

Dogmatik im Dienst von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung

Festschrift für
Hanns Prütting

zum 70. Geburtstag

Sonderdruck

Carl Heymanns Verlag 2018

Beweislast

Dogmatik im Dienste von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung

CHRISTIAN KATZENMEIER

I. BEWEISLASTENTSCHEIDUNGEN AUF NORMATIVER GRUNDLAGE

In seiner Habilitationsschrift »Gegenwartsprobleme der Beweislast«¹, seiner Kommentierung des Beweisrechts im »Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung«², dem von ihm mitherausgegebenen »Handbuch der Beweislast«³ sowie zahlreichen Aufsätzen und Festschriftbeiträgen hat *Hanns Prütting* maßgeblich zur Klärung der Grundlagen und Grundfragen von Beweislastentscheidungen beigetragen. Er hat herausgestellt, dass Beweislastentscheidungen eine *besondere normative Grundlage* voraussetzen, da im non-liquet-Fall das Prozessrisiko zwischen den Parteien aufgrund eigenständiger *Zurechnungskriterien* verteilt werden muss.⁴ Beweislastnormen kommt die Funktion einer Entscheidungsgrundlage zu.⁵ *Prütting* betont, dass nicht nur Beweislastsonderregeln Rechtsnormqualität haben, sondern auch die – in § 193 des Ersten Entwurfs zum BGB noch vorgesehene, dann aber nicht Gesetz gewordene, weil als selbstverständlich erachtete – Grundregel, wonach jede Partei die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Norm trägt.⁶ Zur Klärung zweifelhafter Beweislastfragen bedarf es »einer sinngerechten Auslegung der Wertungen des materiellen Rechts und der für die Beweislastverteilung maßgeblichen sachlichen Gründe.«⁷

1 *Prütting* Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983.

2 *Prütting* in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 1. Aufl. 1992, zuletzt 5. Aufl. 2016.

3 *Prütting* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 9 Bde., 3. Aufl. 2007 ff.; vormals Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 1. Aufl. 1981, 2. Aufl. 1991 ff.

4 *Prütting* Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 118 ff.; *ders.* in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 286, Rn. 93, 108.

5 *Prütting* Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 184 ff.; *ders.* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, Kap. 11, Rn. 19.

6 *Prütting* Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 280; *ders.* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, Kap. 11, Rn. 23 m.w.N.; zu der noch heute weitgehend anerkannten *Rosenberg'schen* Normentheorie und notwendigen Modifikationen s. Kap. 11, Rn. 26, 51 sowie Kap. 27, Rn. 6 ff.

7 *Prütting* Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 257 ff.; *ders.* in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 286, Rn. 117: »Solche sachlichen Gründe gibt es in großer Zahl. Dazu zählen auch Einwirkungen des Verfassungsrechts auf die Beweislast. Von besonderer Bedeutung

II. RICHTERLICHE BEWEISLASTUMKEHRUNGEN

Als »höchst problematisch« bezeichnet *Prütting* die mit dem Phänomen der Beweislastumkehr zusammenhängenden Fragen. »Versteht man (wie häufig) unter einer Beweislastumkehr diejenige Situation, bei der der Richter die Beweislastverteilung abweichend von der gesetzlichen Ausgangslage vornimmt, so ist Beweislastumkehr nichts anderes als eine Abweichung vom Gesetz und damit methodisch ein Problem der richterlichen Rechtsfortbildung. Eine Beweislastumkehr kann deshalb nur in seltenen Fallgruppen in Betracht kommen. Dabei bedarf es einer generellen Regelbildung und es ist darzulegen, warum eine Abweichung vom Gesetzestext notwendig erscheint. Eine Beweislastumkehr im Einzelfall, also aus Gründen der Gerechtigkeit oder der Billigkeit des einzelnen Prozesses ist in jedem Fall abzulehnen.«⁸

Allseits bekannt und besonders bedeutsam sind die Umkehrungen der Beweislast im Bereich der Produzentenhaftung⁹ und der Arzthaftung¹⁰, durch welche die Gerichte den spezifischen Beweisnöten produktfehlengeschädigter Verbraucher oder behandlungsfehlengeschädigter Patienten Rechnung zu tragen suchen. *Prütting*, dessen wissenschaftliches Interesse auch dem Medizinrecht gilt,¹¹ hat die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess in mehreren Abhandlungen thematisiert.¹² Hier sind besonders starke Spannungen zwischen Rechtssicherheit und Rechtsklarheit verbürgender Dogmatik einerseits und Einzelfallgerechtigkeit andererseits zu verzeichnen.

sind insbesondere die Beweisnähe, die Durchsetzung und der Schutz von Grundrechten, der soziale Schutzgedanke, die mit der Wahrung des Besitzstandes und mit dem Rechtsfrieden verknüpfte Angreiferstellung, die Prozessverhütung, die Waffengleichheit der Parteien, das Gebot der Schaffung und Sicherung von Beweismitteln sowie der allgemeine Verkehrsschutz. Von herausragender Bedeutung innerhalb der genannten Sachgründe ist das Angreiferprinzip. In seiner Verknüpfung mit der Wahrung des Besitzstandes und des Rechtsfriedens, allerdings eingeschränkt durch das Gebot ausgleichender Gerechtigkeit, Zumutbarkeit und Waffengleichheit.«

- 8 *Prütting* in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 286, Rn. 123; *ders.* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, Kap. 25, Rn. 4, 8.
- 9 Vgl. dazu nur *Katzenmeier* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl. 2018, § 823 Anhang III; zum ProdHaftG s. Anhang IV.
- 10 Vgl. dazu nur *Katzenmeier* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl. 2018, § 823 Anhang II.
- 11 S. etwa *Prütting* in: D. Prütting, Medizinrecht Kommentar, 4. Aufl. 2017, S. 3251-3277 u. 3308-3323; *ders.* Gibt es eine ärztliche Pflicht zur Fehleroffenbarung?, in: Festschrift für Adolf Laufs, 2006, S. 1009 ff.; *ders.* Die europäische Arzthaftung im Prozess: Internationale Zuständigkeit und Kollisionsrecht, in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 2009, S. 157 ff.; zahlreich die Beiträge für die Zeitschrift »Medizinrecht«, vgl. etwa MedR 2007, 724; 2010, 183; 2011, 717; 2014, 572; 2014, 652; 2016, 795; 2017, 799.
- 12 Vgl. *Prütting* Beweisprobleme im Arzthaftungsprozeß, in: Festschrift 150 Jahre Landgericht Saarbrücken, 1985, S. 257 ff.; *ders.* Die Beweislast im Arzthaftungsprozess und das künftige Patientenrechtegesetz, in: Festschrift für Helmut Rießmann, 2012, S. 609 ff.; s. auch *ders.* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, Kap. 25, Rn. 22 ff.

