

## Ermittlungsprobleme im Arzthaftungsprozess<sup>1</sup>

### I. Vorbemerkungen

Dass von Ermittlungs- statt von Beweisproblemen gehandelt werden soll, ist eine bewusste Wortwahl. Sie dient dazu, voreilige Verengungen mitsamt deren Folgehypothesen zu vermeiden, die jedenfalls in der juristischen Praxis noch überwiegend mit dem Stichwort »Beweis« verknüpft werden. Die zugehörige Gedankenlinie sei vorerst nur angedeutet: Beweis – Tatsache – Beibringungsgrundsatz – Behauptungslast – Beweisführungsobligo – Nichtaufklärbarkeitsrisiko. Mit ihr wird indes lediglich ein Teil der Rekonstruktionsarbeit erfasst, die für den Arzthaftungsprozess typisch ist. Spätestens dann nämlich, wenn es – wie zumeist bei diesem Verfahrensgegenstand – um die Einholung medizinischer Erkenntnisse geht, versagt dieses Ablaufmodell, und zwar – dies sei ruhig vorweggenommen – weil an deren Ende kein non liquet herauskommen darf!

Das gilt freilich nur für den *Behandlungssektor*, auf den ich mich im Folgenden denn auch beschränken möchte. Ausgeschieden wird damit namentlich der Aufklärungsbereich. In ihm spielt die Synchronisation von medizinischen Einsichten in das Haftungssystem eine eher untergeordnete Rolle. Im Vordergrund steht hier eindeutig der Gedanke der Autonomiesicherung, und damit in erster Linie ein rechtlich dominiertes Verantwortungskonzept.<sup>2</sup> Solche juristische Präponderanz ist ferner im Hinblick auf sog. Organisationsmängel<sup>3</sup> festzustellen, die deshalb ebenfalls ausgespart bleiben. Anders verhält es sich hingegen mit der ärztlichen Dokumentation, zu der die Rechtsprechung nach wie vor den Primat des medizinischen Erfordernisses anerkennt.<sup>4</sup> Schon deshalb, aber auch wegen ihres nicht zu unterschätzenden Einflusses auf die Rekonstruierbarkeit des konkreten Behandlungsgeschehens, soll dieser Aspekt zumindest an einigen Stellen gestreift werden.

Bei diesen Eingrenzungen hat es allerdings noch kein Bewenden. Das Augenmerk soll vielmehr auf die *klassische Arzthaftungskonstellation* konzentriert werden, in der sich die bereits erkrankte Patientin in die ärztliche – ambulante oder stationäre – Obhut begibt und sich hernach ihre damit verbundene Hoffnung auf Heilung von ihrem Leiden nicht verwirklicht hat. Das bedeutet vorderhand den Verzicht auf die Befassung mit der immer populärer werdenden »Wunschmedizin« und der für sie symptomatischen Verblässung des Heilungsakzents sowie mit der damit einher gehenden Ent-

---

1 Um einige Gedanken vermehrte und mit entsprechenden Nachweisen versehene Fassung des Vortrags, den ich am 14.7.2004 zum Abschied aus dem Universitätsdienst vor dem Graduiertenkolleg des Instituts für Gesundheits- und Medizinrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen gehalten habe.

2 Dazu erhellend Hart in FS Heinrichs (1998), S. 291 ff.

3 S. nur die zahlreichen Beispiele bei Müller, NJW 1997, 3049 (3050) mit entsprechenden Judikaturbelegen.

4 So erst jüngst wieder OLG Celle, MDR 2002, 153 unter Berufung auf die st. Rspr. des BGH. Ausführliche Darstellung von Wendt, Die ärztliche Dokumentation (2001).

leerung des Indikationsbegriffs.<sup>5</sup> Darüber hinaus ergibt sich daraus eine primäre Orientierung an der Gesundheit bzw. deren Beeinträchtigung zulasten der körperlichen Integrität. Eingriffe in letztere markieren i.d.R. nur eine »Durchgangsstation« auf dem Wege zum angestrebten Heilungsziel und bieten jenseits des Aufklärungskomplexes nur selten – wie etwa bei der Entnahme des falschen Organs oder der Amputation des falschen Beins – den isolierten Anknüpfungspunkt für die ärztliche Haftungsverantwortung.

Angesichts der so vorgenommenen *Konzentration auf die Gesundheitsbeeinträchtigung infolge fehlerhafter Heilbehandlung* könnte man meinen, dass sich die einschlägigen Ermittlungsprobleme allenfalls noch marginal von den Rekonstruktionschwierigkeiten unterscheiden, die in sonstigen Fällen anzutreffen sind, bei denen außerrechtliche Erkenntnisse in das juristische Haftungskonzept eingefügt werden müssen. Diese Annahme wäre jedoch voreilig. Das wiederum liegt nicht zuletzt daran, dass bereits der gängige Bezugsfaktor der Arzthaftung, nämlich die Gesundheitsverletzung, weder aus deliktischer noch aus vertragsrechtlicher Perspektive bislang hinreichend konturiert worden ist. Dieser Mangel kann auch hier nicht kurzerhand behoben werden.<sup>6</sup> Darum nur soviel: Anders als die sonstigen Rechte und Rechtsgüter, deren Integrität sich § 823 I BGB und ggf. auch § 280 I i.V.m. § 241 II BGB annehmen, hat Gesundheit in der von mir als Normalversion zugrunde gelegten Erkrankungslage ganz offensichtlich keinen »harten Kern«, dessen Beeinträchtigung sich ohne Weiteres als Verletzung einstufen ließe. Deshalb wird Gesundheit auch gern als »relativer Begriff« bezeichnet und von der Gesundheitsverletzung gesagt, sie beziehe sich »auf das Funktionieren der inneren Lebensvorgänge ohne Rücksicht auf die Integrität der Organe und Körperteile«. <sup>7</sup> Das ist allerdings noch längst nicht die ganze Wahrheit. Wiederum anders als bei den sonstigen Integritätsschutzpositionen, bei denen ein Minus gegenüber dem vorherigen Zustand als Verletzung qualifiziert wird, erwartet man nämlich von einem Arzt – und zwar auch aus deliktischer Sicht – Heilung oder wenigstens Linderung des Gebrechens. Damit wird jedenfalls für den Bereich der medizinischen Behandlung dem Verletzungsbegriff eine durchaus atypische Leistungskomponente hinzugefügt,<sup>8</sup> die indes aus vertragsrechtlicher Perspektive sogleich revoziert wird, da nach allgemeiner und auch zutreffender Ansicht der Arztvertrag nur eine Tätigkeitsschuld und keinen erfolgsbezogenen Leistungsanspruch begründet.<sup>9</sup> Das Dilemma ist evident und im Rahmen dieser Ausführungen auch nicht auflösbar.<sup>10</sup> Ich lege dem Folgenden deshalb ein – intuitiv wohl auch von der Judikatur verfolgtes – Haftungskonzept zugrunde, das den Arzt für solche als negativ betrachteten Ausgänge (von der tatsächlichen Krankheitsverschlimmerung bis zur gescheiterten Heilung) ver-

5 Dem widmen sich Damm und Schulte in den Bäumen (in diesem Heft).

6 Insofern sei auf die Ausführungen von Heidelk (gleichfalls in diesem Heft) verwiesen.

7 Wagner in Münch Komm – BGB, 4. Aufl. 2004, RN 71 zu § 823.

8 Thematisiert wird dies freilich kaum. Eine Ausnahme bildet Mertens in Münch Komm – BGB, 3. Aufl. 1997, RN 363 zu § 823.

9 Statt aller Müller-Glöge in Münch Komm – BGB, 4. Aufl. 2005, RN 79 zu § 611.

10 Intensive Anstrengungen zur Problembewältigung unternimmt Heidelk, Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden (2005).

antwortlich macht, die bei ordnungsgemäßer Behandlung vermieden worden bzw. nicht eingetreten wären.

Doch auch mit dieser Entkopplung des Zurechnungskomplexes (Haftung dem Grunde nach) von der Gesundheitsbeeinträchtigung befinden wir uns, was die hier interessierende Ermittlungsarbeit angeht, keineswegs in ruhigen Gewässern. Das ist z.T. gewiss dem Umstand geschuldet, dass die mit der Heilbehandlung induzierte Einwirkung auf lebende Organismen sich grundlegend von den Gegenständen sonstiger Dienstleistungen unterscheidet und sich dieselbe infolgedessen schon gar nicht als schlichter Reparaturbetrieb ausnimmt. Im Übrigen aber beruht dies auf mannigfachen dogmatischen Unsicherheiten, die sich bekanntlich stets auf Umfang, Verteilung und Validität der Ermittlungsarbeit auswirken.

