

Andreas Pinheiro

Der gerechte Ausgleich der Partei-Interessen in der Arzthaftung

Eine rechtsvergleichende Arbeit
zum Recht der US-Bundesstaaten
Kalifornien, Florida und Virginia und
dem deutschen Recht



Nomos

Nomos Universitätsschriften

Recht

Band 946

Andreas Pinheiro

Der gerechte Ausgleich der Partei-Interessen in der Arzthaftung

Eine rechtsvergleichende Arbeit zum Recht der
US-Bundesstaaten Kalifornien, Florida und Virginia
und dem deutschen Recht



Nomos

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

Zugl.: Hagen, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5345-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-9545-9 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Para o meu pai,
Manuel Domingos Guerra Pinheiro
(1934-1993)

Es wird aussehen, als wäre ich tot,
und das wird nicht wahr sein.
Und wenn du dich getröstet hast,
wirst du froh sein, mich gekannt zu haben.
Du wirst immer mein Freund sein,
du wirst Lust haben, mit mir zu lachen.
Und du wirst manchmal dein Fenster öffnen,
gerade so zum Vergnügen,
und deine Freunde werden sehr erstaunt sein,
wenn sie sehen, dass du den Himmel anblickst
und lachst.

Antoine de Saint-Exupéry

Vorwort

Am Anfang dieses Werkes stand eine Frage, die mir häufig am Tisch meiner Schwiegerfamilie begegnet war: Wie kann ein Jurist die Leistung eines Arztes nach Haftungskriterien beurteilen? Mein Schwiegervater, selbst Radiologe, vertrat in diesen Gesprächen vehement die Meinung, ein Jurist würde immer die Sicht des Patienten vertreten, da er nur diese kenne. Hieraus entstand meine erste Frage: Welche Interessen haben die Parteien im Arzthaftungsprozess und wie sind diese zu gewichten? Der zweite entscheidende Moment ereignete sich in dem rechtsvergleichenden Seminar am Institut meines Doktorvaters, Herrn Professor Karl August von Sachsen Gessaphe. In diesem lernte ich den ungeheuren wissenschaftlichen Nutzen der rechtsvergleichenden Methode kennen. Gleichzeitig fing ich an, mich für den Rechtskreis des Common Law zu begeistern. Diesen Rechtskreis wollte ich, nicht zuletzt aufgrund meiner Ausbildung als Pilot, die ich in Arizona absolvierte, besser kennenlernen.

So entstanden die Leitidee und die zur Untersuchung gewählte Methode meiner Dissertation. Ich hoffe, mit ihr einen Beitrag zum wissenschaftlichen Diskurs geleistet zu haben. Zunächst möchte ich mich bei meinem Doktorvater für die intensive und leidenschaftliche Betreuung und sein Vertrauen bedanken: Lieber Herr Professor, Sie haben mich in den vier Jahren der Betreuung durch Ihren Anspruch, Ihre Kritik aber auch durch Ihren Zuspruch in allen Bereichen besser gemacht! Mehr kann ein Doktorand nicht verlangen.

Für Rat, Unterstützung und Hinweise bedanke mich bei, Herrn Bruce Amin, Frau RiOLG Dr. Carina Feix, Herrn Dr. Simon Gruhn, Herrn Prof. Dr. Christoph Schäfer, Herrn RA Herbert Wartensleben und Frau Dr. Nadia Wittrock. Weiterhin danke ich Frau Dr. Anne Kursten für ihre Mithilfe bei der Erstellung des Manuskripts ganz herzlich.

Herrn Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel danke ich dafür, dass er mir auf unkomplizierte Weise den Zugang zu seinem Institut ermöglichte. Den Mitarbeitern des Instituts für internationales und ausländisches Recht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, danke ich darüber hinaus für ihre geduldige Hilfe bei all meinen Recherchen. Ebenso danke ich natürlich den Mitarbeitern am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, IPR und Rechtsvergleichung der Fernuniversität in Hagen, namentlich vor allem Frau Wardenga, für die wunderbare Unterstützung und Betreuung. Mein Dank gilt auch den Mitarbeitern

Vorwort

des EDELNet-Programms, für deren Einsatz: Der internationale Austausch im Rahmen des EDELNet-Programms ermöglichte es mir, viele neue Erkenntnisse für meine Arbeit zu ziehen.

Natürlich danke ich meiner Mutter Elisabeth und meiner während der Bearbeitung dieser Dissertation verstorbenen Tante Grete für die Zeit, die beide in meine schulische Entwicklung investiert haben. Auch meinen Schwiegereltern, Françoise und Werner, danke ich für ihre Unterstützung. Zum Schluss gebührt der größte Dank aber meiner Frau Annabelle und meinen Kindern Paul und Naomi, die in den vergangenen Jahren viel zu häufig auf mich verzichten mussten, wenn ich in meinem Büro saß und gelesen oder geschrieben habe. Die meine Launen ertragen mussten, wenn es mit dem Schreiben nicht so funktionierte, wie ich es mir vorgestellt hatte, oder ich einfach nicht weiterkam. Ich danke euch von ganzem Herzen, dass ihr mir diesen Traum ermöglicht habt.

Den Schlusssatz dieses Vorwortes richte ich an meine Kinder: Die kulturelle Vielfalt, die ich in euch erkenne, ist ein unermessliches Geschenk, für das eure Großeltern auf Vieles verzichten mussten. Vergesst diese Wurzeln bitte nie!

Köln im September 2018

Andreas Pinheiro

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Abkürzungsverzeichnis | 25 |
| 1. Kapitel Einleitung | 29 |
| A. Thema der vorliegenden Arbeit und Fragestellung | 29 |
| I. Problembeschreibung | 31 |
| 1. Rechtsvergleich mit dem anglo-amerikanischen Rechtskreis | 32 |
| 2. Begriff des Behandlungsfehlers | 33 |
| 3. Gerechter Interessenausgleich als Leitmotiv | 33 |
| II. Inhaltliche Abgrenzung, Erwartungen und Schwierigkeiten des Rechtsvergleiches | 36 |
| B. Methodische Darstellung der Rechtsvergleichung | 37 |
| I. Funktionale Analyse | 37 |
| II. Auswahl der US-Einzelstaaten anhand eines „Schnelltests“ | 39 |
| C. Gang der Untersuchung | 42 |
| D. Mehrrechtsstaat USA | 45 |
| I. Rechtsspaltung im US-Recht | 45 |
| 1. Materielles Recht | 46 |
| 2. Spaltung der Gerichtszüge | 47 |
| a. Gerichtszug der Bundesgerichte (föderal) | 47 |
| b. Einzelstaatliche Gerichtszüge | 47 |
| II. Zuständigkeit von bundes- und einzelstaatlichen Gerichten | 48 |
| 1. Sachliche Zuständigkeit der Bundesgerichte | 48 |
| 2. Sachliche Zuständigkeit einzelstaatlicher Gerichte | 49 |
| 3. Örtliche Zuständigkeit eines Bundesgerichtes | 50 |
| 4. Örtliche Zuständigkeit einzelstaatlicher Gerichte | 50 |
| 5. Durchbrechung der Zuständigkeitsregelungen | 51 |
| 6. Sonderzuständigkeit des US-Supreme Court nach certiorari | 52 |
| 7. Zuständigkeit in der Arzthaftung | 53 |
| III. Anzuwendendes Recht | 54 |
| 1. Verfahrensrecht | 54 |
| 2. Anzuwendendes Recht vor einem Bundesgericht | 55 |

| | |
|--|----|
| 3. Anzuwendendes Recht der einzelstaatlichen Gerichte | 56 |
| a. Anzuwendendes Recht in Kalifornien | 56 |
| b. Anzuwendendes Recht in Florida | 56 |
| c. Anzuwendendes Recht in Virginia | 57 |
| IV. Auswirkung der Rechtsspaltung auf die Arzthaftungsprozesse | 57 |
| 1. Erläuterung an einem Beispiel | 58 |
| 2. Bedeutung für die Untersuchung | 59 |
| E. Methode der Rechtsfindung im US-Recht | 60 |
| I. Rolle des Fallrechts | 61 |
| II. Gesetzliche Regelungen (statutes) | 62 |
| III. Sekundäre Rechtsquellen | 64 |
| IV. Rechtsfindung der Gerichte | 65 |
| V. Folgen für die Untersuchung | 66 |
| F. Verschiedenen Strömungen im Rechtsdenken der USA | 67 |
| I. „Conceptualism“ des 19.Jh. | 67 |
| II. „Legal Realism“ und seine Auswirkungen | 69 |
| III. Moderne Rechtstheorien | 70 |
| IV. Notwendigkeit des Verständnisses für die Untersuchung | 71 |
| | |
| 2. Kapitel Allgemeine Grundprinzipien der Arzthaftung in den Vereinigten Staaten von Amerika | 73 |
| | |
| A. Historie der angloamerikanischen Arzthaftungsklage | 73 |
| I. Entwicklung im englischen Common Law des Mittelalters | 74 |
| 1. Entstehung des writ of trespass on the case | 75 |
| 2. Besondere Pflichtenstellung des Arztes im Mittelalter | 78 |
| II. Entwicklung im US-Recht | 80 |
| | |
| B. Anspruchsgrundlage in der US-Arzthaftung | 83 |
| I. Vertragliche Haftung | 84 |
| II. Deliktische Haftung | 86 |
| 1. Vorsätzliche Schädigung: battery | 87 |
| 2. Haftung aus dem tort of negligence | 89 |
| 3. Verschuldensunabhängige Risikohaftung (strict liability) | 90 |
| 4. Zusammenfassung | 92 |
| III. Abgrenzungsproblem zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung | 93 |
| 1. Nonfeasance – Misfeasance Dichotomie | 93 |
| 2. Implied convenent doctrine | 94 |

| | |
|--|-----|
| 3. Abgrenzung nach einer implied / express promise | 95 |
| 4. Zusammenfassung der Abgrenzungstheorien | 96 |
| IV. Anspruchsgrundlage in den Einzelstaaten | 96 |
| 1. Kalifornien | 96 |
| 2. Virginia | 97 |
| 3. Florida | 99 |
| V. Ergebnis: Einheitliche Anspruchsprüfung | 100 |
| C. Grundlagen des Arzthaftungsprozesses | 101 |
| I. Ablauf des Verfahrens | 102 |
| II. Rolle des Richters | 105 |
| III. Rolle der Jury | 107 |
| IV. Sachverständigenaussage in der Arzthaftung | 109 |
| V. Nachweispflicht und Maßstab | 110 |
| VI. Zusammenfassung | 114 |
| D. Die Tatbestände der medical malpractice Klage | 114 |
| I. Sorgfaltspflicht (duty of care) | 115 |
| 1. Allgemeine Grundlagen | 115 |
| a. Arten der Sorgfaltspflicht | 116 |
| b. Prozessuale Besonderheiten | 117 |
| c. Funktion der duty | 118 |
| 2. Die Pflichtenstellung des Arztes | 119 |
| a. Duty aus dem vertraglichen Arzt-Patienten- Verhältnis | 119 |
| b. Rechtliche Begründung eines Arzt-Patienten- Verhältnisses | 120 |
| c. Inhalt der ärztlichen Pflichtenstellung | 121 |
| 3. Verpflichtung in Notfällen | 122 |
| 4. Bestimmung der duty durch richterliche Interessenabwägung | 122 |
| a. Anfänge der richterlichen duty-Abwägung | 123 |
| b. Entwicklung von Wertungskriterien | 124 |
| c. Interessenabwägung in der Arzthaftung | 126 |
| 5. Zusammenfassung | 128 |
| II. Sorgfaltspflichtverletzung (breach) und ihr Nachweis | 129 |
| 1. Allgemeines Regelungen zur Bestimmung der Sorgfaltspflicht | 129 |
| a. Reasonable person Standard | 130 |
| b. Kenntnis und Vorhersehbarkeit des Risikos als Merkmale | 131 |

