

Arzthaftungsrecht in China

--Grundzüge, Entwicklung und Vergleich mit dem deutschen Recht

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Jian Zeng

Aus Jiangsu China VR.

Göttingen 2011

Berichterstatterin: Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M.

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Tag der mündlichen Prüfung: 15.07.2011

Inhaltsverzeichnis:

Abkürzungsverzeichnis	7
Einleitung	8
Erster Teil: Grundzüge der Arzthaftung in Deutschland	9
A. Die ärztliche Haftung aus dem Behandlungsvertrag	9
I. Der Behandlungsvertrag und die Vertragspflichten	10
1. Die Behandlungspflicht	10
2. Die Aufklärungspflicht	11
3. Die Dokumentationspflicht	12
4. Die Schweigepflicht	13
II. Vertretenmüssen	14
III. Schaden	14
IV. Kausalität	14
B. Die ärztliche Haftung aus GoA	15
C. Die deliktische Arzthaftung	15
I. Körperverletzung und Rechtswidrigkeit	15
II. Verschulden	16
III. Schaden und Schadenszurechnung	17
D. Beweislastverteilung	17
I. Beweislastumkehr bei Verletzung der Aufklärungspflicht	17
II. Beweismaß - §§ 286, 287 ZPO	20
III. Anscheinsbeweis	21
IV. Beweisvereitelung	23
1. Allgemeine Grundsätze	23
2. Dokumentationsmangel	24
3. Mangelnde Befunderhebung bzw. fehlende Befundsicherung	26
4. Andere Einwirkungen auf Beweismittel	28
V. Voll beherrschbare Risiken	29
1. Allgemeine Grundsätze	29
2. Einsatz medizinischer Geräte	30
3. Organisation und Koordination des Behandlungsgeschehens	31
4. Einsatz von Berufsanfängern	33
VI. Grober Behandlungsfehler	34
E. Das Schiedsverfahren	37
Zweiter Teil: Die Rechtsgrundlagen der Arzthaftung in China	38
A. Haftung aus Vertragsrecht	40
I. Überblick über die vertragliche Pflichten und Haftung	40
II. Die Rechtsprechung zur Anwendung des Vertragsrechts	41
III. Die Anwendbarkeit des § 107 Vertragsgesetz auf die Arzthaftung	45
IV. Immaterieller Schaden nach dem Vertragsrecht	47
V. Die Anwendbarkeit des Verbraucherschutzgesetzes	49
1. Die Anwendung des Verbraucherschutzgesetzes	49
2. Der Betrug und der bestrafende Schadensersatz (Punitive Damages)	52

VI. Verbot des Haftungsausschlusses durch Vertrag.....	53
B. Haftung aus Deliktsrecht.....	57
I. Voraussetzungen der deliktischen Haftung.....	57
1. Verschulden.....	58
2. Rechtsgutverletzung und Kausalzusammenhang.....	59
3. Rechtswidrigkeit.....	59
II. Die Zweispurigkeit der Rechtsanwendung bei deliktischer Arzthaftung.....	60
1. Deliktische Haftung für den ärztlichen Unfall.....	60
a. Die Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls.....	60
b. Die Regelung zur Behandlung des ärztlichen Unfalls.....	64
a) Der ärztliche Unfall.....	64
b) Die Voraussetzungen des ärztlichen Unfalls.....	65
aa) Das medizinische Personal.....	65
bb) Während der Behandlungstätigkeit.....	66
cc) Der Umfang der Sorgfaltspflicht.....	67
dd) Fahrlässigkeit (kein Vorsatz).....	67
ee) Erhebliche Körperverletzung.....	68
ff) Kausalität.....	68
gg) Ausschließlichkeit <i>des technischen Gutachtens zum ärztlichen Unfall</i>	70
c) Der zu ersetzende Schaden.....	71
d) Schlichtung oder Klage.....	72
e) Verwaltungsrechtliche Haftung für einen ärztlichen Unfall.....	72
f) Das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall.....	72
aa) Die örtliche Zuständigkeit der Medizinischen Vereine.....	73
bb) Die Eröffnung des Gutachterverfahrens.....	73
cc) Die Bildung der Gutachterkommission.....	73
dd) Das Erforschungsverfahren und die Gutachterbescheinigung.....	74
ee) Die Beschwerde.....	75
2. Deliktische Haftung für andere Fälle als ärztliche Unfälle.....	76
a. Die nicht als ärztlichen Unfall qualifizierte Pflichtverletzung.....	76
aa) Unerhebliche Verletzung.....	76
bb) Behandlungsfehler aufgrund fehlender Erfahrung oder Qualifikation des Arztes.....	76
cc) Aufklärungspflichtverletzung.....	77
dd) Eine vorsätzliche Verletzung.....	80
ee) Eine gesetzwidrige Berufsausübung.....	80
b. Verschulden.....	81
c. Kausalität.....	82
d. Schaden.....	82
e. Das Gutachten für den nicht ärztlichen Unfall.....	83
III. Die Beweislastverteilung.....	84
1. Die Beweislage ohne Verweisung auf RBäU.....	84
2. Die Beweislage mit Verweisung auf RBäU.....	85
IV. Die Rechtsentwicklung in der Praxis vor der Gesetzgebung zur Haftung für	

unerlaubte Handlungen	85
V. Die Probleme der RBäU und Zweispurigkeit der Rechtsanwendung.....	87
1. Die Probleme der RBäU	87
a. Der § 49 II RBäU	87
b. Der zu ersetzende Schaden nach §§ 49 ff. RBäU	89
a) Der Ursprung der §§ 49 ff. RBäU und der immaterielle Schaden	89
b) Die sog. Grundheilungskosten.....	90
c) Die einmalige Verrechnung des Schadens	90
c. Die teilweise Unwirksamkeit der RBäU wegen Gesetzeswidrigkeit.	91
d. Die Krankheitsdokumente	91
e. Die Probleme im Gutachterverfahren zum ärztlichen Unfall.....	93
a) Der Mangel an Unabhängigkeit, Neutralität, rechtlicher Kontrolle des Medizinischen Vereins	93
b) Die Wahl der Mitglieder der Gutachterkommission	94
c) Die dem Medizinischen Verein eingereichten Materialien unterliegen keinem Kreuzverhör.....	95
2. Das Verhältnis der zwei Arten Gutachten	95
C. Haftung aus Produkthaftungsrecht	97
I. Die Haftung als Verkäufer	98
II. Die Haftung als Hersteller.....	98
III. Strafschadensersatz.....	99
D. Billigkeitshaftung.....	99
Dritter Teil: das Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen	101
A. Hintergrund der Gesetzgebung zur ärztlichen Haftung.....	101
I. Die Krise des chinesischen Gesundheitswesens	102
II. Probleme der RBäU und Zweispurigkeit der Rechtsanwendung	104
B. Der wesentliche Inhalt in Bezug auf die ärztliche Haftung.....	105
I. Die Beweislastverteilung in §§ 54, 58.....	105
II. Pflichten des Arztes und der medizinischen Einrichtungen	106
1. Behandlungspflicht und Sorgfaltsmaßstab in §§ 57, 63.....	106
2. Die Aufklärungspflicht in §§ 55 ff.....	107
3. Dokumentationspflicht in § 61	107
4. Schweigepflicht in § 62	108
5. Schutz vor Produktmängeln in § 59.....	108
6. Exkulpationsmöglichkeiten und Schutz vor Gewalttat.....	109
III. Der zu ersetzende Schaden	109
Vierter Teil: Rechtsvergleichende Bewertung der Beweislastverteilung im chinesischen Arzthaftungsprozess.....	110
A. Die pauschale Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens und der Kausalität	110
B. die Begründung der Beweislastumkehr	111
C. Die Beweisschwierigkeiten des Patienten.....	112
I. Mangelnde Fachkenntnis.....	112
II. Rolle der medizinischen Sachverständigen.....	112
III. Unbeherrschbarkeit des lebenden Organismus	113

IV. Das eingeschränkte Einsichtsrecht des Patienten.....	114
D. Begründung für die Auferlegung der Beweislast auf Seiten des Patienten.....	116
E. Die Notwendigkeit der Beweiserleichterungen.....	118
I. Anwendungsbereich der normalen Beweislastverteilung.....	119
II. Durchsetzbarkeit des Gesetzes zur Haftung für unerlaubte Handlungen.....	119
F. Die notwendigen Beweiserleichterungen für den Patienten	120
I. Die Beweiserleichterungen in Bezug auf den Nachweis des Verschuldens	120
II. Die Beweiserleichterungen für Kausalitätsnachweis.....	122
1. Beweismaßreduktion und § 59 des zweiten Gesetzesentwurfs zur Haftung für unerlaubte Handlungen.....	122
a. Die Beweismaßreduktion.....	122
b. § 59 des zweiten Gesetzesentwurfs zur deliktischen Haftung	126
2. Die Proportionalhaftung und der Verantwortungsgrad des Behandlungsfehlers (causal force, causative potency).....	128
a. Verantwortungsgrad des Behandlungsfehlers (causal force, causative potency)	128
b. Die Proportionalhaftung	129
c. Eigene Stellungnahme.....	133
Zusammenfassung.....	135
Literaturverzeichnis:	137

Abkürzungsverzeichnis

AGZ	Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts der VR China
AHRS	Arzthaftpflicht-Rechtsprechung (s. Literaturverzeichnis)
ALX	Ren min fa yuan an li xuan (Die ausgewählten Urteile der Volksgerichte)
Anh	Anhang
Aufl.	Auflage
AT	Allgemeiner Teil
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
bspw.	beispielsweise
BT-Dr.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
DJT	Deutscher Juristentag
f., ff.	folgende Seite(n)
Fn.	Fußnote
Hrsg	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, Entscheidungen in Zivilsachen, begründet von <i>Fritz Lindenmaier</i> und <i>Philipp Möhring</i>
MünchKomm	Münchener Kommentar (siehe Literaturverzeichnis)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
RBäU	Die Regelung zur Behandlung des ärztlichen Unfalls (<i>Yi Liao Shi Gu Chu Li Tiao Li</i>)
RG	Reichgericht
S.	Seite
Rn.	Randnummer
u.	und
u.a.	und andere/unter anderem
v.	versus
vgl.	vergleiche
zust.	zustimmend

Einleitung

Seit mehr als einem Jahrhundert hat das deutsche Recht einen riesigen Einfluss auf die chinesische Rechtsentwicklung. Die chinesischen Juristen haben viel über das deutsche Recht diskutiert. So wurde über das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und über das Schadensrechtsänderungsgesetz in China ausführlich berichtet.¹ Im Vergleich dazu hat man jedoch die richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland noch nicht hinreichend beachtet. Das Arzthaftungsrecht ist gerade solch ein Fall. Über das deutsche Arzthaftungsrecht werden nur einige Sätze gefunden, jedoch zitiert von Büchern, die in Taiwan/China veröffentlicht sind.² Ebenso wenig wird bisher in Deutschland über die chinesische Rechtsentwicklung und -praxis sowie die gegenwärtigen Probleme bezüglich der Arzthaftung berichtet. Eine ausführliche Darstellung des deutschen und chinesischen Arzthaftungsrechts ist deshalb für beide Seiten sinnvoll. Jedoch würde es zu weit gehen, in einer Arbeit auf das deutsche und chinesische Arzthaftungsrecht vollständig einzugehen. Des Weiteren sind detaillierte Ausführungen zum deutschen Arzthaftungsrecht für diese Arbeit auch nicht nötig, weil das Arzthaftungsrecht in Deutschland schon vielfach diskutiert worden ist. Daher wird die Aufmerksamkeit in dieser Arbeit vor allem auf das chinesische Recht gerichtet, das jedoch in den wesentlichen Fragen mit dem deutschen Recht kontrastiert werden soll.

Entsprechend diesen Überlegungen werden im ersten Teil die Grundzüge der Arzthaftung in Deutschland herausgearbeitet. Im zweiten Teil wird das chinesische Arzthaftungsrecht ausführlich dargelegt. In der Zwischenzeit wurde *das Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen* am 26.12.2009 verabschiedet und tritt ab 01.07.2010 in Kraft.³ Es hat die Arzthaftung besonders geregelt. Dies wird im dritten Teil besonders dargestellt. Mit *dem Gesetz zur Haftung für*

¹ *Shao Jiandong/Meng Han/Niu Wenyi*, De guo zhai fa xian dai hua fa; *Han Chifeng*, in: Zhong guo lü shi (CHINESE LAWYER), 2007 No. 7, S. 54 ff.

² Z.B. in: *Ai Erken*, Yi liao sun hai pei chang yan jiu, S. 213 ff.

³ Abrufbar auf der offiziellen Webseite des Nationalen Volkskongresses, http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/zxf/2009-12/26/content_1533267.htm (letzter Zugriff: 2.6.2010).

unerlaubte Handlungen wird die vorher geltende pauschale Beweislastumkehr zu Gunsten der Patienten abgeschafft. Die Beweislast für das Verschulden und den Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und den Körper- sowie Gesundheitsschäden wird grundsätzlich dem Patienten auferlegt. Entsprechend dieser bedeutsamen Änderung wird im vierten Teil die Beweislastverteilung im Arzthaftungsverfahren diskutiert. Dabei werden vor dem Hintergrund der deutschen Rechtsprechung und Literatur die Probleme in China und die Beweiserleichterungen für den Patienten untersucht.

Erster Teil: Grundzüge der Arzthaftung in Deutschland

Spezielle Vorschriften zur Regelung der zivilrechtlichen Arzthaftung kennt das deutsche Recht nicht. Für die Arzthaftung kommen insbesondere zwei Anspruchsgrundlagen in Betracht, nämlich der Arztvertrag i.V.m. § 280 I BGB und das Deliktsrecht. In bestimmten Not- und Sondersituationen kann mangels wirksamen Vertrages auf Geschäftsführung ohne Auftrag (nachfolgend *GoA*) nach §§ 677 ff. BGB zurückgegriffen werden.⁴ Einem durch Arztverschulden geschädigten Patienten stehen Ersatzansprüche regelmäßig sowohl aus dem verletzten Behandlungsvertrag als auch gemäß dem Recht der unerlaubten Handlungen zu. Vertragliche und deliktische Haftung kommen nach dem Grundsatz der Anspruchskonkurrenz nebeneinander zur Anwendung.⁵

A. Die ärztliche Haftung aus dem Behandlungsvertrag

Die vertragliche Haftung richtet sich nach § 280 I i.V.m. §§ 249 ff. BGB. Die Voraussetzungen sind ein zwischen dem Arzt bzw. Krankenhausträger und dem Patienten geschlossener Behandlungsvertrag, die Pflichtverletzung des Arztes, der erlittene Schaden des Patienten und der Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden. Nach § 280 I S.2 wird das Vertreten-

⁴ MünchKommBGB/Mertens, § 823 Rn. 348; MünchKommBGB/Wagner, § 823 Rn. 700; MünchKommBGB/Müller-Glöße, § 611 Rn. 87; Katzenmeier, S. 109; Deutsch/Spickhoff, Rn. 100.

⁵ MünchKommBGB/Mertens, vor §§ 823-853 Rn. 29 m.w.N.; MünchKommBGB/Wagner, § 823 Rn. 699; Deutsch/Spickhoff, Rn. 160 ff.; Katzenmeier, S. 79 ff.

müssen vermutet.⁶

I. Der Behandlungsvertrag und die Vertragspflichten

Der ärztliche Behandlungsvertrag ist bürgerlich-rechtlicher Natur, selbst wenn die Behandlung durch eine öffentlich-rechtlich organisierte Institution erfolgt.⁷

Der Behandlungsvertrag ist regelmäßig ein Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB).

Nur ausnahmsweise ist der Behandlungsvertrag nach Werkvertragsrecht (§§ 631 ff. BGB) zu beurteilen, etwa wenn bei einer kosmetischen Operation ein bestimmter Erfolg in Aussicht gestellt wird.⁸ Der Arzt ist zur ordnungsgemäßen medizinischen Behandlung verpflichtet. Er schuldet lediglich fachgerechtes Bemühen um die Heilung des Patienten, aber keinen Behandlungserfolg. Das Ausbleiben des zu erwartenden Erfolgs stellt keine Pflichtverletzung dar. Weil die Heilung des Patienten nicht nur von der ärztlichen Tätigkeit abhängt, sondern auch von vielen anderen Faktoren. Eine Genesungsgarantie wäre mit der Funktion des Behandlungsvertrags in der sozialen Wirklichkeit nicht zu vereinbaren und würde den Arzt mit einem unüberschaubaren Haftungsrisiko belasten.⁹

Aus einem Behandlungsvertrag ergeben sich mehrere ärztliche Pflichten. Die wichtigsten Pflichten darunter sind Behandlungs-, Aufklärungs-, Dokumentations-, und Schweigepflicht.¹⁰

1. Die Behandlungspflicht

Die Behandlung des Patienten stellt eine der Hauptpflichten des Arztes dar. Die Behandlungspflicht umfasst grundsätzlich alle Maßnahmen, die nach dem Stande der ärztlichen Wissenschaft zur Erkennung und Behandlung der Krank-

⁶ *Emmerich*, § 21, 22.; *Palandt/Grüneberg*, § 280 Rn. 42; *Deutsch*, JZ 2002, 588; *Katzenmeier*, *VersR* 2002, 1066; *Spindler/Rieckers*, *JuS* 2004, 272.

⁷ *BGH VersR* 1984, 264, 265; 1985, 1068, 1069; *Katzenmeier*, S. 98.

⁸ *Laufs/Uhlenbruck*, § 39 Rn. 10 u. 31 f.; *MünchKommBGB/Müller-Glöge*, § 611 Rn. 79; *BGHZ* 76, 259, 261= *NJW* 1980, 1452, 1453; *OLG Zweibrücken NJW* 1983, 2049; *OLG Köln MedR* 1988, 317; *OLG Düsseldorf NJW-RR* 2003, 89.

⁹ *Laufs/Uhlenbruck*, § 39 Rn. 10; *MünchKommBGB/Wagner*, § 823 Rn. 699; *Katzenmeier*, S. 99.

¹⁰ *Laufs/Uhlenbruck*, S. 435-596; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 114 ff.; *MünchKommBGB/Müller-Glöge*, § 611 Rn. 89 ff.

heit erforderlich sind. Sie beinhalten als wesentlichen Bestandteil die Klärung der Vorgeschichte einer aktuellen Erkrankung (Anamnese), die schonende Untersuchung des Patienten mit den Mitteln und Möglichkeiten der modernen Diagnostik und die Erkennung einer Krankheit (Diagnose), die wiederum eine eingehende Anamnese und Untersuchung voraussetzt. Anschließend hat ein Therapievorschlag, eine Überweisung an einen Facharzt oder eine Einweisung in ein Krankenhaus zu erfolgen.¹¹

Da es sich bei dem Behandlungsvertrag in der Regel um einen Dienstvertrag handelt, muss der Arzt die Behandlung gemäß § 613 BGB persönlich durchführen, insbesondere Angaben Dritter überprüfen und wichtige Befunde selber erheben. Eine Delegation ist aber in gewissem Umfang zulässig.¹²

2. Die Aufklärungspflicht

Die Aufklärungspflicht des Arztes umfasst die Selbstbestimmungsaufklärung, therapeutische Aufklärung und sog. wirtschaftliche Aufklärung.

Besondere Bedeutung gewinnt die Aufklärung als Grundlage für das Selbstbestimmungsrecht des Patienten (sog. Selbstbestimmungsaufklärung, Eingriffsaufklärung oder Behandlungsaufklärung).¹³ Der Eingriff des Arztes in die körperliche Unversehrtheit und die Gesundheit des Patienten ist nur zulässig, wenn er mit Einwilligung des Patienten erfolgt.¹⁴ Eine wirksame Einwilligung des Patienten setzt voraus, dass der Arzt ihn hinreichend aufgeklärt hat. Der Patient muss über den Eingriff und die damit verbundenen Risiken informiert werden, denn nur so kann die Aufklärung ihren Zweck erfüllen, die Entscheidungsfreiheit des Patienten zu gewährleisten.¹⁵ Kommt der Arzt seiner Verpflichtung zur Aufklärung nicht in dem gebotenen Umfang nach, ist die vom

¹¹ OLG Stuttgart, MedR 1989, 251; *Geiß/Greiner*, S. 16; *Laufs/Uhlenbruck*, § 47 ff.; MünchKommBGB/*Mertens*, § 823 Rn. 371 ff.

¹² MünchKommBGB/*Wagner*, § 823 Rn. 719 ff.; MünchKommBGB/*Müller-Glöge*, § 611 Rn. 89; § 613 Rn. 3.

¹³ *Martis/Winkhart* S. 61; *Frahm/Nixdorf*, S. 127; *Wussow*, VersR 2002, 1337, 1338.

¹⁴ MünchKommBGB/*Wagner*, § 823 Rn. 729 u. 771; Historische Entwicklungslinien der Einwilligung als Rechtsinstitut im Arztrecht bei *Voll*, Die Einwilligung im Arztrecht, S. 7 ff.

¹⁵ OLG Hamm VersR 1981, 686, 687; BGH NJW 1981, 630; 1981, 2002; BGH VersR 1986, 183; BGH NJW 1995, 2410; 1996, 777; *Laufs/Uhlenbruck*, § 65 Rn. 11 f.

Patienten gegebene Einwilligung unwirksam und der Eingriff rechtswidrig, selbst wenn der Eingriff medizinisch indiziert und ohne Kunstfehler durchgeführt worden ist.

Die therapeutische Aufklärung gehört zur oben genannten Behandlungspflicht. Der Arzt muss dem Patienten verständlich darlegen, wie dieser sich zur Sicherung des Heilerfolges und zur Vermeidung von Gefahren zu verhalten hat. Diese Aufklärungspflicht wird deshalb auch Sicherungsaufklärung genannt.¹⁶ Sie entspringt dem Sicherungsgedanken der medizinischen Gefahrenabwehr und ist damit ein notwendiger Bestandteil der kunstgerechten ärztlichen Behandlung. Nach der Rechtsprechung gehört sie „zu den selbstverständlichen ärztlichen Behandlungspflichten“.¹⁷

Eine sog. wirtschaftliche Aufklärungspflicht des Arztes kommt nur in bestimmten Fällen in Betracht. Der Arzt soll seine Patienten über alternative Methoden, die Kosten und deren Übernahme durch den Krankenversicherer beraten. Bei einem Verstoß gegen diese Pflicht kann der Patient z. B. mit seinem Schadensersatzanspruch gegen die Honorarforderung des Arztes die Aufrechnung erklären. Die Anspruchsgrundlage ist §§ 241 II i.V.m. 280 I BGB.¹⁸

3. Die Dokumentationspflicht

Die aus dem Behandlungsverhältnis nach § 242 BGB folgende ärztliche Dokumentationsaufgabe zeigt sich „inhaltlich geprägt von den Gesichtspunkten: Therapiesicherung, (teilweise) Rechenschaftspflicht und Persönlichkeitsrecht“.¹⁹ Der Inhalt der Dokumentationspflicht wird maßgeblich durch deren Zweck bestimmt, der darauf gerichtet ist, dem Patienten und den mit- und nachbehandelnden Ärzten gesicherte Informationen über die Behandlung zu liefern. In die Dokumentation müssen alle wesentlichen diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen und Verlaufsdaten Eingang finden. Sie hat insbe-

¹⁶ Schwab/Gramer/Kriegelstein, 1. 6. 2. 1; Laufs/Uhlenbruck, § 62 Rn. 1.

¹⁷ BGH NJW 1985, 2749.

¹⁸ Laufs/Uhlenbruck, § 65 Rn. 17; Deutsch/Spickhoff, Rn. 116; Katzenmeier, S. 320 f.; Frahm/Nixdorf, Rn. 166; KG VersR 2000, 89.

¹⁹ Katzenmeier, S. 473; Nüßgens, in: Festschrift für Boujong, 1996, S. 831, 836; zust. Laufs, in: Laufs/Uhlenbruck, § 111 Rn. 1.

sondere zu enthalten: die Anamnese, die Diagnostik, Funktionsbefunde, die wesentlichen Hinweise im Rahmen der therapeutischen Aufklärung wie der Selbstbestimmungsaufklärung, die therapeutischen Maßnahmen und deren Ergebnis, die Nachbehandlung usw. Zur Dokumentationspflicht gehört auch die Pflicht, die angefertigten Unterlagen sorgsam aufzubewahren.²⁰

Kommt der Arzt dieser Pflicht nicht nach oder ist die Dokumentation mangelhaft, wird aber in der Regel kein eigenständiger Anknüpfungspunkt für vertragliche oder deliktische Ansprüche des Patienten begründet. Denn der Patient hat meist keine Vermögenseinbuße erlitten, wenn Aufzeichnungen nicht in der gehörigen Art gemacht worden sind.²¹ Die Dokumentationspflicht spielt aber für das Beweisrecht eine entscheidende Rolle; unterlässt der Arzt die Dokumentation einer Behandlung, so wirkt sich das im Zweifel zu seinem Nachteil aus.²²

4. Die Schweigepflicht

Bereits in der Antike wurde die ärztliche Schweigepflicht im *Eid des Hippokrates* aufgeführt, der als Vorläufer moderner gesetzlicher Regelungen gewertet werden kann.²³ Der Arzt ist dem Patienten gegenüber verpflichtet, über die Behandlung und über alles, was ihm der Patient mitteilt und er durch die Behandlung über ihn erfährt, Stillschweigen zu bewahren. Heute wird die Schweigepflicht des Arztes vom Standesrecht (§ 9 MBO), Vertrags- und Strafrecht simultan angeordnet. Bei deren Verletzung kommt nicht nur ein Scha-

²⁰ Katzenmeier, S. 474; Laufs/Uhlenbruck, § 111 Rn. 3; Steffen/Dressler, Rn. 458.

²¹ BGH NJW 1988, 2949; 1993, 2375; 1999, 3408, 3409; OLG Köln VersR 1990, 856. Denkbar ist lediglich eine mittelbar haftungsbegründende Wirkung, wenn es bedingt durch einen Dokumentationsmangel zu einer falschen Therapie, Übertherapie oder Kontraindikationen kommt, oder wenn eine erneute an sich lege artis vorgenommene Diagnoseuntersuchung, die bei sorgfältiger Dokumentation unnötig gewesen wäre, zu gesundheitlich Beeinträchtigungen führt. Vgl. Steffen/Dressler, Rn. 462; Rigizahn, MedR 1995, 391 ff.

²² Laufs/Uhlenbruck, § 111 Rn. 4 ff.; Geiß/Greiner, Rn. 202 ff.; MünchKommBGB/Wagner, § 823 Rn. 753 u. 818 f.

²³ Aus dem Eid des Hippokrates „[...] Was immer ich sehe und höre, bei der Behandlung oder außerhalb der Behandlung, im Leben der Menschen, so werde ich von dem, was niemals nach draußen ausgeplaudert werden soll, schweigen, indem ich alles Derartige als solches betrachte, das nicht ausgesprochen werden darf. [...]“.

denersatz wegen Vertragsverletzung, sondern auch eine Bestrafung nach § 203 StGB in Betracht.²⁴

II. Vertretenmüssen

Das Vertretenmüssen des Schuldners braucht nicht positiv festgestellt zu werden. Es wird vielmehr gem. § 280 I S. 2 BGB kraft Gesetzes vermutet. Der Schuldner muss sich entlasten.²⁵

III. Schaden

Die schuldhafte Pflichtverletzung führt dazu, dass der Arzt nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB allen aus der Behandlung resultierenden Schaden zu ersetzen hat. Das gilt sowohl für die vertragliche als auch die deliktische Haftung und umfasst den Vermögensschaden ebenso wie die immaterielle Unbill, welche durch ein Schmerzensgeld auszugleichen ist (§ 253 II BGB). Grundsätzlich sind jede Komplikation und deren wirtschaftliche Folgen als Schadensposten anzusehen. Die Forderung nach Schmerzensgeld ist aber die klassische Klage des Patienten gegen den Arzt geworden.²⁶

IV. Kausalität

Die Pflichtverletzung muss in einem haftungsrelevanten ursächlichen Zusammenhang zum Schaden des Patienten stehen. Erstens muss die Vertragsverletzung zur Rechtsgutverletzung geführt haben (haftungsbegründende Kausalität). Zweitens ist der Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsgutverletzung und dem Schaden erforderlich (haftungsausfüllende Kausalität). Zur Einschränkung einer uferlosen Schadensersatzpflicht hat man den Schaden weiterhin nach der Adäquanztheorie zu überprüfen und den Schutzzweck der verletzten Norm, das rechtmäßige Alternativverhalten sowie die hypothetische Kausalität zu berück-

²⁴ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 634 ff.; *MünchKommBGB/Müller-Glöge*, § 611 Rn. 93; *Parzeller/Wenk/Rothschild*, Die ärztliche Schweigepflicht, in: *Deutsches Ärzteblatt* Jg. 102 (4. Februar 2005), A289-297.

²⁵ *Emmerich*, § 21, 22; *Palandt/Grüneberg*, § 280 Rn. 42; *Deutsch*, JZ 2002, 588; *Katzenmeier*, VersR 2002, 1066; *Spindler/Rieckers*, JuS 2004, 272.

²⁶ BGH NJW 1991, 2346, 2347; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 418 ff. u. 422.

sichtigen.²⁷

B. Die ärztliche Haftung aus GoA

Versorgt der Arzt einen Bewusstlosen oder eine nicht (voll) geschäftsfähige Person ohne die erforderliche Zustimmung der gesetzlichen Vertreter, so bestimmt sich das Behandlungsgeschehen nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB).²⁸

Das Handeln des Arztes muss objektiv im Interesse des Patienten liegen. Es ist dann unberechtigt, wenn es dem Interesse oder dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten widerspricht (§ 683 S.1 BGB). Der wirkliche oder mutmaßliche Wille ist nach objektiven Kriterien zu ermitteln. Der Arzt darf nur die vital oder absolut indizierten Maßnahmen ergreifen. Lediglich relativ indizierte, mit Risiken verbundene Behandlungsmaßnahmen sind der Entscheidung des Patienten vorzubehalten.²⁹ Verletzt der Arzt schuldhaft seine Pflichten und entsteht dem Patienten hieraus ein Schaden, so ist der Arzt nach den allgemeinen Regeln zum Schadensersatz verpflichtet (§§ 280 ff., 823 ff. BGB)

C. Die deliktische Arzthaftung

I. Körperverletzung und Rechtswidrigkeit

Seit der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 31.5.1894³⁰ sieht die Rechtsprechung in dem indizierten und fachgerecht durchgeführten ärztlichen Eingriff einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und somit eine Körperverletzung. Die Subsumtion des ärztlichen Eingriffs unter den Tatbestand der Körperverletzung des § 223 StGB wurde auch vom BGH übernommen.³¹

Dass der Arzt durch Fehler bei der Behandlung Körper oder Gesundheit des

²⁷ Brox/Walker, Schuldrecht AT, § 30 Rn. 4 ff.; Deutsch/Spickhoff, Rn. 428 ff.; Lange/Schiemann, § 3 S. 82 ff.

²⁸ MünchKommBGB/Mertens, § 823 Rn. 348; MünchKommBGB/Wagner, § 823 Rn. 700; MünchKommBGB/Müller-Glöge, § 611 Rn. 87; Katzenmeier, S. 109; Deutsch/Spickhoff, Rn. 100.

²⁹ Kern/Laufs, S. 25; Katzenmeier, S. 109 f.; Deutsch/Spickhoff, Rn. 100.

³⁰ RGSt 25, 375.

³¹ BGH VersR 1959, 312; 1972, 153, 154; Katzenmeier, S. 322 f.

Patienten verletzt, ist unstreitig. Jeder medizinisch nicht indizierte, jeder unangebrachte, ungeeignete oder unsachgemäß durchgeführte und jeder Eingriff, für dessen Vornahme der behandelnde Arzt nach Lage der Dinge die erforderlichen persönlichen und sachlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, muss als tatbestandsmäßige Körper- und Gesundheitsverletzung gelten.³²

Selbst wenn sich ein solcher Behandlungsfehler nicht nachweisen lässt, ist der Arzt jedoch nicht ohne weiteres entlastet, sondern seine Haftung kann immer noch unter dem Gesichtspunkt des Aufklärungsfehlers begründet werden. Ein ärztlicher Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Kranken ist nur insoweit nicht widerrechtlich, als die Einwilligung des Kranken reicht.³³ Deren Wirksamkeit setzt gleich eine Aufklärung über den beabsichtigten Eingriff voraus. Bei einem Aufklärungsfehler kann die ärztliche Haftung aus § 823 I BGB verursacht werden.³⁴

II. Verschulden

Nach § 276 I BGB hat der Arzt Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wobei in der Arzthaftung regelmäßig nur Fahrlässigkeit in Betracht kommt.³⁵ Nach der Begriffsbestimmung des § 276 II BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Wie der BGH immer wieder mit Recht betont, ist der vom Arzt einzuhaltende Sorgfaltsstandard derjenige des allgemeinen Deliktsrechts und dementsprechend objektiv, unabhängig von den individuellen Fähigkeiten und Eigenheiten der konkreten Person zu bestimmen.³⁶ Die Objektivierung der Fahrlässigkeit ist nun gerade durch die Standardisierung ärztlichen Verhaltens weit vorangetrieben worden. In einem Rechtsstreit wird dann das konkrete Verhalten des beklagten Arztes mit der standardisierten Verhaltenspflicht verglichen.³⁷

³² *Laufs/Uhlenbruck*, § 103 Rn. 4; *MünchKommBGB/Mertens*, § 823 Rn. 362.

³³ BGH VersR 1959, 312; BGHZ 106, 391, 397f.; *MünchKommBGB/Wagner*, § 823 Rn. 771.

³⁴ BVerfGE NJW 1979, 1925; BGH NJW 1984, 1397; BGH VersR 1985, 736; 1992, 358; *MünchKomm/Wagner*, § 823 Rn. 729.

³⁵ *Deutsch*, JZ 2002, 588; *Bolsinger*, S. 54; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 174.

³⁶ BGH NJW 2000, 2737, 2739; 2001, 1786, 1787; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 189 f.

³⁷ *Katzenmeier*, S. 187; *Müller*, NJW 1997, 3049.

III. Schaden und Schadenszurechnung

Schaden und Schadenszurechnung stimmen in der Sache mit den entsprechenden Voraussetzungen der vertraglichen Haftung überein.³⁸

D. Beweislastverteilung

Im Grundsatz hat der Patient zu beweisen, dass ein schuldhafter Behandlungsfehler vorliegt und dieser für seinen Gesundheitsschaden ursächlich ist.³⁹ Erst wenn der Behandlungsfehler feststeht, ist es entsprechend § 280 I S.2 BGB Sache des Arztes, sich zu entlasten, entweder durch den Nachweis fehlenden Verschuldens oder durch den fehlender Kausalität.⁴⁰

Allerdings lässt die Rechtsprechung einige Ausnahmen zu, die von Beweiserleichterung bis zu vollständiger Umkehr der Beweislast gehen können. Sie dient dazu, die vom BVerfG mit Recht angemahnte „Waffengleichheit“ der Parteien eines Arzthaftungsprozesses zu gewährleisten.⁴¹ Denn die das Arzthaftungsrecht kennzeichnenden Unwägbarkeiten in Bezug auf die Möglichkeit, Krankheitsverläufe durch medizinische Intervention zu beeinflussen, wirken sich naturgemäß besonders stark im Zivilprozess aus, und die Rechte des Patienten dürfen nicht an unüberwindlichen prozessualen Hindernissen scheitern.⁴²

I. Beweislastumkehr bei Verletzung der Aufklärungspflicht

Die Beweislastumkehr bei Verletzung der Aufklärungspflicht kann eigentlich nicht auf die Beweisschwierigkeiten des Patienten zurückgeführt werden. Nach ständiger Rechtsprechung wird der ärztliche Eingriff als tatbestandsmäßige Körperverletzung angesehen, auch wenn er *lege artis* und mit Erfolg durchgeführt wird (Körperverletzungsdoktrin)⁴³. Der Rechtfertigungsgrund in einen

³⁸ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 175; *Hütte/Helbron*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10. Kapitel, Rn. 862 ff.; *MünchKommBGB/Wagner*, § 823 Rn. 699.

³⁹ *Palandt/Grüneberg*, § 280 Rn. 42; *Katzenmeier*, S. 423; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 514; *MünchKommBGB/Wagner*, § 823 Rn. 801; *Laufs/Uhlenbruck*, § 107 Rn. 10 f.

⁴⁰ *Emmerich*, § 21, 22.; *Palandt/Grüneberg*, § 280 Rn. 42; *Deutsch*, JZ 2002, 588; *Katzenmeier*, VersR 2002, 1066; *Spindler/Rieckers*, JuS 2004, 272.

⁴¹ BVerfGE 52, 131, 147= NJW 1979, 1925 ff.; BGH NJW 1988, 2302= VersR 1988, 914; *Steffen/Pauge*, Rn. 578; *Katzenmeier*, S. 421 ff.

⁴² *MünchKommBGB/Wagner*, § 823 Rn. 800; *Laufs/Uhlenbruck*, § 107 Rn. 5 f.; *Katzenmeier*, S. 421 ff.

⁴³ Seit RGSt 25, 375; w.N. RGRK/Nießgens, § 823 Anh. II, Rn. 64 ff.

ärztlichen Eingriff ist die Einwilligung des Patienten, welche ihrerseits wiederum voraussetzt, dass der Arzt ihn hinreichend aufgeklärt hat.⁴⁴

Der Behandlungsseite obliegt der Beweis sämtlicher Tatsachen, aus denen sich eine wirksame Einwilligung ergibt. Sie hat dementsprechend alle sachverhaltlichen Voraussetzungen einer der konkreten Behandlung entsprechenden vollständigen und zutreffenden Aufklärung zu beweisen. Deliktsrechtlich folgt das daraus, dass der Inanspruchgenommene für einen entsprechenden Rechtfertigungsgrund als Einwendung grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast zu tragen hat.⁴⁵

Die Judikatur reduziert die Tatbestandsmäßigkeit auf das objektiv wahrnehmbare Augenblicksgeschehen (den Einstich, den Schnitt, das Entfernen eines einzelnen Organs usw.); der Heilungswille des Arztes oder ein im Ergebnis eintretender Heilerfolg findet keine Berücksichtigung.⁴⁶ Diese Wertung der Rechtsprechung wird von einem Teil der Lehre heftig angegriffen.⁴⁷ Sie wird als wirklichkeitsfremde Praxis angesehen, welche die ärztliche Tätigkeit stigmatisiere und unnötig diskriminiere. Und der ganze ärztliche Berufsstand werde danach bei seiner Tätigkeit im Grundsatz in die Sphäre des Unrechts gesetzt.⁴⁸

Jedoch betreffen die Meinungsverschiedenheiten nicht die contra legem artis durchgeführte Behandlung, die wohl einhellig als Körper- und Gesundheitsverletzung qualifiziert wird.⁴⁹ Vielmehr geht es allein um den kunstgerecht ausgeführten, doch in Ermangelung einer wirksamen Einwilligung des Patienten vorgenommenen Eingriff. Die Kritiker vertreten den Standpunkt, dass ein Eingriff, der nach medizinischer Wissenschaft und ärztlichen Kunstregeln durchgeführt ist, keine Körperverletzung darstellt. Ein Eingriff betreffe daher de fac-

⁴⁴ MünchKommBGB/Wagner, § 823 Rn. 729 u. 771; OLG Hamm VersR 1981, 686, 687; BGH NJW 1981, 630; 1981, 2002; BGH VersR 1986, 183; BGH NJW 1995, 2410; 1996, 777; Laufs/Uhlenbruck, § 65 Rn. 11 f.

⁴⁵ Geiß/Greiner, Rn. C 131; Spickhoff, NJW 2002, 2530, 2534.

⁴⁶ RGZ 68, 431, 434; BGHZ 29, 46; 29, 176, 179 f.; 67, 48, 49; 90, 96, 99; 106, 391, 397 f.; Katzenmeier, S. 112.

⁴⁷ Brüggemeier, S. 78; Laufs/Uhlenbruck, § 103 Rn. 5 ff.; Larenz/Canaris, § 76 II 1 g; Katzenmeier, S. 114 ff. u. Fn. 232 m.w.N.

⁴⁸ MünchKommBGB/Mertens, § 823 Rn. 360; Katzenmeier, S. 115; Brüggemann, NJW 1977, 1473, 1477.

⁴⁹ Katzenmeier, S. 111; Laufs/Uhlenbruck, § 103 Rn. 4.

to niemals den unversehrten, sondern immer nur einen entweder durch eine schwere Verletzung versehrten Körper oder einen Körper, der in seiner Unversehrtheit durch die Krankheit bereits schwer bedroht ist. Der Eingriff diene gerade Wiederherstellung oder Erhaltung des körperlichen Wohls.⁵⁰ Der spezifische Unrechtsgehalt des eigenmächtigen Eingriffs liege nicht in einem Angriff auf die körperliche Integrität, sondern in der Missachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. Dieses Recht, als ein relevanter Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sei damit nach § 823 I BGB geschützt.⁵¹ Die persönlichkeitsrechtliche Betrachtung zielt gemeinsam darauf ab, eine „Diskreditierung“ gebotenen ärztlichen Handelns zu vermeiden.⁵²

Es ist nicht zu bestreiten, dass Patienten oft den Aufklärungsfehler missbräuchlich ausnutzen. Die Behauptung einer nicht ordnungsgemäßen Aufklärung wird meist erst dann geltend gemacht, wenn der Patient, der sich durch einen ärztlichen Eingriff geschädigt fühlt, mit einer allein auf einen Behandlungsfehler gestützten Klage im Prozess seinen Anspruch nicht durchsetzen kann.⁵³ Um missbräuchlichem Vorbringen fehlender Aufklärung zu begegnen, versagt die deutsche Rechtsprechung dem Patienten Schadensersatz, wenn er zwar nicht in dem gebotenen Umfang über die Risiken des Eingriffs informiert worden ist, sich jedoch ein Risiko verwirklicht hat, über das aufgeklärt wurde oder das von dem Arzt wegen seines geringen Gewicht mit Recht vernachlässigt worden ist.⁵⁴ Die Rechtsprechung lässt den Einwand der hypothetischen Einwilligung zu, auch um missbräuchlicher Berufung auf fehlende oder unzulängliche Aufklärung zu begegnen. Steht ein Aufklärungsfehler fest, kann der Arzt noch beweisen, dass der Patient auch bei ordnungsmäßiger Aufklärung in den Eingriff

⁵⁰ Katzenmeier, S. 115; Laufs/Uhlenbruck, § 103 Rn. 5; Larenz/Canaris, § 76 II 1 g; Ehlers/Brogli, S. 42.

⁵¹ Larenz/Canaris, § 76 II 1 g; Laufs/Uhlenbruck, § 103 Rn. 5; Katzenmeier, S. 119; Deutsch/Spickhoff, Rn. 329.

⁵² Ehlers/Brogli, S. 42; Katzenmeier, S. 124.

⁵³ Schwab/Gramer/Kriegelstein, 1,1.; Katzenmeier, S. 357; Laufs, *Arztrecht*, Rn. 173 u. 591; Kern/Laufs, S. 5; MünchKommBGB/Mertens, § 823 Rn. 421; Statistische Analyse siehe Weyers, Gutachten A für den zweiundfünfzigsten Deutschen Juristentag, A43.

⁵⁴ BGHZ 106, 391, 398 ff.; 144, 1, 7 f.; BGH, *VersR* 2001, 592; Steffen/Dressler, Rn. 438 ff. u. 450; MünchKommBGB/Wagner, § 823 Rn. 798.

eingewilligt haben würde.⁵⁵

Die therapeutische Aufklärung gehört zu den ärztlichen Behandlungspflichten. Der Patient ist grundsätzlich dafür beweispflichtig, dass ein medizinisch erforderlicher therapeutischer Hinweis nicht erteilt wurde und es dadurch bei ihm zum Eintritt eines Schadens gekommen ist.⁵⁶ Ihm kann allerdings eine Umkehr der Beweislast zugute kommen, wenn die Unterlassung der therapeutischen Aufklärung im Einzelfall als grober Behandlungsfehler zu qualifizieren ist.⁵⁷

Als vertragliche Nebenpflicht folgt die sog. wirtschaftliche Aufklärungspflicht den üblichen Beweisregeln, die Pflichtverletzung ist vom Patienten darzulegen und zu beweisen.⁵⁸

II. Beweismaß - §§ 286, 287 ZPO

In der Rechtsprechung lassen sich die Beweisschwierigkeiten zunächst schon mit Hilfe der gesetzlichen Regelung des § 287 ZPO mindern. Diese Norm will hinsichtlich des Nachweises der Entstehung und der Höhe eines Schadens die allgemeinen Darlegungs- und Beweisanforderungen sänftigen, um zu verhindern, dass materiell berechtigte Ersatzansprüche an prozessualen Anforderungen scheitern.⁵⁹ Der BGH⁶⁰ und ein Großteil der Literatur⁶¹ wenden § 287 ZPO nur für die haftungsausfüllende Kausalität an. Diese Vorschrift betrifft alle weiteren Schäden und Beschwerden einschließlich einer etwa fehlerbedingten Verschlimmerung von Vorschäden. Der Tatrichter ist bei Beweisanträgen wie auch bei der Überzeugungsbildung deutlich freier gestellt als im Rahmen des § 286 ZPO. Es kann zur Beweisführung ausreichen, wenn für die betreffende Behauptung eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage

⁵⁵ BGHZ 29, 176, 187; 90, 103, 111; BGH NJW 1994, 799, 801; 1994, 2414; 1998, 2734; OLG Karlsruhe, VersR 2001, 860; Katzenmeier, S. 347 f.; Geiß/Greiner, Rn. C 137; Steffen/Dressler, Rn. 438 u. 441 ff.

⁵⁶ OLG Koblenz VersR 2001, 111; OLG Hamm VersR 2002, 1562, 1563; Laufs/Uhlenbruck, § 62 Rn. 2.

⁵⁷ BGH NJW 1987, 705; OLG Köln VersR 2002, 1285, 1286; Bergmann/Kienzle, VersR 1999, 282, 283; BGH NJW 2005, 427 = VersR 2005, 228; BGH NJW 2004, 2011 = VersR 2004, 909; BGH NJW 2004, 1871 = VersR 2004, 790; Geiß/Greiner, Rn. 257.

⁵⁸ Frahm/Nixdorf, Rn. 166; Laufs/Uhlenbruck, § 65 Rn. 17; Deutsch/Spickhoff, Rn. 116.

⁵⁹ MünchKommZPO/Prütting, § 287 Rn. 1; Jauernig, Zivilprozessrecht, § 49 V.2.

⁶⁰ BGHZ 4, 192, 196 = NJW 1952, 301; BGH VersR 1969, 160; 1975, 540; BGH NJW 1983, 3073, 3076; 1985, 1390; 1993, 201.

⁶¹ MünchKommZPO/Prütting, § 287 Rn. 10; Thomas/Putzo, § 287 Rn. 4; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 287 Rn. 11; Zöllner/Greger § 287 Rn. 3; Rosenberg/Schwab, § 115, II, 3.

beruhende Wahrscheinlichkeit bejaht werden kann, während die volle Überzeugung im Gegensatz zu § 286 ZPO nicht erforderlich ist.⁶²

Die Beweisschwierigkeiten des Patienten liegt zumeist aber nicht erst im Nachweis der haftungsausfüllenden, sondern im Wesentlichen bereits bei der haftungsbegründenden Kausalität.⁶³ Für die haftungsbegründende Kausalität gilt aber § 286 ZPO. Und der Beweis für den Behandlungsfehler ist grundsätzlich auch nach dem Maßstab des § 286 ZPO zu führen. Der Beweis nach § 286 ZPO ist zur vollen Überzeugung des Gerichts zu führen, das die betreffende Behauptung nach dem Wortlaut des Gesetzes „für wahr oder für nicht wahr erachten“ muss. Damit steht freilich fest, dass die Beweisschwierigkeiten des Patienten sich nicht durch eine großzügige Heranziehung des § 287 ZPO im Wesentlichen mindern lassen. § 287 ZPO ist im Arzthaftungsprozess eher von abnehmender Bedeutung, zumal die Gerichte mit anderen Beweiserleichterungen hinsichtlich des Haftungsgrundes operieren.⁶⁴

III. Anscheinsbeweis

Der Anscheinsbeweis ist gesetzlich nicht geregelt, sondern wurde von der Rechtsprechung entwickelt und ist gewohnheitsrechtlich anerkannt.⁶⁵ Die klassischen Anwendungsfälle des Anscheinsbeweises sind die Feststellung von Kausalität und Verschulden im Zivilprozess. Der Anscheinsbeweis lässt bei typischen Geschehensabläufen Schlussfolgerungen auf regelmäßig zugrundeliegende Ursachen oder eintretende Folgen zu.⁶⁶ Er kann erschüttert werden,

⁶² BGH, NJW 1976, 1145; 1987, 1481; 1992, 3298; Müller, NJW 1997, 3049, 3051.

