

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	1
A. Hinführung zum Thema	1
B. Gang der Untersuchung und Zielsetzung	3

Teil I Arzthaftung: § 630h Abs. 5 S. 1 BGB und Alternativlösungen

§ 2 Grundlagen zum Beweisrecht	7
A. Beweisnot im Arzthaftungsprozess	7
I. Medizinischer Laie	7
II. Standessolidarität der gerichtlichen Gutachter	8
III. Unberechenbarkeit des lebendigen Organismus	10
IV. Zwischenfazit	10
B. Grundbegriffe: Beweislast und Beweismaß	11
I. Beweislast	11
II. Beweismaß	12
§ 3 § 630h Abs. 5 S. 1 BGB: Entwicklung, Inhalt, Kritik	15
A. Entwicklung der Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler	15
I. Ansätze des Reichsgerichts	16
II. Fortentwicklung des BGH	17
1. BGH, Urt. v. 21.12.1955 – VI ZR 127/55	17
2. BGH, Urt. v. 28.04.1959 – VI ZR 51/58	18
3. BGH, Urt. v. 11.04.1967 – VI ZR 61/66 und BGH, Urt. v. 12.03.1968 – VI ZR 85/66	18
4. BGH, Urt. v. 21.09.1982 – VI ZR 302/80	19
5. BGH, Urt. v. 01.10.1996 – VI ZR 10/96	20
6. BGH, Urt. v. 27.04.2004 – VI ZR 34/03	21
7. BVerfG, s. v. 25.07.1979 – 2 BvR 878/74 und Beschl. v. 15.03.2004 – 1 BvR 1591/03	22
8. Status Quo vor dem Patientenrechtegesetz	22

III. Patientenrechtegesetz	23
B. Inhalte des § 630h Abs. 5 S. 1 BGB	25
I. Tatbestand	25
1. Sachlicher Anwendungsbereich	26
a. Grober Behandlungsfehler	26
aa. Begriff des groben Behandlungsfehlers	26
bb. Fallgruppen	27
(1) Behandlung	28
(2) Therapeutische Sicherungsaufklärung	29
(3) Organisation	29
b. Grundsätzliche Eignung zur Schadensverursachung	30
c. Kein Ausschluss der Beweislastumkehr	31
d. Aufklärungserschwernisse?	32
2. Personeller Anwendungsbereich	33
a. Der Behandelnde	33
b. Legalzessionar Krankenversicherung	34
c. Gesamtschuld	35
aa. Schadensersatzpflicht des Erstschädigers – Unterbre- chung des Zurechnungszusammenhangs?	36
bb. Prozessuale Wirkungen zwischen den Beteiligten. . .	37
cc. Stand der Rechtsprechung	39
(1) BGH, Urt. v. 06.10.2009 – VI ZR 24/09	39
(2) OLG Braunschweig, Urt. v. 18.12.2008 – 1 U 40/07	41
(3) OLG Köln, Beschl. v. 14.07.1988 – 27 W 16/88	41
(4) OLG Stuttgart, Urt. v. 18.04.2006 – 1 U 127/04	42
(5) OLG Hamm, Urt. v. 17.11.2004 – 3 U 277/03	42
(6) Weitere Entscheidungen	43
(7) Fazit	43
dd. Stand des Schrifttums	44
ee. Stellungnahme	45
(1) Ausgangspunkt	45
(2) Teleologische Reduktion	46
(a) Personenkonstellation; soziale Bedeutung des Prozesses	47
(b) Feststehende Kausalität des Erstschädigers	48
(c) Schlechterstellung von Ärzten	49
(d) Zwischenfazit	50
(3) Praktische Anwendung im Regressprozess	51
(4) Zwischenfazit	53

