

Beweismass, Beweislast und Haftung für den Verlust von Heilungschancen – Kausalitätsfragen im Arzthaftungsprozess in der Schweiz und in Deutschland

Inhaltsverzeichnis	Seite
I. Beweisschwierigkeiten im Arzthaftungsprozess	286
II. Schweizerisches Recht	288
1. Keine Beweislastumkehr	288
2. Beweismassreduktion	289
III. Deutsches Recht	291
1. Rechtswissenschaftliche Diskussion	291
2. Vereinbarkeit einer Beweismassreduktion mit geltendem Recht?	293
3. Lösung de lege ferenda?	295
IV. Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Heilungschancen	296
V. Fazit	300

I. Beweisschwierigkeiten im Arzthaftungsprozess

In der Schweiz wie in Deutschland ist das Kernproblem des Arzthaftpflichtprozesses regelmässig die Beweisführung und häufig die Beweisnot des Patienten.¹ Dieser hat nur begrenzten Einblick in das ärztliche Tun und kann als medizinischer Laie das Behandlungsgeschehen kaum beurteilen. Andererseits bleibt das ärztliche Erfahrungswissen begrenzt. Der Arzt wirkt bei seinen Massnahmen auf einen lebenden menschlichen Organismus ein. Dessen biologische und physiologische Reaktionen sind niemals in vollem Umfang berechenbar, vorhersehbar und beherrschbar. Sie entziehen sich strengen naturgesetzlichen Regeln weitgehend, können je nach der Konstitution des Patienten, dem Stadium der Krankheit und der psychischen Verfassung des Kranken sehr unterschiedlich sein. Möglich ist insbesondere auch, dass im Zusammenhang mit einem ärztlichen Eingriff Gesundheitsschäden auftreten, die bereits im menschlichen Körper angelegt und nicht aufzuhalten waren, die also nicht durch den konkreten Eingriff adäquat-kausal hervorgerufen worden sind, sondern sich schicksalhaft verwirklichten. Die Beweisführung im Arzthaftpflichtprozess ist mithin besonders schwierig, da gesundheitliche Beeinträchtigungen des Patienten im Zuge einer medizinischen Behandlung ebenso wie auf Fehlern auch auf der Krankheit oder sonstigen Umständen beruhen können, deren Auswirkungen nicht auf den Arzt abgewälzt werden dürfen, soll eine Zufallshaftung vermieden werden.² Aufgrund der vielen Unwägbarkeiten ist es nicht möglich, bereits von einem Misslingen ärztlichen Bemühens auf einen Fehler des Arztes zu schliessen, und selbst wenn der Nachweis im konkreten Einzelfall gelingt, kann nicht von der Pflichtverletzung ohne Weiteres auf den Kausalzusammenhang mit dem eingetretenen Schaden geschlossen werden.³ Zwar genügt Mitursächlichkeit,⁴ doch auch diese Feststellung gelingt an-

-
- 1 Zum schweizerischen Recht THOMAS SUTTER-SOMM/BRIGITTE SPITZ, Beweisfragen im Arzthaftungsprozess, in: WALTER FELLMANN/THOMAS POLEDNA (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Zürich 2003, S. 143 ff.; HARDY LANDOLT, Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess, in: WALTER FELLMANN/STEPHAN WEBER (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011, Zürich 2011, S. 81 ff. Zum deutschen Recht CHRISTIAN KATZENMEIER, Arzthaftung, Tübingen 2002 (zit. KATZENMEIER, Arzthaftung), S. 416 ff.; DERS., in: ADOLF LAUFS/CHRISTIAN KATZENMEIER/VOLKER LIPP, Arztrecht, 7. Aufl., München 2015 (zit. KATZENMEIER, Arztrecht), Kap. XI Rz. 46 ff.
 - 2 Die Fortschritte in der Medizin haben zwar auch die Möglichkeiten der Fehlerrückmeldung verbessert, die Beweisführung wurde dadurch aber nicht erleichtert. Gerade bei fortschreitender Erkenntnis der Verursachungsstruktur wird evident, dass bei der Schadenszurechnung monokausale Erklärungen unzureichend, wenn nicht sogar unzulässig sind.
 - 3 SUTTER-SOMM/SPITZ (Fn. 1), S. 143, 146, 155; MORITZ W. KUHN, in: DERS./TOMAS POLEDNA (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 610 f., 613; LANDOLT (Fn. 1), S. 81, 85, 91. Zum deutschen Recht KATZENMEIER (Fn. 1), Arztrecht, Kap. XI Rz. 47 m.w.N.
 - 4 BGH, NJW 2000, S. 3423; 2005, S. 2072; MedR 2011, S. 575. Anderes gilt nur bei abgrenzbaren Ursachenzusammenhängen im Sinne einer blossen Teilkausalität, BGH, NJW 1997, S. 796; VersR 2014, S. 1130. Entsprechend für die Schweiz, allerdings insgesamt unter dem Begriff Teilkausalität, BGE 133 III 462, E. 4.4.2; BGer 4A_397/2008 E. 4.1; s. auch LANDOLT (Fn. 1), S. 81, 90.

gesichts der Unberechenbarkeiten des menschlichen Organismus nur selten.⁵ Häufig lässt sich deshalb im Arzthaftungsprozess bezüglich der Frage, ob ein Behandlungsfehler des Arztes die Schädigung des Patienten verursacht hat, lediglich eine (mehr oder weniger genaue) Wahrscheinlichkeitsaussage treffen.

Rechtsprechung und Schrifttum in der Schweiz und in Deutschland sind sich einig, dass den typischen Beweisschwierigkeiten des Patienten begegnet werden muss, um unbillig erscheinende Konsequenzen, nämlich den regelmässigen Prozessverlust zu vermeiden. Keine Einigkeit besteht jedoch darin, wie dem Geschädigten zu helfen ist, ob mit einer Umkehr der Beweislast oder mit einer Reduktion des Beweismasses. Die Beweislast gibt Auskunft darüber, zu Lasten welcher Prozesspartei es geht, wenn eine entscheidungserhebliche Tatsache unbewiesen bleibt, welche Seite also das Risiko der Beweislosigkeit trägt und deshalb den Prozess verliert.⁶ Eine Umkehr der Beweislast stellt eine scharfe Waffe des Rechts dar, obliegt hiernach schliesslich nunmehr der Gegenseite der Entlastungsbeweis. Statt der beweispflichtigen Partei die Beweislast gänzlich abzunehmen, kommt auch eine Herabsetzung des Beweismasses in Betracht. Das Beweismass gibt generell an, wann der Beweis gelungen ist. Es weist der richterlichen Überzeugung einen genaueren Inhalt zu und bestimmt, wovon der Richter (mit welchem Grad an Sicherheit und Intensität) überzeugt sein muss.⁷ Trotz gedanklich klarer Trennung von Beweismass, Beweiswürdigung und Beweislast⁸ besteht ein enger sachlicher Zusammenhang: Erst wenn das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung die erforderliche Überzeugung in Anbetracht des geltenden Beweismasses nicht gewinnen konnte, der Beweis also nicht geführt ist, stellt sich die Frage nach den Folgen des non liquet. Eine Antwort

5 VERA VON PENTZ, Tendenzen der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Arzthaftung, MedR 2011, S. 222.

6 THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, Rz. 848; LEO ROSENBERG/KARL-HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010, § 115 I 2.

7 Zum schweizerischen Recht SUTTER-SOMM (Fn. 6), Rz. 897; HANS PETER WALTER, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, in: WALTER FELLMANN/STEPHAN WEBER (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Zürich 2009, S. 46, 52 f.; DANIEL SUMMERMATTER/CLAUDIA JACOB, Zum Beweismass beim Kausal- und Motivationszusammenhang, HAVE 2012, S. 136, 137. Zur Beweismassdogmatik ISABELLE BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, Bern 2007 (zit. BERGER-STEINER, Beweismass), S. 128 ff.; zur Beweismasskontrolle durch das BGer S. 308 ff.; DIES., Beweismass und Privatrecht, ZBJV 2008, S. 269, 308 ff.; DIES., Der Kausalitätsbeweis, in: STEPHAN WEBER (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2009, Zürich 2009 (zit. BERGER-STEINER, Kausalitätsbeweis), S. 13, 41 ff. Zum deutschen Recht REINHARD GREGER, Beweis und Wahrscheinlichkeit, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, S. 8 ff.; GERHARD WALTER, Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979, S. 5; HANNS PRÜTTING, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983 (zit. PRÜTTING, Beweislast), S. 59.

