

## Zur dogmatischen Legitimation der Fortentwicklung des Haftungsrechts

Thomas M. J. Möllers

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Möllers, Thomas M. J. 1997. "Zur dogmatischen Legitimation der Fortentwicklung des Haftungsrechts." In *Privatrecht im "Risikostaat"*, edited by Dieter Hart, 189-213. Baden-Baden: Nomos.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under the following conditions:

**Deutsches Urheberrecht**

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publizieren>



*mit verbindlichen Grüßen  
überreicht vom Verfasser*

# ZUR DOGMATISCHEN LEGITIMATION DER FORTENTWICKLUNG DES HAFTUNGSRECHTS

THOMAS M.J. MOLLERS

## Gliederung

A. Einleitung: Beschreibung der Rechtslage	190
I. Hohe Anforderungen an die Verkehrspflichten	190
II. Beweiserleichterungen bzgl. Verschulden und Kausalität im Rahmen des §823 Abs. 1 BGB	192
III. Kritik der Rechtsliteratur	193
B. Das Rechtsgüterprinzip	194
I. Bisherige Ansätze	194
II. Das Rechtsgüterprinzip und die Wertehierarchie	195
1. Die systematische Stellung der Rechtsgüter im GG, BGB und StGB	195
2. Die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 GG und die Lehre von der Drittwirkung	198
III. Dogmatische Begründung	199
1. Umsetzung der Schutzpflicht durch eine verfassungskonforme, teleologische Reduktion des §823 Abs. 1 BGB	199
2. alterum non laedere und casum sentit dominus	200
IV. Rechtsfortbildung und Gewaltenteilung	201
C. Fortentwicklung bisherigen Rechts	202
I. Präventive Verkehrspflichten	202
1. Sammlungspflichten	202
2. Ermittlungspflichten	203
3. Kontrollpflichten	205
II. Beweiserleichterungen und erfolgsbezogene Pflichten	207

1. Qualifizierung	207
2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	209
III. Einzelne Fallgruppen	210
1. Fehlende Ermittlung	210
2. Grobe Verletzung von Berufspflichten	211
3. Die geplante Novellierung zu §84 S. 2 AMG	212
D. Zusammenfassung	213

## A. Einleitung: Beschreibung der Rechtslage

Das Deliktsrecht unterliegt seit Jahrzehnten Wandlungen<sup>1</sup>. Eine Reihe von Verkehrspflichten ist außerordentlich umstritten; von der Rechtsprechung vorgenommene Beweiserleichterungen werden als *extra* oder *contra legem* bezeichnet. Diese Entwicklung gilt es nachzuzeichnen (A.), bevor die Fortentwicklung des bundesdeutschen Haftungsrechts mit dem Rechtsgüterprinzip rechtsdogmatisch legitimiert werden soll (B.). Dieses Prinzip ermöglicht dann, einzelne Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen zu präzisieren und weiterzuentwickeln (C.).

### I. Hohe Anforderungen an die Verkehrspflichten

Bei vorvertraglichen Verhandlungen werden Informationspflichten mit einem Informationsgefälle, also regelmäßig der informationellen Unterlegenheit des Begünstigten und dem Informationsvorsprung des Informationsgebers begründet<sup>2</sup>. Die Informationspflicht beschränkt sich auf eigenes, vorhandenes Wissen<sup>3</sup> - zur weiteren Informationsmittlung ist der Schuldner in der Regel nicht verpflichtet.

\* Der Beitrag faßt einige wesentliche Gedanken meiner Habilitationsschrift (Fn. 9) zusammen.

1 Zu dem Begriff bereits v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, in: FS zum hundertjährigen Bestehen des DJT, Bd. 2, 1960 = Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1968, S. 452 ff.; jüngst Borgers, Von den „Wandlungen“ zur „Restrukturierung“ des Deliktsrechts, Diss. Bonn, 1993, mit Rezension Foerste, AcP 194 (1994), 516 ff.

2 OLG Karlsruhe v. 16.3.1994, NJW 1994, 2100 - Mietkündigung wegen Mobilfunkstation; Roth, in: MünchKomm v. 3. Aufl., 1994, §242 Rdnr. 218; ähnlich Emmerich, in: MünchKomm, 3. Aufl., 1994, vor §275 Rdnr. 81; Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 253 ff.; Stoll, in: FS v. Caemmerer, 1978, S. 435, 467 ff.; Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 124.

3 Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten bei Vertragsschluß, 1989, S. 52, 61 ff.; ihm folgend Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl., 1991, S. 48.

Im Bereich des deliktischen Rechtsgüterschutzes bestehen dagegen weitergehende Informationspflichten. Der Hersteller kann verpflichtet sein, ausländische wissenschaftliche Literatur zu sammeln und auszuwerten sowie verwandte Produkte nach Gefahrenquellen zu beobachten<sup>4</sup>. Besteht bei Arzneimitteln der begründete Verdacht, daß sie schädlich sind (sog. Gefährlichkeitsverdacht), darf der pharmazeutische Hersteller sie nicht auf den Markt bringen oder muß sie vom Markt nehmen<sup>5</sup>. Zum Schutz der persönlichen Rechtsgüter existieren Rückrufpflichten, die bei einer Eigentumsverletzung nicht vorkommen<sup>6</sup>. In der Lederspray-Entscheidung lagen beispielsweise keine Erfahrungswerte oder wissenschaftlichen Erkenntnisse vor, daß das betreffende Aerosol<sup>7</sup> zu einem Lungenödem führen könnte. Die Geschäftsleitung nahm das Lederspray deshalb nicht vom Markt. Der BGH verurteilte die Angeklagten, weil eine Anzahl von Gesundheitsbeschwerden auf die Gefährlichkeit des Produktes schließen ließ<sup>8</sup>.

Selbst wenn der Verbraucher ein allgemeines Gefahrbewußtsein besitzt, können ihm gegenüber Informationspflichten bestehen. Denn der Verbraucher ist trotz dieses allgemeinen Gefahrbewußtseins dann nicht vor der Gefahr geschützt, wenn die spezifische Gefahr für ihn nicht offensichtlich, sondern versteckt oder überraschend ist, so daß er sie nicht erkennen kann<sup>9</sup>. Schließlich wird auch der Anwendungsbereich des Produktes zum Schutze der Rechtsgüter weit gezogen. Während bisher die Auffassung vertreten wurde, daß die Gefahren eines *bestimmungswidrigen* Gebrauchs in erster Linie dem Verantwortungsbereich des Produkthenutzers zuzurechnen sind<sup>10</sup>, geht das gemeinschaftsrechtliche

4 Ausdrücklich BGH v. 17.3.1981, BGHZ 80, 186, 194 f. - Apfelschorf I (Derosal), BGH v. 24.1.1989, BGHZ 106, 273, 282 f. - Asthmaspray (Alupent Dosier Aerosol); BGH v. 9.12.1986, BGHZ 99, 167, 174 ff. - Motorrad-Lenker-Verkleidung (Honda); BGH v. 27.9.1994, NJW 1994, 3349, 3350 - Elektrodenkabel; BGH v. 31.1.1995, NJW 1995, 1286 = JZ 1995, 901 m.Anm. Brüggemeier - Kindertee III (Milupa/Hipp).

5 Nicht erforderlich ist der Nachweis, daß diese zu einer Rechtsgutsverletzung führen. Hart (MedR 1989, 15 f., 18) spricht von einer Kausalitätsfiktion; Zipfel, Lebensmittelrecht, Loseblatt: Stand 1994, D 520 Rdnr. 14.

6 Schwenger, JZ 1987, 1059, 1062.

7 Die feinste Verteilung fester oder flüssiger Stoffe in Gasen.

8 BGH v. 6.7.1990, BGHSt 37, 106, 109 = NJW 1990, 2560 = JZ 1992, 253 m.Anm. Hirte - Lederspray (Erdal).

9 Von „nicht unmittelbar erkennbar“ spricht Art. 3 Abs. 2 Sp. 1 Produktsicherheits-RiL 92/59/EWG v. 29.7.1992, ABl. Nr. L 228, 24. Den Begriff „überraschende Gefahrengröße“ benutzt Meyer, Instruktionshaftung, 1992, S. 128. Auch kann die Pflicht zur „erklärenden Warnung“ bestehen, BGH v. 12.11.1991, BGHZ 116, 60, 66 - Kindertee (Milupa) I; s. genauer Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996, §8.I.5., S. 296 ff. Für das US-amerikanische Recht Hendersson/Twerski, N.Y.U.L.Rev. 65 (1990), 265, 280 m.w.Nachw.

10 Foerste, in: Graf v. Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, Bd. 1, 1989, §24 Rdnr. 211, 206; s. auch Kullmann/Pfister (Hrsg.), Produzentenhaftung, Bd. 1, Loseblatt: Stand August 1995, Kza. 1520, 9. So formuliert der BGH: „Wer sich eine Maschine, ein Werkzeug oder ein sonstiges Gerät anschafft, um sich seiner zu bedienen, muß sich selbst darum kümmern, daß er mit ihm umzugehen lernt: es ist seine Sache, sich darüber zu unterrichten, wie es in rechter Weise einzusetzen und zu handhaben ist“. BGH v. 14.4.1959, VersR 1959, 523 - Fensterkran/Seilhexe; BGH v. 3.6.1975, NJW 1975, 1827, 1829

Produktsicherheitsrecht deutlich weiter: Nach der allgemeinen Produktsicherheits-RiL<sup>11</sup> und nach verschiedenen speziellen Produktsicherheitsrichtlinien<sup>12</sup> bestimmt sich ein sicheres Produkt sowohl nach dem normalen (also bestimmungsgemäßen) als auch nach dem *vernünftigerweise vorhersehbaren* Fehlgebrauch<sup>13</sup>. Schließlich umfaßt auch der Fehlerbegriff des § 3 Abs. 1 lit. b PHG (Art. 6 Abs. 1 lit. b Produkthaftungs-RiL) den Gebrauch, mit dem billigerweise gerechnet werden kann<sup>14</sup>.

## II. Beweiserleichterungen bzgl. Verschulden und Kausalität im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB

Der § 823 Abs. 1 BGB bildet die zentrale Anspruchsgrundlage im Deliktsrecht. Der Geschädigte hat grundsätzlich alle Voraussetzungen des § 823 Abs. 1 BGB zu beweisen, so daß eine Handlung des Schädigers schuldhaft eine Rechtsgutsverletzung und einen Schaden beim Geschädigten verursacht hat<sup>15</sup>. Wird ein pflichtwidriges Unterlassen behauptet, muß der Geschädigte zudem darlegen, daß pflichtgemäßes Handeln den Eintritt des schädigenden Erfolges verhindert hätte<sup>16</sup>. Der BGH hatte diesen Grundsatz in der Hühnerpest-Entscheidung zugunsten des Geschädigten fortgebildet: Der Geschädigte muß nicht mehr das Verschulden des Herstellers, sondern neben Schaden und Rechtsgutsverletzung nur noch beweisen, daß das Produkt fehlerhaft ist und dieser den Produktfehler verursacht hat<sup>17</sup>. Dadurch entfällt für ihn der Nachweis, daß eine Verkehrspflichtverletzung vorlag.

- Spannkupplung; BGH v. 25.11.1986, NJW-RR 1987, 664, 665 - Bleischmelzanlage; OLG Köln v. 24.10.1985, VersR 1987, 573 f. - Schreckschußpistole.

11 S. die Legaldefinition in Art. 2 lit. b allgemeine Produktsicherheits-RiL. (Fn. 9)

12 Art. 3 i.V.m. Anh I Nr. 1.1.2. lit. c Maschinen-RiL 89/392/EWG v. 14.6.1989, ABI. Nr. L 183, 9; umgesetzt durch Maschinenverordnung (9. GSGV) v. 12.5.1993, BGBI I 704; Art. 2 Abs. 2 Spielzeug-RiL 88/378/EWG v. 3.5.1988, ABI. Nr. L 187, 1; umgesetzt durch Verordnung über die Sicherheit von Spielzeug v. 21.12.1989, BGBI I 2541, zuletzt geändert durch VO v. 12.5.1993, BGBI I 704.

13 Skateboards müssen z.B. mit einem Hinweis ausgestattet werden, daß diese nur mit persönlicher Schutzausrüstung zu benutzen sind und große Geschicklichkeit verlangen, damit Stürze oder Zusammenstöße vermieden werden können, Art. 11 Abs. 5 i.V.m. Anh IV Nr. 5 Spielzeug-RiL. (Fn. 12)

14 In jüngeren Entscheidungen ist inzwischen auch der BGH bereit, eine Informationspflicht bei naheliegender, bestimmungswidrigem Gebrauch zu bejahen, s. BGH v. 12.11.1991, BGHZ 116, 60 - Kindertee (Milupa) I; BGH v. 24.1.1989, BGHZ 106, 273, 283 - Asthmaspray (Alupent Dosier Aerosol); *Kullmann/Pfister* (Fn. 10), Kza. 1520, 11.