e. Zufällig anwesender ärztlicher Nothelfer	54
f. Fazit	56
II. Rechtsfolge	57
C. Kritik	58
I. Fehlende dogmatische Begründung bzw. Legitimation	59
1. Besonderheiten des Arzthaftungsprozesses.	60
2. Sanktionsgedanke	61
3. Billigkeit	61
4. Vorhersehbarkeit	62
5. Das „Näher-dran-Argument“	63
6. Aufklärungserschwernisse.	63
7. Zwischenfazit	64
II. Inhalt und Konsequenzen	65
1. Der grobe Behandlungsfehler	65
a. Differenzierung zwischen einfachem und grobem Behandlungsfehler	65
b. Fehlende Konturen des groben Behandlungsfehlers	66
c. Potential zu emotionsgeleiteten Entscheidungen?	67
2. Die Ausschlussstatbestände	68
a. Völlig unwahrscheinlicher Kausalzusammenhang	68
b. Mitwirkungshandlung des Patienten	69
3. Rechtsfolge und Konsequenzen	70
a. Beschränkung auf Primärschäden	70
b. Ergebnisse der Beweislastumkehr	71
III. Stellungnahme	72
1. Zur dogmatischen Begründung	72
2. Zum Tatbestand	73
3. Zur Rechtsfolge und den Konsequenzen	74
§ 4 Alternativlösungen unter Beibehaltung des groben Behandlungsfehlers	75
A. Tatbestandliche Abwandlungen	75
I. Einbeziehung von Aufklärungserschwernissen	76
II. Einbeziehung der Kausalitätswahrscheinlichkeit	77
III. Stellungnahme	78
1. Aufklärungserschwernisse	78
2. Kausalitätswahrscheinlichkeit	79
B. Ansätze zur dogmatischen Begründung	80
I. Subsumtion unter bestehende, konkrete Regelungen	80
1. Schutzgesetzverletzung, § 823 Abs. 2 BGB	81
a. Meinungsstand	81
b. Stellungnahme	82
2. Beweisvereitelung	84
a. Meinungsstand	84
b. Verwandte Ideen	86
c. Stellungnahme	87

3. Anscheinsbeweis	88
a. Meinungsstand	88
b. Stellungnahme	89
II. Lösung im Schadensrecht	89
1. Grundsätze der hypothetischen Kausalität	90
a. Meinungsstand	90
b. Stellungnahme	91
2. Beweisrisiko als Teil des Schadens	91
a. Meinungsstand	91
b. Stellungnahme	92
III. Verfassungsrecht: Waffengleichheit	93
1. Meinungsstand	93
a. Grundlage: BVerfG, Beschl. v. 25.07.1979 – 2 BvR 878/74.	93
b. Schrifttum	95
2. Stellungnahme	96
IV. Zivil- oder beweisrechtliche Prinzipien	98
1. Verstoß gegen Treu und Glauben, § 242 BGB	98
a. Meinungsstand	98
b. Stellungnahme	99
2. Wahrscheinlichkeitsprinzip?	100
a. Meinungsstand	100
b. Stellungnahme	102
3. Sanktion, Prävention	102
a. Meinungsstand	102
b. Stellungnahme	104
aa. Grundsätzliche Berechtigung der Prävention durch Zivilrecht	104
bb. Prävention im Arzthaftungsrecht	106
4. Gefahr-/ Risikoerhöhung; Beherrschbarkeit des Geschehensablaufs	110
a. Meinungsstand	110
b. Stellungnahme	111
V. Fazit	112
§ 5 Weitere Alternativlösungen ohne den groben Behandlungsfehler ...	115
A. Beweislastumkehr bei jedem Behandlungsfehler	116
B. Absenkung des Beweismaßes	118
I. Für eine Absenkung	118
II. Gegen eine Absenkung	121
III. Umsetzungsmöglichkeiten	122
1. Grundsätzlich überwiegende Wahrscheinlichkeit in § 286 ZPO	123
a. Konzept	123
b. Gegenargumente	124

