

## Schwarzkittel und Weißkittel

Der Sozialstaatsgedanke hat sich im Nachkriegsdeutschland stetig ausgebreitet. Im Schadensersatzrecht werden Schäden nicht mehr als Unglück akzeptiert, sondern regelmäßig als ersatzpflichtiges Unrecht angesehen<sup>1</sup>. Im Zuge dieser Entwicklung kam es in den letzten Jahrzehnten zu einem ständigen Ausbau des vertraglichen und deliktischen Pflichtenkanons, zu einer Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs und zu einer Modifikation der Beweisverteilung<sup>2</sup>.

Obwohl Ärzte und Anwälte von dieser Situation gleichermaßen betroffen sind, haben sich die Haftungssysteme für beide Berufe völlig unterschiedlich entwickelt.

### I. Arzthaftung

Im Altertum galt Krankheit als Gottesstrafe. Der Patient verstand sich als Kranker, Leidender und Bestrafter, so daß eine rechtliche Inanspruchnahme des Arztes selbst bei fehlerhafter Behandlung kaum denkbar war<sup>3</sup>. Bis in die 50er Jahre dieses Jahrhunderts ist es dabei geblieben, daß Patientenklagen eher die Ausnahme, als die Regel waren. Es stand für den Patienten überhaupt nicht zur Diskussion, gegen den Arzt vorzugehen<sup>4</sup>. Der Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Arzt standen auch praktische und juristische Hürden im Wege. Dem einzelnen Patienten mangelt und mangelte es in der Regel an Spezialwissen, um einerseits einen Kunstfehler überhaupt zu erkennen und andererseits sich daraus ergebende Ansprüche durchzusetzen<sup>5</sup>. Ihm ist ein Einblick in das Tun des Arztes nur begrenzt möglich - das gilt insbesondere, wenn Eingriffe unter Ausschaltung des Bewußtseins (Narkose) vorgenommen werden. Die sich daraus ergebenden Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten für den Patienten wurden diesem von der Rechtsprechung bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes 2002 auch nicht genommen. Bisher ist es der Ärzteschaft gelungen, eine Übertragung des insoweit maßgeblichen § 282 BGB (alt) auf die Haftung des Arztes nicht zuzulassen. Dies wurde im wesentlichen damit begründet, daß der Arzt dem Patienten nicht die erfolgreiche Herstellung seiner Gesundheit, sondern lediglich das sorgfältige Bemühen um Hilfe und Heilung schulde<sup>6</sup>. Die Vertreter dieser Ansicht meinen, die Unberechenbarkeit des lebenden Organismus bringe es mit sich, daß Zwischenfälle oder Mißerfolge, die scheinbar auf ärztliches Fehlverhalten hindeuten, unberechenbar und schicksalhaft eintreten könnten<sup>7</sup>. Die Umkehr der Beweislast in diesem Bereich würde eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Erfolgshaftung statuieren<sup>8</sup>. Darüber hinaus wurde den Ärzten die Devise nachgesagt, „Eine Krähe hacke der anderen kein Auge aus“. Deren Geltung räumt selbst der Bundesgerichtshof in einem 1975 veröffentlichten Urteil mit folgenden Formulierungen ein: „Zunächst darf der

<sup>1</sup> Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, München 2000, Seite 271 f., Rdnr. 581; Ehlers, Broglie, Praxis des Arzthaftungsrechts, 2. Auflage, München 2001, Vorwort VI f., Seite 2, Rdnr. 5 a.E., Seite 168

<sup>2</sup> Köhler u. a., Arzthaftung - „Patientenversicherung“ - Versicherungsschutz im Gesundheitssektor, Baden-Baden, 1997, Seite 25

<sup>3</sup> Ehlers, Broglie, a.a.O., Seite 2

<sup>4</sup> Ehlers, Broglie, a.a.O., Seite 2

<sup>5</sup> Giesen, Arzthaftungsrecht, 3. Auflage, Tübingen 1990, Seite 199 f

<sup>6</sup> Gehrlein, Leitfaden zur Arzthaftpflicht München 2000, Seite 94, Rdnr. 117 mit weiteren Nachweisen; Ehlers, Broglie, a.a.O., Seite 99, Rdnr. 371

<sup>7</sup> Gehrlein, a.a.O.; Ehlers, Broglie, a.a.O., Seite 136, Rdnr. 494 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH

Tatrichter nicht übersehen, daß auch heute noch eine nicht geringe Zahl medizinischer Gutachter Schwierigkeiten hat, sich bei der Ausübung ihres Amtes von überholten und in diesem Zusammenhang der Rechtsordnung widersprechenden Standesregeln frei zu machen. Dies gilt vor allen im Kunstfehlerprozeß ... Das Gericht muß damit rechnen „daß der Gutachter entweder bei seinen Wertungen - wenn auch unbewußt - doch noch dem hergebrachten Standesdenken verhaftet ist, oder aber (eine nach allgemeiner Erfahrung nicht seltene Erscheinung), daß er ... seine Formulierungen den Grundsätzen ärztlicher Kollegialität anpaßt.“<sup>9</sup> Diese Auffassung wird in der Literatur auch heute noch bestätigt<sup>10</sup>.