Veranschaulicht werden soll das Ganze nunmehr anhand der drei Stationen, die sich als signifikant für die Faktenaufnahme im auf einen (vermeintlichen) Behandlungsfehler gestützten Arzthaftungsprozess ausmachen lassen. In dogmatischer Reihung gilt es zuallererst, den *Beurteilungsrahmen* zu sistieren (im Einzelnen sogleich unter II), um alsdann das gleichfalls aufdeckende *konkrete Behandlungsgeschehen* (Näheres hernach sub III) als korrekt oder fehlerhaft bewerten zu können. Solche Rahmensetzung ist übrigens zunächst noch durchaus unabhängig davon, ob wir mit Blick auf den seit Einführung des § 253 II BGB zu konstatierenden Bedeutungsverlust des Delikt- zugunsten des Vertragsrechts<sup>11</sup> das ärztliche Einstehenmüssen nach Maßgabe des § 280 I BGB auf eine echte Verschuldenshaftung oder aber eine solche mit Verschuldensvermutung stützen. Jeweils benötigen wir zur Beantwortung der Frage, ob im Einzelfall korrekt oder nicht ordnungsgemäß vorgegangen worden ist, eine generelle – d.h. an Behandlungssituationen wie die im Streit befindliche anzulegende – Messlatte, die von § 276 II BGB mit Verkehrserforderlichkeit umschrieben wird und für die ansonsten die Rede vom (professionellen) Standard gebräuchlich ist.<sup>12</sup> In der Praxis wird freilich eher umgekehrt verfahren. Zumeist geht es zunächst um das »Eingemachte«, mithin das Aufdecken des singulären Vorfalles, und erst hernach um die Fixierung des besagten Rahmenprogramms. Das ist, da letztere ja auch kaum abstrakt ohne jedwede Detailkenntnisse erfolgen kann, durchaus nachvollziehbar und so lange unschädlich, als beiden Seiten die Möglichkeit eingeräumt bleibt,<sup>13</sup> sich mit ihren auf den konkreten Behandlungsablauf beziehenden Behauptungen noch auf die »generelle Linie« einzustellen. An einem kommt man nämlich auch im Arzthaftungsprozess nicht vorbei: Dass die Rechtsregel über das Ausmaß der zu ihrer Anwendung benötigten Informationen entscheidet – und nicht umgekehrt!

Der dritte für unser Metier zentrale Ermittlungsposten ist allgemein geläufig. Er rankt sich um die berühmte *Kausalitätsfrage*, also darum, ob der je festgestellte oder aber definitiv zu vermutende Behandlungsfehler zu dem Ausbleiben des Heilungserfolgs<sup>14</sup> geführt hat oder die Dinge – wie Mediziner sich immer noch gern ausdrücken –

11 Zutr. Wagner, NJW 2002, 2049 (2055).

12 Näheres dazu bei Katzenmeier, Arzthaftung (2002), S. 277 ff.

13 Dabei wird das aus § 139 I ZPO fließende richterliche Instruktionsobligo relevant.

14 Hier holt uns der zunächst ausgesparte Gesundheitsaspekt dann doch wieder ein.

ihren schicksalhaften Verlauf genommen haben (Genauerer gegen Ende zu IV). Eben diese Zweispurigkeit markiert das Spezifikum der ärztlichen Eingriffskonstellation, die wir im sonstigen Haftungsrecht so nirgendwo antreffen. Zwar sind auch dort sog. Reserveursachen aus dem Blickwinkel der hypothetischen Kausalität durchaus geläufig,<sup>15</sup> doch zeichnen sich dieselben dadurch aus, dass sie nachweislich nicht (mehr) real ursächlich geworden, sondern nur dank der in § 249 I BGB angeordneten schadensrechtlichen Differenzhypothese noch zu berücksichtigen sind.<sup>16</sup> Die prinzipielle Haftungszuständigkeit des »Erstverursachers« ist in diesen Fällen mithin bereits gegeben, und es fragt sich lediglich, ob er sich ausnahmsweise<sup>17</sup> auf einen alternativen, in Wahrheit jedoch nicht mehr wirksam gewordenen Geschehensverlauf stützen kann. Ganz anders die Situation beim ärztlichen Behandlungsfehler. Dessen Vorliegen sagt per se noch nichts darüber aus, ob und inwieweit er überhaupt zur vorfindlichen Gesundheitsbeeinträchtigung bzw. deren Nichtlinderung oder Nichtbeseitigung geführt hat. Hinzu kommt, dass im Stadium bereits eingetretener Erkrankung von vornherein ein zumindest paralleler und nicht etwa alternativer Kausalmechanismus in Gang gesetzt worden ist. Solche reguläre Doppelspurigkeit erzeugt natürlich in einem Haftungskonzept, das auf ein Entweder-Oder ausgerichtet ist, massive Probleme nicht nur bei der Sachverhaltserhellung, sondern darüber hinaus auch im Hinblick auf eine gerechte Risikoverteilung.

## II. Die Festlegung des Sorgfaltsprogramms

Kommen wir also zum primären Erhellungserfordernis, das in der Aufnahme derjenigen Daten besteht, die zur Feststellung des jeweiligen Behandlungsstandards benötigt werden. In dieser – auf den ersten Blick ziemlich unpräzisen – Formulierung ist komprimiert zweierlei enthalten: Zum ersten besagt sie, dass wir uns auf der *Normebene* befinden, auf der es um den Zuschnitt (will sagen: die Konkretisierung) der für den Arzthaftungsprozess elementaren Vorschrift des § 276 II BGB geht. Sodann drückt sie aus, dass zu diesem Zweck unweigerlich auf *außerjuristische Erkenntnisse* medizinischer Art zurückgegriffen werden muss, um den zur Debatte stehenden Obersatz überhaupt erst anwendungsreif zu machen. Alles selbstverständlich, möchte man meinen – doch weit gefehlt. Zwar ist man sich wohl darüber einig, dass die Behandlungsfehlerfrage ohne die Heranziehung medizinischer Einsichten nicht beantwortet werden kann, und auch weitgehend darüber, dass denselben mangels entsprechender Fachkompetenz des Rechtsstabs der Primat (soll heißen: die Inhaltshoheit) gebührt;<sup>18</sup> indes hat dies die Judikatur bislang nicht dazu bewogen, den damit aufgeworfenen Aspekt der Normgewinnung deutlich von der Rekonstruktion des singulären Behand-

15 Dazu instruktiv Großerichter, Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung (2001).

16 S. auch Esser/Schmidt, Schuldrecht I 2, 8. Aufl. 2000, § 33 IV m.w.N.

17 Mit der Folge, dass er hierfür die Beweislast trägt; vgl. nur Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl. 2005, Vorbem. 101 vor § 249.

18 Bündig Hart, JURA 2000, 64: Was eine gute Behandlung ist, bestimmt grundsätzlich der medizinische Standard.

lungsgeschehens abzuschichten und daraus die entsprechenden Aufklärungskonsequenzen – namentlich zur Ermittlungszuständigkeit – zu ziehen.

1. Vielmehr ist zu konstatieren, dass die *Eigentümlichkeit der Einholung von Normtatsachen*, um die es hier ja geht,<sup>19</sup> keineswegs zum vertrauten Praxisrepertoire gehört, sondern es eher noch allgemeine Devise ist, dass alles, was irgendwie mit Fakten (welcher Art auch immer) zusammenhängt, in den Pflichtenkanon der Parteien fällt.<sup>20</sup> Der bereits eingangs angedeutete Umstand gar, dass mangelnde Normkonkretisierung, in unserem Fall also ein non liquet hinsichtlich des Behandlungsstandards, zur Entscheidungsunfähigkeit führt, ist bis dato in keinem Judikat registriert worden.

Daraus allerdings zu schließen, es werde permanent unkorrekt verfahren, wäre aber wohl unzutreffend. Dagegen spricht, dass die Advokatur – wenngleich ebenso ohne theoretisches Konzept – sich längst darauf eingelassen hat, die je erforderlichen Anträge zur Einholung von Sachverständigengutachten zu stellen; und aus der Rspr. des BGH ist – zwar eher intuitiv, aber immerhin – ablesbar,<sup>21</sup> dass von einer Arzthaftungsklägerin keine subtilen medizinischen Kenntnisse erwartet werden.<sup>22</sup> Das kann konsequenterweise ja nur heißen, dass die je in Rede stehende Normkonkretisierung auf andere Weise bewerkstelligt werden muss.

Dass die Praxis namentlich im Umfeld des § 276 II BGB noch kein entsprechendes methodisches Bewusstsein entwickelt hat, mag nicht zuletzt daher rühren, dass sie die Präzisierung dessen, was in den unterschiedlichen Bereichen denn nun unter der verkehrserforderlichen Sorgfalt verstanden werden soll, zumeist mit »Bordmitteln«, d.h. ohne Rückgriff auf außerrechtlicher Erkenntnisse, vorgenommen hat. Das gilt insbesondere für die Statuierung der vielfältigen vertraglichen Sorgfalts- und außervertraglichen Verkehrspflichten, deren Nichteinhaltung dann ohne Weiteres das Urteil der Diligenzwidrigkeit begründet. Hierfür scheint es ja keinen systematischen tatsächlichen Erhebungsbedarf zu geben und damit auch nicht das Erfordernis einer *Differenzierung zwischen Norm- und Subsumtionstatsachen*.<sup>23</sup> Wo jedoch – wie eben auch und gerade bei der Arzthaftung – die Zurkenntnisnahme externer Standards unerlässlich für die korrekte Dimensionierung der in § 276 II BGB nur pauschal umschriebenen Verhaltensanforderungen ist, benötigen wir diese Distinktion.