c. Stellungnahme	125
2. Gesamtanalogie zu beweismaßabsenken Normen.	125
a. Konzept.	125
b. Gegenargumente.	126
c. Stellungnahme	126
3. Beweismaßabsenkung aus Gründen des materiellen Rechts	127
a. Konzept.	127
b. Gegenargumente.	128
c. Stellungnahme	128
4. Anwendung § 287 ZPO.	129
a. Konzept.	129
b. Gegenargumente.	130
c. Stellungnahme	131
5. Zwischenfazit	133
C. Proportionalhaftung.	134
I. Rechtsvergleichende Beispiele	134
1. Frankreich	135
2. USA.	136
3. Österreich	136
4. Principles of European Tort Law.	137
5. Weitere.	138
6. Zwischenfazit	139
II. Für eine Proportionalhaftung	139
1. Gerechtigkeitsgewinn	140
2. Geringere Fehlerquote.	141
3. Ökonomische Aspekte.	141
4. Praxisaspekte.	142
III. Gegen eine Proportionalhaftung	142
1. Widerspruch zu Grundpfeilern des Haftungs- und Schadensrechts	142
2. Höhere Fehlerquote.	144
3. Ökonomische Aspekte.	145
4. Konsequenzen für die Praxis.	145
5. Zwischenfazit	147
IV. Umsetzungsmöglichkeiten	147
1. Analoge Anwendung § 830 Abs. 1 S. 2 BGB i. V. m. § 254 BGB.	148
a. Konzept.	148
b. Gegenargumente.	149
c. Stellungnahme	150
2. Schadensteilung gem. § 287 ZPO.	151
a. Konzept.	151
b. Gegenargumente.	152
c. Stellungnahme	154

3. Verlorene Heilungschancen.	154
a. Deliktsrecht.	155
b. Vertragsrecht.	156
aa. Die verlorene Chance als Schaden.	157
bb. Ersatzfähigkeit nach §§ 249 ff. BGB.	157
c. Gegenargumente.	158
aa. Umgehung des Kausalitätserfordernisses	158
bb. Sperrwirkung § 252 BGB	159
cc. Begrenzter Anwendungsbereich	160
dd. Erfolgseinstandspflicht und Übermaßhaftung	161
d. Stellungnahme	162
V. Zwischenfazit zur Proportionalhaftung.	163
D. Versicherungslösung; Härtefallfonds.	164
I. Vorteile	165
II. Umsetzungsvorschläge	166
III. Gegenargumente	167
IV. Stellungnahme.	169
§ 6 Stellungnahme	171
A. Verfassungsrechtliche Wertungen; Entscheidungskriterien.	171
B. Beweislastumkehr für alle Behandlungsfehler	172
C. Versicherungs- oder Fondslösung	172
D. Proportionalhaftung	173
E. Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler	174
F. Beweismaßabsenkung	174
G. Kombination Beweislastumkehr und Beweismaßabsenkung	176
H. Ergebnis.	178

Teil II Beweislastumkehr bei groben Pflichtverletzungen außerhalb der Arzthaftung

§ 7 Auswertung der Rechtsprechung	181
A. Schwimmlehrer-Entscheidung und Konsequenzen.	182
I. Schwimmlehrer.	182
1. Sachverhalt	182
2. Entscheidung.	183
3. Meinungsstand	184
II. Oberlandesgerichtliche Entscheidungen.	186
1. Volksfestverkaufsstand	186
a. Sachverhalt	186
b. Entscheidung	187
c. Meinungsstand	188
2. Architekt	189
a. Sachverhalt	189
b. Entscheidung	189