Im strafrechtlichen Bereich fand sich bis vor einigen Jahren eine entsprechende Situation vor. Der Verfasser einer empirischen Untersuchung, die einen Berichtszeitraum zwischen 1992 und 1996 erfaßt, wertete in diesem Zeitraum Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Düsseldorf aus, denen der Vorwurf eines Behandlungsfehlers im weitesten Sinne zugrunde lag. Der Tatvorwurf bezog sich überwiegend auf Fälle der Falschdiagnose und Behandlung nicht lege artis. Von den Verfahren wurden 80 % aus tatsächlichen, 9 % aus rechtlichen Gründen gemäß § 170 II StPO und 10 % gem. §§ 153, 153 a StPO eingestellt. Interessant ist die Erhebung auch insoweit, als in keinem Fall Anklage erhoben oder ein Strafbefehl erlassen wurde<sup>11</sup>.

Die Rechtsprechung hat einige Jahrzehnte gebraucht, dieser Situation durch die Fortentwicklung des Arzthaftungsrechts Positionen entgegenzusetzen, die das Ungleichgewicht im Arzt-Patienten-Verhältnis beseitigen. Durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozeß aus dem Jahre 1979<sup>12</sup> wurde das Prinzip der Waffengleichheit im Arzthaftungsprozeß eingeführt<sup>13</sup>. Das Bundesverfassungsgericht vertritt die Auffassung, daß die bisherige Verteilung der Beweisführungs- wie der Beweislast im Arzthaftungsprozeß typischerweise zum Vorteil des Arztes oder des Krankenträgers ausschlug<sup>14</sup>. Um die vom Bundesverfassungsgericht geforderte „Waffengleichheit“ zu verwirklichen, hat die Rechtsprechung in der Folgezeit Beweiserleichterungen für den Patienten geschaffen und die Rechte des Patienten auch in anderen Bereichen entscheidend gestärkt. Zwar muß der Patient im Arzthaftungsprozeß - wie jeder Kläger im Zivilprozeß - grundsätzlich alle anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen, die Besonderheit des Arzt/Patienten-Verhältnisses hat aber dazu geführt, daß die Rechtsprechung im Bereich der groben Behandlungsfehler<sup>15</sup> bei der Nichtbeachtung von Richt- bzw. Leitlinien<sup>16</sup>, bei der Nichteinhaltung des

---

<sup>8</sup> Gehrlein, a.a.O., Seite 103 Rdnr. 129; Ehlers, Broglie, a.a.O., Seite 136, Rdnr. 494, Seite 142, Rdnr. 515

<sup>9</sup> BGH, NJW 1975, Seite 1464 vgl. ebenso BGH, NJW 1971, Seite 241, 243 r.Sp.u.

<sup>10</sup> Der Münchner Patientenanwalt Dr. Hugo Lanz überschreibt den ersten Abschnitt seines Aufsatzes: „Zweiklassenrecht durch Gutachterkauf“ - Zur mangelnden Neutralität vieler gerichtlicher Gutachter - mit der Zeile „Wess Brot ich ess, des Lied ich sing“; ZRP, 1998, Seite 337; vgl. auch Laufs: Nicht der Arzt allein muß bereit sein, das notwendige zu tun, NJW 2000, Seite 1764; Ehlers, Broglie, a.a.O., Seite 164

<sup>11</sup> Peters, Der strafrechtliche Arzthaftungsprozeß, Sinzheim 2000, Seite 43; vgl. zum Ganzen auch Ehlers, Broglie, a.a.O., Seite 248

<sup>12</sup> BVerfG, NJW 1979, Seite 1925 ff.

<sup>13</sup> Die Grundlage dafür findet sich in Artikel 6 EMRK

<sup>14</sup> BVerfG, a.a.O., Seite 1925

<sup>15</sup> BGH, NJW 1983, Seite 333; 1988, Seite 2949; 1996, Seite 1589; Hart, Grundlagen des Arzthaftungsrechts: Pflichtengefüge Jura 2000, Seite 69 mit weiteren Nachweisen; Bolsinger, Dogmatik der Arzthaftung, Baden-Baden 1999, Seite 47 mit weiteren Nachweisen

<sup>16</sup> Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht, Reborn, MDR 2000, Seite 1108 mit weiteren Nachweisen

sogenannten Facharztstandards<sup>17</sup>, bei Dokumentationsmängeln<sup>18</sup>, bei sicher beherrschbaren Risiken (Lagerungsfehler, Wartungsfehler, Hygienemängeln<sup>19</sup>) und bei mangelhafter Aufklärung<sup>20</sup> die Beweislast heute zugunsten des Patienten umkehrt bzw. Beweiserleichterungen schafft. Von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang ist der grobe Behandlungsfehler. Er ist anzunehmen, wenn gegen elementare Behandlungsregeln oder Erkenntnisse der Medizin verstoßen wird oder Fehler vorliegen, die einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen dürfen<sup>21</sup>.

Neben den Beweiserleichterungen hat die Rechtsprechung weitere Marksteine entwickelt, die die Position des Patienten verbessern.

