechts	161
a) Aufklärbarkeit der Kausalität	162
b) Billigkeitsgedanke	163
2. Vorschläge zur Auslegung und Reform des chinesischen Arzthaftungsrechts	164
§ 6 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	166
Literaturverzeichnis	169
Sachwortverzeichnis	186

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
ABI L. Rev.	American Bankruptcy Institute Law Review
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGZ	Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts in China
Am. B. Found. Res. J.	American Bar Foundation Research Journal
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Aufl.	Auflage
AüP	Auslegung des OVG zu einigen Fragen der Rechtsanwendung bei der Haftung für Personenschäden in China
Bd.	Band
Bell J. Econ.	Bell Journal of Economics
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cath. U. L. Rev.	Catholic University Law Review
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
CJIL	Chinese Journal of International Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Def. Couns. J.	Defense Counsel Journal
DhftG	Deliktshaftungsgesetz in China
Diss.	Dissertation
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
f., ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote(n)
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
GuP	Gesundheit und Pflege
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hrsg.	Herausgeber
HVG	das höhere Volksgericht in China
i. V. m.	in Verbindung mit
IATSS Review	International Association of Traffic and Safety Sciences
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
J. Forensic Res.	Journal of Forensic Research
J. Legal Econ.	Journal of Legal Economics

J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J. Risk & Ins.	Journal of Risk and Insurance
J. Risk & Uncertainty	Journal of Risk and Uncertainty
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J.L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics and Organization
JB1	Juristische Blätter
JETL	Journal of European Tort Law
JZ	Juristenzeitung
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
Law, Prob. & Ris.	Law, Probability and Risk
LG	Landgericht
LMK	Lindenmaier/Möhring Kommentierung
Loy. L.A. L. Rev.	Loyola of Los Angeles Law Review
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MBmU	Maßnahmen zur Bewältigung medizinischer Unfälle in China
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Med. L. Rev.	Medical Law Review
MedR	Medizinrecht
MHR	Mitteilungen des Hamburgischen Richtervereins
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MJ	Maastricht Journal
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
MüKo	Münchener Kommentar
New Eng. J. Med.	New England Journal of Medicine
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
OLG	Oberlandesgericht
OVG	das oberste Volksgericht in China
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBmU	Regelung zur Bewältigung medizinischer Unfälle in China
Rev. Litig.	Review of Litigation
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	siehe
S.	Seite, Satz
S.D. L. Rev.	South Dakota Law Review
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
u.	und
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Dayton L. Rev.	University of Dayton Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Toronto L.J.	University of Toronto Law Journal
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
v.	von/vom

Val. U. L. Rev.	Valparaiso University Law Review
Verf.	Verfasser
VersR	Versicherungsrecht
VG	Volksgericht
vgl.	vergleiche
vol.	volume
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZChinR	Zeitschrift für Chinesisches Recht
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizinrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zugl.	zugleich
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft: Archiv für internationales Wirtschaftsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

§ 1 Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung

Wie der Titel verrät, steht die anteilige Haftung für ärztliche Behandlungsfehler im Zentrum dieser Arbeit. Dies ist jedoch bei genauerer Betrachtung nur die halbe Wahrheit. Denn dahinter steht noch ein bekanntes Kausalitätsproblem.

1. Kausalitätsproblem bei der Haftung für ärztliche Behandlungsfehler

Als *Black Box*¹ wird das Problem der Kausalität im Arzthaftungsrecht von Gottfried Schiemann² mit Prägnanz bezeichnet. Oft kenne man nur den *Input* „in Gestalt der Krankheit und des ärztlichen Behandlungsfehlers“ und den *Output* „in Gestalt des jetzigen Gesundheitszustandes des Patienten“. Die dazwischen stehende Kausalität, also die *Black Box*, sei hingegen oft unaufklärbar.³ Dies ist leicht einzusehen, denn ein Misserfolg kann trotz fachgemäßer und sorgfältiger Behandlungen eintreten.

Die Unaufklärbarkeit der Kausalität könnte dazu führen, dass der klagende Patient⁴, der nach der Grundregel der Beweislast das Vorliegen der Kausalität zu beweisen hat, in einem Arzthaftungsprozess beinahe nie mit einem Sieg rechnen dürfte. Die „unaufklärbare“ Kausalität deutet wörtlich schon darauf hin, dass der Nachweis der Kausalität schwierig oder gar unmöglich zu führen ist. Noch schwieriger wird es, wenn das hohe Beweismaß (z. B. nach § 286 ZPO⁵) in Betracht gezogen wird.