8 Vgl. MüKo-ZPO/PRÜTTING, § 286 N 17, 28 ff.; CHRISTIAN KATZENMEIER, Beweismassreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, ZZZ 117 (2004), S. 187, 189 f.

darauf geben die Regeln der Beweislast.⁹ Je geringer die Anforderungen an das Beweismass, desto kleiner die Zahl notwendiger Beweislastentscheidungen und umgekehrt.¹⁰

In Deutschland tragen Rechtsprechung und herrschende Lehre den Beweisschwierigkeiten des anspruchstellenden Patienten durch die Gewähr einer ganzen Reihe von Beweiserleichterungen und Beweislastumkehrungen Rechnung,¹¹ hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität insbesondere durch eine Beweislastumkehr bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers.¹² Diese wurde von der Rechtsprechung im Rahmen der deliktischen Arzthaftung gemäss § 823 Abs. 1 BGB entwickelt, gilt aber ebenso im Rahmen der vertraglichen Haftung nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB. Im Zuge der Kodifizierung des Behandlungsvertrags (§§ 630a–h BGB) durch das Patientenrechtegesetz im Jahre 2013¹³ wurden die Beweisfiguren des BGH in Gesetzesform gegossen (vgl. § 630h BGB).¹⁴

II. Schweizerisches Recht

1. Keine Beweislastumkehr

In der Schweiz hat sich eine solche Beweislastumkehr nicht durchgesetzt. Zwar wird sie teilweise bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers in Anlehnung an das deutsche Recht gefordert.¹⁵ Dem wird von der herrschenden Meinung jedoch die Festlegung der Beweislastverteilung in Art. 8 ZGB entgegengehalten, eine Änderung sei grundsätzlich Sache des Gesetzgebers und nicht der Gerichte.¹⁶ In diesem Sinne führen SUTTER-SOMM/SPITZ aus: «Eine sog. «Umkehr der Beweislast» gibt es nicht, jedenfalls nicht durch ein Gericht, sondern höchstens durch das Gesetz. Dann liegt aber nichts anderes vor als eben eine Verteilung der Beweislast für einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand.

9 SUTTER-SOMM (Fn. 6), Rz. 898, 900, 910 f.; BERGER-STEINER (Fn. 7), Kausalitätsbeweis, S. 13, 15.

10 GREGER (Fn. 7), S. 15; PRÜTTING (Fn. 7), Beweislast, S. 66.

11 Vgl. KATZENMEIER (Fn. 1), Arztrecht, Kap. XI Rz. 54 ff.

12 St. Rspr., vgl. nur BGHZ 159, S. 48 = JZ 2004, S. 909 m. Anm. CHRISTIAN KATZENMEIER = NJW 2004, S. 2011 m. Anm. ANDREAS SPICKHOFF; ausf. zu Voraussetzungen, dogmatischer Begründung und Kritik an dieser Rechtsfigur KATZENMEIER (Fn. 1), Arzthaftung, S. 439 ff.

13 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20. 2. 2013, BGBl. I S. 277 ff.; dazu CHRISTIAN KATZENMEIER, Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, S. 817 ff.; s. auch LOTHAR JAEGER, Patientenrechtegesetz, Überblick über die neue deutsche Regelung, HAVE 2015, S. 3 ff.

14 Zu § 630h BGB s. HANNS PRÜTTING, Die Beweislast im Arzthaftungsprozess und das künftige Patientenrechtegesetz, in: JÜRGEN STAMM (Hrsg.), FS Rüßmann, Saarbrücken 2013, S. 609 ff.; CHRISTIAN KATZENMEIER, Patientenrechte und Arzthaftung, in: EGON LORENZ (Hrsg.), Karlsruher Forum 2013, Karlsruhe 2014, S. 27 ff.; ALEXANDER WALTER, Das Beweisrecht der Behandlungsfehlerhaftung nach dem Patientenrechtegesetz, GesR 2013, S. 129 ff.; CHRISTOPH SCHÄRTL, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, NJW 2014, S. 3601 ff.

15 Etwa MARKUS SCHMID, Beweislast, Beweiserleichterung oder Beweislastumkehr im Arzthaftungspflichtprozess?, HAVE 2005, S. 232, 235; weitere Nachweise bei SUTTER-SOMM/SPITZ (Fn. 1), S. 143, 157.

16 SUTTER-SOMM/SPITZ (Fn. 1), S. 143, 157.

Eine «Umkehr der Beweislast» ist eine Verletzung des Bundeszivilrechts.»¹⁷ Die Beweisschwierigkeiten des Patienten rechtfertigten einen derart weitgehenden Schritt nicht.¹⁸ Auch das Bundesgericht betont, dass eine Umkehr der Beweislast im allgemeinen Haftungsrecht grundsätzlich systemfremd sei und im Gesetz keine Stütze finde.¹⁹ Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 ZGB derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.²⁰ Mangels einer besonderen gesetzlichen Bestimmung trägt die Beweislast für das rechtsbegründende Merkmal der Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Schaden mithin der klagende Patient.²¹ Dies gilt im Privatrecht sowohl für die vertragliche Haftung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. dem auf den Behandlungsvertrag anwendbaren Auftragsrecht,²² Art. 394 ff. OR, als auch für die ausservertragliche Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR.²³

2. Beweismassreduktion

Wird der Kausalitätsnachweis dem Patienten in der Schweiz bislang in keinem Fall gänzlich abgenommen, so wird ihm doch die Beweisführung durch eine Reduktion des Beweismasses erleichtert. Dabei werden im schweizerischen Privatrecht gemeinhin drei Beweisgrade unterschieden.²⁴ Nach dem – grundsätzlich auch für den Arzthaftungsprozess geltenden – Regelbeweismass der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit ist der Beweis erst geführt, «wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.»²⁵ Beweiserleichterungen sind möglich bei Vorliegen einer entsprechenden gesetzlichen Re-

17 SUTTER-SOMM/SPITZ (Fn. 1), S. 143, 149.

18 Vgl. MONIKA GATTIKER, Kausalhaftung für medizinische Behandlungen – Realität oder Zukunftsmusik?, AJP 2001, S. 645, 655 ff.; SUTTER-SOMM/SPITZ (Fn. 1), S. 143, 157 f.

19 BGE 132 III 715, E. 3.2.2.

20 Gängig ist diesbzgl. auch im schweizerischen Recht die Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden, rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen, vgl. etwa BGE 130 III 321, E. 3.1. Zur Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB im Haftpflichtprozess allg. H. P. WALTER (Fn. 7), S. 46, 49 ff., 57 ff. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung ist die Beweislastverteilung demnach durch Gesetzesauslegung zu ermitteln, vgl. SUTTER-SOMM (Fn. 6), Rz. 849 ff. (mit eigenem Auslegungsansatz); DERS./SPITZ (Fn. 1), S. 143, 149.

21 SUTTER-SOMM/SPITZ (Fn. 1), S. 143, 150, 155; LANDOLT (Fn. 1), S. 81, 83 f.

22 Vgl. SUTTER-SOMM/SPITZ (Fn. 1), S. 143, 144 f.

23 Zu den Haftungsgrundlagen s. KUHN (Fn. 3), S. 601 ff.; DERS., Die Arzthaftung in der Schweiz, MedR 1999, S. 248 ff.; GATTIKER, AJP 2001 (Fn. 18), S. 645 ff. Auf die öffentlich-rechtliche Haftung entsprechend organisierter Spitale soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

24 Ausf. BERGER-STEINER (Fn. 7), Beweismass, S. 41 ff.; MARK SCHWEIZER, Beweiswürdigung und Beweismass; Tübingen 2015, S. 469 ff.