15 *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, 2. Aufl., 1991, § 823 I Rdnr. 3, 6 f., 26, 30. Beweislast bedeutet, daß jede Partei die Beweislast für die ihr günstigen Normen trägt, also der Kläger für die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale und der Beklagte die Beweislast für rechtsvernichtende, rechtshindernde und rechtshemmende Normen, Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., 1993, § 117 II.2., S. 671 m.w.Nachw.

16 BGH v. 30.1.1961, NJW 1961, 868, 870 - Verkehrssicherungspflicht für Grabstein; *Baumgärtel* (Fn. 15), § 823 I Rdnr. 16.

17 BGH v. 26.11.1968, BGHZ 51, 91 - Hühnerpest; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 1, 14. Aufl., 1987, § 24.1.b); *Foerste* (Fn. 10), § 30 Rdnr. 44; *Baumgärtel* (Fn. 15), § 823 Anh. C III Rdnr. 25.

Dem Geschädigten obliegt damit grundsätzlich die Beweislast für den Ursachenzusammenhang zwischen Produktfehler und Rechtsgutsverletzung und dem daraus folgenden Schaden<sup>18</sup>. Das gilt auch im Arzthaftungsrecht. Der Patient muß grundsätzlich nicht nur Behandlungsfehler, Rechtsgutsverletzung, Schaden und das Verschulden des Arztes, sondern vor allem die Ursächlichkeit des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden dartun. Eine solche Beweislastverteilung leuchtet unmittelbar ein, weil die Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder der Tod des Patienten allein durch seine Krankheit und nicht notwendigerweise durch den Eingriff des Arztes verursacht worden sein kann<sup>19</sup>. Gleichwohl hat die Rechtsprechung beim sog. groben Behandlungsfehler die Beweislast für die Verursachung des Schadens zulasten des Arztes umgekehrt. Liegt ein solcher grober Behandlungsfehler vor, muß der Arzt beweisen, daß der Behandlungsfehler für den Schaden nicht ursächlich war<sup>20</sup>. Eine solche Beweislastumkehr wurde sodann auf andere Berufsgruppen, wie den Schwimmlehrer oder den Kirmesveranstalter, ausgedehnt<sup>21</sup>. Auch im Produkthaftungsrecht wurde die Beweislast zulasten des Herstellers in der Mehrwegflaschen-Entscheidung weiter verschärft: Eine Flasche mit kohlenstoffhaltiger Limonade war explodiert und hatte zum Verlust des rechten Auges beim Kläger geführt. Als Ursache für den Unfall kam ein Riß im Glas in Betracht, wobei sich nicht mehr feststellen ließ, ob dieser Riß vor oder nach dem Inverkehrbringen der Flasche entstanden war. Nach Auffassung des BGH habe der Hersteller gegen eine Befunderhebungs- und Statussicherungspflicht verstoßen, weshalb er beweisen müsse, daß die Mehrwegflasche seine Betriebsstätte fehlerfrei verlassen habe<sup>22</sup>.

## III. Kritik der Rechtsliteratur

Der Begründung einer Vielzahl von Verkehrspflichten durch die Rechtsprechung wird vorgeworfen, die Anforderungen an die Sorgfaltsvorkehrungen würden derart gesteigert,

18 *Weitnauer*, in: FS Larenz, 1973, S. 905, 911; *Baumgärtel* (Fn. 15), § 823 Anh. C III Rdnr. 13 ff. Das gilt grundsätzlich auch nach dem neuen PHG; beweist der Geschädigte allerdings Fehler, Schaden und ursächlichen Zusammenhang, muß der Hersteller beweisen, daß der Fehler noch nicht bestand, bevor er das Produkt in den Verkehr gebracht hatte, § 1 Abs. 4 S. 2 PHG.

19 BGH v. 3.2.1987, BGHZ 99, 391, 398 - Lungen-Tuberkulose; BGH v. 14.3.1978, NJW 1978, 1681 - Dammschnitt; *Mertens*, in: MünchKomm, 2. Aufl., 1986, § 823 Rdnr. 411 f.; *Steffen*, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., 1990, B.I.1, S. 34; *Laufs*, Arztrecht, 5. Aufl., 1993, Rdnr. 441.

20 BGH v. 18.3.1974, NJW 1974, S. 1424, 1426 - Intubationsnarkose; BGH v. 21.9.1982, BGHZ 85, 212 - Beweislast bei Verstoß gegen Befunderhebung I; BGH v. 25.4.1989, BGHZ 107, 222 - Aufklärung über Metastasenbildung; *Ulsenheimer*, MedR 1992, 127, 129; *Nußgens*, in: RGRK, 12. Aufl., 1992, § 823 Anh. II Rdnr. 178. S. auch genauer unten III.3.a) und b).

21 BGH v. 13.3.1962, NJW 1962, 959, 960 - Schwimmlehrer; BGH v. 10.11.1970, NJW 1971, 241, 243 - Krankenpflegepersonal; OLG Köln v. 18.11.1969, VersR 1970, 229 - Kirmesveranstalter. Kritisch dagegen *Fichtner*, NJW 1966, 454; *Baumgärtel* (Fn. 15), § 282 Anh. Rdnr. 73.

22 BGH v. 7.6.1988, BGHZ 104, 323 = NJW 1988, 2611 m.Anm. *Reinelt* = JZ 1988, 966 m.Anm. *Giesen* - Mehrwegflasche IIa.

daß sie nicht mehr erfüllt werden könnten. Dies geschehe dadurch, daß Verkehrspflichten nachträglich in der Weise „erfunden“ würden, daß deren Beachtung geeignet gewesen wäre, in casu den eingetretenen Schaden zu verhindern<sup>23</sup>. Verkehrspflichten würden, so der Terminus, nur zu oft „überspannt“<sup>24</sup>. Auch die Judikatur zu den Beweiserleichterungen ist höchst umstritten. Die Rechtsprechung zum groben Behandlungsfehler wird, obwohl seit Jahrzehnten gefestigt, als *extra legem* bezeichnet<sup>25</sup> - sie hätte „Gesetz und System beiseite gelassen“<sup>26</sup>. Ebenso wurde die in der Mehrwegflaschen-Entscheidung vorgenommene Beweiserleichterung in der Literatur mehrheitlich abgelehnt<sup>27</sup>.

## B. Das Rechtsgüterprinzip

### I. Bisherige Ansätze

Trotz dieser Kritik scheint in gewissem Umfang die Notwendigkeit zu bestehen, über das Verschuldensprinzip hinaus in bestimmten Bereichen eine strengere Haftung des Schädigers zuzulassen<sup>28</sup>, sei es durch die Begründung präventiv wirkender Verhaltenspflichten, sei es durch die Begründung von Beweiserleichterungen zugunsten des Geschädigten. Jedoch bedeutet eine Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens einen Schritt in Richtung Gefährdungshaftung, Beweiserleichterungen bezogen auf die Kausalität sogar die Begründung einer Vermutungs- oder Verdachtshaftung<sup>29</sup>. Warum solche Beweiserleichterungen stattfinden, ist bis heute noch wenig geklärt<sup>30</sup>. Daß hierfür genann-

te Wertungsgesichtspunkte oder Rechtsgründe<sup>31</sup>, wie Beweisnot bzw. Beweisvereitelung, prozessuale Waffengleichheit, das Vertrauensprinzip, die Gefährdungshaftung etc. nicht zu überzeugen vermögen, wurde an anderer Stelle ausgeführt<sup>32</sup>.

### II. Das Rechtsgüterprinzip und die Werthierarchie

Bis zum heutigen Tage wurde in der juristischen Auseinandersetzung der Blick meistens auf den Gefahrverursacher, wie den Arzt oder den Produzenten, gerichtet und aus dieser Perspektive zu begründen versucht, warum er haften muß. Hohe Anforderungen an die einzuhaltende Sorgfalt zu begründen, fällt jedoch dann schwer, wenn die einzelne Handlung für sich genommen ungefährlich ist, jedoch potentielle Opfer, wie z.B. Kinder<sup>33</sup>, besonders schutzbedürftig sind<sup>34</sup>. Die hohen Anforderungen an die Verkehrspflichten sowie die Beweiserleichterungen sind deshalb aus der Perspektive des Geschädigten, genauer: seiner betroffenen Rechtsgüter, zu begründen. Dieser Beitrag soll - soweit ersichtlich - erstmals den *Schutz der persönlichen Rechtsgüter* in den Mittelpunkt der Betrachtung stellen. Die Werthierarchie sowie verfassungsrechtliche Vorgaben können die von der Rechtsprechung vorgenommene Rechtsfortbildung legitimieren.

#### 1. Die systematische Stellung der Rechtsgüter im GG, BGB und StGB

Die persönlichen Rechtsgüter Leben, Körper und Gesundheit stehen in einer *Werthierarchie* zueinander. Diese persönlichen Rechtsgüter sind wiederum höherrangig als das Recht auf Eigentum oder Vermögen.

Eine solche Werthierarchie wird von Teilen der Literatur ausdrücklich abgelehnt, weil die Rechtsgüter im Rahmen des §823 Abs. 1 BGB nur die Funktion hätten, Eingriffsobjekte zu formulieren, anhand derer das Unrecht einer Handlung erkennbar würde<sup>35</sup>. Auch sei der Richter nicht ermächtigt, eine soziale Rangskala von Gütern und Verhaltenspflichten aufzustellen<sup>36</sup>. Eine solche, bereits abstrakt bestehende Werthierarchie

23 S. im einzelnen bereits *Esser*, JZ 1953, S. 129 ff.; *Kötz*, AcP 170 (1970), 1, 10; *Deutsch*, Haftungsrecht, Bd. 1, 1976, S. 365 v. *Caemmerer*, RabelsZ (1978), 5, 15 = Gesammelte Schriften, Bd. 3, 1968, S. 261, 271 f.; *Steffen*, VersR 1980, 409, 410; *Will*, Quellen erhöhter Gefahr, 1980, S. 41 ff.; v. *Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 103 ff.; *Gernhuber*, Bürgerliches Recht, S. 382. Von Pseudoverhaltenspflichten spricht *Schünemann*, UTR 1994, S. 137, 153 f.

24 So bereits *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, S. 90 ff.; *Laufs*, in: FS Gernhuber, 1993, S. 245, 251; *Foerste* (Fn. 10), §24 Rdnr. 269 m.w.Hinw.; *Kreuzer*, in: FS Lorenz, 1991, S. 125, 126; ebenso: BGH v. 27.9.1994, NJW 1994, 3349, 3350 - Elektrodenkabel, zu den Anforderungen der Vorinstanz.

25 *Nußgens*, in: RGRK (Fn. 20), §823 Anh.II Rdnr. 306.

26 *Hanau*, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971, S. 133.

27 *Foerste* (Fn. 10), §24 Rdnr. 286 Fn. 588; ablehnend auch *Häsemeyer*, in: FS Niederländer, 1991, S. 251, 259; *Medicus*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 1994, Rdnr. 356.

28 S. schon *Stoll*, AcP 176 (1976), 145, 161; „Unter gewissen Voraussetzungen besteht ein unabweises Bedürfnis, die außervertraglichen Verhaltenspflichten durch die Hereinnahme eines begrenzten Erfolgsmomentes inhaltlich aufzuwerten“.

29 Für das neue Umwelthaftungsgesetz besonders eindringlich *Schmidt-Salzer*, Kommentar zum Umwelthaftungsrecht, 1992, §6 Rdnr. 17 ff.

30 S. schon *G. Rümelin*, AcP 88 (1898), 285, 301; *M. Rümelin*, Die Gründe der Schadenszurechnung, 1896; *derselbe*, Schadenserzatz ohne Verschulden, 1910, S. 4 ff.; *Stoll*, AcP 176 (1976), 145, 147.

31 Der Rechtsgrund (oder gleichbedeutend Sachgrund, Rechtsprinzip) kann als rechtsethisches Prinzip definiert werden, das nach wertenden Gesichtspunkten die Beweislast in bestimmten Fällen zu erklären vermag und dessen Anerkennung im geltenden Recht nachgewiesen werden kann, *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 474; *Emmerich* (Fn. 3) definiert den Begriff des Haftungsgrundes; *Baumgärtel* ((Fn. 15), §823 Anh C Rdnr. 28) fragt nach der Wertungsgrundlage für die Beweislastumkehr, s. *derselbe*, JZ 1984, 1109.

32 Ausführlich *Möllers* (Fn. 9), §4.III., S. 117 - 140.

33 Zu den hohen Sorgfaltsanforderungen gegenüber Kindern s. *Möllers*, VersR 1996, 153 ff.; BGH v. 14.3.1995, NJW 1995, 2631 - Oberleitung IV.

34 An eine Gefahrenquelle anzuknüpfen hat auch den Nachteil, daß sie oft nicht abgrenzbar ist. Gegen die Lehre vom Gefahrenbereich läßt sich einwenden, daß eine Haftung auch dann eintritt, wenn die Rechtsgutsgefährdung ihren Ursprung nicht im Herrschaftsbereich des Schädigers hatte; zum letzten Argument, *Musiak*, AcP 176 (1976), 145, 161.

35 *Fikentscher*, Schuldrecht, 1992, Rdnr. 1049.