Es soll freilich nicht verschwiegen werden, dass dieselbe nicht nur in der Praxis, sondern auch in der allgemeinen Literatur, d.h. vor allem in Kommentaren und Lehrbüchern, noch keineswegs geläufig ist. Das beginnt bereits mit dem Begriff der Normtatsache, der zumeist nicht einmal in den Stichwortregistern auftaucht, geschweige denn in den Textteilen eine eigenständige Behandlung erfährt. Als rühmliche Ausnahme sei die von *Gottwald* besorgte neueste Auflage des Rosenbergschen Zivilpro-

---

19 Einführend hierzu mein Beitrag in FS Wassermann (1985), S. 807 ff.

20 Ausführlich zu diesem Fehlverständnis Sander, Normtatsachen im Zivilprozeß (1998).

21 S. erst jüngst wieder BGHZ 159, 245 (252 f.).

22 Insgesamt zu dem damit angeschnittenen Komplex des Umfangs der Darlegungs- und Substantiierungslast von Arzthaftungsklägern Velten, Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozeß (2001).

23 Ausdruck von Seiter in FS Baur (1981), S. 573 f. für diejenigen Fakten, die den sog. Untersatz bilden.

zessrechts erwähnt, die immerhin einer diesbezüglichen Amtsermittlung das Wort redet, dann jedoch mit dem eher sybillinischen Satz fortfährt, dass »die relevanten Grundtatsachen von den Parteien zu behaupten und näher darzulegen« seien, »damit sie nicht übersehen werden«.<sup>24</sup> Gleichwohl ist das Phänomen nicht vom engeren Sachverhalt erfasster bzw. ihm nicht zugehöriger Erkenntnisse durchaus geläufig. Fündig wird man nämlich beim Stichwort »Erfahrungssätze«, die sich nach wohl überwiegender Ansicht nicht nur als allgemeine darstellen, die dann als sog. Lebenserfahrung daherkommen, sondern auch aus »spezieller fachlicher Kenntnis« herrühren können.<sup>25</sup> Darunter dürften denn auch unsere Normtatsachen fallen!<sup>26</sup>

Können wir insofern schließlich doch noch von einer Art zumindest literarischem Gemeingut sprechen, so sind die Äußerungen über den richterlichen Umgang mit ihnen nach wie vor ziemlich disparat. Nur selten wird<sup>27</sup> klar herausgestellt, dass die »Feststellung der Erfahrungssätze nicht denselben Regeln wie für die konkreten Einzeltatsachen« unterliegt; und gar als überraschende Ausnahme ist es zu verzeichnen, wenn *Prütting*<sup>28</sup> und *Hartmann*<sup>29</sup> darauf hinweisen, dass die objektive Beweislast hier nicht greift. Was die Literatur zuguterletzt vereint, ist der Ruf nach dem sog. Freibeweis. Ihm ist indes allenfalls die Richtung auf eine gewisse Amtswegigkeit der einschlägigen Ermittlungen zu entnehmen, wohingegen die Gründe dafür nirgendwo mitgeteilt werden. Auf sie aber kommt es für die praktische Akzeptanz maßgeblich an, weshalb sie hier nochmals in aller Kürze aufgelistet seien:

a) An vorderster Stelle schwebt das bereits angesprochene Damoklesschwert der *Entscheidungsunfähigkeit*. Anders als beim nicht zur Gänze aufklärbaren Sachverhalt, dem Einzelgeschehen, bei dem das Institut der Beweislast die Entscheidbarkeit besorgt,<sup>30</sup> steht uns auf der Normebene kein vergleichbares »Fiktionsmodell« zur Verfügung. Natürlich ist auch bezüglich der Normtatsachen und ihrer Einfügung in die Rechtsregel eine Art von Aufklärungsrisiko denkbar,<sup>31</sup> jedoch nur in dem Sinne, dass die schließlich vorgenommene Normkonkretisierung nicht dem entspricht, was sich der Angreifende bzw. Einwendende von ihr erwartet hat. Eine darüber hinausgehende Begründungslast dahin, dass das Offenbleiben einer Vorschrift so behandelt wird, als gebe es keine für das jeweilige Begehren, ist hingegen nicht anzuerkennen. Anderes mag lediglich für die ansonsten mit den Normtatsachen durchaus vergleichbaren Rechtsfortbildungsstatsachen<sup>32</sup> gelten. Lässt sich deren Vorhandensein nicht zur Über-

24 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl. 2004, § 110 IV.

25 So u.a. Jauernig, Zivilprozeßrecht, 28. Aufl. 2003, § 49 VI.

26 Zumindest im Prinzip ähnlich Foerste bei Musielak (Hrsg.), Zivilprozeßordnung, 3. Aufl. 2002, Anm. 3 f. zu § 284.

27 Wie etwa von Leipold in Stein/Jonas, Zivilprozeßordnung, 21. Aufl. 1997, Anm. 17 zu § 284.

28 Münch Komm – ZPO, 2. Aufl. 2000, RN 43 zu § 284.

29 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozeßordnung, 62. Aufl. 2004, Einf. 22 vor §§ 284 ff.

30 Näheres zu dieser Funktion der objektiven Beweislast in meinem Aufsatz JuS 2003, 1007 (1008 f.).

31 Dahin etwa Rüßmann, KritV 1991, 402 (413).

32 Zu ihnen lehrreich Lames, Rechtsfortbildung als Prozeßzweck (1993), S. 52 ff.

zeugung des Gerichts erhellen, so verbleibt es eben bei der bereits vorhandenen Regel.<sup>33</sup>

b) Der so zu konstatierende Zwang zur Normschließung besagt freilich als solcher noch nichts über die *Art und Weise der Normtatsachengewinnung*. Warum sollten die Parteien, zumal wenn sie in dem fraglichen Metier firm sind, nicht dazu herangezogen werden? Erst unlängst hat der BGH<sup>34</sup> bei einem Streit darüber, ob trotz Einhaltung der Grenzwerte der 26. BImSchVO von einer Mobilfunkanlage Gesundheitsgefahren ausgehen können, es dem klagenden Anrainer auferlegt, »darzulegen und ggf. zu beweisen«, dass ein wissenschaftlich begründeter Zweifel an der Richtigkeit der festgelegten Grenzwerte bestehe, und dazu gar noch betont, »eine eigene generelle Risikobewertung« stehe »dem Tatrichter nicht zu«. Abgesehen davon, dass damit in diesem Falle ausgerechnet dem »Amateur« die vermeintliche Darlegungs- und Beweislast zugeschoben worden ist und die Begrenzung der tatrichterlichen Ermittlung die Frage aufwirft, ob dann nicht jedenfalls das Revisionsgericht zuständig wäre, fällt bei dieser Entscheidung das Denken in den schon zu Beginn skizzierten Strukturen auf. Das wird besonders deutlich, wenn dem Tatrichter »nur eine einzelfallbezogene Beurteilung bei Vorliegen entsprechender Umstände« eingeräumt wird. Praktisch wird so – wie dies auch aus der arzthaftungsrechtlichen Diskussion ersichtlich ist – die wissenschaftliche Erkenntnisfrage mit der singulären Sachverhaltsrekonstruktion verwoben, um sodann auf den alten Gleisen fortzufahren. Demgegenüber bleibt festzuhalten, dass die von der ZPO bevorzugte Informationszuständigkeit der Parteien ausschließlich auf deren spezifischer Nähe zum jeweiligen Einzelgeschehen beruht<sup>35</sup> und sich folglich auch nur auf dessen Partikel, nicht aber darüber hinaus auf ihnen prinzipiell fremdes Erfahrungswissen beziehen kann.<sup>36</sup>

c) Eben damit schließt sich der Argumentationskreis. Würden den Konfligenten weiter reichende Informationslasten oder sogar eine Informationsherrschaft zugeschoben, so hinge die Normaufbereitung von deren Ein- bzw. Nichteinlösung ab. Das aber hätte die zweifelhafte Folge, dass die insofern eher inkompetenten Streitbeteiligten zum einen ihr eigenes Rechtsprogramm aufstellen und zum anderen, da Rechtsregeln bekanntlich generellen Charakter haben, auch noch die Rechtsverhältnisse von in gleicher Weise betroffenen Dritten mitregulieren könnten. Ich möchte nicht perhorreszieren, doch sind der Phantasie diesbezüglich keine Grenzen gesetzt. Ein Arzt lässt sich etwa von einer ihm wohl gesonnen Patientin verklagen und zimmert sich seinen Behandlungsstandard, dessen »Existenz« von seiner vermeintlichen Gegnerin nicht in Frage gestellt wird. Wer hier einem undifferenzierten Faktendenken erliegt, wendet dann § 138 III i.V. mit dem konventionell verstandenen § 288 ZPO an, und schon haben wir den neuen Rechtssatz. Alternatives Szenario wäre die negative Feststellungs-

33 In diesem Sinne erst kürzlich BGHZ 154, 336 (341) in einer Erbangelegenheit.

34 MDR 2004, 742 f.

35 So bereits Gaul, AcP 168 (1968), 27 (49 f.) unter Betonung der diesbezüglichen Sachferne des Richters.

36 Die besagte BGH-Entscheidung ist deshalb allenfalls im Ergebnis in gedanklicher Analogie zur gescheiterten Rechtsfortbildung haltbar, nicht jedoch in Bezug auf die propagierte Parteizuständigkeit.

klage mit Säumigkeit der beklagten Patientin. Weitere Varianten sind denkbar, sollen aber nicht mehr ausgebreitet werden. Sie würden sämtlich nur zu dem Resultat führen (müssen), dass die *Normkonkretisierung richterlicher Rechtsakt* ist und demgemäß die Einholung der dafür benötigten außerrechtlichen Erkenntnisse zur Beantwortung der Rechtsfrage gehört.