25 St. Rspr., s. etwa BGE 130 III 321, E. 3.2; dazu SUTTER-SOMM (Fn. 6), Rz. 899 ff.; DERS./SPITZ (Fn. 1), S. 143, 148; LANDOLT (Fn. 1), S. 81, 93; BERGER-STEINER (Fn. 7), Beweismass, S. 240 ff.; DIES., ZBJV 2008 (Fn. 7), S. 269, 289 ff.; DIES. (Fn. 7), Kausalitätsbeweis, S. 13, 23 f.

gelung²⁶, unabhängig davon aber auch in Fällen typischer Beweisnot.²⁷ Neben dem Regelbeweismass sind insofern das Beweismass der Glaubhaftmachung oder einfachen Wahrscheinlichkeit²⁸ und das zwischen Regelbeweismass und Glaubhaftmachung anzusiedelnde, bei Beweisnot eingreifende Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit anerkannt.

Beweisnot besteht, «wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist (...). Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen.»²⁹ Auf dieser Grundlage geht das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung in Haftpflichtprozessen von einer typischen Beweisnot des Geschädigten im Hinblick auf den Nachweis des (natürlichen³⁰ und hypothetischen³¹) Kausalzusammenhangs aus und setzt das einzuhaltende Beweismass diesbezüglich generell auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herab.³² Diese Beweismassreduktion wird für erforderlich gehalten, soll andererseits aber auch ausreichen, die legitimen Interessen des Klägers zu schützen.³³ So wird gerade auch im besonders problematischen Arzthaftungsprozess dem Patienten der Beweis erleichtert.³⁴

Überwiegende Wahrscheinlichkeit ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts gegeben, «wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten ver-

26 Art. 42 Abs. 2 OR gilt in diesem Zusammenhang unmittelbar nur bzgl. des Schadens und der Schadenshöhe; dazu BGE 133 III 462, E. 4.4.2; LANDOLT (Fn. 1), S. 81, 89 f.; H. P. WALTER (Fn. 7), S. 46, 60 ff.; zur Bedeutung von Art. 42 OR für das Beweismass WALTER FELLMANN, Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR, in: DERS./STEPHAN WEBER (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2007, Zürich 2007, S. 35, 55 ff.

27 St. Rspr., vgl. nur BGE 130 III 321, E. 3.2; dazu SUTTER-SOMM (Fn. 6), Rz. 904; LANDOLT (Fn. 1), S. 81, 94.

28 Zum Begriff BGE 130 III 321, E. 3.3; BGE 132 III 715, E. 3.1; dazu SUTTER-SOMM (Fn. 6), Rz. 908 f.; LANDOLT (Fn. 1), S. 81, 93; SUMMERMATTER/JACOBER, HAVE 2012 (Fn. 7), S. 136, 142; BERGER-STEINER (Fn. 7), Beweismass, S. 269 ff.; DIES., ZBJV 2008 (Fn. 7), S. 269, 298 ff.; DIES. (Fn. 7), Kausalitätsbeweis, S. 13, 37 ff.

29 St. Rspr., s. etwa BGE 130 III 321, E. 3.2; dazu SUTTER-SOMM (Fn. 6), Rz. 905; LANDOLT (Fn. 1), S. 81, 87, 94; H. P. WALTER (Fn. 7), S. 46, 55 f.; BERGER-STEINER (Fn. 7), Beweismass, S. 299 ff.; DIES., ZBJV 2008 (Fn. 7), S. 269, 305 f.; DIES. (Fn. 7), Kausalitätsbeweis, S. 13, 40.

30 I. S. e. *conditio sine qua non*, vgl. etwa BGE 132 III 715, E. 2.2; BGE 133 III 462, E. 4.4.2.

31 Bei Unterlassen, vgl. etwa BGE 132 III 715, E. 2.3.

32 BGE 132 III 715, E. 3.2; BGE 133 III 462, E. 4.4.2; dazu SUTTER-SOMM (Fn. 6), Rz. 906; SUMMERMATTER/JACOBER, HAVE 2012 (Fn. 7), S. 136, 144; ISABELLE JUVET, Degré de la preuve en droit de la responsabilité civile, plus particulièrement sous l'angle de la causalité, in: STEPHAN FUHRER/CHRISTINE CHAPPUIS (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Liber amicorum Brehm, Bern 2012, S. 205, 208; H. P. WALTER (Fn. 7), S. 46, 65 f.; BERGER-STEINER (Fn. 7), Kausalitätsbeweis, S. 13 ff.

33 BGE 132 III 715, E. 3.2.3.

34 SUTTER-SOMM/SPITZ (Fn. 1), S. 143, 155; KUHN (Fn. 3), S. 611; LANDOLT (Fn. 1), S. 81, 97 f.

nünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.»³⁵ Die genauen inhaltlichen Anforderungen dieses Beweisgrades bleiben damit freilich verhältnismässig unbestimmt.³⁶ Umstritten ist insbesondere, ob sich die Beweisgrade überhaupt durch prozentuale Wahrscheinlichkeitsquoten präzisieren lassen,³⁷ und wenn ja, welche Quote erforderlich ist, damit von überwiegender Wahrscheinlichkeit gesprochen werden kann.³⁸ Dem Wortsinne nach setzt überwiegende Wahrscheinlichkeit lediglich voraus, dass (ausgehend von zwei möglichen Ursachen) eine Ursache wahrscheinlicher ist als die andere, also eine Wahrscheinlichkeitsquote von über 50 % besteht. Im schweizerischen Schrifttum besteht diesbezüglich dann aber doch ein gewisses Unbehagen. Verbreitet wird daher davon ausgegangen, dass überwiegende Wahrscheinlichkeit erst ab einem deutlich höheren Prozentwert gegeben ist, und zur Klarstellung insofern der Begriff «hohe Wahrscheinlichkeit» vorgezogen.³⁹ Häufig wird heute eine Quote von mindestens 75 % verlangt.⁴⁰ Das Bundesgericht hat in einem Einzelfall jedenfalls eine Quote von 51 % als unzureichend erachtet.⁴¹

III. Deutsches Recht

1. Rechtswissenschaftliche Diskussion

In jüngerer Zeit wurde die Frage einer Reduzierung des Beweismasses im Arzthaftpflichtprozess zwecks Milderung der Beweisschwierigkeiten auch in der deutschen Rechtswis-

35 Vgl. BGE 132 III 715, E. 3.1; dazu SUTTER-SOMM (Fn. 6), Rz. 907; LANDOLT (Fn. 1), S. 81, 93, 95.

36 Nähere Erläuterungen bei BERGER-STEINER (Fn. 7), Beweismass, S. 249 ff.; DIES., ZBJV 2008 (Fn. 7), S. 269, 293 ff.; DIES. (Fn. 7), Kausalitätsbeweis, S. 13, 24 ff.; SUMMERMATTER/JACOB, HAVE 2012 (Fn. 7), S. 136, 142 ff.

37 Für eine zahlenmässige Darstellung mittels Prozentangaben zur Konkretisierung der Beweisgrade BERGER-STEINER (Fn. 7), Beweismass, S. 215 ff.; DIES., ZBJV 2008 (Fn. 7), S. 269, 279 ff.; DIES. (Fn. 7), Kausalitätsbeweis, S. 13, 18 ff. Dabei wird eingeräumt, dass eine naturwissenschaftlich exakte Bestimmung des erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrades weder generell noch im Einzelfall möglich ist und deshalb diesbzgl. auch keine verbindlichen Werte angestrebt werden. Entscheidend bleibe stets die Überzeugungsbildung des Gerichts. Dennoch dienen Wahrscheinlichkeitsquoten der Veranschaulichung und Vereinheitlichung und seien damit in der Praxis dringend benötigte Orientierungspunkte für den Rechtsanwender, freilich mit einer gewissen Spannweite. S. auch SUMMERMATTER/JACOB, HAVE 2012 (Fn. 7), S. 136, 139; H. P. WALTER (Fn. 7), S. 46, 53 ff.