⁶³ Katzenmeier, S. 429; Prütting, in: Festschr. 150 Jahre LG Saarbrücken, S. 257 (260).

⁶⁴ Katzenmeier, S. 429; D. Franzki, S. 115.

⁶⁵ Zöller/Greger, vor § 284 Rn. 29. Die dogmatische Einordnung des Anscheinsbeweises ist bis heute umstritten. Vertreten werden insbesondere eine Beweislasttheorie, eine Theorie der Beweiswürdigung sowie eine Beweismaßtheorie. Folgt man der überwiegend vertretenen Beweiswürdigungstheorie, wird für einen Anscheinsbeweis ein Erfahrungssatz vorausgesetzt, der stark genug ist, die volle Überzeugung des Gerichts von einem bestimmten Geschehensablauf auch dann zu begründen, wenn nicht alle Einzelheiten des Sachverhaltsgeschehens ermittelt werden konnten. Vorausgesetzt wird dabei regelmäßig eine gewisse Typizität des zu beweisenden Geschehensablaufs. Dabei handelt es sich nicht um ein besonderes Beweismittel, sondern es geht um den konsequenten Einsatz von Sätzen der allgemeinen Lebenserfahrung bei der Überzeugungsbildung im Rahmen der freien Beweiswürdigung. Siehe Diederichsen, VersR 1966, 211, 214 f.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 115 III 1. u. 3.; MünchKommZPO/Prütting, § 286 Rn. 48, 55; Katzenmeier, S. 429 ff.; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 120 ff.

⁶⁶ BGH VersR 1965, 792; Deutsch/Spickhoff, Rn. 517.

indem Tatsachen vorgetragen und bewiesen werden, die die Möglichkeit eines anderen (atypischen) Geschehensablaufs im Einzelfall begründen. Insbesondere wird kein Beweis des Gegenteils verlangt. Die vom Anscheinsbeweis begünstigte Partei muss dann auf andere Weise versuchen, das Gericht von der Wahrheit ihres Tatsachenvortrages zu überzeugen.

Im ärztlichen Haftungsrecht kommt diese Beweisregel immer dann zur Anwendung, wenn der Arzt einen Behandlungsfehler verschuldet hat, der nach Erfahrungssätzen der medizinischen Wissenschaft typischerweise die eingetretene Schädigung zur Folge hat, oder wenn die ärztliche Behandlung einen Schaden zur Folge hat, der nach medizinischer Erfahrung typischerweise auf einen schuldhaften Behandlungsfehler zurückzuführen ist.⁶⁷ Der Arzt kann sich zur Erschütterung des Anscheinsbeweises freilich nicht auf die abstrakte Darlegung eines möglichen andersartigen Kausalverlaufs beschränken, sondern er muss die Möglichkeit eines konkreten, auf den Fall bezogenen andersartigen Kausalverlaufs darlegen.⁶⁸ Der Anscheinsbeweis kann in der Praxis durch den Arzt relativ leicht erschüttert werden. Die Erschütterung des Anscheinsbeweises gelingt in der Praxis häufig.⁶⁹

Der Anwendungsraum des Anscheinsbeweises bleibt jedenfalls für den Kernbereich ärztlichen Handelns im Arzthaftungsprozess nur begrenzt, weil er nur bei typischen Geschehensabläufen in Betracht kommt, und diese Typizität ist angesichts der Kompliziertheit des menschlichen Organismus und der Unterschiedlichkeit von Behandlungsbedingungen und Behandlungsverlauf nur selten gegeben.⁷⁰

⁶⁷ BGH NJW 1997, 528; *Geiß/Greiner*, Rn. B 231.

⁶⁸ LG Aachen VersR 1988, 809; *MünchKommBGB/Mertens*, § 823 Rn. 413; Deutsch, VersR 1987, 534, 536; *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 823 Anh. C II, Rn. 5.

⁶⁹ Vgl. die Übersicht der Urteile bei D. Giesen, S. 358 Fn. 239; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 520 ff.

⁷⁰ Müller, NJW 1997, 3049, 3052; *Laufs/Uhlenbruck*, § 108 Rn. 3; *Katzenmeier*, S. 438 f.

IV. Beweisvereitelung

1. Allgemeine Grundsätze

Die ZPO hat keine allgemeinen Vorschriften über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Beweisvereitelung geregelt.⁷¹ Unter Beweisvereitelung versteht man im Allgemeinen ein Tun oder Unterlassen der nicht beweisbelasteten Partei, ohne welches die Klärung des Sachverhalts möglich gewesen wäre.⁷² Beweisvereitelnde Verhaltensweisen kommen in der unterschiedlichsten Gestalt vor, sowohl während des Prozesses als auch im vorprozessualen Stadium und können alle Beweismittel betreffen.⁷³ Bei der Beweisvereitelung ist das Verschulden nicht auf die Vernichtung des Beweisgegenstandes, sondern auf die Vereitelung seiner Beweisfunktion zu beziehen.⁷⁴ Nur wenn bereits vor der Vernichtung des Beweisgegenstandes erkennbar ist, dass dieser später einmal Beweisfunktion haben kann, sind die besonderen Folgen der Beweisvereitelung angezeigt.⁷⁵

Zur Lösung der Fälle als solche hat die Rechtsprechung in Anlehnung an die §§ 427, 444 ZPO den allgemeinen Grundsatz entwickelt, dass eine schuldhaft beweisvereitelnde Partei Beweisvereitelungen zur Folge hat, die bis zur Beweislastumkehr führen können.⁷⁶ Stark umstritten ist jedoch, welche konkreten Beweiserleichterungen aus dem Vorliegen einer Beweisvereitelung zu ziehen sind.⁷⁷ Die Rechtsprechung ist uneinheitlich und geht teilweise von einer Beweislastumkehr aus,⁷⁸ berücksichtigt aber die Beweisvereitelung auch bei der Beweiswürdigung.⁷⁹

⁷¹ Die ZPO enthält lediglich einzelne Bestimmungen, die das beweisvereitelnde Verhalten des Beweisgegners bei der Beweisführung durch Urkunde (§§ 427, 441 III, 444 ZPO) und durch Parteivernehmung (§§ 446, 453 II, 545 I ZPO) regeln.

⁷² BGH VersR 1960, 844, 846; BGH AHRS 6445/1; BGH VersR 1963, 65 u. 782; BGH NJW 1996, 315; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 109; *Wenzel*, § 7 R. 413.

⁷³ *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 109.

⁷⁴ *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 122; BGH VersR 1975, 952, 954; MünchKommZPO/Prütting, § 286 Rn. 81; *Katzenmeier*, S. 482.

⁷⁵ BGH NJW 1994, 1594, 1595; *Frahm/Nixdorf*, Rn. 149; *Katzenmeier*, S. 482.

⁷⁶ BGHZ 72, 132, 139; 99, 391, 395 ff.; weitere Nachweise bei *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 117 II. 6. a.; MünchKommZPO/Prütting, § 286 Rn. 78 ff.; *Katzenmeier*, S. 481.

⁷⁷ Ausführlich zum Meinungsstand: *Baumgärtel*, in: *Festschrift für Kralik*, S. 63, 71 ff.; MünchKommZPO/Prütting, § 286 Rn. 82 ff.

⁷⁸ Z.B. BGH VersR 1955, 344; 1961, 421; 1963, 65.

⁷⁹ Z.B. BGH NJW 1960, 821; 1986, 2371.

Für die Fälle der vorsätzlichen Beweisvereitelung lässt sich eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Beweisgegners vertreten. Damit werden vor allem die Strafsanktion und präventive Funktion zum Kämpfen der vorsätzlichen Beweisvereitelung zum Ausdruck gebracht.⁸⁰

Im Falle der fahrlässigen Beweisvereitelung stellt aber die starre Rechtsfolge der Beweislastumkehr eine zu starke Sanktion dar, denn die Besonderheiten des Einzelfalls werden nicht ausreichend berücksichtigt.⁸¹ *Baumgärtel* schlägt vor, das Beweismaß nach dem Grad des Verschuldens der beweisvereitelnden Partei abzustufen.⁸² Bei einer vorsätzlichen Beweisvereitelung spreche in der Regel ein Indiz für die Wahrheit der Behauptung der beweisbelasteten Partei. In den Fällen der Fahrlässigkeit werde man bei einer leicht fahrlässigen Beweisvereitelung das Beweismaß nicht in der gleichen Weise herabsetzen könnten, wie bei einer grob fahrlässigen Verhaltensweise. Während bei jener in der Regel eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ gefordert werden sollte, werde man sich bei dieser mit einer „geringen Wahrscheinlichkeit“ begnügen können. Dieser Lösungsvorschlag ist m.E. nicht nur überzeugend, sondern gewährleistet auch Voraussehbarkeit sowie Rechtssicherheit im Prozess.

In Bezug auf die Arzthaftung hat die deutsche Rechtsprechung vor allem zwei selbständige Fallgruppen entwickelt, wie Dokumentationsmangel und mangelnde Befunderhebung bzw. fehlende Befundsicherung.⁸³ Daneben gibt es auch weitere Fälle, auf die der Grundsatz der Beweisvereitelung anzuwenden ist.

2. Dokumentationsmangel

Die Dokumentationspflicht des Arztes wurde schon eingangs dieser Arbeit dar-

⁸⁰ *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 116; *Kegel*, in: Festgabe für Kronstein, S. 321, 341.

⁸¹ *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 187; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 117 II. 6. a.

⁸² *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 129.

⁸³ In Rechtsprechung und Literatur werden Verletzungen der ärztlichen Dokumentations-, Befunderhebungs- und Befundsicherungspflichten verbreitet als Unterfall der Beweisvereitelung betrachtet, vgl. BGHZ 72, 132, 137; BGH, LM § 282 ZPO (Beweislast) Nr. 2; NJW 1963, 389; VersR 1975, 952, 954; *Schilken*, Rn. 509; *Oberheim*, Jus 1997, 61, 62; *D. Franzki*, Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, S. 93 ff.; dagegen für eine Trennung *Musielak/Stadler*, Rn. 265; *Baumgärtel*, in: Festschrift für Kralik, S. 63, 69; *Frahm/Nixdorf*, Rn. 149.

gestellt.⁸⁴ Die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruches gegen den Arzt hängt weitgehend von der ordnungsgemäßen Dokumentation ab. Die Beweisführung ist dem Patienten in der Regel nur möglich, wenn die erforderlichen Unterlagen über den Behandlungsverlauf vorliegen. Die ärztliche Dokumentation dient deswegen zugleich der Schaffung von Beweismitteln, obwohl sie vor allem therapeutischen Belangen dient und keinen Sicherungszweck für künftige Haftpflichtprozesse verfolgt.⁸⁵ Dies ist allerdings dem Arzt in der Regel zumutbar.⁸⁶

Wenn die Dokumentation mangelhaft ist, werden in der Praxis beweisrechtliche Konsequenzen für die Dokumentationsmängel herangezogen. Diese reichen von der Erleichterung der Beweisführung bis zur Umkehr der Beweislast.⁸⁷ Die unzureichende Dokumentation einer aus medizinischen Gründen aufzeichnungspflichtigen Maßnahme begründet in erster Linie die Vermutung, dass eine nicht dokumentierte Maßnahme vom Arzt auch nicht getroffen worden ist.⁸⁸ Insoweit ist nach Vortrag oder Anhörung eines Sachverständigen (§ 144 ZPO) zunächst zu klären, was im Einzelnen hätte geschehen müssen; ist dazu nichts ausreichend dokumentiert, wird vermutet, dass die aus medizinischer Sicht erforderlichen Maßnahmen unterblieben sind.⁸⁹ Dem Patienten wird also der Beweis des Behandlungsfehlers erleichtert. Die Behandlungsseite kann aber die indizielle Wirkung durch den Beweis des Gegenteils entkräften, etwa durch Zeugenaussagen der am Eingriff beteiligten Ärzte und des nicht-ärztlichen Personals.⁹⁰

⁸⁴ Erster Teil A I 3.

⁸⁵ R. Giesen, Aktuelle Probleme des Arzthaftungsrechts, MedR 1997, 19; Laufs/Uhlenbruck, § 111 Rn. 9; BGHZ 99, 391, 397; BGH NJW 1999, 3408, 3409.

⁸⁶ Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd.1, § 823 Anh. C II, Rn. 56; BGHZ 72, 132, 137.

⁸⁷ BGH VersR 1987, 1089: fehlende Röntgenkontrolle des Thorax bei akuter Bronchopneumonie; BGH NJW 1989, 2330: fehlende Begründung für Nichtfreilegung des Nervus radialis im Operationsbericht; OLG Düsseldorf VersR 1997, 748: Nichtdokumentierung einer Blutsperrung; OLG Düsseldorf NJW 2001, 900: nicht ins Einzelne gehender Operationsbericht über Laserbehandlung. Ausführlich siehe Deutsch/Spickhoff, Rn. 523.

⁸⁸ BGH NJW 1993, 2375, 2376; 1995, 1611, 1612; 1999, 3408, 3409; OLG Brandenburg VersR 2001, 1241, 1242; OLG Hamburg MDR 2002, 1315; Laufs/Uhlenbruck, § 111 Rn. 4.

⁸⁹ BGHZ 129, 6, 9 f.; BGH NJW 1993, 2375, 2376; 1999, 3408; OLG Stuttgart, VersR 1997, 700, 701; 1999, 582; Katzenmeier, S. 476; Geiß/Greiner, Rn. 202; Deutsch/Spickhoff, Rn. 524.

⁹⁰ BGH NJW 1986, 2365; OLG Zweibrücken, VersR 1999, 1546, 1547; OLG Karlsruhe GesR 2006, 211; OLG Oldenburg GesR 2007, 66: Dokumentationslücke durch Zeugenbeweis- bzw. Parteivernehmung

Beweiserleichterungen kommen auch in Betracht, wenn die Krankenunterlagen verschwunden sind, und die Behandlungsseite ihr Nichtverschulden hieran nicht darlegen und beweisen kann.⁹¹ Einer insgesamt unvollständigen oder aus sonstigen Gründen nicht vertrauenswürdigen Dokumentation kann eine Indizwirkung für die Richtigkeit einzelner Vermerke bzw. Nichtvermerke nicht entnommen werden. In diesen Fällen kann der unzumutbaren Beweislage des Patienten nur durch eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Nachweises des Behandlungsfehlers zulasten des Arztes Rechnung getragen werden.⁹²

Ausnahmsweise kann der Dokumentationsmangel mittelbar für den Nachweis des Ursachenzusammenhangs Bedeutung gewinnen, wenn der wegen des Fehlens der gebotenen indizierten Behandlungsfehler als grob zu bewerten ist oder sich als Verstoß des Arztes gegen eine besondere Befundsicherungspflicht darstellt und aus diesem Grund dem Patienten Beweiserleichterungen für den Kausalitätsbeweis zuzubilligen sind.⁹³

3. Mangelnde Befunderhebung bzw. fehlende Befundsicherung

Die mangelnde Befunderhebung und die fehlende Befundsicherung hängen mit dem Dokumentationsmangel eng zusammen.⁹⁴ Der Arzt ist verpflichtet, die für die Diagnose und Behandlung notwendigen Befunde zu erheben.⁹⁵ Hat der Arzt den Befund erhoben, so ist er bzw. das Krankenhaus verpflichtet, diesen Befund zu sichern.⁹⁶ Die Beweisführung wird für den Patienten regelmäßig besonders schwierig, wenn mangelnde Befunderhebung bzw. fehlende Befundsicherung vorliegt. Denn es steht nicht fest, welcher Inhalt sich bei gebotener Erhebung bzw. Sicherung dargestellt hätte. Es ist offen, ob der Arzt den Befund richtig interpretiert hatte oder hätte, und welche Maßnahmen tatsächlich den

geschlossen; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 523 f.; *Frahm/Nixdorf*, Rn. 125; *Steffen/Dressler*, Rn. 436 u. 470.

⁹¹ BGH NJW 1996, 779; *Frahm/Nixdorf*, Rn. 125.

⁹² BGH VersR 1992, 578; Graf, S. 79.

⁹³ BGH NJW 1989, 2330; 1994, 1596; 1999, 3408; *Laufs/Uhlenbruck*, § 111 Rn. 8; *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 823 Anh. C II, Rn. 9; *Giesen*, Rn. 421 m.w.N.

⁹⁴ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 526.

⁹⁵ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 526 f.; *Katzenmeier*, S. 477 ff.; BGHZ 99, 391 = BGH NJW 1987, 1482 = VersR 1987, 1089; BGH VersR 1994, 984.

⁹⁶ BGH NJW 1996, 779 = VersR 1996, 330; BGH NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633 = MedR 1996, 316.

Gesundheitsschaden beim Patienten verhindert hätten.

Unter der Beweisfigur des Verstoßes gegen Befunderhebungs- und Befundsicherungs-pflichten gewährte der BGH dem Patienten Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr für den Kausalitätsbeweis.⁹⁷ In jüngerer Zeit hat der BGH ungeachtet der Kritik in der Literatur⁹⁸ sein Beweiserleichterungskonzept bei Verletzungen der Befunderhebungs- und Befundsicherungspflicht präzisiert und dabei das Gewicht dieser selbständigen Beweisfigur zu relativieren gesucht.⁹⁹ Eine Beweiserleichterung könne nur bis zu der Vermutung reichen, dass der Befund positiv gewesen wäre, also ein reaktionspflichtiges Ergebnis vorgelegen hätte. Grundsätzlich könne aber nicht auf die Ursächlichkeit der unterlassenen Befundauswertung für einen vom Patienten erlittenen Gesundheitsschaden geschlossen werden, da der Patient durch die Beweiserleichterung nämlich nur so gestellt werden solle, wie er stünde, wenn der Befund erhoben worden wäre.¹⁰⁰ Für die Kausalitätsfrage kann der Verstoß gegen die Befunderhebungs- und Befundsicherungspflicht nur dann beweiserleichternde Bedeutung gewinnen, wenn im Einzelfall zugleich auf einen groben Behandlungsfehler zu schließen ist; dies ist dann der Fall, wenn sich – gegebenenfalls unter Würdigung zusätzlicher medizinischer Anhaltspunkte – ein so deutlicher und gravierender Befund als hinreichend wahrscheinlich ergibt, dass eine Verken-nung sich als fundamental fehlerhaft darstellen müsste.¹⁰¹

Der BGH begründet seine weitergehende Eingrenzung der beweisrechtlichen Konsequenzen bei Verletzung der Befunderhebungs- bzw. Befundsicherungspflicht damit, dass der Patient durch die Beweiserleichterungen nicht besser gestellt werden solle als er stünde, wenn der gebotene Befund erhoben worden wäre oder er ihn zur Auswertung durch einen medizinischen Sachverständigen

⁹⁷ Katzenmeier, S. 478; BGHZ 99, 391 ff.; BGH NJW 1988, 2949 ff.; 1994, 1594 ff.; 1994, 2419 ff.; OLG Düsseldorf, VersR 1988, 968, 969; OLG Stuttgart, VersR 1995, 1441, 1442.

⁹⁸ Katzenmeier, S. 479; D. Giesen, Rn. 428.

⁹⁹ Katzenmeier, S. 479; Laufs, NJW 1997, 1609, 1613; Frahm/Nixdorf, Rn. 124; BGH NJW 1996, 779; BGH NJW 1999, 860 = VersR 1999, 60; BGH NJW 1999, 862 = VersR 1999, 231; BGH NJW 1999, 3408 = VersR 1999, 716; BGHZ 132, 47; 138, 1.

¹⁰⁰ Katzenmeier, S. 479 f.; BGH NJW 1999, 860 = VersR 1999, 60; BGH NJW 1999, 862 = VersR 1999, 231; BGH NJW 1999, 3408 = VersR 1999, 716.

¹⁰¹ Katzenmeier, S. 480; Deutsch/Spickhoff, Rn. 526; BGHZ 132, 47; BGH VersR 1999, 60.

vorlegen könnte.¹⁰²

Diese Stellung vom BGH ist nicht zu beanstanden. Falls der Arzt seine Pflicht zur Befunderhebung verletzt hat, so stellt die unterlassene Erhebung medizinisch gebotener Befunde einen Behandlungsfehler in Form eines Diagnosefehlers dar. Wurden die Befunde zwar erhoben, können jedoch aus von der Behandlungsseite zu vertretenden Gründen nicht vorgelegt werden, bezieht es sich dabei auf Dokumentationsmängel. Die Beweisfigur des Verstoßes gegen Befunderhebungs- und Befundsicherungspflichten soll ihrer Natur nach nicht als selbstständige Fallgruppe angesehen werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH kann regelmäßig nur ein grober Behandlungsfehler zur Beweislastumkehr für den Kausalzusammenhang führen. Über die Reichweite der Dokumentationsmängel wurde oben schon diskutiert. Die Eingrenzung der beweisrechtlichen Konsequenzen bei Verletzung der Befunderhebungs- bzw. Befundsicherungspflicht entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH.

4. Andere Einwirkungen auf Beweismittel

Neben Verletzungen der Dokumentations-, Befunderhebungs- und Befundsicherungspflichten sind weitere Fälle der Beweisvereitelung zu nennen. Dies sind insbesondere Fälle, in denen der Arzt Gegenstände, die prozesserheblich sein können, beiseite schafft, z.B. möglicherweise schadhafte medizinische Gerätschaften nach Misslingen eines Eingriffs beseitigt,¹⁰³ ein in Verdacht geratenes Sterilisationsgerät zerstört,¹⁰⁴ oder bei erneuter Tubenteilexzision entnommenes Gewebe nicht zur histologischen Untersuchung sicher stellt,¹⁰⁵ oder den in einer Operationswunde zurückgelassenen Tupfer bei einer Nachoperation entfernt und wegwirft,¹⁰⁶ oder in denen er verunreinigte oder sonst fehler-

¹⁰² *Katzenmeier*, S. 480; BGHZ 132, 47; BGH NJW 1996, 1589 = VersR 1996, 633 = MedR 1996, 316; BGH NJW 1999, 860 = VersR 1999, 60; BGH NJW 1999, 862 = VersR 1999, 231; BGH NJW 1999, 3408 = VersR 1999, 716.

¹⁰³ OLG Frankfurt, Urteil vom 6.2.1979, AHRS 6445/5; *Graf*, S. 67 f.; *Frahm/Nixdorf*, Rn. 149; *Katzenmeier*, S. 481.

¹⁰⁴ *Katzenmeier*, S. 481; BGH VersR 1975, 952, 954.

¹⁰⁵ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 528; OLG Köln VersR 1988, 43.

¹⁰⁶ *Katzenmeier*, S. 481; BGH VersR 1955, 344.

hafte Medikamente und Substanzen vernichtet.¹⁰⁷ Eine vorsätzliche Beweisvereitelung liegt vor, wenn der Arzt die Krankenunterlagen gezielt nachträglich manipuliert,¹⁰⁸ oder den von seinem Laborpersonal ermittelte und in die Krankenakte eingetragene Messwerte später verändert.¹⁰⁹

V. Voll beherrschbare Risiken

1. Allgemeine Grundsätze

Die deutsche Rechtsprechung hat in einer Reihe von Urteilen¹¹⁰ eine Beweislastumkehr bei voll beherrschbaren Risiken entwickelt, die sowohl für vertragliche als auch deliktische Ansprüche des Patienten gilt. Danach trifft den Arzt als Praxisinhaber oder den Krankenhausträger eine Verschuldensvermutung, wenn feststeht, dass die Schädigung des Patienten aus einem Bereich stammt, dessen Gefahren ärztlicherseits voll beherrscht werden können und deshalb vermieden werden müssen.¹¹¹ Diese Fallgruppe einer Beweiserleichterung bzw. Beweislastumkehr wird ungeachtet der Verteilung der Beweislast in § 280 I BGB beibehalten.¹¹²

Die Rechtsprechung begründet diese Beweislastverteilung wie folgt:¹¹³ Grundsätzlich ließen sich zwar Vorgänge im lebenden Organismus nicht so sicher beherrschen, dass ein Misserfolg der Behandlung bereits den Schluss auf einem schuldhaften Behandlungsfehler rechtfertigt. Anderes gelte jedoch, wenn sich Risiken verwirklichen, die nicht vorrangig aus den Eigenheiten des menschlichen Organismus erwachsen, sondern durch den Betrieb eines Krankenhauses oder einer Arztpraxis gesetzt werden, und von den dort Tätigen insbesondere

¹⁰⁷ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 528; *Katzenmeier*, S. 481; *Frahm/Nixdorf*, Rn. 149.

¹⁰⁸ *Laufs/Uhlenbruck*, § 111 Rn. 7; BGH NJW 1978, 2337; OLG Frankfurt VersR 1992, 578.

¹⁰⁹ *Laufs/Uhlenbruck*, § 111 Rn. 7; OLG Koblenz NJW 1995, 1624 = MedR 1995, 29 mit ablehnender Anmerkung *Rigizahn*.

¹¹⁰ BGH NJW 1978, 584 f.; 1982, 699; 1984, 1403 f.; 1991, 1540 f.; 1991, 1541 f.; 1994, 1594 f.; 1995, 1618; OLG Köln, VersR 2000, 974; *Graf*, S. 144; *Katzenmeier*, S. 482 ff.; *Steffen/Dressler*, Rn. 500 ff.

¹¹¹ BGH NJW 1991, 1540 = VersR 1991, 310 = MedR 1991, 139; *Graf*, S. 144; *Katzenmeier*, S. 482; *Steffen/Dressler*, Rn. 500 ff.

¹¹² BT-Drucks. 14/6040, S. 136; BGH NJW 2007, 1682, 1683; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 541.

¹¹³ *Graf*, S. 144; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 541; BGH NJW 1991, 1541 = VersR 1991, 467 = MedR 1991, 142.

auch durch organisatorische Maßnahmen beherrscht werden könnten.

Die Beweiserleichterungen beziehen sich grundsätzlich nicht auf Kausalitätsfragen. Anderes gilt nur ganz ausnahmsweise, etwa bei groben Organisationspflichtverletzungen.¹¹⁴ Die Führung des Gegenbeweises steht der Behandlungsseite offen. Sie kann nachweisen, dass im Einzelfall ein verschuldeter Behandlungsfehler nicht gegeben ist oder dass nicht ihrem Risikobereich zugehörige, bei der Operationsplanung nicht erkennbare Umstände vorlagen, die ebenfalls zu der Schädigung geführt haben könnten.¹¹⁵

Die voll beherrschbaren Risiken erfassen alle Bereiche im Umfeld ärztlichen Tuns, die an sich von der Person des konkreten Patienten unabhängig sind und von den individuellen Eigenheiten seines Organismus nicht beeinflusst werden.¹¹⁶ Unter den voll beherrschbaren Risiken kann man mehrere Fallgruppen einordnen.

2. Einsatz medizinischer Geräte

Ausgangspunkt der einschlägigen Rechtsprechung über voll beherrschbare Risiken war zunächst der Bereich rein technischer Vorbereitungen für die eigentliche ärztliche Tätigkeit. So hat der Arzt bzw. Krankenträger funktionsfähige medizinische Geräte zur Verfügung zu stellen, um eine sachgemäße und möglichst gefahrlose Behandlung zu ermöglichen.¹¹⁷ Wird diese Pflicht objektiv verletzt, etwa durch das Bereitstellen eines funktionsuntauglichen Narkosegerätes¹¹⁸ oder die Verwendung eines verformten Tubus,¹¹⁹ hat der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Arzt zu beweisen, dass der ordnungswidrige Gerätezustand nicht von ihm oder einer seiner Hilfspersonen verschuldet ist.¹²⁰ Dabei stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an Sicherheits- und Kontrollvorkehrungen des Arztes. Von ihm wird erwartet, dass

¹¹⁴ BGH NJW 1994, 1594 f.; *Frahm/Nixdorf*, Rn. 137; *Laufs/Uhlenbruck*, § 109 Rn. 3.

¹¹⁵ BGH NJW 1995, 539; *Geiß/Greiner*, Rn. 246; *Katzenmeier*, S. 483.

¹¹⁶ *Nixdorf*, VersR 1996, 160, 162; *Frahm/Nixdorf*, Rn. 137; *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 823 Anh. C II, Rn. 35.

¹¹⁷ *Graf*, S. 145; *Katzenmeier*, S. 483; *MünchKommBGB/Mertens*, § 823 Rn. 412 u. 393.

¹¹⁸ BGH NJW 1978, 584.

¹¹⁹ BGH VersR 1975, 952, 954.

¹²⁰ *Katzenmeier*, S. 484; *Laufs/Uhlenbruck*, § 109 Rn. 6 f.

er stets Apparate verwendet, die dem Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft entsprechen, dass er diese regelmäßig durch das dafür zuständige Fachpersonal warten lässt, dass er sich im Umgang mit den modernen Techniken schult und fortbildet, dass er die Bedienungsanweisungen genau beachtet und befolgt und dass er das ordnungsgemäße Funktionieren der Apparate fortlaufend überwacht.¹²¹

3. Organisation und Koordination des Behandlungsgeschehens

Der Arzt oder das Krankenhaus ist verpflichtet, die Behandlungsabläufe sachgerecht zu organisieren, zu koordinieren und zu überwachen. Er muss dazu eine ärztliche Qualitätssicherung betreiben und sein Personal entsprechend schulen und überwachen.¹²² In der Rechtsprechung werden Beweiserleichterungen heute hinsichtlich nahezu der gesamten Organisation und Koordination des Behandlungsgeschehens gewährt.¹²³

Die Pflichtverletzung befindet sich sowohl in horizontaler als auch in vertikaler Arbeitsteilung. Der leitende Arzt oder der Krankenhausträger muss sicherstellen, dass organisatorisch zwischen mehreren Ärzten insbesondere bei unterschiedlicher Fachrichtung die Behandlung reibungslos entsprechend dem medizinischen Standard gewährleistet wird. In der vertikalen Arbeitsteilung begründet § 831 BGB bei nachgewiesenen Fehlern des Gehilfen eine Vermutung für Organisations-, Auswahl-, Weisungs- und Kontrollfehler.¹²⁴

Eine Verschuldensvermutung kann z.B. damit begründet werden, dass die erforderlichen Hygienevorschriften nicht eingehalten wurden, dass z.B. bei einem Patienten eine verunreinigte Infusionslösung,¹²⁵ oder verunreinigter Alkohol zur Desinfektion¹²⁶ verwendet wurde. Eine Verschuldensvermutung kommt im Falle von Infektionen in Betracht, wenn diese typischerweise auf Hygiene-

¹²¹ Katzenmeier, S. 484; MünchKommBGB/Mertens, § 823 Rn. 393.

¹²² Katzenmeier, S. 297 f.; Deutsch/Spickhoff, Rn. 52 u. 592 ff.

¹²³ Deutsch/Spickhoff, Rn. 541; Frahm/Nixdorf, Rn. 140; Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 823 Anh. C II, Rn. 78; Katzenmeier, S. 485.

¹²⁴ Katzenmeier, S. 485 ff.; Deutsch/Spickhoff, Rn. 541; Frahm/Nixdorf, Rn. 140; Laufs/Uhlenbruck, § 109 Rn. 4.

¹²⁵ BGH NJW 1982, 699 = VersR 1982, 161; Graf, S. 146.

¹²⁶ BGH NJW 1978, 1683 = VersR 1978, 764.; Graf, S. 146.

mängel zurückzuführen und damit generell vermeidbar sind.¹²⁷

Zum Bereich der Organisationspflichten gehören auch die Tätigkeiten des pflegerischen Dienstes. Stürzt ein Patient im Rahmen der Betreuung durch das Krankenhauspflegepersonal aus ungeklärten Gründen bei einer Bewegungs- und Transportmaßnahme¹²⁸ oder kommt er aus dem Duschstuhl zu Fall¹²⁹ oder stürzt er von der Untersuchungsliege,¹³⁰ so vermutet die Rechtsprechung einen schuldhaften Fehler des Krankenhausträgers. In einem anderen Fall hatte ein Säugling in der postoperativen Phase durch vermeidbare Blutverluste aus einer Verweilkanüle schwerste Dauerschäden erlitten.¹³¹ Die Rechtsprechung kam auch hier im Zusammenhang mit der Tätigkeit des pflegerischen Dienstes zur Beweislastumkehr nach den Grundsätzen voll beherrschbaren Risikos.

Noch voll beherrschbar ist die richtige Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch. Die technisch richtige Lagerung des Patienten auf dem Operationstisch und die Beachtung der dabei zum Schutze des Patienten vor etwaigen Lagerungsschäden einzuhaltenden ärztlichen Regeln sind Maßnahmen, die dem Risikobereich des Krankenhauses und dem ärztlichen Bereich zuzuordnen sind. Das Krankenhaus oder der Arzt trägt die Beweislast dafür, dass der Patient auf dem Operationstisch ordnungsgemäß gelagert und dass dies ärztlich überprüft worden ist.¹³²

Eine weitere Fallgruppe bildet das Zurückbleiben von Fremdkörpern in der Wunde. Der Arzt begeht eine Pflichtverletzung im voll beherrschbaren Operationsbereich, wenn er im Operationsgebiet einen Fremdkörper zurücklässt, ohne alle möglichen und zumutbaren Sicherungsvorkehrungen gegen ein solches Fehlverhalten zu treffen, wozu bei textilen Hilfsmitteln eine Kennzeichnung,

¹²⁷ BGH NJW 1991, 1541, 1542; *Graf*, S. 146.

¹²⁸ BGH NJW 1991, 1540 = MedR 1991, 139; OLG Hamm MDR 2006, 1228 = GesR 2006, 448; *Graf*, S. 147; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 541.

¹²⁹ BGH NJW 1991, 2960 = VersR 1991, 1038; *Graf*, S. 147.

¹³⁰ OLG Köln VersR 1990, 1240; *Graf*, S. 147.

¹³¹ BGHZ 89, 263 = NJW 1984, 1400 = VersR 1984, 356; *Graf*, S. 147; *Katzenmeier*, S. 486.

¹³² BGH NJW 1984, 1403 = MedR 1985, 221 = VersR 1984, 386; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 541; *Laufs/Uhlenbruck*, § 109 Rn. 10; Dies gilt nicht, wenn bei dem Patienten eine im Voraus nicht erkennbare seltene körperliche Anomalie vorliegt, vgl. BGH NJW 1995, 1618 = VersR 1995, 539.

eine Markierung, das Zählen der verwendeten Tupfer gehört.¹³³

4. Einsatz von Berufsanfängern

In vielen Fällen kommt es bei der Behandlung eines Patienten zur Beteiligung von Berufsanfängern. Denn nur auf diesem Weg ist eine praktische Ausbildung des ärztlichen Nachwuchses erreichbar. Doch das notwendige Lernen darf nicht zu Lasten des Patienten gehen. Der Patient hat gegen Arzt und Krankenhaus einen Anspruch auf ärztliche Betreuung, die dem Standard eines Facharztes entspricht.¹³⁴ Daher müssen geeignete Vorkehrungen geschaffen werden, die die Gefahren der Anfängeroperation auffangen. Dafür soll der Ausbilder den Anfänger schrittweise und unter Aufsicht an die Operation der verschiedenen Schwierigkeitsstufen heranführen, wobei das Wohl und die Sicherheit des Patienten stets im Vordergrund stehen müssen. Die Rechtsprechung verlangt eine vorausgehende Kontrolle des theoretischen Wissens des Auszubildenden über das Behandlungsfeld, die zu erwartenden Komplikationen und ihre Begegnung, sowie vor allem die Überwachen seiner Arbeit durch einen erfahrenen Facharzt.¹³⁵ Ein erfahrener Facharzt muss durchgängig anwesend sein, um korrigierend eingreifen zu können, insbesondere solange nicht feststeht, dass der in der Weiterbildung befindliche Assistenzarzt die Operation praktisch beherrscht.¹³⁶ Die Rechtsprechung und Literatur sind sich darin einig, dass die Übertragung einer Operation ohne Aufsicht und Assistenz auf einen hierfür noch nicht ausreichend qualifizierten Berufsanfänger einen Behandlungsfehler darstellt.¹³⁷ Erleidet ein Patient bei der Behandlung durch einen noch nicht hinreichend qualifizierten Arzt Gesundheitsschäden, dann greifen Beweiserleichterungen für die Frage der Kausalität. Der Krankenhausträger, der für die Überwachung

¹³³ BGHZ 79, 259 = NJW 1981, 983; *Laufs/Uhlenbruck*, § 109 Rn. 10; *Graf*, S. 151 f.

¹³⁴ *Graf*, S. 157; *Deutsch*, NJW 1984, 650; *Steffen/Dressler*, Rn. 246; *Katzenmeier*, S. 486.

¹³⁵ BGH NJW 1992, 1560; 1993, 2989; *Katzenmeier*, S. 487 f.; BGH MDR 1993, 955: haben operierende Ärzte ihre Facharztausbildung noch nicht abgeschlossen, ist aber ein Facharzt auf der Station anwesend, keine Beweiserleichterung; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 540.

¹³⁶ BGH NJW 1992, 1560; 1993, 2989; BGHZ 88, 248; OLG Oldenburg VersR 1998, 1380; *Katzenmeier*, S. 487; *Graf*, S. 157 f.

¹³⁷ BGHZ 88, 248; *Deutsch*, NJW 1984, 650; BGH NJW 1985, 2193; 1988, 2298; 1993, 2989; 1998, 2736; OLG Oldenburg VersR 1998, 1380; *Katzenmeier*, S. 486 f.; *Graf*, S. 157 ff.

der Operation verantwortliche, möglicherweise der aufsichtsführende Arzt, aber auch der behandelnde, in Ausbildung befindliche Arzt selbst, tragen im Prozess die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die eingetretene Primärschädigung nicht auf mangelnder Übung und Erfahrung beruht.¹³⁸

Die bisher von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen sind mit Sicherheit nicht abschließend.¹³⁹ Die obigen Fälle zeigen, dass sich hier Risiken verwirklicht haben, die unabhängig von dem nur begrenzt steuerbaren Bereich der eigentlichen ärztlichen Tätigkeit, aus dem Krankenhausbetrieb heraus entstanden sind und von dem Krankenhausträger und dem dort tätigen Personal beherrscht werden können.¹⁴⁰ Der Kernbereich der eigentlichen ärztlichen Tätigkeit ist gerade durch die Unbeherrschbarkeit des menschlichen Organismus geprägt und darf nicht dieser Beweisfigur unterfallen.¹⁴¹

VI. Grober Behandlungsfehler

Im Bezug auf den groben bzw. schweren Behandlungsfehler hat die deutsche Judikatur die für die Praxis des Arzthaftpflichtprozesses wohl bedeutsamste Beweiserleichterung geschaffen, die im Hinblick auf die Beweismöhen des Patienten speziell für den Arzthaftpflichtprozess entwickelt worden ist.¹⁴² Steht ein grober Behandlungsfehler fest, tritt eine Beweislastumkehr ein.¹⁴³ Sie befreit den Patienten vom Nachweis des kausalen Zusammenhangs zwischen dem Behandlungsfehler und dem primären Körperschaden und findet sowohl im vertraglichen als auch im deliktischen Haftungsbereich Anwendung.¹⁴⁴ Im Ergebnis ist die Beweisentlastung des Patienten regelmäßig mit dem für ihn positiven Ausgang des Verfahrens gleichzusetzen, da dem Arzt der Nachweis der Nichtursächlichkeit seines Fehlers für die eingetretene Gesundheitsverletzung

¹³⁸ BGHZ 88, 248, 257; BGH NJW 1985, 2193; 1988, 2298; 1993, 2989; 1994, 3008; 1998, 2736; *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 823 Anh. C II, Rn. 68 ff.; *Katzenmeier*, S. 487.

¹³⁹ Vgl. *Martis/Winkhart*, S. 892 ff.; *Katzenmeier*, S. 482 ff.; *Geiß/Greiner*, B V 1.; *Laufs/Uhlenbruck*, § 109 Rn. 1 ff.; *Graf*, S. 153.

¹⁴⁰ *Katzenmeier*, S. 482 f.; *Laufs/Uhlenbruck*, § 109 Rn. 1; *Martis/Winkhart*, S. 892 ff.

¹⁴¹ *Katzenmeier*, S. 482 f.; *Frahm/Nixdorf*, Rn. 137; *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 823 Anh. C II, Rn. 35; *Graf*, S. 155.

¹⁴² *Katzenmeier*, S. 439.

¹⁴³ BGH NJW 2005, 427 = VersR 2005, 228; BGH NJW 2004, 2011 = VersR 2004, 909; BGH NJW 2004, 1871 = VersR 2004, 790; *Geiß/Greiner*, Rn. 257.

¹⁴⁴ RGZ 171, 168, 171; BGH VersR 1971, 227, 229; *Graf*, S. 98; *D. Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 406.

in der Regel kaum gelingen wird.¹⁴⁵

Eine begrifflich scharf umgrenzte Definition hat der grobe Behandlungsfehler bisher nicht gefunden. „Grob“ ist ein Behandlungsfehler, der aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil ein solcher Fehler dem behandelnden Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf, das ärztliche Verhalten also eindeutig gegen gesicherte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen verstößt.¹⁴⁶ Die Feststellung eines groben Behandlungsfehlers ist stets dann gerechtfertigt, wenn Verstöße gegen elementare ärztliche Behandlungsstandards vorliegen.¹⁴⁷ Ein grober Behandlungsfehler kann aber auch anzunehmen sein, wenn die Gesamtbetrachtung mehrerer für sich genommen einfacher Fehler dazu führt, dass das ärztliche Vorgehen insgesamt als grob behandlungsfehlerhaft zu werten ist.¹⁴⁸ Ein grober Behandlungsfehler kann in allen Bereichen ärztlichen Handelns vorkommen, sowohl bei der Diagnose und Therapie, aber auch im Tätigkeitsfeld der Organisation.¹⁴⁹

Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre wird die sachliche Reichweite der Beweislastumkehr dadurch begrenzt, dass der festgestellte grobe Behandlungsfehler geeignet gewesen sein muss, einen Gesundheitsschaden der Art herbeizuführen, wie er tatsächlich eingetreten ist. Dies bedeutet nicht das Vorliegen einer gewissen Wahrscheinlichkeit im Sinne von „nahe liegen“ oder „typisch sein“. Nur in Ausnahmefällen kann trotz genereller Eignung des Behandlungsfehlers für den Schaden einer Umkehr der Beweislast entgegenstehen, dass aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls der Kausalzusammenhang äußerst unwahrscheinlich ist.¹⁵⁰

Die Rechtsprechung des BGH zum groben Behandlungsfehler hat sich zu einer tatbestandsmäßig umschriebenen Beweislastsonderregel verfestigt.¹⁵¹ Dadurch

¹⁴⁵ Sick, S. 72; Park, S. 238.

¹⁴⁶ BGH NJW 1992, 754; VersR 2002, 1026, 1027; Heidelk, S. 140; Martis/Winkhardt, S. 302 m.w.N.

¹⁴⁷ Geiß/Greiner, Rn. 252; Katzenmeier, S. 442.

¹⁴⁸ BGH NJW 2001, 2792 = VersR 2001, 1030; BGH NJW 2000, 2741 = VersR 2000, 1146; BGH NJW 1998, 1782 = VersR 1998, 585; BGH VersR 1998, 495.

¹⁴⁹ Vgl. zum ausführlichen Überblick: Katzenmeier, S. 449 ff.; Geiß/Greiner, Rn. 265 ff.

¹⁵⁰ BGH NJW 2005, 427 = VersR 2005, 228; BGH NJW 2004, 2011 = VersR 2004, 909; Katzenmeier, S. 444 f.

¹⁵¹ Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 823 Anh. C II, Rn. 3; D. Giesen, Arzt-

wird die Beweisbelastung lediglich der Behandlungsseite aufgebürdet. Der BGH begründet seine Rechtsprechung folgendermaßen: Der Arzt habe durch sein gravierendes Fehlverhalten eine Situation geschaffen, die nicht mehr erkennen lasse, wie der Krankheitsverlauf bei sachgerechter Behandlung ausgesehen hätte. Der Arzt sei daher „näher dran“ das Beweisrisiko zu tragen, als der Patient, dem die Klärung des Sachverhalts kaum gelingen könne. Nach Treu und Glauben könne wegen des Gewichts des Behandlungsfehlers dem Patienten der Kausalitätsnachweis nicht zugemutet werden.¹⁵² Wegen der „besonderen Schadensneigung“ des „groben“ Behandlungsfehlers sei das Spektrum der möglichen Ursachen für den Schadenseintritt verbreitert bzw. verschoben worden; damit gingen für den Patienten Aufklärungshindernisse und konkrete Erschwerungen für die Kausalitätsfeststellung einher, die über die Beweislastverteilung ausgeglichen werden müssten.¹⁵³

Diese Begründung überzeugt nicht und stieß in der Literatur auf heftige Kritik.¹⁵⁴ Das Schrifttum zu einer etwaigen dogmatischen Rechtfertigung dieser Beweislastsonderregel ist umfangreich,¹⁵⁵ hat aber bis heute noch nicht geschafft, die Kausalitätsvermutung im Arzthaftungsrecht überzeugend zu legitimieren.¹⁵⁶ Der Blick auf die bisherige Rechtsprechung zeigt, dass diese Beweislastsonderregel ihre Grundlage maßgeblich in „Billigkeitserwägungen“, nämlich im Gedanken eines „gerechten Interessenausgleichs“ im Arzt-Patienten-Verhältnis findet.¹⁵⁷

Neben diesen dogmatischen Problemen bleiben noch die praktischen Probleme bei der Feststellung eines groben Behandlungsfehlers offen. Immer wieder be-

haftungsrecht, Rn. 407.

¹⁵² BGH NJW 1967, 1508; *Heidelk.*, S. 143 f.; *Tombrink*, Die Arzthaftung für schwere („grobe“) Behandlungsfehler, in: *Ratajczak/Bergmann*, S. 123; *Katzenmeier*, S. 460; *Laufs/Uhlenbruck*, § 110 Rn. 2.

¹⁵³ BGHZ 85, 212, 216 f.; BGH NJW 1988, 2949; 1996, 2429; BGHZ 132, 47; *Tombrink*, Die Arzthaftung für schwere („grobe“) Behandlungsfehler, in: *Ratajczak/Bergmann*, S. 124; *Laufs/Uhlenbruck*, § 110 Rn. 2.

¹⁵⁴ Überblick über die Literatur vgl. *Hausch*, Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis, S. 67 ff.; *Katzenmeier*, S. 454 ff.; *Graf*, S. 123 f.; *D. Giesen*, Rn. 409.

¹⁵⁵ Überblick über den Rechtfertigungsversuch in der Literatur vgl. *Katzenmeier*, S. 459 ff.; *Hausch*, S. 69 ff.; *Graf*, S. 128 ff.; *Heidelk.*, S. 148 f.

¹⁵⁶ Vgl. *Sträter*, S. 62 f. und Fn. 242 mit einer ausführlichen Darstellung; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 530; *Heidelk.*, S. 149.

¹⁵⁷ *Tombrink*, Die Arzthaftung für schwere („grobe“) Behandlungsfehler, in: *Ratajczak/Bergmann*, S. 133; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 530.

tont der BGH, dass die Qualifizierung eines Fehlers als grob allein dem Gericht obliege und nicht dem Sachverständigen.¹⁵⁸ Die Bewertung eines Behandlungsfehlers als grob muss jedoch in den Ausführungen des medizinischen Sachverständigen ihre tatsächliche Grundlage finden.¹⁵⁹ Es stellt sich dann die Frage, wie die medizinischen Fakten und Bewertungen durch den Sachverständigen auszusehen haben, damit die Tatgerichte verfahrensfehlerfrei im Sinne der BGH-Rechtsprechung von einem groben Behandlungsfehler ausgehen können, und inwieweit der Sachverständige für die Grenzziehung zwischen einem einfachen und einem groben Behandlungsfehler herangezogen werden muss. Diese Frage bleibt in der Rechtsprechung unbeantwortet.¹⁶⁰

Hinsichtlich der Anwendbarkeit der beweisrechtlichen Grundsätze zum groben Behandlungsfehler ist die Rechtsprechung des BGH zum groben Behandlungsfehler von Unsicherheit geprägt. Zu Beginn eines Haftpflichtprozesses ist es kaum kalkulierbar, ob ein nachgewiesener Behandlungsfehler als grob kategorisiert werden könnte und wie dementsprechend die Beweislast verteilt wird.

Unter der Voraussetzung des groben Behandlungsfehlers kann die Rechtsprechung des BGH noch zu einer Übersanktion führen: Der Patient wird voll entschädigt, obwohl feststeht, dass auch eine kunstgerechte Behandlung nur mit einem gewissen Wahrscheinlichkeitsgrad zum Erfolg geführt hätte.¹⁶¹

E. Das Schiedsverfahren

Statt einer Klage gegen den Arzt zu erheben, kann der Patient das Schiedsverfahren durch die Schlichtungsstellen und Gutachterkommissionen der Ärztekammern einleiten.¹⁶² Sie sind sachlich zuständig für die Begutachtung bzw.