3. Badefrau	190
4. Gasinstallateur	191
a. Sachverhalt	191
b. Entscheidung	191
c. Revision	192
5. Polizist	193
a. Sachverhalt	193
b. Entscheidung	193
III. Zwischenfazit	195
1. Ausgangspunkt	195
2. Konsequenzen	196
B. Neubeginn der Entwicklung ab 2013	197
I. Höchststrichterliche Entscheidungen	198
1. Tierarzt	198
a. Sachverhalt	198
b. Entscheidung	198
c. Meinungsstand	200
2. Hausnotruf	202
a. Sachverhalt	202
b. Entscheidung	203
aa. Vorinstanz	203
bb. BGH	203
c. Meinungsstand	204
3. Badeaufsicht	207
a. Sachverhalt	207
b. Entscheidung	208
aa. Vorinstanz	208
bb. BGH	208
c. Meinungsstand	209
4. Sportlehrer	210
a. Sachverhalt	211
b. Entscheidung	211
aa. Vorinstanz	211
bb. BGH	212
c. Meinungsstand	213
II. Oberlandesgerichtliche Entscheidungen	214
1. Apotheker	215
a. OLG Köln, Urt. v. 07.08.2013 – 5 U 92/12	215
aa. Sachverhalt	215
bb. Entscheidung	216
cc. Meinungsstand	217
b. OLG Koblenz, Urt. v. 28.02.2018 – 5 U 1012/17	219
2. Rettungsdienst	220
a. OLG Köln, Urt. v. 22.08.2007 – 5 U 267/06	220
b. KG Berlin, Urt. v. 19.05.2016 – 20 U 122/15	221

aa. Sachverhalt	221
bb. Entscheidung	222
cc. Meinungsstand	223
c. KG Berlin, Beschl. v. 20.03.2017 – 20 U 147/16.	224
aa. Sachverhalt	224
bb. Entscheidung	225
d. OLG Koblenz, Beschl. v. 16.08.2017 – 5 U 603/17.	226
aa. Sachverhalt	226
bb. Entscheidung	226
cc. Meinungsstand	227
e. OLG Braunschweig, Beschl. v. 24.08.2020 – 9 U 27/20.	228
3. Badeaufsicht	228
a. Sachverhalt	228
b. Entscheidung	229
III. Zwischenfazit	230
1. Apotheker	230
2. Tierarzt	231
3. Rettungssanitäter	231
4. Hausnotrufvertrag, Badeaufsicht.	231
5. Sportlehrer	232
C. Fazit	233
I. Historische Entwicklung der Rechtsprechung	233
II. Status Quo.	234
1. Der Rechtsprechung	234
a. Begründung	234
b. Voraussetzungen und Rechtsfolge	235
2. Des Schrifttums	236
§ 8 Methodische Bewertungsgrundlagen für die Analogie	239
A. Methodik	239
I. Formen der Rechtsfortbildung	240
II. Voraussetzungen der Rechtsfortbildung	241
1. Planwidrige Regelungslücke	241
2. Weitere Voraussetzung	243
a. Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung	243
b. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	244
III. Zulässigkeit des Vorgehens des BGH	245
1. Entwicklung der Beweislastumkehr beim groben Behandlungsfehler.	245
a. Planwidrige Regelungslücke	245
b. Weitere Voraussetzungen	247
aa. Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung	247
bb. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	247
2. In den vorliegend untersuchten Konstellationen	248
a. Einordnung der Methode des BGH	249