| | |
|---|-----|
| c. Sorgfaltsmaßstab für Berufsgruppen (professional standard of care) | 133 |
| d. Funktion der negligence und des reasonable person standards | 134 |
| e. Nachweis der negligence im Prozess | 134 |
| 2. Medizinischer Soll-Standard (medical custom) | 136 |
| a. Inhaltliche Konkretisierung des medical custom | 137 |
| b. Reichweite des medical custom | 138 |
| c. Therapiefreiheit und medizinischer Soll-Standard (best judgment rule) | 139 |
| 3. Nachweis des medical custom durch die Sachverständigenaussage (expert testimony) | 140 |
| a. Qualifikation des ärztlichen Sachverständigen | 140 |
| b. Inhalt der Sachverständigenaussage | 143 |
| c. Problembereiche der Sachverständigenaussage | 144 |
| d. „Reasonable physician test“ als Stärkung der jury gegenüber Sachverständigenaussagen | 145 |
| e. Interessenabwägung durch die jury | 147 |
| 4. Beeinflussung des Soll-Standards durch Leit- und Richtlinien (guidelines approach) | 147 |
| a. Diskussion: Bedeutung der CPGs für den medical custom | 148 |
| b. Kritik | 149 |
| c. Anwendung in der Rechtsprechung der Staaten | 150 |
| d. Zusammenfassung | 151 |
| 5. Zusammenfassung | 152 |
| III. Kausalität | 152 |
| 1. Kausalzusammenhang “Cause in fact” | 153 |
| a. Offene Probleme des cause in fact tests | 154 |
| b. Lösung nach der substantial factor rule | 155 |
| 2. Korrektur der Kausalzurechnung über die proximate cause | 157 |
| a. Vorhersehbarkeit als Korrektur direkter Ursachenzusammenhänge | 157 |
| b. Unterbrechende Kausalität (intervening cause) | 159 |
| c. Überholende Kausalität (superseding cause) | 161 |
| d. Alternative Kausalität | 162 |
| 3. Nachweis der Kausalität in der Arzthaftung | 163 |
| a. Nachweis der proximate cause | 164 |
| b. Beweiswürdigung der Sachverständigenaussage | 165 |

| | |
|---|-----|
| 4. Kausale Sonderfälle in der Arzthaftung | 167 |
| a. Kausalitätsproblem bei Vorerkrankungen (preemptive cause) | 167 |
| b. Berufen auf einen hypothetischen Behandlungsverlauf | 169 |
| 5. Zusammenfassung und Funktionsanalyse | 171 |
| IV. Schaden (damages) | 172 |
| 1. Kompensationsschadensersatz (compensatory damages) | 173 |
| a. Vermögensschaden (economic damages) | 173 |
| b. Immaterieller Schadens (non economic damages) | 174 |
| c. Nachweis im Prozess | 175 |
| d. Funktionen des Kompensationsschadensersatzes | 175 |
| e. Einfluss der collateral source rule | 176 |
| aa. Abweichungen von der collateral source rule | 177 |
| bb. Abtretungs- und Ausgleichsverlangen der Versicherungsunternehmen | 178 |
| cc. Regelung in Kalifornien | 179 |
| dd. Florida und Virginia | 180 |
| ee. Zusammenfassung | 181 |
| 2. Strafschaden (punitive damages) | 182 |
| 3. Verlust einer Chance als Schaden (loss of chance) | 184 |
| a. Anwendbarkeit in den Bundestaaten | 185 |
| b. Loss of chance im Prozess (Virginia) | 188 |
| 4. Exkurs: Begrenzung (caps) des Schadensersatzes in der tort reform | 189 |
| a. Höchstsummen in Kalifornien, Florida und Virginia | 191 |
| b. Kritik an den Höchstsummen für den Schadensersatz | 193 |
| 5. Zusammenfassung: Damages und Begrenzungen in der Arzthaftung | 194 |
| E. Beweiserleichterungen | 196 |
| I. Common knowledge rule | 197 |
| 1. Voraussetzungen | 197 |
| 2. Anwendung | 198 |
| 3. Funktion | 198 |
| II. Res ipsa loquitur Regel | 199 |
| 1. Voraussetzungen | 199 |
| 2. Prozessuale Folgen | 201 |
| 3. Anwendung | 202 |

| | |
|--|-----|
| 4. Funktion | 204 |
| 5. Würdigung | 204 |
| F. Verteidigungsmöglichkeiten der Behandlungsseite (defenses) | 205 |
| I. Mitverschulden des Patienten | 205 |
| 1. Ausschluss des Anspruchs durch die contributory negligence | 205 |
| 2. Mitverschuldensanteil nach der comparative negligence | 208 |
| 3. Durchbrechen der Mitverschuldenhaftung | 210 |
| II. Annahme des Risikos durch den Patienten (assumed risk) | 210 |
| III. Verjährung in der Arzthaftung (statute of limitation) | 212 |
| IV. Good Samaritan Laws | 214 |
| V. Rechtliche Privilegierung in Sonderfällen | 215 |
| VI. Zusammenfassung | 216 |
| G. Ansprüche Dritter gegenüber der Behandlungsseite | 217 |
| I. Eigenständiger Anspruch eines Dritten | 217 |
| 1. wrongful death Klagen | 218 |
| a. Kalifornien | 218 |
| b. Florida | 219 |
| c. Virginia | 219 |
| d. Zusammenfassung | 219 |
| 2. Ersatz für den emotional erlittenen Schaden Angehöriger (NIED) in Kalifornien | 220 |
| a. Definition des emotional erlittenen Schadens | 221 |
| b. Exposure cases | 222 |
| c. Bystander-Fälle | 222 |
| d. Direct Victim Theorie | 223 |
| 3. Zusammenfassung | 224 |
| II. Abgeleiteter Anspruch des Patienten | 225 |
| 1. Rechtslage in Kalifornien | 225 |
| 2. Rechtslage in Virginia | 226 |
| 3. Regelung in Florida | 227 |
| III. Zusammenfassende Betrachtung in Arzthaftungsfällen | 227 |
| H. Die vertikale und horizontale Haftung und der Schadensausgleich bei mehreren Fehlbehandlern | 229 |
| I. Zurechnung einer fremden Handlung | 230 |
| 1. Durchbrechung der Verschuldenshaftung (horizontal) | 230 |
| a. Gemeinsam geplante Behandlung (common plan) | 231 |
| b. Verantwortlichkeit aufgrund der Überweisung an den fehlbehandelnden Arzt | 232 |

| | |
|--|-----|
| c. Verantwortlichkeit im Fall von Kettenbehandlungen | 232 |
| d. Verantwortlichkeit des Operateurs: “captain of the ship doctrine” | 233 |
| e. Zusammenfassung | 233 |
| 2. Haftung des Krankenhauses (vertikal) | 233 |
| a. Arbeitgeberhaftung | 234 |
| b. Haftung des Krankenhauses bei Beschäftigung eines freiberuflichen Arztes (contractor) | 235 |
| 3. Zusammenfassende Betrachtung | 236 |
| II. Schadensausgleich bei mehreren Verantwortlichen | 237 |
| 1. Gesamtschuldnerische Haftung (joint & several liability) | 237 |
| 2. Proportionalhaftung bei non economic damages | 238 |
| a. Praktische Probleme der Proportionalhaftung | 240 |
| b. Unteilbarer Schaden (indivisible injury) | 241 |
| c. Fälle der alternativen Kausalität | 242 |
| 3. Zusammenfassung | 243 |
| III. Zusammenfassung | 244 |
| I. Zusammenschau | 245 |
| | |
| 3. Kapitel Arzthaftung im Fall eines Behandlungsfehlers in Deutschland | 249 |
| | |
| A. Geschichtliche Entwicklung der Arzthaftungsklage | 249 |
| I. Ursprung des Anspruchs | 249 |
| II. Entwicklung in der Zeit des BGB | 251 |
| B. Anspruchsgrundlage in der Arzthaftung | 252 |
| I. Deliktische Haftung | 252 |
| 1. Haftungsbegründender Tatbestand und Rechtswidrigkeit | 253 |
| a. Lehre vom Verhaltensunrecht | 254 |
| b. Lehre vom Erfolgsunrecht | 254 |
| c. Herrschende vermittelnde Ansicht | 255 |
| d. Ausnahme bei Verkehrspflichten | 255 |
| e. Auswirkungen der Körperverletzungsdoktrin | 256 |
| 2. Verschulden | 257 |
| 3. Konsequenzen der Handlungslehren für die Arzthaftung im Fall des Behandlungsfehlers | 259 |
| 4. Haftungsausfüllung und Schaden | 261 |
| 5. Funktion der deliktischen Haftung | 262 |

| | |
|---|-----|
| II. Haftung aus Vertrag | 263 |
| 1. Haftungsbegründung in der vertraglichen Haftung | 263 |
| 2. Vertretenmüssen | 265 |
| 3. Haftungsausfüllung | 266 |
| 4. Haftungsbeschränkung | 266 |
| 5. Funktion der vertraglichen Haftung | 267 |
| III. Haftungserweiterungen und Einschränkungen | 267 |
| 1. Geschäftsherren- und Organhaftung | 268 |
| a. Haftung für Verrichtungsgehilfen | 268 |
| b. Organhaftung von Behandlungszentren | 269 |
| c. Aktuelle Bedeutung | 270 |
| 2. Haftung in Notfällen | 271 |
| a. Mutmaßliche Einwilligung | 271 |
| b. Strafrechtliche Aspekte | 272 |
| 3. Haftung gegenüber Dritten | 273 |
| IV. Konsequenzen für die Prüfung | 274 |
| C. Prozessuale Vorgaben in der Arzthaftung | 276 |
| I. Beweismaßstab in der richterlichen Würdigung | 278 |
| II. Sachverständigenauswahl | 279 |
| III. Sachverständigengutachten und -befragung durch das Gericht | 280 |
| IV. Rolle des Richters | 281 |
| V. Rolle des Sachverständigen | 282 |
| VI. Einschränkung der freien Beweiswürdigung | 283 |
| VII. Beweis des ersten Anscheins | 284 |
| VIII. Zusammenfassung | 285 |
| D. Behandlungsvertrag | 286 |
| I. Unterschiedliche Vertragstypen im deutschen Recht | 288 |
| 1. Der totale Krankenhausvertrag | 289 |
| 2. Der „gespaltene“ Krankenhausvertrag | 289 |
| 3. Der Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag | 291 |
| II. Behandlungsvertrag und seine Kodifikation durch das Patientenrechtegesetz | 291 |
| III. Zusammenfassung | 292 |
| E. Medizinische Soll-Standard als Maßstab zur Feststellung eines Behandlungsfehlers | 293 |
| I. Determination des medizinischen Soll-Standards | 294 |
| 1. Objektiver Facharztstandard | 294 |
| 2. Inhaltliche Konkretisierung | 296 |

| | |
|---|-----|
| II. Nachweis des medizinischen Soll-Standards im Prozess | 297 |
| III. Einfluss von Leit- und Richtlinien auf den medizinischen Soll-Standard | 298 |
| 1. Richtlinien | 298 |
| 2. Entwicklung und Funktion von Leitlinien | 299 |
| 3. Evidenzstufen | 299 |
| 4. S3-Leitlinie kein medizinischer Soll-Standard | 300 |
| 5. Zusammenfassung | 301 |
| IV. Waffengleichheit als schwieriges Interessensproblem | 302 |
| F. Verschulden des Arztes in der Arzthaftung | 303 |
| I. Verschuldensnachweis und die vertragliche Verschuldensvermutung | 303 |
| 1. Feststellung der obj. Pflichtverletzung begründet Verschuldenshaftung | 305 |
| 2. „Vertretenmüssen“ und innere Sorgfalt analog zur deliktischen Prüfung | 307 |
| 3. Maßstabswechsel und Erkennbarkeit des medizinischen Standards | 309 |
| 4. Konkretisierung der inneren Sorgfalt | 309 |
| II. Zusammenfassung | 310 |
| G. Kausalität | 310 |
| I. Materielle Kausalität im Arzthaftungsprozess | 311 |
| 1. Alternative Kausalität | 312 |
| 2. Überholende Kausalität bei Kettenbehandlungen | 313 |
| 3. Funktion und Zurechnung | 313 |
| II. Kausalitätsnachweis | 314 |
| 1. Nachweis der hypothetischen Kausalität | 314 |
| 2. Rechtmäßiges Alternativverhalten als Einrede | 315 |
| 3. Zusammenfassung | 315 |
| III. Systematik der Beweislastumkehrungen | 316 |
| 1. Beweislastumkehr bei grobem Behandlungsfehler | 317 |
| a. Begrifflichkeit | 317 |
| b. Richterliche Würdigung | 318 |
| c. Rechtsfolgen | 319 |
| d. Funktion und Kritik | 319 |
| 2. Beweislastumkehr beim einfachen Befunderhebungsfehler | 320 |
| a. Voraussetzungen | 320 |
| b. Nachweiserleichterung beim hypothetischen Befund | 321 |
| c. Abgrenzung zum Diagnosefehler | 322 |