Die vom Reichsgericht begründete Rechtsprechung<sup>22</sup>, nach der jeder ärztliche Eingriff eine Körperverletzung darstellt, hat der Bundesgerichtshof bis heute fortgesetzt<sup>23</sup>. Das führt dazu, daß der Arzt insbesondere im Deliktsrecht auch die Voraussetzung eines Rechtfertigungsgrundes, regelmäßig also die Einwilligung des Patienten, beweisen muß<sup>24</sup>. Der Arzt ist zur Dokumentation, d.h. zur ordnungsgemäßen Führung von Krankenunterlagen verpflichtet<sup>25</sup>. Kehrseite der ärztlichen Dokumentationspflicht ist das Einsichtsrecht des Patienten in die Krankenunterlagen<sup>26</sup>. Auch im Hinblick auf die Verjährung der Ansprüche ergeben sich für den Patienten Vergünstigungen. Die Verjährung wird bereits durch Anrufung der bei den Ärztekammern eingerichteten Schlichtungsstellen unterbrochen<sup>27</sup>. Auch im strafrechtlichen Bereich hat sich die Situation geändert. Inzwischen ist es zu zahlreichen spektakulären strafrechtlichen Verurteilungen von Ärzten gekommen<sup>28</sup>. Ärzte scheuen sich auch nicht mehr, gegen Ärzte Strafanzeigen wegen fahrlässiger Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung zu erstatten<sup>29</sup>.

Die Rechtsprechung im Arzthaftungsrecht ist gefestigt. Geschädigte Patienten finden mittlerweile eine zufriedenstellende Situation vor. Die Ärzteschaft selbst hat bei den Ärztekammern Schlichtungsstellen eingerichtet, bei denen vermeintlich geschädigte Patienten eine kostenlose gutachterliche Beurteilung ihres Falles beantragen können<sup>30</sup>. Zur Durchsetzung seiner Rechte steht dem Patienten ein Heer von

<sup>17</sup> BGH, NJW 1984, Seite 655; BGH, NJW 1992, Seite 1560

<sup>18</sup> BGH, NJW 1996, Seite 1589; BGH VersR 1983, Seite 983

<sup>19</sup> BGH, NJW 1984, Seite 1403; BGH, NJW 1978, Seite 584; NJW 1982, Seite 699, NJW 1978, Seite 1683; Rehborn, a.a.O., Seite 1108 unter Berufung auf OLG R Köln 2000, Seite 256

<sup>20</sup> BGH, NJW 1980, Seite 1333; NJW 1981, Seite 633; NJW 1984, Seite 1807; NJW 1990, Seite 2928

<sup>21</sup> BGHZ 1972, Seite 132, 133 f; BGH, MedR 1992, Seite 214, 216

<sup>22</sup> Grundsatzentscheidung vom 31.05.1894, RGSt 25, 375 ff.

<sup>23</sup> BGH VersR 1972, Seite 153; 1959, Seite 312; Schlund, Aufklärungs- und Dokumentationspflicht des Arztes in Der Arzt und sein Recht, 2001, Seite 2; Ehlers, Broglie, a.a.O., Seite 1991

<sup>24</sup> Heinemann, Baustein anwaltlicher Berufshaftung, NJW 1990, S. 2352; Hart, a.a.O, Seite 69 mit weiteren Nachweisen

<sup>25</sup> BGH, NJW 1978, Seite 2337 ff.; BGH, NJW 1987, Seite 1482 ff.; Gehrlein, a.a.O., Seite 96 ff. Das folgt daraus, daß die weitere Behandlung des Patienten sowohl durch den Arzt selbst, als auch durch dessen Nachfolger, durch unzulängliche Dokumentation entscheidend erschwert werden kann

<sup>26</sup> Es bezweckt, dem Patienten die ärztliche Information über seine Behandlung und über seinen Gesundheitszustand zugänglich zu machen Hart, a.a.O., Seite 68; Wasserburg, NJW 1980, Seite 617, 619; BGH, NJW 1983, Seite 328

<sup>27</sup> § 204 BGB. Zur Rechtsprechung vgl. BGH, NJW 1983, Seite 2075 ff.; OLG Düsseldorf, VersR 1985, Seite 744, 746; OLG Oldenburg, VersR 1993, Seite 1357

<sup>28</sup> Der Spiegel, 5/2000, Tödlicher Pfusch, Seite 54 ff.; Die Welt, 19.12.1998, Geldstrafen im Düsseldorfer Prozeß um Blutskandal; Ehlers-Broglie, a.a.O., Rdnr. 12

<sup>29</sup> In einem Ermittlungsverfahren, das auf Initiative eines Anästhesisten 2001 eingeleitet wurde, wird Ärzten, die am Kreiskrankenhaus Schmalkalden beschäftigt sind, fahrlässige Tötung in 27 Fällen vorgeworfen.

<sup>30</sup> Laufs/Uhlenbruck - Ulsenheimer, Handbuch des Arztrechts, 2. Auflage, München 1999, § 113 S. 919 ff.; Giesen, a.a.O., Seite 15 ff.; Ehlers-Broglie, a.a.O., S. 107 - 125, Rdnr. 394 ff.

spezialisierten Anwälten<sup>31</sup> zur Verfügung. Wissenschaftliche Veröffentlichungen zum Arzthaftungsrecht sind im Verhältnis zum Recht der Haftung des Anwalts besonders zahlreich<sup>32</sup>. Auch an den Universitäten werden häufig Veranstaltungen zum Arzthaftungsrecht angeboten, an denen nicht nur Juristen, sondern in großem Umfang auch Ärzte teilnehmen<sup>33</sup>.