¹ Schiemann (2007), S. 1162: „black box“. Die *Black Box* scheint eine beliebte Metapher im Haftungsrecht zu sein, s. Brown, S. 324, dort wird das Haftungsrecht selbst als „black box“ bezeichnet wird.

² In dieser Arbeit wird bei Namensnennung einer Person grundsätzlich auf den akademischen Titel verzichtet.

³ Schiemann (2007), S. 1162. Kausalitätsproblem solcher Art wird auch als „problem of proving the impossible“ – Untertitel von Barker, S. 1 – bezeichnet.

⁴ In dieser Arbeit wird bei Verwendung eines Nomens, der Vereinfachung halber, auf eine Differenzierung zwischen maskuliner und femininer Form verzichtet. Ein „Arzt“ steht daher sowohl für einen Arzt als auch für eine Ärztin; ein Patient auch sowohl für einen Patienten als auch für eine Patientin und so weiter.

⁵ BGH, NJW 1970, 946 (948): „für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewißheit, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“. Vgl. Katzenmeier (2002), S. 424 ff.

2. Lösungsansätze: Alles-oder-nichts-Prinzip oder anteilige Haftung?

a) Alles-oder-nichts-Prinzip

Die Lösung des Kausalitätsproblems im geltenden Recht ist die vom BGH stammende „Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel“. ⁶ Das bedeutet, dass die Beweislast hinsichtlich der Kausalität umgekehrt wird, wenn feststeht, dass dem Arzt ein *grober Behandlungsfehler* unterlaufen ist. ⁷ Ein grober Behandlungsfehler liegt aus Sicht des BGH vor, „wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf“. ⁸ Dies hat unter anderem zur Folge, dass der Patient im Ergebnis entweder vollen oder keinen Schadensersatz erhält, alles oder nichts. Dies wird oft als („starre[s]“) *Alles-oder-nichts-Prinzip* ¹⁰ bezeichnet. ¹¹

b) Anteilige Haftung

Wenn man einen Blick auf andere Rechtsordnungen wirft, gibt es jedoch weitere Lösungsansätze, die eher materiell-rechtlich als beweisrechtlich sind, und mittlerweile als „salomonische Quotelungslösung“ ¹² gelobt werden. Die Gemeinsamkeit dieser Ansätze besteht darin, dass sich der Schadensersatz gemäß einer Quote, die den statistischen Zusammenhang zwischen dem ärztlichen Behandlungsfehler und dem Misserfolg der Behandlung widerspiegelt, berechnen lässt. Hier ein Beispiel: Beträgt die Quote 30 % und der endgültige Schaden 100 Euro, bekommt der klagende Patient nur 30 % des Schadens also 30 Euro.

Auf dogmatischer Ebene kann eine anteilige Haftung in zwei unterschiedlichen Rechtsfiguren ausgestaltet sein, nämlich als *Proportionalhaftung* oder als *Haftung für verlorene Chancen*. *Anteilige Haftung* ¹³ wird in dieser Arbeit als Oberbegriff für

⁶ Stoll (1976). Ähnlich Prütting (1985), S. 274: „Motor für Haftungsverlagerungen“ (negativ).

⁷ BGH, NJW 2004, 2011.

⁸ BGH, NJW 2012, 227 (228).

⁹ Larenz/Canaris (1994), S. 579.

¹⁰ Allgemein dazu, Müller (2005) (Relativierung in der Rechtsprechung); Looschelders, S. 16 f. (geschichtliche Entwicklung); Witschen, S. 85 ff. (Begründung). Im Common Law gibt es ähnliches Prinzip („winner-take-all“), Jaconelli, S. 480 ff.

¹¹ Taupitz/Jones (2002), S. 68 f.; Brüggemeier, S. 555 f.

¹² Spickhoff (2004), S. 2346.