36 *Mertens*, VersR 1980, 397, 401.

wird im Öffentlichen Recht überwiegend mit der Begründung abgelehnt, statt einer abstrakten Rangordnung der Grundrechte sei ausschließlich für den konkreten Einzelfall das Verhältnis der Grundrechte zueinander durch eine Güterabwägung zu bestimmen<sup>37</sup>.

Die *systematische* Stellung im Grundgesetz, im Bürgerlichen Gesetzbuch und im Strafrecht deutet jedoch auf eine solche, bereits abstrakt vorgegebene Wertehierarchie der verschiedenen Rechtsgüter zueinander hin, ja sie erscheint im Grunde offenkundig<sup>38</sup>. Im Zivilrecht (§823 Abs. 1 BGB) läßt sich diese Wertehierarchie der Rechtsgüter anhand ihrer systematischen Stellung ablesen: Leben, Körper, Gesundheit stehen vor Freiheit, Eigentum und dem sonstigen Recht. Das Recht auf Leben stellt innerhalb der Grundrechtsordnung einen „Höchstwert“ dar<sup>39</sup>; sein Schutz gilt absolut<sup>40</sup>. Auf die körperliche Integrität kann der Einzelne in weitem Umfang nicht verzichten, denn sie gehört „zum ureigensten Bestand des Menschen“<sup>41</sup> und ist damit kein verkehrsfähiges Rechtsgut<sup>42</sup>. In einzelnen Gesetzen zur Gefährdungshaftung, wie dem Arzneimittel-, dem Umwelthaftungs- und dem Produkthaftungsgesetz, wird das Eigentum überhaupt nicht oder nur unter sehr engen Voraussetzungen geschützt<sup>43</sup>. Vermögen und Handlungsfreiheit werden von §823 Abs. 1 BGB nicht umfaßt<sup>44</sup>. Im Grundgesetz sind Menschenwürde und körperliche Unversehrtheit in den ersten zwei Artikeln (Art. 1, 2 GG) genannt, Berufs- und Eigentums-

37 Besonders entschieden ablehnend *Böckenforde*, NJW 1974, 1529, 1534; vorsichtiger *Zippelius*, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1962, S. 195; *Ossenbühl*, in: Festgabe zum 25jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts, Bd. I, 1976, S. 458, 507; v. *Münch*, in: v. Münch/Kunig, GG, 4. Aufl., 1992, vor Art. 1 - 19 Rdnr. 46; *Larenz* (Fn. 31), S. 341 f.; *Bethge*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 269; *Grimmer*, Demokratie und Grundrechte, 1980, S. 118; vgl. auch BVerfG v. 24.2.1971, BVerfGE 30, 173, 195 - Mephisto.

38 *Fabricius*, AcP 160 (1961), 273, 291; ausdrücklich zustimmend *Larenz/Canaris*, Schuldrecht, Bd. 2, Teilb. 2, 13. Aufl., 1994, S. 374, 603, 358, ohne dies jedoch weiter zu begründen oder daraus Folgerungen für die Rechtsgüter Leben, Körper und Gesundheit zu ziehen. Ebenfalls ohne Begründung, *Peter*, in: Salje, Umwelthaftungsgesetz, 1993, §8 Rdnr. 27.

39 BVerfG v. 25.1.1975, BVerfGE 39, 1, 25 f. - Schwangerschaftsabbruch I; BVerfG v. 1.8.1978, BVerfGE 49, 24, 53 - Kontaktsperre; *Lorenz*, HdbStR, Bd. 6, 1989, §128 Rdnr. 5; *Schmidt/Bleibtreu/Klein*, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., 1990, Art. 2 Rdnr. 22a.

40 Für den strafrechtlichen Notstand, *Roxin*, Strafrecht, AT, Bd. 1, 2. Aufl., 1994, §16 Rdnr. 29 f.

41 Diese Formulierung wird seit den Minderheitsvoten von *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger* anerkannt, BVerfG v. 25.7.1979, BVerfGE 52, 131, 174, 176 - Arzthaftungsprozeß; zustimmend v. *Münch*, 3. Aufl., 1985, Art. 2 Rdnr. 54; *Kunig* in v. Münch/Kunig (Fn. 37), Art. 2 Rdnr. 72; *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 43 f.

42 S. insbesondere §226a StGB und die Sittenwidrigkeit von Leihmutterverträgen und Organtransplantationen, OLG Hamm v. 2.2.1986, NJW 1986, 781, 782 - Leihmuttervertrag; *Jauernig*, BGB, 7. Aufl., 1994, v. §90 Anm. II.6.

43 Das AMG schützt gem. §84 S. 1 nur Leben, Körper und Gesundheit; das UHG schützt gem. §5 Eigentum nicht, wenn die Sache nur unwesentlich oder in einem Maße beeinträchtigt wird, das nach den örtlichen Verhältnissen zumutbar ist. Gem. §1 Abs. 1 S. 2 PHG (Art. 9 lit. b i ii Produkthaftungs-RiL 85/374/EWG v. 25.7.1985, ABl. Nr. L 210, 29) wird eine beschädigte Sache nur entschädigt, wenn sie gewöhnlich für den privaten Gebrauch bestimmt und verwendet wurde.

44 Auch nach *Larenz/Canaris* (Fn. 38), S. 356 ergibt sich daraus der Gedanke eines differenzierenden Rechtsgüterschutzes, ohne daß er ihn jedoch als Zurechnungsgrund für bestimmte Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen nutzt.

freiheit dagegen an deutlich späterer Stelle geregelt<sup>45</sup>. Eingriffe in die körperliche Integrität, Intim- und Privatsphäre sind nur ausnahmsweise gestattet, während Eigentum, das Recht auf Berufsausübung und unternehmerische Freiheit stärker unter sozialen Gesichtspunkten geregelt werden können<sup>46</sup>. Auch im Strafrecht sind die Voraussetzungen eines rechtfertigenden Notstandes (§34 StGB) abhängig vom Rang des jeweiligen Rechtsgutes - das Leben genießt im Verhältnis zu den anderen Rechtsgütern eindeutig eine Vorrangstellung<sup>47</sup>. Am Strafmaß läßt sich diese Wertehierarchie besonders deutlich ablesen<sup>48</sup>. Schließlich besteht auch eine Wertehierarchie zwischen den persönlichen Rechtsgütern und dem Umweltschutz. Pflanzenschutzmittel dürfen gem. §15 Abs. 1 Nr. 3 lit. a PflSchG nur zugelassen werden, wenn sie auf die Gesundheit von Mensch und Tier keine schädlichen Auswirkungen haben können. Dieser absolute Rechtsgüterschutz gilt dagegen nicht für Auswirkungen auf den Naturhaushalt, weil gem. §15 Abs. 1 Nr. 3 lit. b PflSchG nur „nicht vertretbare Auswirkungen“ für die Umwelt verboten sind<sup>49</sup>.

Die bereits systematisch angelegte Wertehierarchie wird durch weitere Reformbemühungen verstärkt<sup>50</sup>. Während im Vertragsrecht die Verjährungsfrist unabhängig von der Kenntnis des Schadens zu laufen beginnt, wird der Geschädigte bei Ansprüchen aus Delikt schon heute privilegiert, weil nach §852 BGB die Verjährungsfrist erst zu laufen beginnt, wenn der Verletzte Kenntnis von Schaden und Person des Schädigers erlangt<sup>51</sup>. Bis jetzt verjähren bestimmte vertragliche Ansprüche allerdings erst nach dreißig Jahren, dagegen Ansprüche nach Delikt schon nach drei Jahren. Die Schuldrechtskommission schlägt eine absolute Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche bei Sachschäden von drei Jahren bei Vertrag (§195 KE), von zehn Jahre bei Delikt und Gefährdung (§199 KE) und von dreißig Jahren bei Personenschäden (§201 KE) vor<sup>52</sup>. Verjährungsvorschriften, die in einem besonderen Maße einen gerechten Ausgleich der Interessen von Gläubiger

45 Art. 12, 14 GG. Daß die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG vor der körperlichen Unversehrtheit in Art. 2 Abs. 2 GG geregelt wurde, bildet nur eine Ausnahme von der Regel.

46 *Kriele*, Menschenrechte und Gewaltenteilung in Recht, Vernunft, Wirklichkeit, 1990, S. 190, 206 f. Für eine Wertehierarchie im GG ausdrücklich auch *Larenz* (Fn. 31), S. 476; *Hauschka*, AG 1988, 29, 30.

47 §34 S. 1 StGB: „...in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut...“; *Roxin* (Fn. 40), §16 Rdnr. 25 ff.

48 Totschlag (§212 StGB); nicht unter fünf Jahre, schwere Körperverletzung (§224 StGB); ein Jahr bis fünf Jahre, gefährliche Körperverletzung (§223a StGB); bis fünf Jahre, Körperverletzung (§223 StGB); bis drei Jahre, Sachbeschädigung (§303 StGB); bis zwei Jahre Freiheitsstrafe; s. auch *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl., 1977, S. 163.

49 Mit diesem Kriterium hat die Behörde Nutzen und Auswirkungen des Pflanzenschutzmittels für die Umwelt gegeneinander abzuwägen, *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 156 f.

50 Zu den sich wandelnden Werteerfahrungen *Zippelius*, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, 1962, S. 194; *Fikentscher*, 34 (1991) American Behavioral Scientist, 314 ff.

51 S. dazu die instruktive Entscheidung BGH v. 19.3.1991, NJW 1991, 2351 - Alival.

52 *Rabe*, NJW 1992, 2395, 2998; *Stürner*, NJW 1994, Beilage 1, 3. Der 60. DJT hat diesen Vorschlag durch Beschluß angenommen, s. NJW 1994, 3075, IV, Nr. 21; *Bundesministerium der Justiz* ((Hrsg.): Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 42 ff., 76) mit der Begründung, Personenschäden würden erst später entdeckt.

und Schuldner bezwecken, werden also auch hier nach der Werthierarchie der Rechtsgüter abgestuft<sup>53</sup>. Damit liegt der Schluß nahe, daß der Rechtsschutz umso stärker sein muß, je ranghoher das Rechtsgut ist<sup>54</sup>.

## 2 Die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 GG und die Lehre von der Drittwirkung

Dem Staat obliegt gegenüber dem Bürger eine Schutzpflicht, die körperliche Unversehrtheit des Bürgers zu sichern<sup>55</sup>. Diese Schutzpflicht lebt auf, wenn ein Privater ein grundrechtliches Schutzgut eines Bürgers rechtswidrig verletzt oder wenn von ihm die Gefahr einer solchen Verletzung ausgeht<sup>56</sup>. Der Gesetzgeber hat die notwendigen Gesetze zum Schutze der Grundrechte zu erlassen<sup>57</sup>; im Zivilrecht ist dies vornehmlich durch §823 BGB geschehen<sup>58</sup>.

53 Über das schon gerade genannte Verhältnis des Strafmaßes bei den einzelnen Delikten hinaus (Fn. 48) hat das Verbrechensbekämpfungsgesetz v. 28.10.1994, BGBl I 3186 die Strafandrohung für Körperverletzungsdelikte verschärft, *Hauf*, ZRP 1995, 52.

54 Ausnahmsweise kann die Intensität der Rechtsgüterverletzung oder auch die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts zu stärkeren oder weniger starken Verhaltenspflichten führen. *Roxin* (Fn. 40), §16 Rdnr. 25, für §34 StGB s. Rdnr. 7. Die gerade in Fn. 37 genannten Autoren, die eine bereits abstrakt bestehende Werthierarchie ablehnen, werfen einer solchen Hierarchie vor allem vor, man könne daraus nicht das konkrete Ergebnis ablesen, wie aus einer Tabelle; stattdessen müsse immer eine Interessensabwägung der sich widerstreitenden Grundrechte im konkreten Fall vorgenommen werden. Das will die hier vertretene Auffassung auch nicht bestreiten.

55 Grundlegend BVerfG v. 25.1.1975, BVerfG 39, 1, 41 -Abtreibung; BVerfG v. 20.12.1979, BVerfGE 53, 30, 57 -Mülheim-Kärlich; BVerfG v. 14.1.1981, BVerfGE 56, 54, 73 -Flughafen Düsseldorf; BVerfG v. 30.11.1988, BVerfGE 79, 174, 201 -Verkehrslärm; *J. Hager*, JZ 1994, 373, 378 Fn. 6; *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3 ff.; *derselbe*, HdbStR, Bd. 5, 1992, §111 Rdnr. 83; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 102 ff.; *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 27 ff.; ausführlich *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 145 ff.; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 21 ff.; *E. Klein*, NJW 1989, 1633, 1635; *Papier*, UTR 1994, S. 105 ff..

56 *Isensee* (Fn. 55), §111 Rdnr. 97.