1. Grober Behandlungsfehler

Im Arzthaftungsprozess von größtem Gewicht ist die Beweislastumkehr hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität bei Vorliegen eines sog. »groben Behandlungsfehlers«. Ein Fehler ist nach ständiger Rechtsprechung grob, wenn der Arzt gegen bewährte elementare Behandlungsregeln verstößt, gegen gesicherte grundlegende Erkenntnisse der Medizin, es geht um Fehler, die aus objektiver medizinischer Sicht nicht mehr verständlich sind, weil sie dem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen dürfen.¹³ Der BGH begründet die Umkehr der Beweislast damit, »dass die nachträgliche Aufklärbarkeit des tatsächlichen Behandlungsgeschehens wegen des besonderen Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung in einer Weise erschwert ist, dass der Arzt nach Treu und Glauben den Patienten den vollen Kausalitätsbeweis nicht zumuten kann. Die Beweislastumkehr soll einen Ausgleich dafür bieten, dass das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen wegen der elementaren Bedeutung des Fehlers besonders verbreitert oder verschoben worden ist.«¹⁴

Obwohl diese – vornehmlich im Rahmen der deliktischen Haftung herausgebildete – Rechtsprechung seit Jahrzehnten besteht und durch das Patientenrechtegesetz¹⁵ für die vertragliche Haftung in § 630h Abs. 5 S. 1 BGB fixiert wurde, bleibt sie umstritten. Bis heute wird vor allem das *Fehlen einer dogmatisch überzeugenden Begründung* für die Beweislastumkehr – und die im Rahmen der vertraglichen Haftung nunmehr normierte, einer Beweislastsonderregel gleichkommende¹⁶ gesetzliche Vermutung – kritisiert.¹⁷ Eingewandt wird, die Pflicht des Arztes zu sorgfältiger Behandlung sei zu unterscheiden von den Pflichten, die auf die Herstellung oder Erhöhung der Transparenz des Krankheitsgeschehens zielten; das Gebot, schwere Fehler zu vermeiden, diene der Gesundheit des Patienten und sei nicht zu dem Zwe-

13 S. etwa BGHZ 159, 48 = NJW 2004, 2011 = JZ 2004, 1029; NJW 2005, 427; 2011, 3442; 2012, 227; 2016, 563.

14 Vgl. etwa BGHZ 85, 212, 216 f. = NJW 1983, 333, 334; s. auch BGHZ 99, 391, 396 ff. = NJW 1987, 1482, 1483; BGHZ 132, 47, 52 = NJW 1996, 1589, 1590; BGHZ 172, 1, 10 f. = NJW 2007, 2767, 2769; BGH NJW 2012, 2653.

15 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (PatRG) v. 20.02.2013, BGBl I S. 277, in Kraft seit dem 26.02.2013; dazu *Katzenmeier* in: *Karlsruher Forum* 2013: Patientenrechte und Arzthaftung; *ders.*, NJW 2013, 817.

16 Hinweis von *Prütting* Die Beweislast im Arzthaftungsprozess und das künftige Patientenrechtegesetz, in: *Festschrift für Helmut Rüßmann*, 2012, S. 609, 616.

17 Nachweise bei *Katzenmeier* Arzthaftung, 2002, S. 454 ff.; aus jüngerer Zeit *Mäsch* Chance und Schaden, 2004, S. 31 ff., 121 ff.; *Schiemann* Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*, 2007, Bd. I, S. 1161, 1166 ff.; *E. Schmidt* MedR 2007, 693, 699 ff.; *Spindler* AcP 208 (2008), 283, 328 f.; *Foerste* Beweiserleichterungen nach groben und einfachen Behandlungsfehlern, in: *Festschrift für Erwin Deutsch*, 2009, S. 165, 171 ff.; anlässlich der Regelung in § 630h Abs. 5 S. 1 BGB *Wagner* VersR 2012, 789, 800; *Spickhoff* VersR 2013, 267, 280; *Mäsch* NJW 2013, 1354, 1355 f.; *Schärtl* NJW 2014, 3601, 3603 f.; *Bergmann*, VersR 2017, 661, 663.

cke vorgesehen, Beweisprobleme zu verhindern.¹⁸ Die Grundlagen der BGH-Rechtsprechung seien unklar und verlören sich »wahrscheinlich im Billigkeitsrecht«. ¹⁹ An dem Erklärungsdefizit ändere sich durch die gesetzliche Regelung nichts, denn die Rechtfertigung der Beweisregel durch den Gesetzgeber bleibe hinter den Begründungsversuchen der Rechtsprechung noch zurück.²⁰

Inhaltlich wird der Sonderregel entgegengehalten, in einer Rechtsordnung, die nicht einmal die materielle Haftung nach dem Verschuldensgrad abstuft, sei eine entsprechende Differenzierung der Beweisanforderungen systemwidrig.²¹ Durch das Kriterium groben Arztverschuldens werde ein sachfremdes pönales Sanktionsdenken in das geltende Zivilrecht hineingetragen.²² Zudem bedeute die Spruchpraxis der Gerichte eine Gefahr für die Rechtssicherheit, weil die Grenze zwischen einfachem und grobem Fehler nur schwer zu ziehen sei.²³ Im Übrigen habe die Intensität der ärztlichen Fehlleistung nichts mit der Nachvollziehbarkeit des Geschehens zu tun, von ihr hingen nicht die Aufklärungserschwerisse ab, derentwegen dem Patienten Beweiserleichterungen gewährt werden,²⁴ weshalb die Rechtsprechung nicht einmal in sich schlüssig sei.²⁵

2. Sonstige grobe Berufspflichtverletzungen

Die geäußerte Kritik und bestehenden Zweifel an der dogmatischen Begründung für eine Beweislastumkehr bzgl. der haftungsbegründenden Kausalität bei Vorliegen eines groben ärztlichen Behandlungsfehlers haben die Rechtsprechung nicht davon abgehalten, die Grundsätze in einigen Entscheidungen auf *andere Berufsgruppen* zu

- 18 Schiemann in: Erman, BGB, Bd. II, 13. Aufl. 2011, § 823, Rn. 142.
- 19 Deutsch/Matthies Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. 1988, S. 61; s. auch Laufs/Kern in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 110, Rn. 5; E. Schmidt MedR 2007, 693, 699 ff.; Deutsch NJW 2012, 2009, 2012; Spickhoff VersR 2013, 267, 280.
- 20 Walter GesR 2013, 129, 131, Fn. 19; Schärfl NJW 2014, 3601, 3604.
- 21 Hanau Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971, S. 133; ebenso Prütting Beweisprobleme im Arzthaftungsprozeß, in: Festschrift 150 Jahre LG Saarbrücken, S. 257, 266; Brüggemeier Deliktsrecht, 1986, Rn. 683.
- 22 Fleischer JZ 1999, 766, 773; Brüggemeier Haftungsrecht, 2006, S. 486; Lange/Schiemann Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, S. 168; H. Weber Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, 1997, S. 235, 238 f.; Prölss Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, 1966, S. 98. Anzumerken bleibt, dass der BGH allein auf die objektive medizinische Fehlerqualität abstellt, nicht auf die Schwere des Verschuldens, vgl. nur etwa BGH NJW 2012, 227, 228 = MedR 2012, 454, 456.
- 23 Prütting Beweisprobleme im Arzthaftungsprozeß, in: Festschrift 150 Jahre Landgericht Saarbrücken, 1985, S. 257, 266; Fleischer JZ 1999, 766, 773; Steiner VersR 2009, 473, 474; Mäsch Chance und Schaden, 2004, S. 50 ff.
- 24 Foerste Beweiserleichterungen nach groben und einfachen Behandlungsfehlern, in: Festschrift für Erwin Deutsch, 2009, S. 165, 172; Wagner VersR 2012, 789, 800.
- 25 Hager in: Staudinger, §§ 823 E-I, 824, 825, Neubearb. 2009, § 823, Rn. I 59; Nüßgens in: RGRK, Bd. II, 5. Teil, 12. Aufl. 1989, § 823, Anh. II, Rn. 306; Brüggemeier Deliktsrecht, 1986, Rn. 684.