¹⁵⁸ BGHZ 72, 132 (135) = NJW 1978, 2337 = VersR 1978, 1022; BGH NJW 1993, 2375 = VersR 1993, 836, BGH NJW 1996, 2428 = VersR 1996, 1148; BGHZ 138, 1(6); 144, 296 (304); BGH NJW 1986, 1540 (1541); 1988, 1513, 1514; 1998, 814 (815); 2001, 2791 u. 2792 (2793); 2001, 2794; 2002, 2944; 2004, 1452.

¹⁵⁹ BGHZ 132, 47 (53); BGH NJW 1996, 2428; 1997, 798; 2001, 2792 (2793) u. 2794 f. u. 2795 (2796); 2002, 2944; 2004, 1452; *Geiß/Greiner*, Rn. 255.

¹⁶⁰ *Sträter*, S. 28; *Hausch*, S. 483.

¹⁶¹ *Maier-Reimer*, in *Verhandlungen des Sechsunndsechzigsten Deutschen Juristentages*, Bd. 2/1, 2006, S. L50.

¹⁶² Die Ärztekammern haben drei Modelle für die Streitbewältigung im Vorfeld vorgesehen, also die Schlichtungsstelle, die Gutachterkommission und die Gutachter- und Schlichtungsstellen. Darunter gibt es noch Unterschiede bezüglich deren Aufgaben und personellen Reichweite. Die personelle Zusammen-

Schlichtung von Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen.

Aufgrund der landesspezifischen Ausgestaltungen der den Verfahren zugrunde gelegten Satzungen oder Vereinbarungen unterscheiden sich die Abläufe des Schiedsverfahrens teilweise erheblich voneinander.¹⁶³ Die Kommissionen können in einer großen und einer kleinen Zusammensetzung tätig werden. Fast stets wird die kleine Zusammensetzung gewählt. Sie wird im schriftlichen Verfahren tätig.¹⁶⁴

Für das Schiedsverfahren gelten drei gemeinsame charakteristische Verfahrensprinzipien, wie die Freiwilligkeit, die Unverbindlichkeit und die Gebührenfreiheit. Das Schiedsverfahren setzt die Zustimmung der beiden Betroffenen – bei Schlichtungsstellen zusätzlich die der Haftpflichtversicherung – voraus. Die Bescheide von den ärztlichen Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen haben keinerlei Bindungswirkung für die Parteien, sondern sind lediglich unverbindliche Feststellung oder Empfehlungen.¹⁶⁵ Wenn der Arzt oder der Patient mit der Begutachtung nicht einverstanden ist, kann er den ordentlichen Rechtsweg beschreiten. Die Gebührenfreiheit bedeutet, dass für das Verfahren selbst vom Patienten keine Kosten erhoben werden. Das bildet einen wesentlichen Vorteil des Schiedsverfahrens.¹⁶⁶

Zweiter Teil: Die Rechtsgrundlagen der Arzthaftung in China

In China arbeiten die meisten Ärzte in staatlichen oder privaten medizinischen Einrichtungen.¹⁶⁷ Sie werden als Leistungshelfen der medizinischen Einrichtungen angesehen. Die persönliche Haftung des Arztes spielt nur eine geringe

setzung ist auch unterschiedlich geregelt. Ausführlich siehe *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 568; *Laufs/Uhlenbruck*, § 113 Rn. 2 f.; *Ehlers/Brogli*, S. 87 ff. u. 177 ff.; *Wenzel*, § 6 Rn. 1 ff.

¹⁶³ Ausführlich siehe *Weizel* S. 21.

¹⁶⁴ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 572 f.; *Ehlers/Brogli*, S. 177 ff.; *Wenzel*, § 6 Rn. 1 ff.

¹⁶⁵ Die faktische Bindungswirkung der Kommissionsgutachten und Schlichtungsvorschläge ist auch nicht zu verkennen. Denn zum einen sind ihre Stellungnahmen meist von großer Fachkompetenz geprägt, zum anderen beruhen sie auf einem gemeinsamen Auftrag. *Laufs/Uhlenbruck*, § 113 Rn. 8.

¹⁶⁶ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 569; *Laufs/Uhlenbruck*, § 113 Rn. 2 f.

¹⁶⁷ Der Umfang der medizinischen Einrichtungen befindet sich in § 3 *der Bestimmung zur Durchführung der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen* von dem Ministerium für Gesundheitswesen. Die medizinischen Einrichtungen umfassen alle Krankenhäuser, Kliniken, Ambulanzen, Sanatorien, Erste-Hilfe-Stationen, die Klinische Untersuchungsanstalt usw.

Rolle. Daher wird in dieser Arbeit nur die Haftung der medizinischen Einrichtung dargestellt.

Bezüglich der Arzthaftung kommen viele Rechtsnormen in Betracht. Generell kann ein Patient gegenüber der medizinischen Einrichtung einen Schadenersatzanspruch aus folgenden Anspruchsgrundlagen herleiten:

-- aus Vertragsrecht, § 107 Vertragsgesetz;

-- aus Deliktsrecht. Für einen ärztlichen Unfall gelten die Regelung zur Behandlung des ärztlichen Unfalls (nachfolgend *RBäU*) i.V.m. der einschlägigen Justizauslegung,¹⁶⁸ und für einen nicht ärztlichen Unfall gelten § 106 II der Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts (AGZ) i.V.m. den einschlägigen Justizauslegungen; An Stelle der vorhergehenden Vorschriften gelten ab 01.07.2010 die §§ 54 ff. *Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen*, durch die das deliktische Arzthaftungsrecht im wesentlichen neu gestaltet wurde;

-- aus Verbraucherschutzrecht, § 49 Verbraucherschutzgesetz;

-- aus Produkthaftungsrecht, §§ 40 u. 43 Produktqualitätsgesetz.

Darüber hinaus hat § 132 AGZ eine sog. Billigkeitshaftung vorgesehen. Wenn weder der Verletzer noch der Verletzte schuldig an dem Schaden sind, so kann der Schaden nach den konkreten Umständen zwischen den beiden Parteien aufgeteilt werden.

Eine ärztliche Haftung aus Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) kommt ziemlich selten in Betracht. Nach § 93 AGZ kommt das Verhältnis der GoA zustande, nur wenn den Geschäftsführer keine gesetzliche oder vertragliche Pflicht bezüglich des Geschäfts trifft. § 24 Arztberufsausübungsgesetz sieht ausdrücklich vor, dass der Arzt sofort notwendige Maßnahmen ergreifen muss, wenn sich der Patient in unmittelbar lebensgefährlichen Umständen befindet; die Erste Hilfe darf nicht verweigert werden. Hierbei trifft den Arzt und die medizinische Einrichtung eine gesetzliche Pflicht.

¹⁶⁸ Mit dem Beschluss vom 10.6.1981 hat der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses das Oberste Volksgericht zur Auslegung der Gesetze ermächtigt. Deshalb hat die Justizauslegung Gesetzeskraft. Vgl. *Manthe*, Die Rechtsentwicklung Chinas im 20. Jahrhundert, in: Berliner China-Hefte Nr. 22 Mai 2002 S. 3 ff.

A. Haftung aus Vertragsrecht

I. Überblick über die vertragliche Pflichten und Haftung

Über den Behandlungsvertrag ist weder in den AGZ noch im Vertragsgesetz eine besondere Vorschrift vorgesehen. Dennoch ist eine vertragliche Beziehung zwischen der medizinischen Einrichtung und dem Patienten von der Judikatur und der herrschenden Meinung anerkannt.¹⁶⁹ In der Literatur wird mit Verweisung auf das Arzthaftungsrecht von Japan und Taiwan/China vertreten, den medizinischen Behandlungsvertrag als Auftrag (§§ 396 ff. Geschäftsbesorgungsvertrag, Vertragsgesetz) anzusehen.¹⁷⁰ Die medizinische Einrichtung schuldet regelmäßig nur die sachgerechte Behandlung des Patienten, nicht aber den gewünschten Erfolg. Trotzdem kann der Behandlungsvertrag mehr als ein Auftrag sein. Während der Behandlung verkauft die medizinische Einrichtung auch Arzneimittel und medizinische Geräte an Patienten.¹⁷¹

Nach dem Behandlungsvertrag verpflichtet sich die medizinische Einrichtung bzw. der Arzt,

--den Patienten zu diagnostizieren, zu behandeln und zu pflegen;¹⁷²

--den Patienten aufzuklären und seine Genehmigung einzuholen;¹⁷³

¹⁶⁹ *Ma Jun/Wen Yong/Liu Xin*, S. 9; *Ai Erken*, S. 32.

¹⁷⁰ *Wang Yang*, in: Liang Huixing (Hrsg), *Min Shang Fa Lun Cong*, Band 11, S. 692 ff.; *Ai Erken*, S. 32 ff.

¹⁷¹ *Ma Jun/Wen Yong/Liu Xin*, S. 10.

¹⁷² § 22 *Arztberufsausübungsgesetz*; § 5 *RBÄU*; § 61 *der Bestimmung zur Durchführung der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen*.

¹⁷³ Die geltenden Regelungen: § 33 *der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen* (1.9.1994): Bei Durchführung einer Operation, spezifischer Diagnose oder Behandlung muss die medizinische Einrichtung die Genehmigung vom Patienten, oder die Zustimmung sowie Unterzeichnung von seinen Familienangehörigen einholen. Wenn die Stellungnahme des Patienten zur Behandlung nicht aufzuklären ist und keine Familienangehörigen oder nahe Verwandten anwesend sind, oder im Hinblick auf andere besonderen Umständen, muss der behandelnde Arzt einen Behandlungsvorschlag geben und mit Zustimmung der Leitung der medizinischen Einrichtung durchsetzen; § 62 *der Bestimmung zur Durchführung der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen* (1.9.1994): Der Patient hat das Recht, über seine Krankheit, Diagnose und Behandlung Bescheid zu wissen, was hat die medizinische Einrichtung zu achten. Bei Durchführung einer Operation, spezifischer Diagnose oder Therapie hat die medizinische Einrichtung dem Patienten notwendige Aufklärung gegenüber vorzunehmen. Ist es aus schonenden Gründen nicht geeignet, den Patienten aufzuklären, müssen die Familienangehörigen des Patienten über die einschlägigen Umstände informiert werden; § 26 *Arztberufsausübungsgesetz* (1.5.1999): Der Arzt hat dem Patienten oder seinen Familienangehörigen den Krankheitszustand wahrheitsgemäß zu erklären, dabei muss er aber darauf achten, schädliche Folgen für den Patienten zu vermeiden. Die Behandlungen zu klinischen Experimenten bedürfen der Genehmigung des Krankenhauses sowie des Patienten oder seiner Familienangehörigen; § 11 *RbÄU* (1.9.2002): Die medizinische Einrichtung muss den Patienten über den Krankheitszustand, die Behandlungsmaßnahmen, sowie die Behandlungsrisiken wahrheitsgetreu aufklären. Die schädlichen Folgen sind aber zu vermeiden.

- den Patienten zu überweisen, wenn es notwendig ist;¹⁷⁴
- die Krankheitsdokumente auszufüllen und aufzubewahren;¹⁷⁵
- die Schweigepflicht einzuhalten.¹⁷⁶

Das Vertragsgesetz hat seit 1999 eine sog. strikte Haftung für den Vertragsschuldner eingeführt. Nach § 107 Vertragsgesetz haftet dieser wegen der Vertragsverletzung, wenn er die Vertragspflichten nicht oder nicht gemäß den Vereinbarungen erfüllt, darauf weiter zu erfüllen, Maßnahmen zur Abhilfe zu ergreifen oder den Schaden zu ersetzen. Für eine Vertragshaftung kommt es nicht auf das Verschulden des Schuldners an. Die einzige Exkulpationsmöglichkeit ist die sog. höhere Gewalt im Sinne von § 117 II Vertragsgesetz. Die höhere Gewalt muss unvorhersehbar, unvermeidbar und unüberwindbar sein.¹⁷⁷

Neben dem Vertragsgesetz hat der § 49 Verbraucherschutzgesetz einen bestrafenden Schadensersatz neben dem einfachen Schadensersatz vorgesehen, wenn der Verbraucher bei Einkaufen der Waren oder Annahme der Dienstleistung betrogen wird. Ist der medizinische Behandlungsvertrag als ein Verbrauchervertrag anzusehen, kann das Verbraucherschutzgesetz eine kumulative Anwendung finden.

II. Die Rechtsprechung zur Anwendung des Vertragsrechts

Der Fall *Zheng Xuefeng und Chen Guoqing vs. Das Volkskrankenhaus von Jiang-su Provinz*, der im Amtsblatt des Obersten Volksgerichtes veröffentlicht wurde,¹⁷⁸ hat quasi ausführlich die Lage der Anwendung des Vertragsrechts für Arzt-Patient-Rechtsstreite dargelegt. Deswegen werden dieser Fall und die Urteile dazu ausführlich dargestellt.

Der Kläger und die Klägerin sind ein Ehepaar. Sieben Jahre nach der Ehe-

¹⁷⁴ § 31 S. 2 der *Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen*; Hou Xuemei, S. 236 ff.; Ai Erken S. 43 ff.

¹⁷⁵ § 23 *Arztberufsausübungsgesetz*; §§ 8, 10, 16 RBÄU; § 32 der *Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen*; § 60 der *Bestimmung zur Durchführung der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen*; § 2 ff. der *Regelung zur Verwaltung der Krankheitsdokumente in den medizinischen Einrichtungen*.

¹⁷⁶ § 22 *Arztberufsausübungsgesetz*; § 6 II der *Regelung zur Verwaltung der Krankheitsdokumente in den medizinischen Einrichtungen*; Hou Xuemei, S. 236 ff.; Ai Erken S. 43 ff.

¹⁷⁷ Bu, § 12 Rn. 58, 62.

¹⁷⁸ Zui gao ren min fa yuan gong bao 2004 No. 8, S. 27 ff.

schließung konnten sie noch kein Kind bekommen. Sie wendeten sich deshalb an die Beklagten, das Jiang-su provinziale Volkskrankenhaus. Am 09.09.2002 schlossen sie einen Vertrag für eine Fortpflanzungstherapie ab. Im Vertrag wurde zwar nicht ausdrücklich vereinbart, welche konkrete Therapie angewendet wurde. Die Kläger bezahlten aber die Untersuchungsgebühren entsprechend der Therapie über intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI). In einem Behandlungsdokument wurde bemerkt, dass die geplante Therapie die ICSI war. Aber während der Behandlung hatten die Ärzte nicht die ICSI, sondern die Therapie über In-vitro-Fertilisation (IVF) durchgeführt. Die Behandlung war erfolglos. Die Kläger erhoben deshalb eine Klage gegen das Volkskrankenhaus, und verlangen vom Volkskrankenhaus nach dem Vertragsgesetz und dem Verbraucherschutzgesetz einen Schadensersatz in doppelt Höhe der Behandlungsgebühren, sowie Ersatz für das entgangene Einkommen wegen der Arbeitsversäumung und immateriellen Schaden zu leisten, darüber hinaus noch eine Entschuldigung öffentlich bekannt zu machen.

Das Gericht der ersten Instanz urteilte:

Die Kläger begründen ihre Klage auf Vertragspflichtverletzung, zuerst soll deshalb klargestellt werden, ob ein Vertragsverhältnis zwischen den beiden Parteien vorliegt, und ob der Vertrag schon in Kraft getreten ist. Ein Behandlungsvertrag kommt dadurch zustande, dass der Patient das Krankenhaus um Diagnose und Behandlung bittet, und das Krankenhaus diesen Antrag annimmt. In diesem Fall hat das Volkskrankenhaus die von den Klägern bezahlten Behandlungsgebühren entgegengenommen, und die beiden Parteien haben einen schriftlichen Vertrag abgeschlossen. Das Volkskrankenhaus hat die Behandlung durchgeführt. Angesichts der oben genannten Tatsachen soll festgestellt werden, dass ein Vertrag zwischen den beiden Parteien zustande gekommen und schon in Kraft getreten ist.

In einem Behandlungsvertragsverhältnis ist das Krankenhaus verpflichtet, über den Behandlungsplan aufzuklären, und der Patient hat entsprechend eine Entscheidungsfreiheit. Wenn es zeitlich nicht dringend ist, ist das Krankenhaus

verpflichtet, den Patienten oder seinen Vertreter hinreichend vor der Durchführung der Behandlung darüber aufzuklären. Und der Patient hat das Recht, sich der Folge der Behandlung zu vergewissern und zu entscheiden. Insbesondere wenn es mehr als zwei Behandlungsmethoden gibt, soll die Entscheidungsfreiheit dem Patienten vorbehalten sein, welche Methode er wählt. In diesem Fall haben die Kläger die Therapie für ICSI gewählt, und das Volkskrankenhaus ist verpflichtet, die ICSI-Therapie für die Kläger vorzunehmen.

Das beklagte Volkskrankenhaus kann nur beweisen, dass die Kläger über den Wechsel der Therapie Bescheid gewusst haben. Es reicht nicht aus, dass die Kläger ihre Einwilligung dafür gegeben haben. Das Volkskrankenhaus hat deshalb seine Vertragspflicht verletzt, und soll entsprechende Haftung tragen.

Nach § 107 Vertragsgesetz haftet der Schuldner wegen der Vertragsverletzung dafür, weiter zu erfüllen, Maßnahmen zur Abhilfe zu ergreifen oder den Schaden zu ersetzen, wenn er die Vertragspflichten nicht oder nicht gemäß den Vereinbarungen erfüllt hat. In diesem Fall haben die Kläger einen Schaden erlitten, indem sie zur Erfüllung des Vertrags die Gebühren für Untersuchungen und Arzneimittel ausgegeben haben. Diese Aufwendungen sind von dem Schuldner zu ersetzen....

Die Klage auf den immateriellen Schaden und der öffentlichen Bekanntmachung der Entschuldigung wird deswegen nicht entsprochen, dass sie sich auf die vertragliche Pflichtverletzung bezieht. Nach § 107 i.V.m. § 113 I Vertragsgesetz, muss der Betrag des Schadenersatzes dem durch die Vertragsverletzung verursachten Schaden entsprechen, einschließlich des nach Vertragserfüllung zu erlangenden Gewinns, darf aber den Schaden nicht überschreiten, den die den Vertrag verletzende Seite bei Errichtung des Vertrags als mögliche Folge einer Vertragsverletzung vorhergesehen hat oder vorhersehen musste. Der immaterielle Schaden ist nicht von dem zu ersetzenden Schaden umfasst. Und eine öffentlich bekannt zu machende Entschuldigung ist auch nicht zuzustimmen.

Die Kläger berufen sich auf die Anwendung des Verbraucherschutzgesetzes. Das

Verbraucherschutzgesetz beschäftigt sich vor allem damit, durch die Regulierung des Unternehmersverhaltens den Verbraucher beim Einkaufen sowie Benutzen der Waren, und beim Entgegennehmen der Dienstleistungen zu schützen. Der Dienst im Sinne des Verbraucherschutzgesetzes ist nur eine kommerzielle Leistung, von der der Unternehmer profitiert. Der Beweis von dem Amt für Gesundheitswesen der Jiang-su Provinz zeigt, dass das Volkskrankenhaus keinen Gewinn bezweckt, und nicht zum Unternehmer gehört. Was das Volkskrankenhaus anbietet, ist die öffentliche Dienstleistung für medizinische Betreuung und Gesundheitsfürsorge, aber keine kommerzielle Leistung. Für diesen Fall findet deshalb das Verbraucherschutzgesetz keine Anwendung.

Das Volkskrankenhaus hat Berufung eingelegt. Es meinte, das Gericht habe die Tatsache fehlerhaft festgelegt, und im Vertrag gebe es keine Vereinbarung über ICSI oder IVF. Eine solche Vereinbarung werde auch nicht dadurch begründet, dass die Bezahlung der Behandlungsgebühren entsprechend der ICSI-Therapie geschehen sei. Die Bezahlung und Durchführung der IVF-Behandlung könne eben die Genehmigung der Kläger beweisen.

Die Berufung des Volkskrankenhauses ist zurückgewiesen worden. Das Berufungsgericht meint,

aufgrund der Tatsachen ist es überzeugend, dass die beiden Parteien eine mündliche Vereinbarung über die ICSI-Therapie gemacht haben. Das Volkskrankenhaus soll auch den Vertrag wie vereinbart abgewickelt haben. Wenn die Behandlung zeitlich nicht dringend ist, und das Krankenhaus ohne die entsprechende Genehmigung von dem Patienten oder seinem Vertreter die vereinbarte Therapie wechselte, war es die Pflichtverletzung im Sinne § 107 Vertragsgesetz.

Bezüglich der Anwendbarkeit des Verbraucherschutzgesetzes und des immateriellen Schadens hat das Berufungsgericht nichts geäußert. Es hat sich vielmehr der Meinung des Gerichts der ersten Instanz angeschlossen.

Dieses Urteil wurde im Amtsblatt des Obersten Volksgerichtes veröffentlicht.

Das bedeutet, dem dieses Urteil auch vom Obersten Volksgericht anerkannt wird und dann als Richterrecht gilt.¹⁷⁹ Aus diesem Fall ergeben sich drei Grundsätze:

1. Auf den ärztlichen Behandlungsvertrag wird § 107 Vertragsgesetz angewendet.

2. Der immaterielle Schaden ist für eine Klage nach dem Vertragsrecht nicht zulässig.

3. Auf das Verhältnis zwischen Patienten und einem öffentlichen Volkskrankenhaus findet das Verbraucherschutzgesetz keine Anwendung. Denn das Volkskrankenhaus bezweckt keinen Gewinn, es ist kein Unternehmer.

Allerdings sind diese drei Grundsätze doch sehr problematisch. Im folgenden sollen sie diskutiert werden.

III. Die Anwendbarkeit des § 107 Vertragsgesetz auf die Arzthaftung

§ 107 Vertragsgesetz ist eine allgemeine Vorschrift über die Vertragshaftung, und nach dem Vorbild des UN-Kaufrechts entworfen worden¹⁸⁰. Er bezieht sich vor allem auf den Kaufvertrag. Für andere Arten von Verträgen hat der Gesetzgeber im besonderen Teil des Vertragsgesetzes anders bestimmt.¹⁸¹ Dafür gilt nicht die sog. strikte Haftung nach § 107 Vertragsgesetz.

Im Fall *Zheng Xuefeng und Chen Guoqing vs. Das Volkskrankenhaus von*

¹⁷⁹ Streng genommen ist Richterrecht in China noch nicht gesetzlich anerkannt. Aber das Oberste Volksgericht veröffentlicht zielbewusst in seinem Amtsblatt und Zeitschrift *Ren min fa yuan an li xuan* (Die ausgewählten Urteile der Volksgerichte, nachfolgend *ALX*) wichtige Urteile. Sie gelten dann als Präzedenzfälle und sind für die Volksgerichte heranzuziehen. Obwohl das Oberste Volksgericht nicht ausdrücklich gefordert hat, dass diese Urteile befolgt werden müssen, haben diese veröffentlichten Urteile sicher großen Einfluss auf alle Volksgerichte. Ausführlich siehe *Bing Ling*, *Contract Law in China*, S. 34 f.; *Wang Dianbing/Li Yuzhu*, *Guan yu jian li you xian pan li zhi du de si kao*, in: *Ren min fa yuan bao*, 22.12.2003.

¹⁸⁰ *Liang Huixing*, <http://www.iolaw.org.cn/2009/showarticle.asp?id=1726> (letzter Zugriff: 2.6.2010); *Shi Ping*, S. 79.

¹⁸¹ Z.B. § 189: Wenn der Schenker vorsätzlich oder grob fahrlässig die Beschädigung, die Zerstörung oder den Verlust des geschenkten Vermögensgutes herbeiführt, haftet er auf Schadenersatz.

§ 303 I: Wenn während der Beförderung das vom Reisenden selbst mitgeführte Gepäck beschädigt oder zerstört wird oder verlorengeht, und den Beförderer ein Verschulden trifft, haftet er auf Schadenersatz.

§ 374: Wenn während der Dauer der Verwahrung der Verwahrer die verwahrte Sache nicht zweckmäßig verwahrt, so dass sie beschädigt oder zerstört wird oder verlorengeht, haftet der Verwahrer auf Schadenersatz; wenn jedoch die Verwahrung unentgeltlich ist, und der Verwahrer beweist, dass er sich nicht grob fahrlässig verhalten hat, haftet er nicht auf Schadenersatz.

§ 406: Wenn bei einem entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag durch Verschulden des Auftragnehmers dem Auftraggeber ein Schaden zugefügt wird, kann der Auftraggeber Schadenersatz verlangen. Wenn bei einem nicht entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag der Auftragnehmer dem Auftraggeber vorsätzlich oder grob fahrlässig einen Schaden zufügt, kann der Auftraggeber Schadenersatz verlangen.

Jiang-su Provinz war das Krankenhaus verpflichtet, die Therapie über intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI) für den Patienten vorzunehmen. Dabei bezog sich der Behandlungsvertrag nicht auf eine allgemeine Dienstleistung, sondern auf eine bestimmte Therapie. Das Krankenhaus hatte die vereinbarte Therapie nicht vorgenommen, daraus war eine Pflichtverletzung im Sinne des § 107 Vertragsgesetz entstanden.

Aus diesem Fall ist jedoch nicht zu folgern, dass § 107 Vertragsgesetz auf alle medizinischen Behandlungsverträge anwendbar ist. Er ist mit der Eigenart der ärztlichen Tätigkeit und dem Umfang der vertraglichen Leistungspflicht des Arztes nicht zu vereinbaren. Die nicht vollständige Beherrschbarkeit der biologischen und physiologischen Reaktionsabläufe im lebendigen Organismus führt dazu, dass der Arzt regelmäßig nur eine sachgerechte Behandlung des Patienten nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft versprechen kann, nicht aber die Gewährung für den Eintritt des erwünschten Heilungserfolges übernehmen kann. Der Arzt schuldet aus dem Behandlungsvertrag normalerweise nicht die Heilung des Patienten als Erfolg, sondern er verspricht, eine sachgerechte, medizinisch vertretbare Behandlung mit der objektiv gebotenen Sorgfalt durchzuführen. In diesem Sinne handelt es sich bei den Vertragspflichten des Arztes normalerweise um verhaltensbezogene und nicht um erfolgsbezogene Leistungspflichten. Der Fall *Zheng Xuefeng und Chen Guoqing vs. Das Volkskrankenhaus von Jiang-su Provinz* ist daher als Ausnahme zu betrachten.

In der Literatur wird mit Verweisung auf das Arzthaftungsrecht von Japan und Taiwan/China vertreten, den medizinischen Behandlungsvertrag als Auftrag im Sinne der §§ 396 ff. Vertragsgesetz anzusehen.¹⁸² Diese Meinung trifft insoweit zu, wenn der Patient als Laie regelmäßig keine Anweisungen bezüglich der Behandlung geben kann. Der Dienstvertrag als eine besondere Art Vertrag in China und Japan wird nicht gesetzlich anerkannt, und im Gegensatz zum deutschen Recht kann ein Auftrag entgeltlich oder unentgeltlich sein. Nach

¹⁸² Wang Yang, in: Liang Huixing (Hrsg), Min Shang Fa Lun Cong, Band 11, S. 692 ff.; Ai Erken, S. 32 ff.

§ 406 S.1 Vertragsgesetz kann der Auftraggeber Schadensersatz verlangen, wenn bei einem entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag durch Verschulden des Auftragnehmers dem Auftraggeber ein Schaden zugefügt wird. Die Behandlungsseite trifft dann nicht die sog. strikte Haftung, sondern normale Verschuldenshaftung.

IV. Immaterieller Schaden nach dem Vertragsrecht

Das Gericht hat den Anspruch auf den immateriellen Schaden deswegen verneint, weil der immaterielle Schaden nicht vorhersehbar sei. Mit dem im Einklang ist das Oberste Volksgericht. Es beschränkt die Anwendung des immateriellen Schadensersatzanspruchs auf die Deliktshaftung.¹⁸³ Diese Meinung wird jedoch heutzutage von der h.L. in der Literatur abgelehnt.¹⁸⁴ Die Rechtsprechung hat sich auch teilweise an der Literatur angeschlossen. In mehreren veröffentlichten Urteilen wird ein immaterieller Schaden auch nach dem Vertragsrecht zugesprochen.¹⁸⁵

Der Begriff „Vorhersehbarkeit“ ist an sich sehr unklar und hat keine klare Bedeutung.¹⁸⁶ Enttäuschungen und Unannehmlichkeiten des Gläubigers entstehen aus jeder nicht unbedeutenden Vertragsverletzung und müssen folglich wegen der Vorhersehbarkeit ersatzfähig sein.¹⁸⁷

Solche Verträge, wie Reise-, Kosmetik-, medizinische Behandlungsverträge, bezwecken inhaltlich überwiegend den Schutz oder die Förderung immaterieller Interessen, und die immateriellen Interessen bilden den Leistungsgegenstand des Vertrags. Beim Vertragsbruch muss der immaterielle Schaden ersetzt

¹⁸³ Ausführliche siehe *Jiao*, S. 63 f.

¹⁸⁴ *Jiao*, S. 63; *Cheng Xiao*, in: Liang Huixing, Min Shang Fa Lun Cong, 2002, Bd. 25, S. 87.; *Qin Yonghui*, in: *Wan Erxiang* (Hrsg), *Zhai fa li lun yu shi yong I*, S. 90 ff.; *Li Bin/Li Wenfeng*, in: *Guang xi she hui ke xue*, 2006 No. 8, S. 84 ff.; *Xu Ye*, in: *Fa zhi yu she hui*, 2008 No. 12, S. 173 ff.; *Xu Xiaonian*, in: <http://www.chinacourt.org/html/article/200404/21/112377.shtml> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

¹⁸⁵ *Jiao*, S. 63 f.; <http://oldfyb2009.chinacourt.org/public/detail.php?id=103466> (letzter Zugriff: 2.6.2010); Verloren der Urne mit Knochenasche, in: *ALX*, 1993 No. 3, S. 83 ff.; Verloren eines Films über Hochzeitsfeier, in: *ALX*, 1995 No. 1, S. 74 ff.; Dienstleistungsvertrag für eine Hochzeitsfeier, <http://oldfyb2009.chinacourt.org/public/detail.php?id=67920> (letzter Zugriff: 2.6.2010); Verloren eines Videobands über Hochzeitsfeier, in: *Xu Qinglai/Wang Ye*, <http://oldfyb2009.chinacourt.org/public/detail.php?id=4927> (letzter Zugriff: 2.6.2010); Reisevertrag, <http://oldfyb2009.chinacourt.org/public/detail.php?id=103466> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

¹⁸⁶ *Cheng Xiao*, in: *Liang Huixing*, *Min Shang Fa Lun Cong*, 2002, Bd. 25, S. 87; *Qin Yonghui*, in: *Wan Erxiang* (Hrsg), *Zhai fa li lun yu shi yong I*, S. 90 ff.

¹⁸⁷ *Jiao*, S. 285 f.

werden.¹⁸⁸

Vor dem Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften¹⁸⁹ war der immaterielle Schaden nach dem deutschen Vertragsrecht auch nicht zu ersetzen. Die Ausweitung des Schmerzensgeldes auf die Vertragshaftung ist aber schon länger von einigen Stimmen befürwortet worden.¹⁹⁰ Das Zurückbleiben der vertraglichen Haftung bei Körperverletzung oder Tötung eines Menschen gegenüber den deliktischen Haftungsfolgen hat insbesondere *Hans Stoll* als sachlich unbegründet¹⁹¹ und *Christian v. Bar* als rechtspolitisch falsch bezeichnet.¹⁹²

Rechtsvergleichend gesehen ist es im österreichischen und im schweizerischen Recht für die Haftungsfolgen bei Körperverletzung völlig gleich, ob die Haftung auf Delikt oder Vertrag beruht (vgl. §§ 1295, 1325 ABGB; Art. 99 III, 47 OR). Ebenso wenig unterscheiden die Rechtsordnungen des anglo-amerikanischen Rechtskreises nach dem Grund der Haftung, wenn es um Entschädigung für „pain and suffering“ geht, und im französischen Recht ist die Verpflichtung zum Ersatz des „dommage moral“ im Rahmen der vertraglichen Haftung (die eine deliktische Haftung nach dem Grundsatz des „non-cumul“ verdrängt) ohnehin selbstverständlich.¹⁹³

Zusammenfassend gibt es keine überzeugenden Begründungen dafür, den immateriellen Schaden aus dem Vertragsrecht auszuschließen. Für den Fall *Zheng Xuefeng und Chen Guoqing vs. Das Volkskrankenhaus von Jiang-su Provinz* hätte das Gericht vielmehr untersuchen sollen, ob die Kläger aus der Vertragsverletzung wirklich immateriellen Schaden erlitten haben.

Bisher hat die chinesische Rechtsprechung dem Patienten keinen immateriellen

¹⁸⁸ *Jiao*, S. 287 f. m.w.N.; *Cheng Xiao*, in: *Liang Huixing*, *Min Shang Fa Lun Cong*, 2002, Bd. 25, S. 87; *Qin Yonghui*, in: *Wan Erxiang* (Hrsg), *Zhai fa li lun yu shi yong* I, S. 90 ff.

¹⁸⁹ Gesetz vom 19.7.2002, BGBl. I 2674, in Kraft getreten am 1.8.2002.

¹⁹⁰ *Braschos*, 1979, S. 40 f., 125 ff., 229 ff., 252 f.; *Hohloch*, Allgemeines Schadensrecht, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, 1981, S. 375 (438, 474); *Diedrich*, MDR 1994, 525 ff.; *Thüsing*, ZRP 2001, 285 ff.

¹⁹¹ *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Rn. 13; *Katzenmeier*, JZ 2002, 1029, 1032.

¹⁹² *v. Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, Rn. 455 u. 576; *Katzenmeier*, JZ 2002, 1029, 1032.

¹⁹³ *Katzenmeier*, JZ 2002, 1029, 1032; *ders.* S. 86 f.; *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, 1993, Rn. 13.; *v. Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, Rn. 455 u. 576; *Braschos*, 1979, S. 375, 432 ff.; *Thüsing*, ZRP 2001, 285 ff.

Schaden aus dem Vertragsrecht zugesprochen. Deswegen wird sich ein Patient normalerweise nur dann auf den Behandlungsvertrag berufen, wenn bei ihm kein körperlicher sowie gesundheitlicher Schaden aufgetaucht ist. Wenn der Patient den immateriellen Schaden begehren möchte, insbesondere wenn er schwere körperliche sowie gesundheitliche Verletzungen erlitten hat, muss er eine Klage nach dem Deliktsrecht erheben. Bis heute bleibt deshalb die Anwendung des Vertragsrechts auf einen schweren ärztlichen Behandlungsfehler nur eine theoretische Möglichkeit.

V. Die Anwendbarkeit des Verbraucherschutzgesetzes

1. Die Anwendung des Verbraucherschutzgesetzes

Das Anfang 1994 in Kraft getretene Verbraucherschutzgesetz zielt darauf ab, den Verbraucher beim Einkaufen oder beim Konsum von Waren oder Leistungen zu schützen, § 2 Verbraucherschutzgesetz. Das Verbraucherschutzgesetz hat jedoch nicht ausdrücklich definiert, ob ein Patient Verbraucher ist. Es wurde bereits von zwei Gerichten auf die Arzt-Patient-Streitigkeiten angewandt.¹⁹⁴ Inzwischen haben auch insgesamt 13 Provinzen¹⁹⁵ die ärztliche Leistung ausdrücklich in den lokalen Regeln zum Verbraucherschutz¹⁹⁶ geregelt. Dennoch ist es sowohl in der Literatur als auch in der Judikatur bis heute noch sehr umstritten.¹⁹⁷

Bei den Debatten, ob der Patient Verbraucher ist, hat es sich offenbar gezeigt, dass das Ministerium für Gesundheitswesen die medizinischen Einrichtungen

¹⁹⁴ Das Mittlere Volksgericht der Lu-zhou Stadt der Si-chuan Provinz seit 1999; Das Mittlere Volksgericht der Wen-zhou Stadt der Zhe-jiang Provinz seit 2001, siehe http://www.chinalawedu.com/news/21604/7600/77/2004/4/you2153354734184400275285_99761.htm (letzter Zugriff: 2.6.2010); Ren min fa yuan bao 15.03.2003, oder <http://rmfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=47933> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

¹⁹⁵ Diese 13 Provinzen sind: Shan-dong (2007), Guang-xi (2007), Si-chuan (2007), Gui-zhou (2006), Fu-jian (2005), Hu-nan (2005), An-hui (2004), Gan-su (2004), Liao-nin (2004), Yun-nan (2002), Zhe-jiang (2000), Guang-dong (1999), Jiang-su (1996).

¹⁹⁶ Nach § 63 Gesetzgebungsgesetz sind der Volkskongress einer Provinz sowie sein ständiger Ausschuss berechtigt, lokale Regelungen zu erlassen. Deshalb haben die lokalen Regelungen auch Gesetzeskraft, obwohl sie niedriger als Gesetze, Justizauslegungen, Rechtsverordnungen sind.

¹⁹⁷ Das Mittlere Volksgericht der Shen-zhen Stadt stimmt der Anwendung des Verbraucherschutzgesetzes zu, aber das Obere Volksgericht der Guang-dong Provinz hat andere Meinung. Vgl. <http://www.szlawyers.net.cn/sygd/zywj/2007/10/26/2493.html> (letzter Zugriff: 2.6.2010); <http://www.szlawyers.net.cn/sygd/mssp/2010/01/21/25552.html> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

begünstigen möchte. Im März 2000 hat sich das Ministerium für Gesundheitswesen öffentlich geäußert, dass das Verbraucherschutzgesetz auf Rechtsstreite zwischen öffentlichen medizinischen Einrichtungen und Patienten nicht angewendet werden soll. Das Verbraucherschutzgesetz regle vor allem das Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Die öffentlichen medizinischen Einrichtungen seien aber gemeinnützige Einrichtungen, für die die staatliche Sozialpolitik gelte. Dies würde einen wesentlichen Unterschied zu Unternehmern ausmachen, die normalerweise gewinnbringend sind.¹⁹⁸ Diese Meinung wurde aber von einigen Abgeordneten des Nationalen Volkskongresses abgelehnt. Sie meinten, diese Stellungnahme vom Ministerium für Gesundheitswesen sei eine Auslegung zum Verbraucherschutzgesetz, wozu es aber keine Befugnis hätte. Angesichts dieser Widerlegung hatte das Ministerium diese Stellungnahme kurze Zeit darauf widerrufen.¹⁹⁹

Im Fall *Zheng Xuefeng und Chen Guoqing vs. Das Volkskrankenhaus von Jiang-su Provinz* hat sich die Rechtsprechung offenbar der Meinung des Ministeriums für Gesundheitswesen angeschlossen und dementsprechend die öffentlichen medizinischen Einrichtungen nicht als Unternehmer anerkannt.

Das erste veröffentlichte Urteil, in welchem das Verbraucherschutzgesetz auf den Prozess zwischen einem öffentlichen Krankenhaus und Patienten angewendet wurde, erging im Jahre 2001 in der Stadt Wen-zhou der Zhe-jiang Provinz.²⁰⁰ Das Gericht hat § 42 Verbraucherschutzgesetz herangezogen, um dem Patienten Schadensersatz zuzusprechen. Nach diesem Paragraphen muss der Unternehmer Schadensersatz für die Bestattung des Toten sowie die erforderlichen Lebenshaltungskosten für die Unterhaltenen des Toten leisten, wenn der Tod durch die Ware oder Leistung des Unternehmers herbeigeführt wurde. Nach der damals auf die Arzthaftung geltende Rechtsverordnung über *die Maßnahmen zur Behandlung des ärztlichen Unfalls* war aber dem Patienten

¹⁹⁸ <http://news.sina.com.cn/china/2000-3-11/70667.html> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

¹⁹⁹ <http://www.flzj.com/html/dxal/yjfal/17691.html> (letzter Zugriff: 2.6.2010);

<http://www.aizhi.org/shyx/3-15.txt> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

²⁰⁰ Ren min fa yuan bao 15.03.2003, oder in: <http://rmfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=47933> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

nichts zu ersetzen, wenn der Behandlungsfehler keinen ärztlichen Unfall bildete. Nur wenn der Patient einen ärztlichen Unfall erlitten hätte, könnte er eine geringe Kompensation bekommen. Seit dem Inkrafttreten der RBäU ist es aber nicht mehr nötig, aufgrund von § 42 Verbraucherschutzgesetz dem Patienten Schadensersatz zuzusprechen.²⁰¹

Am 19.12.2007 hat das Obere Volksgericht der Guang-dong Provinz eine Anweisung zum Arzthaftpflichtprozess erlassen. Danach ist das Verbraucherschutzgesetz nicht auf die Dienstleistung über Diagnose, Behandlung, Eingriff und Pflege anzuwenden. Das Verbraucherschutzgesetz gilt nur, wenn der Rechtsstreit sich daraus ergibt, dass die medizinische Einrichtung medizinische Instrumente oder Arzneimittel dem Patienten verkauft hat, oder dem Patienten Verpflegung und Unterkunft angeboten hat.²⁰²

Sowohl die Gerichte beider Instanzen zum Fall *Zheng Xuefeng und Chen Guoqing vs. Das Volkskrankenhaus von Jiang-su Provinz*, als auch das Obere Volksgericht der Guang-dong Provinz haben aber ganz in Kenntnis der jeweiligen lokalen Regeln zum Verbraucherschutz diese außer Betracht gelassen. In beiden lokalen Regeln werden die medizinischen Dienstleistungen geregelt. Obwohl darin die Diagnose, Behandlung, Eingriff und Pflege nicht ausdrücklich aufgeführt werden, wird aber stattdessen das Gebühreneintreiben für solche Leistungen nach dem Verbraucherschutzgesetz geregelt. Wenn bei der Bezahlung der medizinischen Gebühren der Patient Verbraucher ist, soll er auch Verbraucher zum Zeitpunkt der Entgegennahme der Leistung sein.

Heutzutage leben alle öffentlichen medizinischen Einrichtungen grundsätzlich von eigenem Gewinn, der vor allem beim Verkauf von Arzneimitteln erzielt wird. Deswegen sollten sie ebenso wie die privaten medizinischen Einrichtungen als Unternehmer angesehen werden. Darüber hinaus ist es unbestritten, dass der Patient gegenüber einem privaten Krankenhaus Verbraucher ist. Es

²⁰¹ Denn die RBäU, im Vergleich zu *der Maßnahmen zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*, hat einen umfangreicheren Schadensersatz für den ärztlichen Unfall vorgesehen. Bildet die ärztliche Pflichtverletzung keinen ärztlichen Unfall, kann der Patient noch Schadensersatz nach AGZ und entsprechenden Justizauslegungen geltend machen.

²⁰² <http://www.szlawyers.net.cn/sygd/mssp/2010/01/21/25552.html> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

gibt keine überzeugenden Gründe dafür, die privaten medizinischen Einrichtungen zu diskriminieren.²⁰³

2. Der Betrug und der bestrafende Schadensersatz (Punitive Damages)

Die Berufung auf das Verbraucherschutzgesetz im Arzthaftungsprozess erfolgt vor allem wegen des Strafschadensersatzes.²⁰⁴ Neben dem einfachen Schadensersatz sieht das Verbraucherschutzgesetz im § 49 einen Strafschadensersatz zugunsten des Verbrauchers vor. Hat der Unternehmer beim Anbieten der Waren oder Dienstleistungen den Verbraucher betrogen, muss er dem Verbraucher einen Schadensersatz in doppelter Höhe des Preises leisten.

Das Verbraucherschutzgesetz hat an sich den Begriff vom Betrug nicht definiert. Nach § 67 *der Meinung des Obersten Volksgerichts bezüglich der Durchführung der AGZ (Verbesserte Auflage)* kann es als Betrug angesehen werden, wenn eine Partei der anderen vorsätzlich einen falschen Sachverhalt mitteilt oder den wahren Sachverhalt verheimlicht und sie damit zu einer irrigen Willenserklärung verleitet. Danach bildet Vorsatz ein entscheidendes Tatbestandsmerkmal des Betrugs.²⁰⁵

Viele Fälle sind dem Betrug zuzuordnen. Die medizinische Einrichtung spricht die Patienten durch gesetzwidrige und täuschende Werbungen an und behauptet darin, dass ein Arzneimittel oder eine Behandlung eine außerordentlich gute Wirkung habe.²⁰⁶ Sie kann auch die Krankheit des Patienten übertreiben oder sogar fälschlich behaupten.²⁰⁷ Bei der Behandlung können auch bewusst man-

²⁰³ Lin Xiuqin/Liu Shufen, in: Fu jian zheng fa guan li gan bu xue yuan xue bao, 2005 No. 3, S. 3 ff.

²⁰⁴ Ma Jun/Wen Yong/Liu Xin, S. 49. Ein anderer Grund dafür ist, dass in China der Verbraucherverein eine immer wichtigere Rolle beim Schutz des Verbrauchers spielt. Wenn der Patient als Verbraucher anerkannt wird, kann der Verbraucherverein eingreifen und dem Patienten helfen. Das hat der Verbraucherverein auch immer versucht. Siehe

<http://www.deyang.gov.cn/dyweb/showinfo.asp?bigclass=%B5%C2%D1%F4%BE%AD%BC%C3&id=35915> (letzter Zugriff: 6.6.2010);

<http://politics.people.com.cn/GB/14562/9022039.html> (letzter Zugriff: 6.6.2010);

http://www.jhnews.com.cn/gb/content/2003-12/12/content_229932.htm (letzter Zugriff: 6.6.2010);

<http://www.lawyers.org.cn/info/b496c343e65d47b2bc6d7cebbbfc6064> (letzter Zugriff: 6.6.2010).

²⁰⁵ Liang Huixing, Ren min Fa yuan Bao, 29.03.2001.

²⁰⁶ Das Qian-kun Krankenhaus behauptete in seiner Werbung, es könne verschiedene bösartige Geschwülste heilen. Es wurde mit einer Geldstrafe belegt. In: Bei jing qing nian bao 11.03.2005; Nan fang ri bao 22.09.2009 oder in: <http://nf.nfdaily.cn/nanfangedaily/nfjx/200909210014.asp> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

²⁰⁷ Yu Rongjun/Wang Zhenyuan/Fang Junbang, in: Fa lü yu yi xue za zhi 2004 No. 11, S. 82.

gelhafte oder falsche Arzneimittel oder Instrumente verwendet werden.²⁰⁸ Der Betrug kann auch in der willkürlichen Gebührenerhebung bestehen. In Rechnungen werden mehr Arzneimittel abgerechnet als tatsächlich verbraucht wurden.²⁰⁹ Offenbar unnötige Arzneimittel oder Instrumente können in Anspruch genommen werden.²¹⁰

Wenn der Patient den Strafschadensersatz geltend macht, bereitet aber der Tatbestand des Betrugs Schwierigkeiten. Er muss grundsätzlich den Betrug der medizinischen Einrichtung beweisen. Gelingt ihm der Beweis, dann kann er möglicherweise den Strafschadensersatz bekommen.²¹¹

VI. Verbot des Haftungsausschlusses durch Vertrag

Nach § 53 Nr.1 Vertragsgesetz ist eine Vertragsklausel wirkungslos, wenn sie eine Partei von der Haftung für die der anderen Partei zugefügten Schäden an Leib und Leben befreit. Das Vertragsgesetz spielt deshalb noch eine wichtige Rolle für den Patientenschutz. In China muss der Patient oder die Familienangehörigen vor der Durchführung des Eingriffs eine schriftliche Genehmigung zum Eingriff unterzeichnen.²¹² Die medizinische Einrichtung wird normalerweise auch auf diese Weise die Aufklärungspflicht vor dem Eingriff leisten. In diesem von der medizinischen Einrichtung ausgestellten Formular werden nicht selten bestimmte Klauseln geschrieben, die die Haftung der medizinischen Einrichtung beschränken oder erlassen würden. Eine solche Klausel ist nach dem Vertragsgesetz unwirksam.²¹³

Ist es rechtlich verbindlich, wenn man nach der Feststellung des Behandlungs-

²⁰⁸ Mehrere Krankenhäuser in Chen-zhou Stadt, Hu-nan Provinz benutzen Industriesauerstoff anstatt medizinischen Sauerstoff für die Patienten. Siehe <http://news.sina.com.cn/c/2010-04-10/011717348841s.shtml> (letzter Zugriff: 2.6.2010); <http://politics.people.com.cn/GB/14562/11350661.html> (letzter Zugriff: 2.6.2010). Einundzwanzig Krankenhäuser in Nanjing benutzen Industriesauerstoff anstatt medizinischen Sauerstoff für die Patienten, in: Jiang nan shi bao 29.01.2002.