57 Deutlich *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 213, 227; *derselbe*, JuS 1989, 161, 162.

58 *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 229 ff.; *Isensee* (Fn. 55), §111 Rdnr. 78, 128, 139. Zudem setzt der Unterlassungsanspruch nach §1004 BGB kein Verschulden voraus und wird von der Rechtsprechung für alle Rechtsgüter analog angewendet. Im US-amerikanischen Recht werden dagegen aus der Verfassung abgeleitete Schutzpflichten nicht anerkannt, s. *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203 (1983) (US-Court of Appeals, 7th Cir.), cert. denied, 465 U.S. 1049 (1984); *Currie*, Positive and Negative Rights, 53 University of Chicago L.Rev., 864f. (1986).

## III. Dogmatische Begründung

### 1. Umsetzung der Schutzpflicht durch eine verfassungskonforme, teleologische Reduktion des §823 Abs. 1 BGB

Grundrechte sind in einem immer stärkeren Maße im Zivilrecht zu berücksichtigen<sup>59</sup>. Wenn Gerichte bei der Auslegung von Normen die Grundrechte anwenden, entwickeln sie deren Schutzfunktion sowie deren Drittwirkung für das konkrete Verhältnis von Störer zu Opfer<sup>60</sup>. Der Richter ist damit aufgerufen, die Schutzwirkung von Grundrechten mittels der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen zu entfalten. Der Rechtsgüterschutz ist auf die Vermeidung und Abwehr einer Rechtsgüterverletzung gerichtet.

Das Erfordernis der Einwilligung zu diagnostischen, vorbeugenden und heilenden Eingriffen folgt aus dem im Grundgesetz verankerten Recht auf körperliche Unversehrtheit und aus der Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit<sup>61</sup>. Deshalb hat die Rechtsprechung immer an dem Erfordernis der Einwilligung beim ärztlichen Heileingriff festgehalten; ohne Einwilligung ist die Körperverletzung nicht gerechtfertigt<sup>62</sup>. Die Pflicht zur Einwilligung besteht unabhängig von einem Verschulden desjenigen, der das Rechtsgut bedroht.

Hohe Rechtsgüter verlangen hohe Verhaltensanforderungen, wie beispielsweise weitgehende Ermittlungspflichten. Gefahren sind zu vermeiden, wenn sie vermeidbar sind. Beweiserleichterungen sollen den Ausgleich ermöglichen, wenn ein Schaden an Rechtsgütern durch nicht mehr verständliche Fehler verursacht wurde. Der von der Verfassung gebotene Rechtsgüterschutz ist nicht ohne weiteres gewährt, wenn ein Schadensausgleich nur bei Verschulden<sup>63</sup> oder nachgewiesener Kausalität gewährt würde. Damit sind die Tatbestandsmerkmale Kausalität und Verschulden bei §823 Abs. 1 BGB im Lichte der verfassungsrechtlich geschützten hohen Rechtsgüter auszulegen: Das führt dogmatisch

59 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/1, 1988, S. 1557; *Isensee* (Fn. 55), §111 Rdnr. 152; *Canaris*, AcP 183 (1983), 201, 223; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 55. Aufl., 1995, §242 Rdnr. 7 f.; *Preu*, JZ 1991, 265, 268.

60 Die Drittwirkung ist ein Unterfall der Schutzwirkung, *Stern* (Fn. 59), S. 1560, 1572. *Canaris* (AcP 184 (1984), 201, 228) möchte deshalb den Begriff der Drittwirkung ganz vermeiden.

61 Art. 2 Abs. 2 sowie Art. 1 und 2 Abs. 1 GG. BGH v. 9.12.1958, BGHZ 29, 46, 49, 54 f. - Elektroschock II; ebenso das Minderheitsvotum in BVerfG v. 25.7.1979, E 52, 131, 173 - Arzthaftungsprozeß; BGH v. 28.11.1957, BGHSt 11, 111, 114 - Myom; *Mertens*, in: MünchKomm (Fn. 19), §823 Rdnr. 421; *Laufs*, in *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 1992, §61 Rdnr. 14; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl., 1990, S. 100 ff.

62 BGH v. 10.7.1954, NJW 1956, 1106 - Elektroschock I; BGH v. 9.12.1959, BGHZ 29, 46, 58 - Elektroschock II; BGH v. 7.4.1984, BGHZ 90, 103, 106 - Querschnittslähmungsrisiko durch Bestrahlung; BGH v. 26.6.1990, NJW 1990, 2928 - Dringlichkeit einer Operation; *Nießgens*, in: RGRK (Fn. 20), §823 Anh.II Rdnr. 112 ff., 49; *Brüggemeier*, Deliktsrecht, 1986, Rdnr. 719 ff.; *Francke/Hart*, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 1987, S. 28; *Steffen*, MedR 1983, 88 ff.; s. die instruktiven Rechtsprechungsfälle bei *Laufs* (Fn. 61), §64 Rdnr. 3 Fn. 6.

63 So bereits *Bullinger* (in: FS v. Caemmerer, 1978, S. 297, 300, 311), der überdies von einem verfassungsrechtlichen Gebot der Systemgerechtigkeit spricht. Zu diesem Gebot s. BVerfG v. 16.2.1965, BVerfGE 18, 366, 372 f. - Arbeitslosenversicherung.

dazu, daß die *Tatbestandsmerkmale haftungsbegründende Kausalität oder Verschulden restriktiv ausgelegt* werden und bzgl. dieser Tatbestandsmerkmale ggfs. Beweiserleichterungen zugunsten des Geschädigten stattfinden können. Mit diesem Ergebnis wird keiner reinen Unrechtshaftung das Wort geredet, weil dem Schädiger immer die Möglichkeit des Entlastungsbeweises bleibt<sup>64</sup>.

## 2. *alterum non laedere und casum sentit dominus*

Anerkanntermaßen soll das Deliktsrecht Risikosphären abgrenzen<sup>65</sup> und einen sachgerechten Ausgleich zwischen dem Integritätsschutz des Geschädigten und der allgemeinen Handlungsfreiheit des Schädigers gewährleisten. Fraglich ist nun, ob das Rechtsgüterprinzip so einfach das Verschuldensprinzip überspielen kann, sichert letzteres doch vornehmlich die Erhaltung der Handlungsfreiheit<sup>66</sup>. Fehlt es an einem Verschulden des Schädigers hat der Inhaber eines Rechtsguts grundsätzlich den Schaden an seinem Rechtsgut selbst zu tragen: *casum sentit dominus*<sup>67</sup>.

Nun mag man zwar darüber streiten, ob das Verschuldensprinzip zu den Pfeilern einer zweitausendjährigen Zivilrechtskultur gehört<sup>68</sup> oder erst durch v. *Ihering* in die deutsche Rechtswissenschaft eingeführt wurde<sup>69</sup>. Unbestritten gilt dieses Prinzip jedoch nicht uneingeschränkt. Erst jüngst hat der Zweite Strafsenat des BGH in der Lederspray-Entscheidung formuliert, daß derjenige, der gefährliche Produkte in den Verkehr bringt, prinzipiell dafür einstehen muß, daß sich ein entsprechender Schaden nicht verwirklicht<sup>70</sup>. Dahinter steht die allgemeine Rechtspflicht, niemanden körperlich zu verletzen<sup>71</sup>. Dies ist nichts

anderes als das Nichtstörungsgebot, der Grundsatz *alterum non laedere*<sup>72</sup>, der es verbietet, Rechte Dritter zu verletzen<sup>73</sup>. Mit der verfassungskonformen Auslegung wird das *alterum non laedere* gesichert. Mit einer solchen Auslegung erscheint es auch nicht mehr sachgerecht, weiterhin von einer strikten Zweispurigkeit des deutschen Haftungssystems zu sprechen<sup>74</sup>; vielmehr baut das Deliktsrecht auf dem Rechtsgüterschutz auf und führt zu verschiedenen hohen Haftungsanforderungen; insoweit ist das Haftungssystem mehrspurig<sup>75</sup>.

## IV. Rechtsfortbildung und Gewaltenteilung

Nun könnte indes das Prinzip der Gewaltenteilung verletzt sein, da der Richter die Vorgaben des Gesetzgebers nicht beachtet, soweit er Beweiserleichterungen zugunsten des Geschädigten bezogen auf Kausalität und Verschulden vornimmt. Auch die Rechtsprechung erkennt die Gefahr, gegen die Gewaltenteilung zu verstoßen, soweit neue, gesetzlich nicht geregelte Gefährdungstatbestände<sup>76</sup> oder ständig neue Verhaltenspflichten zulasten des Unternehmens begründet werden. Deshalb kommt der Grenze, jenseits derer eine richterliche Rechtsfortbildung nicht mehr zulässig ist, besondere Bedeutung zu<sup>77</sup>.

Bei einer Gefahrenlage besteht ein öffentlich-rechtlicher sowie zivilrechtlicher Rechtsschutz. Dann kann entweder mit der quasinegatorischen Unterlassungsklage vorbeugend auf Unterlassung geklagt (§§ 1004, 823 Abs. 1 BGB) oder nach Eintritt eines Schadens gem. § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatz verlangt werden. Auch unterhalb der Gefahrenschwelle lassen sich Fälle der Risikovorsorge zivilrechtlich durchsetzen. Das gilt für die Fallgruppe des Gefährlichkeitsverdachts als Bereich der Vermutungshaftung für die eingangs genannte Lederspray-Entscheidung<sup>78</sup>. Das gilt aber auch für die Fall-

64 Dies unterscheidet den hier vorgetragenen Ansatz von der Auffassung von *Picker*, JZ 1987, 1041, 1048 ff. „Die Haftung auf Wiedergutmachung eines Schadens, der durch ein grundsätzlich als „widerrrechtlich“ bewertbares zurechenbares Verhalten herbeigeführt wurde, entspricht einer zeitlosen Rechtsüberzeugung und einem Elementarsatz auch des geltenden Rechts“. Gegen den Ansatz von *Picker* auch *Larenz/Canaris* (Fn. 38), S. 357 Fn. 19.

65 *Protokolle*, Bd. II, S. 567; *Steffen*, in: RGRK, 12. Aufl., 1992, § 823 Rdnr. 6; *Rußmann*, in: AK-BGB, 1980 ff., vor § 249 Rdnr. 1; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 1986, S. 137.

66 *Motive*, Bd. II, S. 727; *Protokolle*, Bd. II, S. 568 f., 585; *Kötz*, AcP 170 (1970), 1, 4; v. *Caemmerer*, Reform der Gefährdungshaftung, GeS III S. 239, 245; *Joerges*, in: AK-BGB, 1980 ff., § 823 Rdnr. 1; *Schäfer/Ott* (Fn. 65), S. 138; *Larenz/Canaris* (Fn. 38), S. 351 ff.

67 Den Zutfall spürt der Herr, s. Dig. 50, 17, 23; *Wacke*, in: FS Hübner, 1984, S. 669 ff.

68 So wird behauptet, das Verschuldensprinzip würde nur römische Rechtsregeln fortführen und sich aus der römischen *culpa* herleiten, *Motive*, Bd. II, 1896, S. 724 f.; *Mudgan*, Bd. II, 1899, S. 1267; *M. Ramelin*, Die Gründe der Schadenszurechnung, 1896, S. 4 ff.; s. auch *Fuchs*, Deliktsrecht, 1994, S. 2.

69 Nach anderer Auffassung ist dagegen das Verschuldensprinzip weder dem römischen noch dem germanischen Recht zwingend zu entnehmen und wurde erst durch die Arbeit von v. *Ihering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, in die wissenschaftliche Diskussion eingeführt, s. *Protokolle* (Bd. II, 1898, S. 568), die auf das ältere deutsche Recht hinweisen; ebenso *Esser* (Fn. 24), S. 46 ff.; jüngst *Laufs*, in: FS Gernhuber, 1993, S. 245 ff., 250; *Börger* (Fn. 1), S. 50 ff.; *Koch*, Die Sachhaftung, Diss. Tübingen, 1991, S. 51 Fn. 19.

70 BGH v. 6.7.1990, BGHSt 37, 106 - Lederspray (Erdal).

71 RG v. 13.10.1916, BGHZ 88, 433, 434 f. - Kegelbahn.

72 Zu den römischen Quellen des Nichtstörungsgebots, Ulp.D. 1.1.10.1.; s. *Picker*, JZ 1987, 1041, 1048 ff.; *Schiemann*, JuS 1989, 345 ff. und *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1992, S. 1086. S. auch *Deutsch* (Fn. 23), S. 130; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. 2, 12. Aufl., 1981, § 72 I.

73 Schaden ist demnach ein „weniger“, als dem Geschädigten gehört. Was dem Geschädigten gehört, läßt sich daran erkennen, was ihm bereits von Natur zukommt: Das sind Leben, Körper, Gesundheit, also die persönlichen Rechtsgüter, s. instruktiv *Zimmermann* (Fn. 72), S. 1086 m.w. Nachw. in den Fn. 270 - 275.

74 Zur klassischen Zweispurigkeit von Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, s. *Esser*, JZ 1953, 129 ff.; ihm folgend die Lehrbuchliteratur, z.B. *Fikentscher* (Fn. 35), 16. Abs., 1. Unterabschnitt I. A. und B; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 17. Aufl., 1996, Rdnr. 604; *derselbe* (Fn. 72), § 134 II; *Larenz/Canaris* (Fn. 38), Dritter Abschnitt, Erstes und Zweites Kapitel.