übertragen, soweit deren Pflichten dem Schutz des Lebens und der Gesundheit eines anderen dienen sollen. Sie fanden Anwendung zu Lasten des Schwimmmeisters bei Ertrinken eines Schwimmschülers,²⁶ der Hebamme bei unterlassenem Herbeirufen eines Arztes trotz erkennbar pathologischem CTG,²⁷ nach einem Teil der Rechtsprechung auch zu Lasten sonstiger Pflegepersonen.²⁸

Prütting lehnt die Ausdehnung der Beweislastumkehr bei groben ärztlichen Behandlungsfehlern auf andere grobe Berufspflichtverletzungen ab. Gegen sie spreche zunächst wiederum, dass die Beweislastverteilung vom Vorliegen eines völlig unbestimmten und zudem tatbestandsfremden Merkmals abhängig gemacht würde, nämlich der Frage, ob die Pflichtverletzung als grob anzusehen ist oder nicht. Dies erachtet er als mit den Geboten der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit der Beweislastverteilung in einem künftigen Prozess kaum vereinbar. Zudem sei eine Beweislastverteilung bei allen groben Berufspflichtverletzungen dogmatisch noch fragwürdiger als im ärztlichen Bereich, weil im Einzelfall und nicht typischerweise auftretende Beweisschwierigkeiten eine Umkehr der objektiven Beweislast nicht rechtfertigen können.²⁹

Mit Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes³⁰ gelten die Beweislastsonderregeln des § 630h BGB indes für die vertragliche Haftung aller Personen, die gem. § 630a Abs. 1 BGB »die medizinische Behandlung eines Patienten« zusagen. Darunter fallen nicht nur Angehörige der Heilberufe, sondern auch der nichtärztlichen Heilberufe (Hebammen und Entbindungspfleger, Masseur und medizinische Bademeister, Ergotherapeuten, Logopäden, Physiotherapeuten u.a.), zudem Heilpraktiker.³¹ Nicht zu den Gesundheitsfachberufen zählen Berufsträger der Hilfsberufe (z.B. medizinisch-technische Assistenten, medizinische Fachangestellte, Notfallsanitäter). Keine Behandlung i.S.v. § 630a Abs. 1 BGB sind Pflege oder Betreuung, ebenso wenig Maßnahmen des Gesundheits- und Körperpflegehandwerks.

26 BGH NJW 1962, 959, 960 = LM Nr. 16 zu § 823 (J) BGB.

27 BGHZ 144, 296, 302 ff. = NJW 2000, 2737, 2739; s. auch BGHZ 129, 6, 12, Rn. 22 = NJW 1995, 1611, 1612 = MedR 1995, 366, 369; OLG Braunschweig, VersR 1987, 76, 77 – Beweislast bei Unterlassen von Untersuchungen vor Sturzgeburt.

28 OLG Oldenburg, VersR 1997, 749; offengelassen in BGHZ 144, 296, 305 f., Rn. 12 = NJW 2000, 2737, 2739 = MedR 2001, 197, 198. Abgelehnt hat der BGH eine Anwendung auf die grobe Pflichtverletzung eines Anwalts, vgl. BGHZ 126, 217, 223 f. = NJW 1994, 3295, 3297; BGH NJW 1997, 1008, 1011; krit. *Canaris* Die Vermutung »aufklärungsrichtigen Verhaltens« und ihre Grundlagen, in: Festschrift für Walther Hadding, 2004, S. 3, 17 ff.

29 *Prütting* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, Kap. 25, Rn. 37 mit Verweis auf Kap. 9, Rn. 20 ff.; ebenso *Laumen* in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 9. Aufl. 2017, § 286, Rn. 78; krit. auch *Greger* in Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, Vor § 284 Rn. 20b.

30 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (PatRG) v. 20.02.2013, BGBl I S. 277, in Kraft seit dem 26.02.2013.

31 Zum Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB s. BT-Drucks. 17/10488, S. 18; näher *Katzenmeier* in: BeckOK-BGB, 42. Edition 01.02.2017, § 630a, Rn. 30 ff.

3. Jüngste Rechtsprechungsentwicklung

Ein Blick auf die jüngere Rechtsprechung zeigt, dass diese sich nicht nur nicht von der Kritik im Schrifttum beeindrucken, sondern auch durch den Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB nicht einhegen lässt.³²

a) Apotheker

Mit Urteil vom 07. August 2013 entschied das OLG Köln, die bei der Arzthaftung anerkannte Umkehr der Beweislast wegen eines groben Fehlers gelte auch für die Haftung des *Apothekers*.³³ Dieser hatte ein offensichtlich falsch verschriebenes Medikament dem Patienten pflichtwidrig ausgehändigt. Gerade in einem solchen Fall gibt es nach Ansicht des OLG Köln *keinen qualitativen Unterschied* zwischen dem Fehler des Arztes und dem des Apothekers. Das Gericht meint, es wäre offensichtlich unbillig und dem Gerechtigkeitsempfinden grob widersprechend, wenn die Haftung aus Beweislastgründen auseinanderfielen. Auch die im Bereich der Arzneimittelhaftung (§ 84 AMG) vorgesehenen Beweiserleichterungen, die für Ärzte wie für Apotheker maßgebliche Komplexität medizinischer Abläufe und Zusammenhänge, sowie die sehr enge Verwandtschaft und Ähnlichkeit im Berufsbild und Ausbildungsgang eines Arztes und eines Apothekers, sprächen für eine Gleichbehandlung.

Das OLG Köln erkennt, dass Verträge mit Apothekern vom Anwendungsbereich der §§ 630a ff. BGB ausgeschlossen sind, da Apotheker nicht zur Behandlung von Patienten befugt sind.³⁴ Dies stehe einer Beweislastumkehr aber nicht entgegen, »im Gegenteil sieht der Senat die weitgehende Einbeziehung von medizinischen Berufen aller Art (etwa Logopäden und Masseur) in die für Ärzte entwickelten Grundsätze eher als Ausdruck des Bestrebens, im Zweifel dem Schutz des Patienten Vorrang zu geben.« So überträgt das OLG Köln im Ergebnis die Beweislastsonderregel – erstmals in der deutschen Gerichtspraxis – auf einen mit einem Apotheker geschlossenen Kaufvertrag.³⁵

32 Die §§ 630a ff. BGB sind anwendbar auf ab dem 26.02.2013 geschlossene Behandlungsverträge (Art. 229 EGBGB § 5 S. 1), die Gerichte ziehen sie aber zunehmend auch bei der Beurteilung früherer Lebenssachverhalte in Betracht. Da der Gesetzgeber weitestgehend nur die Rechtsprechungsgrundsätze in Gesetzesform gegossen hat, werden keine besonderen intertemporalen Probleme erwartet, s. *Mansel* in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. 2015, Vor § 630a, Rn. 7.

33 OLG Köln, Urt. v. 07.08.2013 – 5 U 92/12 = MedR 2014, 105, 111 = VersR 2014, 106, 111 f.; Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH (Az. VI ZR 424/13) wurde zurückgenommen. Zum Gesamtschuldnerausgleich zwischen Apotheker und Arzt s. *Gothe/Koppermann* MedR 2014, 90 ff.