2. Selbst wenn aber diese Argumente irgendwann einmal von der Praxis angenommen und dann tatsächlich zur Verständigung über die Modalitäten der Einholung von Normtatsachen, d.h. eben vor allem zur primär richterlichen Informationszuständigkeit mit unerlässlicher Regelfestlegung, führen würden, bliebe die Praktizierung dieses Verfahrens noch von mannigfachen Unwägbarkeiten begleitet. Diesbezüglich will ich das generelle Problem nur streifen. Es heißt *Interdisziplinarität* und bezieht sich auf die Schwierigkeit, spezielle Wissens- und Erkenntnisbestände adäquat in ein anderes System (hier: Arzthaftung) einzufügen, dessen Zielrichtung (z.B. Sicherheit) keineswegs kongruent zu dem des anderen Bereichs (Stichwort »Heilung«) sein muss und dessen Agenten zumindest nicht professionell mit dem Einzufügenden vertraut sind.<sup>37</sup> Irgendein Newton'sches Näherungsverfahren steht uns hierfür nicht zur Verfügung, weshalb bei aller Betonung der Letztautonomie des Rechtssystems zur Entscheidung über Haftungsfragen der Justiz kaum anderes übrig bleibt, als schlicht auf die Korrektheit der externen Auskünfte zu bauen.

Nur: Wann sind solche Informationen korrekt? Bislang hing dies nahezu ausschließlich von der Person des Sachverständigen ab, die von den Tatgerichten mit der Erhellung der jeweiligen Behandlungsstandards betraut worden sind. Der BGH – wiewohl eigentlich letztverantwortlich für die Normkonkretisierung – hat m.W. in keinem Fall von der durchaus vorhandenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, sich selbst ein Bild von dem externen Status Quo zu verschaffen. Das ist natürlich die Folge jener Blickverengung auf den »Beweis«, die den richterlichen Erkenntnisakt auch dort noch der Tatfrage zuordnet, wo die singuläre Sachverhaltsrekonstruktion überhaupt keine Rolle (mehr) spielt. Auf dieser Ebene sind ja die Sachverständigen bei genauerem Hinsehen auch gar keine Beweismittel i.e.S., sondern – wie dies durchaus schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts erkannt worden ist<sup>38</sup> – *Richtergehilfen bei der Aufgabe der Regelbildung*. Bleibt es bei der »normativen Enthaltbarkeit«, so wird es übrigens nach der endgültigen Verabschiedung der Streitwertrevision<sup>39</sup> interessant sein zu verfolgen, in welcher Weise die Instanzgerichte, aber auch der BGH selbst im Zuge einer Nichtzulassungsbeschwerde mit den in § 543 II ZPO aufgelisteten Revisionsgründen in Arzthaftungssachen umgehen werden.

Doch wie dem auch sei: Mit der Abhängigkeit vom je bestellten Sachverständigen ist ein Kardinalproblem verknüpft, das vorsichtig mit *Expertenvertrauen* umschrieben werden kann. Ob letzteres auch wirklich gerechtfertigt ist und sich nicht als schiere

37 Zu diesem Komplex die gedankenreiche Schrift von Danner, *Justizielle Risikoverteilung durch Richter und Sachverständige im Zivilprozeß* (2001), S. 188 ff., 267 ff., 394 ff.

38 Zu nennen ist hier vor allem Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, Bd. II, 2. Aufl. 1804, S. 429 ff.

39 § 26 Nr. 8 EGZPO sieht hierfür den 31.12.2006 vor.

Vertrauensseligkeit ausnimmt, hängt namentlich von der jeweiligen Fachkompetenz ab, die man als Jurist kaum zuverlässig beurteilen kann. Zwar wird es wohl als Mindestvoraussetzung gelten können, dass der Sachverständige über eigene Fachkenntnisse auf dem fraglichen medizinischen Sachgebiet verfügt,<sup>40</sup> doch ist darüber hinaus das Meiste ungeklärt. Muss der Betreffende einen einschlägigen wissenschaftlichen Ruf haben? Oder ist es besser, wenn er die im Streit befindliche Behandlung bereits so und sooft durchgeführt hat? Ist der Rang in der klinischen Hierarchie von Belang oder – zumal bei neueren Behandlungsmethoden – eher die Jugend des zu Bestellenden? Das und noch viel mehr sind Auswahlkriterien, die in der justiziellen Praxis angelegt und dennoch weder im Einzelnen noch etwa nach Maßgabe eines Prioritätenkatalogs allseits konsentiert werden. Am leichtesten werden sich da noch die Gerichte tun, bei denen entsprechende Fachkammern und –senate gebildet worden sind und sich gar eine demgemäß spezialisierte Advokatur herausgebildet hat. Dann kann ggf. auf gewisse eigene Erfahrungen gebaut werden, die dennoch nicht mit fundierter Auswahlkompetenz verwechselt werden dürfen. Es bleibt beim Ausgeliefertsein an den fremden Informanten, das auch mit präventiver Fachlektüre kaum zu relativieren ist.<sup>41</sup>

Mag dieses Statement auch ernüchternd klingen, so verspreche ich mir längerfristig doch eine erhebliche Konsolidierung des Informationstransfers durch die im Kommen befindlichen *medizinischen Leitlinien*.<sup>42</sup> Wiewohl sie momentan erst geringe Partien des Behandlungsgeschehens abdecken, können sie, indem sie den wissenschaftlichen Erkenntnis- sowie den praktischen Erfahrungsstand systematisch eruieren und deren professionelle Akzeptanz belegen, zur gesteigerten Seriosität wie auch Kontrolle der Wissensvermittlung beitragen.<sup>43</sup> Natürlich ist auch weiterhin der Sachverständige als »Übersetzer« bzw. »Erklärer« gefragt und bleiben die Situationen, auf welche die vorderhand einschlägige Leitlinie letztlich doch nicht zugeschnitten ist; aber dann haben die Richter- und natürlich auch die Anwälte – wenigstens einen Plafond, von dem aus ggf. besser »nachgehakt« und damit die Abhängigkeit von der individuellen Fachkompetenz ein Stück weit verringert werden kann.

Das meint übrigens keine »Seligsprechung« der Leitlinienbewegung. Ob bei ihr die eben angeführte Trias wirklich stets garantiert ist, dürfte keineswegs definitiv ausgemacht sein. Möglicherweise besteht hier eher noch eine klinische Dominanz, was es u.a. erklärlich machen würde, dass sogar die bereits vorhandenen Leitlinien den Praxisalltag zumindest nicht durchgängig erreicht haben. Und hinsichtlich der professionellen Akzeptanz drängt sich nicht nur die Assoziation mit der in Juristenkreisen ja gern als Argumentationstopos verwendeten herrschenden Meinung auf, die bekanntlich nicht immer die richtige sein muss, sondern auch der Gedanke an die sog. Alternativmedizin, die ja nicht unbedingt mit Außenseitertum oder gar Salbaderei verwechselt werden muss. Freilich sollte zur Abwehr von Missverständnissen auch klar sein: Die

40 Vgl. etwa OLG Hamm, VersR 2001, 249.

41 Und schon gar nicht mit dem Rekurs auf einschlägige persönliche Erfahrungen; zutr. OLG Naumburg NJW 2001, 3420 f.

42 Zu ihnen und ihren »Vorgaben« für die Rechtsbeurteilung eindringlich Hart (in diesem Heft).

43 Vgl. auch Katzenmeier aaO S. 280.

Inkorporation fremder Wissensbestände hängt jedenfalls tendenziell von deren Anerkennung in der externen Zunft an. Insofern bieten sogar S1- und S2-Richtlinien<sup>44</sup> immer noch eine höhere »Richtigkeitsgewähr« als die Vermittlung durch einen beliebigen Experten.