75 Ebenso, wenn auch mit anderer Begründung, sprechen von Vielspurigkeit *Deutsch*, NJW 1992, 73, 77; *Kreuzer*, in: FS Lorenz, 1991, S. 125, 141.

76 BGH v. 7.6.1988, BGHZ 104, 323, 333 - Mehrwegflasche II; BGH v. 18.9.1984, BGHZ 92, 143, 151 - Kupolofen; allgemein auch BGH v. 10.12.1987, BGHZ 102, 350 - Waldsterben.

77 A.A. *H. A. Hesse* (JZ 1995, 219, 222), mit der Ansicht, die Schutzpflichtlehre würde immer das Gewaltenteilungsprinzip umgehen.

78 S. oben Fn. 8.

gruppe der Vorsorge als Bereich unterhalb einer Schädlichkeit, wenn Vorsorgegrenzwerte bei Krebsrisiken festgelegt sind und gegen sie verstoßen wurde<sup>79</sup>.

Dagegen sind vor allem zwei Fallgruppen der Gesetzgebung und der Verwaltung vorbehalten. Die eine Gruppe bildet die Festlegung von Vorsorgegrenzwerten, die deutlich unter der Schädlichkeitsgrenze liegen. Diese hat der Gesetzgeber oder in der Regel die Verwaltung durch sog. normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften zu erlassen. Eine nur begrenzte Kontrolldichte dieser Vorschriften durch die Rechtsprechung ist bei Risikoentscheidungen sinnvoll, weil Risikoentscheidungen oft keine ex-ante bzw. ex-post Beurteilung erlauben, die so fundiert wäre, daß ein Rechtmäßigkeits- oder Rechtswidrigkeitsurteil rational begründbar wäre. Die Kontrolldichte des Gerichts muß sich folglich auf eine Willkürkontrolle beschränken. Das Ergebnis erscheint auch deshalb richtig, weil nur eine laufende Anpassung der Risikoentscheidung dem Grundsatz bestmöglicher Gefahrabwehr und Risikovorsorge<sup>80</sup> - einer Dynamisierung des Rechtsgüterschutzes - entspricht<sup>81</sup>. Die andere Gruppe bilden Umweltgefahren, bei denen keine Rechtsgüter bedroht sind. Hier ist das Öffentliche Recht gefordert, weil das Haftungsrecht in diesen Fällen keinen Rechtsschutz gewährt<sup>82</sup>.

### C. Fortentwicklung bisherigen Rechts

#### 1. Präventive Verkehrspflichten

##### 1. Sammlungspflichten

Eingangs wurden besonders hohe Anforderungen an die Verkehrspflichten beschrieben, weil diese bezwecken, die persönlichen Rechtsgüter des Menschen zu schützen<sup>83</sup>. Darüber hinaus wird die Gefährdung hoher Rechtsgüter den Gefahrverursacher auch dazu verpflichtet, bei der Sammlung wissenschaftlicher Auffassungen nicht nur den herr-

schen Meinungsstand, den sog. Stand von Wissenschaft und Technik, sondern auch Mindermeinungen zu berücksichtigen<sup>84</sup>.

#### 2. Ermittlungspflichten

Während die Rechtsprechung zu den Warnpflichten schon außerordentlich differenziert ist<sup>85</sup>, ist bis heute weitgehend ungesichert, inwieweit der Hersteller über das Sammeln von Informationen hinaus verpflichtet sein kann, nicht nur auf Informationen Dritter zurückzugreifen, sondern das Gefahrenpotential *selbst* zu ermitteln, ob und in welchem Umfang von seinem Produkt Gefahren ausgehen. Daß solche Pflichten bisher nur wenig erörtert wurden<sup>86</sup>, ist umso erstaunlicher, weil die Frage einer nicht beachteten Ermittlungspflicht grundsätzlich der Frage vorgeht, ob ein Konstruktions-, Fabrikations- oder Instruktionsfehler vorliegt. Erst jüngst hat der BGH in der Kindertee-Entscheidung erstmals deutlicher festgestellt, daß der Hersteller verpflichtet sein kann, ein Produkt zu prüfen, bevor er es in den Verkehr bringt. Mit einer solchen Pflicht müsse der Hersteller die Gefahren, die von seinem Produkt ausgehen, selbst ermitteln<sup>87</sup>, ohne abwarten zu dürfen, bis sie von der Wissenschaft entdeckt werden.

Zur Präzisierung dieser produktrechtlichen Ermittlungspflichten kann das Arzneimittel-, Arzt- und Umwelthaftungsrecht herangezogen werden. Der pharmazeutische Hersteller muß bei *Arzneimittel* neben Qualitätssicherungssystemen umfangreiche Prüfungen durchführen, bevor das Mittel zugelassen werden darf. Die analytischen Verfahren stellen Qualität, den Gehalt des Wirkstoffs, aber auch Verunreinigungen fest. Bei der pharmakologisch-toxikologischen Prüfung werden Versuche an zwei Arten von Säugetieren durchgeführt<sup>88</sup>. Bei der klinischen Prüfung wird das Arzneimittel erstmals Probanden verabreicht, wobei nochmals zwischen gesunden und kranken Probanden unterschieden wird<sup>89</sup>. Diese unterschiedlichen Prüfungen verdeutlichen ein *Prinzip der kontrollierten Gefährdung*: Die jeweils nächste Stufe setzt das erfolgreiche Durchlaufen der vorhergehenden, ungefährlicheren voraus.

79. Beispiele bilden die Gefahren von Perchloräthylen und Formaldehyd, s. die Bekanntmachung des BGA, Bundesgesetzbl. 1992, 482 f.; KG v. 6.5.1988, MM 1988, 27 m. kritischen Anm. *Gaßner/Siederer*, VuR 1988, 337; *Möllers* (Fn. 9), S. 154; *Köck/Meier*, JZ 1992, 548, 550.

80. BVerwG v. 19.12.1985, BVerwGE 72, 300, 316 - Kernkraftwerk Wyhl.

81. *Ladeur*, UTR 1988, S. 305, 311; *Di Fabio* (Fn. 49), S. 283 ff.; zustimmend *Möllers*, JZ 1994, 1110, 1111. Zudem ist die Verwaltung zu einer solchen Entscheidung fachlich und personell besser in der Lage als das Gericht, so BVerwG v. 19.12.1985, BVerwGE 72, 300 - Kernkraftwerk Wyhl.

82. Eine Warnpflicht vor Umweltgefahren, die gefährliche Produkte wie Farben und Lösungsmittel verursachen können, wie sie z.B. in Kalifornien jüngst eingeführt wurde, bedarf einer Entscheidung durch den Gesetzgeber, California Health and Safety Code §§25915 et. seq.; eingeführt aufgrund des Volksabstimmungsvorschlags, Proposition 105, Toxic Disclosure Initiative, s. *Hirte*, ZG 1990, 373, 376; *Hirte/Otte*, ZG 1991, 175, 185.

83. Unter 1.1.

84. *Möllers* (Fn. 9), §6.III., S. 217 ff. A.A. *Foerste* (Fn. 10), §24 Rdnr. 24 f.; *Kloesel/Cyran*, AMG, Loseblatt: Stand 1994, §5 Anm. 4; differenzierend nach Verschuldens- und Gefährdungshaftung, *Kullmann/Pfister* (Fn. 10), Kza. 3602, 22; *Larenz/Canaris* (Fn. 38), S. 645 f.; ohne Begründung *Brügge-meier/Reich*, WM 1986, 149, 153.

85. S. beispielhaft nur oben Fn. 9.

86. *Foerste* ((Fn. 10), §24 Rdnr. 24 ff.) stellt z.B. lediglich fest, daß der Hersteller den Stand der Technik einzuhalten hat. S. aber kurz *Kullmann/Pfister* (Fn. 10), Kza. 1520, 14; zur Verpflichtung im US-amerikanischen Recht *Kort*, VersR 1989, 1113, 1118, Fn. 60 ff.

87. BGH v. 12.11.1991, BGHZ 116, 60, 71 - Kindertee (Milupa) I. In der Entscheidung wurde diese Pflicht jedoch nicht weiter präzisiert.

88. Durch wiederholte Verabreichung und Höchstdosen soll die Toxizität des Arzneimittels festgestellt werden, RiL 91/507/EWG v. 19.7.1991, ABl. Nr. L 270, 32, Anh. Teil 3.II.A.1., 2.

89. §22 Abs. 2 Nr.1 - 3 AMG; zur Unterscheidung der verschiedenen Phasen I - IV, s. Empfehlung über die Gute Klinische Praxis von Arzneimitteln (GCP) v. 11.7.1990, Anh. 3.a) - d), u.a. abgedruckt in *PharmInd* 1990, 1474, 1485 ff.; zu den weiteren Rechtsquellen s. *Möllers* (Fn. 9), §6.II.2., S. 201 ff.

Der Arzt hat den Krankheitszustand des Patienten anhand der Vorgeschichte (Anamnese) und von Untersuchungen zu ermitteln. Erst dieser Kenntnisstand ermöglicht ihm, die Krankheit zu erkennen und zu benennen. Die Diagnose gehört damit zur Elementarpflicht des Arztes; ohne vorherige Diagnose darf der Arzt den Patienten nicht behandeln<sup>90</sup>.

Anhand des Immissionschutzrechts können im *Umweltrecht* konkrete und allgemeine Ermittlungspflichten unterschieden werden. Für genehmigungsfreie Anlagen bestehen Ermittlungspflichten nur bei konkreten Gefahren<sup>91</sup>. Der Anlagenbetreiber hat nur dann zusätzliche Gefährdungspflichten einzuhalten, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, daß Emissionen trotz Einhaltung der Grenzwerte Schäden anrichten können<sup>92</sup>. Dagegen müssen Emissionen von Feuerungsanlagen für feste und flüssige Brennstoffe oder mit einer Feuerungswärmeleistung von mehr als 400 Megawatt, also von Anlagen, denen bereits aufgrund ihrer Größe ein gewisses Gefahrenpotential innewohnt, gem. § 25 Abs. 1, 3 der 13. BImSchV kontinuierlich, also bereits allgemein im Normalbetrieb, gemessen werden<sup>93</sup>.

Fraglich ist nun, welche Ermittlungspflichten für *Produkte* gelten. Gegen allgemein vorzunehmende Ermittlungspflichten könnte man anführen, daß diese den Hersteller zu stark belasten, weil Produkte im Regelfall ein deutlich geringeres Schadenspotential als Arzneimittel aufweisen, ja oft sogar gänzlich ungefährlich sind. Auch wird die Ermittlungspflicht des Arztes vorrangig deshalb geschuldet, um den Patienten zu heilen, von seiner Krankheit zu befreien. Produkte mit einem geringen Schadenspotential für Rechtsgüter werden zu konkreten Ermittlungspflichten nur bei einem konkreten Gefahrverdacht verpflichtet. Bei Produkten mit einem offensichtlichen Risiko- und Gefahrenpotential, wie technisch aufwendigen Maschinen, Kraftfahrzeugen, Chemikalien oder bei Schutzausrüstungen, also Produkten, die vor Gefahren schützen sollen, existieren dagegen weitergehende, also bereits allgemein bestehende Ermittlungspflichten, die unabhängig von einem solchen Gefahrverdacht einzuhalten sind. Es läßt sich also, wie im Immissionschutzrecht, zwischen allgemeinen und konkreten Ermittlungspflichten unterscheiden. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre der Hersteller des Ledersprays, das eine Reihe verschiedener Chemikalien mit noch ungeklärten toxikologischen Eigenschaften

enthielt, unabhängig von irgendwelchen Schadensmeldungen bereits zur Ermittlung des Gefahrenpotentials verpflichtet gewesen<sup>94</sup>. Ein weiteres Beispiel bilden Sicherheitstests, sog. Crash-Tests, die zur Zeit vornehmlich vom Allgemeinen Deutschen Automobilclub (ADAC) als großem Verbraucherverband für neue Kraftfahrzeuge durchgeführt und veröffentlicht werden<sup>95</sup>. Der ADAC scheut sich nicht, bestimmte Kraftfahrzeuge nach den Tests mit der Note „ausreichend“ oder „mangelhaft“ zu bewerten<sup>96</sup>. Dies deutet darauf hin, daß zumindest einige Kraftfahrzeughersteller noch keine eigenen Crash-Tests durchführen oder durchführen lassen und damit gegen ihre allgemeine Ermittlungspflicht sowie den Grundsatz der kontrollierten Gefährdung verstoßen<sup>97</sup>. Dagegen bildet die Kindertee-Entscheidung des BGH einen Grenzfall, weil sich Karies als relevante Rechtsgutsverletzung an den Zähnen des Kindes erst allmählich entwickelte<sup>98</sup>.