34 S. auch ausdr. BT-Drucks. 17/10488, S. 18.

35 Kritisch *Mäsch* JuS 2013, 1130, 1132.

b) Veterinärmediziner

Mit Urteil vom 10. Mai 2016 entschied der BGH, die in der Humanmedizin entwickelten Rechtsgrundsätze hinsichtlich der Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern seien auch im Bereich der *tierärztlichen Behandlung* anzuwenden.³⁶ Zur Begründung führte der VI. Zivilsenat aus, die veterinärmedizinische Tätigkeit beziehe sich ebenso wie die humanmedizinische auf einen *lebenden Organismus*, bei dem der Arzt zwar das Bemühen um Helfen und Heilung, nicht aber den Erfolg schulden kann. Gerade wegen der Eigengesetzlichkeit und weitgehenden Undurchschaubarkeit des lebenden Organismus könne ein Fehlschlag oder Zwischenfall nicht allgemein ein Fehlverhalten oder Verschulden des Arztes indizieren. Im Hinblick darauf komme dem Gesichtspunkt, die Beweislastumkehr solle einen Ausgleich dafür bieten, dass das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen wegen der elementaren Bedeutung des Fehlers besonders verbreitert oder verschoben worden ist, auch bei der tierärztlichen Behandlung eine besondere Bedeutung zu. Auch der grob fehlerhaft handelnde Tierarzt habe durch einen schwerwiegenden Verstoß gegen die anerkannten Regeln der tierärztlichen Kunst Aufklärungsschwernisse in das Geschehen hineingetragen und dadurch die Beweisnot auf Seiten des Geschädigten vertieft.³⁷

Der VI. Zivilsenat des BGH betont, dass das Patientenrechtegesetz der Beweislastumkehr nicht entgegenstehe. Zwar fallen Behandlungsverträge mit Veterinärmedizinern über die Behandlung von Tieren nicht unter die §§ 630a ff. BGB, weil Patient im Sinne des § 630a Abs. 1 BGB nur ein Mensch ist und die §§ 630a ff. BGB speziell auf die besonderen Bedürfnisse des Menschen und seines Selbstbestimmungsrechts zugeschnitten sind. In der Gesetzesbegründung zu § 630a BGB wird aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Tätigkeit des Tierarztes mit der medizinischen Behandlung durch einen Humanmediziner vergleichbar sei, soweit es um die Heilung und Erhaltung eines lebenden Organismus gehe. Die Rechtsprechung werde durch die gesetzlichen Regelungen zum Behandlungsvertrag nicht an einer Anwendung ihrer im Bereich der Humanmedizin entwickelten Grundsätze zur Beweislastverteilung auch im Bereich der Veterinärmedizin gehindert.³⁸

Die Entscheidung ist insofern bemerkenswert, als der BGH für eine Beweislastumkehr bis dahin stets verlangt, dass der Beklagte eine Pflicht gröblich verletzt hat, die dem Schutz des Lebens und der Gesundheit eines anderen Menschen dient. Hier waren nun Leib und Leben eines Tieres betroffen, prozessiert wurde also wegen

36 BGH, Urt. v. 10.05.2016 – VI ZR 247/15 = BGHZ 210, 197 = NJW 2016, 2502 m. Anm. Koch 2461 ff. = JZ 2016, 963 m. Anm. Fielenbach = MedR 2017, 709. Eingehend zur Haftung des Tierarztes *Adolphsen* in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl. 2013, § 16.

37 BGH, Urt. v. 10.05.2016 – VI ZR 247/15, Rn. 15 = BGHZ 210, 197, 204 = NJW 2016, 2502, 2503.

38 BT-Drucks. 17/10488, S. 18, wo fälschlicherweise mit BGH NJW 1982, 1327 eine bereits bestehende BGH-Rspr. angeführt wird.

einer Verletzung des *Eigentums*. Das OLG Koblenz hatte wenige Jahre zuvor keinen Grund gesehen, im Rahmen der Beweislastverteilung die fehlerhafte Behandlung eines Tieres abweichend von einer sonstigen Eigentumsverletzung zu behandeln, bei welcher der Eigentümer nachweisen muss, dass die Handlung des auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Gegners zu dem Schaden an seinem Eigentum geführt hat.³⁹ Auch das OLG Oldenburg als Berufungsgericht erkannte noch gewichtige Gründe gegen eine pauschale Übernahme der für den humanmedizinischen Behandlungsvertrag entwickelten Grundsätze für eine tierärztliche Behandlung,⁴⁰ im konkreten Fall aber bejahte es eine Beweislastumkehr. Das Ergebnis entsprach der bis dato bereits überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur.⁴¹

Kurze Zeit später erklärte das OLG Köln mit Urteil vom 02. September 2016 die vom BGH auf den Tierarzt übertragenen Grundsätze auch auf den *Hufschmied* für anwendbar, »weil auch zwischen diesen Berufsgruppen die Sach- und Interessenlage in einer Weise gleich gelagert ist, dass eine unterschiedliche Handhabung nicht gerechtfertigt wäre.«⁴²

c) Rettungssanitäter

Mit Urteil vom 19. Mai 2016 entschied das KG⁴³: Wird ein *Rettungssanitäter* pflichtwidrig im Kompetenzbereich des Arztes tätig, gestatte dies eine Anwendung der zur Arzthaftung entwickelten Beweislastregeln im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs gem. § 839 BGB i.V.m. Art 34 GG. Zwar seien die Grundsätze der Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern beim Handeln von Rettungssanitätern grundsätzlich nicht anwendbar. Doch rechtfertige der zur Entscheidung anstehende Sachverhalt eine Übertragung zumindest in diesem Fall. Zum einen könne es nicht darauf ankommen, ob ein hoheitliches Handeln oder eine Tätigkeit auf der Grundlage eines Behandlungsvertrages vorliege. Zum anderen sei entscheidend, dass der konkrete Fehlervorwurf gegenüber den Rettungssanitätern, den Kläger keiner notfallmedizinischen Versorgung zugeführt zu haben, sich auf ein »*im eigentlichen Sinne medizinisches Vorgehen*« beziehe. Dies stehe einer »Behandlung« im medizinischen Sinne gleich. Deshalb seien die arzthaftungsrechtlichen Grundsätze zum groben Behandlungsfehler hier auch auf das hoheitliche Handeln der Rettungssanitäter anzuwenden.