38 LANDOLT (Fn. 1), S. 81, 95 f.

39 Vgl. BERGER-STEINER (Fn. 7), Beweismass, S. 249 ff.; DIES., ZBJV 2008 (Fn. 7), S. 269, 293 ff.; DIES. (Fn. 7), Kausalitätsbeweis, S. 13, 24 ff.; SUMMERMATTER/JACOB, HAVE 2012 (Fn. 7), S. 136, 143 f.; H. P. WALTER (Fn. 7), S. 46, 54, Fn. 31.

40 Vgl. BERGER-STEINER (Fn. 7), Beweismass, S. 249 ff.; DIES., ZBJV 2008 (Fn. 7), S. 269, 293 ff.; DIES. (Fn. 7), Kausalitätsbeweis, S. 13, 24 ff.; im Anschluss daran SUMMERMATTER/JACOB, HAVE 2012 (Fn. 7), S. 136, 144, 148; JUVET (Fn. 32), Liber amicorum Brehm, S. 205, 206; H. P. WALTER (Fn. 7), S. 46, 54.

41 BGer 4A_397/2008 E. 4.3 m. Anm. VOLKER PRIBNOW, Die überwiegende Undurchsichtigkeit – wie viel Beweis für welches Mass?, HAVE 2009, S. 158 ff. Ob sich diese Entscheidung verallgemeinern lässt, ist äusserst fraglich.

senschaft thematisiert.⁴² Obwohl es sich um eine zentrale Frage handelt, geht der Gesetzgeber des Patientenrechtegesetzes mit keinem Wort darauf ein.

Die grundsätzliche Festlegung des Beweismasses ergibt sich im deutschen Recht aus § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO, wonach es für die richterliche Überzeugung darauf ankommt, «ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei». Die herrschende Meinung verlangt als Grundlage für die zu gewinnende Wahrheitsüberzeugung des Richters von einer behaupteten Tatsache «einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschliessen.»⁴³ Erforderlich ist danach kein medizinisch-naturwissenschaftlicher Nachweis und keine mathematische, jede Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs ausschliessende Gewissheit. Zweifel, die sich auf lediglich theoretische Möglichkeiten gründen, für die tatsächliche Anhaltspunkte nicht bestehen, sind nicht von Bedeutung.⁴⁴ Die Überzeugungsbildung ist ein Akt wertenden Erkennens.⁴⁵

Dem strengen Beweismass der Wahrheitsüberzeugung setzen verschiedene Autoren die These entgegen, eine bestimmte Tatsache sei bereits dann der richterlichen Entscheidung

-
- 42 KATZENMEIER (Fn. 1), *Arzthaftung*, S. 503 ff.; DERS., ZPZ 117 (2004) (Fn. 8), S. 187 ff.; GERALD MÄSCH, *Chance und Schaden*, Tübingen 2004, S. 127 ff.; LUIDGER RÖCKRATH, *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung*, München 2004; MORITZ BRINKMANN, *Das Beweismass im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, Köln/Berlin/München 2005, S. 75 ff. u. passim; GERDA MÜLLER, *Neue Perspektiven beim Schadensersatz*, VersR 2006, S. 1289, 1296 f.; GERHARD WAGNER, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, München 2006 (zit. WAGNER, 66. DJT), A 60; DERS., *Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata*, in: GERDA MÜLLER/EILERT OSTERLOH/TORSTEN STEIN (Hrsg.), *FS Hirsch*, München 2008, S. 453 ff.; GOTTFRIED SCHIEMANN, *Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung*, in: ANDREAS HELDRICH/JÜRGEN PRÖLSS/INGO KOLLER (Hrsg.), *FS Canaris*, Bd. I, München 2007, S. 1161 ff.; JOCHEN TAUPITZ, *Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen – insbesondere in der Arzthaftung?*, in: ANDREAS HELDRICH/JÜRGEN PRÖLSS/INGO KOLLER (Hrsg.), *FS Canaris*, Bd. I, München 2007, S. 1231 ff.; GERALD SPINDLER, *Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht*, AcP 208 (2008), S. 283, 326 ff.; RALPH SEIFERT, *Ärztlicher Behandlungsfehler und schicksalhafter Verlauf*, Baden-Baden 2009; ULRICH FOERSTE, *Beweiserleichterung nach groben und einfachen Behandlungsfehlern*, in: HANS-JÜRGEN AHRENS/CHRISTIAN VON BAR/GERFRIED FISCHER/ANDREAS SPICKHOFF/JOCHEN TAUPITZ (Hrsg.), *FS Deutsch*, Berlin 2009, S. 165, 168 ff.; CHRISTOPHER BOLKO EHLGEN, *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen*, Tübingen 2013, S. 140 ff.
- 43 BGHZ 53, S. 245, 256 = NJW 1970, S. 946, 948; BGH, NJW 1989, S. 2948, 2949; 2003, S. 1116, 1117; 2008, S. 2845; 2012, S. 392, 393; zum Arzthaftungsrecht BGH, NJW 2004, S. 777, 778; 2008, S. 1381, 1382; 2008, S. 2846, 2848; 2014, S. 71, 72 = MedR 2014, S. 649, 650 m. Anm. HANNS PRÜTTING; v. PENTZ, MedR 2011 (Fn. 5), S. 222, 223; w.N. zu Rspr. u. Lit. bei STEIN/JONAS/LEIPOLD, ZPO, § 286 N 5 ff.; MüKo-ZPO/PRÜTTING, § 286 N 32 ff.
- 44 BGH, NJW 1989, S. 2948 = MedR 1989, S. 240; NJW 2008, S. 1381; v. PENTZ, MedR 2011 (Fn. 5), S. 222, 223.
- 45 BGH, NJW 2014, S. 71, 72 = MedR 2014, S. 649, 650 m. Anm. HANNS PRÜTTING; GERDA MÜLLER, in: EGON LORENZ (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 2013, Karlsruhe 2014, S. 133 f.

zugrunde zu legen, wenn die überwiegende Wahrscheinlichkeit für sie spreche,⁴⁶ wobei der Bedeutungsgehalt dieses Begriffes inhaltlich nicht ohne Weiteres seinem schweizerischen Pendant gleichzusetzen ist. Als Argument für dieses reduzierte Beweismass wird vorgebracht, es sei «gerechter, nach dem Wahrscheinlichen zu urteilen als nach dem Unwahrscheinlichen».⁴⁷ In der Beweismassreduzierung wird das geeignete Mittel zur Maximierung der Chancen erblickt, in Zweifelsfällen zu zutreffenden gerichtlichen Feststellungen zu gelangen und damit die Irrtumsquote möglichst gering zu halten, also Fehlentscheidungen zu vermeiden.⁴⁸ Zudem liessen sich Entscheidungen, die auf der diskursiven Abwägung von Wahrscheinlichkeiten beruhten, besser nachvollziehen und überprüfen als richterliche Wahrheitsüberzeugungen.⁴⁹ Das Komplementärverhältnis von Beweismass und Beweislast lässt eine Beweismassreduktion gerade für den Arzthaftungsprozess attraktiv erscheinen, würde so das ausgesprochen stark differenzierte und inzwischen komplizierte System der dogmatisch nicht immer restlos überzeugenden Beweislastregeln weitgehend hinfällig.

2. Vereinbarkeit einer Beweismassreduktion mit geltendem Recht?

Die Lehre vom Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit muss sich nach ihrer Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht fragen lassen. Hier ergeben sich Bedenken bereits aus dem Wortlaut des § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO.⁵⁰ In dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber als Regelbeweismass die volle Überzeugung des Richters von der Wahrheit normiert. Auch wenn objektive Wahrscheinlichkeitserwägungen eine sachgerechte Grundlage und ein Hilfsmittel der Überzeugungsbildung bieten, so lässt die gesetzliche Festlegung des Vollbeweises für den Regelfall doch weder (irgend-)eine Wahrscheinlichkeitsüberzeu-

46 Vgl. etwa GERHARD KEGEL, Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: KURT BIEDENKOPF/HELMUT COING/ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER (Hrsg.), FS Kronstein, Karlsruhe 1967, S. 321, 335 ff., 343 f.; BERNHARD MAASSEN, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, Köln/Berlin/Bonn/München 1975, S. 52 ff., 153 ff., 194; RUDOLF BRUNS, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., München 1979, S. 243 ff.; für den Kausalitätsbeweis: HANS-JOACHIM MUSIELAK, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Berlin/New York 1975, S. 110 ff.; GÖTZ TOBIAS WIESE, Wahrscheinlichkeitshaftung, ZRP 1998, S. 27 ff.; GERT BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht, Berlin/Heidelberg 2006 (zit. BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht), S. 615 ff.; spez. für den Arzthaftungsprozess MüKo-BGB/WAGNER, § 823 N 861; ANDREAS SPICKHOFF, Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, S. 267, 268.