¹³ Ähnlich Häusler, S. 100 f., 129: „Anteilshaftung“.

die Haftung für verlorene Chancen und die Proportionalhaftung verwendet.¹⁴ Die Proportionalhaftung¹⁵ wird zwar vereinzelt im weiteren Sinne benutzt und umfasst damit auch die Haftung für verlorene Chancen,¹⁶ aber die beiden Rechtsfiguren sind, wie gleich darzustellen sein wird, dogmatisch voneinander abzugrenzen.

aa) Haftung für verlorene Heilungschancen

Bei der Haftung für verlorene Chancen bzw. verlorene Heilungschancen geht es um ein Schadensbewertungsproblem:¹⁷ Wie groß ist die verlorene Heilungschance im Sinne des (zu ersetzenden) Schadens? Die Haftung für verlorene Chancen in anderen Rechtsordnungen, sei es im Allgemeinen oder im Besonderen, ist der Wissenschaft seit Langem bekannt.¹⁸ Häufig berücksichtigt¹⁹ werden die allgemein geltende *perte d'une chance* im französischen Recht, worunter auch die verlorene Heilungschance fällt;²⁰ die Doktrin *lost chance* bzw. *loss of chance* im englischen Recht, die zwar in vielen Bereichen (z. B. in Bezug auf verlorene Gewinn- und Prozesschancen) angewendet, aber bezüglich der verlorene Heilungschance bisher nicht anerkannt wird;²¹ und die ähnliche Doktrin im US-amerikanischen Recht, in dem die Haftung für die verlorene Heilungschance bereits Anwendung in vielen Bundesstaaten²² findet.

¹⁴ Es gibt auch ähnliche Oberbegriffe, wie z. B. „Quotenhaftung“, *Taupitz/Jones* (2002), S. 67.

¹⁵ Ähnliche Begriffe sind z. B. „anteilige Wahrscheinlichkeitshaftung“, *Ehlgen*, S. 8; „Teilhaftung für mögliche Kausalität“, *Wagner* (2008a), S. 459; „Teilhaftung bei möglicher Verursachung“, *Heinrich* (2011), S. 277 f.

¹⁶ *Dopheide*, S. 1052 f.: „Proportionalhaftung im französischen Recht“; „eine auf verlorene Heilungschancen beruhende Proportionalhaftung“. Ähnlich, *Brüggemeier*, S. 622 f.: „mit einer *Proportionalhaftung* (value of the chance/*perte d'une chance*)“ (originale Hervorhebung). Ein weiterer Beleg dafür ist die Darstellung von *Thüsing*, S. 129, über die verlorene Chance (sowie „market share liability“), die auch von *Katzenmeier* (2004b), S. 204, Fn. 99, als Proportionalhaftung angesehen wird.

¹⁷ *Mäsch* (2004), S. 143.

¹⁸ Die verlorene Chance bekam ihre wissenschaftliche Aufmerksamkeit erstmals wohl bei *Kleinewefers/Wilts*, S. 622 f., und zwar in Bezug auf die verlorene Chance im französischen Recht und im Kontext des Arzthaftungsrechts.

¹⁹ Zu Rechtslagen in anderen Rechtsordnungen, *Mäsch* (2004), S. 158 ff.; *Ehlgen*, S. 185 ff.

²⁰ *Großerichter*, S. 93 ff.; *Kasche*, S. 3 ff., 119 ff.; *Mäsch* (2004), S. 162 ff.; *Ehlgen*, S. 179 ff.

²¹ *Stoll* (1995), S. 465 ff.; *Jansen*, S. 271 ff.; *Kasche*, S. 9 ff., 80 ff.; *Mäsch* (2004), S. 186 ff.; *Ehlgen*, S. 183 ff.

²² *Kasche*, S. 61 ff.; *Mäsch* (2004), S. 209 ff.; *Ehlgen*, S. 181 ff. Einer ausführlichen Liste zufolge, die das *Supreme Judicial Court* von Bundesstaat Massachusetts in einem Urteil aufgestellt hat, wurde die Doktrin *loss of chance* bis zu jener Zeit mindestens in 20 Bundesstaaten – von Massachusetts selbst abgesehen – sowie im *District of Columbia* anerkannt. In anderen 10 Bundesstaaten wurde diese Doktrin hingegen verneint. In den restlichen Bundesstaaten wurde die Frage entweder offengelassen oder nicht aufgegriffen. *Matsuyama v. Birnbaum*, 452