Dass es sich bei dem Rettungssanitäter nicht um einen Angehörigen der Gesundheitsfachberufe handelt, sondern um einen Berufsträger der Hilfsberufe, für die die §§ 630a ff. BGB nicht gelten, also § 630h Abs. 5 S. 1 BGB keine Anwendung findet,

39 OLG Koblenz, Beschl. v. 18.12.2008 – 10 U 73/08 = VersR 2009, 1503 m. abl. Anm. *Baur* VersR 2010, 406.

40 OLG Oldenburg, Urte. v. 26.03.2015 – 14 U 100/14.

41 Nachweise in BGH, Urte. v. 10.05.2016 – VI ZR 247/15, Rn. 12 = BGHZ 210, 197, 202 f. = NJW 2016, 2502, 2503.

42 OLG Köln, Urte. v. 02.09.2016 – 19 U 129/15, Rn. 54, ablehnend bei Friseuren, Tätowierern, auch Fußpflegern.

43 KG, Urte. v. 19.05.2016 – 20 U 122/15 = MedR 2017, 388 m. Bespr. *Voigt*, MedR 2017, 375 ff.

erwähnt das KG nicht, musste den Senat aber nicht von einer Beweislastumkehr im Rahmen der Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG abhalten. Erstaunlich ist jedoch, dass das KG es bei der Feststellung, es handele sich bei der Tätigkeit der Rettungssanitäter im konkreten Fall um ein »im eigentlichen Sinne medizinisches Vorgehen«, bewenden lässt. Die Umkehr der Beweislast begründet das Gericht mit keinem Satz. Es taucht nicht einmal die formelhafte Wendung auf, dass die nachträgliche Aufklärbarkeit des tatsächlichen Behandlungsgeschehens wegen des besonderen Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung in einer Weise erschwert ist, dass dem Patienten der volle Kausalitätsbeweis nicht zugemutet werden kann. Die Notwendigkeit einer Abweichung von der gesetzlichen Beweislastverteilung wird vom KG nicht ansatzweise dargelegt.⁴⁴

d) Hausnotrufdienst

Mit Urteil vom 21. Mai 2017 übertrug der III. Zivilsenat des BGH die Arzthaftungsgrundsätze auf den *Hausnotrufdienst*.⁴⁵ Mitarbeiter eines entsprechenden Anbieters fanden nach einem eingegangenen Notruf den zu betreuenden Kläger schwer angeschlagen auf dem Boden liegend. Sie begnügten sich damit, ihn auf eine Couch zu setzen und ließen ihn dann allein in der Wohnung zurück, ohne eine ärztliche Versorgung zu veranlassen. Zwei Tage später wurde der Kläger von Mitarbeitern des Pflegedienstes erneut in der Wohnung liegend aufgefunden und in eine Klinik eingeliefert, wo ein »nicht mehr ganz frischer« Schlaganfall diagnostiziert wurde. Ob die geltend gemachten Schäden des Klägers, der kurze Zeit später einen weiteren Schlaganfall erlitt, bei ordnungsgemäßer Versorgung des ersten Vorfalls vermieden worden wären, meinte der III. Zivilsenat in seinem klagestattgebenden Urteil offen lassen zu können. Wer eine *besondere Berufs- und Organisationspflicht, die dem Schutz von Leben und Gesundheit anderer dient*, grob vernachlässigt habe, könne nach Treu und Glauben die Folgen der Ungewissheit, ob der Schaden abwendbar war, nicht dem Geschädigten aufbürden. In derartigen Fällen sei die regelmäßige Beweislastverteilung dem Geschädigten nicht zuzumuten. Der seine Pflichten grob Vernachlässigende müsse daher die Nichtursächlichkeit festgestellter Fehler beweisen, die allgemein als geeignet anzusehen sind, einen Schaden nach Art des eingetretenen herbeizuführen.⁴⁶

Der III. Zivilsenat erachtet die *Interessenlage* als mit derjenigen in Arzthaftungsfällen *vergleichbar*.⁴⁷ Dabei wird verkannt, dass es in den hier zu beurteilenden Fällen einer groben Berufspflichtverletzung an einer *typischerweise* vorliegenden Beweisnot

44 Anders bzgl. eines Schadensersatzanspruchs wegen Amtspflichtverletzung durch Rettungssanitäter OLG Köln, Urte. v. 22.08.2007 – 5 U 267/06, Rn. 36: »Eine Durchbrechung der allgemeinen Kausalitätsregeln, die die Lehre vom groben Behandlungsfehler bedeutet, muss Ausnahmecharakter haben und eng verstanden werden«.

45 BGH, Urte. v. 11.5.2017 – III ZR 92/16 = NJW 2017, 2108 m. Anm. *Mäsch*, 2080 f. = JZ 2017, 840 m. Anm. *Koch* = MDR 2017, 817 m. Bespr. *Laumen*, 797 ff.

46 Bestätigung und Fortführung von BGH NJW 1962, 959 f. (Schwimmmeister) und BGH NJW 1971, 241, 243 (stationäre Krankenhauspflege).

47 Zustimmend *Koch*, JZ 2017, 843, 844, das Urteil sei »konsequent und sachgerecht«.

des Klägers fehlt, es sich vielmehr stets um *Einzelfälle* handelt, die einen so weitgehenden Eingriff in die gesetzlich vorgegebene Beweislastverteilung nicht zu rechtfertigen vermögen.⁴⁸ Die Beweisnot bestand vorliegend, weil angesichts der komplexen Gemengelage aus mehreren Risikofaktoren der tatsächliche Krankheitsverlauf ebenso wie der hypothetische bei unterstelltem pflichtgemäßem Handeln nicht im Einzelnen rekonstruierbar war.⁴⁹ Stellt man auf die Verletzung einer dem Schutz von Leben und Gesundheit anderer dienenden Berufs- oder Organisationspflicht ab, dann droht eine grenzenlose Ausdehnung der Beweislastumkehr, da letzten Endes jedes Schuldverhältnis nach § 241 Abs. 2 BGB die Vertragspartner zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter des Gegenüber verpflichtet.⁵⁰

III. DIE FORMEL VON DEN »BEWEISERLEICHTERUNGEN BIS HIN ZUR BEWEISLASTUMKEHR«

In der Rechtsprechung ist verschiedentlich immer noch die Rede davon, ein grober Behandlungsfehler führe hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität zu »Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr«⁵¹. Dies entspricht dem vom VI. Zivilsenat des BGH früher vertretenen Standpunkt, es dürfe nicht nach einer starren Regel stets eine Beweislastumkehr vorgenommen werden, geboten seien vielmehr »Beweiserleichterungen, die bis hin zur Beweislastumkehr reichen können«.⁵² Nach der jeweiligen Sachlage gelte es zu prüfen, ob dem Patienten nach allem die regelmäßige Beweislastverteilung zugemutet werden dürfe; immer dann habe das Gericht bis zur Beweislastumkehr reichende Erleichterungen zu gewähren, wenn nach tatrichterlichem Ermessen dem Patienten die Beweislast für einen schadensursächlichen Arztfehler billigerweise nicht oder nicht voll zuzumuten sei, wobei das Ausmaß der Beweiserleichterung vornehmlich davon abhängen sollte, inwieweit der Arzt durch seine Versäumnisse die nachträgliche Aufklärbarkeit der Kausalzusammenhänge

48 Vgl. sub II. und II. 2.; krit. Urteilsanm. von *Laumen*, MDR 2017, 797, 798.

49 *Mäsch*, NJW 2017, 2080, 2081: faktisches Problem, keine Wertungsfrage, ob ein grober Fehler vorliegt.

50 Scharf die Kritik von *Mäsch*, NJW 2017, 2080, 2081, mit der Forderung nach alternativer Lösung in Form eines anteiligen Schadensersatzes je nach Größe der vereitelten Heilungschance; dagegen *Katzenmeier*, ZZZP 117 (2004), 187, 207 f.

51 Vgl. etwa OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.05.2004 – 7 U 204/98, Rn. 38; OLG Jena, Urt. v. 02.03.2005 – 4 U 823/03, Rn. 48, 58; OLG Jena, Urt. v. 15.10.2008 – 4 U 990/06, Rn. 62; OLG Köln, Urt. v. 04.04.2012 – 5 U 99/11, Rn. 32; OLG Koblenz, VersR 2013, 1049, Rn. 13; NJW-RR 2015, 1434; auch KG, Urt. v. 19.05.2016 – 20 U 122/15 = MedR 2017, 388, 391.