47 KEGEL (Fn. 46), FS Kronstein, S. 321, 335.

48 RICHARD MOTSCH, Vom rechtsgenügenden Beweis, Berlin 1983, S. 55; MAASSEN (Fn. 46), S. 5 ff.

49 RUDOLF BRUNS, Beweiswert (Rezension), ZZP 91 (1978), S. 64, 71, Fn. 11; DERS. (Fn. 46), S. 244; MUSIELAK (Fn. 46), S. 114; krit. G. WALTER (Fn. 7), S. 186 ff. – Zu weiteren, spez. für den Arzthaftungsprozess vorgebrachten Argumenten s. KATZENMEIER (Fn. 1), Arzthaftung, S. 516 ff.

50 Deutlich PRÜTTING (Fn. 7), Beweislast, S. 79; G. WALTER (Fn. 7), S. 160 ff.; HELMUT WEBER, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, Tübingen 1997, S. 139 f.; auch MÄSCH (Fn. 42), S. 128. Abw. diejenigen, die bereits den Behandlungsfehler als Haftungsgrund qualifizieren und für alle Gesundheitsfolgen § 287 ZPO zur Anwendung bringen wollen; vgl. dazu KATZENMEIER (Fn. 1), Arztrecht, Kap. XI Rz. 57 ff., 93.

gung genügen, noch kann die bloss überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichen, um die erforderliche Wahrheitsüberzeugung des Richters zu begründen.⁵¹ Letzteres ist zwar nicht denknotwendig ausgeschlossen.⁵² Entscheidungen, die auf einer bloss leicht überwiegenden Wahrscheinlichkeit beruhen, müsste es aber notgedrungen an der inneren Überzeugungskraft mangeln.⁵³

Vor diesem Hintergrund erklärt sich wohl auch das Unbehagen im schweizerischen Schrifttum gegen ein Beweismass von lediglich etwas mehr als 50 % und die verbreitete Forderung nach einer höheren Wahrscheinlichkeitsquote. Da für das Beweismass keine unmittelbare gesetzliche Anknüpfung besteht,⁵⁴ werden gegenüber einer Reduktion soweit ersichtlich letztlich aber keine vergleichbaren grundlegenden Bedenken angemeldet wie gegenüber einer Beweislastumkehr. Zwar wird angemerkt, eine Reduktion des Beweismasses habe durchaus ähnliche Folgen wie eine Beweislastumkehr, wird dadurch doch zumindest indirekt auf die Beweislastverteilung des Art. 8 ZGB eingewirkt, indem die Fälle des *non liquet*, in denen die Beweislast überhaupt erst zum Tragen kommt, verringert werden.⁵⁵ Das Bundesgericht aber trägt dem keine Rechnung, es begnügt sich vielmehr mit der Feststellung, dass eine Beweismassreduktion keinen direkten Einfluss auf die Beweislastverteilung hat.⁵⁶

Gegen das Überwiegensprinzip ergeben sich im deutschen Recht gewichtige Einwände sodann aus der Gesetzessystematik.⁵⁷ Die Unterschiede zwischen § 286 ZPO einerseits und andererseits § 287 ZPO, der hinsichtlich des Nachweises der Entstehung und der Höhe des Schadens die freie Überzeugung ohne Bezug auf die Wahrheit, also keine volle Überzeugung verlangt und so zugleich das Beweismass herabsetzt,⁵⁸ sowie § 294 ZPO, wonach blosser Glaubhaftmachung genügt, bedeuten eine grundlegende gesetzgeberische Differenzierung und zeigen deutlich, dass im Regelfall der Richter seine Entscheidung noch nicht auf den Sachverhalt stützen darf, für den eine gewisse Plausibilität oder eine überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht.⁵⁹ Bestätigt wird dieses Ergebnis durch die grosse Zahl spezieller gesetzlicher Vorschriften, die Abstufungen vom Regelbeweismass des § 286 ZPO enthalten.⁶⁰ Viele dieser Einzelvorschriften wären funktionslos und sinn-

51 BGH, NJW 2014, S. 71, 72 = MedR 2014, S. 649, 650 m. Anm. HANNS PRÜTTING; MüKo-ZPO/PRÜTTING, § 286 N 40; MUSIELAK/FOERSTE, ZPO, § 286 N 17 ff.

52 Zur Trennung zwischen Tatsachenwahrscheinlichkeit und Überzeugungsgrad vgl. STEVE GOLD, *Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence*, 96 Yale Law Journal (1986), S. 376 ff.; WIESE, ZRP 1998 (Fn. 46), S. 27, 30.

53 STEIN/JONAS/LEIPOLD, ZPO, § 286 N 9; BARBARA STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess*, Köln 2002, S. 358 ff.

54 Zur Bedeutung von Art. 8 ZGB als Rechtsgrundlage auch für das Beweismass, jedoch ohne inhaltliche Festlegung BERGER-STEINER (Fn. 7), *Beweismass*, S. 116 ff.

55 SUTTER-SOMM/SPITZ (Fn. 1), S. 143, 149 f.

56 BGE 132 III 715, E. 3.2.2.

57 Vgl. G. WALTER (Fn. 7), S. 174 ff.; PRÜTTING (Fn. 7), *Beweislast*, S. 79 ff.; H. WEBER (Fn. 50), S. 140 ff.

58 Dazu KATZENMEIER (Fn. 1), *Arztrecht*, Kap. XI Rz. 57 f.

59 MüKo-ZPO/PRÜTTING, § 286 N 36; insoweit auch MÄSCH, (Fn. 42), S. 128.

60 Umfangreiche Nachweise bei PRÜTTING (Fn. 7), *Beweislast*, S. 80 ff.

widrig, sähe das geltende Recht die überwiegende Wahrscheinlichkeit als Regelbeweismass vor.⁶¹

Entsprechende systematische Einwände werden im schweizerischen Recht nicht geltend gemacht. Freilich hat auch der schweizerische Gesetzgeber verschiedentlich ausdrückliche Entscheidungen in Bezug auf das Beweismass getroffen.⁶² Diese werden jedoch weniger als Argument gegen eine ungeschriebene Beweismassreduktion hinsichtlich der Kausalität verstanden, sondern vielmehr gerade als Vergleichsbasis für weitere Beweiserleichterungen herangezogen.⁶³ In der typischen Beweisnot wird insofern ohne Weiteres ein ausreichender Sachgrund für eine Beweismassreduktion im Wege richterrechtlicher Rechtsfortbildung gesehen.