Der „Halbgott in Weiß“<sup>34</sup> wurde vom Podest geholt. Die eingangs beschriebene Situation, nach der es schwer ist, medizinische Gutachter zu finden, die Kollegen im Arzthaftungsprozeß belasten, hat sich verändert. Mittlerweile gibt es zahlreiche Wirtschaftsunternehmen, die sich darauf spezialisiert haben, Privatgutachten aus allen medizinischen Bereichen im Arzthaftungsrecht anzufertigen. Der Marktführer, die Firma Viamed in Stuttgart, verfügt über ein Netz von mehr als 1.000 Gutachtern aus allen medizinischen Bereichen<sup>35</sup>. Die für den Patienten positive Entwicklung des Arzthaftungsrechts ist einerseits von Patientenanwälten mit Hilfe der Gerichte vorangetrieben worden; beide können aber inzwischen auch auf Mediziner zurückgreifen. Die eingangs erwähnte Weisheit: „Eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus“<sup>36</sup> hat im Bereich der Medizin an Bedeutung verloren. Mediziner drängen heute zu Tausenden auf den Markt. Alte Seilschaften verlieren sich im Gedränge. Ein zusätzlicher Gutachtenmarkt ist entstanden. Auf diesem Markt könnten Gutachten nicht mehr verkauft werden, wenn sie von kollegialer Rücksichtnahme und Standesdenken geprägt wären<sup>37</sup>. Für einige Mediziner ist der Verdienst, der durch die Erstattung von Gutachten erzielt wird - angesichts der in den vergangenen Jahren eingetretenen Einkommenseinbußen - ein willkommenes Zubrot. Insgesamt hat sich die finanzielle Lage der Ärzte allerdings verschlechtert. Die Ärzteschaft steht - was ihre Honorare anbelangt - seit Jahren im Kreuzfeuer der Kritik. Gehaltsverhandlungen finden in aller Öffentlichkeit statt; die Ärzteschaft wird gedeckelt und budgetiert.

## II. Anwaltshaftung

Die Vertreter des Rechts in den schwarzen Roben sind diesbezüglich geschickter. Verhandlungen über Honorarerhöhungen finden nicht in der Öffentlichkeit statt. Die Vertreter der Anwaltschaft warten stets einige Jahre ab, bis sie neue Gebührenerhöhungen durchsetzen. Mit dem Argument, es sei jahrelange nichts geschehen, gelingt es den Lobbyisten unter ihnen seit Inkrafttreten der BRAGO immer wieder, in zyklischen Abständen die Honorare zu erhöhen. Seit Mai 1998 liegen erneut Vorschläge des Deutschen Anwaltsvereins zur Strukturänderung beim Anwaltsgebührenrecht vor. Die Bundesrechtsanwaltskammer hat am 20.11.2000 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Kostenrechts vorgelegt<sup>38</sup>. Es wird eine lineare Anpassung um rund 20 % vorgeschlagen<sup>39</sup>. Das Gesetz wurde

---

<sup>31</sup> in der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht beim Deutschen Anwaltverein sind über 700 Mitglieder registriert (Stand 01.01.2002)

<sup>32</sup> Übersicht bei Ehlers, a. a. O., Rd-Nr. 8, Seite 3

<sup>33</sup> Die Veranstaltung Arzthaftungsrecht im Sommersemester 2001 an der Philipps-Universität Marburg war überwiegend von Medizinern besucht.

<sup>34</sup> so bezeichnet im Spiegel, zitiert bei Ehlers, a. a. O., Seite 1, Rd-Nr. 3

<sup>35</sup> Vgl. [www.viamed.de](http://www.viamed.de)

<sup>36</sup> siehe oben, Fußnote 10 f

<sup>37</sup> siehe oben, Fußnote 10 f

<sup>38</sup> Madert, Selbst ist der Mann: 8/10 als neue Mittelgebühr, Anwalt 2000, Seite 3

<sup>39</sup> Streck, BRAGO - Reform in greifbarer Nähe, Anwaltsblatt 2001, Seite 661; Naurodt, Der Weg aus der BRAGO-Falle, Management und Computer in der Anwaltskanzlei, September 2001, Seite 12

von Vertretern des 5. Kölner Anwaltskongresses, der im November 2001 stattfand, auf der Veranstaltung phonetisch als „Raffgesetz“ bezeichnet; sein Titel lautet Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RAVG)<sup>40</sup>. Von derartigen Bestrebungen wird in der Öffentlichkeit keine Notiz genommen. Eine Deckelung oder Budgetierung ist bei der Anwaltschaft noch nie in der Diskussion gewesen. Dabei übersehen die Verhandlungsgegner der Anwaltschaft schon immer den Umstand, daß die Gebühren zumindest in Zivilsachen ohnehin über die Streitwerte an die allgemeine Kostensteigerung gekoppelt sind. Jede weitere Erhöhung bedeutet zusätzlichen Gewinn. Die Vertreter der schwarzen Robe arbeiten geschickt im Verborgenen, obwohl gerade die schwarze Robe ihr Tun öffentlich machen sollte. Die Ende des 17./Anfang des 18. Jahrhunderts im Advokatenstand vorherrschende Unehrllichkeit, Bestechlichkeit und Formalistik veranlaßte Preußens König Friedrich Wilhelm I. am 15.12.1726, ihnen das Tragen eines wollenen schwarzen Mantels zu verordnen; angeblich „damit man die Spitzbuben von weitem erkenne und sich vor ihnen hüten könne“<sup>41</sup>.