52 So erstmals BGH NJW 1972, 1520, im Zusammenhang mit einer lückenhaften Dokumentation; zu groben Behandlungsfehlern vgl. BGHZ 72, 132, 136 = NJW 1978, 2337, 2338; BGHZ 85, 212, 215 = NJW 1983, 333, 334; BGH NJW 1981, 2513; 1988, 2303, 2304; 1989, 2332.

erschwerte.⁵³ Die beweisrechtlichen Reaktionen sollten also direkt mit den Besonderheiten des jeweiligen Falles korrelieren.

Im Schrifttum war die Formel von den »Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr« begrüßt worden als eine gegenüber der starren Regel flexiblere und genauere Lösung.⁵⁴ Unklar aber blieb, an welche Beweiserleichterungen der BGH eigentlich dachte, ob an die Gewährung eines Anscheinsbeweises unter erleichterten Voraussetzungen,⁵⁵ an eine Parteivernehmung unabhängig von den Voraussetzungen des § 448 ZPO⁵⁶ oder an eine Senkung des Beweismaßes auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit?⁵⁷ Die flexible Praxis barg Gefahren für die Rechtssicherheit, durch die jede Konkretisierungsbemühung auf Tatbestandsseite hinfällig wurde und selbst die angestellten Überlegungen zum sachlichen Grund der Beweislastumkehr entwertet wurden.⁵⁸ Letzten Endes war die Formel von den »Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr« sogar *begrifflich falsch und irreführend*, indem sie den Eindruck erweckte, der Richter könne zur Linderung einer im Einzelfall bestehenden Beweisnot aus einem Katalog von Hilfsmitteln auswählen und hierbei auch zur Verlagerung der Beweislast auf die Gegenseite greifen.⁵⁹ Sie suggerierte eine Beliebigkeit oder ein freies Ermessen des Richters bei der Auswahl und Anwendung der jeweiligen Beweiserleichterungen, das in dieser Form nicht besteht.⁶⁰ Beweiserleichterungen spielen im Rahmen der Beweiswürdigung eine Rolle und sind von der Beweislastumkehr strikt zu trennen.⁶¹ Durch die gleitende Betrachtungsweise aber wurden die Unterschiede hinsichtlich der rechtlichen Grundlagen und jeweiligen Anwendungsvoraussetzungen verwischt, Beweiswürdigung und Beweislastfragen wurden dadurch unglücklich miteinander vermengt.⁶² Dies geschah ohne Not, denn die vergleichsweise unbestimmte Definition des groben Behandlungsfehlers belässt

53 BGHZ 72, 132, 136 ff. = NJW 1978, 2337, 2338 ff., noch differenzierend zwischen den Rechtsfolgen bei einem groben Behandlungsfehler und bei unzulänglicher Dokumentation; in der Folgezeit wurden die beweisrechtlichen Reaktionen in beiden Fällen einander angeglichen, vgl. etwa BGH VersR 1983, 983.

54 Vgl. etwa *Baumgärtel* Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1991, § 823 Anh. C II, Rn. 22; *Giesen* Arzthaftungsrecht, 1981, Rn. 361; *ders.* JZ 1990, 1053, 1061; s. auch *Franzki* MedR 1994, 171, 175; *Pelz* DRiZ 1998, 473, 480; *Rebborn* MDR 1999, 1169, 1173.

55 So das Verständnis von *Leipold* Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeßrecht, 1985, S. 23 mit anschl. Kritik.

56 Fragend *D. Franzki* Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß, 1985, S. 62; s. aber BGH NJW 1998, 814, 815.

57 So die Interpretation der Rechtsprechung von *Brüggemeier* Prinzipien des Haftungsrechts, 1999, S. 229 f., 231, 234; *Wagner* in: MüKo-BGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2004, § 823, Rn. 732.

58 *Katzenmeier* Arzthaftung, 2002, S. 468 f.

59 *Greger* in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, vor § 284, Rn. 22; *Katzenmeier* Arzthaftung, 2002, S. 469.

60 *Prütting* in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 286, Rn. 129; *Laumen* NJW 2002, 3739 ff.

61 Vgl. nur *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 286, Rn. 71 ff.; *Prütting* in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 286, Rn. 6 ff., 93 ff.; *Laumen* NJW 2002, 3739, 3743.

62 *Prütting* in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 286, Rn. 129; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 286, Rn. 207; *Greger* in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, vor § 284, Rn. 22.

dem erkennenden Gericht genügend Spielraum bei der Anwendung der Beweislastregel im konkreten Fall.⁶³

Der VI. Zivilsenat des BGH reagierte auf die Kritik und *verwarf die Formel* von den »Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr«. ⁶⁴ Seit seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2004 misst er Beweiserleichterungen gegenüber der Beweislastumkehr »keine eigenständige Bedeutung mehr« bei. ⁶⁵ Unmissverständlich wird ausgesprochen, dass es nicht in der Verantwortung des Tatrichters im Einzelfall liegt, über die Zubilligung von Beweiserleichterungen sowie über Umfang und Qualität der eingetretenen Beweiserleichterungen zu entscheiden, und dass ein »Ermessen« des Tatrichters bei der Anwendung von Beweislastregeln dem Gebot der Rechtssicherheit zuwiderliefe. ⁶⁶ Für die vertragliche Haftung ist die Rechtsfolge seit dem Jahr 2013 in § 630h Abs. 5 S. 1 BGB festgeschrieben. ⁶⁷

Diese Klarstellungen sind zu begrüßen. Doch lässt die nunmehr bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers regelmäßig vorgenommene Umkehr der Beweislast als besonders scharfe Waffe des Rechts ⁶⁸ Eingrenzungsbemühungen dringlicher denn je erscheinen, soll eine immer weitergehende Haftungsausweitung und damit Krise der Arzthaftpflicht ⁶⁹ vermieden werden. Dies gilt umso mehr, als der grobe Behandlungsfehler sich nach ständiger, in § 630 h Abs. 5 S. 2 BGB rezipierter Rechtsprechung auch mittelbar aus einem einfachen Befunderhebungs- oder Befundsicherungsfehler ergeben kann. ⁷⁰ Eine solche rechtfertigt zwar zunächst nur den Schluss, dass ein pflichtgemäßes Vorgehen einen reaktionspflichtigen Befund zu Tage gefördert hätte. Ergibt sich jedoch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein so gravierender Befund, dass seine Verkennung sich als fundamental fehlerhaft darstellen müsste, so kann

63 *Leipold* Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, 1985, S. 25.

64 BGHZ 159, 48 = NJW 2004, 2011 = JZ 2004, 1029 m. Anm. *Katzenmeier* = BGHReport 2004, 1079 m. Anm. *Laumen* = MedR 2004, 561.

65 BGHZ 159, 48, 53 = NJW 2004, 2011, 2012 = JZ 2004, 1029, 1030; bestätigt u.a. von BGH NJW 2005, 427, 428.

66 BGHZ 159, 48, 55 = NJW 2004, 2011, 2013 = JZ 2004, 1029, 1030; s. ausdr. auch BGHZ 210, 197, 205 f. = NJW 2016, 2502, 2504. Anders aber bis heute der III. Zivilsenat des BGH bei Amtshaftungsansprüchen, vgl. zuletzt BGH NVwZ 2017, 251, 255 m.w.N.