²⁰⁹ Zhou Hongqing, in: Zhong guo wei sheng shi ye guan li, 2004 No. 9, S. 45 f.

²¹⁰ Nan fang zhou mo 03.11.2005.

²¹¹ Liang Huixing, Ren min fa yuan bao, 29.03.2001.

²¹² § 10 (Vorläufige) grundlegende Standards zum Schreiben der Krankheitsdokumente (1.9.2002).

²¹³ <http://sichuan.scol.com.cn/cdms/20040607/20046743630.htm> (letzter Zugriff: 2.6.2010);

<http://www.mingong123.com/news/21/2007-11-27/123627520781913.html> (letzter Zugriff: 2.6.2010);

http://www.fblawyer.com/shownews.asp?news_id=605 (letzter Zugriff: 2.6.2010);

<http://www.bffzb.com/classshow.asp?id=17648> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

fehlers durch einen Vertrag den Schadensersatz bezüglich der körperlichen sowie gesundheitlichen Verletzung begrenzt oder erlässt? Dazu gibt es ganz gegenteilige Urteile.

Im Fall *Liu vs. Peking Tumorklinik*²¹⁴ hat das Gericht solch einen Vertrag für wirksam anerkannt.²¹⁵

Der Kläger war Ehemann der Patientin, welche an Lungenkrebs litt und stationär behandelt wurde. Die Patientin verstarb unerwartet während einer Operation. Für die Operation hat die Klinik pflichtwidrig keine unterzeichnete Genehmigung von der Patientin oder von den Familienangehörigen eingeholt.

Der Kläger führte Beschwerde gegen die Klinik über diese ärztliche Pflichtverletzung. Weil das Amt für Gesundheitswesen seine Beschwerde nicht behandelte, erhob er dann eine Klage gegen das Amt für Gesundheitswesen mit der Begründung, dass das Amt seine rechtliche Verpflichtung, für den ärztlichen Unfall das Gutachterverfahren vorzunehmen, unterlassen hat.

Der Kläger und die beklagte Klinik verglichen sich anschließend und schlossen einen schriftlichen Vergleich ab. Am selben Tag nahm der Kläger die Klage gegen das Amt für Gesundheitswesen zurück. Der Vergleich lautet im Wesentlichen,

(1) Die Klinik gesteht ein, dass bei der Durchführung der Operation dem medizinischen Personal Fehler untergelaufen ist. Sie bittet den Kläger um Verzeihung und wird dem betroffenen medizinischen Personal Strafmaßnahme erteilen.

(2) Die Klinik wird dem Kläger eine Kompensation in Höhe von 60.000 RMB leisten.

(3) Der Kläger ist damit einverstanden, diesen Fall weder vor Gericht zu bringen, noch in der Presse zu veröffentlichen.

Kurz danach erhob der Kläger wieder eine Klage und forderte vom Gericht, den Vertrag als unwirksam zu erklären. Der Kläger behauptete, nach der Be-

²¹⁴ Zitiert nach *Ma Jun/Wen Yong/Liu Xin* S. 327 ff.

²¹⁵ Ein anderer Fall mit der gleichen Entscheidung, siehe

<http://rmfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=117984> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

handlung habe die Klinik den Fehler geleugnet und ihm Hindernisse in den Weg zur Einlegung der Beschwerde gelegt. Unter diesen Umständen hätte er nicht umhin können, sich mit der Klinik zu vergleichen. Der Inhalt des Vertrags stimme mit den Tatsachen nicht überein, und stehe im Widerspruch zu seinem wirklichen Willen. Deshalb solle der Vertrag als unwirksam erklärt werden.

Die Klage wurde zurückgewiesen. Das Gericht urteilte, dass der Kläger keine hinreichenden Beweise dafür eingelegt habe, dass der Inhalt des Vertrags im Widerspruch zu seinem wirklichen Willen stehe. Am selben Tag des Vertragsschlusses habe der Kläger seine Klage gegen das Amt für Gesundheitswesen zurückgezogen. Er habe auch die von der Klinik bezahlte Kompensation entgegengenommen. Daraus sei zu erschließen, dass der Inhalt des Vertrags sein wirklicher Wille sei. Der Vertrag zwischen den beiden Parteien sei deswegen wirksam und verbindlich.

In einem anderen Urteil *Gao Xiaohui vs. Zentrale Klinik Ji-Tian Shuang-liu-Xian Si-chuan Provinz*²¹⁶ wurde jedoch solch ein Vertrag als unwirksam beurteilt. Weil es in der vom Obersten Volksgericht herausgegebenen Zeitschrift *Ren min fa yuan an li xuan* (*Die ausgewählten Urteile der Volksgerichte*, nachfolgend *ALX*) veröffentlicht wird, prägt dieses Urteil tiefer auf die Rechtsprechung und die Praxis als das oben genannte.

Die Klägerin, Gao Xiaohui, litt an Hydronephrose und Nierensteine. Der Eingriff zur Exploration und Entfernung der Steine wurde in der beklagten Klinik vorgenommen. Bei der Operation entfernte der Arzt aber eine Niere. Die Entfernung der Niere bildete einen schwerwiegenden ärztlichen Unfall, wie das Gutachten vom Medizinischen Verein zeigte. Die beiden Parteien schlossen einen Vertrag über die Weiterbehandlung und Schadensersatz ab. Danach wurden alle vor dem Vertragsschluss entstandenen stationären Behandlungskosten von der Klinik getragen, und die Kosten für die Weiterbehandlung nach dem Vertragsschluss trug die Klägerin. Die Klägerin sollte keinen weiteren Schadensersatz gegenüber der Klinik geltend machen.

²¹⁶ ALX 2006 No. 2, S. 154 ff.

Nach dem Vertragsschluss musste die Klägerin noch weitere stationäre Behandlungen durchführen lassen. Sie hat ihre totale Arbeitskraft verloren, und ist auf dauerhafte Dialysen angewiesen. Die Klägerin erhob dann eine zweite Klage gegen die beklagte Klinik. Sie behauptete, der Vertrag sei unwirksam.

Das Gericht erster Instanz urteilte, nach § 53 Nr.1 Vertragsgesetz sei eine Vertragsklausel wirkungslos, wenn sie eine Partei von der Haftung für die der anderen Partei zugefügten Schäden an Leib und Leben befreie. Der Vertrag zwischen den beiden Parteien enthalte eine Klausel, nach der die Klinik nichts weiter für die weiteren Behandlungen bezahlen müsse. Diese Klausel verstoße gegen das Vertragsgesetz und sei deshalb unwirksam.

Dieses Urteil ist aber sehr problematisch. Im § 53 Vertragsgesetz wird es so vorgeschrieben: *Vertragsklauseln, die von der Haftung in folgenden Punkten befreien, sind wirkungslos: 1. für der anderen Seite verursachte Schäden an Leib und Leben; 2. für Vermögensschaden, welcher der anderen Seite vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht wird.* Unter Nr.1 ist es aber richtig zu verstehen, dass die Haftung für die der anderen Partei zugefügten Schäden an Leib und Leben nicht *im Voraus* im Vertrag ausgeschlossen werden darf, obwohl § 53 (sowie im ganzen 3. Kapitel §§ 44–59 Vertragsgesetz über Wirksamkeit des Vertrages) nicht wörtlich „im Voraus“ erwähnt wird. Wenn man sich die Struktur des Vertragsgesetzes anschaut, wird deutlich, dass der Inhalt des Vertragsgesetzes nach einer zeitlichen Reihenfolge gestaltet ist, von der Erstellung des Vertrages, über die Wirksamkeit des Vertrages und Vertragserfüllung, bis hin zur Haftung für Vertragsverletzungen. § 53 befindet sich im 3. Kapitel über Wirksamkeit des Vertrags, weswegen die Haftung im Sinne dieses Paragraphen auf den Schaden gerichtet werden muss, der während der Vertragserfüllung entsteht, aber nicht schon beim Vertragsschluss entstanden ist. Darüber hinaus können wir uns den § 276 III BGB rechtsvergleichend ansehen, der besagt, dass die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner nicht *im Voraus* erlassen

werden kann.²¹⁷

In diesem Fall haben die beiden Parteien offensichtlich über die bereits entstandene Körper- sowie Gesundheitsverletzung disponiert. § 53 Nr. 1 Vertragsgesetz ist deswegen überhaupt nicht anwendbar.

Dem Urteil ist daher nicht zuzustimmen. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Vertrag zwischen der Klägerin und der Klinik nicht unproblematisch ist. Er ist vielmehr veränderbar und widerrufbar nach § 54 Vertragsgesetz. Danach kann eine Partei vom Volksgericht oder Schiedsgericht die Änderung oder den Widerruf des Vertrags verlangen:

1. wenn er aufgrund eines schweren Irrtums errichtet worden ist;
2. wenn er bei Vertragserstellung deutlich ungerecht ist.

In diesem Fall ist es sehr wahrscheinlich, dass die Klägerin beim Vertragsschluss keine klare Vorstellung zu den schwerwiegenden Folgen des Behandlungsfehlers hat. Ein schwerer Irrtum würde dennoch vorliegen.

B. Haftung aus Deliktsrecht

I. Voraussetzungen der deliktischen Haftung

Der Schwerpunkt des Arzthaftungsrechts in China liegt ganz im Vertragsrecht und im Deliktsrecht. Das Deliktsrecht spielt sogar eine noch wichtigere Rolle als das Vertragsrecht. Für die Pflichtverletzung trifft die medizinische Einrichtung eine Verschuldenshaftung. Jedoch herrscht in der Literatur noch Streit bezüglich der Voraussetzungen der Verschuldenshaftung.²¹⁸ Die zwei wichtigsten Lehren sind sog. *Vier Faktoren Doktrin* und *Drei Faktoren Doktrin*.

Nach der *Vier Faktoren Doktrin* wird eine deliktische Haftung durch rechtswidriges Verhalten, Rechtsgutverletzung, Verschulden und Kausalität begründet.²¹⁹

Die *Drei Faktoren Doktrin* meint, die drei Voraussetzungen, also Rechtsguts-

²¹⁷ Ausführlich zum chinesischen Vertragsrecht siehe *Ping Shi*, Prinzipien des chinesischen Vertragsrechts; *Scheil*, Vertragsgesetz der Volksrepublik China.

²¹⁸ Ausführlich siehe *Feuerstein*, S. 47 ff. m.w.N.; *Li Youyi*, S. 585, 590; *Ma Yuan*, S. 307, 312; *Yang Lixin/Han Haidong*, S. 73, 112; *Kong Xiangjun*, Qin quan ze ren yao jian yan jiu, in: *Zheng fa lun tan*, 1993. 1.; *Yang Lixin*, Qin quan fa lun, S. 172 ff.

²¹⁹ *Zhang Xinbao*, Zhong Guo Qin Quan Xing Wei Fa, S. 73 ff.; *Yang Lixin*, Qin Quan Fa Lun, S. 174 ff.; *Xu Shanghao/Chen Wei*, S. 20.

verletzung, Verschulden und Kausalität sind schon ausreichend für eine deliktische Haftung.²²⁰ Ob Rechtswidrigkeit eine Voraussetzung sein soll, bildet den Mittelpunkt des Streites. Das Oberste Volksgericht hat in seiner Justizauslegung zu Ehrenrechtsfällen²²¹ die *Vier Faktoren Doktrin* anerkannt.²²²

1. Verschulden

Das Verschulden bedeutet Vorsatz und Fahrlässigkeit.²²³ Aber im chinesischen Zivilrecht gibt es keine besonderen Vorschriften zu den Begriffen von Vorsatz und Fahrlässigkeit.²²⁴ Sie finden ihre jeweilige Definition nur in § 14 I und § 15 I des chinesischen StGB.²²⁵ Das Ministerium für Gesundheitswesen hat in *der Erklärung zu einigen Fragen bezüglich der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls* die strafrechtliche Definition von Fahrlässigkeit übernommen.²²⁶ Diese Meinung ist abzulehnen. Das Verschulden in beiden Rechtsgebieten soll nicht gleich sein.²²⁷ Darüber hinaus hat die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit im Vergleich zum Strafrecht im Zivilrecht eher geringe Bedeutung. Denn in den meisten Fällen der Verschuldenshaftung reicht die Fahrlässigkeit. Weiterhin kommt das Verschulden des Arztes in der Praxis regelmäßig in Form der Fahrlässigkeit vor. Nach herrschender Meinung²²⁸ ist die Fahrlässigkeit im Zivilrecht mit objektiven Kriterien festzustellen.

²²⁰ Wang Limin, *Min Fa Qin Quan Xing Wei Fa*, Zhong Guo Ren Min Da Xue Chu Ban She 1993, S. 135 ff.; Kong Xiangjun, *Qin quan ze ren yao jian yan jiu*, in: Zheng fa lun tan, 1993 No. 1.; Wang Limin, *Qin Quan Xing Wei Fa Gui Ze Yuan Ze Yan Jiu*, Zhong Guo Zheng Fa Du Xue Chu Ban She 1992, S. 407, 423.

²²¹ *Die Auslegung des Obersten Volksgerichts über einige Probleme bei der Verhandlung in Bezug auf das Recht auf Reputation*, <http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/SLC.asp?Db=chl&Gid=6342> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

²²² Ausführlich siehe Feuerstein, S. 47 ff. m.w.N.

²²³ Yang Lixin, *Qin Quan Fa Lun*, S. 214 ff.; Zhang Xinbao, *Zhong Guo Qin Quan Xing Wei Fa*, S. 132 ff.

²²⁴ Feuerstein, S. 58 ff. m.w.N.

²²⁵ § 14 I des chinesischen StGB: Wer deutlich weiß, dass seine Handlung eine die Gesellschaft schädigende Folge herbeiführen kann und die Verwirklichung dieser Folge trotzdem erhofft oder der Herbeiführung der Folge freien Lauf lässt, und dadurch ein Verbrechen begründet, begeht ein vorsätzliches Verbrechen.

§ 15 I des chinesischen StGB: Wer voraussehen soll, dass seine Handlung eine schädliche Folge für die Gesellschaft haben kann, aber sie aus Nachlässigkeit nicht voraussieht, oder sie voraussieht, aber leichtgläubig meint, sie vermeiden zu können und dadurch die Folge verursacht, begeht ein fahrlässiges Verbrechen.

²²⁶ Tang Dehua, S. 56 f.; Feuerstein, S. 152 f. m.w.N.

²²⁷ Feuerstein, S. 59 f.; Tang Dehua, S. 57.

²²⁸ Tang Dehua, S. 57.; Yang Lixin, S. 213; Ai Erken, S. 112 ff.; Ma Jun/Wen Yong/Liu Xin, S. 97 ff.; Wang Yang, in: Liang Huixing (Hrsg), *Min Shang Fa Lun Cong*, Band 11, S. 720 ff.

len.²²⁹ Eine ausführliche Darstellung von Sorgfaltsmaßstab des Arztes wird meistens mit Zitierung von japanischen und amerikanischen Lehren gemacht.²³⁰ Zusammengefasst ist der Sorgfaltsmaßstab des Arztes abhängig von dem Wissenschaftsstand der Medizin, den Ausrüstungen, der Behandlungssituation, der Dringlichkeit der Behandlung, sowie der fachlichen Stärke des Arztes. Der örtliche Unterschied von Ausrüstungen wird besonders betont. In China entwickelt sich die regionale Wirtschaft überhaupt nicht gleichmäßig. Die Ausrüstungen von medizinischen Einrichtungen werden tief davon geprägt.²³¹ Die Krankenhäuser sind normalerweise in unterschiedliche Klasse eingeordnet. Je höher die Klasse eine, desto bessere Behandlungssituation ist zu erwarten.²³²

2. Rechtsgutverletzung und Kausalzusammenhang

Unter Rechtsgutverletzung versteht man die Rechtsgutverletzung und die daraus resultierenden Schäden.²³³ Eine klare Trennung zwischen der Rechtsgutverletzung und dem Schaden wird nicht durchgeführt.

Bezüglich der Kausalität werden nicht nur die Lehre aus Deutschland, sondern auch die aus USA, England, Japan sowie Taiwan/China eingeführt, so dass in der Literatur über die Adäquanztheorie, den tatsächlichen Ursachenzusammenhang (causation in fact, factual causation) und den rechtlichen Ursachenzusammenhang (causation in law, proximate cause) viele Ansichten existieren.²³⁴ Die Adäquanztheorie wird heute von herrschender Meinung bevorzugt.²³⁵

3. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit braucht allerdings nicht gesondert festgestellt zu werden;

²²⁹ Ausführlich über die unterschiedlichen Meinungen siehe *Feuerstein*, S. 60 f.

²³⁰ *Tang Dehua*, S. 57 ff.; *Ai Erken*, S. 112 ff.; *Ma Jun/Wen Yong/Liu Xin*, S. 97 ff.; *Wang Yang*, in: *Liang Huixing* (Hrsg), *Min Shang Fa Lun Cong*, Band 11, S. 720 ff.

²³¹ *Tang Dehua*, S. 59; *Ma Jun/Wen Yong/Liu Xin*, S. 97; *Ai Erken*, S. 114; *Wang Shengming*, S. 283.

²³² *Ma Jun/Wen Yong/Liu Xin*, S. 97; *Wang Yang*, in: *Liang Huixing* (Hrsg), *Min Shang Fa Lun Cong*, Band 11, S. 725.

²³³ *Yang Lixin*, *Qin Quan Fa Lun*, S. 192 ff.; *Zhang, Xinbao*, *Zhong Guo Qin Quan Xing Wei Fa*, S. 92 ff.

²³⁴ *Yang Lixin*, *Qin Quan Fa Lun*, S. 201 ff.; *Zhang, Xinbao*, *Zhong Guo Qin Quan Xing Wei Fa*, S. 110 ff.; *Tang, Dehua*, S. 61; *Shi Shangkuan*, *Zhai Fa Zong Lun*, S. 166 ff.; *Wang Yang*, S. 692 ff.; Ausführlich über die unterschiedlichen Lehren siehe *Feuerstein*, S. 39 ff.

²³⁵ *Ye Jinqiang*, in: *Zhong guo fa xue*, 2008 No. 1 S. 34 ff.; *Chen Tieshui/Li Qinglin*, in: *Yun nan da xue xue bao: Fa xue ban*, 2005 Bd. 18 No. 2 S. 24 ff.; *Yang, Lixin*, *Qin Quan Fa Lun*, S. 207 ff.; *Tang Dehua*, S. 63 f.; Ausführlich über die unterschiedlichen Lehren siehe *Feuerstein*, S. 39 ff.

diese ist vielmehr durch die Verwirklichung des Tatbestands indiziert.²³⁶ Während der ärztlichen Behandlung träge die medizinische Einrichtung zwei wesentliche Pflichten: Die eine sei die Aufklärungspflicht, der Patient müsse über die Risiken vor dem Eingriff aufgeklärt werden. Die andere sei die Behandlungspflicht, die Behandlung müsse zweckmäßig und erforderlich sein. Verletze die medizinische Einrichtung eine dieser wesentlichen Pflichten, so müsse sie die entsprechende Haftung tragen.²³⁷

II. Die Zweispurigkeit der Rechtsanwendung bei deliktischer Arzthaftung

Im Arzthaftungsverfahren wurden die Voraussetzungen der deliktischen Haftung bisher nach zwei unterschiedlichen Rechtsnormen bewertet. Für ärztlichen Unfall galt die RBäU,²³⁸ sonst wären *die Allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts* (nachfolgend „AGZ“) anzuwenden. Ab 01.07.2010 gelten an Stelle der vorhergehenden Vorschriften die §§ 54 ff. *Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen*, das am 26.12.2009 verabschiedet wurde.²³⁹ Das deliktische Arzthaftungsrecht wird dann im Wesentlichen neu gestaltet. Die bisherige Zweispurigkeit der Rechtsanwendung wird dadurch beseitigt. Die RBäU ist nicht mehr in der Rechtsprechung anzuwenden.²⁴⁰ Um die Entwicklung sowie die Probleme im chinesischen Recht zu diskutieren, wird hier zunächst das Recht vor Inkrafttreten des *Gesetzes zur Haftung für unerlaubte Handlungen* dargestellt.

1. Deliktische Haftung für den ärztlichen Unfall

a. Die Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls

Die Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls wurde am 29.06.1987

²³⁶ Tang Dehua, S. 57.; Yang Lixin, S. 213; Ai Erken, S. 112 ff.; Ma Jun/Wen Yong/Liu Xin, S. 97 ff.; Wang Yang, in: Liang Huixing (Hrsg), Min Shang Fa Lun Cong, Band 11, S. 720 ff.

²³⁷ Das Erste Mittlere Volksgericht von Shanghai, in Xu Shanghao/Chen Wei, Yi Liao Guan Si, S. 118.

²³⁸ Unter „ärztlichem Unfall“ ist ein Behandlungsfehler (*Medical Malpractice*) zu verstehen.

²³⁹ Abrufbar auf der offiziellen Webseite des Nationalen Volkskongresses,

http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/zxfl/2009-12/26/content_1533267.htm (letzter Zugriff: 2.6.2010).

²⁴⁰ Es ist jedoch noch unklar, ob die RBäU dann außer Kraft treten wird. In der Literatur wird vorgeschlagen, die RBäU entsprechend zu aktualisieren. Vgl. Chang Jiwen, in: Zhong guo zheng fa da xue xue bao, 2010 No. 2 S. 7 ff.; <http://china.findlaw.cn/yiliao/yiliaodongtai/2720.html> (letzter Zugriff: 7.6.2010); http://pangting.net/Article_Show.asp?ArticleID=26029 (letzter Zugriff: 7.6.2010).

vom Staatsrat bekannt gegeben, und ist schon seit 1.9.2002 außer Kraft.²⁴¹ Sie führte den Begriff „ärztlichen Unfall“ zum ersten Mal in das chinesische Deliktsrecht ein.²⁴² Um einen ärztlichen Unfall handelte es sich demzufolge, „wenn das medizinische Personal infolge fahrlässiger Diagnostik, Therapeutik oder Krankenpflege unmittelbar den Tod, die Behinderung oder durch Schädigung der Zellgewebe oder Organe eine Funktionsstörung herbeiführt“, § 2 *der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*. Andere Verletzungen bildeten keinen ärztlichen Unfall.²⁴³

Der Begriffsbestimmung nach musste der ärztliche Unfall *unmittelbar* durch einen ärztlichen Fehler herbeigeführt werden. Dies ist jedoch sehr problematisch. Einerseits ist es nicht leicht zwischen *mittelbar* und *unmittelbar* zu unterscheiden, insbesondere wenn viele Elemente zum Schaden beigetragen haben. Andererseits dürften, selbst wenn eine Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Gründen möglich wäre, die medizinische Einrichtung sowie das medizinische Personal nicht deswegen von der Haftung befreit werden, weil der ärztliche Fehler nur mittelbar ursächlich für den Schaden wäre.²⁴⁴

Waren der Patient bzw. seine Familienangehörigen der Meinung, dass ein ärztlicher Unfall vorlag, könnten sie von der medizinischen Einrichtung die Untersuchung des Vorfalls fordern, § 9 III *der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*. Stritten sich die Parteien über die Feststellungen und die Behandlung des Falles, hatten beide Parteien das Recht, der örtlichen Gutachterkommission die Angelegenheit zur Beurteilung vorzulegen und den Fall durch das Amt für Gesundheitswesen regeln zu lassen, § 11 S. 1 *der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*. Die örtliche Gutachterkommission prüfte, ob ein ärztlicher Unfall vorlag oder nicht. Entsprechend dieser Beurteilung lag dann das Amt für Gesundheitswesen die Rechtsfolgen fest,

²⁴¹ Vgl. § 63 RBäU.

²⁴² Ausführliche Darstellung über das Arzthaftungsrecht vor 2002 siehe *Feuerstein*, S. 143 ff.

²⁴³ *Feuerstein*, S. 143 ff.

²⁴⁴ *Tang Dehua*, S. 38; *Chen Zhihua*, in: *Zhong guo lü shi (CHINESE LAWYER)* 2007 No. 11, S. 30 f.; *Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu*, S. 11; *Wu Sihan*, in: *Fa lü yu yi xue za zhi* 2002 Bd. 9 No. 4 S. 197 ff.

§§ 11 S. 1, 13 S. 3, 18, 22 *der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*. Waren die Parteien mit der Beurteilung der Gutachterkommission oder der Regelung durch das Amt für Gesundheitswesen nicht einverstanden, könnten sie innerhalb von 15 Tagen ab Beurteilungs- bzw. Regelungsmitteilung bei der höheren Gutachterkommission eine Neubeurteilung oder bei dem höheren Gesundheitsamt eine Neuentscheidung beantragen, oder aber vor Gericht klagen. Das bedeutete für den Patienten, dass er erst nach dem einmal durchgeführten außergerichtlichen Beurteilungs- und Regelungsverfahren die zivilrechtliche Schadensersatzklage erheben konnte.²⁴⁵ Mit diesen Bestimmungen sorgte *die Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls* für heftige Kritik.²⁴⁶ Das Oberste Volksgericht hat erstmals am 19.1.2001 entschieden, dass die Klage kein Gutachten zum ärztlichen Unfall voraussetzte.²⁴⁷ Vor dieser offiziellen Stellungnahme war das Gutachten zum ärztlichen Unfall immer Voraussetzung der Klage.

Darüber hinaus könnte das Gutachterverfahren nach *der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls* ein wahrheitsgemäßes Ergebnis nicht gewährleisten.²⁴⁸ Es gab nur sechs Paragraphen über das Gutachten, §§ 12-17. Darunter bezog sich nur ein Paragraph unmittelbar auf das Gutachterverfahren, § 14. Die Gutachterkommission bestand aus Ärzten, Krankenpflegern und Beamten des Gesundheitsamts, § 12 II. Die Neutralität sowie die fachwissenschaftliche Qualität der Gutachterkommission waren sehr problematisch.²⁴⁹ Darüber wurde gespottet, dass ein Vater seinen Sohn prüft.²⁵⁰

Das Gutachterergebnis war die einzige Grundlage zur Behandlung des ärztlichen Unfalls.²⁵¹ Das Gericht konnte nur entweder die Gutachterkommission

²⁴⁵ Feuerstein, S. 156.

²⁴⁶ Chen Zhihua, in: Zhong guo lü shi (CHINESE LAWYER) 2007 No. 11, S. 30 f.; Feuerstein, S. 156 f. m.w.N.

²⁴⁷ Siehe die Antwort vom Obersten Volksgericht an das Obere Volksgericht der Guang-dong Provinz am 19.01.2001, <http://www.shanghai-lawyer.net/shpc/ylsg/20070608/152735.htm> (letzter Zugriff: 25.6.2010).

²⁴⁸ Chen Zhihua, in: Zhong guo lü shi (CHINESE LAWYER) 2007 No. 11, S. 30 f.; Feuerstein, S. 156 f. m.w.N.

²⁴⁹ Chen Zhihua, in: Zhong guo lü shi (CHINESE LAWYER) 2007 No. 11, S. 30 f.; Tang Dehua, S. 216 ff.; Feuerstein, S. 156 f. m.w.N.

²⁵⁰ You Zhonghua, in: Fa lü yu yi xue za zhi, 2004 No. 11, S. 11 f.; Nan fang zhou mo, 22.03.2007.

²⁵¹ Über die ablehnende Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung siehe Feuerstein, S. 157 m.w.N.

auffordern, das Gutachterergebnis nochmal durchzugehen, oder ein neues Gutachten von der höheren Gutachterkommission einzuholen, wenn es nicht überzeugt von dem Gutachterergebnis war, § 13 *der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*, Artikel 4.2 *der Erklärung zu einigen Fragen bezüglich der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*.

Die Krankheitsdokumente waren den Patienten überhaupt nicht zugänglich. Das Ministerium für Gesundheitswesen hat im Artikel 3.4 *der Erklärung zu einigen Fragen bezüglich der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls* bestimmt, dass die von der medizinischen Einrichtung aufbewahrten Krankheitsdokumente dem Patienten oder seinen Familienangehörigen nicht zugänglich seien, und nur mit Bestätigung des Vorsitzenden der medizinischen Einrichtung die Gutachterkommission, das Gericht oder der Staatsanwalt die Krankheitsdokumente an Ort und Stelle durchlesen könne.

Für einen ärztlichen Unfall bekam der Patient keinen Schadensersatz, sondern eine einmalige Kompensation, § 18 *der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*. Diese waren offensichtlich zu gering für den Patienten.²⁵² Bildete die ärztliche Pflichtverletzung keinen ärztlichen Unfall, bekam der Patient dann nichts zum Ausgleichen des Schadens.²⁵³

Die Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls hatte nicht nur den Patienten Benachteiligungen gebracht, sondern auch dem Amt für Gesundheitswesen Belastungen geschafft. *Das Chinesische Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz* wurde am 04.04.1989 bekannt gegeben. Seitdem wurde das Amt für Gesundheitswesen immer häufiger von Patienten verklagt, wenn der Patient nicht einverstanden mit dem Gutachterergebnis oder der verwaltungsrechtlichen Behandlung des ärztlichen Unfalls war, oder wenn das Amt für Gesundheitswesen seine rechtliche Pflicht zur Behandlung des ärztlichen Unfalls nicht rechtzeitig

²⁵² Feuerstein, S. 143 f.; In Jiang-su Provinz waren für einen ärztlichen Unfall des ersten Grades nicht mehr als 3.000 RMB, in Shanghai waren 4.000 RMB, in Peking waren es zwischen 4.000 und 6000 RMB. Siehe <http://www.51labour.com/lawcenter/lawshow-62385-4.html> (letzter Zugriff: 3.6.2010); <http://www.chinaacc.com/new/63/74/117/2006/1/zh994138343719160025890-0.htm> (letzter Zugriff: 3.6.2010); <http://info.med.hc360.com/2005/06/24153365176-5.shtml> (letzter Zugriff: 3.6.2010).

²⁵³ Feuerstein, S. 144.

durchgeführt hatte.²⁵⁴

b. Die Regelung zur Behandlung des ärztlichen Unfalls

Auf Basis *der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls* hat der Staatsrat die RBäU bekannt gegeben, die am 1.9.2002 in Kraft trat. Der Ausdruck „ärztlicher Unfall“ wird weiter übernommen.²⁵⁵

Anschließend hat das Oberste Volksgericht am 6.1.2003 die Justizauslegung, *die Mitteilung zur Verweisung auf die RBäU im Arzthaftungsprozess*, bekannt gegeben. In dieser kurzen Justizauslegung hat das Oberste Volksgericht ausdrücklich alle untergeordneten Volksgerichte aufgefordert, seit dem Inkrafttreten der RBäU alle Rechtsstreitigkeiten über den Schadensersatz bezüglich des ärztlichen Unfalls mit Verweisung auf die RBäU zu urteilen. Und wenn die Rechtsstreitigkeiten aufgrund anderer Ursachen als des ärztlichen Unfalls vor das Gericht gebracht werden, seien die AGZ anzuwenden. Seitdem werden ärztliche Unfälle als eine besondere Fallgruppe der deliktischen Haftung angesehen. Grundsätzlich darf sich der Patient nicht auf die AGZ als Anspruchsgrundlage berufen, wenn die Pflichtverletzung des Arztes einen ärztlichen Unfall bildet.²⁵⁶

a) Der ärztliche Unfall

Der ärztliche Unfall wird neu definiert. Nach § 2 RBäU liegt ein ärztlicher Unfall vor, wenn die medizinische Einrichtung oder das medizinische Personal während der ärztlichen Tätigkeiten gegen die Medizin und die das Gesundheitswesen regelnden Gesetze, Rechtsverordnungen sowie ministeriale Ordnungen und die medizinischen Standards und Konventionen verstoßen und dadurch fahrlässig eine Körperverletzung des Patienten herbeigeführt haben.

²⁵⁴ *Tang Dehua*, S. 334; veröffentlichte Urteile, siehe <http://shlx.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=117679020> (letzter Zugriff: 9.6.2010); <http://www.dlls.com.cn/ShowArticle.shtml?ID=2006102137772601.htm> (letzter Zugriff: 9.6.2010); <http://www.ndcnc.gov.cn/datalib/2002/Prejudication/DL/DL-73884> (letzter Zugriff: 9.6.2010); <http://www.chinacourt.org/html/article/200304/08/49136.shtml> (letzter Zugriff: 9.6.2010).

²⁵⁵ *Tang Dehua*, S. 31 f.; *Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu*, S. 9 ff.

²⁵⁶ *Chen Zihua*, in: *Zhong guo lü shi* (CHINESE LAWYER) 2007 No. 11, S. 32 f.; *Wang Shengming*, S. 267 ff.; *Min fa shi*, S. 762 ff.

Ärztlicher Unfall wird weiter aufgrund des Ausmaßes der Körperverletzung in vier Grade eingeteilt, § 4 RBäU.

Grad I : Der Fehler führt zum Tod oder einer schwerwiegenden Behinderung.

Grad II : Der Fehler führt zur mittelschweren Behinderung oder schwerwiegenden Funktionsstörung der Organe.

Grad III : Der Fehler führt zur milden Behinderung oder allgemeinen Funktionsstörung.

Grad IV : Der Fehler führt zu anderen erheblichen Körperverletzungen.

Nach dieser Aufteilung muss die Verletzung mindestens erheblich sein, sonst würde ein ärztlicher Unfall noch ausgeschlossen.

Die ausführlichen Kriterien zu den vier Graden werden weitergehend durch *die Norm zur Einteilung des ärztlichen Unfalls* vom Ministerium für Gesundheitswesen vom 31.7.2002 bestimmt. Danach wird jeder Grad noch in Untergrade gegliedert. Für jeden Untergrad werden verschiedene konkrete Verletzungen ausführlich aufgezählt. Ist eine Verletzung nicht darin eingeschlossen, bildet die keinen ärztlichen Unfall.

§ 4 RBäU sowie *die Norm zur Einteilung des ärztlichen Unfalls* haben in der Tat den Umfang des ärztlichen Unfalls so beschränkt, dass viele ärztliche Behandlungsfehler aus diesem herausfallen.²⁵⁷

b) Die Voraussetzungen des ärztlichen Unfalls

Nach § 2 RBäU kann ein ärztliches Fehlverhalten erst als ärztlicher Unfall qualifiziert werden, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt werden.

aa) Das medizinische Personal

Es muss eine medizinische Einrichtung oder ihr medizinisches Personal sein, das den ärztlichen Unfall verursacht. Für andere gilt die RBäU gar nicht. Wenn kein medizinisches Personal oder medizinisches Personal ohne entsprechende Qualifikation eine medizinische Behandlung leistet, liegt eine rechtswidrige

²⁵⁷ Ein vom Ministerium für Gesundheitswesen ernannter Ausschuss hat nach einer Untersuchung auch anerkannt, dass der Umfang des ärztlichen Unfalls beschränkt sei. Siehe *Fa zhi ri bao* 25.01.2007.

Praktizierung vor, eine daraus resultierende Körperverletzung bildet keinen ärztlichen Unfall, § 61 RBäU.

Die medizinische Einrichtung ist eine Anstalt, die nach *der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen* vom Staatsrat die Praxisgenehmigung der medizinischen Einrichtung erhalten hat, § 60 I RBäU.²⁵⁸ Sie kann privat oder öffentlich, sogar mit ausländischen Investitionen finanziert sein. Nach § 62 RBäU findet diese Regelung jedoch keine Anwendung, wenn die medizinische Einrichtung zur Armee gehört.

Für das medizinische Personal gibt es keine rechtliche Definition. Das ist das gesamte technische Personal im Gesundheitswesen, das, geprüft und genehmigt bzw. anerkannt durch das Amt für Gesundheitswesen, die erforderlichen Qualifikationen zur Ausübung der Behandlungstätigkeit erworben hat, und darüber hinaus auch das im Zusammenhang mit der Patientenbehandlung beschäftigte Verwaltungs- und Logistikpersonal, Art. 1 Nr. 1 *der Erklärung zu einigen Fragen bezüglich der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*.²⁵⁹

bb) Während der Behandlungstätigkeit

Der Unfall muss sich während der Behandlungstätigkeit ereignet haben. Die Behandlungstätigkeit ist sehr umfangreich. Sie umfasst alle Tätigkeiten, die das medizinische Personal anhand medizinischer Wissenschaft, mit medizinischen Instrumenten sowie Arzneimitteln vorgenommen hat, um den Kranken zu untersuchen, zu diagnostizieren, zu behandeln, zu pflegen, sowie einschlägige Dienste dafür zu leisten. Jedoch gilt für alle Behandlungstätigkeiten, dass das medizinische Personal eine entsprechende Genehmigung bekommen haben muss. Sonst wäre es gesetzwidrig, und die RBäU würde für das dabei entstehende Fehlverhalten nicht anwendbar sein, z.B. wenn ein Arzt ohne Genehmi-

²⁵⁸ Eine rechtliche Definition der medizinischen Einrichtung wird von *der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen* nicht gegeben. Diese Regelung sieht nur mit § 2 vor, dass sie auf alle medizinischen Einrichtungen, wie Krankenhäuser, Gesundheitszentren, Ambulanzen, Kliniken, Erste-Hilfe-Stellen anwendbar ist, die sich mit Diagnostik und Therapeutik der Krankheit befassen.

²⁵⁹ *Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu*, S. 9; *Feuerstein*, S. 148 f.; *Tang Dehua*, S. 50 ff.; <http://web.gzsums.edu.cn/law/yy043.htm> (letzter Zugriff: 10.6.2010).

gung zu Hause praktiziert.²⁶⁰

cc) Der Umfang der Sorgfaltspflicht

Das Fehlverhalten muss gegen Gesetze, Rechtsverordnungen oder ministeriale Ordnungen bezüglich der medizinischen Verwaltung oder gegen die medizinischen Standards und Konventionen verstoßen. Unter den medizinischen Standards und Konventionen sind nicht nur solche Leitlinien von Verwaltungsorganen sowie *dem Chinesischen Medizinischen Verein* (Chinese Medical Association) zu verstehen, sondern auch gewohnheitsrechtliche Regeln.²⁶¹ Nach § 35 Nr.4 *der vorläufigen Maßnahme zum technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls* wird die Gutachterkommission des Medizinischen Vereins ausdrücklich aufgefordert, sich dazu zu äußern, ob die Behandlungstätigkeit gegen solche Regelungen verstoßen hat.

In der Praxis gibt es allerdings ein merkwürdiges Problem. Beim *technischen Gutachten zum ärztlichen Unfall* prüft die Gutachterkommission vom Medizinischen Verein folgend der medizinischen Wissenschaft, ob der Arzt die Rechtsnormen, die medizinischen Standards und die Konventionen befolgt hat. Hat der Arzt sie befolgt, führt der Behandlungsfehler jedoch auf Erfahrungsarmut des Arztes zurück, wird der Behandlungsfehler nicht als ärztlicher Unfall bewertet. Dies ist der Fall, insbesondere wenn der Arzt den medizinischen Standards und Konventionen nur mechanisch nachkommt, die Besonderheiten des Einzelfalls aber nicht ernsthaft erwogen hat. In solchen Fällen wird die Gutachterkommission des Medizinischen Vereins unter Umständen die Fehler in dem Gutachterergebnis ausdrücklich zeigen, obwohl sie die ärztliche Behandlung nicht als einen ärztlichen Unfall qualifiziert hat.²⁶²

dd) Fahrlässigkeit (kein Vorsatz)

Nur wenn das Fehlverhalten von dem medizinischen Personal oder der medizi-

²⁶⁰ *Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu*, S. 9; Das Ministerium für Gesundheitswesen hat ausdrücklich dazu Stellung genommen, siehe *Tang Dehua*, S. 51.

²⁶¹ *Tang Dehua*, S. 54 f.; *Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu*, S. 9 f.

²⁶² *Zhang Jialin/Ma Jun/Shen Dandan*, S. 5 ff.; *Xu Shanghao/Chen Wei*, S. 115 ff.; *Ma Jun/Wen Yong/Liu Xin*, S. 204 ff.

nischen Einrichtung auf Fahrlässigkeit beruht, kann man von einem ärztlichen Unfall sprechen.²⁶³

ee) Erhebliche Körperverletzung

Unter Körperverletzung versteht man die Verletzung des Lebens sowie der Gesundheit. Wie oben schon erwähnt,²⁶⁴ haben § 4 RBÄU sowie *die Norm zur Einteilung des ärztlichen Unfalls* in der Tat den Umfang des ärztlichen Unfalls eingeschränkt. Die Körperverletzung muss so erheblich sein, dass sie in eine der vier Grade der ärztlichen Unfälle eingeordnet werden kann.

Als Beispiel wird hierbei ein Fall²⁶⁵ dargestellt.

Ein 5-jähriger Patient musste wegen Verletzung an der Unterlippe eine Tetanus-Impfung erhalten. Eine Allergieprobe ist geboten, aber die Krankenschwester hat sie versäumt. Zwei Minuten nach dem Einspritzen zeigte sich bei dem Patienten eine Überempfindlichkeit. Er hatte große Flächen von Nesselsucht am ganzen Körper, seine Lippen wurden blau, und er atmete schwer. Nach der Notbehandlung war er aus der Lebensgefahr gerettet. Obwohl ein Behandlungsfehler unstreitig vorlag, wurde daraus kein ärztlicher Unfall, weil in *der Norm zur Einteilung des ärztlichen Unfalls* die Nesselsucht überhaupt nicht aufgezählt wird. Ein Anspruch auf Schadensersatz nach RBÄU wird deswegen ausgeschlossen.

ff) Kausalität

Um einen Schadensersatzanspruch zu begründen, muss die Körperverletzung von dem Behandlungsfehler adäquat verursacht werden.²⁶⁶ Ob eine Adäquanzkausalität zwischen dem Behandlungsfehler und der Verletzung vorliegt, muss durch *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* festgestellt werden.

Bei der Festlegung der Kausalität wird durch das Gutachten auch der Verantwortungsgrad des Behandlungsfehlers für den körperlichen Schaden bestimmt,

²⁶³ *Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu*, S. 10; *Tang Dehua*, S. 55 f.

²⁶⁴ Zweiter Teil, B, II, 1, b, a).

²⁶⁵ *Shen Shuming*, in: *Zhong hua kou qiang yi xue za zhi*, 2005 No. 5, S. 431 ff.

²⁶⁶ *Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu*, S. 10; *Tang Dehua*, S. 61 f.

§ 36 der vorläufigen Maßnahme zum technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls.

Der Verantwortungsgrad des Behandlungsfehlers für den körperlichen Schaden bezieht sich auf das Verhältnis zwischen dem ärztlichen Behandlungsfehler und anderen Umständen, die auch zum körperlichen Schaden beigetragen haben. Der körperliche Schaden kann möglicherweise vom ärztlichen Behandlungsfehler alleine oder in Kombination mit anderen Umständen, oder total von anderen Umständen verursacht werden. Für den letzteren Fall trifft die medizinische Einrichtung dann keine Haftung. Für die ersten zwei Fälle muss man dann untersuchen, was für eine Rolle das ärztliche Fehlverhalten gespielt hat.²⁶⁷

Der Verantwortungsgrad wird nach § 36 der vorläufigen Maßnahme zum technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls in vier Grade eingeteilt:

Die totale Verantwortung: Der körperliche Schaden wird total vom ärztlichen Behandlungsfehler verursacht.

Die überwiegende Verantwortung: Der körperliche Schaden wird überwiegend vom ärztlichen Behandlungsfehler verursacht, andere Umstände haben sekundär mitgewirkt.

Die sekundäre Verantwortung: Der ärztliche Behandlungsfehler hat eine sekundäre Rolle gespielt, der körperliche Schaden wird hauptsächlich von anderen Umständen herbeigeführt.

Die leichte Verantwortung: Der größte Teil des körperlichen Schadens wird durch andere Umstände verursacht, und der ärztliche Behandlungsfehler hat nur gering mitgewirkt.

Der Verantwortungsgrad spielt eine wichtige Rolle beim Berechnen des zu ersetzenden Schadens. Im konkreten Fall wird der Verantwortungsgrad durch einen Prozentsatz konkretisiert.²⁶⁸ Der Schaden wird danach zwischen den

²⁶⁷ *Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu*, S. 139 ff.; *Tang Dehua*, S. 352 ff.

²⁶⁸ Z.B. Das Obere Volksgericht der Guang-dong Provinz hat am 19.12.2007 bestimmt, bei totaler Verantwortung treffe die medizinische Einrichtung 100% des Schadens, bei überwiegender Verantwortung 60~90%, bei gleichwertiger Verantwortung 50%, bei sekundärer Verantwortung 20~40%, bei leichter Verantwortung weniger als 10%. Siehe <http://www.szlawyers.net.cn/sygd/mssp/2010/01/21/25552.html>

beiden Parteien verteilt. In der Literatur wird deshalb gemeint, beim Verantwortungsgrad für den körperlichen Schaden handle es sich um *causation in law* (proximate cause).²⁶⁹ Die Funktion des Verantwortungsgrades liegt in der Tat darin, den zu ersetzenden Schaden einzuschränken.

Zum Berechnen des Schadens wird im § 49 I Nr. 3 RBäU vorgesehen, neben dem Verantwortungsgrad noch das Verhältnis zwischen der ursprünglichen Krankheit und der Folge des ärztlichen Unfalls in Betracht zu ziehen. Hier geht es in der Tat noch um das Problem, bis zu welchem Teil der ärztliche Behandlungsfehler den körperlichen sowie gesundheitlichen Schaden herbeigeführt hat. Es ist offenbar, dass sich das Verhältnis zwischen der Krankheit und der Unfallfolgen den Verantwortungsgrad des ärztlichen Behandlungsfehlers inhaltlich überschneiden. § 36 der *vorläufigen Maßnahme zum technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls* sieht ausdrücklich vor, dass die Gutachterkommission die Einwirkung des ärztlichen Behandlungsfehlers auf die Schadensfolgen sowie die ursprüngliche Krankheit des Patienten umfassend bewerten und damit den Verantwortungsgrad feststellen soll. Dadurch wird das Verhältnis zwischen der Krankheit und Unfallfolgen nicht mehr speziell im Gutachterergebnis aufgezählt, sondern schon in den Verantwortungsgrad eingeschlossen.

gg) Ausschließlichkeit *des technischen Gutachtens zum ärztlichen Unfall*

Für die Feststellung, ob ein ärztlicher Unfall vorliegt, kommt es grundsätzlich auf *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* an. Nach § 20 RBäU sind der *Chinesische Medizinische Verein* (Chinese Medical Association) und die Medizinischen Vereine der Provinzen sowie die Medizinischen Vereine der Städte dafür zuständig. Das Amt für Gesundheitswesen kann direkt einen Auftrag zum Gutachten erteilen. Sonst müssen die medizinische Einrichtung und der Patient gemeinsam den Antrag auf ein Gutachten stellen.²⁷⁰ Das Gutachterverfahren wird in §§ 21 ff. RBäU sowie *der vorläufigen Maßnahme zum tech-*

(letzter Zugriff: 3.6.2010).

²⁶⁹ Tang Dehua, S. 356; *Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu*, S. 139 ff.

²⁷⁰ Tang Dehua, S. 215 ff.; *Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu*, S. 51 ff.

nischen Gutachten des ärztlichen Unfalls vom Ministerium für Gesundheitswesen detailliert beschrieben.

Nach der Justizauslegung über *die Mitteilung zur Verweisung auf die RBäU im Arzthaftungsprozess* muss das Gericht bei Rechtsstreitigkeiten über ärztliche Unfälle auf die RBäU verweisen. Ist ein zweites oder sogar ggf. ein weiteres Gutachten zum ärztlichen Unfall notwendig, muss das Gericht das technische Gutachten von einem Medizinischen Verein einholen.

c) Der zu ersetzende Schaden

Der zu ersetzende Schaden ist nach §§ 49 ff. RBäU zu berechnen. Laut § 49 I Nr. 1-3 muss man bei der Feststellung der Summe des zu ersetzenden Schadens drei Elemente in Betracht ziehen, nämlich den Grad des ärztlichen Unfalls, den Verantwortungsgrad des ärztlichen Behandlungsfehlers für die Folge des ärztlichen Unfalls, sowie das Verhältnis zwischen der ursprünglichen Krankheit und der Folge des ärztlichen Unfalls. Wie oben schon erwähnt,²⁷¹ ist das letztere schon im Verantwortungsgrad beim Gutachten eingeschlossen. Deshalb werden in der Praxis nur zwei Elemente diskutiert.