Die Entwicklung des Gebührenrechts beider Berufsgruppen im Vergleich zeigt, daß das Klima zugunsten der Anwälte weit besser ist, als das Klima zuungunsten der Ärzte.

Im Anwaltshaftungsrecht findet sich eine entsprechende Situation. Obwohl die Ausgangssituation beider Berufsgruppen vergleichbar ist, stellt sich die Haftung des Anwalts eingeschränkter dar. Die Rechte des geschädigten Mandanten sind deutlich schlechter, als die Rechte des geschädigten Patienten. Das Anwaltshaftungsrecht hat sich nicht in dem Maße fortentwickelt wie das Arzthaftungsrecht. Es gelten die alten, überkommenen Regeln der Darlegungs- und Beweislast. Für grobe Anwaltsfehler sowie bei Dokumentationsmängeln gelten keine Besonderheiten. Im Hinblick auf die Beweislast bei Kausalität und Schaden muß der Mandant sogar zusätzliche Hürden überwinden. Bei der Frage, ob im Hinblick auf die Prozeßführung Pflichtverletzungen festzustellen sind, ist der vom Anwalt betriebene oder pflichtwidrig unterlassene Prozeß nochmals hypothetisch durchzuspielen. Es ist ein sogenannter „hypothetischer Inzidentprozeß“ zu beurteilen<sup>42</sup>. Diesbezüglich ist der geschädigte Mandant für den pflichtwidrig verursachten Schaden und damit auch für die Frage des anwaltlich verschuldeten Prozeßverlustes beweisbelastet<sup>43</sup>. Gelingt dem geschädigten Mandanten endlich der Beweis der fehlerhaften Prozeßführung, ist zum Nachweis des Schadens immer noch der weitere Beweis erforderlich, daß er eine begründete Aussicht auf erfolgreiche Vollstreckung gehabt hätte. Hierzu ist grundsätzlich ebenfalls der geschädigte Mandant beweispflichtig<sup>44</sup>.

Parallelen hierzu finden sich im Arzthaftungsprozeß nicht. Hier gibt es keinen „hypothetischen Inzidentprozeß“. Ist die Berufung auf hypothetische Ursachen zulässig, hat der Schädiger, also der Arzt,

---

<sup>40</sup> Es ist davon auszugehen, daß das Gesetz zum 01.01.2003 inkrafttreten wird. Mit einer Zustimmung der staatlichen Stellen ist deshalb zu rechnen, weil die Ausgaben des Staates, insbesondere im Prozeßkostenhilfebereich, wegen des geplanten Wegfalls der Beweisgebühr sinken werden dafür die Gebühren im außergerichtlichen Bereich, der 70 % der anwaltlichen Tätigkeit ausmacht, entsprechend steigen

<sup>41</sup> Borgmann/Haug, Anwaltshaftung, 3. Auflage, München 1995, Seite 2; Mitteilungen der Rechtsanwaltskammer Kassel Nr. 1/2002 Seite 12: „Wir ordnen und befahlen hiermit allen Ernstes, dass die Advocati wollene schwarze Mäntel, welche bis unter das Knie gehen, unserer Verordnung gemäß zu tragen haben, damit man diese Spitzbuben schon von weitem erkennen und sich vor ihnen hüten kann.“

<sup>42</sup> Heinemann, a.a.O., Seite 2348 mit weiteren Nachweisen

<sup>43</sup> Heinemann, a.a.O., Seite 2349

<sup>44</sup> Heinemann, a.a.O., Seite 2349

die Beweislast dafür, daß der Schaden auch aufgrund der Reserveursache eingetreten wäre<sup>45</sup>. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß Reserveursachen, von Ausnahme abgesehen, grundsätzlich unbeachtlich sind<sup>46</sup>.

Will sich der Arzt auf von der Rechtsprechung anerkannte Ausnahmen berufen, trifft ihn aufgrund des Ausnahmecharakters die Beweislast<sup>47</sup>.

Setzt man diese Situation mit dem hypothetischen Inzidentprozeß des Anwaltshaftungsrechts gleich, ergibt sich für die Reserveursache (hypothetische Kausalität) die Beweislast des Arztes und für den hypothetischen Inzidentprozeß die Beweislast des geschädigten Mandanten.

Obwohl die Ausgangssituation des geschädigten Mandanten schon im Hinblick auf die Beweislast schlechter ist, als die Ausgangsposition des geschädigten Patienten, steigt die Zahl der Regreßforderungen. Jeder Anwalt wird im Jahr mit 2 - 3 Regreßforderungen konfrontiert<sup>48</sup>. Die Zahl der Regreßprozesse nimmt ständig zu, allein beim Bundesgerichtshof gehen alljährlich 130 Verfahren ein, in denen Mandanten Ansprüche gegen ihre Rechtsberater geltend machen. In den vergangenen 10 Jahren hat sich die Zahl dieser Prozesse mehr als verdoppelt<sup>49</sup>. Die Rechtsentwicklung hat mit der Häufung der Prozesse nicht Schritt gehalten. Im Unterschied zum Arzthaftungsprozeß haben die Anwälte ihre Bastionen bisher halten können. Die Rechtsprechung hat es bisher ausdrücklich abgelehnt, die im Arzthaftungsrecht entwickelten Grundsätze auf das Anwaltshaftungsrecht zu übertragen<sup>50</sup>.