aa. Weiterentwicklung der Rechtsprechung	249
bb. Analogie zu § 630h Abs. 5 S. 1 BGB	249
cc. Entwicklung eines neuen Rechtsgrundsatzes	250
dd. Entscheidung	250
b. Methodisch vorrangiges Mittel	251
IV. Zwischenergebnis	253
B. Auslegung: „Der Behandelnde“	254
I. Pharmazeutisch-technischer Assistent; Pflegefachkräfte	255
II. Notfallsanitäter; Rettungsassistenten	255
C. Zulässigkeit einer Analogie	258
I. Regelungslücke bzgl. der Kausalität bei Gesundheitsverletzungen?	258
II. Analogiefähigkeit des § 630h Abs. 5 S. 1 BGB	259
1. Ratio legis	260
2. Ausnahmecharakter	261
§ 9 Bewertung der einzelnen Fallgruppen	263
A. Tierarzt	264
I. Regelungslücke	264
II. Planwidrigkeit	264
III. Vergleichbare Interessenlagen	265
1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	265
2. Bewertung	266
a. Betroffenes Rechtsgut	267
aa. Bedeutung für den BGH	267
bb. Bedeutung im Schrifttum	268
b. Übrige Begründungsansätze	269
IV. Praktische Anwendung	270
V. Ergebnis	270
B. Apotheker	271
I. Unmittelbare Anwendung der §§ 630a ff. BGB	272
II. Regelungslücke	273
III. Planwidrigkeit	275
IV. Verhältnis zu § 84 Abs. 2 AMG	277
V. Vergleichbare Interessenlagen	278
1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	278
a. Rechtsgut	278
b. Tätigkeit	278
c. Ausbildung	280
d. Empfängerhorizont	280
e. Informationsasymmetrie	281
2. Bewertung	281
VI. Praktische Anwendung	283
VII. Ergebnis	284
C. Rettungsdienst	285

I. Rechtliche Grundlagen	285
1. Zur Organisation des Rettungsdienstes und den beteiligten Personen	285
2. Zur Haftung für Fehler im Rettungsdienst	286
a. Anspruchsgrundlagen	286
b. Anwendbarkeit der §§ 630a ff. BGB bei anderen Anspruchsgrundlagen	288
3. Zwischenfazit	289
II. Regelungslücke	290
III. Planwidrigkeit	291
IV. Vergleichbare Interessenlagen	292
1. Rettungsassistenten und -sanitäter	292
a. Medizinische Tätigkeiten	292
aa. Intendierter Anwendungsbereich	292
bb. Vergleichbare Interessenlagen	293
b. Nicht-medizinische Tätigkeiten	295
aa. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	295
bb. Bewertung	295
2. Disponenten	298
V. Praktische Anwendung	300
VI. Gegenargumente	303
VII. Ergebnis	304
D. Hausnotrufverträge	305
I. Vertragstypologische Einordnung	305
II. Regelungslücke	307
III. Planwidrigkeit	309
IV. Vergleichbare Interessenlagen	310
1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	310
2. Bewertung	311
V. Praktische Anwendung	313
VI. Gegenargumente	314
VII. Ergebnis	315
E. Badeaufsicht	316
I. Regelungslücke	317
1. Typische Aufklärungsschwierigkeiten	317
2. Abhilfe durch Anscheinsbeweis oder tatsächliche Vermutung	318
a. Anscheinsbeweis und tatsächliche Vermutung	319
b. Anscheinsbeweis bei der Verletzung von Aufsichtspflichten	320
aa. Oberlandesgerichtliche Rechtsprechung	321
bb. BGH, Urt. v. 03.02.1954 – VI ZR 332/52	322
c. Entwicklung einer allgemeinen Regel	323
aa. Anwendung der Regel	323
bb. Abwägung gegenüber einer Beweislastumkehr	326