3. Lösung de lege ferenda?

Auch wenn der deutsche Gesetzgeber im Jahre 2013 bei der Kodifikation der Patientenrechte die in der Rechtswissenschaft diskutierten Gesichtspunkte nicht einmal in Erwägung gezogen hat, bleibt doch die Frage, ob nicht eine Beweismassreduzierung auch in Deutschland de lege ferenda wünschenswert wäre. Das ist unseres Erachtens zu verneinen. Das Überwiegensprinzip begegnet bereits gewichtigen Praktikabilitätsbedenken, da Wahrscheinlichkeiten beim forensischen Beweis nur in groben Werten, nicht aber mit mathematischer Genauigkeit ermittelt werden können.⁶⁴ Sodann verkennt die Argumentation, es sei gerechter nach dem jeweils Wahrscheinlicheren zu urteilen, das Wesen von Beweislastentscheidungen grundsätzlich. Beweislastregeln beruhen auf sachlichen Gründen, und zwar in der Regel materiellen Gerechtigkeitserwägungen, welche letztlich auch den auf sie gestützten Entscheidungen einen eigenen Gerechtigkeitswert verleihen.⁶⁵ Das vom Gesetzgeber wohlgedachte, kunstvoll angelegte und von der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entsprechend den Verkehrsbedürfnissen fortentwickelte Beweislastsystem ist im Ergebnis besser geeignet, den widerstreitenden Interessen von Kläger und Beklagtem gerecht zu werden als Entscheidungen nach überwiegender Wahrscheinlichkeit.⁶⁶ Schliesslich stünde zu befürchten, dass eine Verpflichtung zum Er-

61 MüKo-ZPO/PRÜTTING, § 286 N 36; H. WEBER (Fn. 50), S. 140.

62 Art. 42 Abs. 2 OR stellt eine besondere, dem deutschen § 287 ZPO vergleichbare Regelung hinsichtlich des Schadensnachweises dar. Ebenso wird im Gesetz verschiedentlich auf die blosser Glaubhaftmachung verwiesen, z. B. Art. 261 Abs. 1 der schweizerischen ZPO.

63 Bis hin zum Analogieschluss, vgl. zu Art. 42 Abs. 2 OR BRUNO PASQUIER, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich 2014, S. 130 ff. m.w.N.; DERS., Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – Kritik an Art. 42 Abs. 2 OR, HAVE 2015, S. 235 ff.

64 Näher PRÜTTING (Fn. 7), Beweislast, S. 78; GREGER (Fn. 7), S. 102 f.; H. WEBER (Fn. 50), S. 141 ff.; KATZENMEIER (Fn. 1), Arzthaftung, S. 529 f.

65 DIETER LEIPOLD, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, Berlin 1985, S. 8; PRÜTTING (Fn. 7), Beweislast, S. 85 f.; KATZENMEIER, ZJP 117 (2004) (Fn. 8), S. 187, 213 f.

66 PG-ZPO/LAUMEN, § 286 N 24; ZÖLLER/GREGER, ZPO, § 286 N 18; KARL-HEINZ SCHWAB, Das Beweismaß im Zivilprozeß, in: RICHARD HOLZHAMMER/WOLFGANG JELINEK/PETER BÖHM (Hrsg.), FS Fasching, Wien 1988, S. 451, 456.

satz von Schäden, die der Beklagte nicht sicher, sondern nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit verursacht hat, zu einer Ausuferung der materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlagen führt.⁶⁷ Das Resultat einer Beweismassreduzierung im Arzthaftungsprozess wäre eine weitere Haftungsverschärfung und Schadensverlagerung auf die Behandlungsseite, für die jede Rechtfertigung fehlt, und ein von den Betroffenen leicht als Diskriminierung empfundenes Sonderrecht, welches einen Systembruch im geltenden Haftungsrecht bedeutete.⁶⁸

IV. Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Heilungschancen

Ein konsequentes Zu-Ende-Denken des Überwiegensprinzips müsste im Übrigen dazu führen, dass entsprechend der jeweils ermittelten Wahrscheinlichkeit auch das Prozessergebnis zu teilen wäre.⁶⁹ Die beiden Fragen nach dem Beweismass und dem Umfang der Einstandspflicht sind zwar nicht unmittelbar miteinander verknüpft, eine Verurteilung des Beklagten zum Ersatz des gesamten Schadens nach dem Alles-oder-Nichts-Prinzip erscheint aber unangemessen, wenn man den Beweis bereits bei einer Verursachungswahrscheinlichkeit von nur etwas mehr als 50 % als geführt ansieht. Der Vorschlag einer «probabilistischen Proportionalhaftung» ist in der Literatur vereinzelt schon früh unterbreitet worden⁷⁰ und findet in jüngerer Zeit in Deutschland gerade für das Arzthaftungsrecht einige Fürsprecher.⁷¹ Im Vergleich zu den ansonsten praktizierten beweisrechtlichen Lösungen soll die Proportionalhaftung auszeichnen, dass sie mit der tatsächlichen

67 MüKo-ZPO/PRÜTTING, § 286 N 39; DERS. (Fn. 7), Beweislast, S. 78 f.; G. WALTER (Fn. 7), S. 181 ff.; GREGER (Fn. 7), S. 111 ff.

68 KATZENMEIER (Fn. 1), Arzthaftung, S. 532 ff.

69 Hinweis von GREGER (Fn. 7), S. 109; MüKo-ZPO/PRÜTTING, § 286 N 39; ANDREAS SPICKHOFF, Gesetzesverstoß und Haftung, Köln/Berlin/Bonn/München 1998, S. 286.

70 Vgl. ALBERT EHRENZWEIG, Die «freie Überzeugung» des Richters, JW 1929, S. 85 ff.; WALTER WILBURG, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg a.d. Lahn 1941, S. 72 ff.; in den Folgejahren FRANZ BYDLINSKI, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964, S. 78 ff.

71 Vgl. WAGNER (Fn. 42), 66. DJT, A 53 ff.; DERS. (Fn. 42), FS Hirsch, S. 453 ff.; MüKo-BGB/WAGNER, § 823 N 862; zust. GOTTFRIED SCHIEMANN, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. II/2, Sitzungsberichte, Diskussion und Beschlussfassung, München 2007, L 154; ANSGAR STAUDINGER, Schadensersatzrecht – Wettbewerb der Ideen und Rechtsordnungen, NJW 2006, S. 2433, 2438; OLIVER DOPHEIDE, Der grobe Behandlungsfehler – eine Beweislastverteilung nach Kollektiven?, VersR 2007, S. 1050, 1053 f.; ALEXANDER STREMITZER, Haftung bei Unsicherheit des hypothetischen Kausalitätsverlaufs, AcP 208 (2008), S. 676 ff.; SEIFERT (Fn. 42), S. 138 ff.; i.d.S. auch HERIBERT HIRTE, Berufshaftung, München 1996, S. 475 ff.; GERT BRÜGGEMEIER, Prinzipien des Haftungsrechts, Baden-Baden 1999, S. 235 f.; DERS. (Fn. 46), Haftungsrecht, S. 621 ff.; abl. für das Arzthaftungsrecht HOLGER FLEISCHER, Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, JZ 1999, S. 766, 771 ff.

Herkunft des Beweisrisikos aus den Sphären von Arzt und Patient harmonisiere: der horizontalen Risikoverteilung entspreche die horizontale Schadensteilung.⁷² Da sie dem Patienten über die typische Beweisnot bei fehlgeschlagener ärztlicher Behandlung hinweghelfe, ohne den behandelnden Arzt einer Schadensersatzhaftung in voller Höhe auszusetzen, wird sie mitunter sogar als salomonische Lösung gesehen.⁷³

Einer Abkehr vom deterministischen und Hinwendung zu einem probabilistischen Kausalitätsverständnis entspringt auch der Vorschlag, den Verlust einer Chance, die darin besteht, dass der Patient ohne das inkriminierte (fehlerhafte oder eigenmächtige) ärztliche Verhalten in seiner Lebenserwartung oder auf andere Weise gesundheitlich besser stünde, als dies aufgrund des gerügten Fehlers nunmehr der Fall ist, als zum Schadensersatz führenden Umstand anzusehen.⁷⁴ In den Vereinigten Staaten von Amerika und in Frankreich werden Kausalitätsfragen so schadensrechtlich verortet.⁷⁵

Vor dem Hintergrund, dass in der Schweiz eine Beweismassreduktion erfolgt, verwundert es nicht, dass auch hier über die sog. «perte d'une chance» als eigenständiger Schadensposten diskutiert wird.⁷⁶ Art. 56d Abs. 2 des Vorentwurfs eines Bundesgesetzes zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts aus dem Jahre 1999 sah ausdrücklich vor, dass das Gericht die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen kann, womit auch die Gewährung von Schadensersatz nach den Grundsätzen der

72 KARL-HEINZ MATTHIES, Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung: Soll und Haben, Berlin 1984, S. 84, 94 f.; s. auch GERFRIED FISCHER/HANS LILIE, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, Köln/Berlin 1999, S. 160; HIRTE, (Fn. 71), S. 476 ff., 493.