Im Unterschied zum Arzthaftungsrecht, das den ärztlichen Heileingriff als Körperverletzung ansieht, trägt das Anwaltshandeln grundsätzlich die Vermutung der Rechtmäßigkeit in sich<sup>51</sup>.

Der Anspruch auf Einsicht in die Unterlagen des Anwalts ist stark eingeschränkt<sup>52</sup>. Insbesondere, wenn das Einsichtsrecht dazu genutzt werden soll, die Unterlagen nach Möglichkeiten zur Anspruchstellung auszuforschen, besteht das Einsichtsrecht nicht<sup>53</sup>.

Der Mandant hat nachzuweisen, daß eine Aufklärung durch den Anwalt unterlassen wurde<sup>54</sup>.

Ob überhaupt aufgeklärt werden muß oder nicht, hängt vom Bildungsgrad des Aufklärungsbedürftigen ab<sup>55</sup>.

---

<sup>45</sup> Das folgt schon aus dem Wortlaut des § 249, aus dem sich nicht ergibt, daß hypothetische Ursachen hinzuzudenken sind vgl. Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Auflage, München 2000, vor § 249, Rdnr. 162

<sup>46</sup> Palandt-Heinrichs, a.a.O., vor § 249, Rdnr. 97

<sup>47</sup> Palandt-Heinrichs, a.a.O., vor § 249, Rdnr. 101 unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH, BGH, NJW 1967, Seite 551, BGH, NJW, 1983, Seite 1053

<sup>48</sup> Bohl, Anwalt vor Gericht, Anwaltsreport 9/2001, Seite 14 unter Berufung auf den Richter am BGH Zugehör. Diese Zahl liegt deutlich über der Haftungsquote der Ärzte, vgl. dazu Ehlers, Broglie, a.a.O., Seite 81 ff. (83)

<sup>49</sup> Bohl, Anwaltsreport, a.a.O., Seite 14

<sup>50</sup> BGH, NJW 1988, Seite 200 (203) mit ablehnender Anmerkung, Giesen, JZ 1988, Seite 660; BGH, NJW 1994, Seite 3295 ff. (Grundsatzentscheidung)

<sup>51</sup> Borgmann, a.a.O., Seite 275 unter Berufung auf OLG Nürnberg, BB 1964, Seite 529

<sup>52</sup> Borgmann, a.a.O., Seite 151, 154

<sup>53</sup> Palandt-Sprau, § 810, Rdnr. 2

<sup>54</sup> Borgmann, a.a.O., Seite 276

<sup>55</sup> Borgmann, a.a.O., Seite 118, 123

Schlichtungsstellen sind bei den Anwaltskammern nicht eingerichtet. Gutachten, mit denen Anwaltsfehler belegt werden können, muß der geschädigte Mandant auf eigene Kosten einholen.

Die Rechtsprechung, nach der eine Unterbrechung der Verjährung auch bei Anrufung von Schlichtungsstellen eintritt, hat im Recht der Anwaltshaftung keine Bedeutung. Schlichtungsstellen existieren dort nicht.

Durch das Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 01.01.2002 wird das zwischen Ärzten und Anwälten bestehende Ungleichgewicht nicht beseitigt.

Die durch § 280 BGB auch im Bereich der Anwaltshaftung eingetretene Beweislastumkehr, bringt de facto keine Veränderung. Schon vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hatte § 282 BGB (alt) für die Anwälte keine große Rolle gespielt, weil die Anwaltshaftung grundsätzlich nicht auf dem Erfolgsunrecht basiert, für das § 282 BGB (alt) zugeschnitten war, sondern auf dem Handlungsunrecht<sup>56</sup>. Die in dieser Vorschrift enthaltene Beweislastumkehr galt grundsätzlich nur für das Vertretenmüssen. Sie änderte nichts daran, daß es bei der Beweislast des Gläubigers für den Eintritt eines negativen Erfolgs und das objektive Vorliegen einer Pflichtverletzung blieb<sup>57</sup>. Bei der Verletzung des Anwaltsvertrages tritt kein tatbestandlicher Erfolg in Form einer Körperverletzung ein. Die Haftung hängt in der Regel lediglich von der Verletzung einer verhaltensbezogenen Pflicht ab<sup>58</sup>. Die Parallele zum Deliktsrecht macht das deutlich. Der vom Anwalt angerichtete Schaden verletzt in der Regel kein absolutes Rechtsgut wie Körper und Gesundheit im Sinne des § 823 I BGB. Es blieb also oftmals dabei, daß der Geschädigte dartun und beweisen mußte, daß sich der Vertragspartner pflichtwidrig verhalten hatte<sup>59</sup>. Lediglich wenn die angeblich verletzte Pflicht einen Erfolgsbezug aufwies, kam dem Geschädigten die Umkehr der Beweislast des § 282 BGB zugute<sup>60</sup>. Durch die Novellierung des Schuldrechts wurde das insoweit bestehende gesetzliche Ungleichgewicht zwischen Ärzten und Anwälten weiter zu Lasten der Ärzte verschoben, weil sich § 280 zu Lasten der Anwälte nicht auswirkt. Er bestätigt lediglich die Regelung des alten § 282 BGB, der - wie ausgeführt - im Bereich der Anwaltshaftung keine große Bedeutung hatte. Im Bereich der Arzthaftung bringt § 280 eine Verschlechterung der Situation des Arztes mit sich, weil die Rechtsprechung bislang die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 282 (alt) ablehnte<sup>61</sup>, d.h. sie nur in Ausnahmefällen (grober Behandlungsfehler) zuließ.