| | |
|--|-----|
| d. Funktion | 322 |
| 3. Alternativen zur Systematik von Beweislast und Umkehr im Kausalitätskontext | 323 |
| a. Vorschlag einer Maßstabssenkung | 323 |
| b. Kritik an der Maßstabssenkung | 324 |
| c. Proportionalhaftung als Lösung | 326 |
| IV. Zusammenfassung | 326 |
| H.Die Ersatzpflicht des Arztes | 327 |
| I. Schadensarten | 328 |
| 1. Ersatz von Heil- und Behandlungskosten | 329 |
| 2. Immaterieller Schaden | 330 |
| 3. Verlust einer Chance als Schaden | 330 |
| a. Ablehnung durch die herrschende Meinung | 330 |
| b. Versuch einer dogmatischen Begründung | 331 |
| c. Zusammenfassung | 332 |
| 4. Funktion und Bemessung | 333 |
| II. Schadensausgleich gegenüber Dritten | 334 |
| 1. Geltendmachung eines fremden Schadens | 334 |
| 2. Eigene Schäden | 335 |
| 3. Angehörigenschmerzensgeld | 335 |
| a. Voraussetzungen | 336 |
| b. Kritik | 337 |
| c. Zusammenfassung | 338 |
| III. Schadensersatzmindernde oder –verhindernde Einreden | 338 |
| 1. Mitverschulden des Patienten | 338 |
| 2. Mitverursachung eines anderen Arztes (abzugrenzende Teilkausalität) | 339 |
| 3. Verjährung | 340 |
| IV. Zusammenfassung | 342 |
| | |
| 4. Kapitel Rechtsvergleichende Betrachtung: Aspekte der Arzthaftung, die den gerechten Ausgleich, die prozessuale Waffengleichheit oder verfassungsmäßige Rechte der Parteien berühren | 344 |
| | |
| A. Die rechtlichen Interessen der Beteiligten | 346 |
| I. Wesen der Haftungsbegründung in den USA und Deutschland | 346 |
| 1. Begründung der Haftung durch medical malpractice | 346 |

| | |
|--|-----|
| 2. Deliktischer und vertraglicher Ausgleich in Deutschland | 347 |
| 3. Tatbestandliche Interessen | 348 |
| a. Unterschiedliche Anknüpfungspunkte in den Rechtsordnungen | 348 |
| b. Einwilligung als zentrales Merkmal | 349 |
| c. Verkehrspflichtverletzungsdogmatik bietet einheitliche Haftungsanknüpfung | 350 |
| d. Tatbestandlich geschützte Interessen | 350 |
| II. Interessen im Bereich des Schadensausgleichs | 351 |
| 1. Zersplitterung in den USA | 351 |
| 2. Einheitliches Schadensrecht in Deutschland | 352 |
| 3. Unterschiedliche Schwerpunkte und Funktionen | 353 |
| III. Zusammenfassung: Nicht nur Parteiinteressen von Belang | 354 |
| B. Festlegung der ärztlichen Sorgfaltspflicht und ihr Nachweis im Prozess | 354 |
| I. Rechtliche Garantie eines Behandlungsmindeststandards | 354 |
| 1. Verweis auf eine deliktische Klage in den USA | 355 |
| 2. Kumulationsprinzip in Deutschland | 356 |
| 3. Absicherung eines Mindestmaßstabes | 356 |
| 4. Probleme durch die Kodifizierung des PatRG | 356 |
| II. Konkretisierung der ärztlichen Pflicht durch den medizinischen Soll-Standard | 357 |
| 1. Medical custom in den USA | 358 |
| 2. Medizinische Soll-Standard in Deutschland | 358 |
| 3. Einfluss der globalen Forschung auf den Standard | 359 |
| III. Gewichtung der Sachverständigenaussage und Sicherung ihrer Qualität | 359 |
| 1. Problem der „hired guns“ in den USA | 360 |
| 2. Kontrolle durch den Richter in Deutschland | 361 |
| 3. Richterliche Überzeugung als elementare Hürde | 361 |
| a. Interessen der Prozessparteien | 362 |
| b. Überprüfung der Sachverständigenaussage | 363 |
| c. Ergebnis: Einzelfallbezogenheit der Würdigung und Überprüfung | 364 |
| 4. Richterliches Ermessen bei der Sachverständigenauswahl | 365 |
| a. Korrelation zwischen Weite des Soll-Standards und Regulierung | 365 |
| b. Rückschlüsse für das deutsche Recht | 366 |

| | |
|---|-----|
| IV. Objektivierung des medizinischen Standards durch Leitlinien | 366 |
| 1. Clinical Practice Guidelines in den USA | 367 |
| 2. Leitlinie als Behandlungskorridor in Deutschland | 368 |
| 3. Einzelfallbetrachtung als Lösung | 369 |
| a. Einzelfallbetrachtung sachgerecht | 369 |
| b. Prozessuale Unterschiede | 370 |
| c. Befolgen der Leitlinie als Vermutung zugunsten der Behandlungspartei | 370 |
| d. Leitlinie ersetzt Suche nach dem Soll-Standard nicht | 372 |
| V. Zusammenfassung | 372 |
| C. Inhalt und Vermutung des ärztlichen Verschuldens | 373 |
| I. Verschulden des Arztes im US-Recht | 374 |
| II. Verschulden des Arztes und sein Nachweis im deutschen Recht | 375 |
| III. Haftungskorrekturmöglichkeit über das Verschulden | 376 |
| 1. Inhaltliche Konkretisierung der Haftungskorrektur | 376 |
| 2. Notwendigkeit einer Beweislastumkehr | 378 |
| 3. Erläuterung am Beispiel des Diagnosefehlers | 380 |
| IV. Zusammenfassung | 381 |
| D. Problematik des Kausalitätsnachweises für den Patienten | 382 |
| I. Kausalitätsnachweis bei einer nicht-exakten Wissenschaft | 382 |
| 1. Niedrige Beweishürde in den USA | 382 |
| 2. System der Beweislastumkehrungen in Deutschland | 384 |
| 3. Dogmatische Begründung für die Beweislastumkehr in Deutschland | 384 |
| a. Problem der Rechtssicherheit bei Maßstabssenkung | 385 |
| b. Begründung der Beweislastumkehrungen im deutschen Recht | 387 |
| aa. Informationelles Gefälle als Auslöser | 387 |
| bb. Höchst unübliche Behandlung | 387 |
| c. Grober Behandlungsfehler als unübliche Behandlung im Höchstmaß | 389 |
| d. Entwicklung einer dogmatischen Begründung für die Beweislastumkehr | 389 |
| II. Differenzierung zwischen der preponderance of evidence und der überwiegenden Wahrscheinlichkeit | 390 |
| 1. Preponderance of evidence-Maßstab in den USA | 391 |
| 2. Maßstab der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im deutschen Recht | 391 |

| | |
|---|-----|
| 3. Vergleichbarkeit beider Maßstäbe | 391 |
| III. Lösung des Beweisnotstandes durch Absenkung des Beweismaßstabes im deutschen Recht | 392 |
| 1. Sicherungsfunktion des § 286 ZPO | 392 |
| 2. Konsequenzen einer Absenkung | 393 |
| 3. Rolle der freien Beweiswürdigung | 394 |
| 4. Kritik an der Möglichkeit einer „Vertragslösung“ | 394 |
| 5. Zusammenfassung | 395 |
| IV. Zusammenfassung | 396 |
| E. Die Haftungszurechnung des Arztes in horizontalen und vertikalen Zurechnungsstrukturen sowie beim Mitverschulden des Patienten | 397 |
| I. Proportionale Haftung bei mehreren behandelnden Ärzten | 397 |
| 1. Proportionalhaftung in den USA | 398 |
| 2. Durchbrechen des „Alles oder Nichts“-Prinzips im deutschen Recht | 398 |
| 3. Proportionalhaftung und die sich daraus ergebenden Probleme | 399 |
| a. Funktionale Vergleichbarkeit der Teilkausalität und der Proportionalhaftung | 400 |
| b. Problem der Verursachungsquote | 401 |
| c. Keine Notwendigkeit einer Proportionalhaftung in Deutschland | 402 |
| d. Zusammenfassung | 403 |
| II. Ausgleichsverlangen des Patienten in vertikalen Weisungsstrukturen | 404 |
| 1. Ausdehnung der vicarious liability im Fall der Belegärzte in den USA | 404 |
| 2. Belegarztvertrag als Grundlage der Haftungsspaltung im deutschen Recht | 405 |
| 3. Anspruchsverlust des Patienten durch Haftungstrennung | 406 |
| a. Lösungen der Belegarztproblematik | 406 |
| b. Zusammenspiel der Haftungsprivilegierung und Proportionalhaftung | 407 |
| III. Berücksichtigung des Patienten-Mitverschuldens | 407 |
| 1. Zersplitterung der Rechtslage in den USA | 408 |
| 2. Zurückhaltende Anwendung in Deutschland | 408 |
| 3. Verursachungsquote und Verschuldensmaßstab | 408 |
| a. Flexibler Maßstab in den USA | 409 |

| | |
|---|-----|
| b. Objektivierung des Maßstabes in Deutschland | 409 |
| c. Rechtssichere Entscheidung als Ziel der deutschen Lösung | 410 |
| 4. Zusammenfassung | 410 |
| IV. Zusammenfassung | 411 |
| F. Schadensausgleich in der Arzthaftung | 411 |
| I. Schmerzensgeld-Berechnung | 412 |
| 1. Schätzung des Schmerzensgeldes durch die jury in den USA | 412 |
| 2. Schmerzensgeld im deutschen Recht | 413 |
| 3. Sozio-ökonomische Schmerzensgeldfunktion und Schätzung im Vergleich | 414 |
| II. Verlust einer Chance als Ausgleich | 415 |
| 1. Situation in den USA | 415 |
| 2. Keine Anwendung in Deutschland | 415 |
| 3. Haftungsausfüllende oder –begründende Betrachtung des Verlustes einer Chance | 416 |
| a. Haftungsausfüllende Betrachtung | 416 |
| b. Einheitliche Betrachtung der Haftungsbegründung und -ausfüllung in den USA | 417 |
| c. Keine Maßstabssenkung im deutschen Recht | 418 |
| 4. Nachweis des Verlustes einer Chance in Deutschland | 418 |
| a. Nachweis im Prozess | 419 |
| b. Möglichkeit einer Beweislastumkehr | 419 |
| 5. Verlust einer Chance als ersatzfähiger Schaden | 420 |
| 6. Zusammenfassung | 421 |
| III. Das Angehörigenschmerzensgeld | 422 |
| 1. Bestehen eines Anspruches in den USA | 422 |
| 2. Kehrtwende in Deutschland | 423 |
| 3. Rechtsvergleichende Erkenntnisse | 423 |
| a. Berechtigter Personenkreis | 423 |
| b. Definition des seelischen Schadens | 424 |
| c. Tod des Patienten als Merkmal | 425 |
| d. Verschuldensmerkmale des Arztes | 426 |
| e. Merkmal der „direkten Folge“ | 427 |
| f. Haftungsausweitung in Eltern-Kind-Fällen | 428 |
| 4. Zusammenfassung | 429 |
| 5. Kapitel Zusammenfassung und Ausblick | 430 |
| A. Auswahl der Bundesstaaten durch den „Schnelltest“ | 430 |