### III. Die Rekonstruktion des Behandlungsgeschehens

Vergleichsweise vertrautes Terrain betreten wir bei der Aufnahme des singulären Haftungssachverhalts.<sup>45</sup> So ganz problemlos laufen die Dinge freilich auch hier nicht ab. Das hängt zum einen mit der Neukonzeption der Obligationshaftung durch die Schuldrechtsreform zusammen und beruht zum anderen auf der gerade für die Arzthaftungspraxis symptomatischen Vermengung von Verletzung und Schaden mit entsprechenden Konsequenzen für die Anwendung der §§ 286, 287 ZPO. Darüberhinaus stoßen wir hier auf gewisse Besonderheiten namentlich beim Zeugenbeweis.

1. Soweit es die durch die Ausnahmegvorschrift des § 619a BGB scheinbar noch erhärtete *Generalversion des § 280 I BGB* anbelangt,<sup>46</sup> wird von einem irgendwie als objektiv verstandenen Tatbestand der Pflichtverletzung ausgegangen, dessen Verwirklichung den Anspruch auf Schadensersatz auslöst, sofern nicht der Schuldner zu Recht den Einwand des Nichtvertretenmüssens geltend machen kann. Der Pflichtverstoß soll demnach die Basis für eine Verschuldensvermutung bilden, der sich von Seiten des in Anspruch Genommenen nur noch mit dem Nachweis korrekten Vorgehens entgegenzetren lässt. Damit ist das Dilemma indes schon vorgezeichnet. Das Splitting-Konzept des § 280 I BGB kann ohne Abstriche eigentlich nur bei gegenstandsbezogenen Pflichten funktionieren. Insofern bietet das Ausbleiben des geschuldeten Erfolgs (Nichtleistungsperspektive i.w.S.) bzw. dessen zu vermeidender Eintritt (Integritätsaspekt) durchaus hinreichenden Anlass, dem Schuldner die Aufklärung darüber anzusetzen, wieso es dazu kommen konnte.

Bei *schlichten Tätigkeitspflichten*, zu denen das ärztliche Behandlungsobligo nun einmal gehört, versagt dieses Zurechnungsmodell. Will man deren mangelnde Erfolgsbetontheit nicht im Nachhinein revozieren, so lässt sich der – aus Gläubigersicht – je eingetretene Misserfolg eben nicht kurzerhand mit einer Verschuldensvermutung verknüpfen. Folge dessen ist, dass jedenfalls bei der Arzthaftung der Behandlungsfehler den Pflichtwidrigkeitstatbestand des § 280 I 1 BGB ausmacht und es sich dann natürlich fragt, was für den in § 280 I 2 BGB vorgesehenen Entlastungsbeweis noch übrig bleibt. Einige<sup>47</sup> wollen diesbezüglich das standardwidrige Verhalten als Pflichtwidrigkeitselement von sonstigen Implikationen des Behandlungsgeschehens unterscheiden, deretwegen es dann noch zu einer Entlastung kommen können soll.<sup>48</sup> Das verträgt sich indes kaum mit der in § 276 II BGB zum Ausdruck gelangten Objektivie-

44 Zur Kategorisierung Hart (wie FN 41) sub II 2.

45 Dazu aus kompetenter Praxisfeder Müller, NJW 1997, 3049 ff.

46 Ihretwegen erst kürzlich wieder Mückl, JA 2004, 928 ff. u. Wilhelm, JZ 2004, 1055 ff.

47 Allen voran Deutsch, JZ 2002, 588 (590ff.).

48 S. noch Spickhoff, NJW 2002, 2530 (2535 ff.).

rung des Fahrlässigkeitsbegriffs, die zwar fallmäßige Besonderheiten nicht ausschließt, aber doch diejenige Sorgfalt sichern will, die eine geschulte Kraft in vergleichbarer Lage hätte aufbringen müssen. Die Judikatur dürfte denn auch in diese Richtung tendieren,<sup>49</sup> und in der Tat ist »der Fall, dass ein Gericht einen Behandlungsfehler festgestellt, ein Verschulden des Arztes aber als nicht bewiesen angesehen hat«, bislang »praktisch nicht vorgekommen«.<sup>50</sup>

Der Tribut dieser Integration der Korrektheitsfrage in den Pflichtwidrigkeitstatbestand des § 280 I 1 BGB besteht nun aber in der entsprechenden *Beweisbelastung der Patienten* und damit der Überantwortung der Aufklärungsaufgabe an diejenigen, die typischerweise die schwächsten Informanten über den Behandlungsverlauf sind. Zwar haben wir bereits gesehen, dass die Rspr. im Hinblick darauf die Anforderungen an Darlegung und Schlüssigkeit erheblich gesenkt hat und gewissermaßen komplementär dazu auf die sekundäre Behauptungslast der Ärzteschaft wegen deren überlegener Sachnähe rekurriert; den Sprung aber zur Beweislastumkehr mit demgemäßeren Informationslastenverteilung, wie ihn der BGH aus vergleichbaren Gründen bei der deliktischen Produzentenhaftung getan hat, haben die Gerichte bei der Arzthaftung stets gescheut.

Aus rein dogmatischen Gründen ist diese Zurückhaltung wohl auch nicht zu tadeln. Eine Anspruchsverfolgung ohne jedweden Beleg für eine Anspruchs begründung wäre gewiss kaum vermittelbar. Am Bestehen der einschlägigen Rekonstruktionsprobleme ändert das allerdings nichts, und damit gerät die schon angeschnittene *Dokumentation* in das Visier. Mag auch für den klinischen Bereich eingeräumt werden, dass diesbezüglich die Aufhellung des Behandlungsgeschehens mittlerweile erheblich erleichtert worden ist, so verbleiben doch diverse Desiderata. Diese haben z.T. mit dem unsäglichen Streit über die »kunstgerechte« Begründbarkeit von Dokumentationspflichten überhaupt zu tun<sup>51</sup> und verdanken sich im Übrigen der eigenartigen justiziellen Einschätzung von Routineschritten.

Was die *Dokumentationspflichten als solche* angeht, beschränkt sich die Justiz nach wie vor auf den medizinischen Gesichtspunkt der Behandlungsförderung,<sup>52</sup> wohingegen das bloße Nachweisinteresse der Patienten – weil angeblich dogmatisch nicht in einer korrespondierenden ärztlichen Belegpflicht fassbar – keine Rolle spielen soll. Wer zum Vergleich die vom BGH bis zur Befundsicherung im sog. Limonadenflaschen-Fall<sup>53</sup> ausgereizte Produzentenverantwortung heranzieht, wird dafür wenig Verständnis aufbringen. Dahinter dürfte immer noch die von *Schlosser*<sup>54</sup> bereits vor eineinhalb Jahrzehnten als völlig veraltet gegeißelte Vorstellung stehen, nach der keine Partei dem Gegner die Waffen für dessen Prozesssieg liefern müsse. Spätestens unter dem von mir sonst eher zurückhaltend bewerteten Aspekt der »Waffengleichheit«<sup>55</sup> sollte hier ein

49 So etwa BGH NJW 2003, 2311 ff.

50 Palandt/Heinrichs aaO, Anm. 42 zu § 280.

51 Dazu umfassend die bereits (FN 3) zitierte Monographie von Wendt.

52 Exemplarisch BGH NJW 1993, 2375 ff.

53 BGHZ 104, 323 ff.

54 JZ 1991, 599 ff.

55 S. dazu den bekanntlich auf einen Arzthaftungsprozess gemünzten Beschluss BVerfGE 52, 131 ff.

Umdenken stattfinden. Wenn man schon aus den vorhin genannten Gründen der Patientenseite das (Nicht-)Aufklärungsrisiko für das Vorliegen des konkreten Behandlungsfehlers zuweist, zugleich aber – was allseits anerkannt ist – respektiert, dass es zu Beweislastentscheidungen nur als ultima ratio kommen sollte, dann spricht eigentlich wenig dagegen, auch der Ärzteschaft alles Zumutbare (hier eben: Dokumentation) abzuverlangen, um das non liquet möglichst zu vermeiden.

Kommen wir noch zur *Routine*! Sogar innerhalb der von ihr begrenzten Reichweite des Dokumentationsobligos hält die Judikatur dafür, dass Routinevorgänge im Zuge einer Heilbehandlung grundsätzlich nicht notiert werden müssen.<sup>56</sup> Das führt dazu, dass für selbstverständlich Erachtetes faktisch auch als geschehen gilt. Eben diese Folgerung von der »Normalität« auf eine ebensolche Realität ist jedoch ein Trugschluss. Ohne dass hier empirische Erhebungen vorliegen, wird man sagen können, dass die meisten Fehlgriffe – auf welchem Sektor auch immer – aus einem Routineversagen herrühren. Zumal für den Behandlungsbereich ist nicht der »kapitale Bock« signifikant, sondern die Summe von – für sich genommen – Petitesse, die dann das ärztliche Versagen ausmacht. Hinzugefügt sei noch: Wenn der BGH seine hernach noch anzuspärende Rspr. zur Beweislastumkehr bei grober Fahrlässigkeit daran knüpft, dass dasjenige, was jedem Mediziner in der fraglichen Situation hätte einleuchten müssen, unterblieben ist, dann wäre er gut beraten, im Lichte dieser Formulierung seine Dokumentationsaskese zur Behandlungsroutine zu überdenken.