### III. Ausblick

---

<sup>56</sup> Heinemann, Baustein anwaltlicher Berufshaftung, Die Beweislast, NJW 1990, Seite 2347,

<sup>57</sup> Palandt-Heinrichs, § 282 Rdnr. 1 u. 11

<sup>58</sup> Heinemann, a.a.O., Seite 2347

<sup>59</sup> BGH, NJW 1988, Seite 200, 203

<sup>60</sup> Heinemann, a.a.O., Seite 2347

<sup>61</sup> siehe oben Fn. 6-8

Ob sich die Rechtsprechung zu § 282 (alt) BGB auf das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz übertragen lassen wird, ist fraglich<sup>62</sup>. Nach § 280 BGB gilt nunmehr ein einheitlich geregelter Pflichtverletzungstatbestand, bei dem nicht zwischen den einzelnen Vertragstypen des besonderen Schuldrechts differenziert wird. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird nunmehr auch im Arzthaftungsrecht die Beweislast für das Verschulden bei positiver Vertragsverletzung grundsätzlich zugunsten des Patienten verlagert. Das Verschulden des Arztes wird bei Vorliegen des Tatbestands einer Pflichtverletzung vermutet. Entscheidend ist allein die objektive Sachlage<sup>63</sup>. Der Arzt ist allerdings zur Leistung von Schadensersatz - wie Vertreter anderer Berufsgruppen auch - nicht verpflichtet, wenn er nachweisen kann, daß ihn an der Pflichtverletzung kein Verschulden trifft und daß er sie auch sonst nicht zu vertreten hat (§ 280 I S. 2 BGB)<sup>64</sup>. Nach dieser Vorschrift wird zwischen Ärzten und Anwälten nicht differenziert.

Das zwingt dazu, grundsätzlich Überlegungen zur Gleichbehandlung beider Berufsgruppen anzustellen. Dabei geht es nicht nur darum, die für das Arzt-Patienten-Verhältnis vom Bundesverfassungsgericht geforderte Waffengleichheit auf das Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant zu übertragen. Die Notwendigkeit der Gleichbehandlung beider Berufsgruppen gebietet auch Waffengleichheit zwischen Anwälten und Ärzten. In Rechtsprechung und Literatur wurde das Problem bisher im Wesentlichen im Bereich des groben Behandlungs- bzw. Anwaltsfehlers diskutiert. Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre stehen einer Umkehr der Beweislast bei groben Verletzungen der Berufspflichten von Anwälten ablehnend gegenüber<sup>65</sup>.

Nach der Entscheidung des BGH vom 01.10.1987<sup>66</sup> ist eine Umkehr der Beweislast wegen grober Verletzung einer Berufspflicht schon deshalb abzulehnen, weil die verletzte Berufspflicht im zu entscheidenden Fall nicht auf die Bewahrung anderer vor Gefahren für Körper und Gesundheit gerichtet sei<sup>67</sup>. In einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1994<sup>68</sup> rechtfertigt der BGH den eingeschlagenen Weg. Der grobe Verstoß gegen ärztliche Pflichten gefährde die Gesundheit des Patienten regelmäßig stark und lege den Mißerfolg der Behandlung besonders nahe<sup>69</sup>. Hinzu komme, daß der Arzt im Haftungsprozeß regelmäßig einen deutlichen Vorsprung habe, weil der Patient nicht wisse, was sich im einzelnen abgespielt habe und die Entwicklung seines körperlichen Zustandes mangels des erforderlichen Fachwissens nicht hinreichend zu deuten vermöge<sup>70</sup>. In dieser Lage befände sich der Mandant im Anwaltshaftungsprozeß nicht. Es sei schon nicht erkennbar, daß das Schadensrisiko des Auftraggebers sich bei groben Pflichtverletzungen des Anwalts im Vergleich zu sonstigen Fehlern deutlich erhöhe<sup>71</sup>. Die Bewertung eines Fehlers im Einzelfall besage in der Regel nichts darüber, in welchem

---

<sup>62</sup> Bejahend, Müller, Arzthaftung und Sachverständigenbeweis, Medizinrecht 2001, Seite 494

<sup>63</sup> Deubler-Gmehlin, Die Entscheidung für die sogenannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform, NJW 2001, Seite 2285

<sup>64</sup> Deubler-Gmehlin, a.a.O.

<sup>65</sup> BGH, JZ 88, Seite 656 ff.; BGH, NJW 1994, Seite 3295 ff.; Borgmann-Haug, Anwaltshaftung, Seite 272, 279; Ericke, LM H. 12 1994, Nr. 205, Anmerkung zum BGH-Urteil v. 09.06.1994

<sup>66</sup> JZ 88, Seite 656 ff.

<sup>67</sup> BGH, a.a.O., Seite 658

<sup>68</sup> BGH, NJW 1994, Seite 3295

<sup>69</sup> BGH, a.a.O., Seite 3298

<sup>70</sup> BGH, a.a.O., Seite 3298

<sup>71</sup> BGH, a.a.O., Seite 3298

Maße er geeignet sei, Schaden zu verursachen. Der Mandant sei dem Anwalt nicht in solch existentieller Weise ausgeliefert, wie in vielen Fällen der Patient, der sich in die Behandlung des Arztes begeben<sup>72</sup>.