73 Vgl. die Nachweise aus dem ausländischen Schrifttum bei FLEISCHER, JZ 1999 (Fn. 71), S. 766, 772. Hinsichtlich des Alles-oder-Nichts-Prinzips stellt man demgegenüber nicht selten auch bei erfahrenen Richtern ein gewisses Unbehagen fest, vgl. THOMAS STEINER, Der grobe ärztliche Behandlungsfehler in der Praxis, VersR 2009, S. 473 ff.; PETER THURN, Das Patientenrechtgesetz – Sicht der Rechtsprechung, MedR 2013, S. 153, 157.

74 MÄSCH (Fn. 42), S. 143 ff.; DERS., Arzthaftungsrecht – Unklarheiten im Kausalverlauf, ZEuP 2006, S. 657 ff.; MARIA KASCHE, Verlust von Heilungschancen, Frankfurt a.M./Berlin 1999, S. 249 ff., 261 ff., 269 f.; FLEISCHER, JZ 1999 (Fn. 71), S. 766, 771 ff.; NILS JANSEN, The idea of a lost chance, 19 Oxford Journal of Legal Studies (1999), S. 271 ff.; HANSJÖRG GEIGER, Wie kann die Rechtsstellung des Patienten, insbesondere bei ärztlichen Behandlungsfehlern, verbessert werden? – Ein Plädoyer für ein umfassendes Patientenrechtgesetz und die Schaffung alternativer Entschädigungsmöglichkeiten, in: CHRISTINE HOHMANN-DENNHARDT/PETER MASUCH/MARK VILLIGER (Hrsg.), FS Jaeger, Kehl a.R. 2011, S. 433, 461 f.

75 Vgl. zur «lost chances»-Lehre und zur «perte d'une chance»-Doktrin KATZENMEIER (Fn. 1), Arzthaftung, S. 523 ff. m.N.; weitere Länderberichte bei MÄSCH (Fn. 42), S. 158 ff.

76 S. etwa LUC THÉVENOZ, La perte d'une chance et sa réparation, in: FRANZ WERRO (Hrsg.), Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives, Bern 2002, S. 237 ff.; CHRISTOPH MÜLLER, La perte d'une chance, Bern 2002; DERS., Schadenersatz für verlorene Chancen, NZZ 2002, S. 16 ff.; DERS., Schadenersatz für verlorene Chancen – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?, AJP 2002, S. 389 ff.; s. auch die Zusammenfassung zum Schrifttum in BGE 133 III 462, E. 4.2.

«perte d'une chance» ermöglicht werden sollte.⁷⁷ Der schweizerische Bundesrat hat von einer umfassenden Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts im Jahre 2009 Abstand genommen.⁷⁸ Starke Stimmen im Schrifttum sprechen sich jedoch weiterhin für die Anerkennung der «perte d'une chance» im schweizerischen Recht aus.⁷⁹

Die Rechtsprechung scheut bislang diesen Schritt. Zwar erregte eine Entscheidung des Zürcher Obergerichts aus dem Jahre 1988, in der eine Annäherung an die Lehre von der «perte d'une chance» erfolgte,⁸⁰ grössere Aufmerksamkeit.⁸¹ Im Ergebnis sollte hier nach der vom Gericht zugesprochene Schadensersatz proportional zur Heilungswahrscheinlichkeit bemessen werden.⁸² Das OG Zürich ging dabei nicht so weit, den Verlust einer Heilungschance als einen eigenständigen Schaden zu werten, es gewährte den Klägern aber Beweiserleichterungen, die dann mittels einer entsprechenden Kürzung des Anspruchsumfangs ausgeglichen wurden.⁸³ Das Bundesgericht hat sich im Jahre 2007 kritisch gegenüber einer Anerkennung der «perte d'une chance» im schweizerischen Recht geäußert.⁸⁴ Der Ersatz eines Schadens entsprechend der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts sei nicht mit dem Kausalitätsbegriff und den Anforderungen an den Nachweis der Kausalität vereinbar.⁸⁵ Dies liesse sich zwar dadurch umgehen, dass man den Schaden im Verlust der Heilungschance selbst sieht – diesbezüglich steht die Kausalität ja ausser Frage. Ein solches Verständnis stehe jedoch seinerseits in Widerspruch zum geltenden Schadensbegriff,⁸⁶ da die «perte d'une chance» nach der Differenztheorie keinen

77 Der Vorentwurf ist im Internet abrufbar unter <www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ve-d.pdf> (1.8.2016). S. auch den dazugehörigen Kurzkommentar, abrufbar unter <www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-kber-d.pdf> (1.8.2016).

78 Vgl. Medienmitteilung des EJPD vom 21. 1. 2009, abrufbar unter <www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2009/ref_2009-01-21.html> (1.8.2016).

79 S. etwa die in Fn. 89 genannten.

80 OG Zürich, ZR 1989, S. 209; bestätigt durch das Kassationsgericht, ZR 1989, S. 216.

81 Dazu etwa EMIL STARK, Die «perte d'une chance» im schweizerischen Recht, in: OLIVIER GUILLOD (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zürich 1991, S. 101, 107 f.; KUHN (Fn. 3), S. 611 f.; DERS., Aktuelle Probleme in der Ärztehafthpflicht, SJZ 89 (1993), S. 257, 266; PIERRE-YVES GÜNTHER, La responsabilité du médecin en Suisse, SJZ 89 (1993), S. 93, 97; HEINRICH HONSELL, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, ZSR 109 (1990), I, S. 135, 144; KASCHE (Fn. 74), S. 172 f.

82 Ebenso die Deutung in BGE 133 III 462, E. 4.3.

83 Vgl. die Urteilsauswertung von KASCHE (Fn. 74), S. 173. Andere Autoren sprechen von einer Übernahme der französischen «perte d'une chance»-Doktrin, so etwa HIRTE (Fn. 71), S. 252 f.; FLEISCHER, JZ 1999 (Fn. 71), S. 766, 768.

84 BGE 133 III 462; zuletzt bestätigt durch BGer 4A_18/2015 E. 4. Die Übernahme dieser Lehre erscheine «mindestens problematisch»; zust. JUVET (Fn. 32), Liber amicorum Brehm, S. 205, 213 ff.; abl. CHRISTOPH MÜLLER, Hat die perte d'une chance in der Schweiz noch eine Chance?, ZBJV 2007, S. 862 ff.

85 BGE 133 III 462, E. 4.4.3.

86 Dazu BGE 133 III 462, E. 4.4.2.

messbaren Vermögenswert darstelle.⁸⁷ Freilich erging das Urteil auf dem Gebiet der Staatshaftung nach kantonalem Recht, zu beachten ist nicht zuletzt der eingeschränkte Prüfungsmassstab des Bundesgerichts.⁸⁸ Bedeutung und Auswirkungen dieser Entscheidung sind insofern durchaus umstritten. Die Diskussion um die «perte d'une chance» ist folglich in der Schweiz keineswegs beendet.⁸⁹

Für das deutsche Deliktsrecht mit seinen gegliederten Einzeltatbeständen ist es nicht angängig, die Heilungschance zu einem selbständigen Rechtsgut aufzuwerten.⁹⁰ Und die vertragliche Haftung würde durch eine Pflicht zum Ersatz verlorener Heilungschancen in die Nähe einer Erfolgseinstandspflicht des Arztes gerückt, die aber allgemein abgelehnt wird.⁹¹ Letzteres spricht dann auch im schweizerischen Recht gegen diese Rechtsfigur.⁹²

Doch nicht nur dem Verlust einer Heilungschance ist die Anerkennung als selbständiger Haftungsgrund zu versagen, auch eine Schadensteilung zwischen Arzt und Patient entsprechend der Verursachungswahrscheinlichkeit ist abzulehnen. Gegen den Risikoverteilungsgedanken spricht, dass nicht, wie vom Haftpflichtrecht vorgesehen, Schäden ersetzt werden, sondern dass stattdessen bereits eine blosser Gefährdungserhöhung sanktioniert

87 BGE 133 III 462, E. 4.4.3. Auch auf den restriktiven Art. 42 Abs. 2 OR lasse sich die «perte d'une chance» insofern nicht stützen.