In § 50 Nr. 1-11 RBäU werden elf Posten und die jeweiligen Berechnungskriterien aufgezählt.²⁷² Der dem Patienten erlittene Schaden erschöpft sich total in diesen elf Posten. Die totale Summe des Schadens wird aufgrund dieser elf Posten und unter Berücksichtigung des Unfallgrades festgelegt. Sie wird dann nach dem Verantwortungsgrad zwischen beiden Parteien verteilt.

§ 51 RBäU bestimmt noch eine Kompensation für bis zu zwei Familienangehörigen, die an der Behandlung des ärztlichen Unfalls und ggf. den Trauerangelegenheiten teilgenommen haben. Ein begrenzter Schadensersatz stellt einen grundlegenden Grundsatz der RBäU dar.

²⁷¹ Zweiter Teil B II 1. b) ff).

²⁷² (1) die Heilungskosten, (2) das entgangene Einkommen, (3) die Essenzulage während der stationären Behandlung, (4) die Pflegekosten, (5) das Unterstützungsgeld für das weitere Leben des Behinderten, (6) die Kosten für das Hilfsmittel des Behinderten, z.B. Audiphon, Prothese, (7) die Bestattungskosten, (8) die erforderlichen Lebenshaltungskosten für die Unterhaltenen vom Verletzten oder Toten, (9) die Reisekosten, die für die Heilung notwendig auszugeben sind. (10) die Übernachtungskosten, die für die Heilung notwendig auszugeben sind. (11) der immaterielle Schaden.

d) Schlichtung oder Klage

Wenn ein ärztlicher Unfall festgestellt ist, kann das Amt für Gesundheitswesen auf gemeinsamen Antrag von der medizinischen Einrichtung und dem Patienten den Schadensersatz als Schlichter festsetzen, § 48 RBäU. Der Schadensersatz wird auch nach §§ 49 ff. RBäU berechnet.

Der Patient kann stattdessen auch einfach eine Klage gegen die medizinische Einrichtung erheben, §§ 40, 46 RBäU. Das Amt für Gesundheitswesen muss sich nicht mehr einmischen, wenn eine Klage erhoben worden ist, § 40 RBäU.

e) Verwaltungsrechtliche Haftung für einen ärztlichen Unfall

Unterläuft dem medizinischen Personal oder der medizinischen Einrichtung ein ärztlicher Unfall, entsteht auch eine verwaltungsrechtliche Haftung. Eine verwaltungsrechtliche Behandlung des ärztlichen Unfalls wird von §§ 35-45 in Kapitel 4 RBäU geregelt. Der verwaltungsrechtlichen Behandlung liegt *ein technisches Gutachten zum ärztlichen Unfall* zugrunde.

Jedoch ist die verwaltungsrechtliche Haftung meistens nicht vom Patienten bezweckt.²⁷³ Vielmehr begehrt er einen Schadensersatz aufgrund einer zivilrechtlichen Haftungsgrundlage.

f) *Das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall*

Das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall spielt eine entscheidende Rolle für die Behandlung des ärztlichen Unfalls. Durch das Gutachten werden die Fragen beantwortet, ob ein ärztlicher Unfall vorliegt, der Grad des Unfalls, und bis zu welchem Teil der ärztliche Behandlungsfehler den körperlichen sowie gesundheitlichen Schaden herbeigeführt hat. Es wird ausschließlich im dritten Kapitel in §§ 20 ff. RBäU geregelt. Durch § 20 RBäU wird den Medizinischen Vereinen ein ausschließliches Recht auf *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* erteilt.

Im Folgenden wird ein Überblick über das Gutachterverfahren gegeben.

²⁷³ Qiao Shiming, in: Fa lü shi yong, 2004 No. 1, S. 5; Tang Dehua, S. 317 f.

aa) Die örtliche Zuständigkeit der Medizinischen Vereine

Nach § 21 RBäU und § 3 *der vorläufigen Maßnahme zum Technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls* wird das Gutachten in zwei Instanzen eingeteilt. Der Medizinische Verein der Stadt, in der die medizinische Einrichtung ansässig ist, organisiert die Gutachterkommission und führt das erstmalige Gutachten durch. Der Medizinische Verein der Provinz ist für das weitere Gutachten zuständig. Der Chinesische Medizinische Verein (Chinese Medical Association) sorgt nur für das Gutachten in den schwierigen und komplizierten Fällen, die auch staatsweit bekannt sind.

Wenn der Auftrag zu einem Gutachten von einem Gericht erteilt wird, gelten diese Vorschriften aber nicht mehr. Vielmehr kann das Gericht unter Berücksichtigung des Einzelfalls einen Medizinischen Verein auswählen.

bb) Die Eröffnung des Gutachterverfahrens

Einen Antrag auf das Gutachten muss der Patient mit der medizinischen Einrichtung zusammen an den Medizinischen Verein stellen, § 20 RBäU. Nach § 13 Nr. 1 *der vorläufigen Maßnahme zum Technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls* ist der Antrag unzulässig, wenn er von einer Partei einzeln gestellt wird.

Ohne die Mitwirkung der medizinischen Einrichtung kann sich der Patient nur an das Amt für Gesundheitswesen wenden oder Klage gegen die medizinische Einrichtung erheben. Das Amt für Gesundheitswesen kann auf Antrag des Patienten einen Auftrag zum Gutachten erteilen, § 20 RBäU.

cc) Die Bildung der Gutachterkommission

Wird der Antrag angenommen oder der Auftrag erteilt, muss der Medizinische Verein zuerst die fachliche Gestaltung und die Zahl der Spezialisten für die Gutachterkommission bestimmen. Für seine Entscheidung sind die medizinischen Fachrichtungen, die in dem zu untersuchenden Streit betroffen sind, entscheidend, § 17 *der vorläufigen Maßnahme zum Technischen Gutachten des*

ärztlichen Unfalls.

Jeder Medizinische Verein hat eine Datenbank von Spezialisten, die grundsätzlich am Standort des Medizinischen Vereins arbeiten müssen, §§ 5 f. *der vorläufigen Maßnahme zum Technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls.*

Die einschlägigen Spezialisten in der Datenbank bilden die Mitgliederkandidaten der Gutachterkommission. Der Name, die fachliche Spezialität, das Amt und die Arbeitsstelle des Spezialisten werden den beiden Parteien mitgeteilt. Die Partei kann ggf. Ausschluss eines Spezialisten fordern.

Die Mitgliederkandidaten der Gutachterkommission werden dann anonym nummeriert. Unter den Nummern lösen der Patient, die medizinische Einrichtung und der Medizinische Verein aus. Dadurch werden jeweils ein oder mehrere Kandidaten ausgewählt, die die Gutachterkommission bilden. Wenn beim Gutachten die Todesursache und der Grad der Behinderung festgelegt werden müssen, werden zwei Gerichtsärzte auf gleiche Weise in die Gutachterkommission einbezogen, §§ 19 f. *der vorläufigen Maßnahme zum Technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls.*

dd) Das Erforschungsverfahren und die Gutachterbescheinigung

In §§ 27 ff. *der vorläufigen Maßnahme zum Technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls* werden ein sog. Erforschungsverfahren und eine Gutachterbescheinigung vorgesehen.

Vor der mündlichen Verhandlung der Gutachterkommission kann der Medizinische Verein zuerst recherchieren und Beweise sammeln.

Sieben Tage vor der mündlichen Verhandlung muss der Medizinische Verein dem Patienten die Information über das Datum, den Ort und die Verhandlungsordnung mitteilen.

Bei der Verhandlung wird sich der Patient zuerst zu seinen Ansprüchen und Begründungen äußern, danach die medizinische Einrichtung. Die Gutachterkommission kann ggf. Fragen stellen, und den Patienten vor Ort untersuchen.

Die beiden Parteien treten danach zurück und die Gutachterkommission berät

die Schlussfolgerung des Gutachtens. Die Schlussfolgerung wird nach dem Mehrheitsprinzip festgelegt.

Die Gutachterbescheinigung wird aufgrund der Schlussfolgerung ausgestellt. Der Vorsitzende der Gutachterkommission unterzeichnet und der Medizinische Verein besiegelt dies. Das Amt für Gesundheitswesen geht die Gutachterbescheinigung noch mal durch. Die beiden Parteien erhalten dann die Bescheinigung.

Nach § 35 *der vorläufigen Maßnahme zum technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls* muss die Gutachterbescheinigung zum ärztlichen Unfall grundsätzlich acht Punkte enthalten. (1) Die hauptsächlichen Informationen über die beiden Parteien und ihre Ansprüche; (2) Die von den Parteien eingereichten Materialien und die vom Medizinischen Verein ermittelten Materialien; (3) Eine Erklärung über den Gutachterverlauf; (4) Ob die ärztlichen Tätigkeiten gegen Gesetze, Rechtsverordnungen oder ministeriale Ordnungen bezüglich der medizinischen Verwaltung oder der medizinischen Standards und Konventionen verstoßen haben; (5) Ob die Kausalität zwischen dem ärztlichen Behandlungsfehler und dem körperlichen Schaden besteht; (6) Der Verantwortungsgrad des ärztlichen Behandlungsfehlers für den körperlichen Schaden; (7) Den Grad des ärztlichen Unfalls; (8) Die Vorschläge für die weitere medizinische Behandlung des Patienten. Wird ein ärztlicher Unfall festgestellt, müssen die Punkte (4) bis (8) unbedingt im Ergebnis des Gutachtens enthalten sein. Wenn kein ärztlicher Unfall vorliegt, muss dies zusätzlich begründet werden.

ee) Die Beschwerde

Ist eine Partei mit dem Ergebnis des Gutachtens nicht einverstanden, kann sie binnen 15 Tagen ab Erhalten der Gutachterbescheinigung einen Antrag auf ein weiteres Gutachten an das Amt für Gesundheitswesen stellen. Ist der Antrag genehmigt, wird die erneute Begutachtung durch einen Medizinischen Verein von höherem Rang vorgenommen.

2. Deliktische Haftung für andere Fälle als ärztliche Unfälle

Auf andere Fälle als ärztliche Unfälle ist § 106 II AGZ i.V.m. *der Auslegung des Obersten Volksgerichts über Probleme bei der Feststellung ausgleichender Haftung für immaterielle Schäden im Deliktsrecht und der Auslegung des Obersten Volksgerichts über einige Fragen der Anwendung des Rechts im Gerichtsverfahren über den Ersatz von Schäden an der Person* anzuwenden.

a. Die nicht als ärztlichen Unfall qualifizierte Pflichtverletzung

Eine ärztliche Pflichtverletzung stellt keinen ärztlichen Unfall dar, wenn

- die körperliche Verletzung nicht erheblich ist;
- ein Behandlungsfehler unterläuft, dieser aber nur auf die fehlende Erfahrung oder Qualifikation des Arztes zurückführen ist;
- die ärztliche Behandlung kunstgerecht ausgeführt ist, es jedoch an einer wirksamen Einwilligung des Patienten fehlt;
- die Verletzung vorsätzlich verursacht ist;
- bei der ärztlichen Behandlung eine gesetzwidrige Berufsausübung des Arztes vorliegt.

Diese Kategorien der ärztlichen Pflichtverletzung werden als nicht ärztlicher Unfall bezeichnet. Hier gelten die Voraussetzungen für die allgemeine deliktische Haftung.

aa) Unerhebliche Verletzung

Wie oben schon erwähnt, kommt ein ärztlicher Unfall nicht in Betracht,²⁷⁴ wenn die Verletzung nicht erheblich ist.

bb) Behandlungsfehler aufgrund fehlender Erfahrung oder Qualifikation des Arztes

Um diese Fallgruppe anschaulich darzulegen, wird hier ein Fall²⁷⁵ als Beispiel dargelegt.

²⁷⁴ Zweiter Teil, B, II, 1, b, b) ee).

²⁷⁵ Zhong guo she qu yi shi, 2006 No. 18, S. 5 ff. oder <http://www.fl168.com/News/200608/2588.html> (letzter Zugriff: 3.6.2010).

Die Kläger sind die Eltern des Patienten. Der 15-jährige Patient hatte nach einem Streit mit der Familie das giftige Herbizid Paraquat²⁷⁶ getrunken, um Selbstmord zu begehen. Er wurde in ein Krankenhaus eingeliefert. Der Arzt stellte die Diagnose: Vergiftung durch Herbizide, *phosphororganische* Vergiftung. Die medizinischen Standards und Konventionen befolgend, hat der Arzt Magenspülung, Infusion usw. durchgeführt. Trotzdem starb der Patient während der Behandlung.

Das Gutachterergebnis des Medizinischen Vereins war: Der Arzt hat die richtigen Maßnahmen zur Diagnose und Behandlung vorgenommen, und bei den ärztlichen Tätigkeiten gab es keinen Fehler.

Die Klage wurde vom Gericht der ersten Instanz zurückgewiesen. Die Berufung hatte aber der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht urteilte, es gebe keinen ärztlichen Unfall in diesem Fall, das könne aber nicht mit Sicherheit ausschließen, dass keine ärztliche Pflichtverletzung unterlaufen sei. Der Patient habe dem Arzt über die Vergiftung des Herbizids erzählt, und die Flasche des Herbizids wurde auch mitgebracht. Der Arzt habe jedoch unter diesen Umständen die Beschaffenheit des Herbizids nicht überprüft und die *phosphororganische* Vergiftung nicht ausgeschlossen. Die ganze Behandlung für den Patienten sei deshalb sinnlos gewesen. Die Pflichtverletzung dabei sei nicht zu verneinen. Das Krankenhaus wurde deshalb zum Schadensersatz verurteilt.

In diesem Fall ist es außerordentlich klar, dass *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* durch den Medizinischen Verein nicht alle ärztlichen Pflichtverletzungen aufdecken kann.²⁷⁷

cc) Aufklärungspflichtverletzung

²⁷⁶ Paraquat ist eine quartäre Ammoniumverbindung aus der Familie der Bipyridin-Herbizide, das als Kontaktherbizid eingesetzt wird. Die Summenformel ist C₁₂H₁₄N₂. Es hat keine phosphororganische Komponente. Ausführlich siehe <http://de.wikipedia.org/wiki/Paraquat> (letzter Zugriff: 3.6.2010).

²⁷⁷ In einem anderen veröffentlichten Fall ist es genauso. Der Arzt hatte dem Patienten ein Bein amputiert, ohne zuvor eine Biopsie vorgenommen zu haben, damit sicher gestellt worden wäre, dass kein Rückfall des Tumors im Bein des Patienten vorliegt. Der Medizinische Verein sah darin keinen ärztlichen Unfall. Das Gericht hat ein Gutachten vom Gerichtsarzt eingeholt und das Krankenhaus zum Schadensersatz verurteilt. in: Ren min fa yuan bao 08.11.2006, oder: <http://rmfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=102509> (letzter Zugriff: 3.6.2010).

Wenn die ärztliche Behandlung kunstgerecht ausgeführt ist, es aber an einer wirksamen Einwilligung des Patienten fehlt, dann liegt eine Aufklärungspflichtverletzung vor. In mehreren Rechtsnormen wird die ärztliche Aufklärungspflicht ausdrücklich vorgesehen.²⁷⁸ Aber eine klare Abgrenzung zwischen Selbstbestimmungsaufklärungspflicht, therapeutischer Aufklärungspflicht sowie sog. wirtschaftlicher Aufklärungspflicht wird nicht gezogen. Als Korrelat der Aufklärungspflicht spricht man oft vom Recht auf *informed consent* von Patienten.²⁷⁹ Die Aufklärungspflicht, deren Verletzung eine deliktische Haftung auslösen kann, gehört meistens zur Selbstbestimmungsaufklärungspflicht.²⁸⁰

Das Recht auf *informed consent* von Patienten wird als ein Persönlichkeitsrecht angesehen.²⁸¹ Deswegen führt dessen Verletzung nicht zu einem ärztlichen Unfall, obwohl die Aufklärungspflicht von den Rechtsnormen ausdrücklich geregelt wird.

Um die Haftung für die Aufklärungspflichtverletzung eingehend darzustellen, wird ebenfalls ein Urteil des Oberen Volksgerichts der Yun-nan Provinz als Beispiel dargelegt.²⁸²

Die Klägerin ist Moderatorin und litt unter Heiserkeit. Der Arzt führte den Eingriff ambulant durch, ohne über den Eingriff aufgeklärt zu haben. Nach der Behandlung gab es keine Verbesserung, und die Heiserkeit war sogar ver-

²⁷⁸ § 26 *Arztberufsausübungsgesetz*: der Arzt muss dem Patienten oder seinen Familienangehörigen die Krankheitszustände wahrheitsgemäß erklären; § 11 *Regelung zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*: die medizinische Einrichtung muss den Patienten über die Krankheitszustände, die Behandlungsmaßnahmen, sowie die Behandlungsrisiken wahrheitsgetreu aufklären; Der § 33 *der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen*: Vor Durchführung einer Operation, spezifischer Diagnose oder Behandlung muss die medizinische Einrichtung die Genehmigung vom Patienten, oder die schriftliche Zustimmung von seinen Familienangehörigen einholen; § 88 i.V.m. § 62 *der Bestimmung zur Durchführung der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen*: die Gebühren sind zu erklären; § 55 *Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen*: vor der Behandlung muss der Arzt den Patienten über die Krankheit und die geplante Behandlung aufklären. Ist ein Eingriff, eine besondere Untersuchung oder Behandlung notwendig, muss der Arzt den Patienten über die Behandlungsrisiken, alternative Maßnahme usw. rechtzeitig aufklären und die schriftliche Zustimmung einholen; Ist es nicht möglich, den Patienten persönlich aufzuklären, muss die Aufklärung gegenüber seinen Familienangehörigen erfolgen und eine schriftliche Zustimmung von denen ist unentbehrlich.

²⁷⁹ Das Recht auf *informed consent* genießt nicht nur der Patient sondern auch der Verbraucher, § 26 *Verbraucherschutzgesetz*. Bei Diskussionen des Patientenrechts wird oft auch auf das Verbraucherschutzgesetz verwiesen.

²⁸⁰ Vgl. Zhang Jialin, S. 124 ff.; Xu Shanghao/Chen Wei, S. 132 ff.; Ma Jun/Wen Yong, S. 88 ff.; ALX, 2007, No. 1, S. 184 ff.

²⁸¹ Vgl. Zhang Jialin, S. 124 ff.; Xu Shanghao/Chen Wei, S. 132 ff.; Ma Jun/Wen Yong, S. 88 ff.; ALX, 2007, No. 1, S. 184 ff.

²⁸² ALX, 2007, No. 1, S. 184 ff.

schlechtert. Nach einem Konsilium wurde festgestellt, dass die Klägerin wegen der Verschlechterung der Heiserkeit an Depression leide. Auf Antrag der Klägerin zog das Gericht erster Instanz einen Sachverständigen zur Rate an. Das Gutachten kam zu folgendem Ergebnis: (1) Die Aufklärung vor dem Eingriff war nicht hinreichend; (2) Die Heiserkeit der Klägerin war sehr wahrscheinlich nicht vom Eingriff herbeigeführt; (3) Die Depression stand damit im Zusammenhang, dass die Klägerin wegen der Verschlechterung der Heiserkeit nach der Behandlung schlechter Laune war. Das Gericht erster Instanz bejahte daher nur den Schadensersatzanspruch wegen der Persönlichkeitsverletzung, und wies die anderen Forderungen zurück.

Das Gericht erster Instanz meinte, alle Regelungen über das Recht auf *informed consent* bezwecken den Schutz der Menschenwürde des Patienten. Die Verletzung der Aufklärungspflicht habe seelische Rechtsgüter des Patienten berührt. Die medizinische Einrichtung habe dem Patienten die Möglichkeit entzogen, sich noch einmal zu überlegen, ob er den Eingriff durchführen lassen oder einfach lassen solle. Ein Ersatz des immateriellen Schadens sei daher gerecht. Und kraft *der Justizauslegung über Probleme bei der Feststellung ausgleichender Haftung für immaterielle Schäden im Deliktsrecht* werde die Summe des immateriellen Schadens nach tatrichterlichem Ermessen auf 50,000 RMB festgelegt.

Bei anderen veröffentlichten Urteilen²⁸³ wurden die Aufklärungspflichtverletzungen ebenso behandelt. Eine wirksame Einwilligung des Patienten setzt eine ausführliche Aufklärung voraus. Hat der Arzt die Aufklärung versäumt oder über die begleitenden Risiken nicht hinreichend aufgeklärt, trifft ihn eine deliktische Haftung für immateriellen Schaden, selbst wenn der Eingriff kunstgerecht durchgeführt wird. Ob der Patient trotz hinreichender Aufklärung in den Eingriff noch einwilligen würde, ob sich die Risiken bei Unterlassung des Eingriffs noch verwirklichen würden, zieht das Gericht nicht in Betracht. Dabei

²⁸³ Xu Shanghao/Chen Wei, S. 115 ff. u. 132 ff.

wird dem Patienten ein Ersatz für immateriellen Schaden ganz großzügig zugesprochen.

dd) Eine vorsätzliche Verletzung

Obwohl es ganz selten ist, kann die Verletzung des Patienten vom Arzt vorsätzlich verursacht werden, und darauf ist ggf. auch das Strafrecht anzuwenden.²⁸⁴ Unter Umständen kann der medizinischen Einrichtung sowie dem Arzt

eine vorsätzliche Pflichtverletzung vorgeworfen werden, z.B. wenn

-- die medizinische Einrichtung ohne entsprechende Genehmigung Arzneimittel herstellt und bei deren Einnahme die Körper- sowie Gesundheitsverletzung ausgelöst werden;

-- die medizinische Einrichtung bewusst mangelhafte Arzneimittel oder medizinische Geräte einkauft und in Gebrauch nimmt und die Verletzung des Patienten darauf zurückgeführt werden können;²⁸⁵

-- die medizinische Einrichtung oder das medizinische Personal dem Patienten eine unnötige Behandlung oder unnötige ärztliche Mittel anbietet, vor allem um mehr Geld zu verdienen, und dabei die Verletzung herbeigeführt wird;

-- das medizinische Personal bewusst die dringend erforderliche Maßnahme nicht ergreift, deren Unterlassung bei dem Patienten schwere Folgen auslösen kann, und sich die Risiken in der Tat auch verwirklicht haben;

-- die medizinische Einrichtung es ablehnt, den Patienten zu behandeln, nur weil er nicht dafür bezahlen kann.²⁸⁶

ee) Eine gesetzwidrige Berufsausübung

²⁸⁴ Das Strafrecht schafft dem Patienten nicht unbedingt eine bessere Stelle, denn der immaterielle Schaden ist bisher im Strafprozess nicht klagbar, vgl. *Die Antwort des Obersten Volksgerichts bezüglich der Frage, ob die Klage im Strafverfahren für immateriellen Schaden zulässig ist. Das Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen* wird dies aber ab 01.07.2010 verändern. Trifft den Schädiger strafrechtliche oder verwaltungsrechtliche Haftung, bleibt seine deliktische Haftung unberührt, §4 *Das Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen*.

²⁸⁵ Mehrere Krankenhäuser in Chen-zhou Stadt, Hu-nan Provinz benutzen Industriesauerstoff anstatt medizinischen Sauerstoff für die Patienten. Siehe <http://news.sina.com.cn/c/2010-04-10/011717348841s.shtml> (letzter Zugriff: 2.6.2010); <http://politics.people.com.cn/GB/14562/11350661.html> (letzter Zugriff: 2.6.2010);

Einundzwanzig Krankenhäuser in Nanjing benutzen Industriesauerstoff anstatt medizinischen Sauerstoff für die Patienten, in: Jiang nan shi bao 29.01.2002.

²⁸⁶ *Hong Xia*, Bu dang yi liao sun hai pei chang jiu fen an jian shen li zhong de ruo gan wen ti tan xi, <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=151178> (letzter Zugriff: 3.6.2010).

Nach § 14 II Arztberufsausübungsgesetz und § 24 *der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen* ist die Berufsausübung ohne entsprechende Genehmigung streng verboten. Das medizinische Personal muss jeweilige Staats-examen bestehen und sich bei einem Amt für Gesundheitswesen registrieren. Nach § 14 I Arztberufsausübungsgesetz kann ein Arzt nach der Registrierung innerhalb des registrierten Orts und seiner Fachrichtung den Beruf ausüben. Eine Veränderung des Berufsübungsfachrichtung und –orts ist erst nach einer neuen Registrierung zulässig, § 17. Ein privates Praktizieren ist nur unter strengen Voraussetzungen mit Genehmigung zulässig, § 19.

Die medizinische Einrichtung muss sich auch beim Amt für Gesundheitswesen registrieren und eine Praxisgenehmigung für die medizinische Einrichtung beantragen, § 15 *der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen*. Die medizinische Einrichtung muss auch innerhalb des registrierten Orts und der registrierten Fachrichtungen betrieben werden, § 27 *der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen*.

Die Berufsausübung ist deshalb gesetzwidrig, wenn

- ein Arzt ohne entsprechende Genehmigung zu Hause den Patienten behandelt oder praktiziert;
- ein Arzt oder eine medizinische Einrichtung über den registrierten Ort und Umfang hinausgeht;
- eine medizinische Einrichtung einen Arzt für eine ärztliche Behandlung einstellt, der aber keine entsprechende Genehmigung erhalten hat oder kein Arzt ist.²⁸⁷

b. Verschulden

Im Gegensatz zum ärztlichen Unfall ist die Haftung für Verschulden der medizinischen Einrichtung oder des medizinischen Personals beim nicht ärztlichen Unfall nicht auf Fahrlässigkeit beschränkt. Sie haften auch für vorsätzliche

²⁸⁷ Eine gesetzwidrige ärztliche Berufsausübung liegt auch vor, wenn der Arzt ein Medizinstudent im Pratikum ist. Nan fang zhou mo 12.11.2009 oder <http://nf.nfdaily.cn/epaper/nfzm/content/20091112/ArticleA03002FM.htm> (letzter Zugriff: 3.6.2010).

Verletzungen von Körper und Gesundheit.

Das Gericht wird mit Hilfe vom Sachverständigen untersuchen, ob es im konkreten Fall der medizinischen Einrichtung oder dem medizinischen Personal zumutbar gewesen wäre, einen solchen Fehler zu vermeiden. Das Gutachten erschöpft sich nicht nur darin, ob die medizinische Einrichtung oder das medizinische Personal sich gegen Rechtsnormen, medizinische Standards und Konventionen falsch verhalten hat.

c. Kausalität

Es muss Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden bestehen. Aber diese braucht der Patient nicht positiv zu beweisen, sondern sie wird aufgrund der Justizauslegung über *einige Bestimmungen bezüglich der Beweise im Zivilprozess* vermutet.

d. Schaden

Der Patient muss einen körperlichen oder gesundheitlichen Schaden erlitten haben, der von der Pflichtverletzung der medizinischen Einrichtung oder des medizinischen Personals verursacht worden ist.

Der zu ersetzende Schaden ist zu bestimmen nach § 106 II AGZ i.V.m. *der Auslegung des Obersten Volksgerichts über Probleme bei der Feststellung ausgleichender Haftung für immaterielle Schäden im Deliktsrecht und der Auslegung des Obersten Volksgerichts über einige Fragen der Anwendung des Rechts im Gerichtsverfahren über den Ersatz von Schäden an der Person.*

Im Vergleich zur RBäU hat die AGZ i.V.m. bei den zwei obig genannten Justizauslegungen einen weit höheren Schadensersatz vorgesehen.²⁸⁸ Nicht nur wird jeder Schadensposten aufgrund eines höheren Tarifs berecht, sondern auch die zwei Justizauslegungen haben zwei Schadensposten mehr, nämlich Ersatz für den Tod und die Kosten für das notwendige gesunde, kräftigende Lebensmittel, vorgesehen. Der Ersatz für den Tod ist aufgrund des durch-

²⁸⁸ Chen Zhihua, in: Zhong guo lü shi (CHINESE LAWYER) 2007 No. 11, S. 31-33.

schnittlichen verfügbaren Einkommens der Stadtbewohner oder des durchschnittlichen Bruttoeinkommens der Landbewohner für eine Dauer von 20 Jahren zu berechnen. Das ist an sich eine riesige Summe.²⁸⁹

e. Das Gutachten für den nicht ärztlichen Unfall

Im Gegensatz zum ärztlichen Unfall gibt es keine besonderen Vorschriften zur örtlichen Zuständigkeit. Bezüglich der körperlichen sowie gesundheitlichen Verletzung wird normalerweise ein Gerichtsarzt das Gutachten durchführen.

Seit Oktober 2005 ist *der Beschluss des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses über die Verwaltung des justiziellen Sachverständigengutachtens* in Kraft getreten. Danach werden die ursprünglich von Gerichten und Justizämtern eingerichteten Gutachterorgane sowie –personal unabhängig sein. Sie sind seitdem unter der Verwaltung des Justizministeriums. Dieser Beschluss gilt für die Gerichtsärzte, aber nicht für die Gutachterkommission des Medizinischen Vereins.

Die Gutachterorgane sind von einander unabhängig und üben den Beruf ohne geographische Einschränkungen aus. Der Sachverständige muss in einem Gutachterorgan arbeiten. Beim Gutachten muss er den Auftrag selbständig erledigen und für das Ergebnis haften. Die Gutachterbescheinigung ist von ihm persönlich zu unterzeichnen oder zu besiegeln.

Der Patient kann einen Auftrag zum Gutachten direkt erteilen. Er kann auch einen Antrag an das Gericht stellen, einen Gerichtsarzt heranzuziehen.

²⁸⁹ Z.B. in An-hui Provinz im Jahre 2008 das jährlich durchschnittliche verfügbare Einkommen von Stadtbewohnern war 11. 474,00 RMB, das jährlich durchschnittliche Bruttoeinkommen von Landbewohnern war 3.556,00 RMB, siehe

http://news.9ask.cn/yljf/sgpc/pcbz/200903/164910_2.html (letzter Zugriff: 3.6.2010);

In Peking im Jahre 2009 war das jährlich durchschnittliche verfügbare Einkommen von Stadtbewohnern 24.725,00 RMB, das jährlich durchschnittliche Bruttoeinkommen von Landbewohnern war 10.747,00 RMB, siehe

<http://china.findlaw.cn/yiliaoylsgbc/ylsgpcb/1860.html> (letzter Zugriff: 3.6.2010);

Nach einem Bericht in der Zeitung *Jiankang Bao* könnten die Hinterbliebenen für den ärztlichen Unfall nach der RBäU einen Schadensersatz in Höhe von nicht mehr als 100.000,00 RMB erhalten, aber nach *den AGZ und der Auslegung des obersten Volksgerichts über einige Fragen der Anwendung des Rechts im Gerichtsverfahren über den Ersatz von Schäden an der Person* seien schon der Schaden für den Todesfall und der immaterielle Schaden mehr als 310.000,00 RMB wert. Weiter zitiert von *Liu Hong/Liu Youying/Chen Dajun*, in: *Hua nan guo fang yi xue za zhi*, 2006 No. 3, S. 44.

III. Die Beweislastverteilung

Am 1.4.2002 wurde durch die Justizauslegung über *einige Bestimmungen bezüglich der Beweise im Zivilprozess* eine Beweislastumkehr zugunsten des Patienten eingeführt. In Art. 4 Nr. 8 wird vorgesehen, dass in einem auf ärztlicher Behandlung beruhenden Rechtsstreit über einen Anspruch aus Delikt die medizinische Einrichtung die Beweislast dafür trägt, dass keine Kausalität zwischen dem Schaden und der ärztlichen Behandlung besteht und kein Verschulden bezüglich der ärztlichen Behandlung vorliegt. Der Patient hat nur nachzuweisen, dass er von der medizinischen Einrichtung behandelt worden ist und einen Schaden erlitten hat.

Durch die Justizauslegung über *die Mitteilung zur Verweisung auf die RBäU im Arzthaftungsprozess* wird aber diese Beweislage verändert. Durch einen Vergleich ist diese Veränderung ganz einleuchtend zu erklären.

1. Die Beweislage ohne Verweisung auf RBäU

Nach der Justizauslegung über *einige Bestimmungen bezüglich der Beweise im Zivilprozess* muss die medizinische Einrichtung beweisen, dass kein Verschulden und keine Kausalität zwischen dem Behandlungsfehler und dem Schaden bestanden. Würde es ihr nicht gelingen, dann müsse sie die Haftung tragen. Auch wenn der zu Rate gezogene Sachverständige das Verschulden oder die Kausalität nicht feststellt, ist die Klage begründet. Das bedeutet, dass die medizinische Einrichtung für das *non liquet* sowohl beim Verschulden als auch bei der Kausalität haftet.

Könnte das Krankenhaus einen Beweis gegen das Verschulden oder die Kausalität vorlegen, braucht aber der Patient nicht unbedingt einen Gegenbeweis für das Verschulden oder die Kausalität zu führen, vielmehr reicht schon der Beweis aus, dass das Verschulden oder/und die Kausalität unauflösbar oder nicht feststellbar ist.

2. Die Beweislage mit Verweisung auf RBäU

Beim *technischen Gutachten zum ärztlichen Unfall* wird die Gutachterkommission aufgefordert, in der Schlussfolgerung des Gutachtens klar zu äußern, dass ein ärztlicher Unfall vorliegt oder nicht, § 35 II *der vorläufigen Maßnahme zum technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls*. Es kann nur „Ja“ oder „Nein“ sein, es gibt keine dritte Möglichkeit. Ist die Fahrlässigkeit oder die Kausalität zwischen der ärztlichen Behandlung und dem Schaden unaufklärbar oder nicht klar, wird der Behandlungsfehler nicht als ärztlicher Unfall anerkannt. Der Patient kann sich nicht darauf berufen, dass das Verschulden oder die Kausalität unaufklärbar oder nicht feststellbar ist. Er haftet dann für das *non liquet* der Sache.

Bildet der Behandlungsfehler keinen ärztlichen Unfall, bleibt dem Patienten dann nur eine Möglichkeit übrig, um den Schadensersatz zu verwirklichen. Er kann nur beweisen, dass eine nicht als ärztlicher Unfall qualifizierte Pflichtverletzung unterlaufen ist. Dafür trägt der Patient die volle Beweislast. Deswegen versucht der Patient immer, ein neues Gutachten über ärztliche Pflichtverletzung zu beantragen. Gelingt ihm das, dann werden das Verschulden und der Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden wieder vermutet.

IV. Die Rechtsentwicklung in der Praxis vor der Gesetzgebung zur Haftung für unerlaubte Handlungen

Wie oben gezeigt, führt die Zweispurigkeit der Rechtsanwendung dazu, dass für dieselbe von ärztlichen Pflichtverletzungen verursachte Körper- sowie Gesundheitsverletzung zwei unterschiedliche Schadenssummen zu leisten sind. Für einen ärztlichen Unfall erhält der Patient nach der RBäU weniger Schadensersatz als für einen nicht ärztlichen Unfall nach den AGZ i.V.m. einschlägigen Justizauslegungen. Diese Spanne ist noch größer, wenn der Patient wegen der ärztlichen Pflichtverletzung verstorben ist.²⁹⁰

²⁹⁰ Chen Zhihua, in: Zhong guo lü shi (CHINESE LAWYER) 2007 No.11, S. 31-33; Xiong Rui, in: Pan li

Angesichts dieses Problems hat das Obere Volksgericht Peking²⁹¹ bestimmt, das Gericht könne die zu ersetzende Summe des Schadens aufgrund der AGZ und der einschlägigen Justizauslegungen erhöhen, wenn nach der RBäU die erlittenen Schäden des Patienten nicht im Wesentlichen ausgeglichen würden.

Das Obere Volksgericht der Jiang-su Provinz hat geäußert, dass über die Schadensposten, die die RBäU nicht geregelt hat, z.B. die Pflegekosten nach der stationären Behandlung, das Gericht entsprechend den konkreten Umständen des Einzelfalls entscheiden soll.²⁹²

In einem neuesten Urteil geht das Grundgericht des Chan-Cheng Bezirks der Fo-shan Stadt in Guang-dong Provinz noch weiter. Die RBäU und die AGZ wurden kumulativ angewendet.²⁹³

In dem Fall hat das Gericht einen ärztlichen Unfall bestätigt. Dann ist grundsätzlich die RBäU anzuwenden, und der Ersatz für den Tod würde nicht gewährleistet. Aber die Kläger behaupteten, ihre Klage begründe nicht auf einen ärztlichen Unfall, sondern auf normale körperliche Verletzung. Sie möchten damit die Anwendung der AGZ und der einschlägigen Justizauslegung erreichen, und dadurch den Ersatz für den Tod erhalten.

In seinem Urteil urteilte das Gericht, die RBäU habe zwar keinen Ersatz für den Tod vorgesehen, das könne den Ersatz für den Tod nicht verdrängen. In *der Mitteilung zur Verweisung auf die RBäU im Arzthaftungsprozess* habe das Oberste Volksgericht die Instanzgerichte nur aufgefordert, für alle ärztlichen Unfälle in Verweisung auf die Bestimmungen der RBäU zu urteilen, aber nicht die RBäU zu befolgen. Das bedeute, das Gericht habe noch gewisse Entscheidungsfreiheit aufgrund des Grundsatzes der Gerechtigkeit. Darüber hinaus, sei diese Justizauslegung am 6.1.2003 in Kraft getreten, aber *die Auslegung des*

yu yan jiu 2009 No. 1 S. 29 ff.

²⁹¹ <http://www.lawtime.cn/info/sunhai/shpcfg/2007070642628.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010); <http://china.findlaw.cn/shpc/sunhaipeichangfalv/pefl/12.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

²⁹² Das Gespräch des stellvertretenden Gerichtspräsidenten des Oberen Volksgerichts der Jiang-su Provinz, am 11.04.2003 bezüglich der Zivilrechtsprechung in Jiang-su Provinz, <http://www.zwjkey.com/onevs.asp?id=780> (letzter Zugriff: 3.6.2010); <http://www.xzslw.com/suso/sust/2008-12-17/1050.html> (letzter Zugriff: 3.6.2010).

²⁹³ in: Nan Fang Du Shi Bao 03.09.2008.

Obersten Volksgerichts über einige Fragen der Anwendung des Rechts im Gerichtsverfahren über den Ersatz von Schäden an der Person, die den Ersatz für den Tod anerkennt, sei am 1.5.2004 in Kraft getreten. Laut der letzteren solle sie vorrangig angewendet werden, wenn die zuvor bekannt gegebenen Justizauslegungen anderes vorgesehen hätten. Daher sei die letztere Justizauslegung an den Ersatz für den Tod anzuwenden. Den Klägern wurde dann auch der Ersatz für den Tod zugesprochen.

Im Vergleich zu den oben genannten Gerichten ist das Obere Volksgericht der Jiang-xi Provinz relativ konservativ. Seiner Meinung nach soll der immaterielle Schadensersatz für den nicht ärztlichen Unfall grundsätzlich nicht höher als der für den ärztlichen Unfall sein.²⁹⁴ Dabei hat es vielleicht versucht, den Schadensersatz für den ärztlichen Unfall und für den nicht ärztlichen Unfall anzugleichen.

Die Praxis in der Rechtsprechung zeigt dann eine große Unsicherheit und Uneinigkeit. Auch wenn es eine Zweispurigkeit der Rechtsanwendung im Allgemeinen gibt, kann ein Gericht aber abweichend entscheiden.

V. Die Probleme der RBäU und Zweispurigkeit der Rechtsanwendung

1. Die Probleme der RBäU

a. Der § 49 II RBäU

Der § 49 II RBäU bildet eine der auffälligsten Vorschriften der RBäU. Darin wird vorgesehen, dass die medizinische Einrichtung keine Haftung trifft, wenn die Verletzung keinen ärztlichen Unfall bildet. Diese Vorschrift ist in der Tat eine Überlieferung des wesentlichen Grundsatzes *der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*, nach welcher nur ärztliche Unfälle zu ersetzen waren. Das erklärt sich aus der Tatsache, dass der Verfasser der beiden Rechtsverordnungen dergleiche ist, also das Ministerium für Gesundheitswesen als der

²⁹⁴ Kapitel 6 Artikel 3 § 20 *des zusammenfassenden Protokolls der Aussprache bezüglich der Zivilrechtsprechung der Jiang-su Provinz im Jahre 2004*, http://www.china122.com.cn/aclaw/ac_difang/2006/9/1771.html# (letzter Zugriff: 3.6.2010).

Verwalter und auch der für den Staat vertretende Inhaber aller öffentlichen medizinischen Einrichtungen.²⁹⁵

Wie oben schon gezeigt, dass viele Fallgruppen der ärztlichen Pflichtverletzungen nicht den ärztlichen Unfällen zugeordnet werden können, könnte die Anwendung des § 49 II RBäU zweifellos zu Unrecht führen.

Am 26.03.2003 hat sich der stellvertretende Präsident des Obersten Volksgerichts, Huang Songyou, in einer öffentlichen Ansprache zu den Richtern geäußert, die RBäU sei eine Rechtsverordnung, und in der Verhandlung solle das Gericht den § 49 II RBäU richtig verstehen. Wenn die Verletzung nach dem Gutachten zum ärztlichen Unfall keinen ärztlichen Unfall bilde, jedoch das Verschulden der medizinischen Einrichtung festgelegt werde, seien die Voraussetzungen der deliktischen Haftung erfüllt, und das Gericht müsse die medizinische Einrichtung verurteilen, nach § 106 II AGZ entsprechende Haftung zu tragen.²⁹⁶

Das Oberste Volksgericht hat danach eine eigene Interpretation zum § 49 II RBäU entwickelt. Die Anwendung der RBäU beschränke sich auf die aus den ärztlichen Unfällen ausgelösten Streitigkeiten, und auf andere Streitigkeiten finde die RBäU keine Anwendung. Der § 49 II RBäU sei so zu verstehen, dass wenn die Körperverletzung keinen ärztlichen Unfall bilde, die medizinische Einrichtung nicht eine Schadensersatzhaftung gemäß RBäU trage, sondern eine Haftung nach den AGZ.²⁹⁷

²⁹⁵ Verwaltungsregelungen der Ministerien sind immer dazu geneigt, eigene Interessen zu schützen. Vgl. *Zhang Jianjun*, in: *Fa lü yu yi xue za zhi*, 2003 No. 10, S. 9.

²⁹⁶ *Huang Songyou*, in: *Min shi shen pan yu zhi dao*, 2003 No. 2, S. 16 f.

²⁹⁷ Das Oberste Volksgericht hat diese Meinung so begründet: Die Bestimmung nach § 106 II AGZ, wenn Bürger oder juristische Personen schuldhaft den Körper anderer Personen verletzen, müssen sie die zivilrechtliche Haftung übernehmen, stelle den Grundsatz des Zivilrechts dar, dass Rechtsbehelf für den durch die unerlaubte Handlung ausgelösten Schaden angeboten werde. Das bilde auch den wesentlichen Schutz für das Menschenrecht in einem Rechtsstaat. Als Rechtsverordnung dürfe die RBäU auf keinen Fall diesem Grundsatz widersprechen. Wenn eine ärztliche Behandlung dem Patienten körperlichen Schaden zugefügt habe, bilde der aber keinen ärztlichen Unfall, und treffe die medizinische Einrichtung deswegen keine Haftung, würde dies nicht nur dem im § 33 III des chinesischen Verfassungsgesetzes vorgeschriebenen Grundsatz über die Gleichheit vor dem Gesetz widersprechen, sondern auch dazu führen, dass dem Geschädigten kein Rechtsbefehl zur Verfügung stehe, dies würde nicht von der Öffentlichkeit angenommen. Siehe *die Antwort des Leiters des 1. Zivilsenat des Obersten Volksgerichts zur Presse auf die Frage nach der Rechtsanwendung für den Patient-Arzt-Rechtsstreit*, in: *Ren min fa yuan bao* 10.04.2004.

b. Der zu ersetzende Schaden nach §§ 49 ff. RBäU

Der zu ersetzende Schaden für einen ärztlichen Unfall ist nach §§ 49 ff. RBäU zu berechnen. Vor allem werden in § 50 Nr. 1-11 RBäU elf Posten und jeweilige Berechnungskriterien aufgezählt. Eine Einsicht darin zeigt aber mehrere Probleme.

a) Der Ursprung der §§ 49 ff. RBäU und der immaterielle Schaden

Es ist offensichtlich, dass über den Schadensersatz für den ärztlichen Unfall die §§ 36-38 *der Maßnahme zur Behandlung des Verkehrsunfalls* in die RBäU übernommen und ein wenig verändert wurden. *Die Maßnahme zur Behandlung des Verkehrsunfalls* war seit 01.01.1992 in Kraft und seit 01.05.2004 außer Kraft getreten. Das Ministerium für Gesundheitswesen hat deshalb nicht für den ärztlichen Unfall einen angezeigten Tarif schaffen.²⁹⁸

Im Hinblick auf den Inhalt ist der immaterielle Schaden im Sinne des § 50 Nr. 11 RBäU einfach das Korrelat der Kompensation für den Tod in § 37 Nr. 8 *der Maßnahme zur Behandlung des Verkehrsunfalls*.²⁹⁹

Nach § 50 Nr.11 ist der immaterielle Schaden nur zu ersetzen, wenn der Patient invalid oder verstorben ist. Laut dem Vorwort *der Norm zur Einteilung des ärztlichen Unfalls* bilden die ärztlichen Unfälle der ersten drei Grade Behinderungen. Deswegen ist für einen ärztlichen Unfall des vierten Grades, z.B. wenn ein Augenlid auffällig beschädigt ist oder dessen Innenseite nach außen gedreht ist,³⁰⁰ kein immaterieller Schaden zu ersetzen.

Der immaterielle Schaden wird aufgrund der jährlich durchschnittlichen Lebenshaltungskosten berechnet. Bei der Behinderung ist er nicht mehr als drei Jahre zu ersetzen, beim Tod nicht mehr als sechs Jahre. Solch eine Rech-

²⁹⁸ Diese Übernahme zeigt vielleicht schon, dass das Ministerium für Gesundheitswesen über den Schadensersatz nicht hinreichend erforscht hat, insbesondere die Interessen des Patienten nicht genug in Betracht gezogen hat. *Die Maßnahme zur Behandlung des Verkehrsunfalls* war schon am 22.09.1991 bekannt gegeben und das war fast elf Jahre vor der Bekanntgabe der RBäU. Diese Rechtsverordnung hatte auch nichts mit der ärztlichen Haftung zu tun. Das chinesische Recht befindet sich noch in der Entwicklung, je neuer ein Gesetz ist, desto bessere Erwägungen hat es über die unterschiedlichen Interesse gemacht. Vgl. *Manthe*, Die Rechtsentwicklung Chinas im 20. Jahrhundert, in: Berliner China-Hefte Nr. 22 Mai 2002 S. 3 ff.

²⁹⁹ *Tang Dehua*, S. 375 f.

³⁰⁰ Art. 4 Nr. 3, 15 *der Norm zur Einteilung des ärztlichen Unfalls*.

nungsweise hat einerseits die Landbewohner schwerwiegend diskriminiert.³⁰¹ Andererseits ist es auch zweifelhaft, ob die eigentlichen Funktionen des immateriellen Schadens wirklich beachtet werden.³⁰²

b) Die sog. Grundheilungskosten

Nach § 50 Nr.1 S.2 werden die sog. Grundheilungskosten für die weitere Behandlung ersetzt, wenn die weitere Behandlung notwendig ist. Aber bis heute gibt es keinen gesetzlichen Begriff über Grundheilungskosten. Nach der Meinung des Verfassers der RBäU können die Grundheilungskosten entsprechend dem Umfang der provinziellen Grundkrankenversicherung für die Angestellten und Arbeiter festgelegt werden.³⁰³ Für den Schadensersatz zum ärztlichen Unfall ist jedoch die provinzielle Grundkrankenversicherung schon deswegen nicht angezeigt, weil nicht alle notwendigen weiteren Behandlungen für den Patienten von der Grundkrankenversicherung gedeckt werden.³⁰⁴

c) Die einmalige Verrechnung des Schadens

Der zu ersetzende Schaden wird einmalig verrechnet. Das bedeutet, dass der eventuell nach der Verrechnung entstehende Schaden nicht mehr ersetzbar ist. Des Weiteren wird die einmalige Verrechnung das weitere Leben des Patienten nicht garantieren. Vor einer schlechten Finanzverwaltung und einer eventuellen Inflation wird der Patient nicht geschützt. Darüber hinaus kann die einmalige Verrechnung die Existenz einer medizinischen Einrichtung vernichten. Von der

³⁰¹ Z.B. in An-hui Provinz im Jahre 2008 waren die jährlich durchschnittlichen Lebenshaltungskosten von Stadtbewohnern 8.531,90 RMB, die von Landbewohnern waren 2.754,00 RMB, siehe http://news.9ask.cn/yljf/sgpc/pcbz/200903/164910_2.html (letzter Zugriff: 4.6.2010); In Peking im Jahre 2009 waren die jährlich durchschnittlichen Lebenshaltungskosten von Stadtbewohnern 16.460,00 RMB, die von Landbewohnern waren 7.656,00 RMB, siehe <http://china.findlaw.cn/yiliaoylsgbc/ylsgpcbj/1860.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010); In Shan-xi Provinz im Jahre 2009 waren die jährlich durchschnittlichen Lebenshaltungskosten von Stadtbewohnern 12.858,00 RMB, die von Landbewohnern waren 3.136,00 RMB, siehe <http://china.findlaw.cn/yiliaoylsgbc/ylsgpcbj/1859.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³⁰² Die Entschädigung des immateriellen Schadens hat vor allem drei Funktionen, also die Ausgleichsfunktion, die Genugtuungsfunktion und die Präventionsfunktion, siehe MünchKommBGB/Oetker, § 253 Rn. 10 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 423; *Katzenmeier*, S. 209; BGHZ 18, 149, 154 ff.; BGHZ 128, 117, 120 f.= NJW 1995, 781; OLG Brandenburg VersR 2004, 199, 200; OLG Koblenz NJW-RR 2005, 970, 972; Möller, S. 202 ff.; *Lange/Schiemann*, § 7 V2, S. 435 f.