### 3. Kontrollpflichten

Für die Kontrollpflichten des Arztes können die Pflichten im Arzneimittel- und Produkthaftungsrecht Vorgaben liefern. Doppelte Kontrollen dienen dazu, die Gefahr menschlichen und technischen Versagens zu verringern und damit Gefahren für Rechtsgüter Dritter zu vermeiden. Im *Arzneimittelrecht* finden bereits mehrere interne Kontrollen während der Produktherstellung statt. In einer Eingangskontrolle müssen die für die Arzneimittel notwendigen Ausgangsstoffe<sup>99</sup>, danach die Halbfertigwaren<sup>100</sup> und schließlich in der Endkontrolle jede einzelne Charge eines Arzneimittels untersucht und für den Verkehr freigegeben werden<sup>101</sup>. Zudem ist bei der Herstellung eine sog. In-sichprozeßkontrolle durchzuführen<sup>102</sup>. Im *Produkthaftungsrecht* läßt sich die Gültigkeit des Rechtsgüterprinzips unmittelbar nachweisen: Je wichtiger die Prüfung für Leben und Gesundheit des Menschen ist, desto umfangreichere Prüfmaßnahmen müssen vorgenommen werden<sup>103</sup>.

<sup>90</sup> Der Arzt ist verpflichtet, sich selbst ein Bild von der Schwere der Krankheit zu machen; mit einer Ferndiagnose darf er sich nicht begnügen. *Giesen* (Fn. 61), S. 47 m.w.Nachw., 70. Zu möglichen Sanktionen bei einem Verstoß gegen diese Pflichten s. unten C.III.1, S. 208 f.).

<sup>91</sup> Deshalb kann die Behörde nach § 26 Abs. 1 S. 1 BImSchG den Anlagenbetreiber nur dann zu einer Ermittlung verpflichten, wenn zu befürchten ist, daß durch die Anlage schädliche Umwelteinwirkungen hervorgerufen werden.

<sup>92</sup> BGH v. 18.9.1984, BGHZ 92, 143, 152 - Kupolofen; LG Münster v. 6.2.1986, NJW-RR 1986, 947, 950 - Thallium. Auch § 11 Abs. 1 S. 1 UGB-E des Professorenentwurfs will nur für umweltgefährliche Anlagen zur laufenden Ermittlung von Emissionen verpflichten.

<sup>93</sup> Kontinuierliche Messungen der Massenkonzentration sieht auch § 11 Abs. 1 der 17. BImSchV (AbfallverbrennungsVO) für Anlagen gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2 vor; wöchentliche Messungen gem. § 15 Abs. 1 der 17. BImSchV für Anlagen gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3, wenn zu erwarten ist, daß die Emissionskonzentration 60% der Emissionsgrenzwerte überschreitet. Diese strengen Ermittlungspflichten werden verständlich, wenn man sich verdeutlicht, daß diese Anlagen beim Verbrennungsvorgang krebserregende Stoffe, wie Cadmium, Quecksilber, Chrom, Cobalt freisetzen.

<sup>94</sup> BGH v. 6.7.1990, BGHSt 37, 106 - Lederspray (Erdal) und oben Fn. 8. Der Strafsenat ließ es dagegen ausdrücklich offen, inwieweit zivilrechtliche Verkehrspflichten bestanden und stützte sich auf die Ingerenz, kritisch zu diesem Kriterium dagegen *Möllers* (Fn. 9), § 4.III.6.a), S. 130 f.

<sup>95</sup> ADAC-Die Crashtests 1992 - 1993, Sonderdruck aus der ADAC-motorwelt. Crash-Tests werden auch vom TÜV-Bayern/Sachsen und vom TÜV-Rheinland durchgeführt.

<sup>96</sup> S. z.B. den Crashtest für Mittelklasse-Fahrzeuge, ADAC-motorwelt 09/91.

<sup>97</sup> Zu möglichen Konsequenzen s. *Möllers* (Fn. 9), § 8.IV.2., S. 323 ff.

<sup>98</sup> Folglich sind allgemeine Ermittlungspflichten umstritten: bejahend bei Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit Dritter, BGH v. 12.11.1991, BGHZ 116, 60, 71 - Kindertee (Milupa) I; v. *Westphalen*, ZIP 1992, 18, 23, verneinend dagegen *Fahrenhorst*, JuS 1994, 288, 292.

<sup>99</sup> RiL 91/507/EWG Anh. Teil 2.C.; ArzneimittelprüfRiL 2.Abs. C.

<sup>100</sup> RiL 91/507/EWG Anh. Teil 2.D.; ArzneimittelprüfRiL 2.Abs. D.

<sup>101</sup> RiL 91/507/EWG Anh. Teil 2.E.; ArzneimittelprüfRiL 2.Abs. E.; PIC Kap. I.2.VII. und I.4.VII.; GMP Art. 9 I.

<sup>102</sup> In-sichprozeßkontrollen werden definiert als Kontrollen im Verlauf der Produktion eines pharmazeutischen Produkts zur Überwachung und gegebenenfalls Steuerung des Prozesses, um zu gewährleisten, daß das Produkt seiner Spezifikation entspricht, Pharmaceutical Inspections-Convention (PIC), Begriffsbestimmungen, umgesetzt durch Gesetz v. 10.3.1982, BGBl II 158, s. auch § 5 Abs. 3 S. 5 I.Hs PharmBetrVO; Arzneimittelprüfrichtlinien, 2.Abs.B. zu § 22 Abs. 1 Nr.11 AMG.

Bei Gefahren für den Menschen bestehen umfangreiche Anforderungen an den Prüfungsumfang (Stichproben, Einzelkontrolle, Vollkontrolle, ggfs. auch zerstörende Prüfung) als auch an die Häufigkeit<sup>104</sup>. Ist dagegen nur die Gefahr einer Eigentumsverletzung geringer Art (Fehlbelichtung eines Filmes) zu befürchten, reichen Sichtkontrollen und eine Endprüfung aus<sup>105</sup>.

Im *Arztrecht* besteht für Ärzte bis heute praktisch keine Qualitätskontrolle<sup>106</sup>. Sie wurde erst jüngst durch §7a BOA<sup>107</sup> und durch das Gesundheitsstrukturgesetz eingeführt<sup>108</sup>. Die Rechtsprechung verlangt, daß bei der vertikalen Arbeitsteilung klare Zuständigkeitsregeln in der Behandlungs- und Kontrollführung und für die Patientenaufklärung herrschen<sup>109</sup>. Um den Stand der Wissenschaft einzuhalten, müssen Assistenzärzte, die diesen Standard noch nicht erlernt haben, gezielt kontrolliert werden<sup>110</sup>. Dagegen sind die Ärzte bei der horizontalen Arbeitsteilung grundsätzlich gleichgeordnet. Zwar ist für jede Behandlungsphase ein behandlungsführender Arzt zu bestellen, der den Kommunikationsfluß sicherstellt<sup>111</sup>. Jedoch wird nach Auffassung der Rechtsprechung eine Haftung durch den Vertrauensgrundsatz eingeschränkt: Grundsätzlich dürfen die beteiligten Ärzte auf die fehlerfreie Mitwirkung der Kollegen vertrauen<sup>112</sup>. Dieser Grundsatz gilt auch im Verhältnis zu den niedergelassenen Ärzten. Die Praxis zeigt jedoch, daß die Verantwortungsbereiche und Kompetenzen zwischen niedergelassenen Ärzten untereinander, zwischen niedergelassenen und Krankenhausärzten sowie zwischen den einzelnen Fachabteilungen

eines Krankenhauses oft nicht klar abgegrenzt sind<sup>113</sup>. Deshalb ist der Vertrauensgrundsatz stärker als bisher einzuschränken: Statt zu betonen, daß Weisungsrecht und Überwachung bei einer horizontalen Arbeitsteilung ausscheiden und der überweisende Arzt sich auf die Ergebnisse des Kollegen verlassen dürfe<sup>114</sup>, ist vielmehr umgekehrt zu formulieren, daß der Hausarzt bereits dann nicht von der Haftung freigestellt ist, wenn er ohne weiteres erkennen muß, daß gewichtige Bedenken gegen das diagnostische oder therapeutische Vorgehen desjenigen (Fach-) Arztes bestehen, an den er den Patienten überwiesen hatte<sup>115</sup>. In diesem Fall hat der Hausarzt Diagnose und Therapiewahl eigenverantwortlich zu überprüfen<sup>116</sup>.

## II. Beweiserleichterungen und erfolgsbezogene Pflichten

Zu prüfen ist nun, in welchen Fällen die hohen Anforderungen zusätzlich mit Beweiserleichterungen zugunsten des Geschädigten einhergehen. Dazu ist vorab der Begriff der erfolgsbezogenen Pflicht zu umschreiben.

### 1. Qualifizierung

Ein *unmittelbarer* Eingriff in ein Rechtsgut ist immer rechtswidrig, die Rechtswidrigkeit wird indiziert<sup>117</sup>. Das sind Fälle, in denen ein Eingriff schlechthin zu unterlassen ist, mithin den Schädiger eine Erfolgsvermeidungspflicht trifft<sup>118</sup>. Daneben existieren Verkehrspflichten. Verkehrspflichten halten zur möglichen und zumutbaren Gefahrvermeidung an<sup>119</sup>. Damit unterscheiden sie sich von reinen Erfolgsvermeidungspflichten. Der Gefahrverursacher will zwar auch den Erfolg (die Rechtsgutsverletzung) vermeiden, er muß aber nicht gewährleisten, daß der Erfolg ausbleibt<sup>120</sup>. Er ist insoweit nur Überwachungsgarant seiner Gefahrenquelle, nicht aber Beschützergarant gegenüber dem Gefähr-

103 Bover, *Produktehaftung*, 1986, S. 41; Kullmann/Pfister (Fn. 10), Kza. 1520, 32.

104 Kullmann/Pfister (Fn. 10), Kza. 1520, 30; Veltins, in: Kullmann/Pfister (Fn. 10), Kza. 4310, 13 f.

105 Steindorf, *AcP* 170 (1970), 93, 97. Eine Pflicht zur doppelten Kontrolle hatte der BGH für ein Narkosegerät bejaht, dagegen für einen Kondensstopf verneint, BGH v. 11.10.1977, NJW 1987, 584 - Narkosegerät; BGH v. 5.7.1960, VersR 1960, 855, 856 - Kondensstopf.

106 Immerhin bestehen teilweise krankenhausinterne Selbstkontrollen auf freiwilliger Basis, Francke/Hart (Fn. 62), S. 199, 202.

107 §7a Berufsordnung für die deutschen Ärzte, DABl 1988, 2547; s. auch Bräutigam, *DIE ZEIT* v. 21.1.1994, 14.

108 Der neue §137 S.2 SGB V fordert künftig eine Regelung, daß vor erheblichen chirurgischen Eingriffen eine Zweitmeinung einzuholen ist. Die gesetzlichen Rahmenbestimmungen der §§112, 135 - 139 SGB V müssen erst durch entsprechende Richtlinien der Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen bzw. der Kassenärztlichen Vereinigungen konkretisiert werden. Hierbei ist daran gedacht - entsprechend dem Modell in Nordrhein-Westfalen - Sachverständigenstellen bei den einzelnen Ärztekammern einzurichten, s. Francke/Hart, (Fn. 62), S. 203. Zu dem vernichtenden Urteil des Gutachtens des Instituts für Medizinische Informationsverarbeitung der Universität Tübingen, FAZ v. 30.11.1994, N 2.

109 OLG Düsseldorf v. 2.10.1985, VersR 1986, 659 - Nacht- und Sonntagsdienst; Steffen (Fn. 19), S. 55.

110 BGH v. 27.9.1983, BGHZ 88, 248, 256 f. - Anfängeroperation; BGH v. 18.3.1974, VersR 1974, 804, 806 - Intubationsnarkose; Steffen (Fn. 19), S. 53.

111 BGH v. 24.1.1984, NJW 1984, 1403 - Haschenstellung; BGH v. 16.10.1979, NJW 1980, 650, 651 - Abgrenzung Chirurg - Anästhesist II; Mertens, in: MünchKomm (Fn. 19), §823 Rdnr. 408b, c; Giesen (Fn. 61), S. 73; Steffen (Fn. 19), B.J.S., S. 72.

112 Zum Vertrauensgrundsatz im Strafrecht BGH v. 2.10.1979, NJW 1980, 649 - Abgrenzung Chirurg - Anästhesist I; BGH v. 16.10.1979, NJW 1980, 650, 651 - Abgrenzung Chirurg - Anästhesist II; Nuffgens, in: RGRK (Fn. 20), §823 Anh. II, Rdnr. 217 m.w.N.; Lippert, NJW 1984, 2606, 2610.

113 Giesen (Fn. 61), S. 72.

114 Nuffgens, in: RGRK (Fn. 20), §823 Anh. II Rdnr. 219.

115 So auch Steffen (Fn. 19), B.J.S., S. 73; BGH v. 8.11.1988, NJW 1989, 1536 - Fruchtwasserpunktion.

116 Diese Grundsätze gelten auch im Verhältnis des Arztes zum pharmazeutischen Unternehmen. Je unerprobter, risikoreicher und je umstrittener ein Medikament ist, um so höher sind die Anforderungen an die Pflicht des Arztes, sich unabhängig von den Instruktionen des pharmazeutischen Unternehmers zu informieren, BGH v. 5.12.1967, NJW 1968, 1181, 1182 - Arzthaftung/Kurzarkosemittel (Estil). Im Zweifel muß sich der Arzt beim Hersteller informieren, OLG Oldenburg v. 20.1.1984, VersR 1986, 69, 71 - Myambutol Ib; Giesen (Fn. 61), S. 35.