3. Zwischenfazit	327
II. Vergleichbare Interessenlagen.	328
1. Vergleichbare Interessenlagen bei Badeunfällen.	328
2. Erarbeitung einer grundsätzlichen Grenze	330
III. Ergebnis	332
F. Lehrer, Schule	333
I. Haftungsausschluss gem. §§ 104 ff. SGB VII	334
II. Verbleibender Anwendungsbereich der Haftung für	
Fehler von (Sport-)Lehrern.	335
1. Fehlende Schulbezogenheit.	335
2. Vorsätzliche Schadensverursachung und Schulweg	336
3. Grob fahrlässige Schadensverursachung: Regressprozess,	
§ 110 Abs. 1 SGB VII	337
4. Zwischenergebnis	338
III. Rechtliche Behandlung der übrigen Fälle.	338
1. Grundsätzlich.	338
2. BGH, Urt. v. 04.04.2019 – III ZR 35/18.	339
a. Regelungslücke.	339
aa. Typische Aufklärungsschwierigkeiten.	339
bb. Lösung bei Beweiswürdigung?	340
b. Vergleichbare Interessenlagen	341
IV. Ergebnis	343
V. Haftung für Pflichtverletzungen im Sport im Übrigen	344
G. Sonstige Berufe	345
I. Anwendung der BGH-Rechtsprechung	346
II. Bewertung: Zulässigkeit einer Analogie	346
1. Volksfestverkaufsstand, Architekt, Gasinstallateur	346
2. Polizisten	347
§ 10 Fazit.	349
A. Regelungslücke	349
B. Planwidrigkeit	351
C. Vergleichbarkeit der Interessenlagen.	352
§ 11 Alternativlösungen.	357
A. Beweiserleichterungen.	358
I. De lege lata	358
II. De lege ferenda	359
B. Generelle Beweislastumkehr	360
C. Absenkung des Beweismaßes	360
I. Anwendung § 287 ZPO	361
1. Möglicher Anwendungsbereich für § 287 ZPO	361
a. Anwendung der Körperverletzungsdoktrin	362
aa. Tierarzt.	362
bb. Apotheker	363
cc. Übrige Fallgruppen	364

dd. Fazit	365
b. Verhaltensbezogene Haftungstatbestände	365
aa. § 280 Abs. 1 BGB	365
bb. § 823 Abs. 2 BGB	366
cc. § 839 BGB	367
dd. Fazit	367
2. Vergleichbarkeit zur Arzthaftung	367
a. Notwendigkeit	368
b. Zusammenführung mit dem übrigen Haftungsrecht.	369
II. Neues Konzept: Anknüpfung an den Schutzzweck der Pflicht. .	370
1. Meinungsstand zur Beweismaßabsenkung allgemein.	371
2. Herleitung einer Beweismaßabsenkung	372
a. Notwendigkeit einer Regelung	372
b. Argumente des materiellen Rechts;	
Fallgruppenzuordnung	373
aa. Ausgangspunkt: Stellenwert der Grundrechte	373
bb. Zivilrechtliche Argumente	374
(1) Verursachung der Beweisnot?	374
(2) Prävention	374
(3) Schutzzweck der vertraglichen/ beruflichen	
Pflicht	378
(a) Innerer Grund der beweisrechtlichen	
Konsequenz	379
(b) Wahl des beweisrechtlichen Mittels als	
Konsequenz	381
c. Zwischenfazit	383
3. Inhalt und Grenzen der intendierten	
Beweismaßabsenkung	384
a. Rechtsgüter: Leben, Körper, Gesundheit	384
b. Verletzung einer Pflicht zum Schutz dieser	
Rechtsgüter, die den eingetretenen Geschehensablauf	
verhindern sollte	385
aa. Pflicht zum Schutz des Lebens, Körpers und der	
Gesundheit	386
bb. Vertragliche oder berufliche Pflicht	386
cc. Schutz- & Steuerungszweck der Pflicht	387
c. Rechtsfolge	388
d. Konkretisierung: Anwendung auf die Fallgruppen.	388
aa. Fälle im Anwendungsbereich der Regelung	388
bb. Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs der	
Regelung	390
cc. Grenzfälle	390
4. Standort der intendierten Beweismaßabsenkung	392

5. Verhältnis zu § 630h BGB.	393
a. Absatz 1	393
b. Absatz 2	393
c. Absatz 3	394
d. Absatz 4	394
e. Absatz 5 Satz 1	394
f. Absatz 5 Satz 2	395
g. Zwischenfazit	396
6. Formulierungsvorschlag	397
7. Umsetzbarkeit durch richterliche Rechtsfortbildung?	399
III. Fazit.	400
D. Proportionalhaftung	401
E. Versicherungslösung	403
F. Ergebnis	404
§ 12 Zusammenfassung und Ausblick	409
Literatur.	417