³⁰³ *Tang Dehua*, S. 379 f.; *Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu*, S. 145 f.

³⁰⁴ *Tang Dehua*, S. 379 f.

Rechtsprechung wird deshalb eine Rate bevorzugt.³⁰⁵

c. Die teilweise Unwirksamkeit der RBäU wegen Gesetzwidrigkeit.

In §§ 53 ff. hat die RBäU gegen den Missbrauch der Macht und andere Verhalten bei der Behandlung des ärztlichen Unfalls nicht nur verwaltungsrechtliche Strafmaßnahmen vorgesehen, sondern auch auf das chinesische Strafgesetzbuch verwiesen³⁰⁶. Die Verweisungen sind aber schon deswegen sinnlos, weil nach § 3 des Chinesischen StGB und § 8 Nr. 4 Gesetzgebungsgesetz Verbrechen und Strafe durch ein Gesetz geregelt werden müssen. Die RBäU als eine Rechtsverordnung darf keine strafrechtliche Strafe bestimmen.³⁰⁷

d. Die Krankheitsdokumente

Die Krankheitsdokumente sind dem Patienten nur teilweise zugänglich. Sie werden nach §§ 10, 16 RBäU in subjektive und objektive Krankheitsdokumente eingeteilt. Die objektiven Krankheitsdokumente bestehen aus verschiedenen Untersuchungsergebnissen, die unabhängig von der subjektiven Beurteilung des medizinischen Personals sind. Im § 10 RBäU werden elf Arten von Dokumenten³⁰⁸ aufgezählt, die dem Patienten offen sind, und er kann sich Kopien davon machen.

Die subjektiven Krankheitsdokumente werden im § 16 RBäU aufgezählt.³⁰⁹

³⁰⁵ ALX, 2006 No. 2, S. 163 f.

³⁰⁶ §§ 53, 55, 57, 59 der RBäU.

³⁰⁷ Das chinesische Gesetzgebungsgesetz ist am 15.03.2000 bekannt gegeben und am 01.07.2000 in Kraft getreten, fast ein Jahr vor der Bekanntgabe und dem Inkrafttreten der RBäU. Das StGB sogar noch früher. Der Verfasser der RBäU soll diese Einschränkungen nach dem Gesetzgebungsgesetz und dem Strafgesetzbuch natürlich gewusst haben. Der wesentliche Grund für diese Fehler lag wahrscheinlich darin, dass der Verfasser, also das Ministerium für Gesundheitswesen, eigentlich einen Gesetzesentwurf für den Nationalen Volkskongress vorbereitet hat. Der Nationale Volkskongress hat aber diesen Antrag abgewiesen. Die beiden dafür zuständigen Ausschüsse des Nationalen Volkskongresses, also *der Ausschuss für Bildung, Wissenschaft, Kultur und Gesundheitswesen* und *der Ausschuss für Legislative Angelegenheiten*, haben sich dazu geäußert, dass die Behandlung des ärztlichen Unfalls sehr kompliziert sei und es für eine Gesetzgebung noch an ausreichenden Erfahrungen fehle. Angesichts der praktischen Situationen und Erfordernisse wäre es besser, zuerst eine Rechtsverordnung durch den Staatsrat zu erlassen, und bis die Zeit reif sei, ein Gesetz daraus von dem Nationalen Volkskongress zu verabschieden. Ausführlich siehe *Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu*, S. 3 ff.; die Erklärung zum Entwurf der RBäU, http://www.lawyee.net/OT_Data/Legislation_Display.asp?ChannelID=7000000&RID=3609, (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³⁰⁸ Darunter sind Ambulanz-, Stationär-, Körpertemperatur-, ärztliche Ratsdokumente, Laborberichte, die Untersuchungsergebnisse von Röntgendiagnostik, die Genehmigung zur besonderen Untersuchung, Behandlung, Behandlungs- und Anästhesie-, Pathologie- und Pflegedokumente.

³⁰⁹ Darunter sind die Dokumente bezüglich der Diskussion über den Tod, über die schwere Krankheit, die Dokumente über den Rundgang der übergeordneten Ärzte, über die Konsilien, und über den Krankheitsverlauf.

Sie umfassen vor allem die subjektive Beurteilung des medizinischen Personals bezüglich der Krankheit. Sie sind vom Patienten nicht einzusehen. Kommen der Patient und die medizinische Einrichtung in Streit über die Behandlung, werden diese subjektiven Krankheitsdokumente in Gegenwart beider Parteien versiegelt und weiter von der medizinischen Einrichtung aufbewahrt. Beim technischen Gutachten zum ärztlichen Unfall werden sie auch in Gegenwart beider Parteien entsiegelt.

Problematisch ist es, dass nach § 16 RBÄU die Dokumentationen über den Krankheitsverlauf zu den subjektiven Krankheitsdokumenten gezählt werden. Diese sollen aber normalerweise zu den objektiven Krankheitsdokumenten gehören. Dabei wird das Recht auf *informed consent* des Patienten übermäßig begrenzt.³¹⁰

Das Ministerium für Gesundheitswesen hat die Notwendigkeit der Abgrenzung zwischen subjektiven und objektiven Krankheitsdokumenten nicht begründet. Im von dem Verfasserausschuss herausgegebenen Buch wird nur gemeint, dass die subjektiven Krankheitsdokumente die subjektiven Erkenntnisse des medizinischen Personals über die Krankheit sowie die Behandlung widerspiegeln, und bei verschiedenen Ärzten oder verschiedenem Zeitraum des Krankheitsverlaufs es zu unterschiedlichen, sogar entgegengesetzten Meinungen kommen könnte.³¹¹ Das Ministerium für Gesundheitswesen fürchtet dann, dass der Patient leichtsinnig aus den unterschiedlichen Meinungen in den subjektiven Krankheitsdokumenten eine Pflichtverletzung und Verschulden des Arztes erschließen wird.³¹² Aus dieser Begründung kann man nur erschließen, dass das Ministerium für Gesundheitswesen nicht dafür gesorgt hat, die Streitigkeiten zwischen Patienten und den medizinischen Einrichtungen zu lösen, sondern von Anfang an versucht, die medizinischen Einrichtungen vor den Streitigkeiten zu schützen, und den Patienten Hindernisse in den Weg zu legen. Das Miss-

³¹⁰ Chen Zhihua, in: Fa lü yu yi xue za zhi, 2002 No. 2, S. 73; Wo Zhongdong, in: Zhong hua xian dai yi yuan guan li za zhi 2006 Bd. 4 No. 12 S. 40 ff.

³¹¹ Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu, S. 32.

³¹² Tang Dehua, S. 194.

trauen des Patienten wird dadurch nur noch vertieft.

Das Ministerium für Gesundheitswesen möchte dabei vielmehr teilweise die Therapiefreiheit des Arztes schützen. Die Entscheidung des Arztes für eine spezifische Form der Diagnose und mehr noch für ein bestimmtes therapeutisches Verfahren ist jeweils gekennzeichnet durch eine Abwägung von Chancen und Risiken im Einzelfall unter Berücksichtigung vielfältiger physischer, psychischer und sozialer Aspekte.³¹³ Dem Arzt soll deshalb die Therapiefreiheit vorbehalten werden. Aber es bedeutet nicht, dass der Patient fern von den Krankheitsdokumenten gehalten werden muss. Bei der Therapiefreiheit geht es nicht um eine Privilegierung des Arztes, sondern um ein fremdnütziges Recht zugunsten des Patienten und dessen Anspruch auf Optimierung seiner Behandlung. Das Einsehen in die Krankheitsdokumente soll dem Patienten unbegrenzt gewährleistet werden.³¹⁴

e. Die Probleme im Gutachterverfahren zum ärztlichen Unfall

Wie oben schon dargestellt, im Vergleich zu *der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*, ist das Gutachterverfahren zum ärztlichen Unfall in der RBäU ausführlicher und besser. Trotzdem wird es noch in einigen Punkten von der Judikatur und Literatur kritisiert.³¹⁵

a) Der Mangel an Unabhängigkeit, Neutralität, rechtlicher Kontrolle des Medizinischen Vereins

Seinen Mangel an Unabhängigkeit hat der Chinesische Medizinische Verein schon öffentlich eingestanden.³¹⁶ Sowohl die Finanzierung als auch das Personal des Medizinischen Vereins werden vom Amt für Gesundheitswesen bestimmt. Die Leiter des Ministeriums für Gesundheitswesen sind auch Mitglie-

³¹³ Wang Yan, in: Zhong hua yi xue shi jian za zhi, 2008 Bd. 7 No. 5 S. 478 f.; Wang Yue, in: Zhong guo wei sheng, 2009 No. 3 S. 64 f.; Yin Qingju, in: Zhong guo xian dai lin chuang yi xue, 2007 Bd. 6 No. 1 S. 94 f.; Katzenmeier, S. 304.

³¹⁴ Wo Zhongdong, in: Zhong hua xian dai yi yuan guan li za zhi 2006 Bd. 4 No. 12 S. 40 ff.

³¹⁵ Wang Shengming, S. 269; Min fa shi, S. 790 ff.; Li Huakui, in: Hang zhou shi fan xue yuan xue bao, 2007 No. 2, S. 102 f.; Chen Mingguo/Zhao Guangqiang, in: Xi nan zheng fa da xue xue bao, 2006 No. 6, S. 122 f.; Zhang Xianmin, Ren min fa yuan bao, 24.01.2006; Wo Zhongdong, in: Zhong hua xian dai yi yuan guan li za zhi 2006 Bd. 4 No. 12 S. 40 ff.

³¹⁶ Zhong hua yi xue xin xi dao bao, 2003 No. 2.

der des Vorstands des Chinesischen Medizinischen Vereins. Das Ministerium sowie die Ämter für Gesundheitswesen sind gleichzeitig Leiter und stellvertretende Inhaber der öffentlichen medizinischen Einrichtungen.³¹⁷

Der Chinesische Medizinische Verein sowie die lokalen Medizinischen Vereine sind Vereinigungen von Ärzten. Seiner Satzung nach soll er auch den Mitgliedern Dienstleistungen anbieten und ihre Interessen schützen.³¹⁸ Ohne die Nichtidentifikation mit den Interessen der Parteien kann die Gutachterkommission des medizinischen Vereins kein vertrauenswürdigen Gutachten leisten.

Noch schlimmer ist, dass die Gutachterkommission als eine Einheit für die Erstellung und Richtigkeit des Gutachtens haftet, aber kein Mitglied eine persönliche Haftung trägt.³¹⁹

Nach § 6 III und IV *der vorläufigen Maßnahme zum Technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls* müssen die Mitgliedskandidaten der Gutachterkommission grundsätzlich am Standort des Medizinischen Vereins arbeiten. In einem so engen Kreis sind die Mitglieder der Gutachterkommission auszuwählen, so dass es der medizinischen Einrichtung oder dem Amt für Gesundheitswesen ganz leicht ist, Einfluss auf das Gutachten zu haben.³²⁰ Im Vergleich zum Gutachterverfahren damals nach *der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls* wird nunmehr über das Gutachterverfahren gespottet, dass die Brüder untereinander prüfen oder ein Onkel seinen Neffen prüft.³²¹

b) Die Wahl der Mitglieder der Gutachterkommission

³¹⁷ Li Guohong/Ye Jihong, in: Xue hui, 2007 No. 3, S. 54; Li Huakui, in: Hang zhou shi fan xue yuan xue bao, 2007 No. 2, S. 102 f.

³¹⁸ Art. 3, Art. 7 Nr. 9 Satzung des Chinesischen Medizinischen Vereins, ausführlich siehe <http://www.cma.org.cn/html/main/2010/01/15/20100115e55fd5053b734924be854d9a0eb74361.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³¹⁹ Li Huakui, in: Hang zhou shi fan xue yuan xue bao, 2007 No. 2, S. 104.

Es gab sogar solch einen Skandal. Bei einem Gutachterverfahren war ein Mitglied der Gutachterkommission überhaupt kein medizinischer Sachverständiger, sondern ein Pförtner des Medizinischen Vereins. Ausführlich siehe <http://www.fx120.net/scribble/sssd/200601100832432745.htm> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://jsyllt.com/Article/shidian/20090715105129.htm> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://js.qqyy.com/zhongliuke/jdalfx/0901/09/67ea.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³²⁰ Li Huakui, in: Hang zhou shi fan xue yuan xue bao, 2007 No. 2, S. 102 f.; Li Gang, in: Zhong guo lü shi (CHINESE LAWYER), 2007 No. 11, S. 39 f.; You Zhonghua, in: Fa lü yu yi xue za zhi, 2004 No.11 (1), S. 12.

³²¹ You Zhonghua, in: Fa lü yu yi xue za zhi, 2004 No. 11, S. 11 f.; Nan fang zhou mo, 22.03.2007.

Wie oben schon erwähnt, sind die Mitgliedskandidaten der Gutachterkommission schon vom Medizinischen Verein festgelegt. Auch wenn der Patient bei der Wahl der Mitglieder mitwirken kann, hat er keine Möglichkeit, die Wahl zu beeinflussen.³²²

In der Praxis wird auch kritisiert, dass die Informationen über die Mitgliedskandidaten für den Patienten überhaupt nicht ausreichend sind.³²³

c) Die dem Medizinischen Verein eingereichten Materialien unterliegen keinem Kreuzverhör.

Während des ganzen Gutachterverfahrens werden die dem Medizinischen Verein eingereichten Materialien nicht in Kreuzverhör genommen.³²⁴ Der Medizinische Verein prüft nicht, ob die einschlägigen Materialien, vor allem die Krankheitsdokumente, verfälscht worden sind. Eine Prüfung ist aber besonders notwendig, weil heutzutage ein verfälschtes Krankheitsdokument nichts Außergewöhnliches ist.³²⁵

2. Das Verhältnis der zwei Arten Gutachten

Ob ein ärztlicher Unfall vorliegt, ist für die Rechtsanwendung entscheidend, deshalb soll der Klage immer ein *technisches Gutachten zum ärztlichen Unfall* vorausgehen. Aber sowohl nach der RBäU als auch nach der Meinung des Obersten Volksgerichts ist *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* kei-

³²² Li Huakui, in: Hang zhou shi fan xue yuan xue bao, 2007 No. 2, S. 102 f.

³²³ Nan fang zhou mo, 19.06.2003; Li Gang, in: Zhong guo lü shi (CHINESE LAWYER), 2007 No. 11, S. 39.

³²⁴ Li Gang, in: Zhong guo lü shi (CHINESE LAWYER), 2007 No. 11, S. 39 f.; You Zhonghua, in: Fa lü yu yi xue za zhi, 2004 No.11 (1), S. 12; Wo Zhongdong, in: Zhong hua xian dai yi yuan guan li za zhi 2006 Bd. 4 No. 12 S. 40 ff.

³²⁵ Die Verfälschung der Krankheitsdokumente ist schon eine unausgesprochene Regel. in: Nan fang zhou mo 22.03.2007. Ein wesentlicher Grund dafür ist, dass die Maßnahmen gegen Verfälschung nicht funktionieren. Nach § 37 Nr. 5 *Arztberufsausübungsgesetz* wird dem Arzt die Verwarnung, der vorübergehende Berufsausübungsverbot, der Entzug der Berufsausübungsgenehmigung oder sogar Strafe, wenn daraus ein Verbrechen geworden ist, belegt, wenn er die Krankheitsdokumente versteckt, verfälscht oder eigenmächtig vernichtet hat. Aber die Verfälschung ist normalerweise nicht die eigenmächtige Handlung des Arztes, sondern nach dem Befehl der medizinischen Einrichtung. Das chinesische Strafgesetzbuch hat keine entsprechende Bestimmung über die Verfälschung der Krankheitsdokumente, <http://news.qq.com/a/20080903/002251.htm> (letzter Zugriff: 5.6.2010); <http://www.famouscase.net/show.php?contentid=2424> (letzter Zugriff: 5.6.2010); <http://news.163.com/08/0228/14/45Q11URM000120GU.html> (letzter Zugriff: 5.6.2010); <http://www.lnnews.net/html/2009/08/31/99020.html> (letzter Zugriff: 5.6.2010); <http://forum.home.news.cn/thread/64999956/1.html> (letzter Zugriff: 5.6.2010).

ne Voraussetzung einer Klage.³²⁶ Der Patient kann einfach mit dem Grund, dass der Arzt ihm bei der Behandlung einen körperlichen oder gesundheitlichen Schaden schuldhaft zugefügt hat, eine Klage gegen die medizinische Einrichtung erheben. Heute wird der Patient immer häufiger auf diese Weise versuchen, *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* zu umgehen, und die Anwendung der AGZ und der einschlägigen Justizauslegungen zu erreichen.³²⁷ Im Arzthaftungsverfahren ist es ganz normal, für denselben Fall zwei unterschiedliche Gutachterverfahren aufzuführen. Und das Gerichtsverfahren wird auch deswegen verlängert.³²⁸

Dabei stellt sich dann die Frage nach dem Verhältnis der zwei Arten Gutachterverfahren.

Nach der Meinung der Oberen Volksgerichte Peking³²⁹ und der Guang-dong Provinz³³⁰ verdrängt *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* grundsätzlich das vom Gerichtsarzt durchzuführende justizielle Gutachten. Hat eine Seite, normalerweise die medizinische Einrichtung, *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* beantragt, kann die andere Seite das justizielle Gutachten nicht gleichzeitig durchführen lassen. Wird aber kein ärztlicher Unfall durch *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* bestätigt, kann der Patient dann ein justizielles Gutachten beantragen, um eine eventuelle andere Pflichtverletzung festzulegen.

Das Obere Volksgericht Peking meint, wenn das Gericht ein justizielles Gutachterverfahren genehmigt hat und das Gutachterergebnis schon bekanntgegeben ist, und beantragt eine Partei erst dann *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall*, muss das Gericht streng prüfen, den Antrag zu genehmigen oder zu verweigern. Das justizielle Gutachten kann deswegen nur ausnahmsweise

³²⁶ Das Oberste Volksgericht hat schon am 19.01.2001 entschieden, dass das Gutachten zum ärztlichen Unfall keine Voraussetzung einer Klage ist, siehe Zweiter Teil, B, II, 1, a.

³²⁷ Chen Zhihua, in: Zhong guo lü shi (CHINESE LAWYER) 2007 No.11, S. 31, 33.

³²⁸ Chen Mingguo/Zhao Guangqiang, in: Xi nan zheng fa da xue xue bao, 2006 No. 6, S. 122 f.; Zhang Xianmin, in: Ren min fa yuan bao, 24.01.2006.

³²⁹ <http://www.lawtime.cn/info/sunhai/shpcfg/2007070642628.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://china.findlaw.cn/shpc/sunhaipeichangfalv/pcf1/12.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³³⁰ <http://www.szlawyers.net.cn/sygd/mssp/2010/01/21/25552.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

nicht durch *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* verdrängt werden. Das Obere Volksgericht der An-hui Provinz³³¹ und Chong-qing Stadt³³² haben aber bestimmt, wenn ein Gutachten notwendig ist, soll das Gericht nach dem Antrag der Parteien darüber entscheiden, *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* oder ein justizielles Gutachten einzuholen. Das bedeutet, wenn der Patient das justizielle Gutachten zur ärztlichen Pflichtverletzung zuvor beantragt hat, kann die medizinische Einrichtung *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* nicht mehr beantragen. Ob diese ärztliche Pflichtverletzung einen ärztlichen Unfall bildet, wird dann nicht mehr aufgeklärt. Und die Anwendung der RBäU wird dadurch umgangen. Die Reihenfolge der zwei Arten Gutachten hat deshalb entscheidenden Einfluss auf die Rechtsanwendung.

Nach der Untersuchung des *Ausschusses zur Erforschung der Probleme bei der Durchführung der RBäU und der vorläufigen Maßnahme zum technischen Gutachten des ärztlichen Unfalls* meinten 64% der befragten Richter, dass *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* nicht unentbehrlich für das Arzthaftungsverfahren sei. 46% der befragten Richter würden sich nach der Klage, also dem Antrag des Patienten, für das justizielle Gutachten oder *das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall* entscheiden. Bei 13% der befragten Richter werde nur das justizielle Gutachten aufgenommen.³³³ Dies hat ohne weiteres dazu geführt, dass für den gleichen Fall durch unterschiedliche Gerichte unterschiedliche Entscheidungen zu erwarten sind. Bei der Rechtsanwendung kommt es u.U. darauf an, was das Gericht vom Verhältnis der zwei Gutachterverfahren hält. Eigentlich sollen aber die beiden Gutachterverfahren nur dazu dienen, dem Gericht bei der Aufklärung der Sachlage zu helfen. Das eine soll auch keinen Vorrang vor dem anderen haben.

C. Haftung aus Produkthaftungsrecht

Die medizinischen Einrichtungen bieten den Patienten nicht nur Heilungsleis-

³³¹ http://www.m-lawyers.net/Article_Show.asp?ArticleID=5843 (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³³² <http://hi.baidu.com/sjflwz/blog/item/f9dd24df4166e21b622798e1.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³³³ Fa zhi ri bao 25.01.2007.

tungen an. Sie verkaufen auch Arzneimittel und medizinische Geräte an Patienten. Arzneimittel und medizinische Geräte sind Produkte im Sinne des Produktqualitätsgesetzes. Viele große medizinische Einrichtungen betreiben auch eine eigene pharmazeutische Fabrik, ihnen kann gegebenenfalls eine Produzentenhaftung gegenüber dem Patienten auferlegt werden.

I. Die Haftung als Verkäufer

Ist die medizinische Einrichtung schuld am Sachmangel, muss sie nach § 42 I Produktqualitätsgesetz für den daraus resultierenden körperlichen sowie sachlichen Schaden haften. Ist die medizinische Einrichtung unschuldig, aber kann sie den Hersteller oder den Lieferanten der mangelhaften Ware nicht angeben, muss sie selbst den Schadensersatz tragen, § 42 II Produktqualitätsgesetz.

Auch wenn die medizinische Einrichtung am Sachmangel unschuldig ist, kann der Patient sie als Verkäufer auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Nach der Leistung des Schadensersatzes hat die medizinische Einrichtung Recht auf Reklamation gegenüber dem Produzenten, § 43 S. 1, 2 Produktqualitätsgesetz.

Die vorhergehenden Vorschriften werden vom *Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen* einfach wiederholt,³³⁴ was ab 1.7.2010 in Kraft tritt.

II. Die Haftung als Hersteller

Ist die medizinische Einrichtung Hersteller der Arzneimittel oder medizinischer Geräte, trägt sie dann die Produzentenhaftung. Sie haftet für den aus dem Sachmangel resultierenden Schaden ohne Schuld, § 41 I Produktqualitätsgesetz.³³⁵

Nur wenn sie erfolgreich beweisen kann, dass sie die mangelhafte Sache nicht im Verkehr gebracht hat, oder dass die Sache im Verkehr eingesetzt wurde, als der Mangel noch nicht bestand, oder dass die Existenz des Mangels nach dem damaligen wissenschaftlichen Stand nicht zu entdecken war, hat die medizini-

³³⁴ Vgl. §§ 42, 43, 59 *Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen*.

³³⁵ Entsprechende Bestimmung: § 41 *Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen*.

sche Einrichtung eine Exkulpationsmöglichkeit, § 41 II Produktqualitätsgesetz.

III. Strafschadensersatz

Hat die medizinische Einrichtung beim Verkaufen oder Anbieten der Sache betrogen, kann sie noch ein Strafschadensersatz nach § 49 Verbraucherschutzgesetz kumulativ treffen.

D. Billigkeitshaftung

Neben den oben genannten Haftungen kommt noch eine sog. Billigkeitshaftung im Sinne des § 132 AGZ in Betracht.³³⁶ Wenn weder der Schädiger noch der Geschädigte an dem Schaden schuldig ist, kann der Schaden nach den konkreten Umständen zwischen den beiden Parteien aufgeteilt werden, § 132 AGZ.

Das Obere Volksgericht der Jiang-su Provinz hat in einer Einleitung zur Rechtsprechung ausdrücklich gemeint, wenn das Verschulden der medizinischen Einrichtung für die Verletzung nicht offenbar ist, aber nach dem Gutachten die ärztliche Behandlung adäquat kausal für den Schaden ist, könne das Gericht nach dem Billigkeitsgrundsatz den Schaden zwischen den beiden Parteien aufteilen.³³⁷ Es gibt auch Fälle, in denen das Gericht nach der Billigkeitshaftung geurteilt hat.³³⁸

Die Billigkeitshaftung spielt zwar eine sekundäre Rolle, hat jedoch schon seit der Bekanntgabe der AGZ für Streit gesorgt.³³⁹ Man streitet sich vor allem darüber, ob die Billigkeitshaftung ein selbständiger Zurechnungsgrundsatz ist. Die wichtigste Stimme für die Billigkeitshaftung meint, dass wenn weder der Schädiger noch der Geschädigte schuldig an dem Schaden seien und dabei die Gefährdungshaftung nicht anwendbar sei, dann verurteile das Volksgericht den Schädiger den Vermögensschaden des Geschädigten adäquat auszugleichen,

³³⁶ Ausführlich siehe *Feuerstein*, S. 249 ff.

³³⁷ Kapitel 7 Artikel 11 S. 4 *des zusammenfassenden Protokolls der Aussprache bezüglich der Zivilrechtssprechung der Jiang-su Provinz im Jahre 2001*, http://www.34law.com/lawfg/law/1797/3357/law_464646178925.shtml (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³³⁸ *Yao Yong*, in: *Fa lü yu yi xue za zhi* 2005 No. 4, 248 ff.; *Shu Jun*, in: *Fa lü yu yi xue za zhi* 1998 No. 2, S. 47 ff.

³³⁹ Ausführlich siehe *Feuerstein*, S. 249 ff.; *Cao Xianfeng*, in: *Wang Limin* (Hrsg), *Pan jie yan jiu*, 2006 No. 6, S. 139; *Wang Haijie*, in: *Jing ji yan jiu dao kan*, 2010 No. 7 S. 103 f.; *Xia Xiuyuan*, in: *Jiang xi cai jing da xue xue bao*, 2004 No. 1 S. 73 ff.

und zwar aufgrund des Gedankens der Billigkeit und unter Berücksichtigung des Schadens, der wirtschaftlichen Verhältnisse beider Seiten und anderer Situationen.³⁴⁰ Die Anwendung der Billigkeitshaftung setzt dann Folgendes voraus: (1) Der Schädiger hat den Schaden ausgelöst. (2) Aber sowohl der Schädiger als auch der Geschädigte sind nicht schuldig an dem Schaden. (3) Die Gefährdungshaftung ist dabei aber nicht anwendbar. (4) Auch eine Verschuldensvermutung ist nicht geboten.³⁴¹

Anderer Meinung nach sei die Billigkeitshaftung kein Zurechnungsgrundsatz, sondern nur relevant für die Verteilung des Schadens. Die Anwendung der Billigkeitshaftung muss nach der Justizauslegung des Obersten Volksgerichts streng eingeschränkt werden.³⁴² In *der Meinung des Obersten Volksgerichts bezüglich der Durchführung der AGZ (Verbesserte Auflage)* hat das Oberste Volksgericht gemeint, wenn keine Partei am Schaden schuldig ist, jedoch eine Partei für die Interessen der anderen oder für gemeinsame Interessen den Schaden erlitten hat, kann das Gericht die andere Partei verurteilen, den Schaden auszugleichen, § 179 *der Meinung des Obersten Volksgerichts bezüglich der Durchführung der AGZ (Verbesserte Auflage)*.

Über diesen Streit wird in dieser Arbeit nicht eingehend diskutiert.³⁴³ Hierbei wird nur diskutiert, ob die Billigkeitshaftung für die Arzt-Patient-Rechtsstreitigkeiten anwendbar ist.

Ob der ärztliche Eingriff an sich ein Verletzungsverhalten ist, kann offen bleiben. Für das Arzt-Patient-Verhältnis spielt die Aufklärungspflicht eine entscheidende Rolle. Sie bildet den Rechtfertigungsgrund des ärztlichen Eingriffs. Hat der Arzt die Aufklärungspflicht verletzt, trifft ihn dann theoretisch eine Haftung, selbst wenn der Eingriff kunstrecht durchgeführt worden ist. Ist der

³⁴⁰ Wang Limin, Qing quan xing wei fa yan jiu (Shang juan), S. 274 ff.; Cao Xianfeng, in: Wang Limin (Hrsg), Pan jie yan jiu, 2006 No. 6, S. 139 f.

³⁴¹ Cao Xianfeng, in: Wang Limin (Hrsg), in: Pan jie yan jiu, 2006 No. 6, S. 139 f.; Shu Jun, in: Fa lü yu yi xue za zhi 1998 No. 2, 47 ff.

³⁴² Yang Lixin, Qinquanfa Lun Aufl. 2 S. 118 f.; Zhang Xinbao, Qinquan Zeren Fa Yuanli, S. 43.

³⁴³ Hierzu ausführlich bspw. Cao Xianfeng, in: Wang Limin (Hrsg), in: Pan jie yan jiu, 2006 No. 6, S. 139 f.; Huang Yaqin/Li Xiaohua, in: Nan chang da xue xue bao: ren wen she hui ke xue ban, 2008 Bd. 39 No. 5, S. 46 ff.; Wang Haijie, in: Jing ji yan jiu dao kan, 2010 No. 7 S. 103 f.; Xia Xiuyuan, in: Jiang xi cai jing da xue xue bao, 2004 No. 1 S. 73 ff.

Patient über die Risiken des Eingriffs schon aufgeklärt worden, und wird der Eingriff auch kunstgerecht vorgenommen, dann soll der Arzt keine Haftung für den Schaden tragen. Sonst würde er im Ergebnis mit einer Gefährdungshaftung belastet.³⁴⁴ Der ersteren Meinung nach trifft die Billigkeitshaftung für das Arzt-Patienten-Verhältnis überhaupt nicht zu.

Auch die letztere Meinung sowie die Justizauslegung treffen nicht zu. Während der ärztlichen Behandlung arbeitet die medizinische Einrichtung im Interesse des Patienten bzw. für die Interessen beider Seiten. Konsequenterweise müsste daher die Billigkeitshaftung auch eingreifen, nur wenn einseitig die medizinische Einrichtung einen Schaden erlitten hat, was nicht interessengerecht wäre. Die Billigkeitshaftung ist deshalb für das Arzt-Patienten-Verhältnis überhaupt nicht anwendbar.³⁴⁵

Dritter Teil: Das Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen

Das Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen wurde am 26.12.2009 verabschiedet und ist am 01.07.2010 in Kraft getreten.³⁴⁶ Sein Gesetzesentwurf ist aber schon seit 2002 in das Gesetzgebungsverfahren aufgenommen, am 22.12.2008 zum zweiten Mal und am 27.10.2009 zum dritten Mal *dem Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses* zur Überprüfung und Beschlussfassung vorgelegt worden.³⁴⁷ In dieser Arbeit werden allerdings nur die Vorschriften in Bezug auf die ärztliche Haftung vorgestellt.

A. Hintergrund der Gesetzgebung zur ärztlichen Haftung

Im ersten Gesetzesentwurf im Jahre 2002 hatte die ärztliche Haftung noch kei-

³⁴⁴ Cao Long, in: Fa lü yu yi xue za zhi 2006 No. 2, 114 f.; Xia Xiuyuan, in: Jiang xi cai jing da xue xue bao, 2004 No. 1 S. 73 ff.

³⁴⁵ Das Obere Volksgericht der Jiang-su Provinz hat diese Meinung in neuen Dokumenten nicht mehr wiederholt. Daraus kann man aber nicht erschließen, dass es diese Meinung aufgegeben hat.

³⁴⁶ Abrufbar auf der offiziellen Webseite des Nationalen Volkskongresses, http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/zxfl/2009-12/26/content_1533267.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³⁴⁷ <http://www.hnfzw.gov.cn/news/20094/2009428171536424.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://xingjun.fyfc.cn/blog/xingjun/index.aspx?blogid=446085> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

http://news.xinhuanet.com/newscenter/2008-12/23/content_10550052.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://gb.cri.cn/27824/2009/10/27/4445s2659651.htm> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

http://www.npc.gov.cn/huiyi/cwh/1111/2009-10/27/content_1523478.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010).

nen Niederschlag gefunden.³⁴⁸ Jedoch hat sich die Situation inzwischen von Grund auf verändert, und es ist dramatisch notwendig geworden, eine neue Gesetzgebung zur Arzthaftung vorzunehmen.

I. Die Krise des chinesischen Gesundheitswesens

Bis zum Jahre 1993 wurden die Gesundheitsgewährleistungen auf alle Stadtbewohner und 85% Landbewohner erstreckt. Diese Situation hatte sich jedoch seit der Reform im Sozialwesen krass verschlechtert. Im Jahre 2003 gab es der nationalen Statistik nach 44.8% Stadtbewohner und 79.1% Landbewohner, die keine Krankenversicherung haben. Der Staat hatte immer weniger Budget für das Gesundheitswesen, und die Bewohner müssen immer mehr Geld für seine Krankheitsbehandlung bezahlen.³⁴⁹ Andererseits müssen sich auch die öffentlichen medizinischen Einrichtungen für ihre Existenz sorgen, weil die öffentliche Finanzierung abnimmt. Die medizinischen Einrichtungen leben grundsätzlich von eigenem Gewinn und vor allem von dem Gewinn beim Verkaufen der Arzneimittel.³⁵⁰ Menschen können sich die Krankheitsbehandlung nicht mehr leisten.³⁵¹ Der Staatsrat hat inzwischen schon zugegeben, dass die frühere Reform des Gesundheitswesens gescheitert ist.³⁵²

Über die Reform des Gesundheitswesens wird in China weiter heftig diskutiert. Das Ministerium für Gesundheitswesen hat inzwischen eine neue klare Rich-

³⁴⁸ Wang Shengming, S. 267.

³⁴⁹ Ausführliche Darstellung: Cheng Shulan, Zhong guo nong min yi liao xian zhuang yu dui ce (*Die Tatsache über das Gesundheitswesen für die Bauern und Vorschläge*), in: Zhong guo zhong yi yao bao Nummer 2432, oder Can kao xiao xi 27.10.2005 oder Nan fang zhou mo, 28.09.2006, <http://www.39kf.com/cntcm/shtml/2432-b-22.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³⁵⁰ Nach einer Untersuchung der chinesischen nationalen Kommission für Entwicklung und Reform haben die medizinischen Einrichtungen vorsätzlich teure Arzneimittel für die Patienten benutzt, und dabei die Heilungskosten nach oben getrieben, http://news.cnwest.com/content/2007-02/27/content_437401.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010).

Die Ärzte bekommen auch eine Provision vom Arzneimittelhersteller im Verhältnis zur Menge der Arzneimittel, die sie verschreiben haben. in: Ren min ri bao 19.05.2004;

Der Preis der Arzneimittel ist inzwischen auch dramatisch erhöht worden. Die Regierung hat seit langem versucht, die Preise der Arzneimittel herabzusetzen. Aber das Ziel scheint in naher Zukunft unerreichbar zu sein, <http://www.cnhubei.com/200608/ca1141405.htm> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://www.china.com.cn/chinese/jingji/1014220.htm> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://news.sohu.com/20070301/n248445845.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

http://informationtimes.dayoo.com/html/2010-04/15/content_931626.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010);

http://city.sz.net.cn/city/2010-06/04/content_2369520.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³⁵¹ Jährlich ungefähr 10 Millionen Landbewohner werden wegen der Heilungskosten arm, in: Nan fang zhou mo 28.09.2006.

³⁵² Nan fang zhou mo 28.09.2006

tung festgelegt. Eine sich auf alle Bewohner erstreckende Krankenversicherung sei ein Ziel der weiteren Reform.³⁵³ Die Privatisierung der Krankenhäuser wird weiter experimentell durchgeführt.³⁵⁴ Ob die weitere Reform den Patienten entlasten wird, bleibt noch zu beobachten.³⁵⁵ Dementsprechend hat sich die Anzahl der Streitigkeiten zwischen Patienten und den medizinischen Einrichtungen drastisch gesteigert.³⁵⁶ Es gibt immer mehr Berichte über Gewalttaten gegen Ärzte und medizinische Einrichtungen.³⁵⁷ Das ergibt sogar einen neuen Beruf für junge Arbeitslose, dem Patienten-

³⁵³ *Chen Zhu/Gao Qiang*, in: *Qiu shi*, 2008 Nr. 1. Chen ist Minister und Gao ist stellvertretender Minister für Gesundheitswesen. *Qiu shi* ist die Amtsblatt des Zentralaussschusses der Chinesischen Kommunistischen Partei.

Bis 2020 würden alle Stadt- und Landbewohner grundlegende Krankenversicherung haben, in: *Zhong hua ren min gong he guo guo wu yuan gong bao* (Amtsblatt des Staatsrats), 2009 No. 11, S. 4. ff.

³⁵⁴ In Su-qian Stadt der Jiang-su Provinz hat die Privatisierung der öffentlichen Krankenhäuser seit 2000 begonnen. Im Jahre 2006 meinte die Stadtregierung, dass diese durch Privatisierung charakterisierte Reform noch beschleunigt werden solle, ausführlich siehe *Xia Li*, *Zhong guo yi yuan yuan zhang*, 2006. No.9 S. 16 f.; *Bei jing qing nian bao* 24.03.2006. Andere Provinzen wie Shan-dong Provinz und He-nan Provinz haben diese Reform auch nachgemacht, ausführlich siehe *Fa zhi zao bao* 09.10.2006, oder <http://www.chinalegalnews.com.cn/legaltimes/20061008/0201.htm> (letzter Zugriff: 4.6.2010). Die Bewertungen über das Ergebnis dieser Reform sind auch divergent. Unstreitig ist aber, dass die medizinische Dienstleistung zu teuer ist und es durch die Privatisierung nicht verändert wird, ausführlich siehe *Li Lin*, in: *Zhong guo wei sheng* 2007 No. 1, S. 45 ff.; <http://news.sina.com.cn/c/2006-06-22/062010220049.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010); <http://news.sina.com.cn/c/2006-06-22/062010220050.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010); <http://news.sina.com.cn/c/h/2006-12-07/120711726438.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³⁵⁵ Im Jahre 2005 hat das Feng-Yang-Kreisamt für Gesundheitswesen der An-hui Provinz die medizinischen Einrichtungen ausdrücklich aufgefordert, einen bestimmten Gewinn zu erzielen und abzugeben, ausführlich siehe

<http://www.med66.com/html/2005/9/hu41271355331519500216165.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://www.zgygw.com/tradenews/13/2005-09/145668.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://www.hyey.com/data/Dynamics/200509/62041.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://news.sina.com.cn/c/2005-09-16/01416955139s.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

Für eine stationäre Behandlung muss man normalerweise zuerst eine Kautionszahlung, <http://news.enorth.com.cn/system/2010/02/07/004487930.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

http://www.foshan.gov.cn/xxgk/zjts/guangfotongcheng/redianxinwen/201001/t20100107_1449670.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010).

Es gibt mehrere Berichte darüber, dass Krankenhäuser die Behandlung der Patienten verweigert haben, nur weil die Patienten anscheinend kein Geld haben, ausführlich siehe

<http://news.sina.com.cn/c/2008-04-22/025913772234s.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://quality.scol.com.cn/2000/200003/31/html/1010.htm> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://news.sohu.com/57/96/news212079657.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

http://www.he.xinhuanet.com/news/2005-02/05/content_3692370.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010).

Die medizinische Einrichtung spielt dabei aber auch den Sündenbock für die Regierung sowie ihre gescheiterte Reform für das Gesundheitswesen. Haben die Patienten kein Geld, müssen die medizinischen Einrichtungen selbst diese Kosten tragen, weil keine Fonds oder Versicherungen dafür leisten werden, <http://news.enorth.com.cn/system/2010/02/07/004487930.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³⁵⁶ *Min fa shi*, S. 795 u. 801.

³⁵⁷ Einige Ärzte wurden dabei ermordet. Der Tod der Ärzte hat bei der Öffentlichkeit keine große Anprangerung gegen die Gewalttat und Sympathie für die Ärzte erweckt. Nach dem Ergebnis einer im Internet durchgeführten Statistik haben das 80 % der Befragten umgekehrt Verständnis für den Patienten. in: *Nan fang zhou mo* 25.08.2005;

http://www.yn.xinhuanet.com/topic/2004/yhjf/xlym/1_007.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010);

In mehreren Fällen sind Ärzte mit Schwefelsäure gespritzt worden,

http://www.yn.xinhuanet.com/topic/2004/yhjf/xlym/1_007.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010);

<http://news.sohu.com/s2006/06yihuan/> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

Die Ärzte müssen in Begleitung eines Leibwächters arbeiten, in: *Nan fang zhou mo* 01.04.2004.

Ein Krankenhaus lässt sein Personal Kampfsport ausbilden, in: *Nan fang zhou mo* 02.11.2006.

ten bzw. seinen Familienangehörigen dabei zu helfen, medizinische Einrichtungen zu bedrohen und sie zu erpressen.³⁵⁸

II. Probleme der RBäU und Zweispurigkeit der Rechtsanwendung

Die Probleme der RBäU und der Zweispurigkeit der Rechtsanwendung wird oben schon dargestellt. Sie haben die großen Konflikte zwischen Patienten und den medizinischen Einrichtungen nur noch verschärft.³⁵⁹

Angesichts dessen wurden in der Literatur mehrere Ansätze vorgebracht, um die Zweispurigkeit der Rechtsanwendung abzuschaffen. Einige Stimmen befürworten die RBäU alle Fälle in Bezug auf die ärztliche Haftung anzuwenden.³⁶⁰ Von anderen wird gefordert, die RBäU abzuschaffen.³⁶¹ Die Verabschiedung *des Gesetzes zur Haftung für unerlaubte Handlungen* machte Schluss mit diesen unterschiedlichen Ansätzen.³⁶² Dies ist in der Tat auch die beste Lösung für die Rechtsanwendung zur ärztlichen Haftung.

Die Durchführung der RBäU hat dem Nationalen Volkskongress nichts darüber gezeigt, wie ein Sondergesetz den ärztlichen Unfall regulieren soll. Die RBäU und die Zweispurigkeit der Rechtsanwendung haben allerdings dem Nationalen Volkskongress gezeigt, wie kompliziert die Sache ist. Durch die Verabschiedung *des Gesetzes zur Haftung für unerlaubte Handlungen* hat sich klar gezeigt, dass der Gesetzgeber eine neue Stellung eingenommen hat, und die Arzt-Patienten-Streitigkeiten werden nicht mehr dem Staatsrat und dem Ministerium für Gesundheitswesen überlassen. Der Begriff „ärztlicher Unfall“ besteht nicht mehr. Alle einschlägigen Regelungen sind nicht mehr im Arzthaftungsverfahren anzuwenden. Das Arzthaftungsrecht wird dadurch neu gestaltet.

³⁵⁸ Wang Shengmin, S. 317; http://www.xhby.net/xhby/content/2005-10/25/content_996116.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010).

³⁵⁹ Wang Shengmin, S. 267 ff.; Min fa shi, S. 762 ff.

³⁶⁰ Liang Huixing, in: Ren min fa yuan bao, 06.07.2005 und 13.07.2005; Shen Minglei, in: Ren min fa yuan bao 28.08.2006; Wang Zhiping, in: Fa lü shi yong 2004 No. 1, S. 6.

³⁶¹ Wen zhou shang bao (Wenzhou Economic Daily) 27.03.2006 oder <http://pdf.66wz.com/pdf/20060327/2.pdf> (letzter Zugriff: 4.6.2010); Yang Xiaoxin, in: http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=3546 (letzter Zugriff: 2.6.2010) und http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=3547 (letzter Zugriff: 2.6.2010).

³⁶² Die medizinische Verletzung wird ebenso wie andere unerlaubte Handlungen geregelt. Auf den Schadensersatz sind dieselben Bestimmungen anzuwenden. Vgl. §§ 54 *Gesetzes zur Haftung für unerlaubte Handlungen*. Ob die RBäU außer Kraft treten wird, ist gleichgültig, denn sie ist nicht mehr auf den Schadensersatz für die ärztliche Pflichtverletzung anzuwenden.

B. Der wesentliche Inhalt in Bezug auf die ärztliche Haftung

Im Vergleich zu den früheren Normen besteht der wichtigste Unterschied in der Beweislastverteilung (§§ 54, 58) und dem Umfang des zu ersetzenden Schadens (§ 16). Andere Vorschriften sind inhaltlich im Wesentlichen gleich wie die zuvor geltenden Rechtsnormen.

I. Die Beweislastverteilung in §§ 54, 58

Laut § 54 soll die medizinische Einrichtung eine Haftung für Schadensersatz tragen, wenn ein Patient während der medizinischen Behandlung einen Schaden erleidet und das medizinische Personal bzw. die medizinische Einrichtung schuld daran ist. Daraus ergibt sich, dass der Patient das Verschulden des Arztes zu beweisen hat. Das Verschulden wird nur ausnahmsweise nach § 58 in drei Fällen vermutet, also wenn das medizinische Personal bzw. die medizinische Einrichtung gegen Gesetze, Rechtsverordnungen, ministeriale Ordnungen sowie andere Normen bezüglich des medizinischen Standards verstoßen hat; wenn das medizinische Personal bzw. die medizinische Einrichtung die Krankheitsdokumente sowie einschlägige Materialien verbirgt oder verweigert vorzulegen; oder diese verfälscht oder vernichtet.

Während der Gesetzgebung war es sehr streitig, ob die Beweislastumkehr weiter bleiben sollte. Schließlich hat der Gesetzgeber die Unvollkommenheit der medizinischen Wissenschaft und die Unwägbarkeit des menschlichen Organismus in den Vordergrund gestellt und die Beweislastumkehr aufgegeben. Weitere Rechtfertigung dafür hat der Gesetzgeber auch im Rechtsvergleich mit dem Arzthaftungsrecht in Deutschland, Frankreich, Japan, den USA. sowie in Taiwan/China gefunden.³⁶³

In § 59 des zweiten Entwurfs³⁶⁴ haben die Verfasser eigentlich geplant, eine neue Regelung bezüglich des Kausalitätsbeweises zu schaffen. Danach würde der Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem medizinischen Be-

³⁶³ Wang Shengming, S. 271 ff.

³⁶⁴ <http://www.hnfzw.gov.cn/news/20094/2009428171536424.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

handlungsfehler vermutet, wenn der Schaden *wahrscheinlich/möglicherweise*³⁶⁵ von der medizinischen Behandlung verursacht würde, es sei denn, dass das medizinische Personal Gegenbeweis führen könnte. D.h., der Patient müsste zuerst beweisen, dass die Körper- sowie Gesundheitsverletzung *wahrscheinlich/möglicherweise* auf einen Behandlungsfehler zurückzuführen ist. Gelingt ihm der Beweis, würde der Kausalzusammenhang vermutet. Das medizinische Personal müsste sich dann entlasten. Diese Regelung wurde im dritten Entwurf seit 27.10.2009 abgeschafft, weil die Ursache für einen medizinischen Schaden sehr kompliziert sei und das medizinische Personal auch Beweisschwierigkeiten hätte.³⁶⁶ Dadurch trägt der Patient dann grundsätzlich die Beweislast für das Verschulden und den Kausalzusammenhang.

II. Pflichten des Arztes und der medizinischen Einrichtungen

Einige der wichtigsten Pflichten des Arztes sowie der medizinischen Einrichtungen gegenüber dem Patienten werden wiederholt betont, §§ 55 ff.

1. Behandlungspflicht und Sorgfaltsmaßstab in §§ 57, 63

Nach § 57 hat die medizinische Einrichtung Schadensersatz zu leisten, wenn das medizinische Personal die Diagnostik und die Therapeutik nicht nach dem seinerzeitigen Stand der medizinischen Wissenschaft erfüllt hat und dem Patienten dadurch Schaden zugefügt hat. Der Umfang der Behandlungspflicht und der Sorgfaltsmaßstab sind dann objektiv nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft zu beurteilen.