2. Jenseits des Pflichtwidrigkeitskomplexes, letztlich aber doch mit ihm verknüpft ist der zumindest auf den ersten Blick eigentümliche Umgang der Arzthaftungsjudikatur mit den Begriffen der Verletzung und des Schadens im Kontext der §§ 286, 287 ZPO. Nach allgemeinem Verständnis sind diese beiden Vorschriften ja in der Weise aufeinander abgestimmt, dass § 286 ZPO den Grund des Anspruchs betrifft, wohingegen § 287 ZPO auf dessen Umfang abstellt. Vom Haftungsaspekt her wird denn auch durchweg von der *Haftungsbegründung* einerseits und der sich daran anschließenden *Haftungsausfüllung* andererseits unterschieden.<sup>57</sup> Diese Distinktion schließt an die materiellrechtlichen Vorgaben an, wie sie namentlich in §§ 280 I, 823 I BGB auch sprachlich zum Ausdruck gelangt sind. Die Pflicht- bzw. Rechts- oder Rechtsgutsverletzung markiert den Haftungstatbestand, der dann die als Verpflichtung zum Ersatz des hierdurch bzw. daraus entstehenden Schadens gekennzeichnete Rechtsfolge auslöst. Kurzum: § 287 ZPO meint, wie denn auch sein Wortlaut mehr als verdeutlicht, im Haftungskonnex allein den Schaden und nicht etwa die sorgsam davon zu trennende Verletzung. Dass diese Zweigleisigkeit kein Anliegen schierer Rechtsakrobatik ist, vielmehr handfeste praktische (Rekonstruktions-)Folgen hat, belegt nicht nur der Umstand, dass sich das – von wem auch immer zu belegenden oder zu widerlegenden – Verschulden nicht auf die Entstehung und das Ausmaß des Schadens bezieht. Weitaus bedeutsamer ist es, dass § 287 ZPO nach nahezu unangefochtener Ansicht für den Schadensnachweis ein geringeres Beweismaß vorsieht als § 286 ZPO für die richterliche Überzeugung von der Verletzung und deren Urheberschaft.

56 Nachweise u.a. bei Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, 7. Aufl. 1997, RN 460.

57 Ergänzend meine Darstellung in E. Schmidt, Das Schuldverhältnis (2004), RN 348 ff.

Vor diesem Hintergrund lässt sich die mittlerweile st. Rspr. des BGH in Arzthaftungssachen nur schwer einordnen. Schon frühzeitig<sup>58</sup> hat sie sich nämlich von der o.a. Begrifflichkeit verabschiedet und erfasst insonderheit unter »Schaden« nicht etwa die nach §§ 249 ff. auszugleichenden materiellen oder immateriellen Nachteile, sondern diejenigen physischen bzw. psychischen Weiterungen, die sich aus einer »unmittelbaren« Gesundheitsbeeinträchtigung ergeben.<sup>59</sup> Letztere wird als Primärverletzung bezeichnet, wohingegen jene als Folgeschäden titulierte werden; und durchaus konsequent betrachtet der BGH deren Herkunft dann unter dem Blickwinkel der haftungsausfüllenden Kausalität.<sup>60</sup>

In Wahrheit gehört dieser sog. *Gesundheitsschaden* natürlich noch zum Verletzungsbereich und hat mit der eigentlich von § 287 I ZPO thematisierten schadensrechtlichen Frage, ob und welche finanziellen Einbußen der Ersatzgläubiger denn nun erlitten hat, nichts zu tun. Mangels einschlägiger Begründung in den diesbezüglichen Urteilen kann deshalb nur darüber spekuliert werden, weshalb die Rspr. das ursprüngliche Gesetzeskonzept verlassen hat. Nur eines dürfte dabei klar sein: Die Rückführung der sog. Sekundärbeeinträchtigung auf die Primärverletzung soll nicht dem hohen Beweismaß des § 286 ZPO unterfallen. Im Übrigen aber steht (nur) zu vermuten, dass der gerade in der Arzthaftung unabweisbare Zugriff auf bloße Erfahrungssätze,<sup>61</sup> die zumal im Hinblick auf die bereits betonte »parallele Kausalität« in Erkrankungsfällen selten einmal die volle richterliche Überzeugung begründen können, zum Einschlagen des Sonderwegs geführt hat. Das ist i.E. nicht zu tadeln, müsste eigentlich aber auch schon auf die Primärverletzungen bezogen werden. Diese erweisen sich nämlich keineswegs stets als gar sichtbare Direktbeeinträchtigungen, sondern sind oft – wie insbesondere bei medikamentöser Behandlung – ihrerseits nur die Folge eines zunächst noch neutralen Geschehens. Da die Kausalitätsfrage hernach noch eigens angesprochen werden soll, mag es vorerst bei dieser Feststellung bewenden.

3. Jenseits dieser i.w.S. mit der juristischen Dogmatik zusammenhängenden Rekonstruktionsprobleme sind auch rein *faktische Aufklärungsschwierigkeiten* zu nennen. Soweit es die Sachverständigen angeht, deren Gutachten auf der Ebene der konkreten Geschehenserhellung durchaus als Verifikationsmittel qualifiziert werden können, ist die vorhin für den Normschließungsbereich diagnostizierte Vertrauensabhängigkeit natürlich weiterhin virulent. Im Grunde gilt dies hier sogar noch im stärkeren Maße, als diesbezüglich Leitlinien keine Konsolidierung verschaffen können. Solche Auslieferung an die fremde Datenerfassungs- und -bewertungskompetenz ist allerdings bei der engeren Sachverhaltsaufnahme kein Spezifikum des Arzthaftungsprozesses, wohl auch nicht die latente Gefahr professioneller Verbundenheit, die durchaus auch bei nichtmedizinischen Sachverständigen immer noch spürbar ist. Anderes gilt hingegen für Zeugenaussagen. Hier zeichnet sich die Arzthaftungskonstellation durch eine typi-

58 S. etwa BGH NJW 1978, 1683 f.

59 Exemplarisch bereits BGH NJW 1970, 1230 f. (Organbeschwerden nach unvollständiger Kieferbehandlung).

60 Insofern instruktiv noch die Entscheidungen BGHZ 132, 341 ff. u. 137, 142 ff.

61 Allgemeiner dazu Mummenhoff, Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität (1997).

sche Gefällelage zulasten der Patientenseite aus. Zur Ermittlung des singulären Behandlungsgeschehens können deren Leute (Familienangehörige, Freunde, Bekannte) i.d.R. nichts Substantielles beitragen, weshalb als prinzipiell taugliche Zeugen nur das medizinische Personal in Betracht kommt – und das ist ganz überwiegend nicht unbefangen.<sup>62</sup> Das hat oft mit persönlicher (»kollegialer«) Nähe zu tun und überdies mit der Einbindung in Hierarchien, die zu entsprechenden Abhängigkeiten führen. Nicht selten geht es gar um Aussagen in jedenfalls zum Teil eigenen Angelegenheiten – so wenn etwa über Vorgänge im Team bekundet werden soll oder der behandelnde Arzt überhaupt nicht selbst verklagt worden ist. Hier kann eigentlich nur durch verbesserte Kompetenzen in Vernehmungstechnik und Glaubwürdigkeitsbeurteilung geholfen werden.<sup>63</sup> Einen zusätzlichen »Entlastungsbeitrag« könnte die bereits angemahnte Ausweitung der Dokumentationspflicht leisten, liegt es doch auf der Hand, dass die fraglichen Aussagen insbesondere dort benötigt werden, wo auf eine fixierte Auflistung der Behandlungsschritte nicht zurückgegriffen werden kann.

#### IV. Zur Kausalitätsfrage

Mag das Gericht auch bei der Aufgabe der Sorgfaltsfestlegung korrekt vorgegangen sein und sodann festgestellt haben, dass tatsächlich ein Behandlungsfehler vorgelegen hat, so ist das bekanntlich für die betroffene Patientin noch längst nicht das Ende der Fahnenstange. Offen geblieben ist nämlich immer noch, ob der Diligenzmangel überhaupt zu der reklamierten Gesundheitsbeeinträchtigung geführt hat. Welche Probleme diese Frage schon deshalb aufwirft, weil der Tatbestand der Gesundheitsverletzung keine festen Konturen hat, ist bereits zu Beginn thematisiert worden. An dieser Stelle soll nur nocheinmal an das Phänomen der parallelen Kausalitätsketten erinnert werden, das bei schon ausgebrochener, aber auch bei »im Keim« bereits angelegter (latenter) Erkrankung die Ermittlung der »wahren Ursächlichkeit« gehörig erschwert. Nicht von ungefähr gilt deshalb in der arzthaftungsrechtlichen Alltagspraxis die Ermittlung der Ursächlichkeit als die Kardinalaufgabe überhaupt.