67 Bei der angeordneten Vermutung handelt es sich um eine gesetzliche Tatsachenvermutung im Sinne des § 292 ZPO, gegen die der Beweis des Gegenteils zulässig ist. Dieser Beweis des Gegenteils ist Hauptbeweis, der zur vollen Überzeugung des Gerichts geführt werden muss. Damit hat eine gesetzliche Vermutung die gleiche Wirkung wie eine Beweislastumkehr, vgl. *Prütting* Die Beweislast im Arzthaftungsprozess und das künftige Patientenrechtgesetz, in: Festschrift für Helmut Rüßmann, 2012, S. 609, 616.

68 *Baumgärtel* Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1991, § 823 Anh. C II, Rn. 22; *H. Weber* Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, 1997, S. 216: »grobschlächtiges Instrument«.

69 Dazu *Katzenmeier* MedR 2011, 201 ff. m.w.N.

70 Zur Beweislastumkehr, wenn bereits die Unterlassung der Befunderhebung einen groben ärztlichen Fehler darstellt, vgl. etwa BGHZ 138, 1, 6 = NJW 1998, 1780, 1781; BGH NJW 1998, 1782, 1784; MedR 2010, 494, 495.

auch hier von der Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden ausgegangen werden.⁷¹

IV. LEGITIMIERUNG DER BEWEISLASTUMKEHR

Prütting stimmt der von der Rechtsprechung im Bereich der Arzthaftung vorgenommenen Beweislastumkehr im Ergebnis zu,⁷² mahnt aber zu Recht Legitimationsdefizite an.⁷³ Die Tatsache, dass die Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern nunmehr für das Vertragsrecht ein gesetzliches Fundament erhalten hat, enthebt nur partiell von der Notwendigkeit ihrer *Legitimierung* und auch insoweit nur bedingt von dem Erfordernis einer *sachlich-inhaltlichen Begründung*.⁷⁴ Als rein vertragsrechtliche Regelung kann § 630h Abs. 5 S. 1 BGB nicht einfach in das Deliktsrecht gespiegelt und angewendet werden.⁷⁵ Im Rahmen der deliktischen Haftung stellt die Beweislastumkehr weiterhin eine Durchbrechung des Grundsatzes der Beweislast des Anspruchstellers für die haftungsbegründende Kausalität im Wege richterlicher Rechtsfortbildung dar. Auch wenn die Beweislastumkehr mittlerweile fest etabliert ist, so ist sie als Gesetzeskorrektur nur dann zulässig, wenn unter besonderen Voraussetzungen die dringende Notwendigkeit einer Abänderung der allgemeinen Beweislastverteilung hervortritt, der innere Grund einer speziellen Regel klar herausgearbeitet und in plausible Anwendungsvoraussetzungen umgemünzt wird.⁷⁶ Eine sorgfältige dogmatische Fundierung ist auch deshalb weiterhin geboten, weil § 630h

- 71 BGHZ 159, 48, 55 = NJW 2004, 2011, 2013 = JZ 2004, 1029, 1030 m. w. N.; klarstellend BGH NJW 2004, 1871 = MedR 2004, 559: die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines reaktionspflichtigen Befundes ist unabhängig von der Kausalitätsfrage zu beurteilen; BGH NJW 2011, 2508; 2011, 3441; Konkretisierung des Merkmals »hinreichend wahrscheinlich« durch OLG Köln VersR 2004, 247; kritisch zu dieser Sonderregel *Mäsch* Chance und Schaden, 2004, S. 55 ff.; *Foerste* Beweiserleichterungen nach groben und einfachen Behandlungsfehlern, in: Festschrift für Erwin Deutsch, 2009, S. 165, 177.
- 72 *Prütting* in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 286, Rn. 128; anders noch *ders.* Beweisprobleme im Arzthaftungsprozess, in: Festschrift 150 Jahre Landgericht Saarbrücken, 1985, S. 257, 266.
- 73 Für die Beweislastverteilung in zweifelhaften Fällen maßgebliche Gründe benennt *Prütting* in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 286, Rn. 117; ausf. *ders.* Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 250 ff.
- 74 *Katzenmeier* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap. XI, Rn. 95, auch zum Folgenden.
- 75 *Prütting* Die Beweislast im Arzthaftungsprozess und das künftige Patientenrechtegesetz, in: Festschrift für Helmut Rüßmann, 2012, S. 609, 618 f.; *Katzenmeier* in: BeckOK-BGB, 42. Edition 01.02.2017, § 630h, Rn. 6; für eine analoge Anwendung des § 630h BGB aber *Spickhoff* VersR 2013, 267, 281.
- 76 *Leipold* Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, 1985, S. 22; s. auch *Prütting* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, Kap. 25, Rn. 4, 8; *ders.* in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 286, Rn. 119, 123; *Greger* in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, vor § 284, Rn. 27; *Foerste* in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 286, Rn. 37.

Abs. 5 S. 1 BGB nur auf diese Weise über die bloße Autorität einer gesetzlichen Normierung hinaus innere Überzeugungskraft zuwachsen und damit die Frage der Anwendbarkeit dieser inhaltlich wenig konkretisierten Norm in Zweifelsfällen zuverlässig bestimmt werden kann.

Der vom BGH angegebene und vom Gesetzgeber zur Begründung des § 630h Abs. 5 S. 1 BGB übernommene⁷⁷ Sachgrund, wegen des Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung sei die Aufklärung des Behandlungsgeschehens in besonderer Weise erschwert und das Spektrum der für die Schädigung in Betracht kommenden Ursachen verbreitert oder verschoben worden, wofür ein Ausgleich zu bieten sei, führt im Grund nicht über das reine Billigkeitsargument hinaus.⁷⁸ Misst man der Argumentation aber Bedeutung bei, vermag sie eine Beschränkung der Beweislastumkehr auf die Fälle grober Behandlungsfehler schwerlich zu erklären, da auch einfache Fehler – und vielleicht gerade diese, weil sie selten augenfällig und ihre Auswirkungen oft noch schwieriger exakt festzustellen sind – das Spektrum möglicher Schadensursachen verbreitern oder verschieben.⁷⁹

Nun besteht kein Grund, die Rechtsprechung insgesamt zu tadeln oder zu missbilligen, weil sie sich von den abstrakt-generellen Beweislastregeln zu einem Teil gelöst hat und sich darum bemüht, die jeweiligen sozialen Rollen der Beteiligten, die Interessengegensätze, Konfliktlagen und Schutzbedürftigkeiten zu berücksichtigen. »Es wäre geradezu unnatürlich, wenn das Streben nach konkreter Gerechtigkeit, das im materiellen Recht zu einer Fülle von Tatbestandsverfeinerungen, aber auch von echten Neuschöpfungen durch die Rechtsprechung geführt hat, vor dem Gebiet des Beweisrechts haltmachen würde.«⁸⁰ Das Postulat eines möglichst geschlossenen, ausnahmslos geltenden Beweislastregelsystems verkennt das Bedürfnis nach einer flexiblen Handhabung haftungsrechtlicher Beweiserleichterungen zwecks angemessener Verarbeitung des Durchsetzungsrisikos von Schadensersatzansprüchen.⁸¹

77 Vgl. BT-Drucks. 17/10488, S. 31.

78 *Baumgärtel* Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1991, § 823 Anh. C II, Rn. 33; *Nüßgens* in: RGRK, Bd. II, 5. Teil, 12. Aufl. 1989, § 823, Anh. II, Rn. 306 f.; *Mäsch* Chance und Schaden, 2004, S. 43 ff. Offenes Bekenntnis des Bundesrichters *Dunz* Aktuelle Fragen zum Arzthaftungsrecht, 1980, S. 53 f.: »Eine rationalere Begründung als die, dass es u. U. einfach unbillig ist, dem grob falsch behandelten Patienten den meist unmöglichen Kausalitätsbeweis aufzubürden, gibt es m. E. nicht«; zum Einfluss von *Dunz* auf die Rechtsprechung des BGH zum Arzthaftungsrecht vgl. *Steffen* MedR 1997, 99, 100.