Darüber hinaus wird es dem Arzt und den medizinischen Einrichtungen verboten, unnötige Untersuchungen für die Patienten durchzuführen, § 63. Die unnötigen Untersuchungen entstehen vor allem aus zwei Gründen. Der eine ist, dass die medizinischen Einrichtungen dadurch mehr Geld verdienen möchten. Der andere ist, dass die Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess zu einer defen-

³⁶⁵ Es ist nicht klar, ob hier „wahrscheinlich“ gemeint wird, oder nur „möglicherweise“. Mit „Wahrscheinlichkeit“ wird man eine ziemliche Sicherheit meinen und unter „möglicherweise“ weniger Gewissheit verstehen.

³⁶⁶ http://www.npc.gov.cn/huiyi/cwh/1111/2009-10/27/content_1523478.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010).

siven Medizin geführt hat. Durch mehrer Untersuchungen möchten die medizinischen Einrichtungen Beweise für die eventuellen Klagen sichern. Ob eine Untersuchung unnötig ist, ist nach dem medizinischen Standard zu entscheiden.³⁶⁷

2. Die Aufklärungspflicht in §§ 55 ff.

Während der Diagnose und Behandlung muss das Arztpersonal den Patienten über die Krankheit und die Behandlung aufklären.³⁶⁸ Ist ein Eingriff, eine besondere Untersuchung oder Behandlung notwendig, soll der Arzt rechtzeitig den Patienten über die Behandlungsrisiken, alternative Maßnahme usw. aufklären und dessen schriftliche Zustimmung einholen. Ist es nicht möglich, den Patienten persönlich aufzuklären, muss die Aufklärung gegenüber seinen nahen Verwandten erfolgen und eine schriftliche Zustimmung eingeholt werden, § 55. Die Aufklärungspflicht ist u.U. entbehrlich. Wenn eine schriftliche Genehmigung vom Patienten sowie den nahen Verwandten im Notfall nicht erwartet werden kann, reicht die Zustimmung der Leitung der medizinischen Einrichtungen aus, § 56.

3. Dokumentationspflicht in § 61

Die medizinische Einrichtung sowie das medizinische Personal haben viele Dokumente³⁶⁹ anzufertigen und sorgfältig aufzubewahren.³⁷⁰ Der Patient hat

³⁶⁷ Wang Shengming, S. 313; Wang Fang/Yu Runji, in: Yi yuan yuan zhang lun tan 2010 No. 2 S. 57 ff.; Jiang Na/Wang Binghui, in: Zhong guo yi yao dao bao 2006 No. 16 S. 18 ff.

³⁶⁸ Die geltenden Regelungen: § 33 *der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen* (seit 1.9.1994): Bei Durchführung einer Operation, spezifischer Diagnose oder Behandlung muss die medizinische Einrichtung die Genehmigung vom Patienten, oder die Zustimmung sowie Unterzeichnung von seinen Familienangehörigen einholen. Wenn die Stellungnahme des Patienten zur Behandlung nicht aufzuklären ist und keine Familienangehörigen oder nahe Verwandten anwesend sind, oder im Hinblick auf andere besonderen Umständen, muss der behandelnde Arzt einen Behandlungsvorschlag geben und mit Zustimmung der Leitung der medizinischen Einrichtung durchsetzen; § 62 *der Bestimmung zur Durchführung der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen* (seit 1.9.1994): Der Patienten hat das Recht, über seine Krankheit, Diagnose und Behandlung Bescheid zu wissen, was hat die medizinische Einrichtung zu achten. Bei Durchführung einer Operation, spezifischer Diagnose oder Therapie hat die medizinische Einrichtung dem Patienten notwendige Aufklärung gegenüber vorzunehmen. Ist es aus schonenden Gründen nicht geeignet, den Patienten aufzuklären, müssen die Familienangehörigen des Patienten über die einschlägigen Umstände informiert werden; § 26 *Arztberufsausübungsgesetz* (seit 1.5.1999): Der Arzt hat dem Patienten oder seinen Familienangehörigen den Krankheitszustand wahrheitsgemäß zu erklären, dabei muss er aber darauf achten, schädliche Folgen für den Patienten zu vermeiden. Die Behandlungen zu klinischen Experimenten bedürfen der Genehmigung des Krankenhauses sowie des Patienten oder seiner Familienangehörigen; § 11 *RbäU* (seit 1.9.2002): Die medizinische Einrichtung muss den Patienten über den Krankheitszustand, die Behandlungsmaßnahmen, sowie die Behandlungsrisiken wahrheitsgetreu aufklären. Die schädlichen Folgen sind aber zu vermeiden.

³⁶⁹ Darunter sind: die täglichen stationären Aufzeichnungen, die ärztlichen Anweisungen, die Untersu-

das Recht, diese Dokumente einzusehen und sich Kopien zu machen, § 61.

Es ist noch streitig, ob Einsicht in die subjektiven Dokumente gewährleistet werden soll. In diesem Paragraphen werden nur solche objektive Krankheitsdokumente aufgezählt. Ob solche subjektive auch hier eingeschlossen werden, bedarf aber weiterer Klarstellung.³⁷¹

4. Schweigepflicht in § 62

Die medizinische Einrichtung und den Arzt trifft eine Schweigepflicht.³⁷² Die Geheimnisse sowie die Krankheitsdokumente dürfen nicht verraten werden.

5. Schutz vor Produktmängeln in § 59

Wird die Körper- sowie Gesundheitsverletzung auf die Mängel der Arzneimittel, der medizinischen Geräte oder der Blutprodukte zurückgeführt, kann der Patient wählen, Schadensersatz gegen die medizinische Einrichtung oder den Hersteller zu verlangen. Hat die medizinische Einrichtung den Schaden ersetzt, hat sie dann ein Kompensationsrecht gegenüber dem Hersteller, § 59.

Über den normalen Schadensersatz hinaus, wird dem Patienten beim Tod oder schwerer Gesundheitsverletzung noch ein Strafschadensersatz zugesprochen, wenn die medizinische Einrichtung deutlich gewusst hat, dass das Produkt mangelhaft ist und es trotzdem weiter herstellt oder verkauft hat, hat der Geschädigte für Tod oder schwere Gesundheitsverletzung einen Anspruch auf entsprechenden Strafschadensersatz, § 47 *Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen*.

Der Regelung in § 59 ist zuzustimmen. Diese Produkte befinden sich (mindestens teilweise) unter Kontrolle des Arztes oder der medizinischen Einrichtung,

chungensergebnisse, die Aufzeichnungen von Eingriffen und Narkose, die pathologischen Dokumente, die Pflegeaufzeichnungen, die Rechnungen usw..

³⁷⁰ Die geltende Regelungen in: § 32 *der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen* (1.9.1994); §60 *der Bestimmung zur Durchführung der Verwaltungsregelung der medizinischen Einrichtungen* (1.9.1994); § 23 *Arztberufsausübungsgesetz* (1.5.1999); §§ 8, 10, 16 *RbäU* (1.9.2002); § 2 ff. *der Regelung zur Verwaltung der Krankheitsdokumente in den medizinischen Einrichtungen* (1.9.2002).

³⁷¹ Wang Shengming, S. 304 ff.; Nach § 15 *der Regelung zur Verwaltung der Krankheitsdokumente in den medizinischen Einrichtungen* sind nur solche objektiven Dokumente dem Patienten offen.

³⁷² Die geltende Regelungen in: § 22 *Arztberufsausübungsgesetz* (1.5.1999); § 6 II *der Regelung zur Verwaltung der Krankheitsdokumente in den medizinischen Einrichtungen* (1.9.2002); Hou Xuemei, S. 236 ff.; *Ai Erken* S. 43 ff.

insbesondere wenn es für gleiche Produkte mehrere Anbieter gibt. Es ist dem Arzt/der medizinischen Einrichtung näher und leichter als dem Patienten aufzuklären, ob der Sachmangel auf den Hersteller zurückgeführt wird oder nicht.

6. Exkulpationsmöglichkeiten und Schutz vor Gewalttat

Um den Arzt und die medizinische Einrichtung zu schützen, werden drei Exkulpationsmöglichkeiten vorgeschrieben, § 60 I Nr. 1-3. Wenn der Patient oder der nahe Verwandte bei der Diagnose und Behandlung nicht entsprechend dem medizinischen Standard mitgewirkt hat oder wenn das medizinische Personal angezeigte Diagnose- und Behandlungspflicht im Notfall, wie der dringlichen Lebensgefahr des Patienten, geleistet hat, oder wenn die Krankheit nach dem Wissenschaftsstand nicht zu diagnostizieren oder zu behandeln ist, haftet die medizinische Einrichtung nicht. Aus § 60 I Nr. 1 ergibt sich auch eine Mitwirkungspflicht des Patienten sowie des nahen Verwandten.

Die medizinische Einrichtung muss aber die entsprechende Haftung tragen, wenn das medizinische Personal oder die medizinische Einrichtung Mitschuld für den Schaden hat, obwohl der Patient oder der nahe Verwandte die entsprechende Mitwirkung verweigert hat, § 60 II.

Den Gewalttaten gegen Ärzte und medizinische Einrichtungen hat der Gesetzgeber besonders Rechnung getragen.³⁷³ Gemäß § 64 werden die rechtlichen Interessen der medizinischen Einrichtung sowie des medizinischen Personals rechtmäßig geschützt; rechtliche Strafmaßnahme ist für solches Verhalten zu verhängen, wie die Störung zur medizinischen Einrichtung oder zu seinem medizinischen Personal.

III. Der zu ersetzende Schaden

Ein allgemeines Schadensersatzkriterium für alle Arten deliktischer Haftungen wird durch *das Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen* begründet. In § 16 wird Schadensersatz für Körperverletzung speziell geregelt. Zu ersetzen

³⁷³ Wang Shengming, S. 316 ff.

sind medizinische Behandlungskosten, Pflegekosten, Reisekosten, andere für medizinische Behandlung und Heilung notwendige Kosten sowie Verdienstaussfall. Ist der Verletzte wegen der unerlaubten Handlung invalid, kommt noch Schadensersatz für das Hilfsmittel des Behinderten und geminderte Erwerbsfähigkeit hinzu. Für den Tod sind noch Bestattungskosten und Schadensersatz für den Tod zu ersetzen.

Vierter Teil: Rechtsvergleichende Bewertung der Beweislastverteilung im chinesischen Arzthaftungsprozess

Die Umwandlung der Beweislast im Arzthaftungsprozess bildet einen Schwerpunkt der neuen Gesetzgebung.³⁷⁴ Im folgenden wird diese neue Beweislastverteilung im chinesischen Recht im Zusammenhang mit der Entwicklung und den Problemen in der Praxis bewertet. Bei der Bewertung werden das deutsche Recht und die Literatur rechtsvergleichend herangezogen.

A. Die pauschale Beweislastumkehr bezüglich des Verschuldens und der Kausalität

Vor Inkrafttreten der Justizauslegung über *einige Bestimmungen bezüglich der Beweise im Zivilprozess* war es in der Rechtsprechung nicht einheitlich, wie die Beweislast im Arzthaftungsprozess verteilt wird.³⁷⁵ Das Mittlere Volksgericht der Lu-zhou Stadt der Si-chuan Provinz hat am 05.11.1999 ein anleitendes Dokument über *einige Fragen bezüglich der Verhandlung der Rechtsstreiten über den Schadensersatz für die medizinische Verletzung*³⁷⁶ bekannt gegeben. Danach musste die medizinische Einrichtung nachweisen, dass sie kein Verschulden und keine Vertragspflichtverletzung begangen hatte oder keine Kausalität

³⁷⁴ Wang Shengming, S. 271 f.; *Min fa shi*, S. 791 f.

³⁷⁵ Chen Zhihua, in: *Zhong guo lü shi* (CHINESE LAWYER), 2007 No. 11, S. 30 ff.

³⁷⁶ Abrufbar: <http://www.lawtime.cn/info/sunhai/shpcfg/2007070642611.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010); <http://news.9ask.cn/shpc/pcf/200903/159753.html> (letzter Zugriff: 4.6.2010); http://www.zjy1120.com/ac_nous/2008/8/2008081622054878465.html, (letzter Zugriff: 4.6.2010); http://www.chinalawedu.com/news/21604/7600/77/2004/4/you2153354734184400275285_99761.htm, (letzter Zugriff: 4.6.2010); <http://www.chinacourt.org/html/article/200210/23/15181.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden vorlag. Diese Meinung über die Beweislastumkehr wurde später auch vom Obersten Volksgericht in der Justizauslegung über *einige Bestimmungen bezüglich der Beweise im Zivilprozess* vom 01.04.2002 übernommen,³⁷⁷ durch die eine pauschale Beweislastumkehr zugunsten des Patienten offiziell eingeführt wurde. Der Patient braucht nur nachzuweisen, dass er von der medizinischen Einrichtung behandelt worden ist und einen Schaden erlitten hat.

B. die Begründung der Beweislastumkehr

HUANG Songyou, der Vizepräsident des Obersten Volksgerichts, hat in einem Vortrag diese Regelung so gerechtfertigt, dass diese eigenartige Beweislastverteilungsregeln auf den Besonderheiten des Patienten-Arzt-Verhältnisses und der schwachen Beweisführungsfähigkeiten der Parteien beruhe. Sie stelle keine willkürliche Erfindung von Justizauslegung dar, sondern bezwecke eine bessere Durchführung der Prinzipien von Gerechtigkeit sowie Treu und Glauben. Das Beweismaterial befinde sich meistens unter Kontrolle der medizinischen Einrichtung, es sei dem Patienten nicht zumutbar, dieses Beweismaterial zu sammeln und zu führen.³⁷⁸ An anderer Stelle wird diese Meinung von anderen Leitern des Obersten Volksgerichts bestätigt. Normalerweise habe ein Patient überhaupt keine Fähigkeit, das Verschulden der medizinischen Einrichtung und den Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und den Körper- sowie Gesundheitsschäden nachzuweisen. Auch wenn die Beweislast pauschal umgekehrt werde, gebe es noch Hindernisse für den Patienten, wie z.B. das technische Gutachten zum ärztlichen Unfall.³⁷⁹ Daraus ist zu schließen, dass das Oberste Volksgericht vor allem mit den Beweisschwierigkeiten des Patienten die Beweislastumkehr begründet.

³⁷⁷ Chen Zhihua, in: Zhong guo lü shi (CHINESE LAWYER) 2007 No. 11, S. 31 f.

³⁷⁸ Huang Songyou (Vizepräsident des Obersten Volksgerichts), Der Vortrag an der Konferenz über die nationale Zivilrechtsprechung, in: Huang Songyou (Hrsg), Min shi shen pan zhi dao yu can kao, 2003 No. 2, S.16 ff.

³⁷⁹ Li Guoguang, S. 70 ff.

C. Die Beweisschwierigkeiten des Patienten

Angesichts dessen, dass das Oberste Volksgericht die pauschale Beweislastumkehr vor allem mit den Beweisschwierigkeiten des Patienten gerechtfertigt hat, muss man zuerst einhergehend die Beweisschwierigkeiten untersuchen, um herauszufinden, ob es begründet ist.

I. Mangelnde Fachkenntnis

Der Patient verfügt in der Regel nicht über medizinische Fachkenntnis und ihm fehlt deshalb ein verständiger Einblick in das Handeln des Arztes. Deswegen fallen dem Patienten die exakte Darlegung und der Nachweis eines möglichen Verstoßes gegen den medizinischen Standard schwer.³⁸⁰ Hinzu kommt, dass der Patient sich unter Umständen während der Behandlung nicht bei vollem Bewusstsein befindet, so dass ihm eigene Beobachtungen hinsichtlich des Geschehensablaufes fehlen.³⁸¹ Der Arzt stellt die Diagnose und wählt die Therapie, so dass er selbst als Fachmann am besten weiß, was sich abgespielt hat und was möglicherweise zur Schädigung des Patienten führt. Der Informationsvorsprung des Arztes gegenüber dem Patienten hinsichtlich des Ablaufs und der Bewertung der Behandlung ist deswegen sehr groß.³⁸²

II. Rolle der medizinischen Sachverständigen

Weitere Schwierigkeiten bei der Beweisführung stellen sich dem Patienten durch die im Arzthaftungsprozess unerlässliche Einschaltung medizinischer Sachverständiger.³⁸³ Sie spielen eine entscheidende Rolle,³⁸⁴ da der Richter als medizinischer Laie auf die Fachkenntnis eines Sachverständigen angewiesen ist. Nur der Sachverständige ist aufgrund seiner wissenschaftlichen Qualifikation und seiner praktischen Erfahrung in der Lage, den Stand der medizinischen Wissenschaft in den entsprechenden Behandlungsgebieten zu beschrei-

³⁸⁰ Graf, S. 14 f.; Weimar, JR 1977, 7 ff.; Scholz, Zur Beweislast im Arzthaftpflichtprozess, ZfS 1997, 1.

³⁸¹ Katzenmeier, S. 377; Graf, S. 14 f.; D. Franzki, die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, S. 32.

³⁸² Katzenmeier, S. 377; Graf, S. 14 f.; Dazu BGH NJW 1984, 1823; D. Giesen, Rn. 368; ders. JZ 1990, 1061.

³⁸³ Katzenmeier, S. 405 f.; Graf, S. 15 f.; Bürger, MedR 1999, 100 ff.

³⁸⁴ Graf, S. 15 f.; Franzki, MedR 1994, 174; Laufs, Die Entwicklung des Arztrechts 1993/94, NJW 1994, 1565.

ben.³⁸⁵ Daher nimmt der Sachverständige eine einflussreiche Position im Arzthaftungsprozess ein, so dass in einigen Fällen aus dem Richtergehilfen ein Beherrscher des Gerichts geworden ist. Im Gerichtsprozess hat der Sachverständige in der Tat die Rolle des Richters teilweise übernehmen.³⁸⁶ Gerade diese Position kann sich zum Nachteil des Patienten im Rahmen der Beweisführung auswirken. Auch heute noch lassen sich Gutachter von unterschwelliger Standardessolidarität beeinflussen und neigen dazu, wenn auch unbewusst, Ermessensspielräume im Sinne einer vorfixierten Tendenz auszunutzen.³⁸⁷ In China wird zwar schon ein ausführliches Gutachterverfahren zum ärztlichen Unfall eingeführt, das Gutachterverfahren selbst wird mit Recht viel kritisiert und bezweifelt. Selbständigkeit und Neutralität können nicht durch das Verfahren garantiert werden.³⁸⁸

III. Unbeherrschbarkeit des lebenden Organismus

Die größte Beweisschwierigkeit bereitet dem Patienten die Unbeherrschbarkeit des lebenden Organismus. Die Reaktion des menschlichen Organismus auf medizinische Eingriffe kann sehr unterschiedlich sein, je nach individueller Konstitution und psychologischer Verfassung des Patienten, aber auch je nach dem Stadium der Krankheit.³⁸⁹ Diese in der „Natur der Sache“ begründeten Schwierigkeiten³⁹⁰ erschweren die nachträgliche Beurteilung des Behandlungsverlaufs. Es kann nur selten mit Sicherheit festgestellt werden, ob die Gesundheitsbeeinträchtigung allein auf dem ärztlichen Fehler basiert, dass die physiologischen Abläufe sich weitgehend ihrer Berechenbarkeit entziehen. Nur in einigen Fällen kann die Klärung des Kausalzusammenhangs zwischen dem Behandlungsfehler und dem Körper- sowie Gesundheitsschaden unproblematisch sein, z.B. wenn durch rechtsmedizinische Untersuchungen Gewebeproben

³⁸⁵ Graf, S. 15 f.; Uhlsenheimer, MedR 1992, 129.

³⁸⁶ Graf, S. 15 f.; Hiersche/Graf-Baumann, in: Adolfs Laufs et al., Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 300; Katzenmeier, S. 395 ff.

³⁸⁷ Graf, S. 15 f.; Dunz, S. 27: „Das Mauern zugunsten des beklagten Arztes sei ein fast allgemeiner Brauch“; Franzki, MedR 1994, 172, 174.

³⁸⁸ Die Probleme des Gutachterverfahrens zum ärztlichen Unfall, siehe Zweiter Teil B, V, 1, e.

³⁸⁹ Graf, S. 17 f.; Prütting, Beweisproblem im Arzthaftungsprozess, S. 259.

³⁹⁰ Graf, S. 17 f.; Baumgärtel/Wittmann, JA 1979, 114.

analysiert oder Obduktionen durchgeführt werden können. In den meisten Fallkonstellationen ist der Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und der Gesundheitsverschlechterung nicht evident und muss durch eine hypothetische Prüfung ermittelt werden.³⁹¹ Sie sind vielmehr multikausalen Einflüssen unterworfen, die keiner strengen Gesetzmäßigkeit im Sinne exakter Naturwissenschaft unterliegen.³⁹² Deshalb ist insbesondere der Beweis der Kausalität eines Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden oftmals nicht zu führen, denn gerade weil der menschliche Organismus unbeherrschbar ist, kann ein Schaden auch bei fehlerfreier Behandlung „schicksalsbedingt“ eintreten.³⁹³

IV. Das eingeschränkte Einsichtsrecht des Patienten

Zur Zeit der Einführung der pauschalen Beweislastumkehr galt noch *die Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls*. Alle Krankheitsdokumente waren damals den Patienten ganz nicht zugänglich. Das Ministerium für Gesundheitswesen hat im Artikel 3.4 *der Erklärung zu einigen Fragen bezüglich der Maßnahme zur Behandlung des ärztlichen Unfalls* bestimmt, die von der medizinischen Einrichtung aufbewahrten Krankheitsdokumenten waren von dem Patienten oder seinen Familienangehörigen nicht einzusehen, und nur mit Bestätigung des Vorsitzenden der medizinischen Einrichtung könnte die Gutachterkommission, das Gericht oder der Staatsanwalt die Krankheitsdokumente an Ort und Stelle durchlesen. Das Einsichtsrecht des Patienten wurde nicht gewährt und die Krankheitsdokumente waren unter alleiniger Kontrolle der medizinischen Einrichtung. Seit dem Inkrafttreten der RBäU ist das Einsichtsrecht des Patienten in die Krankheitsdokumente zwar viel besser verwirklicht worden, unterliegt aber noch Einschränkungen.³⁹⁴

Die oben genannten Situationen führen insbesondere dazu, dass sich der Pati-

³⁹¹ Janssen/Püschel, MedR 1998, 119; Bodenburg, Der ärztliche Kunstfehler als Funktionsbegriff zivilrechtlicher Dogmatik, S. 28 m.w.N.; ders., VersR 1980, 996; Sträter, S. 11.

³⁹² Graf, S. 17 f.; Heilmann, NJW 1990, 1513, 1515; Marx, DÄBl 1999, C-1322, C-1323; Sträter, S. 11.

³⁹³ Graf, S. 17; Katzenmeier, S. 416; Seifert, S. 86 ff.

³⁹⁴ Zweiter Teil B, V, 1, d.

ent üblicherweise erheblichen Schwierigkeiten in seiner Beweisführung ausgesetzt sieht. Er ist in der Regel nicht in der Lage, den erforderlichen Beweis zu erbringen. Dies schlägt dann typischerweise zum Vorteil des Arztes aus.

Jedoch reicht dies vielmehr noch nicht aus, eine pauschale Beweislastumkehr zugunsten des Patienten zu rechtfertigen. Allein der Informationsvorsprung reicht offenbar noch nicht aus, die Beweislast auf Seite des Arztes aufzubürden. In anderen Berufen, wie z.B. Rechtsanwälten, gibt es auch erheblichen Informationsunterschied zwischen den beiden Parteien. Aber eine Beweislastumkehr gilt nicht.³⁹⁵ Das Oberste Volksgericht möchte eigentlich dem Patienten eine größere Chance für einen Schadensersatz gestatten.³⁹⁶

Die Behandlungsseite ist des Weiteren nicht für die Objektivität und Neutralität des medizinischen Sachverständigen verantwortlich, selbst wenn auf Patientenseite und ggf. auch bei manchen Gerichten das generelle Misstrauen gegenüber Sachverständigen besteht. Für die Gerichte stellt sich heute die Aufgabe, die strikte Objektivität und Neutralität medizinischer Sachverständigen nicht nur im Interesse der klagenden Patienten, sondern durchaus auch im Interesse der beklagten Ärzte zu überwachen.³⁹⁷ Für alle Arzthaftungsfälle muss dann die vom Obersten Volksgericht am 23.08.2007 erlassene *Justizauslegung in Bezug auf die technische Auskunft und Überprüfung* gelten. Das Gutachten des Behandlungsfehlers soll nicht mehr allein dem medizinischen Verein zugewiesen werden.

Die Beweisschwierigkeiten aufgrund Unbeherrschbarkeit des lebenden Organismus sollen auch nicht in jedem Fall der Behandlungsseite aufzubürden sein. Der Arzt schuldet dem Patienten nur das Bemühen, die Gesundheit zu schützen, aber nicht die Gesundheit selbst.

Gleichgültig, ob die Beweislast umgekehrt wird oder nicht, soll der Patient ein vollständiges Einsichtsrecht in Krankheitsdokumente genießen. Das Oberste

³⁹⁵ *Gao Yuan*, <http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/SLC.asp?Db=art&Gid=335568875> (letzter Zugriff: 4.6.2010); *Fan Yong*, in: *Shang dong xing zheng xue yuan shan dong sheng jing ji guan li gan bu xue yuan xue bao* 2002 No. 4 S. 77 f.; *Wu Wei*, in: *Tian jin lü shi* 2004 No. 4 S. 22 ff.

³⁹⁶ Ausführlich siehe *Li Guoguang*, S. 71.

³⁹⁷ Katzenmeier, S. 410.

Volksgericht kann einfach klarstellen, dem Patienten dieses Recht zuzustehen. Die Reichweite der Beweislastumkehr geht offensichtlich über das Einsichtsrecht selbst hinaus.

Um geeignete Beweislastverteilungen sowie Beweiserleichterungen im Arzthaftungsprozess zu bestimmen, muss man zwar die Beweisschwierigkeiten des Patienten immer im Auge behalten. Eine Beweislastumkehr darf aber insbesondere nicht allein im Hinblick auf die den Patienten bisweilen hart treffenden Schadensfolgen und dessen Beweismöge gewährt werden, sondern hat stets auch die Aufgaben- und Pflichtenrolle des Schädigers zu bedenken. Justizielle Beweislastzuteilungen dürfen nicht zu einem Rollentausch im Arzt-Patienten-Verhältnis führen. Grundsätzlich ist, wo die Ermittlung des Geschehens dem Gericht nicht gelingt, diese Erkenntnislücke der Krankheit des Patienten zuzuschreiben. Der Behandlungsseite lässt sich die Beweislast nur dort zuschieben, wo auch diese Erkenntnislücke selbst auf der Pflichtverletzung beruht.³⁹⁸

Die pauschale Beweislastumkehr für das Verschulden und die Kausalität hat gerade dazu geführt, dass die medizinische Einrichtung grundsätzlich für jede Verschlimmerung eines vorhandenen Leidens oder das Auftreten von Gesundheitsschäden während oder nach einer medizinischen Behandlung haften muss. Die medizinische Einrichtung muss im Ergebnis eine Erfolgshaftung tragen. Dies lässt zu Recht befürchten, dass die defensive Medizin dadurch gefördert wird und der Patient die Beweislastumkehr missbrauchen würde, um den Schadensersatz auf die medizinische Einrichtung abzuwälzen.³⁹⁹

D. Begründung für die Auferlegung der Beweislast auf Seiten des Patienten

Durch *das Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen* wird die pauschale Beweislastumkehr ab 01.07.2010 abgeschafft. Ab dann trägt der Patient grundsätzlich die volle Beweislast für das Verschulden und den Kausalzusammenhang zwischen der ärztlichen Pflichtverletzung und dem erlittenen Körper-

³⁹⁸ Steffen/Dressler, Rn. 491; Laufs/Uhlenbruck, § 107 Rn. 3; Katzenmeier, S. 459.

³⁹⁹ Liu Zhenhua, S. 338 ff.

sowie Gesundheitsschaden.

Die Zuweisung der vollen Beweislast an den Patienten ergibt sich grundsätzlich aus den Unwägbarkeiten des menschlichen Organismus und der Begrenztheit der medizinischen Wissenschaft.⁴⁰⁰ Der Arzt wirkt durch seine Behandlung auf den menschlichen Körper ein, dessen biologische und psychologische Reaktionen trotz der immensen Fortschritte in der Medizin nicht in vollem Umfang berechenbar bzw. vorhersehbar sind.⁴⁰¹ Kein Arzt ist in der Lage, vor einem Eingriff die Reaktionsweise exakt zu bestimmen. Wenn die ärztliche Behandlung eingesetzt wird, befindet sich der Patient zumeist schon in einem reduzierten Gesundheitszustand. Kaum ist es im Nachhinein noch möglich, von allgemein anerkannten typischen Folgen abgesehen, den Geschehensablauf vollständig nachzuvollziehen.⁴⁰² Deutsche Rechtsprechung und Lehre sprechen deswegen von spezifischen Beweisnöten auf beiden Seiten eines Arzthaftungsprozesses.⁴⁰³

Aus einem Behandlungsvertrag schuldet der Arzt normalerweise nicht die Heilung des Patienten als Erfolg, sondern er verspricht, eine sachgerechte, medizinisch vertretbare Behandlung mit der objektiv gebotenen Sorgfalt durchzuführen. Die Beweislastverteilung sei Ausdruck des vom Schuldner übernommenen Leistungsrisikos. Da der Heilungserfolg außerhalb des ärztlichen Leistungsrisikos liege, könne es bei einer Beweislastverteilung nach dem vertragsspezifischen Leistungsrisiko nicht zum Nachteil des Arztes ausschlagen, wenn im Prozess ungeklärt bleibe, aus welchen Gründen der Heilungserfolg ausgeblieben oder ein sonstiger Gesundheitsschaden eingetreten sei.⁴⁰⁴ Mit der Eigenart der ärztlichen Tätigkeit und dem Umfang der vertraglichen Leistungspflicht des Arztes wird gerechtfertigt, dass für die zivilrechtliche Haftung des Arztes

⁴⁰⁰ Wang Shengming, S. 271 ff.; http://www.npc.gov.cn/huiyi/cwh/1111/2009-10/27/content_1523478.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010).

⁴⁰¹ Vgl. dazu: BGH NJW 1978, 1681 = VersR 1978, 542; BGH IR 1979, 67; MünchKommBGB/Mertens § 823 Rn. 405; Saenger, VersR 1991, 743.

⁴⁰² Kaufmann, S. 11; Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch, Rn. 105 ff.

⁴⁰³ BGH NJW 1978, 1681, 1682; Laufs, Arztrecht, Rn. 592; Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 823 Anhang C II, Rn. 1.

⁴⁰⁴ Stoll, AcP 176 (1976), 149 ff.; Larenz, Festschrift für Hauß, 1978, S. 235 ff.

grundsätzlich das allgemeine Beweislastprinzip gelten soll, also jede Partei trägt die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm.⁴⁰⁵

Dass der Patient mit diesem Beweis belastet wird, mag zunächst als ein gewichtiger Nachteil erscheinen. Es handelt sich dabei jedoch um einen Ausfluss des Prinzips der Zurechnung und der Abwägung der beteiligten Interessen:⁴⁰⁶

Der Arzt soll nur für eine eigene Pflichtwidrigkeit haften, sonst aber nicht. Allein auf diese Weise erhält er die notwendige und für die gedeihliche Ausübung seines Berufs erforderliche Handlungsfreiheit. Diese würde in Frage gestellt, wenn der Arzt stets die Fehlerfreiheit seiner Tätigkeit dartun und beweisen müsste. Er soll nach vorn schauen und nicht ängstlich auf Absicherung bedacht sein; die Beweislast des Patienten bewahrt damit vor der defensiven Medizin.⁴⁰⁷

E. Die Notwendigkeit der Beweiserleichterungen

Das Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen hält an dem allgemeinen Beweislastverteilungsprinzip im Arzthaftungsprozess fest. Die Beweislast danach ist aber zu starr im Vergleich zum deutschen Recht. Mit Festhaltung an der allgemeinen Beweislastverteilung hat sich die deutsche Rechtsprechung der Beweisschwierigkeiten des Patienten mit einem vielschichtigen beweisrechtlichen Instrumentarium angenommen, das von Beweiserleichterung bis zu vollständiger Umkehr der Beweislast gehen kann.⁴⁰⁸ Die Notwendigkeit der Beweiserleichterung ergibt sich nicht nur aus dem allgemeinen Prinzip „Waffengleichheit“, sondern auch aus zwei drängenden Problemen in der Praxis.

⁴⁰⁵ Vgl. BGH LM Nr. 25 zu § 286 (C) ZPO; *Stoll*, AcP 176 (1976), 149 ff.; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 466.

⁴⁰⁶ *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 65 f.

⁴⁰⁷ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 514.

⁴⁰⁸ Dies wird in der Literatur auch unzählige Male diskutiert, vgl. *D. Giesen*, Rn. 368 ff.; *Katzenmeier*, S. 423 ff.; *Graf*, S. 22 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 517 ff.; *MünchKommBGB/Wagner*, § 823 Rn. 800 ff.; *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 823 Anh. C II, Rn. 1 ff.; *Greiß/Greiner*, Rn. 200 ff.; *Laufs/Uhlenbruck*, 19. Kapitel, Die Beweislast im Arzthaftungsprozess; *Müller*, NJW 1997, S. 3049 ff.

I. Anwendungsbereich der normalen Beweislastverteilung

Der Gesetzgeber hat eine wichtige Fallgruppe der Arzthaftung übersehen. Betrug und gesetzwidrige Berufsausübung des Arztes sowie der medizinischen Einrichtungen kommen heute noch immer wieder vor.⁴⁰⁹ Die Abschaffung der Beweislastumkehr würde zweifellos für diese gesetzwidrigen Handlungen sogar Ermutigung schaffen.

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die Beweisschwierigkeiten auf der Seite der medizinischen Einrichtung sich vor allem auf den Kernbereich der eigentlichen ärztlichen Tätigkeit beschränken, welcher gerade durch die Unbeherrschbarkeit des lebenden Organismus geprägt ist. Außerhalb des Kernbereichs der eigentlichen ärztlichen Tätigkeit soll die Beweislast ggf. nach anderen Regeln verteilt oder modifiziert werden, um die Beweisschwierigkeiten des Patienten auszugleichen.

II. Durchsetzbarkeit des Gesetzes zur Haftung für unerlaubte Handlungen

Seit 11.10.2006 hat das Zentralkomitee der Kommunistischen Partei Chinas den Beschluss gefasst, eine sozialistische harmonische Gesellschaft zu konstruieren. Eine der aufgeführten Aufgaben ist, die medizinische Leistung zu verbessern.⁴¹⁰ Dies zeigt gewissermaßen schon, wie kritisch die Situation des Gesundheitswesens in China ist. Diese Aufgabe ist bis heute noch nicht vollendet. Eine Verbesserung des Verhältnisses zwischen den Patienten und den Ärzten kommt noch nicht vor, auch wenn inzwischen eine pauschale Beweislastumkehr zugunsten des Patienten durchgesetzt ist. *Das Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen* hat öffentliche Kritik vor allem deswegen herbeigeführt, weil es die Beweislast zugunsten der Ärzteschaft sowie der medizinischen Einrichtungen neu verteilt hat.⁴¹¹ In der Literatur wird davor gewarnt,

⁴⁰⁹ Nan fang ri bao 22.09.2009; Mehrere Krankenhäuser in Chen-zhou Stadt, Hu-nan Provinz benutzen Industriesauerstoff anstatt medizinischen Sauerstoff für die Patienten, ausführlich siehe <http://news.sina.com.cn/c/2010-04-10/011717348841s.shtml> (letzter Zugriff: 2.6.2010); <http://politics.people.com.cn/GB/14562/11350661.html> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

Einundzwanzig Krankenhäuser in Nanjing benutzten Industriesauerstoff anstatt medizinischen Sauerstoff für Patienten, in: Jiang nan shi bao 29.01.2002.

⁴¹⁰ http://news.xinhuanet.com/politics/2006-10/18/content_5218639.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010).

⁴¹¹ <http://finance.sina.com.cn/roll/20090113/04462623207.shtml> (letzter Zugriff: 4.6.2010);

dass dieses Gesetz den Patienten vom Gericht fernhalten würde.⁴¹² Die heutzutage immer wieder vorkommenden Gewalttaten gegen den Arzt sowie die medizinische Einrichtung haben eher gezeigt, dass viele Patienten schon die Hoffnung aufgegeben haben, ihren Anspruch durch Gerichtsverfahren durchzusetzen. Eine Verschlechterung der Beweislage des Patienten würde zweifellos diesen Trend noch nach vorne treiben.

F. Die notwendigen Beweiserleichterungen für den Patienten

I. Die Beweiserleichterungen in Bezug auf den Nachweis des Verschuldens

Das Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen hat nur in drei Fällen eine Vermutung des Verschuldens vorgeschrieben, § 58. Die beweiserleichternden Instrumente in der deutschen Rechtsprechung sind eingangs dieser Arbeit schon dargestellt. Die Fallgruppen über Anscheinbeweis, Beweisvereitelung sowie voll beherrschbare Risiken sind besonders sinnvoll für den Nachweis des Verschuldens.

In der chinesischen Literatur gibt es schon Darstellungen über Anscheinbeweis. Dabei verweist man aber meistens auf japanische und taiwanische Literatur.⁴¹³ Die Übernahme des Anscheinbeweises in die chinesische Rechtsprechung ist zwar vertretbar, es ist darauf hinzuweisen, dass man auf dieses Beweismittel unpraktische Hoffnung gesetzt hat. Die Bedeutung des Anscheinbeweises für das Arzthaftungsverfahren soll man nicht überschätzen. Dessen Anwendungsbereich bleibt jedenfalls für den Kernbereich ärztlichen Handelns im Arzthaftungsprozess nur begrenzt.⁴¹⁴

Die ärztliche Dokumentationspflicht findet im chinesischen Recht mehrmals

http://news.xinhuanet.com/politics/2009-01/13/content_10648925.htm (letzter Zugriff: 4.6.2010);

http://www.mzyfz.com/news/times/v/20090217/122500_2.shtml (letzter Zugriff: 4.6.2010).

⁴¹² *Wan Xin*, http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=9790 (letzter Zugriff: 4.6.2010).

⁴¹³ *Zeng Peifang/Duan Wenbo*, in: *Zheng zhi yu fa lü* 2007 No. 4, S. 170 f.; *Li Li*, in: *Zhong guo wei sheng fa zhi*, 2005 No. 4, S. 18 f.; *Wang Jun/Zhang Jinde*, in: *Chong qing you dian xue yuan xue bao (she hui ke xue ban)* 2004 No. 3, S. 67 f.; Nur eine Monographie vom deutschen Autor ist in chinesisch übersetzt worden: *Hanns Prütting*, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, München 1983.

⁴¹⁴ *Zeng Peifang/Duan Wenbo*, in: *Zheng zhi yu fa lü* 2007 No. 4, S. 170 f.; *Li Li*, in: *Zhong guo wei sheng fa zhi*, 2005 No. 4, S. 18 f.

Niederschlag.⁴¹⁵ Es gibt sogar eine spezielle ministeriale Ordnung, die den Inhalt der ärztlichen Dokumentation ausführlich vorsieht.⁴¹⁶ Nach § 58 Nr. 2-3 *Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen* wird das Verschulden der medizinischen Einrichtung oder des Arztes vermutet, wenn das medizinische Personal bzw. die medizinische Einrichtung die Krankheitsdokumente sowie einschlägigen Materialien verbirgt oder verweigert, sie vorzulegen; oder diese verfälscht oder vernichtet. Dabei geht es aber nur um vorsätzliche Beweisvereitelung. Wie sich die fahrlässige Verletzung der Dokumentationspflicht und andere Beweisvereitelungen auswirken, hat der Gesetzgeber nicht geregelt.

Nach der deutschen Rechtsprechung hat der Arzt bzw. Krankenhausträger funktionsfähige medizinische Geräte zur Verfügung zu stellen, um eine sachgemäße und möglichst gefahrlose Behandlung zu ermöglichen.⁴¹⁷ Auf diesen Punkt gewährleistet das chinesische Recht einen vergleichbaren Schutz für den Patienten. Wie oben schon diskutiert, muss der Arzt oder das Krankenhaus zuerst den Schaden aufgrund eines Sachmangels ersetzen, und er/es hat dann ein Kompensationsrecht gegenüber dem Hersteller.⁴¹⁸ Die Reichweite dieses Schutzes begrenzt sich aber nur auf die Mängel der medizinischen Geräte. Die richtige Bedienung und Überwachung der Geräte, sowie die entsprechende Ausbildung dazu sollen eigentlich auch dem Risikobereich der medizinischen Einrichtung zugewiesen werden.

Bei der Organisation und Koordination des Behandlungsgeschehens und auch beim Einsatz von Berufsanfängern ist es besonders von der medizinischen Einrichtung zu erwarten, ständige Kontrolle zu führen, um die Qualität und die Sicherheit zu gewährleisten. Der Patient sowie seine Familie können normalerweise auch keine Einsicht darin bekommen. Ohne eine Verschuldensvermutung hätte der Patient kaum Möglichkeit, eine Pflichtverletzung daraus nachzuweisen.

⁴¹⁵ § 23 *Arztberufsausübungsgesetz* (1.5.1999); § 8 f. *RBÄU* (1.9.2002); §§ 2 ff. *der Regelung zur Verwaltung der Krankheitsdokumente in den medizinischen Einrichtungen* (1.9.2002).

⁴¹⁶ *(Vorläufige) grundlegende Standards zum Schreiben der Krankheitsdokumente* (1.9.2002).

⁴¹⁷ Erster Teil, D, V, 1.

⁴¹⁸ Zweiter Teil, C, I; Dritter Teil, B, II, 5.

Seit Anfang 2009 in China ist *die vorläufige Regelung zur Verwaltung der klinischen Ausbildung*⁴¹⁹ in Kraft getreten. Wird die Körper- sowie Gesundheitsverletzung des Patienten nach einem Gutachten von der Behandlungsseite verursacht, trägt die medizinische Einrichtung die Haftung dafür, § 16 I. Darüber hinaus hat diese neue Regelung die Aufklärungspflicht des Arztes und das Recht des Patienten auf *informed consent* in großem Maße betont und wiederholt, §§ 7, 11, 15. Es fehlen aber noch ausführliche Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen bei der Anfängeroperation.

II. Die Beweiserleichterungen für Kausalitätsnachweis

Für die besonders schwierige Frage des Kausalitätsnachweises helfen die oben erwähnten Beweiserleichterungen aber nicht weiter. In Bezug auf den Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Körper- sowie Gesundheitsschaden hat sich die deutsche Rechtsprechung vor allem an das Beweismittel über grobe Behandlungsfehler gewandt. Wie oben schon gezeigt, hat dieses Beweismittel Schwächen und ist in der Literatur schon auf Kritik gestoßen.⁴²⁰

Neben der Rechtsprechung gibt es andere Ansätze sowohl im deutschen als auch im chinesischen akademischen Kreis, die einen neuen Ausgang für den Kausalitätsnachweis einzurichten versuchen. Im Folgenden werden diese Ansätze bewertend dargestellt.

1. Beweismaßreduktion und § 59 des zweiten Gesetzesentwurfs zur Haftung für unerlaubte Handlungen

a. Die Beweismaßreduktion

Für die besonders schwierige Frage der Kausalität wird in der deutschen Literatur vorgeschlagen, eine Reduktion des Beweismaßes auf überwiegende

⁴¹⁹ Abrufbar auf der Webseite des Ministeriums für Gesundheitswesen, <http://www.moh.gov.cn/publicfiles/business/htmlfiles/mohkjjys/s3593/200808/37637.htm> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

⁴²⁰ Erster Teil, D, VI.

Wahrscheinlichkeit anzunehmen.⁴²¹ Beweismaßreduzierung bedeutet, dass das Erfordernis der richterlichen Wahrheitsüberzeugung durch ein Wahrscheinlichkeitsurteil ersetzt wird, und dass an die Überzeugung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.⁴²²

Als Argument hierfür kann man zuerst auf rechtsvergleichende Betrachtung von ausländischen Modellen verweisen, vor allem in Bezug auf das amerikanische Recht und das Recht der skandinavischen Länder.⁴²³ Im anglo-amerikanischen Prozessrecht unterliegt die Beweisführung dem Prinzip „preponderance of probability“, welches davon ausgeht, dass jedes bloße Überwiegen für die richterliche Überzeugungsbildung ausreichend sei. Das schwedische „Överviktsprinzip“ geht grundsätzlich davon aus, dass bei dem geringsten Wahrscheinlichkeitsübergewicht eine Behauptung als bewiesen angesehen werden muss.⁴²⁴

Ein weiterer Grund für das Überwiegensprinzip ist, eine Beweiswürdigung unter der Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeitserwägungen objektiver und rational besser nach zu vollziehen als eine Entscheidung, die maßgeblich auf der persönlichen richterlichen Überzeugung beruht.⁴²⁵ Die Beweislastentscheidungen können immer nur zufällig richtig sein, weil eine Subsumtion des tatsächlichen Geschehens unter das materielle Recht verwehrt bleibt.⁴²⁶ Durch eine Reduzierung des Beweismaßes können die Beweislastentscheidungen häufiger vermieden werden.

Außerdem läuft die Praxis der Rechtsprechung auf eine Beweismaßreduzierung in Situationen der Beweisnot nicht selten.⁴²⁷ Im Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung ist eine Beweismaßreduktion auf überwiegende Wahrschein-

⁴²¹ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 513; *MünchKommZPO/Prütting*, § 286 Rn. 47; *MünchKommBGB/Wagner*, § 823 Rn. 814; *Brüggemeier*, S. 233; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 110 ff. Überblick über die Für- und Gegenmeinung siehe *Sträter*, S. 148 ff.; *Kegel*, in: Festgabe für Kronstein, S. 321 (335 ff., 343 f.).

⁴²² *Zöller/Greger*, vor § 284 Rn. 28; *MünchKommZPO/Prütting*, § 286 Rn. 47.

⁴²³ Vgl. Hierzu die Darstellung bei *Katzenmeier*, S. 513 ff.; *Schäfer/Ott*, S. 255 ff.; *Baumgärtel*, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 72, Jeweils m.w.N.

⁴²⁴ *Sträter*, S. 150 f.; *Katzenmeier*, S. 513 m.w.N.

⁴²⁵ *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 114; *Katzenmeier*, S. 514 f.

⁴²⁶ *Motsch*, Vom rechtsgenügenden Beweis, S. 248; *Kegel*, in: Festgabe für Kronstein, S. 321 u. 335.

⁴²⁷ *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 513; *RGRK/Steffen*, § 823 Rn. 75.

lichkeit bereits allgemein anerkannt. Hier gilt der Beweis hinsichtlich des Kausalzusammenhangs zwischen dem Arbeitsunfall und der geltend gemachten physischen Beeinträchtigung dann als geführt, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass ein bereits vorhandenes Leiden als potentielle Ursache ausscheidet.⁴²⁸

Neben den oben genannten allgemeinen Gründen lassen sich noch weitere Gesichtspunkte für eine Reduzierung des Beweismaßes speziell im Arzthaftpflichtprozess erwägen.⁴²⁹ Im Regelfall wird im Bereich der Arzthaftung nur der Sachverständige aufgrund seiner wissenschaftlichen Qualifikation in der Lage sein, den Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und Gesundheitsbeeinträchtigung zu untersuchen. Jedoch wird er wegen der individuellen biologischen und physiologischen Reaktionen des menschlichen Körpers und der damit einhergehenden Doppelkausalität bei medizinischen Behandlungen zumeist nur Wahrscheinlichkeitsangaben bezüglich der statistischen Heilungschancen und Morbiditätsrisiken machen und sich kaum einmal auf eine auch nur annähernde Sicherheit festlegen können.⁴³⁰ Für die richterliche Erkenntnisgewinnung darf deswegen auch keine Sicherheit gefordert werden, das Recht muss sich mit dem Grad an Wahrscheinlichkeit zufrieden geben, das ihm die Medizin bestenfalls vermitteln kann.⁴³¹

Weder der Patient noch der Arzt können in den meisten Fällen mit der erforderlichen Sicherheit den Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsbeeinträchtigung verifizieren bzw. falsifizieren. Eine angemessene Lösung der Beweisschwierigkeiten im Arzthaftungsprozess ist nach alledem eher nicht im Bereich der Beweislastverteilung zu finden, da dieser Ansatz im Ergebnis lediglich eine Zuweisung der Beweislosigkeit zur Konsequenz hat.⁴³² Richtig wäre es, die Beweisnot des Patienten auf der Ebene des für die

⁴²⁸ Sträter, S. 151; BSGE 45, 285, 286; Krasney, MedSach 2001, 103 ff.