| | |
|---|-----|
| B. Sachverständige als Problemlösung und neues Problem | 431 |
| C. Einzelfallbezug in der Arzthaftung | 432 |
| D. Erklärung der Verschuldensvermutung | 433 |
| E. Keine Proportionalhaftung in Deutschland | 434 |
| F. Der „deutsche Sonderweg“ als systembedingte Folge | 435 |
| I. Dogmatische Begründung einer Beweislastumkehr | 435 |
| II. Absenkung des Beweismaßstabes statt Beweislastumkehr abzulehnen | 436 |
| G. Ausblick auf die Entwicklung in der Arzthaftung | 436 |
| I. Entwicklung der Schadenshöhen | 437 |
| II. Verlust einer Chance als Schaden | 437 |
| III. Angehörigenschmerzensgeld als richtiger Schritt | 438 |
| IV. Offene Forschungsfelder | 438 |
| Literaturverzeichnis | 439 |
| Fallverzeichnis | 451 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------------------|---|
| amd. | Amendement (Zusatzartikel zur US-Verfassung) |
| App. | Court of Appeals (Berufungsgericht) |
| Art. | Article der US-Verfassung |
| Ariz.J. Intl.&Comp.Law | Arizona Journal of International and Comperative Law |
| A.L.R. | American Law Reports 3rd |
| ALI | American-Law-Institute |
| Am. J. Juris. | The American Journal of Jurisprudence |
| Am. U. L. Rev. | American University Law Review |
| Annals Health L. | Annals of Health Law |
| Ariz. L. Rev. | Arizona Law Review |
| BAJI | Book of Approved Jury Instructions (California) |
| BING | Bingham's Reports |
| Bing NC | Bingham's New Cases |
| Ca. | Kalifornien |
| CACI | California Civil Jury Instructions |
| Cal. App. | California Appellate Reporter |
| Cal.C.C. | California Civil Code (Zivilgesetzbuch) |
| Cal.C.C.P. | California Code of Civil Procedure (zivilprozessuales Gesetzbuch des Staates Kalifornien) |
| Cal. Const. | California Constitution |
| Cal. Evid. Code | California Evidence Code |
| Cal. L. Rev. | California Law Review |
| Cal. Rptr. | California Reporter |
| Ch. | Chapter (Kapitel) |
| Cir. | Circuit (Einteilung der föderalen Gerichte) |
| C.J.S. | Corpus Juris Secundum (Sammelwerk) |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------------|--|
| Clin.Orth.Rel.Res. | Clinical Orthopedics and Related Research |
| cmt. | Comment (ähnlich einer Randnummer im Restatement) |
| Ct. App. | Court of Appeals (in Kalifornien) |
| Cornell Int'l L.J. | Cornell International Law Journal |
| Del. | Delaware |
| Eng. Rep. | English Reporters (Sammlung von englischen Gerichtsfällen) |
| EMTALA | Emergency Medical Treatment and Active Labor Act |
| Fed. Prac. & Proc. | Federal Practice And Procedure (Kommentar) |
| Fla. | Florida |
| Fla. Stat. | Florida Statutes |
| Fla. App. | Florida Court of Appeals |
| Fla. Publ. H. Rev. | Florida Public Health Review (US-Zeitschrift) |
| FIU L. Rev. | Florida International University Law Review (US-Zeitschrift) |
| Ga. | Georgia |
| Ga. L. Rev. | Georgia Law Review |
| Hastings L.J. | Hastings Law Journal |
| Ind.L.R. | Indiana Law Journal |
| Ind. Health L. Rev. | Indiana Health Law Review |
| Int. Rev. Law & Econ. | International Review of Law and Economics |
| Iowa L. Rev. | Iowa Law Review |
| Kan. | Kansas |
| J. Air L. & Com. | Journal of Air and Commerce Law |
| J. of Comm. Health | Journal of Community Health |
| J. of Legal Med. | International Journal of Legal Medicine |
| Jdg. | Judge |
| J. L. Bus. & Ethics | Journal of Law, Business and Ethics |
| Law & Contemp. Probs. | Law and Contemporary Problems |
| La. L. Rev. | Louisiana Law Review |

| | |
|--------------------------|---|
| Loy. L.A. L. Rev. | Loyola of Los Angeles Law Review |
| L.Q.Rev. | Law Quarterly Review |
| Maryl.L.R. | Maryland Law Review |
| Marq. L. Rev. | Marquette Law Review |
| Mass. | Massachusetts |
| Miss. | Mississippi |
| Mich. | Michigan |
| Mich. L. Rev. | Michigan Law Review |
| NH | New Hampshire |
| NIED | Fahrlässige Zufügung von emotionalen Schäden „ <i>negligent infliction of emo- tional distress</i> “ |
| N.Y. | New York |
| Oxford Univ. Press | Oxford University Press |
| PatRG | Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Pati- entenrechtegesetz) |
| Phil. & Pub. Aff. | Philosophy and Public Affairs |
| Quinnipiac L. Rev | Quinnipiac Law Review |
| Rest. 2nd | Restatement of the Law, Second, Torts |
| Rest. 3rd | Restatement of the Law, Third, Torts |
| Rest. 3rd App. of liab. | Restatement of the Law, Third, Appor- tionment of Liability |
| Rest C.O.L. | Restatement of the Law, Conflict of Laws |
| RN | Reporters Notes (in Restatement) |
| So. | Southern Reporter |
| S.E. | South Eastern Reporter |
| tägl. prax. | Tägliche Praxis (Zeitschrift) |
| Temp. L.Q. | Templeton Law Quaterly Review |
| Tenn. | Tennessee |
| Theoretical Inquiries L. | Theoretical Inquiries in Law |
| TrialAQ | Trial Advocate Quarterly |
| U. Pa. J. Const. | University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law |
| UCC | Uniform Commercial Code |
| USSC | United States Supreme Court (im Text) |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------------------|---|
| US | United States |
| U.S. | United States Supreme Court Reporter (in Gerichtsurteilen) |
| U.S.C. | U.S. Code |
| USDC | US-District Court (föderales Gericht) |
| USA | United States of America |
| U. Chi. L. Rev. | University of Chicago Law Review |
| U. Pa. L. Rev. | University of Pennsylvania Law Review |
| Vand. L. Rev. | Vanderbilt Law Review |
| Va. | Virginia Reports |
| VA | Virginia |
| VA Code | Virginia Code |
| Va. Cir. Ct. | Virginia Circuit Court (unterstes Gericht in Virginia) |
| Virginia L. Rev. | Virginia Law Review |
| Wake Forest L. Rev. | Wake Forest Law Review |
| Wash. | Washington |
| Wash. L. Rev. | Washington Law Review |
| Wis. L. Rev. | University of Wisconsin Law Review |
| Y.B. | Year Book (Sammlung der Gerichtsfälle im mittelalterlichen Englischen Com- mon Law) |
| Yale L.J. | Yale Law Review |
| z.B. | zum Beispiel |

Für weitere Abkürzungen der deutschen Rechtssprache wird auf folgendes Abkürzungsverzeichnis verwiesen: Kirchner, Hildebert/Böttcher, Eike, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl., Berlin 2015.

Hinweis zu den Gerichtsurteilen:

Bei den US-Gerichtsurteilen ist die rechtsprechende Instanz in Klammern geführt. Urteile des Supreme Courts werden durch das Kürzel des Staates (Ca., Fla. oder Va.) vor der Jahreszahl gekennzeichnet. bspw.: *Tashman v. Gibbs*, 263 Va. 65, 74 (Va. 2002).

1. Kapitel Einleitung

A. Thema der vorliegenden Arbeit und Fragestellung

Die vorliegende Dissertation widmet sich dem Thema der Arzthaftung auf der Grundlage eines systematischen Vergleiches des diesbezüglichen deutschen und US-amerikanischen Rechts. Die Relevanz des Themas ergibt sich aus einem alten, andauernden Streit zwischen Ärzten und Juristen.¹ Inhalt dieses Streites ist, vereinfacht dargestellt, die Frage, wie der Jurist einen Arzt überhaupt bewerten kann. Eine Sichtweise besagt, da ein Richter (oder ein Anwalt bzw. Staatsanwalt) keinerlei medizinische Ausbildung hat, könne er auch nicht über die komplexe und dem Allgemeinwohl dienende Tätigkeit eines Arztes urteilen.

Die Gegenseite gibt demgegenüber zu bedenken, dass nicht nur der Richter, sondern auch der Patient oftmals kaum in der Lage sein wird, die ärztliche Leistung zu bewerten. Er erlebt nur das Ergebnis der ärztlichen Behandlung am eigenen Körper. Dabei kann er nicht abschätzen, ob ein negatives Behandlungsergebnis auf die falsche Behandlung des Arztes oder auf die Erkrankung selbst zurückzuführen ist. Hinzu kommt, dass der Patient nicht verstehen kann, welche Behandlung für ihn die beste ist. Er begibt sich diesbezüglich vollends in die Hände des Arztes, dem er vertrauen muss. Dieses Vertrauen, gepaart mit dem informationellen Gefälle zwischen Arzt und Patient, verlangt allerdings auch nach einer Kontrolle der ärztlichen Behandlung.

Die Frage konzentriert sich somit darauf, wie und durch wen eine Kontrolle des Arztes stattzufinden hat. Eine Möglichkeit der Kontrolle kann die Androhung einer zivilrechtlichen Haftung sein. Die Funktion eines zivilrechtlichen Arzthaftungssystems besteht darin, erlittene Schäden des Patienten gerecht auszugleichen.² Weiterhin soll die Androhung der Haftung dafür sorgen, dass die Zahl der Fehlbehandlungen begrenzt

1 Dieser Streit war schon im römischen Reich zu beobachten, wo sowohl Ärzte als auch Juristen als Vertreter der freien Berufe (*opera liberales*) eine Sonderstellung innehatten. Zu der historischen Betrachtung ausführlich: *Hirte*, Berufshaftung, S. 151f.

2 So beschreibt *Dobbs*, Torts and Compensation, Ch.3 § 1 B, S. 38. die Ziele des Tort-Law als deliktisches Haftungssystem in den USA; ebenso: *Hyman/Silver*, 59 Vand. L. Rev 1085, 1093 (2006), der ein gutes Haftungssystem daran ausma-

1. Kapitel Einleitung

und der Arzt zu einer sorgfaltsgerechten Behandlung motiviert wird.³ Hierbei muss, v.a. für den Geschädigten, trotz der ungleichen informationellen Ausgangslage, eine gerechte und faire Möglichkeit bestehen, seine Ansprüche prozessual durchzusetzen. Das BVerfG spricht in diesem Zusammenhang von der prozessualen „Waffengleichheit“.⁴ Es bezieht sich dabei auf den im englischen Recht herrschende Begriff der „equality of arms“ der sich aus der Garantie eines fairen Verfahrens (*due process clause*) ableitet.⁵

Dabei ist zu beachten, dass meist der Antrieb des „helfen Wollens“ beim Arzt im Vordergrund steht. Dieses Helfen kann aber nur in dem Rahmen geschehen, in dem der Patient, als „Herr über seinen Körper“, den Arzt zum Eingriff berechtigt. Die Autonomie und die Beteiligung des Patienten sind in einem Haftungssystem also ebenfalls zu beachten.⁶

Man könnte nun fragen, ob die ärztliche Haftung überhaupt gesellschaftlich gewollt ist. Dem berechtigten Ausgleichsinteresse des geschädigten Patienten könnte ein gesellschaftlich höherer Zweck entgegenstehen, z.B. der, dass ein Arzt alles in seiner Macht Stehende für seinen Patienten tut und nicht aus Angst vor der Haftung Behandlungen unterlässt (Defensivmedizin).⁷ Nicht zu unterschätzen sind auch die Implikationen, die eine Haftungsandrohung, vor allem eine willkürliche und ausufernde, auf die Therapiefreiheit des Arztes haben könnte. Eine zu enge, strenge Haftung könnte hier dazu führen, dass der Arzt fremdbestimmt wird. Seine Behandlung würde nicht mehr dem entsprechen, was er im Einzelfall als geboten ansieht. Dies hätte bedeutende Nachteile für den Patienten und den medizinischen Fortschritt.