Allerdings muss diesbezüglich ein weiteres Mal sauber differenziert werden. Zunächst geht es nämlich um die *generelle Eignung*, also darum, ob ein Behandlungsfehler der vorliegenden Art prinzipiell als Auslöser für Beschwerden wiederum solcher Art in Betracht kommt, und erst nach Bejahen dieser Frage um die *konkrete Kausalität* des singulären ärztlichen Fehlverhaltens für die Gesundheitsbeeinträchtigung dieser individuellen Patientin.<sup>64</sup> Diese Absichtung erinnert an die vorhin vorgenommene Unterscheidung zwischen Standardfestlegung und Subsumtion des Behandlungsgeschehens – und demgemäß sollte sie auch praktisch gehandhabt werden. Bei der Frage

62 Dass auch sonst die Zeugen gern zuerkannte »Neutralität« zumeist nicht der Realität entspricht, sei durchaus vermerkt, ändert jedoch nichts an der hier zur Debatte stehenden Sonderkonstellation.

63 Nach wie vor grundlegend das zweibändige Werk von Bender/Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 2. Aufl. 1995.

64 Zu dieser Zweiteilung namentlich in den Fällen schädlicher Arzneimittelwirkungen schon frühzeitig Hart, *Arzneimitteltherapie und ärztliche Verantwortung* (1990), S. 165.

nach der generellen Eignung muss ein weiteres Mal auf allgemeine fremde Wissensbestände zurückgegriffen werden, die sich das Gericht von sich aus zugänglich machen muss, weil die Konfligenten (vor allem die Patientenseite) insoweit keinerlei spezifische Informationsnähe haben und der Einzelfall ohne einschlägige Feststellungen wiederum gar nicht entschieden werden könnte. Zudem wäre auch auf dieser Ebene eine »Parteiherrschaft« mit der Möglichkeit entsprechender Arrangements kaum ersprießlich. Die Praxis verfährt allerdings – wenngleich erneut eher intuitiv – zumeist denn auch in diesem Sinne und stempelt die generelle Eignung i.d.R. zutreffend zur Mindestvoraussetzung für die weitere Kausalitätsprüfung.

Erst bei ihr tauchen denn auch die eigentlichen »Knackpunkte« auf, die in den *Abgleich der Fehlerauswirkungen mit dem schicksalhaften Verlauf* münden und in dem Versuch gipfeln, gewissermaßen die »Durchschlagskraft« der jeweiligen Faktoren zu gewichten und in Relation zueinander zu bringen. Dass sich dabei die aus Patientensicht günstige eindeutige Präponderanz des Behandlungsfehlers in der Mehrzahl der Fälle nicht ergibt, hat bekanntlich zu der in seinem Urteil vom 27.4.2004<sup>65</sup> nochmals bestärkten und zugleich präzisierten Judikatur des BGH zur Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler geführt. Sie ist längst zur Genüge dargestellt und auch kritisiert worden,<sup>66</sup> weshalb die folgenden Ausführungen auf die mir wesentlich erscheinenden Gesichtspunkte beschränkt werden können.

Zwar hat der BGH nunmehr<sup>67</sup> die lange benutzte Formel von den *Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr* auf letztere reduziert und damit auf den ersten Blick zugunsten von Rechtssicherheit und Gleichheit der Rechtsanwendung des tatrichterlichen Verifikationsermessens beschnitten. Hernach öffnet er aber dann doch wieder ein Hintertürchen, indem er darauf verweist, dass »eine flexible und angemessene Lösung ... im Arzthaftungsprozess im Einzelfall dadurch gewährleistet« werde, »dass dem Tatrichter die Wertung des Behandlungsgeschehens als grob fehlerhaft vorbehalten« sei. Damit wird die Unsicherheit praktisch nur vom einen auf das andere Gleis geschoben, wobei dort noch ein weiteres Ungemach droht. Der BGH bindet nämlich die Einschätzung als grob fehlerhaft an medizinische Vorgaben,<sup>68</sup> die es dafür in Wahrheit jedoch gar nicht gibt. Die am Heilerfolg orientierte Ärzteschaft kennt in Bezug auf ihre dementsprechenden Anstrengungen keine wissenschaftlich untermauerten Kategorien, die sich in das juristische Denken nach unterschiedlichen Fahrlässigkeitsgraden übersetzen ließen.

Dieses Manko ist auch hinsichtlich der Annahme der Judikatur zu konstatieren, dass der *grobe Behandlungsfehler zur Aufklärungerschwernis* beitrage.<sup>69</sup> Einschlägige medizinische Erkenntnisse sind dafür jedenfalls nicht vorhanden, so dass die Vermutung gerechtfertigt sein dürfte, dass es sich dabei um eine rein richterliche Einschätzung handelt. Diese müsste dann freilich auch den einfach Sorgfaltsverstoß erfassen,<sup>70</sup>

65 BGHZ 159, 48 ff.

66 Instruktives Referat bei Katzenmeier (wie FN 11), S. 423 ff.

67 Nicht zuletzt wohl in Reaktion auf die eindringliche Kritik von Laumen, NJW 2002, 3739 ff.

68 S. bereits BGHZ 138, 1 (6 f.).

69 So im Ansatz schon BGHZ 85, 212 (217).

70 Zutr. Wagner (wie FN 6), RN 732 zu § 823, sowie Katzenmeier, JZ 2004, 1030 (1032).

denn bereits er erzeugt ja schon den bei korrekter Behandlung nicht erforderlichen Verlaufsabgleich. Bei einer bestimmten Fallgestaltung, dem einfachen Befunderhebungsfehler, befindet sich der BGH<sup>71</sup> denn auch schon auf halbem Wege dahin. Wenn gleich er einschränkend hinzufügt, dass die unterlassene Abklärung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen so deutlichen und gravierenden Befund hätte ergeben müssen, »dass sich dessen Verkennung als fundamental oder die Nichtreaktion auf ihn als grob fehlerhaft darstellen würde«,<sup>72</sup> so bleibt der eigentliche Anknüpfungspunkt doch der einfache Pflichtverstoß, während es hernach allenfalls um eine virtuelle Fahrlässigkeit geht.<sup>73</sup>

Doch sei's drum! Das eigentliche Dilemma dürfte darin liegen, dass angesichts der für die Behandlungskonstellation typischen *beiderseitigen Beweisnot* mit der Umkehr des Aufklärungsrisikos das Problem nur von einem Teil auf den anderen verlagert wird. Das gilt zumal deshalb, weil der BGH nochmals betont, dass bereits die generelle Eignung genügen und es auf irgendwelche Wahrscheinlichkeiten nicht ankommen soll.<sup>74</sup> Das rührt an die Grundfesten des Beweislastdenkens, das – durchaus unabhängig von der Risikoverteilung – zumindest im Prinzip davon ausgeht, dass der Belastete eine faire Nachweischance hat. Indem aber judiziert wird, dass die Beweislastumkehr nur bei *gänzlicher Unwahrscheinlichkeit der Fehlerkausalität* ausgeschlossen sei,<sup>75</sup> wird diese Chance praktisch verwehrt und das Prozessergebnis vorgezogen. Im Endeffekt kann es so dazu kommen, dass sogar bei der sachverständigen Feststellung, der Behandlungsfehler sei – wiewohl prinzipiell verletzungsgeeignet – im konkreten Fall mit hoher Wahrscheinlichkeit doch nicht als ursächlich einzustufen, die Zurechnung bejaht wird.

Blickt man genauer hin, so beruht dies auf einer an sich durchaus *folgerichtigen Reziprozität*: Wenn die Patientin, sofern sie die Beweislast trägt, sogar bei weit überwiegender Wahrscheinlichkeit mit ihrem Begehren scheitert, dann soll es umgekehrt auch der Arzt mit seinem Entlastungsbemühen. Solche Gleichbehandlung erscheint bei den klassischen, auf Rechtfertigung bzw. Entschuldigung bezogenen Einwendungstatbeständen rechtshindernder Art<sup>76</sup> als adäquate Risikoverteilung. Sofern nämlich die vermeintliche Ersatzgläubigerin ihrem Verifikationsobligo nachgekommen ist, steht ja fest, dass die Verletzungsquelle aus dem gegnerischen Bereich stammt. Genau dies ist nun aber – und zwar unabhängig von der Schwere des Behandlungsfehlers – in unserer Konstellation nicht der Fall, und es streitet auch keinerlei tragfähige Vermutung für oder gegen die Fehlerkausalität.

71 U.a. mit seiner Entscheidung BGHZ 132, 47 (51 ff.).

72 BGHZ 159, 48 (56).

73 Die fragliche Judikatur ist inzwischen übrigens auch verfassungsgerichtlich »abgesegnet« worden; vgl. BVerfG NJW 2004, 2079 (Leitsatz).