117 Unmittelbare Eingriffe sind solche, bei denen der Verletzungserfolg derart im Handlungsablauf liegt, daß die Zurechnung zu der handelnden Person deutlich wird, *Larenz*, in: FS Dölle, Bd. 1, 1963, S. 169, 185; *derselbe* (Fn. 72), §72 Ie; *Medicus*, Schuldrecht, Bd. 2, 7. Aufl., 1995, §137 II.1; v. *Bar* (Fn. 23), S. 155 f.; v. *Caemmerer* (Fn. 1), S. 452, 485 f., 549. Nach *Stoll* (*AcP* 162 (1963), 203, 227) sind alle Eingriffe unmittelbar, wenn sie ohne Dazwischentreten weiterer, vom Täter nicht beherrschter Umstände den Verletzungserfolg herbeiführen.

118 *Larenz/Canaris* (Fn. 38), S. 366.

119 *Larenz/Canaris* (Fn. 38), S. 366.

deten<sup>121</sup>. Man spricht hier von *mittelbaren* Eingriffen, weil die Rechtswidrigkeit des Verhaltens nicht offensichtlich ist. Damit der Schädiger haftet, ist vielmehr ein Verstoß gegen die Verhaltenspflicht positiv festzustellen. Auch muß der Geschädigte jeweils beweisen, daß eine Verkehrspflicht bestand und der Verstoß gegen diese Pflicht den Schaden verursacht hat<sup>122</sup>. Der Rechtsgüterschutz wirkt insoweit nur relativ<sup>123</sup>.

Nun fragt sich, ob es noch eine weitere Gattung gibt: Neben den unmittelbaren und den mittelbaren Eingriffen einer Bereich sog. *erfolgsbezogener Pflichten*, deren Verletzung, wie in der Fallgruppe der mittelbaren Eingriffe, positiv festzustellen ist. Die erfolgsbezogene Pflicht oder Erfolgseinstandspflicht ist im Schrifttum<sup>124</sup> und der Rechtsprechung<sup>125</sup> als Begriff zwar verbreitet, jedoch bezüglich Voraussetzungen, Rechtsfolgen und rechtsdogmatischer Begründung noch nicht hinreichend geklärt. Weitgehende Einigkeit besteht nur darin, daß diese Fälle zu Beweislasterleichterungen bzgl. der Kausalität führen. *Larenz* sprach davon, daß ausnahmsweise Verhaltenspflichten auch „erfolgsbezogen gedacht“ werden könnten<sup>126</sup>. Die verhaltensbezogenen Pflichten würden sich zu erfolgsbezogenen Pflichten verdichten, die Verkehrspflichten sich dann einer „Einstandspflicht“ nähern. Diese Ausführungen sind weiter zu präzisieren, um nicht mißverstanden zu werden<sup>127</sup>. Der Schuldner schuldet *nicht* die Vermeidung des Erfolgseintritts; er haftet deshalb auch nicht zwingend, nur weil der Erfolg eintritt. Die erfolgsbezogene Pflicht hat nur zur Folge, daß der Gefahrverursacher *sicherstellen muß, daß sich aus der Verletzung der garantierten Pflicht der Erfolg nicht realisiert*. Der Arzt hat also nicht einzustehen, daß die Operation glückt, der Schwimmeister nicht, daß überhaupt keine Kinder ertrinken<sup>128</sup>. Es gilt nur: Ein Arzt, der einen groben Behandlungsfehler begeht, hat dafür ein-

zustehen, daß dieser Fehler nicht zum Erfolg führt. Ein Schwimmeister, der Kinder nicht ordentlich beaufsichtigt, hat sicherzustellen, daß durch seine unterlassene Aufsicht kein Kind ertrinkt. Der Gefahrverursacher haftet, wenn er diese Sorgfaltspflicht verletzt.

## 2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Einfache Verhaltenspflichten können sich zu erfolgsbezogenen Pflichten verdichten. Im Vertragsrecht können erfolgsbezogene Pflichten besonders vereinbart werden<sup>129</sup>. Die Kindergärtnerin muß sicherstellen, daß sich die in ihrer Obhut befindlichen Kinder nicht verletzen<sup>130</sup>. Im Deliktsrecht fehlt es jedoch an einem Vertrag, aus welchem sich die Erfolgsbezogenheit einer Pflicht erkennen ließe. Bei den groben Berufsfehlern kehrt die Rechtsprechung die Beweislast für die Kausalität für solche Pflichten um, die auf die Bewahrung vor Gefahren für Körper und Gesundheit anderer gerichtet sind<sup>131</sup>. Dritte vor Gefahren für ihre Rechtsgüter zu bewahren, ist als Kriterium für eine Abgrenzung zu den einfachen Verhaltenspflichten allerdings noch zu unscharf, weil viele Verhaltenspflichten darauf abzielen, Dritte nicht an ihren Rechtsgütern zu verletzen. Mit diesem Kriterium müßten die meisten Verhaltenspflichten der Heilberufe erfolgsbezogene Pflichten darstellen. *Giesen* möchte tatsächlich die Beweislast für Kausalität und Verschulden von Behandlungsfehlern dem Arzt auferlegen, weil Zwischenfälle im Gefolge einer ärztlichen Behandlung in der Regel auf ärztliches Fehlverhalten hindeuten<sup>132</sup>. Jedoch läßt der Mißerfolg wegen der Eigentümlichkeit ärztlichen Handelns nicht ohne weiteres den Schluß auf die Pflichtwidrigkeit zu, weil der Arzt ansonsten das Krankheitsrisiko zu tragen hätte<sup>133</sup>.

Nach der hier vertretenen Auffassung können sich die Verkehrspflichten zu erfolgsbezogenen Pflichten verdichten, wenn festgestellt wurde, *daß die Verhaltenspflicht zu garantieren* ist, weil ansonsten hohe Rechtsgüter schwer verletzt werden können. Hier läßt sich auf Überlegungen aufbauen, die im Strafrecht zur *Leichtfertigkeit* eines Handelns angestellt werden<sup>134</sup>. Danach ist es besonders gefährlich, wenn der Täter eine wichtige und damit besonders ernst zu nehmende Pflicht verletzt<sup>135</sup> - die Verletzung einer solchen

120. Deshalb werden diese Pflichten oft auch als „verhaltensbezogen“ oder als Verhaltenspflichten bezeichnet. *Larenz*, in: FS Hauß, 1978, S. 225, 237; ihm folgend *Kullmann/Pfister* (Fn. 10), Kza. 1526, 13; *Baumgärtel* (Fn. 15), §823 Anh.C III Rdnr. 19.

121. Zur Unterscheidung zwischen Überwachungs- und Beschützergarant im Strafrecht s. nur *Dreherl/Troindle*, StGB, 47. Aufl., 1995, §13 Rdnr. 5bf m.w.Nachw.

122. S. bereits oben Fußn. 15 f. Wenn eine Käuferin in einem Kaufhaus ohnmächtig wird und sich nicht mehr feststellen läßt, ob dies durch eine mangelhafte Lüftung verursacht wurde, so zwingt allein dies nicht zu einer Beweislastumkehr, s. zu diesem Beispiel *Larenz*, in: FS Hauß, 1978, S. 225, 236; s. auch das Beispiel von *Baumgärtel* (Fn. 15), §282 Anh. Rdnr. 25; a.A. ohne Begründung *Assmann*, Prospekthaftung, 1985, S. 258.

123. *Stoll*, AcP 162 (1963), 203, 227 ff. gegen v. *Caemmerer*, KF 1961, 19 ff. = Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1968, S. 554 ff.; *Brüggemeier*, AcP 182 (1982), 385, 429 ff.; *Bälz*, Zum Strukturwandel des Systems zivilrechtlicher Haftung, 1991, S. 21; *Hanau*, in: MünchKomm (Fn. 2), §276 Rdnr. 36.

124. *Larenz*, in: FS Hauß, 1978, S. 225, 237; *Stoll*, AcP 1976 (176), 145, 162; v. *Bar* (Fn. 23), S. 48, 271, 305; *Kullmann/Pfister* (Fn. 10), Kza. 1526, 13; *Kullmann*, PHI 1989, 110, 112; *Baumgärtel* (Fn. 15), §823 Anh.C III Rdnr. 19 ff.; Anh. §282 Rdnr. 14; *Mertens*, in: MünchKomm (Fn. 19), §823 Rdnr. 118; *Gimpel-Hinteregger*, Grundfragen der Umwelthaftung, 1994, S. 147, 152 f.; *Stecher*, Die Urachenvermutungen des Umwelthaftungs- und des Gentechnikgesetzes, Diss. Heidelberg, 1995, S. 72.

125. BGH v. 7.6.1988, BGHZ 104, 323, 333 - Mehrwegflasche IIa.

126. *Larenz*, in: FS Hauß, 1978, S. 225, 237 f.

127. Mißverständlich etwa *Foerste*, JZ 1993, 678, 682.

128. S. oben Fn. 21 sowie unten C.III.2.

129. *Stoll*, AcP 176 (1976), 145, 149 ff.; *Grunsky*, in: MünchKomm (Fn. 2), vor §249 Rdnr. 131.

130. OLG Koblenz v. 30.3.1965, NJW 1965, 2347 f. - Kinderbeaufsichtigung. Aufklärungs- und Beratungspflichten bezwecken, den Vertragspartner vor drohenden Schäden zu bewahren. BGH v. 1.10.1987, NJW 1988, 200, 203 - Beweislast bei Anwaltshaftung; BGH v. 5.7.1973, BGHZ 61, 118 - Beweislast für vertragliche Aufklärungspflicht.

131. S. oben Fn. 21 sowie unten C.III.2.).

132. *Giesen* (Fn. 61), S. 204 ff., 250 ff. m. Hinweis auf BGH v. 7.6.1988, BGHZ 104, 323 - Mehrwegflasche IIa.

133. S. bereits oben Fußn. 19. BGH v. 5.7.1973, BGHZ 61, 118, 120; BGH v. 22.1.1980, NJW 1980, 1333 - Schilddrüsenoperation; BGH v. 3.2.1987, BGHZ 99, 391; *Steffen* (Fn. 19), B.I.1., S. 34; B.I.7., S. 77; B.V.1., S. 124; *Mertens*, in: MünchKomm (Fn. 19), §823 Rdnr. 412; *Nußgens*, in: RGRK (Fn. 20), §823 Anh.II Rdnr. 287.

134. Instrukтив *Roxin* (Fn. 40), §24 Rdnr. 74 ff.

Pflicht gefährdet die Rechtsgüter Dritter besonders stark. Wird eine solche erfolgsbezogene Pflicht verletzt tritt nicht eine Gefährdungs- oder Vermutungshaftung in dem Sinn ein, daß der Schädiger automatisch ohne nachgewiesene Kausalität und Verschulden haf- ten müsse. Vielmehr findet nur eine Beweislastumkehr bzw. -Beweiserleichterung bzgl. Kausalität oder Verschulden zugunsten des Geschädigten statt<sup>136</sup>.

### III. Einzelne Fallgruppen

#### 1. Fehlende Ermittlung

Im *Arztrecht* ist anerkannt, daß die Verletzung der Befunderhebungspflicht Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr zur Folge haben kann. Wenn durch den Sorgfaltpflichtverstoß die Aufklärung des Behandlungsgeschehens unmöglich gemacht wird, kann die Beweislast für die Ursächlichkeit den Arzt treffen<sup>137</sup>. Dazu muß die Befunderhebung durch eine ärztliche Untersuchungsmaßnahme angesichts der Symptome des Patienten zur Aufklärung und Sicherung des Status ärztlich zweifelsfrei geboten gewesen und schuldhaft unterlassen worden sein<sup>138</sup>. Ein grober Behandlungsfehler und damit eine Beweislastumkehr wird bejaht, wenn Kontrollen unterlassen werden oder eine zunächst gestellte Diagnose im weiteren Behandlungsverlauf nicht überprüft wird<sup>139</sup>. Möglich erscheint es, die Grundsätze auf solche Befunderhebungspflichten auszudehnen, die unkontrollierte Geschehensabläufe gerade vermeiden sollen (z.B. Verträglichkeitstests) oder die gerade deshalb bestehen, weil die Schadensentwicklung noch generell unerforscht ist (z.B. Heilversuche)<sup>140</sup>.

Für besonders gefährliche Produkte sind gerade allgemein bestehende Ermittlungspflichten begründet worden<sup>141</sup>. In der Mehrwegflaschen-Entscheidung hatte der BGH dem Schädiger die Beweislast dafür auferlegt, daß sein Produkt den Unternehmensbereich fehlerfrei verlassen hatte. Für die Beweislastumkehr war als materielle Pflichtverletzung die unzureichende Befunderhebung und -sicherung maßgeblich<sup>142</sup>. Der BGH forderte für eine

135 S. zur Begriffsbestimmung den Regierungsentwurf 1962 zu §18 Abs. 3 StGB, der die strafrechtliche Leichtfertigkeit und die grobe Fahrlässigkeit gleichsetzt.