Am Schluss all dieser Überlegungen steht daher die Frage nach einer gerechten Interessenabwägung. Diese muss den Interessen des Patienten und des Arztes, bei allen Schwierigkeiten der Ausgangslage, gerecht werden. Die Frage nach einem gerechten Interessenausgleich stellt das Leitmotiv dieser Arbeit dar.

chen will, dass es dem Berechtigten zum Ausgleich verhilft und den Unberechtigten abweist.

3 Prävention wird als eine Hauptfunktion der deliktischen Haftung gesehen, Münch-Komm-BGB/Wagner, Vor. § 823, Rn. 41.

4 BVerfG, Beschluß vom 25. 7. 1979 – 2 BvR 878/74, NJW 1979, 1925, 1927.

5 *Stauch*, Negligence, S. 66.

6 *Kubella*, PatRG, S. 3.

7 *Püster*, Arzthaftpflichtversicherung, S. 94, m.w.N.; ebenso könnten die Kosten für das Gesundheitssystem steigen, wenn Ärzte zusätzliche, unnötige Untersuchungen zur Haftungsvermeidung betreiben, *Flatten*, Arzthaftpflichtversicherung, S. 41.

I. Problembeschreibung

Als Problemstellung ist die Frage nach einem gerechten Interessenausgleich nicht ausreichend und muss zunächst genauer definiert werden.

Hinter einem gerechten Interessenausgleich steht, aus juristischer Sicht, die Frage, welche rechtlichen und tatsächlichen Probleme sich aus den verschiedenen Interessenlagen ergeben. In einem zweiten Schritt muss sich jede Rechtsordnung fragen, welche Rechtsinstrumente sie einsetzen will, um diese Probleme zu lösen. Der Untersuchungsgegenstand kann also darauf verdichtet werden, welche Rechtsinstrumente in der jeweiligen Rechtsordnung einem gerechten Interessenausgleich dienen sollen, und wie sie dies systematisch erreichen können.

Da die Problemstellung immer noch sehr unscharf ist, wird sie an einem Beispiel erläutert. Der Patient hat in einem Arzthaftungsprozess beispielsweise das Interesse, einen Ausgleich für seinen körperlich erlittenen Schaden zu bekommen. Allerdings kann er, wie schon erwähnt, kaum einschätzen, ob die Behandlung des Arztes tatsächlich fehlerhaft war. Daher stellt sich die Frage, ob der prozessuale Vortrag des Patienten erleichtert werden muss. Dem Interesse des Patienten steht das ärztliche Interesse an einer Haftungsbegrenzung gegenüber. Gerade weil die Medizin keine exakte Wissenschaft ist, kann der Arzt keine Behandlungsgarantien abgeben. Eine zu starke Erleichterung der Anforderungen des Parteivortrages könnte die Haftung für eine ärztliche Tätigkeit in die Nähe der Risikohaftung rücken. Dies würde dem Interesse des Arztes (und evtl. der Gesellschaft) an einer Haftungsbegrenzung widersprechen. Die Absenkung der Voraussetzungen für den Parteivortrag der Patientenseite kann also unter den genannten Aspekten als rechtliches Instrument sinnvoll sein. Sie muss aber auf ihre Auswirkungen auf die Belange der Behandlungsseite überprüft werden. Das Interesse der Behandlungsseite und der Patientenseite ist in diesem Punkt in einen Ausgleich zu bringen. Ähnliche Erwägungen lassen sich für eine Vielzahl an gleichartigen Problemen und ihre rechtlichen Lösungen finden.

Dieser Konkretisierung wird nun eine weitere Einschränkung hinzugefügt. Es wird lediglich der Fall eines Behandlungsfehlers, als eine besonders interessante Kollision der verschiedenen Interessen, betrachtet. Daher müssen diejenigen materiellen und prozessualen Instrumente identifiziert werden, die im Fall des Behandlungsfehlers von der jeweiligen Rechtsordnung geschaffen wurden, um einen gerechten Interessenausgleich zu erzielen. Hierzu wird ein Rechtsvergleich zwischen dem deutschen Recht und dem Recht der US-Bundesstaaten Kalifornien, Florida und Virginia angestellt. Der Vergleich findet somit mit dem anglo-ameri-

1. Kapitel Einleitung

kanischen Rechtskreis statt, der sich vom deutschen Rechtskreis stark unterscheidet.⁸

1. Rechtsvergleich mit dem anglo-amerikanischen Rechtskreis

Der nun folgende Abschnitt erklärt, welchen Vorteil ein Rechtsvergleich des deutschen Arzthaftungsrechtes mit dem von einigen US-Bundesstaaten bringt.

Zunächst ist festzustellen, dass das deutsche Recht dem kontinentaleuropäischen *civil law* zugerechnet wird. Die überwiegende Mehrheit der US-Bundesstaaten, mit Ausnahme von Louisiana, das in der französischen Rechtstradition steht,⁹ folgt der Tradition des englischen Rechts.¹⁰ Diese wird als anglo-amerikanischer Rechtskreis oder auch einfacher als *Common Law* bezeichnet.

Das anglo-amerikanische Common Law erscheint für den *civil law*-Juristen und vor allem für Angehörige des deutschen Rechtskreises, auf den ersten Blick ungewöhnlich. So kennt das Common Law keine „begriffliche Zergliederung“,¹¹ wie sie im deutschen Recht geläufig ist. Obwohl der Einfluss des römischen Rechts auch im Common Law spürbar ist, fand keine systematische Durchdringung in Form einer Rezeption, wie im deutschen Recht, statt. Das römische Recht hat eher den Ausgangspunkt der Common Law-Entwicklung im frühen Mittelalter mitgeprägt. So ist in dem Stellenwert der Klageform (*writ*) und der kasuistischen Methode eine starke Parallellität zwischen dem römischen Recht und dem Common Law des frühen Mittelalters zu erkennen.¹² Das anglo-amerikanische Recht betreibt eine Rechtsfindung, die weniger einer Generalisierung und tatbestandlichen Subsumtion folgt, sondern einen konkreten Einzelfall lösen will. Darüber hinaus werden die historischen Grundlagen im Common Law traditionell als wichtigster Auslegungsmaßstab gesehen.¹³

Die großen systematischen Unterschiede zwischen dem US-Common Law und dem deutschen Recht lassen erwarten, dass auch die Lösung

8 Zu den Rechtskreisen genauer: Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels, IPR und Rechtsvergleichung, § 15, 1f.; Zweigert/Kötz, § 5 I, S. 62.

9 Hay, US-Recht, Rn. 14.

10 Hay, US-Recht, Rn. 16.

11 Zweigert/Kötz, § 14 I, S. 177.

12 Zweigert/Kötz, § 14 II, S. 183.

13 Zweigert/Kötz, § 14 I, S. 177.

von konkreten Lebenssachverhalten auf rechtlicher Ebene unterschiedlich erfolgt. Die vermeintlich unterschiedlichen Lösungen können für die rechtsvergleichende Analyse besonders erkenntnisreich sein. Aber auch parallel entwickelte ähnliche Lösungen sind aussagekräftig. Da die beiden Rechtsordnungen sich kaum gegenseitig beeinflussen, können gleiche Lösungen auf eine systemübergreifende „best practice“ hinweisen.

2. Begriff des Behandlungsfehlers

Der Behandlungsfehler im Sinne dieser Arbeit ist jede Behandlung des Arztes, die zu einem, wie auch immer gearteten, materiellen oder immateriellen Schaden beim Patienten geführt hat und bei der der Arzt von seinem Pflichtenkatalog abgewichen ist. Die Fehlbehandlung ist somit eine Abweichung der Ist-Behandlung von einer als sorgsam angesehenen Soll-Behandlung.

Es wird deutlich, warum der Behandlungsfehler sich besonders für die Lösung der Fallfrage eignet. Erstens beurteilt der Jurist den Arzt in einem Bereich, der ihm selbst nicht bekannt ist. Der Jurist muss die Frage beantworten, ob die fragliche ärztliche Behandlung einer sorgsamem Behandlung entsprochen hat. Darüber hinaus wurde der Patient in seinen Rechten vermeintlich verletzt und leitet hieraus einen Anspruch auf den Ausgleich seines Schadens ab. Gerade bei der Einschätzung des immateriellen Schadens fällt es dem Gericht aber schwer, einen gerechten Ausgleich vorzunehmen. Ausserdem muss der Arzt durch die Haftungsandrohung und die fremde Beurteilung seiner Leistung befürchten, dass nicht-medizinische Erwägungen in die Behandlung einfließen können, und somit seine Therapiefreiheit beeinflussen. Ebenso befürchtet der Arzt den finanziellen oder den Reputationsschaden, der sich aus einer Verurteilung ergeben kann. Die Konstellation des Behandlungsfehlers passt daher genau in die Interessenskollision, die für die Arbeit als erkenntnisreich identifiziert wurde.

3. Gerechter Interessenausgleich als Leitmotiv

Der gerechte Interessenausgleich ist ein weites und wenig konkretes Datum. Daher soll im Folgenden erläutert werden, welche relevanten juristischen Interessen der Parteien infrage kommen, und wie sie rechtlich garantiert werden.

1. Kapitel Einleitung

Zunächst spielen die verfassungsmäßigen (grundgesetzlichen) Wertungen eine entscheidende Rolle: Dem klagenden Patienten ist der Zugang zu einem gerichtlichen Verfahren zu gewähren.¹⁴ Hierzu gehört auch, dass die Prozesspartei die notwendigen Anträge, Beweise bzw. Verteidigungen in einem fairen Verfahren vorbringen kann.¹⁵ Diese Garantie ist als *procedural due process of law* im 14th amd. USC und in den einzelstaatlichen Verfassungen (bspw. Fla. Const. Art. 1 § 9, VA Const. Art. 1 § 11) garantiert. Das deutsche Grundgesetz berücksichtigt sie als Garantie des „rechtlichen Gehörs“ über Art. 103 Abs. 1 GG.¹⁶ Darüber hinaus garantiert die Verfassung eine materielle (Einzelfall)-Gerechtigkeit, die nicht selten im Spannungsverhältnis zur Garantie der Rechtssicherheit steht.¹⁷ In den USA ist das Recht auf einen *jury*-Prozess (7th amd. USC) sowohl Ausdruck der Einzelfall- wie auch der Rechtssicherheitsgarantie.¹⁸ Weiterhin müssen gerichtliche Entscheidungen willkürfrei, d.h. unvoreingenommen und aufgrund von Tatsachenerhebungen zustande kommen. In den USA wird dieses Grundrecht als *substantive due process* bezeichnet und in dem 14th amd. USC (auf föderaler Ebene ist das 5th. amPd. USC einschlägig) bestätigt.¹⁹

Im Arzthaftungsprozess können sich im Zusammenhang mit der Einzelfallgerechtigkeit viele Fragen ergeben. So können materielle Regelungen den eigentlichen Zielen des Vertrags- oder Deliktsrechts, wie der Abschreckung bzw. Prävention (*deterrence*)²⁰ oder dem Ausgleich für den

14 Ausdrücklich als *access to court*, in Fla. Const. Art. 1 § 21; Die Verfassung der Vereinigten Staaten sieht dieses Recht als einen Ausdruck des Petitionsrechts des 1. Zusatzartikels (1st amd. USC), *Thomas*, Constitution, S. 943; Art. 101 Abs. 1 GG, Nomos-Komm-GG/Hörnig, Art. 101, Rn. 3.

15 Art. 103 Abs. 1 GG,.

16 Nomos-Komm-GG/Hörnig, Art. 103, Rn. 5.

17 Hierzu: BVerfG, Beschluß vom 12. 12. 1957 – 1 BvR 678/57, NJW 1958, 97, 97; Art. 20 Abs. 3 GG, Nomos-Komm-GG/Antoni, Art. 20, Rn. 11; *Helbron*, Arzthaftungsrecht, S. 35.

18 Cal. Const. Art. 1 § 16; *Thomas*, Constitution, S. 1678.

19 *Thomas*, Constitution, S. 1555; Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 103 Abs. 1 GG; Nomos-Komm-GG/Hörnig, Art. 103, Rn. 5.