Von wenigen Stimmen abgesehen<sup>73</sup> folgt die Literatur der Rechtsprechung<sup>74</sup>. Die Argumente decken sich. Der Fehler des Anwalts verletze den Mandanten nicht in einem höchstpersönlichen Rechtsgut, sondern habe in der Regel nur vermögensrechtliche Nachteile zur Folge<sup>75</sup>. Die Beweisschwierigkeiten des Mandanten seien nicht mit denen des geschädigten Patienten vergleichbar. Bezüglich dessen, was sich im Körper des Patienten abspiele, habe der Arzt einen erheblichen Wissensvorsprung, dies führe dazu, daß der Patient dem Arzt als Prozeßpartei deutlich unterlegen sei<sup>76</sup>. Im übrigen sei es „offensichtlich absurd“, die Beweislast nach dem Grad des Verschuldens zu ändern<sup>77</sup>.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Argumente, die das Bundesverfassungsgericht zur Beweislastverteilung im Arzthaftungsrecht herangezogen hat, gelten im Anwaltshaftungsrecht gleichermaßen. Juristen verstehen es, einfache Sachverhalte so zu verkomplizieren, daß der Laie sie nicht mehr durchschaut. Welcher Laie kann die Auswirkungen eines hypothetischen Inzidentprozesses auf seine Angelegenheit beurteilen? Im Aufbauen sprachlicher Barrieren durch Fachausdrücke stehen sich Juristen und Mediziner in nichts nach<sup>78</sup>. Daß der Mandant dem Anwalt gegenüber sogar noch eines besseren Schutzes bedarf, als der Patient gegenüber dem Arzt, folgt schon daraus, daß der Anwalt auch im Regreßprozeß einen Wissensvorsprung gegenüber dem Arzt hat. Er ist in diesem Fall eben auch Anwalt in eigener Sache. Beiden Regreßverfahren ist gemeinsam, daß der Laie, Patient oder Mandant, dem Fachmann dessen Fehler nachweisen muß. Deshalb müssen Arzt und Anwalt beweisrechtlich gleichbehandelt werden.

Eine Gleichschaltung der Beweislastanforderungen gegenüber Juristen, mit denen zu Lasten der Ärzte, diene auch rechtspolitisch der Aufrechterhaltung des Ansehens der Anwälte sowie des Vertrauens in die Rechtsprechung<sup>79</sup>. Der Rechtsprechung könnte nicht (mehr) vorgeworfen werden, sie begegne dem klagenden Mandanten eines Rechtsanwalts mit weit geringerer Sensibilität, als dem klagenden Patienten.

Der Gesetzgeber wollte mit § 280 BGB einen einheitlichen, zentralen Haftungstatbestand aufbauen<sup>80</sup>. Auch wenn sich dies aus den Motiven nicht ergibt, kann dieses Ziel letztlich nur erreicht werden, wenn die Vertreter sämtlicher Berufe damit gleichbehandelt werden. Das bedeutet, daß die Fortschritte, die die Rechtsprechung im Arzthaftungsrecht entwickelt hat, in vollem Umfang auf das Anwaltshaftungsrecht zu übertragen sind. Vernünftige Gründe für eine Differenzierung bestehen nicht. Zwar wird be-

---

<sup>72</sup> BGH, a.a.O., Seite 3298

<sup>73</sup> Giesen, a.a.O., JZ 1988, Seite 660; Heinemann, a.a.O., Seite 2352

<sup>74</sup> Borgmann-Haug, a.a.O., Seite 279; Vollkommer, Rdnr. 503

<sup>75</sup> Zugehör, Rdnr. 1045

<sup>76</sup> Zugehör, Rdnr. 1045

<sup>77</sup> Borgmann-Haug, a.a.O., Seite 279

<sup>78</sup> Köhler u. a., Arzthaftung - „Patientenversicherung“ - Versicherungsschutz im Gesundheitssektor, Baden-Baden, 1997, Seite 16

<sup>79</sup> ebenso, Giesen, JZ 88, Seite 661

hauptet, bei Anwälten sei aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der jeweiligen Sachverhalte und der unterschiedlichen individuellen Situation eine typisierende Betrachtungsweise ausgeschlossen<sup>81</sup>. Diese Umstände bestehen jedoch im Arzthaftungsrecht genauso. Der menschliche Körper ist mindestens so individuell wie ein juristischer Sachverhalt. Auch das Argument, es sei „offensichtlich absurd“ die Beweislast nach dem Grad des Verschuldens zu ändern<sup>82</sup> greift im einen wie im anderen Bereich. Die europäische Menschenrechtskonvention - nach der der Grundsatz der Waffengleichheit Gesetzeskraft hat - differenziert nicht zwischen Anwälten (Schwarzkitteln) und Ärzten (Weißkitteln). Sachgerecht wäre es, dem Gebot der Gleichbehandlung beider Berufsgruppen - auch über die Beweislastregeln hinaus - Geltung zu verschaffen. Das könnte mit der Einrichtung von Schlichtungsstellen für Anwaltshaftungsfragen bei den Anwaltskammern beginnen.

---

<sup>80</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, Abs. 1 unter Berufung auf Schlechtriem und Lando

<sup>81</sup> BGH, NJW, 1994, Seite 3298

<sup>82</sup> siehe oben, Fn. 76