88 «Die Ablehnung der Theorie der entgangenen Chance stellt keine willkürliche Anwendung des kantonalen Rechts (...) dar», BGE 133 III 462, s. auch E. 4.4.1.

89 S. nur die krit. Urteilsanmerkungen von PIERRE WIDMER, CHRISTOPH MÜLLER, THOMAS KADNER-GRADZIANO und HARDY LANDOLT in HAVE 2008, Heft I, S. 55 ff.; ausserdem BERGER-STEINER (Fn. 7), Beweismass, S. 333 ff.; DIES. (Fn. 7), Kausalitätsbeweis, S. 13, 44 ff.; JAN HERRMANN/MARKUS SCHMID, Die verlorene Heilungs-Chance als ersatzfähiges Rechtsgut im schweizerischen Arzthaftpflichtrecht, Ein Plädoyer für die Einführung aus praktischer Sicht, in: STEPHAN FUHRER (Hrsg.), FS 50 Jahre Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, S. 233 ff.; DANIEL SUMMERMATTER, Vereitelte Chancen und gesteigerte Risiken als Anknüpfungspunkt zivilrechtlicher Haftung, HAVE 2014, S. 244 ff.

90 KATZENMEIER, ZZP 117 (2004) (Fn. 8), S. 187, 207 f.; TAUPITZ (Fn. 42), FS Canaris, Bd. I, S. 1231, 1237; GERDA MÜLLER, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. II/2, Sitzungsberichte, Diskussion und Beschlussfassung, München 2007, L 165; DIES., Ärztliche Kompetenz und Patientenautonomie, in: CHRISTIAN KATZENMEIER/KLAUS BERGDOLT (Hrsg.), Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, Berlin/Heidelberg 2009 (zit. G. MÜLLER, Patientenautonomie), S. 75, 81 f.; HERRMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, Schadensersatz, Tübingen 2003, § 6 X 5; FLEISCHER, JZ 1999 (Fn. 71), S. 766, 773, gegen eine Binnendifferenzierung nach dem Haftungsgrund Vertrag oder Delikt auf S. 771.

91 TAUPITZ (Fn. 42), FS Canaris, Bd. I, S. 1231, 1241; SOERGEL/EKKENGA/KUNTZ, BGB, Vor § 249 N 220.

92 Auch das Bundesgericht betont, dass der Arzt nicht für den Behandlungserfolg einzustehen hat, vgl. BGE 120 Ib 411, E. 4.a); BGer 4C_53/2000.

würde.⁹³ Im Übrigen fehlt eine überzeugende dogmatische – und übrigens auch rechtsökonomische – Begründung.⁹⁴ Zudem ist zu beanstanden, dass eine Proportionalhaftung die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes zu beeinträchtigen droht⁹⁵ und dass niemandem mit derartigen Teilbeträgen gedient ist.⁹⁶ Wenn als Vorzug des Proportionalprinzips die ausgewogene Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen gepriesen wird, dann ist dem entgegenzuhalten, dass der Handelnde ein legitimes Interesse daran hat, von der Haftung frei zu sein, wenn er einen Schaden nicht sicher, sondern nur möglicherweise verursacht hat, dass andererseits im Falle eines bewiesenen schädigenden Ereignisses die Interessen des Geschädigten an möglichst vollständiger Eliminierung der Schadensfolge legitim und schützenswert sind.⁹⁷ Da eine absolute Sicherheit durch den Beweis im Prozess nur sehr selten erzielt werden kann, regelmässig doch zumindest gewisse theoretische Zweifel verbleiben, wäre es nach der Konzeption der Proportionalhaftung kaum noch möglich, einer Klage vollumfänglich stattzugeben. Auch bei sehr hoher Wahrscheinlichkeit müsste der Kläger immer noch einen gewissen «Selbstbehalt» tragen. Damit aber bestünde die Gefahr, dass an die Stelle einer rechtsklaren Lösung eine prozessual zu grösseren Erschwernissen führende Praxis tritt.⁹⁸

93 HANS STOLL, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176 (1976), S. 145, 185; FLEISCHER JZ 1999 (Fn. 71), S. 766, 772; KATZENMEIER, ZJP 117 (2004) (Fn. 8), S. 187, 208 ff.; TAUPITZ (Fn. 42), FS Canaris, Bd. I, S. 1231, 1234; s. auch MÄSCH (Fn. 42), S. 135 ff.

94 Zum Vorschlag einer analogen Anwendung der §§ 830 Abs. 1 S. 2, 254 BGB von BYDLINSKI (Fn. 70), S. 81 ff., 89, 96 vgl. KATZENMEIER (Fn. 1), Arzthaftung, S. 526 ff. Zur Ansicht von WAGNER (Fn. 42), 66. DJT, A 61, eine Proportionalhaftung lasse sich aus § 287 ZPO ableiten, vgl. KARL-HEINZ STÖHR und JOCHEN TAUPITZ, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. II/2, Sitzungsberichte, Diskussion und Beschlussfassung, München 2007, L 160 ff.; FOERSTE (Fn. 42), FS Deutsch, S. 165, 167. Zu rechtsökonomischen Zusammenhängen SPINDLER, AcP 208 (2008) (Fn. 42), S. 283, 295 ff.

95 PETER HANAU, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, Eine Studie zum Problem des pflichtmäßigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht, Göttingen 1971, S. 131 f.; allg. auch HANS STOLL, Die Reduktionsklausel im Schadensrecht aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 34 (1970), S. 481, 491.

96 ANGELA DIEDERICHSEN, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. II/2, Sitzungsberichte, Diskussion und Beschlussfassung, München 2007, L 156; KARL-HERMANN ZOLL, Der Fluch der Undine oder Gerechtigkeit im Arzthaftungsrecht, in: HANS-PETER GREINER/NORBERT GROSS/KAY NEHM/ANDREAS SPICKHOFF (Hrsg.), Neminem laedere, FS G. Müller, Köln 2009, S. 365, 376.

97 Der Grundsatz der Totalreparation ist eine wesentliche Entscheidung des BGB-Gesetzgebers, sein Bekenntnis zum Alles-oder-Nichts-Prinzip stellt das Ergebnis ganz bewusst betriebener Reform- und Vereinheitlichungsbestrebungen dar, HKK/JANSEN, BGB, §§ 249–253, 255, N 9 ff.; GERDA MÜLLER, Alles oder nichts?, VersR 2005, S. 1461, 1462 f.

98 HANNS PRÜTTING, Beweiserleichterungen für den Geschädigten – Möglichkeiten und Grenzen –, in: ERNST KLINGMÜLLER (Hrsg.), Karlsruher Forum 1989, Karlsruhe 1989, S. 46; GREGER (Fn. 7), S. 110; G. MÜLLER, VersR 2006 (Fn. 42), S. 1289, 1291; DIES. (Fn. 90), Patientenautonomie, S. 75, 81 f., mahnt überdies einen weiteren Machtzuwachs bei dem medizinischen Sachverständigen an. Zu dieser Problematik s. KATZENMEIER (Fn. 1), Arztrecht, Kap. XII Rz. 5 ff.

V. Fazit

Die typischen Beweisschwierigkeiten des Patienten im Behandlungsfehlerprozess versuchen das schweizerische und das deutsche Recht auf unterschiedliche Art und Weise zu mindern. In der Schweiz wird dem klagenden Patienten hinsichtlich des Nachweises des Ursachenzusammenhangs zwischen Behandlung und Körperverletzungsschaden mit einer Reduktion des Beweismasses geholfen, in Deutschland mit einer Beweislastumkehr insbes. bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers. Beide Lösungswege haben Vor- und Nachteile, die es in einer Gesamtschau des jeweiligen Rechtssystems abzuwägen gilt. Probabilistische Proportionalhaftung oder Haftung für den Verlust von Heilungschancen werden bisweilen als pragmatische Lösung betrachtet. Diese Haftungsformen begegnen indes nicht nur dogmatischen Bedenken, sie bereiteten auch praktische Schwierigkeiten.