20 *Bernstein*, 67 Law & Contemp. Probs. 7, 16 (2004). macht deutlich, dass die „non performers“, die ihren sozialen Beitrag nicht leisten, bestraft werden; *Dobbs*, Law of Torts, S. 10; *Porat*, 4 Theoretical Inquiries L. 105, 111 (2003); *Shapo*, Principles, § 1.04, S. 9; *Sloan/Chepke*, Malpractice, S. 3; für das dt. Recht statt vieler: Münch-Komm-BGB/Wagner, Vor. § 823, Rn. 40.

erlittenen Schaden (*compensation*),²¹ entgegenstehen. Hierbei ist v.a. in den USA zu beachten, dass der Arzthaftung auch eine Versorgungsfunktion zukommt,²² da es in den USA an einem umfassenden öffentlichen Sozialsystem mangelt. Gerade in der Gesundheitsvorsorge sind die Bürger meist auf sich allein gestellt, da es keine umfassende gesetzliche Krankenversicherung gibt. Demgegenüber werden Regelungen, die eine ausufernde Haftung begünstigen und dadurch die Betätigungsfreiheit einschränken, ebenfalls als ungerecht empfunden. Hinzu kommen materielle Regelungen, die Regelungslücken enthalten und somit unvollständig sind. Diese sind von den Gerichten in einer angemessenen und verfassungskonformen Art und Weise auszulegen. Auch Verjährungsregelungen, die den gerechtfertigten Anspruch eines Patienten verhindern, sind aus dem Blickwinkel der materiellen Gerechtigkeit evtl. zu kritisieren oder aber aus Rechtssicherheitsgründen zu akzeptieren.

Auf der prozessualen Ebene ist vor allem zu beachten, wie mit der Beweisnot des Patienten, die aus der informationellen Unterlegenheit zur Behandlungsseite herrührt, umzugehen ist. Hier muss eine prozessuale „Waffengleichheit“ zwischen den Parteien (Art. 6 Abs. 1 EMKR) hergestellt werden. In den USA ist dieses Gebot Teil der *procedural due process* nach dem 14th. amd. USC.²³ In Deutschland wurde die „Waffengleichheit“ durch das BVerf aus dem Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG, i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet.²⁴ Ziel dieser Waffengleichheit ist es, Beweisnotstände zu vermeiden oder zu verhindern, dass eine Partei nur aufgrund der größeren Prozessmacht den Prozess für sich entscheidet.

Neben dem Verbot willkürlicher Urteile, muss ebenfalls sichergestellt werden, dass die gerichtlichen Entscheidungsträger nicht in unzulässiger Weise beeinflusst werden. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn ihnen die Wahrheitsfindung erschwert oder unmöglich gemacht wird.

Sobald ein Sachverhaltsproblem in der Arzthaftung von einem der oben genannten Fairness- oder Gerechtigkeitsprinzipien bestimmt wird, ist es für die Untersuchung von Bedeutung. Wenn in der Arzthaftung von allgemeinen Regelungen abgewichen wird, um ein spezielles Problem zu

21 Für das US-Recht: *Dobbs*, Law of Torts, S. 10; *Shapo*, Principles, § 1.04, S. 11; *Simons*, 41 Loy. L.A. L.Rev. 1171, 1182 (2008); *Sloan/Chepke*, Malpractice, S. 3; für das dt. Recht statt vieler: Nomos-Komm-BGB/*Katzenmeier*, Vor. §§ 823ff., Rn. 54.

22 *Thumann*, Arzthaftung, S. 197, m.w.N.

23 *Hay*, US-Recht, Rn. 67; *Reimann*, Privatrecht, S. 201.

24 BVerfG, Beschluß vom 25. 7. 1979 – 2 BvR 878/74, NJW 1979, 1927.

1. Kapitel Einleitung

lösen, kann dies als Indikator für eine Regelung gesehen werden, die die Interessen der Prozessparteien beeinflusst. Ausgenommen werden hier von alle Regelungen, die die Einwilligung in eine Behandlung und die Dokumentations- und Nachweispflichten des Arztes betreffen, da dies den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

II. Inhaltliche Abgrenzung, Erwartungen und Schwierigkeiten des Rechtsvergleiches

Nachdem der Inhalt umrissen wurde, ist kurz auf die Grenzen der Untersuchung einzugehen. Eine Begrenzung ergibt sich zunächst aus der Fallfrage selbst. Hier wird nur der gerechte Interessenausgleich anhand materieller und prozessualer Regelungen im Fall eines Behandlungsfehlers des Arztes erläutert. Andere Pflichtverletzungen²⁵ werden von der Fragestellung ausgeklammert.

Die Untersuchung konnte die Literatur und Rechtsprechung bis Ende Januar 2017 berücksichtigen. Im Fall der US-Rechtsprechung gilt dies allerdings nur, soweit das Urteil bis Ende Januar 2017 bei WestLaw veröffentlicht wurde.²⁶

Inhaltlich ist es vor allem die Komplexität des US-Rechts, die Schwierigkeiten bei der Recherche hervorruft. Zum einen ist die Rechtsprechung, auch innerhalb eines Bundesstaates, heterogen, zum anderen gibt es keine systematische Aufarbeitung (Kommentierung), die den Einstieg erleichtern würde.²⁷

Ebenso ist die Diversität zwischen den kontinentalen *civil law* und Common Law-Rechtssystemen²⁸ zwar spannend, kann aber im Einzelfall dazu führen, dass Rechtsinstrumente nur schwer vergleichbar sind, da die problematischen Sachverhalte nicht auf einer einheitlichen Ebene gelöst werden. So beinhaltet das Deliktsrecht (*tort law*) im US-Recht bspw. auch eine Versorgungsfunktion für den Geschädigten.²⁹ Die gleiche Versorgung wird in Deutschland hingegen durch die verschiedenen Sozialversicherungen sichergestellt. Ähnliches gilt für prozessuale und materielle Regelungen. In der Schwierigkeit liegt jedoch auch eine Chance.

25 Hier ist vor allem an die Verletzung einer Aufklärungspflicht des Arztes zu denken, vgl.: Spickhoff/Wellner, §§ 823ff., Rn. 200.

26 Zur Arbeit mit der WestLaw Datenbank, Hay, US-Recht, Rn. 35.

27 Diese Problematik wird ausführlich in Kap. 1) D.) und Kap. 1) E.) erläutert.

28 Hierzu: Kap. 1) A.) I.) 1.).

29 Siehe: Kap. 1) A.) I.) 3.).

Zum einen kann sich ein besseres Verständnis der eigenen Rechtsordnung einstellen. Zum anderen kann ein neuer, evtl. überraschend einfacher Blick auf komplexe Probleme der eigenen Rechtsordnung gewonnen werden.

In Bezug auf die Arzthaftung lassen sich neue Erkenntnisse zu den Beweislastumkehrungen im Kausalitätsbereich³⁰ sowie zum Verständnis des Zusammenspiels von Richter und medizinischem Sachverständigen³¹ erwarten. Ebenso werden Korrekturen an den bestehenden rechtlichen Instrumenten und ihre Auswirkungen auf den gerechten Interessenausgleich untersucht. Vor diesem Hintergrund ist auch die Kodifikation des PatRG zu sehen.³²

B. Methodische Darstellung der Rechtsvergleichung

Die Arbeit bedient sich, wie schon erwähnt, der rechtsvergleichenden Methode. Neben dem deutschen Recht wird das Arzthaftungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika betrachtet. Dabei ist auf die Besonderheit hinzuweisen, dass nicht nur ein Vergleich von zwei, sondern von vier Rechtsordnungen (Deutschland, Kalifornien, Florida und Virginia) stattfindet, da in den USA, als Mehrrechtstaat, die einzelnen Teilrechtsordnungen eigenständig sind.³³

Hieraus ergibt sich die erste methodische Herausforderung. Es müssen aus den 50 Teilrechtsordnungen der Einzelstaaten drei Staaten herausgesucht werden, die zu vergleichen sind.

I. Funktionale Analyse

Die beiden Länderberichte des US-Rechts und des deutschen Rechts werden zunächst im Ganzen vorangestellt.³⁴ Dabei sind die beiden Länderberichte im Wesentlichen so aufgebaut, dass sie die Tatbestandsmerkmale einer Arzthaftungsklage chronologisch darstellen. Innerhalb des US-Länderberichtes werden die Regelungen der unterschiedlichen Teilrechts-

30 Kap. 3) G.).

31 Kap. 2) C.) IV.); Kap. 3) C.) III.).

32 Kap. 3) D.) II.).

33 Hay, US-Recht, Rn. 18; *Reimann*, Privatrecht, S. 1; s. ausführlich Kap. 1) D.).

34 *Zweigert/Kötz*, § 3 V, S. 42.

1. Kapitel Einleitung

ordnungen innerhalb eines thematischen Komplexes beschrieben und miteinander verglichen.

Eine thematische Gegenüberstellung erschien aus mehreren Gründen nicht vorteilhaft. Zum einen hat sich diese Arbeit nicht das Ziel gesetzt, nur einen Teil der Arzthaftung zu beleuchten, sondern alle Aspekte, in Bezug auf die Arzthaftung, für einen Behandlungsfehler zu beachten. Die Vielzahl der rechtlichen Instrumente würde in einem thematischen Vergleich zu einer unübersichtlichen Auflistung führen. Darüber hinaus ermöglicht es der zusammenhängende Länderbericht, die Arzthaftung als Ganzes, in der jeweiligen Rechtsordnung, zu begreifen. Daran fehlt es oft, wenn nur kleine Teilbereiche gesondert beleuchtet werden.

Die zusammenstellende Darstellung soll dazu führen, dass diejenigen Lebenssachverhalte, die den gerechten Interessenausgleich im Sinne der Fallfrage betreffen, auffallen. Hiernach werden die auffallenden Probleme im Sinne der funktionalen Analyse³⁵ verglichen. Jedes identifizierte „soziale Problem“³⁶ wird somit auf seine rechtliche Lösung in der jeweiligen Rechtsordnung untersucht. Diejenigen Rechtsinstrumente in den jeweiligen Rechtsordnungen, die die gleiche Funktion besitzen, werden dann miteinander verglichen.³⁷ Es wird untersucht, welche Gründe ausschlaggebend für die Lösung waren. Diese können historischer, politischer oder bspw. rechtstheoretischer Natur sein. Kennt man die Gründe für eine Lösung, so kann sich daraus u.U. erklären, warum die beschriebene Lösung in der anderen Rechtsordnung nicht getroffen wurde. Der Vergleich kann dabei unterschiedliche Erkenntnisse in Bezug auf die Wirksamkeit, die Systematik oder eine gewünschte Anpassung der eigenen Rechtsordnung liefern.

Weiterhin muss darauf hingewiesen werden, dass sich die Methodik der Rechtsfindung im US-Recht grundlegend von der dem kontinentaleuropäischen Juristen bekannten Rechtsfindung unterscheidet. Das wenig systematisch aufbereitete Einzelfallrecht richtet sich hierbei vor allem nach den richterlichen Urteilen der oberinstanzlichen Gerichte.³⁸ Es bedarf daher einer besonderen Recherche, die in den drei Rechtsordnungen zeitintensiv sein kann. Schon hierbei ergeben sich rechtsvergleichende

35 Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels, *IPR und Rechtsvergleichung*, § 13, Rn. 11; Zweigert/Kötz, § 3 V, S. 43.

36 Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels, *IPR und Rechtsvergleichung*, § 13, Rn. 14.

37 Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels, *IPR und Rechtsvergleichung*, § 13, Rn. 13.