74 BGHZ 159, 48 (54); s. noch BGH MDR 2005, 572 (573).

75 S. nur BGHZ 129, 6 (12).

76 Zu ihnen u.a. meine Ausführungen (wie FN 29), S. 1011 ff.

Diese Erkenntnis hat bekanntlich u.a. zu der Erwägung geführt, dem Problem mithilfe von Beweismaßreduzierungen beizukommen.<sup>77</sup> Da sich erst jüngst *Katzenmeier* intensiv mit ihr befasst hat,<sup>78</sup> soll zum Abschluss nur noch auf seine Ausführungen eingegangen werden. Freilich ist gleich vorwegzunehmen, dass dieselben allgemeiner Art sind, sich also nicht speziell mit der arzthaftungsrechtlichen Kausalfrage befassen. Letztlich verwirft er die Idee einer *Absenkung des Beweismaßes*, da es ohnehin Probleme bei der Bemessung von Beweiswerten gebe und zudem »bereits der kleine Sprung etwa von 49,9% auf 50,1% Wahrscheinlichkeit ... die weitreichendsten Konsequenzen« hätte.<sup>79</sup> Stattdessen hebt er den eigenen Gerechtigkeitswert von Beweislastentscheidungen hervor – zumal im Hinblick auf das sog. Angreiferprinzip. Ohne Vollbeweis der rechtsbegründenden Voraussetzungen werde die Klage zu Recht abgewiesen, weil sich der Kläger »in die Rolle des Angreifers begeben hat und eine Änderung in der Rechtswelt erstrebt, was auf eine Einschränkung der rechtlichen Freiheit des Gegners hinausläuft.«<sup>80</sup> Vergleichbares gelte für den Beklagten, falls dieser nicht die Voraussetzungen beweisen könne, »welche die Entstehung des dargelegten subjektiven Rechts hindern, dieses vernichten oder dessen Durchsetzbarkeit hemmen.«<sup>81</sup> Zuguterletzt plaidiert er zum Zwecke der Verringerung von Beweislastentscheidungen dafür, »nach Möglichkeiten besserer Sachverhaltsaufklärung« zu fragen, und sieht den hierfür geeigneten Weg vornehmlich in der »Anerkennung und Etablierung einer Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei.«<sup>82</sup>

Just diese verspricht nun aber bei der Entwirrung der »Kausalitätskonkurrenz« zwischen Behandlungsfehler und allgemeinem Behandlungsrisiko keinerlei effiziente Hilfe. Desweiteren bringt diesbezüglich der Rekurs auf Einwendung und Einrede nichts ein, weil die damit einhergehende Beweisbelastung das Anspruchssubstrat eben stets schon voraussetzt. Demgegenüber stellt die Zuweisung der Nachweisobliegenheit für das Nichtvorliegen der haftungsbegründenden Ursächlichkeit einen einzigartigen juristischen Handgriff dar, der an der grundsätzlichen Beweisnot überhaupt nichts ändert, sondern sie – wie bereits betont – lediglich personell umschichtet. Dann aber stellt sich zuguterletzt eben doch die Frage, ob das die Vielzahl von Beweislastentscheidungen überhaupt erst auslösende Beweismaß der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit wirklich so unantastbar ist. Der Antwort darauf könnte durchaus Gerechtigkeitswert beigemessen werden, ist es doch schwer zu vermitteln, dass eine Partei – sei es als Anspruchsverfolgerin, sei es als Einwendende – auch dann den Pro-

77 Der ebenfalls in der Diskussion befindliche Gedanke einer an der jeweiligen Wahrscheinlichkeit orientierten Schadensteilung (sog. Proportionalhaftung – zu ihr ausführlich Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl. 2000, S. 253 ff.) bleibt hier angesichts des Umstands ausgespart, dass er jenseits des in § 254 BGB beheimateten Abwägungsmodells de lege lata mit unserem gegenwärtigen Haftungssystem schwerlich zu versöhnen sein dürfte.

78 ZZZ 117 (2004), 187 (196 ff., 211 ff.).

79 AaO S. 212.

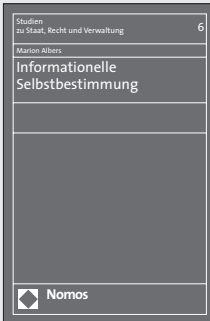
80 AaO S. 213.

81 AaO S. 214.

82 AaO S. 216.

zess verlieren soll, wenn fast alles dafür spricht, dass ihre Geschehensversion sich auch wirklich so abgespielt hat. Aus diesem Blickwinkel hat dann – zumindest für die Arzthaftung – der Gedanke an eine Beweismaßreduktion auch in Bezug auf die Herbeiführung der Primärverletzung vielleicht doch seine Berechtigung. Dabei habe ich eher eine deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit im Auge, bei der dem Faktum des die Aufklärung erst initiiierenden und zugleich erschwerenden Behandlungsfehlers in Anlehnung an die §§ 427, 444, 446 ZPO durchaus zusätzliches Gewicht beigemessen werden könnte. Damit würde die von *Katzenmeier* angesprochene Grenzsituation vermieden, obgleich diese bei einer mit Wahrscheinlichkeitsgraden operierenden Verifikation letztlich stets unentrinnbar ist. Ob man den Vollbeweis als geführt ansieht oder nicht, ist nämlich auch das Ergebnis einer Gratwanderung – nur eben auf »allerhöchster« Ebene.

# Leitbilder der Informationsgesellschaft



## Informationelle Selbstbestimmung

Von PD Dr. Marion Albers, Universität Hamburg

2005, 674 S., geb., 99,- €, ISBN 3-8329-1133-2

(Studien zu Staat, Recht und Verwaltung, Bd. 6)

Informationelle Selbstbestimmung gehört zu den zentralen Leitbildern in der Informationsgesellschaft. Das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte »Entscheidungsrecht über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten« hat großen Einfluss auf die gesamte Rechtsordnung. Seine Defizite werden aber immer deutlicher.

Die Arbeit zeigt die Charakteristika von Informationen, die Rolle der Medien, Techniken und Netze sowie die neuartigen Anforderungen an die Grundrechtsdogmatik auf. Im Anschluss daran erarbeitet sie ein gegenstandsgerechtes grundrechtliches Schutzkonzept.

Informationelle Selbstbestimmung wird im Rahmen einer Zwei-Ebenen-Konzeption in ein Bündel inhaltlich vielfältiger Bindungen und Rechtspositionen transformiert. Dadurch entsteht eine angemessene Basis für die Modernisierung und für die sachgerechte Integration des Informations- und Datenschutzes.

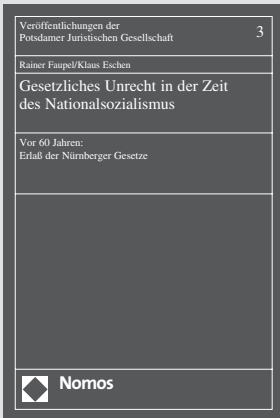
Die Arbeit vermittelt allen, die sich in Universitäten, Ministerien, Verwaltung, Unternehmen oder als Datenschutzbeauftragte mit Grundrechten und mit Informationsrecht beschäftigen, solide Grundlagen und neue Anregungen. Die Autorin war wissenschaftliche Mitarbeiterin am BVerfG und arbeitet jetzt als Universitätsdozentin.

Nomos Verlagsgesellschaft  
76520 Baden-Baden  
Tel. 0 72 21 / 21 04-37 | Fax -43  
[vertrieb@nomos.de](mailto:vertrieb@nomos.de)



**Nomos**

# Die Lehren aus Nürnberg haben auch nach 70 Jahren Bestand



## Gesetzliches Unrecht in der Zeit des Nationalsozialismus

Vor 60 Jahren: Erlass der Nürnberger Gesetze

Von Rainer Faupel und Klaus Eschen

1997, 71 S., Rückendrahtheftung, 10,50 €, ISBN 3-7890-5121-7

(Veröffentlichungen der Potsdamer Juristischen Gesellschaft, Bd. 3)

Am 15. September 1935 wurden die »Nürnberger Gesetze« von dem kurzfristig zum Reichsparteitag der NSDAP nach Nürnberg einberufenen Reichstag einstimmig beschlossen. Mit diesen Nürnberger Gesetzen fand der nationalsozialistische Rassenwahn Ausdruck in einem zynischen Gesetzgebungswerk, durch das Juden aus dem Staatsverband ausgeschlossen und unter Sonderrecht gestellt wurden.

Die vierte Vortragsveranstaltung der Potsdamer Juristischen Gesellschaft stand im Zeichen der 60. Wiederkehr dieses Erlasses. In den hier wiedergegebenen Beiträgen wird über den Inhalt der Nürnberger Gesetze und die weniger bekannte Ausführungsgesetzgebung informiert und die Eskalation jüdenfeindlicher Gesetzgebung vom »Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums« bis hin zu den Verordnungen nach der »Reichskristallnacht« eindringlich dargestellt. Abschließende Gedanken zur gesellschaftlichen Verantwortung späterer Generationen und den »Lehren« aus Nürnberg runden die Publikation ab.

### Die Autoren:

Rainer Faupel Staatssekretär im brandenburgischen Justizministerium a.D., Klaus Eschen Notar und Richter am Verfassungsgerichtshof Berlin a.D.

Nomos Verlagsgesellschaft  
76520 Baden-Baden  
Tel. 0 72 21/21 04-37 | Fax -43  
[vertrieb@nomos.de](mailto:vertrieb@nomos.de)



Nomos