79 Insoweit zutreffend die Kritik von *Stoll* AcP 176 (1976), 145, 157; *Brüggemeier* Deliktsrecht, 1986, Rn. 684; *H. Weber* Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß, 1997, S. 235; *Fleischer* JZ 1999, 766, 773; s. auch *Nüßgens* in: RGRK, Bd. II, 5. Teil, 12. Aufl. 1989, § 823, Anh. II, Rn. 306; *Hager* in: Staudinger, §§ 823 E-I, 824, 825, Neubearb. 2009, § 823, Rn. I 59; *Schiemann* in: Staudinger, §§ 249-254, Neubearb. 2005, Vorbem. zu §§ 249 ff., Rn. 95; *ders.* in: Erman, 13. Aufl. 2011, § 823, Rn. 142; *Foerste* Beweiserleichterungen nach groben und einfachen Behandlungsfehlern, in: Festschrift für Erwin Deutsch, 2009, S. 165, 172 f.

80 *Leipold* Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, 1985, S. 21 f.

81 *Stoll* AcP 176 (1976), 145, 179; *Gottwald* Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1996, S. 244; *Baumgärtel* Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996, Rn. 453.

Andererseits muss unsere Rechtsordnung richterrechtlichen Beweiserleichterungen und Beweislastumkehrungen aber gewisse Grenzen setzen, will sie nicht jede Vorhersehbarkeit und Kalkulierbarkeit verlieren.⁸² Das Gebot der Rechtssicherheit verbietet nicht nur Abweichungen vom Grundsatz im Einzelfall, also Beweiserleichterungen im jeweiligen Prozess ohne normative Regelung allein aus Gründen der Gerechtigkeit oder der Billigkeit.⁸³ Soweit nicht von anderen, tragfähigen Gesichtspunkten begleitet, sind Billigkeitserwägungen für sich genommen auch zu schwach und zu wenig aussagekräftig, als dass sie eine judikative Beweislastumkehr methodisch und inhaltlich hinreichend legitimieren könnten.⁸⁴ Auch die Rechtsprechung zum groben Behandlungsfehler lässt sich daher überzeugend nicht schon damit begründen, dass es Patienten hier regelmäßig besondere Schwierigkeiten bereitet, den Nachweis der Kausalität für den erlittenen Körperschaden zu führen, dass eine Beweisbelastung der Behandlungsseite eher angemessen sei, einem »gerechten« Interessenausgleich entspreche, oder nach Treu und Glauben geboten erscheine. Zusätzliche Argumente sind nötig, soll der Anwendungsbereich der Beweislastumkehr hinreichend bestimmt und nachvollziehbar werden.

Die Einsicht in den starken wechselseitigen Bezug von materiellem Arzthaftungsrecht und Prozessrecht sowie die nahe Verwandtschaft zwischen Beweiserleichterungen und Haftungsverschärfung führen weg von den Billigkeitsargumenten hin zu einer Beweisrisikozuweisung entsprechend der materiell-rechtlichen Pflichtenstellung.⁸⁵ Eine Beweislastumkehr darf auch im Arzthaftungsrecht nicht allein im Hinblick auf die den Patienten bisweilen hart treffenden Schadensfolgen und dessen Beweismöge gewähr werden, sondern hat stets auch die Aufgaben- und Pflichtenrolle des Arztes zu bedenken. Die Gesichtspunkte der Gefährerhöhung und der Beherrschbarkeit des Geschehensablaufs erscheinen unverzichtbar, will man verhindern, dass auf dem Umweg über das Beweisrecht partiell eine Einstandspflicht des Arztes für den Erfolg

82 *Prütting* in: Karlsruher Forum 1989: Beweiserleichterungen für den Geschädigten: Möglichkeiten und Grenzen, 1989, S. 3, 16; *Leipold* in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 286, Rn. 10, 71 ff.

83 Entschieden *Prütting* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, Kap. 25, Rn. 4, 8; *ders.* in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 286, Rn. 119, 123: »Eine Beweislastumkehr im Einzelfall, also aus Gründen der Gerechtigkeit oder der Billigkeit des einzelnen Prozesses ist in jedem Fall abzulehnen«; s. auch *Leipold* Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, 1985, S. 22; *Laumen* in: Prütting/Gehrlein: ZPO, 9. Aufl. 2017, § 286, Rn. 59, 65, 72.

84 *Prütting* in: MüKo-ZPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2016, § 286, Rn. 121, 128; *Foerste* in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 286, Rn. 37.

85 S. im Einzelnen *Katzenmeier* Arzthaftung, 2002, S. 172 ff., 375 ff., 423 f. I.d.S. auch *Steffen* ZVersWiss 1993, 13, 28 f.; *Nußgens* in: RGRK, Bd. II, 5. Teil, 12. Aufl. 1989, § 823, Anh. II, Rn. 305; v. *Bar* Verkehrspflichten, 1980, S. 282; *Schiemann* Wandlungen der Berufshaftung, Festschrift für Joachim Gernhuber, 1993, S. 387, 398.

der Behandlung eingeführt wird.⁸⁶ Nur die sorgfältige Gesamtschau aller für die Regelbildung maßgeblichen Kriterien vermag im jeweiligen Einzelfall die Anwendung der Beweislastsonderregel des § 630h Abs. 5 S. 1 BGB im Rahmen der vertraglichen Haftung und die Beweislastumkehr im Rahmen des Deliktsrechts zu legitimieren.

V. SCHLUSS

Hanns Prütting hat die Notwendigkeit der Legitimierung und der sachlich-inhaltlichen Begründung von Beweislastentscheidungen stets betont. Seine Abhandlungen genießen in der Rechtswissenschaft wie in der Gerichtspraxis höchste Anerkennung, sie haben das Beweisrecht nachhaltig beeinflusst, geformt und damit einem Abgleiten in eine konturenlose Billigkeitsrechtsprechung entgegengewirkt. *Hanns Prüttings* Schriften zum Beweisrecht sind ein Musterbeispiel für Dogmatik im Dienste von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung.

86 Näher *Katzenmeier* Arzthaftung, 2002, S. 464 ff.; *ders.* in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kap XI, Rn. 100 ff. Die Beweislastverteilung sollte möglichst das vom Schuldner übernommene Leistungsrisiko zum Ausdruck bringen, vgl. grds. *Stoll* AcP 176 (1976), 145, 149 ff.; *Larenz* Zur Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, in: Festschrift für Fritz Hauß, 1978, S. 225, 235 ff.; *Taupitz* Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen – insbesondere in der Arzthaftung?, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, Bd. 1, S. 1231, 1237 f.; *Spindler* AcP 208 (2008), 283, 328 f.; *Schärtl* NJW 2014, 3601, 3604; v. *Pentz* MedR 2011, 222, 223 f.