38 Zur Methode der Rechtsfindung: Kap. 1) E.) IV.).

Ansätze, bspw. dann, wenn ein Rechtsinstrument in einer Rechtsordnung nicht existiert. Hierfür gibt es zwei Lösungen: Einerseits kann es sich tatsächlich um eine rechtsvergleichend interessante alternative Lösung handeln. Andererseits kann ein begriffliches Problem bestehen, da auch zwischen den Rechtsordnungen gleiche Begriffe in einem anderen Zusammenhang verwendet werden.³⁹

II. Auswahl der US-Einzelstaaten anhand eines „Schnelltests“

Ein praktisches Problem für die Untersuchung ergibt sich aus der Tatsache, dass es in den USA nicht „die Arzthaftung“⁴⁰ oder „das Privatrecht“ geben kann.⁴¹ Da es unmöglich ist, sich in der gebotenen Tiefe mit der Rechtsprechung und den gesetzgeberischen Regelungen der 50 Einzelstaaten zu befassen, musste hier eine Auswahl getroffen werden. Die Methode dieser Auswahl wird im Folgenden kurz skizziert.

Problematisch bei der Auswahl der zu untersuchenden Einzelstaaten war vor allem, dass erst nach der Untersuchung bewertet werden kann, ob ein Staat für die Untersuchung geeignet ist oder nicht. Daher musste eine Art „Schnelltest“ gefunden werden. Mit diesem sollten die fünfzig Staaten auf deliktische (*tort*) Regelungen untersucht werden, die die Rechte der Parteien im Arzthaftungsprozess besonders einschränken oder erweitern. Dieser Bewertung folgend wurden drei Staaten ausgewählt, erstens ein Staat, der möglichst wenige rechteeinschränkende Regelungen umgesetzt hat, zweitens ein Staat, der besonders ausufernd vorgegangen ist. Als drittes wurde ein Staat gewählt, der sich mit seinen Regelungen im Mittelfeld aller 50 US-Staaten befindet.

Aus zwei Gründen war es wünschenswert, dass es sich bei den zu untersuchenden Staaten um bevölkerungsreiche Staaten handelt. Zum einen wird die gefundene Rechtsprechung für eine Vielzahl von US-Bür-

39 Vgl.: Begriff der „*medical probability*“, Kap. 2) D.) III.) 3.) b.); „*proximate cause*“, Kap. 2) D.) III.) 3.) a.).

40 In Vorwegnahme der folgenden Ergebnisse gehört sie als Teil des *tort law* einem zivilen Rechtsgebiet an, das vom Common Law der Einzelstaaten beherrscht wird. *Bernstein*, 67 *Law & Contemp. Probs.* 7, 18 (2004). bezeichnet das Tort Law als die „stärkste Festung“ des Common Law: „*tort law is the strongest contemporary bulwark of American Common Law*“.

41 In *Erie v. Thomkins*, 304 U.S. 64, 78 (USSC 1938) stellte der USSC klar, dass es kein gemeinsames föderales Common Law geben kann, („*there is no federal general Common Law*“ – Erie-Doktrin); *Reimann*, Privatrecht, S. 1.

1. Kapitel Einleitung

gern zum geltenden Recht. Zum anderen üben große Staaten tlw. als führende Rechtsordnung (*leading jurisdiction*) Einfluss auf die sie umgebenden kleineren Staaten aus.⁴²

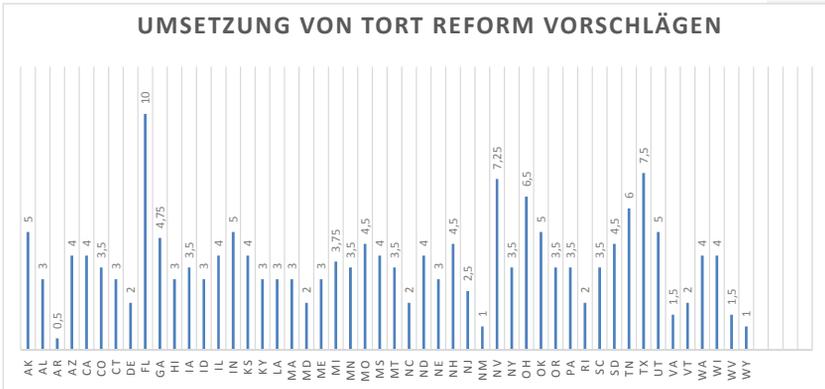


Abbildung 1

Die deliktischen Regelungen sollten nach Möglichkeit, aufgrund des schnelleren Zugriffs⁴³, in den Staaten kodifiziert (*statutes*) worden sein.⁴⁴ Hier boten sich die Regelungen der *tort reform*-Pakete in den 1990er Jahren an, da die eingeführten Änderungen⁴⁵ in der Datenbank der ATRA⁴⁶ katalogisiert wurden. Diese diente als eine wesentliche Recherche-Grundlage. Da die Maßnahmen der Reformen meist als Be-

42 Sog. „persuasive authority“, vgl.: *Thelen*, US-Deliktsrecht, S. 37.

43 Die Analyse des Fallrechts würde hier den „Schnelltest“ ad absurdum führen.

44 Statutes gelten in den USA zwar nur als sekundäre Rechtsquelle, *Thelen*, US-Deliktsrecht, S. 36, aber aufgrund der komplexen Nachforschung im Richterrecht bleibt hier keine andere Wahl, als diese Regelungen heranzuziehen, vgl.: Kap. 1) E.) II.).

45 Hierzu zählen bspw. das Herabsetzen von Verjährungsfristen, Einschränkungen der Beweislasteilerleichterung (*res ipsa loquitur*), Einschränkungen einer mehrheitlichen Haftung (*joint and several liability*) und Begrenzungen der Haftungshöchstsummen (*caps on damages*) sowie die Deckelung von anwaltlichen Honoraren, vgl.: *Dobbs*, Torts and Compensation, Ch. 13 § 4 B, S. 375.

46 American Tort Reform Association unter: <http://www.atra.org> (abgerufen am 27.08.2017).

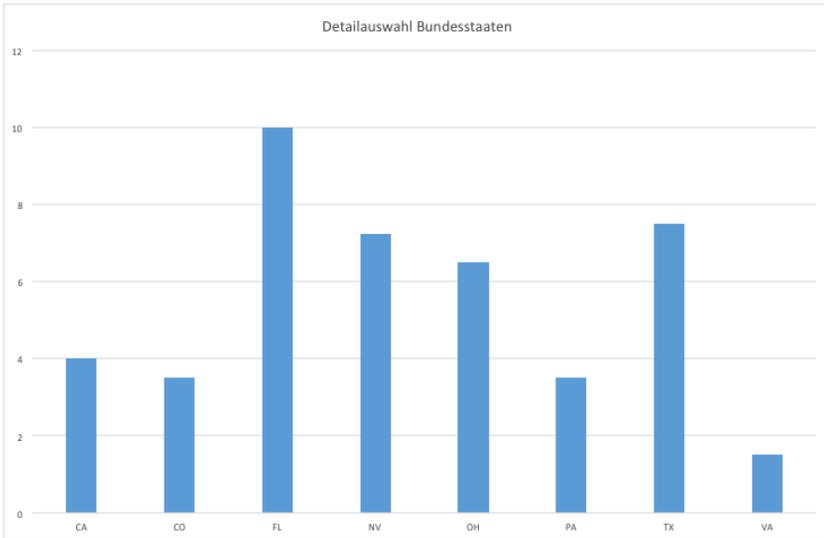


Abbildung 2

schränkung von Patientenrechten⁴⁷, mit dem Ziel, Klagen zu verhindern⁴⁸, beschrieben werden, eignen sie sich besonders gut als Basis für den „Schnelltest“. Zunächst wurden die Reform-Änderungen in allen 50 Bundesstaaten betrachtet und für einen Vergleich aufbereitet.⁴⁹

Die acht auffälligsten Staaten wurden genauer hinsichtlich ihrer Regelungen in Bezug auf die Einschränkung der Beweislastleichterung (*res ipsa loquitur*) und der Haftung Mehrerer (*joint and several liability*) untersucht. Eine hohe Umsetzungsichte wiesen Florida, Nevada und Texas auf. Der restriktivste größere Staat (bevölkerungsmäßig) war Virginia (hier erschien ebenso Pennsylvania interessant). Kalifornien und Ohio wurden als *leading jurisdictions* mit einer mittleren Umsetzungsquote erkannt.

47 *Dobbs*, Torts and Compensation, Ch.13 § 4 D, 378; ebenso: *Hyman/Silver*, 59 Vand. L. Rev 1085, 1114 (2006), *Bernstein*, 67 Law & Contemp. Probs. 7, 12 (2004).

48 *Sloan/Chepke*, Malpractice, S. 100.

49 Jede vollständige Umsetzung eines *tort reform*-Vorschlages wurde mit einem Punkt bewertet. Teilumsetzungen gingen, je nach Grad der Umsetzung, mit einem halben und einem zwei-Drittel-Punkt in die Wertung ein.

1. Kapitel Einleitung

Hieraus ergab sich, dass Florida (FL) bei der Umsetzung der Vorschläge für die *tort reform* eine führende Rolle übernommen hat. Virginia (VA) hat wenige Reformvorschläge unterstützt.⁵⁰ Diese beiden Staaten werden als Beispiele für eine hohe (Florida) bzw. niedrige (Virginia) Umsetzungsquote gewählt. Die *leading jurisdiction* im Westen der USA, Kalifornien, erfüllt das Erfordernis einer mittleren Umsetzungsquote. Durch die Auswahl von Kalifornien und Florida wird die für 56 Millionen US-Bürger gültige Rechtsprechung untersucht. Virginia ist mit 8 Millionen Einwohnern nicht übermäßig bevölkerungsreich, dafür aber einer der ersten US-Bundesstaaten (seit 1788) mit einer bis ins 18. Jh. zurückreichenden dokumentierten Rechtsprechung.

C. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in drei Hauptteile. Hierbei handelt es sich um die Darstellung des US-Länderberichtes (Kapitel 2), die des deutschen Rechts (Kapitel 3) und um den Rechtsvergleich (Kapitel 4) bezüglich der relevanten Themen.

Vorangestellt wird im folgenden Abschnitt⁵¹ zunächst eine Darstellung der Aspekte des US-Rechtssystems, die für den kontinentaleuropäischen Juristen eine Besonderheit darstellen. Zum einen sind die USA ein Mehrrechtsstaat. In dem betreffenden Abschnitt⁵² wird auf die Rechtsspaltung des US-Rechts und den daraus resultierenden doppelten Instanzenzug eingegangen.⁵³ Die sachliche und örtliche Zuständigkeitsfrage ist hierbei in den USA besonders komplex.⁵⁴ Auch die Frage nach dem vom zuständigen Gericht anzuwendenden Recht, im Fall eines Bezuges auf mehrere Staaten, wird erörtert.⁵⁵ Diese Hintergründe sollen die Problematik des *forum shoppings*, also der Suche nach einem Staat mit einem für den Anspruch möglichst günstigen Recht, in den USA verdeutlichen. Im Anschluss wird die Methode der Rechtsfindung im US-Recht erklärt.⁵⁶ Anhand der erläuterten Methode wird auch die Darstellung des Länderbe-

50 Lediglich die „caps on damages“ wurden von VA eingeführt, vgl.: VA Code § 8.01-581.15.

51 Kap. 1) D.).

52 Kap. 1) D.).

53 Kap. 1) D.) I).

54 Kap. 1) D.) II.).

55 Kap. 1) D.) III.).

56 Kap. 1) E.) IV.).

richtes aufbereitet. Auch die rechtsphilosophischen Hintergründe in den USA müssen für den Rechtsvergleich vorwegnehmend angesprochen werden.⁵⁷ Sie sind für die US-Rechtsprinzipien oder als Hintergründe von gerichtlichen Interessenabwägungen wichtig.