136 Baumgärtel (Fn. 15), §823 I Rdnr. 12, §282 Anh. Rdnr. 14. Der Gefahrverursacher kann sich also durch den Nachweis entlasten, daß selbst im Falle eines optimalen Verhaltens der Schaden eingetreten wäre (also z.B. das Kind auch bei ausreichender Überwachung ertrunken wäre).

137 BGH v. 3.2.1987, BGHZ 99, 391, 397 - Beweislast bei Verstoß gegen die Befunderhebungspflicht II m. Hinweis auf BGH v. 25.1.1983, NJW 1983 - unterlassene Untersuchung von Trinkwasser; ebenso Baumgärtel (Fn. 15), §823 Anh.C II Rdnr. 13.

138 BGH v. 27.6.1978, BGHZ 72, 132, 139 - Beweislast bei Verstoß gegen Befunderhebung Ia.

139 BGH v. 18.4.1989, NJW 1989, 2332 - unterlassene Röntgenaufnahme; Giesen (Fn. 61), S. 224; Steffen (Fn. 19), B.V.I., S. 30 f.; OLG Köln v. 28.1.1988, VersR 1989, 631 - Morbus Crohn.

140 Steffen (Fn. 19), B.V.I., S. 135 f.

141 Oben unter C.I.2.

142 BGH v. 7.6.1988, BGHZ 104, 323, 333 ff. - Mehrwegflasche IIa. S. bereits oben Fn. 22.

solche Statussicherungspflicht, daß der „Zustand jeder Flasche... auf seine Berstsicherheit hin zu ermitteln“ ist<sup>143</sup>.

Jedes Produkt zu kontrollieren, würde jedoch bedeuten, daß zwar einzeln verpackte Elektrogeräte, nicht aber Chargen von abgepackten Arzneimitteln einer solchen Befunderhebungspflicht unterlägen<sup>144</sup>. Denn diese können nach dem Abpacken nicht mehr einzeln kontrolliert werden, ohne daß die Verpackung zerstört wird; insoweit sind nur Stichproben möglich. Weil Arzneimittel häufig aber ein viel höheres Gefährdungspotential als beispielsweise Mehrwegflaschen besitzen, wäre eine scheinbar geringere Pflichtenstellung wenig überzeugend. Es ist deshalb nicht auf ein quantitatives Kriterium abzustellen, sondern auf ein inhaltliches. Maßgeblich ist das spezifische Risiko, das für den Verbraucher dann entsteht, soweit eine ausreichende Kontrolle unterbleibt. Weil schwere Gesundheitsschäden durch die Explosion von mit kohlendioxidhaltiger Limonade gefüllten Flaschen drohten, hätte eine solche Explosion vermieden werden müssen<sup>145</sup>. Als erfolgsbezogene Pflicht<sup>146</sup> war der Hersteller verpflichtet, die Befunderhebung zu *garantieren*, damit Dritte nicht schwer verletzt wurden<sup>147</sup>. Ähnlich schwerwiegende Gefahren drohen bei Produkten, die das Leben retten sollen, wie Schwimmwesten, oder deren Versagen tödlich wirken kann<sup>148</sup>.

#### 2. Grobe Verletzung von Berufspflichten

Im *Arzthaftungsrecht* hat der Bundesgerichtshof seit geraumer Zeit eine Beweislastumkehr bzgl. der Kausalität vorgenommen, wenn ein grober Behandlungsfehler vorliegt<sup>149</sup>. Wenn die Gerichte bei Ärzten stärker dazu neigen, eine Haftung zu bejahen, liegt dies nicht an den besonders häufigen Fehlern der Ärzte, sondern dem hohen Rang der Rechtsgüter (Leib und Leben), die es zu schützen gilt. Deshalb wurde diese Beweislastumkehr auch schon auf andere Berufe, wie den Schwimmlehrer oder den Kirmesveranstalter, ausgedehnt, wenn die Berufspflichten auf die Bewahrung anderer vor Gefahren für Körper und Gesundheit gerichtet sind<sup>150</sup>.

143 BGH v. 7.6.1988, BGHZ 104, 323, 335 - Mehrwegflasche IIa. Kullmann (PHI 1989, 110, 122; Kullmann/Pfister (Fn. 10), Kza. 1526, 13) sprach in diesem Zusammenhang von der Erforderlichkeit einer hundertprozentigen Fehlerfreiheit. Eine solche hundertprozentige Fehlerfreiheit ist jedoch, wie der Naturwissenschaftler bestätigen wird, technisch nicht möglich.

144 Foerste, JZ 1993, 680, 681.

145 Zum Sachverhalt oben A.II. Deshalb bestehen derartig hohe Anforderungen an die Kontrollpflichten, oder genauer: Deshalb war eine Prüfung mit dem Vorspanndruck von 6,0 bar als Kontrollmaßnahme in concreto nicht ausreichend.

146 Kullmann (PHI 1989, 110, 122) spricht von Erfolgseinstandspflicht.

147 Daß die Einzelendkontrolle nicht entscheidend sein kann, zeigen für Arzneimittel die hohen Anforderungen an Kontrolle und Qualitätssicherung, die während der Herstellung existieren, dazu gerade C.I.3.).

148 Wie bei dem nicht funktionierenden Fallschirm, den fehlerhaften Bremsen, dem unverträglichen Medikament, Kullmann/Pfister (Fn. 10), Kza. 1526, 13 Fn. 59.

149 S. oben Fn. 20.

In einigen *Produkthaftungsfällen* hat der BGH allerdings in jüngerer Zeit eine Parallele zum groben Behandlungsfehler des Arztes ausdrücklich abgelehnt<sup>151</sup>. Im Gegensatz dazu wurde in der Literatur schon mehrmals gefordert, diese Fallgruppe im Produkthaftungsrecht auf grobe Produktfehler anzuwenden<sup>152</sup>. Ob durch den BGH die Fallgruppe des groben Berufsfehlers nur in der jeweiligen Entscheidung oder aber generell bei Produkthaftungsfällen nicht anzuwenden ist, bleibt abzuwarten. Ein grober Behandlungsfehler liegt vor, wenn der Fehler bei Anlegung des für einen Arzt vorauszusetzenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabs nicht mehr verständlich und verantwortlich erscheint, also schlechterdings nicht unterlaufen darf<sup>153</sup>. Leicht modifiziert wird man einen Produktfehler dann als grob oder schwer einordnen können, wenn der Sicherheitsstandard des Produktes deutlich hinter dem Stand der Wissenschaft und Technik zurückbleibt und der Fehler damit aus Sicht eines vernünftigen Herstellers nicht mehr verständlich ist<sup>154</sup>.

### 3. Die geplante Novellierung zu §84 S. 2 AMG

Abschließend soll nach den Fallgruppen des Richterrechts noch ein gesetzliches Beispiel für Beweiserleichterungen bzgl. der Kausalität gegeben werden. In den achtziger Jahren infizierten sich zahlreiche Opfer an HIV-verseuchten Blutkonserven<sup>155</sup>. Zwar reduziert die Rechtsprechung für den Fehler bereits die Anforderungen an die Substantiierungspflicht, um ein „Leerlaufen der Vorschriften über die Haftung für Arzneimittel-schäden“ zu verhindern<sup>156</sup>. Ein Anspruch aus §84 AMG scheiterte jedoch regelmäßig am Nachweis der Kausalität. Für die freie Beweiswürdigung des Richters gem. §286 ZPO ist nämlich erforderlich, daß „der Richter in dem zu entscheidenden Fall die Überzeugung mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit gewinnt, die Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“<sup>157</sup>. Die geplante 6. Novellierung des §84 S. 2 AMG soll künftig einen leichteren Schadensausgleich zugunsten des Geschädigten da-

durch ermöglichen, daß ihm die Beweislast bzgl. der Kausalität erleichtert wird. Als Kausalitätsnachweis soll dann die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ ausreichen<sup>158</sup>. Auch diese Novellierung - sollte sie vom Parlament beschlossen werden - bestätigt wiederum das Prinzip des Rechtsgüterschutzes, nämlich daß hohe Anforderungen zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter bestehen und bei einer Verletzung dieser Pflichten dem Geschädigten mittels Beweiserleichterungen gegebenenfalls ein Schadensausgleich zu ermöglichen ist.

### D. Zusammenfassung

(1) Im Haftungsrecht zeichnet sich die Rechtsentwicklung der letzten Jahrzehnte dadurch aus, daß die Anforderungen an die einzuhaltende Sorgfalt von der Rechtsprechung beständig erhöht wurden und zahlreiche Beweiserleichterungen den Geschädigten bei der Durchsetzung seines Schadens helfen. Der Rechtsprechung wird ein „Überspannen“ der Verkehrspflichten vorgeworfen; sie wird zum Teil als „extra legem“ bezeichnet.

(2) Diese Rechtsentwicklung kann mit dem Rechtsgüterprinzip erklärt und der Wertehierarchie sowie einer verfassungskonformen Auslegung des Deliktsrechts legitimiert werden. Soweit Anhaltspunkte für eine Gefahr vorliegen, verstößt eine solche Rechtsfortbildung auch nicht gegen die Gewaltenteilung.

(3) Mit dem Rechtsgüterprinzip lassen sich die hohen Anforderungen für Sammlungs-, Ermittlungs- und Kontrollpflichten bei Gefahren für Rechtsgüter im Bereich des Arzt-, Arzneimittel-, Umwelt- und Produkthaftungsrechts präzisieren und weiterbilden.

(4) Im Einzelfall können sich diese Pflichten zu erfolgsbezogenen Pflichten verdichten, so daß die Einhaltung dieser Pflichten zum Schutz der Rechtsgüter Dritter zu garantieren ist. Fallgruppen bilden die unzureichende Ermittlung eines hohen Gefahrenpotentials sowie die besonders schwere Verletzung von Berufspflichten.

150 S. oben Fußn. 21; zustimmend Steffen, in: RGRK, §823 Rdnr. 524; Palandt/Thomas (Fn. 59), §823 Rdnr. 171; Thomas/Putzo, Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., 1995, §286 Rdnr. 35.

151 BGH v. 7.6.1988, BGHZ 104, 323, 332 - Mehrwegflasche IIa; BGH v. 12.11.1991, BGHZ 116, 60, 76 - Kindertee (Milupa) I. Es ist auch noch nie zu einer Verurteilung wegen eines groben Produktfehlers gekommen, s. Kullmann/Pfister (Fn. 10), Kza. 1526, 12.

152 Weirauer, in: FS Larenz, 1973, S. 904, 917; Deutsch, VersR 1979, 685, 689; Baumgärtel (Fn. 15), §823 Anh. C III Rdnr. 22, ohne daß diese Autoren allerdings diese Fallgruppe definieren und konkretisieren.

153 BGH v. 18.3.1974, NJW 1974, S. 1424, 1426 - Intubationsnarkose; BGH v. 21.9.1982, BGHZ 85, 212 - Beweislast bei Verstoß gegen Befunderhebung Ib.

154 Das ist beispielsweise für Kraftfahrzeuge überlegenswert, die den Crashtest nicht bestehen.

155 Motivation für diese Novellierung waren die mindestens 2.500 Opfer, die durch Blut und Blutpräparate in den achtziger Jahren mit HIV infiziert wurden. Zur Bilanz des Untersuchungsausschusses, der das Versagen vieler Verantwortlicher aufdeckte, s. Stelz, DIE ZEIT v. 9.12.1994, 29. Wenn Reinelt (ZRP 1994, 333, 334) die Ansicht vertritt, eine solche Haftung für vermutete Kausalität sei dem deutschen Recht bisher fremd, berücksichtigt er nicht die gerade dargestellten Fallgruppen.

156 BGH v. 19.3.1991, NJW 1991, 2351, 2352 - Alival zu §84 S. 2 Nr. 1 AMG, zustimmend Kullmann, NJW 1992, 2669, 2676.

157 BGH v. 17.2.1970, BGHZ 53, 245 - Anastasia; Prütting, in: MünchKommZPO, 1993, §286 Rdnr. 34 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 15), §115.II.2., S. 660; Thomas/Putzo (Fn. 150), §285 Anm. 2.a); Reinelt, ZRP 1994, 333, 334.

158 Der Wortlaut des §84 S. 3 AMG -E lautet: Soweit der Geschädigte die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen nach S. 2 und die Verursachung des Schadens durch das Arzneimittel trägt, muß er dafür den Nachweis überwiegender Wahrscheinlichkeit erbringen. BR-DR 565/93; BT-DR 12/6480.

Gestaltung: Peter Ganten

Druck gefördert durch  
die Universität Bremen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Privatrecht im "Risikostaat"** / Dieter Hart (Hrsg.). – 1. Aufl. – Baden-Baden : Nomos Verl.-Ges., 1997

ISBN 3-7890-4746-5

NE: Hart, Dieter [Hrsg.]

1. Auflage 1997

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.