Das zweite Kapitel eröffnet im ersten Abschnitt mit einem historischen Abriss der Arzthaftungsklage im mittelalterlichen englischen Common Law und der Entwicklung in den USA.⁵⁸ Ihre Erläuterung ist zentral für das grundlegende Verständnis der verschiedenen Tatbestandsmerkmale und der rechtsvergleichenden Ausführungen am Ende der Arbeit. Hier nach wird die Frage behandelt, welche Anspruchsgrundlage für den Patienten im Fall eines Behandlungsfehlers infrage kommt.⁵⁹ Dabei wird auf die Abgrenzung von vertraglicher und deliktischer Haftung eingegangen. Es folgt eine kurze Einführung in das Prozessrecht der nun bekannten Anspruchsgrundlage.⁶⁰ Die Analysen der ersten drei Abschnitte ebnen den Weg für den dritten Abschnitt des zweiten Kapitels, in dem die Tatbestandsvoraussetzungen⁶¹ der deliktischen *medical malpractice*-Klage dargestellt werden. Die nächsten Abschnitte beschäftigen sich sodann mit den möglichen Beweiserleichterungen⁶² und Verteidigungsmöglichkeiten.⁶³ Die letzten beiden Abschnitte behandeln die Ansprüche des Arztes, die gegenüber Nicht-Patienten aufgrund der Fehlbehandlung bestehen könnten⁶⁴ und die Fragestellung der Verantwortungszurechnung in der vertikalen und horizontalen Arbeitsteilung.⁶⁵

Die Gliederung der sich anschließenden Tatbestandsuntersuchung im zweiten Kapitel folgt im Wesentlichen der von der US-Literatur verwendeten Darstellungsweise. Da die juristische Ausbildung in den USA nicht staatspezifisch angelegt ist, benutzen die jeweiligen Lehrbücher (*textbook* oder *hornbook* genannt) eine uniforme Darstellung der jeweiligen Rechtsgebiete. Dabei werden die in den Bundesstaaten einheitlich ausgestalteten Tatbestände einer Klageform dargestellt. Abweichungen in den Staaten muss der Jurist selbst recherchieren. Die Literatur vermittelt so-

57 Kap. 1) F.).

58 Kap. 2) A.).

59 Kap. 2) B.).

60 Kap. 2) C.).

61 Kap. 2.) D.).

62 Kap. 2) E.).

63 Kap. 3) F.).

64 Kap. 3) G.).

65 Kap. 2) H.).

1. Kapitel Einleitung

mit lediglich einen groben Überblick. Primär werden somit die Gemeinsamkeiten herausgestellt.

Gerade in der Prüfung eines Anspruchs können Oberatbestände gebildet werden, die im Recht aller Teilstaaten, trotz inhaltlich unterschiedlicher Ausbildung, einheitlich sind. Diese gemeinsamen Tatbestände ordnen somit die Darstellung eines Rechtsgebietes in Oberkategorien ein. Im *tort law* sind die Tatbestände der Pflicht (*duty*), Pflichtverletzung (*breach of duty*), der Kausalität (*cause in fact and proximate cause*) sowie des Schadens (*damage*) einheitlich. Alle übrigen Tatbestände werden den Einreden (*defenses*) der Beklagtenseite zugerechnet. Die Darstellung im dritten Abschnitt des zweiten Kapitels folgt genau dieser Kategorisierung. Davon wurden lediglich, um eine bessere Übersicht zu gewähren, die Darstellung der Beweislasteichterung nach der *res ipsa loquitur*-⁶⁶ sowie der *common knowledge*-Regel⁶⁷ ausgenommen und gesondert behandelt. Hintergrund ist hier die Komplexität und Verknüpfung der Ausgleichsregelungen mit anderen materiellen Regeln (bspw. dem Kausalitätsnachweis oder Schadensersatz). Dies entspricht der Systematik in vielen US-Rechtsbüchern.

Der Länderbericht des deutschen Rechts wurde, soweit möglich, analog zum amerikanischen Bericht gegliedert. Auch hier beginnt die Untersuchung mit einem historischen Abriss der Arzthaftungsklage,⁶⁸ gefolgt von der Frage, welche Auswirkung das Kumulationsprinzip, also die Häufung von deliktischen und vertragsrechtlichen Haftungsansprüchen,⁶⁹ des deutschen Rechts auf die Arzthaftung hat.⁷⁰ Hierbei werden die Grundlagen der deliktischen und vertraglichen Arzthaftungsklage erläutert.⁷¹ Aus ihnen ergeben sich die zu untersuchenden Tatbestände, die in den folgenden Abschnitten geprüft werden. Vorangestellt ist im zweiten Abschnitt eine Darstellung der Aspekte des deutschen Prozessrechts, die für die Untersuchung besonders interessant sind.⁷²

Die rechtsvergleichende Betrachtung erfolgt im vierten Kapitel. Im Wesentlichen werden die einzelnen zu untersuchenden Aspekte, nach ihrer Zugehörigkeit, in eine von vier Kategorien eingeteilt. Die ausge-

66 Kap. 2) E.) I.).

67 Kap. 2) E.) II.).

68 Kap. 3) A.).

69 Münch-Komm-BGB/Wagner, Vor. § 823, Rn. 78.

70 Kap. 3) B.).

71 Kap. 3) B.) I.) und II.).

72 Kap. 3) C.).

wählten Oberkategorien sind die ärztliche Sorgfaltspflicht,⁷³ das Verschulden,⁷⁴ die Kausalität und ihr Nachweis⁷⁵ sowie die Ersatzpflicht des Arztes.⁷⁶ Lediglich der Ausgleich im Mehrpersonenverhältnis wird gesondert dargestellt, da er Merkmale mehrerer Oberkategorien enthält.⁷⁷

D. Mehrrechtsstaat USA

Im Folgenden werden, als Einleitung zu den juristischen Problemen des US-Rechts, einige Besonderheiten des US-Rechtssystems erläutert. Hierbei fällt vor allem die räumliche Spaltung der US-Rechtsordnung als Mehrrechtsstaat auf. Ausdruck dieser Spaltung ist sowohl die Aufteilung der Gesetzgebungsbefugnisse zwischen der Union und den Gliedstaaten als auch der föderale und einzelstaatlich parallel voll ausgebildete Gerichtszug. Beides wird zunächst kurz vorgestellt. Natürlich ergibt sich aus der Aufspaltung des US-Rechtes die Zuständigkeitsfrage für die Gerichtsbarkeit. Nach Klärung dieser Frage wird zum Schluss des Abschnitts erläutert, welches Recht von den unterschiedlichen Gerichten angewandt wird.

I. Rechtsspaltung im US-Recht

In den USA gibt es mehrere mögliche gesetzgeberische Instanzen. Das ist zum einen die Union mit der gesetzgebenden Versammlung (*congress*)⁷⁸ und sind zum anderen die Länderparlamente der 50 Gliedstaaten. Grundsätzlich fällt in den USA die Gesetzgebungskompetenz nach dem 10. Zusatzartikel der Verfassung (*10th amendment*) in die Kompetenz der 50 Einzelstaaten.⁷⁹ Allerdings weist die Verfassung auch der Union in einigen Fällen eine ausschließliche Zuständigkeit zu.

73 Kap. 4) B.).

74 Kap. 4) C.).

75 Kap. 4) D.).

76 Kap. 4) E.).

77 Kap. 4) E.).

78 Der Kongress besteht aus zwei Kammern, dem Senat und dem Repräsentantenhaus, Hay, US-Recht, Rn. 43.

79 *Zweigert/Kötz*, § 17 III, S. 245.

1. Kapitel Einleitung

1. Materielles Recht

Der Union wird zunächst eine ausdrückliche Gesetzeskompetenz durch die Verfassung zugeschrieben (enumerierte Kompetenz).⁸⁰ Diese begründet sich vor allen nach Art. I § 8 U.S.C. in Fällen der Staatsangehörigkeit, des gewerblichen Rechtsschutzes, im Konkurs- und Seerecht und in den Regelungen des Handelsverkehrs mit ausländischen Staaten.⁸¹ Weiterhin ist der Kongress für die Gesetzgebung in den „besonderen Territorien“⁸² zuständig. Zu diesen zählt neben Guam, Puerto Rico und den U.S. Virgin Islands auch das Gebiet der Bundeshauptstadt Washington, der District of Columbia (D.C.).

Aus den verfassungsmäßig enumerierten Kompetenzen haben sich aber weitere Ausdehnungen der Bundesgesetzgebungskompetenz ergeben. Zum einen folgte diese aus der Anweisung des Art. I § 8 (18) U.S.C. für die Fälle, in denen die Ausübung der Bundeskompetenz nötig und angemessenen (*necessary and proper clause*) erscheint.⁸³ Zum andern erfolgt sie über die sog. *commerce clause* des Art. 1 § 8 (3) U.S.C.⁸⁴ Hintergrund ist die Vorstellung, dass wirtschaftsregelnde Gesetze einer bundesweiten Einheitlichkeit bedürfen.⁸⁵

Im Übrigen steht den 50 Gliedstaaten die unbeschränkte Gesetzgebungskompetenz zu. Das Enumerationsprinzip wurde durch die *necessary and proper* sowie die *interstate commerce clause* jedoch inzwischen häufig durchbrochen. Beide Instrumente können vom Kongress dazu verwendet werden, im Einzelfall eine Verlagerung der legislativen Kompetenz auf die Union zu veranlassen.⁸⁶ Jeder Gliedstaat hat sein eigenes Zivilgesetzbuch und sein eigenes Prozessrecht.

80 *Farnsworth/Sheppard*, Introduction, S. 47; *Jenke*, Arzneimittelhaftung, S. 289.

81 Ausführlich: *Brugger*, Öffentliches Recht der USA, § 4 III, S. 38; *Hay*, US-Recht, Rn. 48; *Zweigert/Kötz*, § 17 III, S. 244f.

82 *Hay*, US-Recht, Rn. 62.

83 *Brugger*, Öffentliches Recht der USA, § 4 II, S. 31; *Hay*, US-Recht, Rn. 48;

84 Ausführlich: *Brugger*, Öffentliches Recht der USA, § 5 IV, S. 39; *Jenke*, Arzneimittelhaftung, S. 289.

85 *Zweigert/Kötz*, § 17 III, S. 245.

86 *Brugger*, Öffentliches Recht der USA, § 6 I, S. 63; *Hay*, US-Recht, Rn. 50.

2. Spaltung der Gerichtszüge

Auch die Gerichtszüge existieren in den USA sowohl auf unions- als auch auf einzelstaatlicher Ebene parallel nebeneinander. Dieser doppelte Instanzenzug führt die Rechtsspaltung auf prozessualer Ebene fort.

a. Gerichtszug der Bundesgerichte (föderal)

Die Unionsgerichtsbarkeit ist dreizügig aufgebaut. Auf unterster Ebene befinden sich die District Courts, von denen es in jedem Bundesstaat mindestens einen gibt.⁸⁷ Die Berufungsinstanz, der *Court of Appeals*, ist im Bundesgebiet auf 12 Regionen (*circuits*) verteilt,⁸⁸ wobei ein *circuit* für mehrere Gliedstaaten zuständig ist. So ist für Kalifornien der 9th, für Virginia der 4th und für Florida der 11th circuit zuständig. An der Spitze des Gesichtszuges steht nach Art. III § 1 U.S.C. der U.S. Supreme Court (USSC) als oberstes Revisionsgericht.⁸⁹

b. Einzelstaatliche Gerichtszüge

In den USA existieren, neben den Bundesgerichten voll ausgebildete einzelstaatliche Gerichtszüge. Die Gerichtssysteme unterscheiden sich, je nach Gliedstaat, stark voneinander.⁹⁰ Sie sind meist dreigliedrig: Auf unterster Ebene befinden sich die *trial courts* (auch *superior courts*, *circuit courts* oder *courts of common plea* genannt), darüber die *appellate courts* (meist *court of appeals*) und der *Supreme Court* des Staates.⁹¹

In Kalifornien gliedert sich der Gerichtszug nach Art. 6 § 1 Cal. Const. dreigliedrig, wobei das unterste Gericht als *superior court* bezeichnet wird. An der Spitze steht auch hier der Ca. Supreme Court.

87 Hay, US-Recht, Rn. 106.

88 Hay, US-Recht, Rn. 107.

89 Reimann, Privatrecht, S. 362; ebenso: Thelen, US-Deliktsrecht, S. 34; die unteren Gerichte werden einheitlich *district courts*, die Berufungsgerichte *court of appeals* genannt, Farnsworth/Sheppard, Introduction, S. 46; Jenke, Arzneimittelhaftung, S. 290, m.w.N.

90 Zweigert/Kötz, § 17 III, S. 249.

91 Der New Yorker Supreme Court wird abweichend „*New York Court of Appeals*“ genannt, Farnsworth/Sheppard, Introduction, S. 45.