⁴²⁹ Vgl. Katzenmeier, S. 516 ff.; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 114; Musielak/Stadler, Rn. 262 ff.

⁴³⁰ Katzenmeier, S. 516; Sträter, S. 113 f.

⁴³¹ Katzenmeier, S. 517; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, S. 114; Musielak/Stadler, Rn. 262 ff.

⁴³² Sträter, S. 141; v. Bar, Verkehrspflichten, S. 295; Matthies, S. 79 f.

richterliche Überzeugung erforderlichen Maßes an Rechtfertigung zu behandeln, also im Rahmen der Beweiswürdigung.⁴³³ Die Beweismaßreduktion auf überwiegende Wahrscheinlichkeit biete hinsichtlich des Beweisrisikos einen tragfähigen Kompromiss zwischen den Patienten und den Ärzten.⁴³⁴

Gegen eine Reduzierung des Beweismaßes auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht vor allem, dass sie zu einer Ausuferung Anspruchsgrundlagen führt.⁴³⁵ Gegen diese Lehre spricht ferner, dass sie mit dem Gesetz nicht in Einklang steht.⁴³⁶ Entscheidungen, die auf einer bloß leicht überwiegender Wahrscheinlichkeit beruhen, müsste es auch notgedrungen an der inneren Überzeugungskraft mangeln.⁴³⁷

Die oben genannten Vorwürfe treffen jedoch nicht mehr zu, wenn sich die hier favorisierte Beweismaßreduzierung allein auf die spezifischen Beweisschwierigkeiten des Patienten im Arzthaftungsprozess beschränkt. Sie soll weder eine generelle Beweismaßabsenkung für den Haftungsgrund in anderen Haftungsbereichen eröffnen, noch soll die gesetzgeberische Differenzierung grundsätzlich in den §§ 286, 287 ZPO in Frage gestellt werden.⁴³⁸ Greger hat zwar eine generelle Beweismaßreduzierung abgelehnt, räumt aber ein, dass manche materiell-rechtliche Anspruchsnormen leer laufen würden, wenn auch bei typischerweise schwer zu beweisenden Tatbestandsmerkmalen ein voller Beweis verlangt würde.⁴³⁹ Prütting ist auch gegen die überwiegende Wahrscheinlichkeit als Regelbeweismaß,⁴⁴⁰ hat aber eine Beweismaßreduzierung für den Kausalitätsbeweis im Arzthaftungsprozess nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Soweit das Gesetz Abweichungen vom Regelbeweismaß nicht vorsehe, die Durchsetzung des materiellen Rechts durch generelle Beweisschwierigkeiten aber im Regelfalle verhindert werde, erscheine es nahe liegend, Beweismaß-

⁴³³ Brinkmann, S. 77; Sträter, S. 141 f.

⁴³⁴ Fleischer, JZ 1999, 766, 773; Brüggemeier, S. 233 f. Katzenmeier, S. 518.

⁴³⁵ Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, Rn. 73; MünchKommZPO/Prütting, § 286 Rn. 39, Jeweils m.w.N.

⁴³⁶ MünchKommZPO/Prütting § 286 Rn. 38; Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 9, Jeweils m.w.N.

⁴³⁷ Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, § 286 Rn. 9; Katzenmeier, S. 520.

⁴³⁸ Sträter, S. 159.

⁴³⁹ Zöller/Greger, vor § 284 Rn. 28.

⁴⁴⁰ MünchKommZPO/Prütting § 286 Rn. 38 f.

senkungen im Wege rechtsfortbildender Maßnahmen zu bejahen.⁴⁴¹ Für viele typische Schwierigkeiten im Rahmen der Beweisführung in Bezug auf den Nachweis der Kausalität ist es im Grundsatz zuzustimmen, beim Kausalitätsbeweis zu einer Beweismaßsenkung zu gelangen.⁴⁴²

Bezüglich der Überzeugungsbildung bei überwiegender Wahrscheinlichkeit hat *Sträter*⁴⁴³ zu Recht die Meinung vertreten, dass eine Beweismaßreduzierung auf überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht bedeute, dass das sachverständig beratende Gericht bei der Überzeugungsbildung lediglich mathematisch-statistische Wahrscheinlichkeitsangaben zu adaptieren habe. Und die Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung beinhalten neben der Beachtung naturwissenschaftlicher Erkenntnisse vielmehr auch normative Überlegungen zur typischen Beweisnot bei unklaren Kausalverläufen und zur generellen Durchsetzbarkeit subjektiver Rechte im Zivilprozess. Die Relevanz der Wahrscheinlichkeitsüberlegungen sei bei der hier favorisierten Lösung dahingehend zu verstehen, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit gewissermaßen die Untergrenze für die zulässige Überzeugungsbildung bilde, wodurch lediglich zum Ausdruck gebracht werde, dass das Gericht bestehende Zweifel immer dann durch die eigene Überzeugungsbildung überwinden könne, wenn für einen Kausalzusammenhang gewichtigere Gründe spreche als dagegen.

Zur Beweismaßreduzierung auf überwiegende Wahrscheinlichkeit trifft vielmehr die Meinung von *Bolding* durchaus zu: Man solle das Überwiegensprinzip weder völlig verwerfen noch ihm allgemeine Anwendbarkeit zuschreiben.⁴⁴⁴

b. § 59 des zweiten Gesetzesentwurfs zur deliktischen Haftung

Laut § 59 des zweiten Gesetzesentwurfs wird der Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem medizinischen Behandlungsfehler vermutet,

⁴⁴¹ MünchKommZPO/Prütting § 286 Rn. 44.

⁴⁴² MünchKommZPO/Prütting § 286 Rn. 47.

⁴⁴³ *Sträter*, S. 158 f.

⁴⁴⁴ *Bolding*, zitiert in: *Motsch*, Vom rechtsgenügenden Beweis, S. 49.

wenn der Schaden *wahrscheinlich/möglicherweise*⁴⁴⁵ von der medizinischen Behandlung verursacht wird, es sei denn, dass das medizinische Personal den Gegenbeweis führen kann.

In der Literatur wird dieser Paragraph so ausgelegt, dass der Patient zuerst eine im Allgemeinen relativ überwiegende Wahrscheinlichkeit der Kausalität zwischen dem Schaden und dem Behandlungsfehler beweisen sollte, dann werde die Kausalität vermutet, und die Beweislast umgekehrt.⁴⁴⁶ Dieser Auslegung nach würde dabei eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Kausalbeweismaß gefordert. Dies hat von den Verfassern verfolgten Zweck am besten zum Ausdruck gebracht.

Der Sinn und Zweck dieses Paragraphen soll darin liegen, den Beweis für die Kausalität zu erleichtern. Der Patient braucht nicht mehr den Vollbeweis für die Kausalität zu führen. Aber eine einfache Wahrscheinlichkeit darf offenbar nicht ausreichen, einen Schadensersatzanspruch des Patienten zu begründen, insbesondere wenn ein Kausalzusammenhang auch unwahrscheinlich bzw. unwahrscheinlicher ist. Mindestens muss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit bestehen. Wenn die Kausalität zwischen dem Schaden und dem Behandlungsfehler im Allgemeinen relativ überwiegend wahrscheinlich ist, soll der Tatrichter davon überzeugt sein, dass der Kausalzusammenhang besteht.

Leider hat der Verfasser den § 59 des Entwurfs nicht ausführlich begründet. Dies hat dazu geführt, dass *der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskon-*

⁴⁴⁵ Es ist nicht klar, ob hier „wahrscheinlich“ gemeint wird, oder nur „möglicherweise“. Mit „Wahrscheinlichkeit“ wird man eine ziemliche Sicherheit meinen und unter „möglicherweise“ weniger Gewissheit verstehen.

⁴⁴⁶ *Yang Lixin*, Dui Qinquan Zeren Fa Taolun de Yijian, in:

<http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=45436>, (letzter Zugriff: 4.6.2010).

Diese Auslegung in der Literatur ist zwar überzeugend, hat leider die subjektive Beweislast mit der objektiven verwechselt. Die (objektive) Beweislast (auch Feststellungslast genannt) legt fest, welche Partei das Risiko der Nichterweislichkeit einer Beweisbehauptung trägt. Im Gegenteil bestimmt die subjektive Beweislast (Beweisführungslast), welcher Partei es in einem bestimmten Stadium des Prozesses obliegt, Beweis für ihre Behauptung anzubieten. Dabei geht es um die Notwendigkeit, zur Vermeidung prozessualer Nachteile im eigenen Interesse den Beweis einer streitigen Tatsache zu führen. Beim § 59 wird die (objektive) Beweislast auf keinen Fall umgekehrt. Der Patient muss die Kausalität beweisen. Kann er die Kausalität nicht mindestens für relativ überwiegend wahrscheinlich beweisen, wird er den Prozess verlieren. Es ist gleichgültig für dieses Ergebnis, ob die Behandlungsseite überhaupt keinen Gegenbeweis geführt hat. Ist es dem Patienten gelungen, die Kausalität für relativ überwiegend wahrscheinlich zu beweisen, erst dann muss die Behandlungsseite Gegenbeweis führen. Die Behandlungsseite braucht auch nicht den Vollbeweis für die Unwahrscheinlichkeit zu führen. Nach § 59 trägt dann die Behandlungsseite nur die Beweisführungslast, aber nicht die (objektive) Beweislast.

gresses diesen Paragraphen einfach abgelehnt hat, ohne weitere Nachforschungen zu betreiben.

2. Die Proportionalhaftung und der Verantwortungsgrad des Behandlungsfehlers (causal force, causative potency)

a. Verantwortungsgrad des Behandlungsfehlers (causal force, causative potency)

Die RBäU hat zum ersten Mal den Begriff „der Verantwortungsgrad des Behandlungsfehlers“ in das chinesische Recht eingeführt. Diesen Rechtsbegriff hat die chinesische Literatur eigentlich über Taiwan/China von Japan eingeführt. Er ist eigentlich auf den Verkehrsunfall anzuwenden. Beim Verkehrsunfall muss der Sachverständige oder Gerichtsarzt zuerst entscheiden, ob eine Körperverletzung auf den Verkehrsunfall oder eine vorhandene Krankheit des Patienten zurückgeführt wird.⁴⁴⁷

Der Verantwortungsgrad spielt für die Haftung aufgrund eines medizinischen Unfalls eine entscheidende Rolle. Dem Rechtsgedanken nach kann der körperliche Schaden möglicherweise von dem ärztlichen Behandlungsfehler alleine oder in Kombination mit anderen Umständen oder total von anderen Umständen verursacht werden.⁴⁴⁸

In den letzten Jahren hat die chinesische Literatur die Anwendung dieses Rechtsgedankens verallgemeinert und eine neue Lehre daraus gemacht, sog. *causal force* oder *causative potency*.⁴⁴⁹ Danach für den Schaden aus Multikausalitäten müsse man *causal force/causative potency* jeweiliger Ursache mit einander vergleichen, und dadurch entscheiden, was für einen Teil jede Ursache zum Schaden beigetragen habe. Dem entsprechend werde der Schaden auf jeweilige Ursachen verteilt.

Dieser Lehre nach muss der Vergleich der Ursachen voraussetzen, dass alle Ursachen sowie ihr jeweiliger Beitrag zum Schaden festgelegt worden sind.

⁴⁴⁷ Tang Dehua, S. 357 f.

⁴⁴⁸ Ausführlich in Zweiter Teil, B, II, 1, b, b), ff).

⁴⁴⁹ Zhang Xinbao/Min Jun, Qin quan fa shang de yuan yin li li lun yan jiu, in: Zhong guo fa xue, 2005 No. 2, S. 92 ff.; Yang Lixing/Liang Qi, in: Fa xue jia 2006 No. 6, S. 101 ff.; Yang Lixing, S. 37 ff.

Sonst könnte man einen Vergleich überhaupt nicht vornehmen. Im Arzthaftungsprozess ist es jedoch typischerweise nicht mit Sicherheit festzustellen, ob sich nur das allgemeine Misserfolgsrisiko der jeweiligen ärztlichen Maßnahme realisiert hat oder ob der Schaden auf einen Behandlungsfehler des Arztes zurückzuführen ist.⁴⁵⁰ Es kann auch sein, dass der Schaden entweder auf einen Behandlungsfehler oder auf eine Krankheit zurückzuführen ist, und es besteht keine Möglichkeit festzustellen, welcher der beiden Umstände ursächlich war.⁴⁵¹

Die Lehre über *causal force/causative potency* hat deswegen m.E. die entscheidenden Fragen bisher noch nicht beantwortet. Die erste ist, welche Ereignisse als Ursache anzusehen sind. Nicht jedes Ereignis, ohne das der Schaden nicht eingetreten wäre, hat rechtliche Bedeutung. Die zweite ist, dass nicht jede Ursache aufklärbar ist. Auch wenn eine Ursache festgelegt worden ist, ist ihr Beitrag zum Schaden nicht auf jeden Fall aufklärbar. Im Arzthaftungsprozess ist diese Lehre dann überhaupt nicht durchsetzbar.

b. Die Proportionalhaftung

Die Proportionalhaftung bedeutet, das Prozessergebnis entsprechend der jeweils ermittelten Wahrscheinlichkeit zu teilen. Der Vorschlag einer solchen „Proportionalhaftung“ ist in der deutschen Literatur vereinzelt schon früh unterbreitet worden.⁴⁵² In jüngster Zeit wird die Proportionalhaftung für den Arzthaftungsprozess insbesondere von *Wagner*⁴⁵³ bevorzugt, hat aber auf dem Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentag keine Mehrheit gefunden.⁴⁵⁴

Die Proportionalhaftung gilt insbesondere für die rechtliche Beurteilung medizinischer Behandlungsschäden als fair und effizient. Mit der Proportionalhaftung lässt sich dem Beweisnotstand beim Nachweis der Kausalität zwischen

⁴⁵⁰ *Wagner*, in: *Lorenz* (Hrsg), *Karlsruher Forum* 2006, S. 80 f.; *ders.* in *Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages*, Bd. 1, 2006, S. A 58 ff. m.w.N.; *ders.* in: *Festschrift für Günter Hirsch*, 2008, S. 453 ff. m.w.N.; *Koziol*, in *Festschrift für Hans Stoll*, 2001, S. 232 ff. m.w.N.

⁴⁵¹ *Koziol*, in *Festschrift für Hans Stoll*, 2001, S. 249.

⁴⁵² Ausführlich siehe *Katzenmeier*, S. 521, Fn. 753 u. 754.

⁴⁵³ *MünchKommBGB/Wagner*, § 823 Rn. 815; *Wagner*, in *Festschrift für Günter Hirsch*, 2008, S. 453 ff.; *Wagner*, in *Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages*, Bd. 1, 2006, S. A 58 ff.

⁴⁵⁴ *Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages*, Bd. 2/1, 2006, S. L90 ff.

dem Behandlungsfehler und dem Verletzungserfolg ganz leicht begegnen. Die Proportionalhaftung stellt sich als eine gute Alternative zur Beweislastumkehr bei groben Behandlungsfehlern dar.⁴⁵⁵

Eine für den Arzthaftungsprozess typische Konstellation ist die folgende: Der Patient leidet an einer Krankheit, die sich auch bei sorgfaltsgemäßer Behandlung, beispielsweise bei einer *lege artis* durchgeführten Operation, nicht mit 100-prozentiger Sicherheit beheben lässt. In einem solchen Fall lässt sich die Kausalität eines nachgewiesenen Behandlungsfehlers für den Gesundheitsschaden - das Ausbleiben der Heilung - nicht nachweisen. Es ist einfach unauflösbar, ob der Patient gesund geworden wäre, wenn man ihn ordnungsgemäß behandelt hätte.⁴⁵⁶ Unter diesen Umständen ist die Proportionalhaftung besser als eine Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel. Die deutschen Gerichte halten immer am schadensersatzrechtlichen Alles-oder-nichts-Prinzip fest. Danach erhalte der Patient vollen Schadensersatz, sofern ihm der Nachweis eines Haftungstatbestandes gelingt und ihn kein Mitverschulden treffe, sonst gehe er leer aus. Das Institut des groben Behandlungsfehlers ändere daran nichts, sondern es verschiebe lediglich die Grenze zwischen „Alles“ und „Nichts“ zugunsten des Patienten: Gelingen ihm der Nachweis des groben Behandlungsfehlers, erhalte er volle Kompensation. Aber der Arzt sei wiederum genauso wenig wie der Patient dazu in der Lage, den Beweisnotstand zu beheben.⁴⁵⁷

Darüber hinaus spricht auch die ökonomische Analyse des Rechts für die Proportionalhaftung. Das Alles-oder-Nichts-Prinzip des deutschen Haftpflichtrechts führe zu „unteroptimaler Vorsorge“, wenn hinsichtlich der Kausalität ein – vom Geschädigten kaum zu erbringender – Vollbeweis gefordert werde.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ Brügge meier, S. 236; Fischer/Lilie, S. 160; Katzenmeier, S. 521.

⁴⁵⁶ Wagner, in: Lorenz (Hrsg), Karlsruher Forum 2006, S. 80 f.; ders. in Verhandlungen des Sechszwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2006, S. A 58 ff. m.w.N.; ders. in: Festschrift für Günter Hirsch, 2008, S. 453 ff. m.w.N.; Koziol, in Festschrift für Hans Stoll, 2001, S. 232 ff. m.w.N.

⁴⁵⁷ Wagner, in: Lorenz (Hrsg), Karlsruher Forum 2006, S. 80 ff.; ders. in Verhandlungen des Sechszwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2006, S. A 58 ff. m.w.N.; ders. in: Festschrift für Günter Hirsch, 2008, S. 453 ff. m.w.N.

⁴⁵⁸ Schäfer/Ott, 7.Kap., 5.4.1; Wagner, in Verhandlungen des Sechszwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2006, S. A 58 ff.

Kehre man die Beweislast um, könne dies eine Übermaßhaftung bedingen und ebenfalls die falschen Anreize setzen.⁴⁵⁹ Bei der Proportionalhaftung hingegen werde der Schadensstifter für nicht mehr und nicht weniger in Anspruch genommen, als es seinem Verhalten entspreche.⁴⁶⁰

Unterstützung hat die Proportionalhaftung auch durch rechtsvergleichende Untersuchungen gewonnen.⁴⁶¹ Sie wird in anderen europäischen Ländern schon längst mit Erfolg praktiziert.⁴⁶² Dies beweise zumindest schon die Tauglichkeit des Konzepts im gerichtlichen Alltag.⁴⁶³

Darüber hinaus spricht die Lehre über die Haftung für die verlorenen Chancen für die Proportionalhaftung.⁴⁶⁴ Die Untersuchung von *Koziol* hat gezeigt, dass in Wahrheit grundsätzlich kein relevanter Unterschied zwischen der Minderung von Gewinnchancen und von Heilungschancen besteht.⁴⁶⁵ Der Verlust und die Minderung von Heilungschancen seien als Schaden anzuerkennen.⁴⁶⁶ *Kasche*⁴⁶⁷ hat aus ihrer Untersuchung die Schlussfolgerung gezogen, dass durch den Ersatz von vereitelten Heilungschancen die französische Rechtsprechung und in zunehmendem Maße Gerichte in den Vereinigten Staaten eine angemessene und mit dem jeweils geltenden Recht vereinbare Lösung aufgezeigt hätten. Mit der klassischen *perte d'une chance/loss of chance* sei die Ersatzfähigkeit von Heilungschancen zwar nicht vollständig deckungsgleich, es handle sich jedoch um eine zu befürwortende Rechtsfortbildung.⁴⁶⁸

⁴⁵⁹ *Schäfer/Ott*, 5.Kap., 10; *Wagner*, in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2006, S. A 58 ff.

⁴⁶⁰ *Schäfer/Ott*, 5.Kap., 5.4.2; *Wagner*, in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2006, S. A 58 ff.

⁴⁶¹ *Katzenmeier*, S. 523 ff.; *MünchKommBGB/Wagner*, § 823 Rn. 815; *Koziol*, in Festschrift für Hans Stoll, 2001, S. 233 ff.; *Stoll*, in Festschrift für Erich Steffen, 1995, S. 465 ff.; *Kasche*, S. 61 ff.

⁴⁶² Vgl. die Länderberichte zum Thema in *Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann* (Hrsg), *Digest of European Tort Law*, Vol. I, 2007, S. 555 f. (Frankreich), S. 556 f. (Belgien), S. 566 f. (Italien), S. 567 f. (Spanien), S. 561 ff. (Niederlande), S. 577 (Irland).

⁴⁶³ *Wagner*, in Festschrift für Günter Hirsch, 2008, S. 458.

⁴⁶⁴ Darstellung der Lehre über „Lost chances“ in den Vereinigten Staaten von Amerika siehe *Katzenmeier*, S. 523, Fn. 766 u. 770; *Thumann*, S. 22 ff.

⁴⁶⁵ *Koziol*, in Festschrift für Hans Stoll, 2001, S. 242 ff.; zum gleichen Ergebnis auch *Maier-Reimer*, in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 2/1, 2006, S. L50 f.

⁴⁶⁶ *Maier-Reimer*, in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 2/1, 2006, S. L50 f.

⁴⁶⁷ *Kasche*, S. 271.

⁴⁶⁸ Ablehnende Meinung dazu hat *Katzenmeier*, siehe *Katzenmeier*, S. 523 ff.

*Wagner*⁴⁶⁹ meint, die Proportionalhaftung werde meistens unter der unglücklichen dogmatischen „Verpackung“ einer Haftung für verlorene Chancen präsentiert. Die Reichweite der Proportionalhaftung ist in der Tat noch weiter als die Haftung für die verlorenen Chancen. Abgedeckt werden nicht nur die Fälle der Vernichtung einer Chance, sondern auch jene, wertungsmäßig gleichgelagerten, in denen keine Chance vereitelt wurde, jedoch der Kausalverlauf unaufklärbar ist, z.B. wenn ein haftbarmachendes Ereignis mit einem nicht haftbarmachenden Ereignis, also einem Zufall in Konkurrenz tritt.⁴⁷⁰

Auch die Einwände,⁴⁷¹ es fehle der Proportionalhaftung eine überzeugende dogmatische und rechtsökonomische Begründung, sind nicht stichhaltig.⁴⁷²

Es ist richtig, dass in aller Regel die Wahrscheinlichkeiten beim forensischen Beweis nur in groben Werten angegeben, nicht aber mit mathematischer Genauigkeit ermittelt werden könnten.⁴⁷³ Die medizinischen Sachverständigen lassen sich nur höchst selten auf bestimmte Prozentsätze festlegen, wenn es um die Bestimmung von Ursachenanteilen geht.⁴⁷⁴ Dieses Problem ist aber nicht schwieriger als z.B. bei der Mitverschuldensregelung oder bei der Schadensschätzung nach § 287 ZPO oder bei der Schätzung des entgangenen Gewinns nach § 252 BGB, die ebenfalls eine explizite oder implizite richterliche Wahrscheinlichkeitsaussage voraussetzt.⁴⁷⁵

Die Proportionalhaftung scheint folgerichtig dazu zu führen, dass der Patient selbst dann Schadensersatz wegen der Vernichtung der Heilungschancen erlangen könnte, wenn er letztlich keinen Gesundheitsschaden davon trug.⁴⁷⁶ Solch ein Ergebnis wird jedoch nicht entstehen. Denn der Schaden muss noch bewertet werden. Hat sich die erhöhte Gefahr nicht realisiert, so beläuft sich der

⁴⁶⁹ *Wagner*, in Festschrift für Günter Hirsch, 2008, S. 458.

⁴⁷⁰ *Koziol*, in Festschrift für Hans Stoll, 2001, S. 247 f.

⁴⁷¹ *Katzenmeier*, S. 528, Fn. 802.

⁴⁷² *Schäfer/Ott*, 5.Kap., 5.4.2; *Wagner*, in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2006, S. A 58 ff.

⁴⁷³ *Katzenmeier*, S. 529.

⁴⁷⁴ *Müller*, in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 2/1, 2006, S. L29.

⁴⁷⁵ *Schäfer/Ott*, S. 277; *Koziol*, in Festschrift für Hans Stoll, 2001, S. 238 ff.

⁴⁷⁶ *Fleischer*, JZ 1999, 766, 773; *Katzenmeier*, S. 527.; *Hanau*, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, S. 127 ff.; *Taupitz*, in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 2/1, 2006, S. L75.

Schaden jedenfalls auf null.⁴⁷⁷

Gegen die Proportionalhaftung ist auch eingewandt worden, sie sei mit dem geltenden Recht nicht vereinbar.⁴⁷⁸ Dieser Einwand ist aber nach der Meinung von *Wagner*⁴⁷⁹ und *Maier-Reimer*⁴⁸⁰ nicht stichhaltig. Denn der ärztliche Heileingriff stellt nach herrschender Auffassung auch dann eine Körper- oder Gesundheitsverletzung dar, wenn er *lege artis* durchgeführt wird. In dem Behandlungsfehler liegt jedenfalls eine haftungsbegründende Pflichtverletzung. Nach der ständigen Rechtsprechung des VI. Zivilsenats des BGH ist die Frage, ob und ggf. in welchem Umfang Schadensfolgen eingetreten sind, auf der Basis des § 287 ZPO zu beantworten. Die der Proportionalhaftung zugrunde zu legenden Wahrscheinlichkeiten können dann auch nach dieser Vorschrift geschätzt werden.

Wagner hat vielmehr die Proportionalhaftung ganz zutreffend bewertet, diese Lösung (Proportionalhaftung) sei zweifellos unvollkommen, komme der Realität aber immer noch näher als die beiden sonst zur Verfügung stehenden Extreme, nämlich den vollständigen Ausschluss der Haftung trotz feststehenden einfachen Behandlungsfehlers oder der vollumfänglichen Haftung bei grobem Behandlungsfehler.⁴⁸¹

c. Eigene Stellungnahme

Die Lehre über *causal force* oder *causative potency* versucht, durch Vergleich der unterschiedlichen Ursachen den Beitrag jeweiliger Ursache zu identifizieren. Der Schädiger haftet dann nur für den Anteil des Schadens, den er verursacht hat. Im Wesentlichen hat diese Lehre jedoch die Beweisschwierigkeiten übersehen. Wie oben schon gesagt, werden alle Ursachen nicht festgelegt, kann

⁴⁷⁷ *Maier-Reimer*, in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 2/1, 2006, S. L51.

⁴⁷⁸ *Katzenmeier*, S. 527; *Müller*, in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 2/1, 2006, S. L29; *Taupitz*, S. L75 f.

⁴⁷⁹ *Wagner*, in Festschrift für Günter Hirsch, 2008, S. 464 f.; *ders.* in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2006, S. A 58 ff.

⁴⁸⁰ *Maier-Reimer*, in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 2/1, 2006, S. L53.

⁴⁸¹ *Wagner*, in Festschrift für Günter Hirsch, 2008, S. 466.

und darf der Vergleich nicht durchzuführen sein. Diese Lehre kann schließlich nur dazu führen, dass alle möglichen Ereignisse miteinander im Hinblick auf die sog. *causal force* oder *causative potency* verglichen werden. Daraus ergibt sich dann offenbar nur einziges Ergebnis, also, dass die Haftung des Arztes gemindert wird.

Im Vergleich miteinander hat m.E. die Lehre über *causal force* oder *causative potency* den gleichen Grundgedanken wie die Proportionalhaftung, also nicht mehr bedingungslos am Alles-oder-Nichts-Prinzip festzuhalten, und der Arzt, der lediglich einen Teilschaden verursacht hat, haftet auch nur in Höhe dieses Teilschadens. Jedoch kann die Proportionalhaftung alle unlösbaren Probleme der Lehre über *causal force* oder *causative potency* überwinden. Wenn ein haftbarmachendes Ereignis mit einem nicht haftbarmachenden Ereignis, also einem Zufall in Konkurrenz tritt, haben der potentielle Schädiger und der Geschädigte gemeinsam die Schadensfolgen zu tragen, wie in den Fällen der Mitverantwortung, dass der potentielle Schädiger nach der Wahrscheinlichkeit der Kausalität Teilersatz zu leisten hat, und der Geschädigte das Risiko der anderen potentiellen Ursache zu tragen hat. Der Untersuchungsschwerpunkt dabei ist lediglich die Wahrscheinlichkeit der Kausalität des Behandlungsfehlers für den Körper- sowie Gesundheitsschaden.⁴⁸²

Wichtigster Vorteil der Proportionalhaftung gegenüber der Lehre über *causal force* oder *causative potency* ist es, dass sie die starren Folgen der Beweislastumkehr überwindet. Kann der Arzt zwar nicht nachweisen, dass der Behandlungsfehler nichts mit dem Körper- sowie Gesundheitsschaden zu tun hat, würde der Behandlungsfehler jedoch schlechterdings nur wahrscheinlich den Schaden verursacht haben, dann haftet der Arzt nach der Höhe der Wahrscheinlichkeit nur für einen entsprechenden Teilschaden.⁴⁸³ Es bestünde dann grund-

⁴⁸² Wagner, in Festschrift für Günter Hirsch, 2008, S. 464 f.; ders. in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2006, S. A 58 ff.; Maier-Reimer, in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 2/1, 2006, S. L49 ff.; Koziol, in Festschrift für Hans Stoll, 2001, S. 233 f.

⁴⁸³ Vgl. Wagner, in Festschrift für Günter Hirsch, 2008, S. 464 f.; ders. in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2006, S. A 58 ff.; Maier-Reimer, in Verhandlungen des Sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 2/1, 2006, S. L49 ff.

sätzlich kein Unterschied, wie die Beweislast verteilt würde. Denn es gäbe nicht mehr Beweislastentscheidung. Angesichts des Informationsvorsprungs des Arztes dürfte es dem Arzt weiterhin auferlegt werden, die Unwahrscheinlichkeit des Behandlungsfehlers für den Körper- sowie Gesundheitsschaden nachzuweisen. Insbesondere weil die Öffentlichkeit in China schon an der Beweislastumkehr im Bereich des Arzthaftungsrechts gewöhnt ist, wäre solch eine Regelung m.E. leichter durchzusetzen. Am schlimmsten könnte der Arzt noch beweisen, dass der Behandlungsfehler nur begrenzt wahrscheinlich kausal für den Schaden wäre.

Es ist dann folgerichtig zu schließen, dass die Proportionalhaftung die beste Lösung für die Beweisschwierigkeiten in Bezug auf den Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und den Körper- sowie Gesundheitsschäden darstellt. Die Lehre über *causal force* oder *causative potency* folgt zwar dem gleichen Grundgedanken, reicht aber nicht aus, die Probleme im chinesischen Arzthaftungsrecht zu lösen.

Zusammenfassung

1. Sowohl in China als auch in Deutschland können die Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Arzt und dem Patienten durch Gerichtsprozess oder Schlichtung beigelegt werden, und die vertragliche sowie deliktische Haftung spielen eine wesentliche Rolle.
2. Die Zweispurigkeit der Rechtsanwendung für die deliktische Haftung bildet ein Kennzeichen des chinesischen Arzthaftungsrechts. Die RBäU hat den Anspruch des Patienten unverhältnismäßig eingeschränkt.
3. Durch die pauschale Beweislastumkehr muss die medizinische Einrichtung beweisen, dass zwischen dem Behandlungsfehler und dem Körper- sowie Gesundheitsschaden kein Kausalzusammenhang besteht oder es kein Verschulden für den Behandlungsfehler gibt. Dies führt dazu, dass die medizinische Einrichtung eine Erfolgshaftung für die medizinische Behandlung trägt. Jedoch hat die

4. In dem Gesetz zur Haftung für unerlaubte Handlungen wird ab 1.7.2010 die Beweislast im Arzthaftungsverfahren neu verteilt. Danach trägt der Patient grundsätzlich die Beweislast nicht nur für das Verschulden der medizinischen Einrichtung, sondern auch für den Kausalzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Schaden. Das Verschulden wird nur für drei Fälle ausnahmsweise vermutet. Dabei hat es zwar die Beweisschwierigkeiten der medizinischen Einrichtung sowie die Eigenschaft des Arzt-Patient-Verhältnisses in den Vordergrund gestellt, aber den Beweisschwierigkeiten des Patienten nicht genügend Aufmerksamkeit geschenkt. Dennoch soll für gesetzwidrige Berufsausübungen die pauschale Beweislastumkehr weiter gelten.
5. Mit Festhalten an der normalen Beweislastverteilung hat sich die deutsche Rechtsprechung der Beweisschwierigkeiten des Patienten mit einem vielschichtigen beweisrechtlichen Instrumentarium angenommen, das von Beweiserleichterung bis zu vollständiger Umkehr der Beweislast gehen kann. Zur Gestaltung der neuen Beweisregeln des chinesischen Rechts ist es besonders sinnvoll, auf die deutsche Rechtsprechung zu verweisen.
6. Anscheinsbeweis, Beweisvereitelung und voll beherrschbare Risiken sollen dazu führen, dass dem Patienten eine entsprechende Beweiserleichterung zusteht.
7. Um die Beweisschwierigkeiten für den Kausalzusammenhang zu überwinden, sind die Beweismaßreduktion und die Proportionalhaftung eine gute Lösung. Sowohl Beweismaßreduktion als auch Proportionalhaftung haben im chinesischen Recht vergleichbare Ansätze.
8. Angesichts der besonderen Beweisschwierigkeiten beider Seiten ist die Proportionalhaftung vielmehr der beste Ausgang für die Arzthaftung in China.

Literaturverzeichnis:

Chinesische Literatur

Ai Erken: Yi liao sun hai pei chang yan jiu, Zhong guo fa zhi chu ban she 2005.

Ai Erken: Yi liao shi gu de jing shen sun hai pei chang ze ren, in: Fa xue za zhi, 2005 No. 06 S. 32 ff.

Cao Long: Yi liao sun hai pei chang jiu fen bu shi yong gong ping ze ren yuan ze, in: Fa lü yu yi xue za zhi 2006 No. 2 S. 114 ff.

Cao Peijie: Guan yu fan dui jin xing yi liao shi gu ji shu jian ding de yi jian, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=33744> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

Cao Xianfeng: Wu guo cuo ze ren yuan ze, shu ren qin quan yu gong ping ze ren de shi yong, in: Wang Limin (Hrsg), Pan jie yan jiu, 2006 No. 6 S. 121 ff.

Chang Jiwen: Yi liao sun hai jiu fen chu li de ruo gan fa lü wen ti, in: Zhong guo zheng fa da xue xue bao, 2010 No. 2 S. 7 ff.

Chen Mingguo / Zhao Guangqiang: „Shen li yi liao jiu fen an jian fa lü shi yong wen ti“ yan tao hui zong shu, in: Xi nan zheng fa da xue xue bao, 2006 No. 6 S. 122 ff.

Chen Tieshui/Li Qinglin: Lun xiang dang yin guo guan xi, in: Yun nan da xue xue bao: Fa xue ban, 2005 Bd. 18 No. 2 S. 24 ff.

Chen Zihua: Guan yu yi liao shi gu chu li tiao li cun zai de ji ge wen ti, in: Fa lü yu yi xue za zhi 2002 No. 2 S. 72 ff.

Chen Zihua: Wo guo yi liao jiu fen chu li zai li fa shang de li shi yan ge, in: Zhong guo lü shi 2007 No. 11 S. 29 ff.

Chen Zhu / Gao Qiang: Zou zhong guo te se wei sheng gai ge fa zhan dao lu shi ren ren xiang you ji ben yi liao wei sheng fu wu, in: Qiu Shi, 2008 No. 1 (Amtsblatt des Zentrallausschusses der Chinesischen Kommunistischen Partei).

Cheng Shulan: Zhong guo nong min yi liao xian zhuang yu dui ce (Die Tatsache über das Gesundheitswesen für die Bauern und Vorschläge), in: Can kao xiao xi, 27.10.2005; Nan fang zhou mo, 28.09.2006; Zhong guo zhong yi yao bao, Nummer 2432, <http://www.39kf.com/cntcm/shtml/2432-b-22.shtml> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

Cheng Xiao: Wei yue yu fei cai chan sun hai pei chang, in: Liang Huixing (Hrsg), Min Shang Fa Lun Cong, Jin qiao wen hua chu ban (Xiang gang) you xian gong si 2002, Bd. 25, S. 87 ff.

Fan Yong: Lü shi ze ren zhi du zou yi, in: Shang dong xing zheng xue yuan shan dong sheng jing ji guan li gan bu xue yuan xue bao 2002 No. 4 S. 77 f.

Gao Yuan: Lü shi ze ren rou gan wen ti chu tan, in:

<http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/SLC/SLC.asp?Db=art&Gid=335568875> (letzter Zugriff: 4.6.2010).

Han Chifeng: De guo jing shen sun hai pei chang zhi du de xin fa zhan ji qi yi yi, in: Zhong guo lü shi (Chinese Lawyer), 2007 No. 7 S. 54 ff.

- Han Si.Pu Wei Ting(Autor), Wu Yue(Übersetzer): Xian dai zheng ming ze ren wen ti, Fa lv chu ban she 2000 (Hanns Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983).
- Hong Xia, Bu dang yi liao sun hai pei chang jiu fen an jian shen li zhong de ruo gan wen ti tan xi, in:
<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=151178> (letzter Zugriff: 2.6.2010).
- Hou Xuemei: Huan zhe de quan li—li lun tan wei yu shi wu zhi nan, Zhi shi chan quan chu ban she 2005.
- Huang Songyou: Nu li gong zuo kai tuo chuang xin ji xu tui jin xian dai min shi shen pan zhi du jian she wei quan mian jian she xiao kang she hui ti gong si fa bao zhang — zai quan guo min shi shen pan gong zuo zuo tan ling shang de jiang hua, in: Min shi shen pan zhi dao yu can kao 2003 No. 2 S. 16 ff.
- Huang Yaqin / Li Xiaohua: Gong ping ze ren fo ding lun, in: Nan chang da xue xue bao: ren wen she hui ke xue ban, 2008 Bd. 39 No. 5, S. 46 ff.
- Jiang Na / Wang Binghui: Bo kai guo du yi liao de yun wu, in: Zhong guo yi yao dao bao 2006 No. 16 S. 18 ff.
- Kong Xiangjun: Qin quan ze ren yao jian yan jiu, in: Zheng fa lun tan 1993 No. 1.
- Li Bin / Li Wenfeng, Lun wei yue yu jing shen sun hai pei chang, in: Guang xi she hui ke xue, 2006 No. 8 S. 84 ff.
- Li Chenghong, Shen pan shi wu zhong de ju zheng ze ren wen ti yan jiu, in: Te qu lun tan, 2001 No. 6 S. 22 ff.; 2002 No. 70 S. 15 ff.; No. 71 S. 12 ff. oder http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce_list.asp?id=200&l_class=7 (letzter Zugriff: 2.6.2010).
- Li Gang, Yi liao shi gu, shei lai cai jue, in: Zhong guo lü shi, 2007 No. 11 S. 38 ff.
- Li Guoguang, Zui gao ren min fa yuan guan yu min shi su song zheng ju de ruo gan gui ding de li jie yu shi yong, Zhong guo fa zhi chu ban she 2002.
- Li Guohong / Ye Jihong: Qian tan yi liao shi gu ji shu jian ding gong zuo dui yi xue hui de ying xiang, in: Xue hui 2007 No. 03 S. 54 ff.
- Li Huakui: Gai jin he wan shan yi liao shi gu ji shu jian ding zhi du de ji dian si kao, in: Hang zhou shi fan xue yuan xue bao: Yi xue ban, 2007 No. 2 S. 102 ff.
- Li Li, Shi lun yi liao shi gu jiu fen zhong ying jian li biao jian zheng ming zhi du, in: Zhong guo wei sheng fa zhi, 2005 No. 4 S. 18 ff.
- Li Lin: Su qian yi gai : liang fen “dui li”de bao gao — bei da ke ti zu su qian yi gai diao yan bao gao, in: Zhong guo wei sheng, 2007 No. 1 S. 44 ff.
- Li Youyi: Min Fa Xue, Beijing Daxue Chubanshe 1988.
- Liu Hong / Liu Youying / Chen Dajun: Ren shen sun hai pei chang si fa jie shi dui yi liao ji gou de ying xiang ji dui ce, in: Hua nan guo fang yi xue za zhi 2006 No. 3 S. 44 ff.
- Liu Zhenhua: Yi liao jiu fen yu fang chu li xue, Ren min fa yuan chu ban she 2005.

- Liang Huixing: Yi liao sun hai pei chang jiu fen an jian de fa lv shi yong wen ti, in: Ren min fa yuan bao, 06.07.2005 S. B1 und 13.07.2005 S. B1. oder in: <http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=1486> (letzter Zugriff: 2.6.2010).
- Liang Huixing: Zhong guo min fa : cong he chu lai , xiang he chu qu ? ——bo suo wei “nu li ban chao xi zi chan jie ji de fa lv”, in: <http://www.iolaw.org.cn/2009/showarticle.asp?id=1726> (letzter Zugriff: 2.6.2010).
- Liang Huixing: Xiao fei zhe quan yi bao hu fa di 49 tiao de jie shi yu shi yong, in: Ren min fa yuan bao, 29.03.2001.
- Lin Xiuqin / Liu Shufen: Ye tan xiao fei zhe quan yi bao hu fa diao zheng yi huan guan xi, in: Fu jian zheng fa guan li gan bu xue yuan xue bao, 2005 No. 3 S. 3 ff.
- Ma Jun / Wen Yong / Liu Xin: Yi liao qin quan an jian ren ding yu chu li shi wu, Zhong guo jian cha chu ban she 2006.
- Ma Yuan: Zhong guo min fa jiao cheng, Ren min fa yuan chu ban she 1989.
- Min fa shi (Abkürzung der Zivilrechtsabteilung der Kommission für Legislative Angelegenheiten des Nationalen Volkskongresses *Quan guo ren da chang wei hui fa zhi gong zuo wei yuan hui min fa shi*) (Hrsg): Qin quan ze ren fa li fa bei jing yu guan dian quan ji, Fa lv chu ban she 2010.
- Qiao Shiming: Lun yi liao shi gu chu li tiao li zhi wan shan, in: Fa lü shi yong, 2004 No. 1 S. 2 ff.
- Qin Yonghui: Wei yue yu jing shen sun hai pei chang, in: Wan Erxiang (Hrsg), Zhai fa li lun yu shi yong I, Ren min fa yuan chu ban she 2005, S. 81 ff..
- Shao Jiandong/Meng Han/Niu Wenyi: De guo zhai fa xian dai hua fa, Zhong guo zhen fa da xue chu ban she 2002.
- Shen Minglei: Yi liao sun hai pei chang an xiang guan wen ti ji jian yi, in: Ren min fa yuan bao 28.08.2006.
- Shen Shuming: Zhi ye yi shi wei quan yu zi lv V.:yi liao jiu fen zhong de yin guo guan xi (san) , in: Zhong hua kou qiang yi xue za zhi, 09.2005, Vol. 40 No. 5 S. 431 ff.
- Shi Shangkuan: Zhai fa zong lun, Zhong guo zheng fa da xue chu ban she 2000.
- Shu Jun: Yi liao xing wei bu shi yong gong ping ze ren yuan ze zhi wo jian, in: Fa lü yu yi xue za zhi 1998 di 5juan (di 2qi) S. 47 ff..
- Tang Dehua: Yi liao shi gu chu li tiao li de li jie yu shi yong, Zhong guo she hui ke xue chu ban she 2002.
- Wan Xin: Ju zheng ze ren bie ba huan fang tui li fa yuan, in: http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=9790 (letzter Zugriff: 2.6.2010).
- Wang Zhiping: Yi liao shi gu chu li tiao li zai min shi shen pan zhong de yun yong, in: Fa lv shi yong 2004 No. 1 S.6 ff.

- Wang Dianbing / Li Yuzhu, Guan yu jian li you xian pan li zhi du de si kao, in: Ren min fa yuan bao, 22.12.2003.
- Wang Fang / Yu Runji: Qian xi guo du yi liao jia ru qin quan ze ren fa, in: Yi yuan yuan zhang lun tan 2010 No. 2 S. 57 ff.
- Wang Haijie: Lun gong ping ze ren yuan ze zhi bu gong ping, in: Jing ji yan jiu dao kan, 2010 No. 7 S. 103 f.
- Wang Jun / Zhang Jinde: Biao jian zheng ming ruo gan wen ti yan jiu, in: Chong qing you dian xue yuan xue bao (she hui ke xue ban) 2004 No. 3 S. 67 ff.
- Wang Limin: Qin Quan Xing Wei Fa Gui Ze Yuan Ze Yan Jiu, Zhong Guo Zheng Fa Du Xue Chu Ban She 1992.
- Wang Limin: Min Fa Qin Quan Xing Wei Fa, Zhong Guo Ren Min Da Xue Chu Ban She 1993.
- Wang Limin: Qin quan xing wei fa yan jiu shang juan, Zhong guo ren min da xue chu ban she 2004.
- Wang Limin / Yang Lixin: Min fa qin quan xing wei fa, Fa lv chu ban she 1997.
- Wang Shengming (Hrsg): Zhong hua ren min gong he guo qin quan ze ren fa jie du, Zhong guo fa zhi chu ban she 2010.
- Wang Yan: Ru he kan dai he chu li yi huan guan xi, in: Zhong hua yi xue shi jian za zhi, 2008 Bd. 7 No. 5 S. 478 f.
- Wang Yang: Qin quan xing wei fa shang yin guo guan xi li lun yan jiu, in: Liang Huixing (Hrsg), Min Shang Fa Lun Cong, Band 11, Falü Chubanshe 1999, S.692 ff.
- Wang Yue: Yi sheng de zhi liao te quan xue yao fa lü bao zhang, in: Zhong guo wei sheng, 2009 No. 3 S. 64 f.
- Wo Zhongdong: Dui wo guo yi liao shi gu ji shu jian ding zhi du de ji dian si kao, in: Zhong hua xian dai yi yuan guan li za zhi 2006 Bd. 4 No. 12 S. 40 ff.
- Wu Sihan: Yi liao shi gu chu li tiao li de jin bu yu zheng yi, in: Fa lü yu yi xue za zhi 2002 Bd. 9 No. 4 S. 197 ff.
- Wu Wei: Qian tan lü shi shi wu sou de zhi ye feng xian ji fang fan, in: Tian jin lü shi 2004 No. 4 S. 22 ff.
- Xi Wie / Yu Maoyu: Lun min shi su song zhong de zheng ming fang ai, in: He bei fa xue 2007 No. 3 S. 150 ff.
- Xia Li: Su qian shou ci hui ying “mai guang shi” yi gai, Zhong guo yi yuan yuan zhang (China Hospital Ceo) , 2006 No. 9 S. 16 ff.
- Xia Xiuyuan: Lun gong ping ze ren yuan ze de cun fei, in: Jiang xi cai jing da xue xue bao, 2004 No. 1 S. 73 ff.
- Xiong Rui: Yi liao sun hai pei chang an jian de fa lü shi yong, in: Pan li yu yan jiu 2009

- No. 1 S. 29 ff.
- Xu Xiaonian: Cong ben an tan ke yun he tong zhong jing shen sun hai pei chang de yun yong, in: <http://www.chinacourt.org/html/article/200404/21/112377.shtml> (letzter Zugriff: 2.6.2010).
- Xu Shanghao / Chen Wei: Yi liao guan si, Zhong guo fa zhi chu ban she 2006.
- Xu Ye: Lun lv you he tong zhong jing shen sun hai pei chang zhi du, in: Fa zhi yu she hui, 2008 No. 12, S. 173 ff.
- Yang Lixin: Qin Quan Fa Lun, 2. Aufl. Ren min fa yuan chu ban she 2004.
- Yang Lixin: Lun yi liao guo shi pei chang ze ren de yuan yin li gui ze, in: Fa shang yan jiu 2008 No. 6 S. 37 ff.
- Yang Lixin: Dui qin quan ze ren fa tao lun de yi jian, in:
<http://www.fatianxia.com/civillaw/list.asp?id=65824> (letzter Zugriff: 2.6.2010), oder in:
<http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=45436> (letzter Zugriff: 2.6.2010).
- Yang Lixin / Han Haidong: Qin quan sun hai pei chang, Ji lin ren min chu ban she 1990.
- Yang Lixin / Yuan xueshi: Lun mei guo yi liao sun hai pei chang zhi du gai ge ji qi jie jian yi yi, in: Zhang Xinbao (Hrsg), Qin quan fa ping lun 2003 No. 2 S. 161 ff.
- Yang Lixing / Liang Qing: Yuan yin li de yin guo guan xi li lun ji chu ji qi ju ti ying yong, in: Fa xue jia 2006 No. 6 S. 101 ff.
- Yang Xiaoxin: Ping “qu fen bu tong lei xing fen bie shi yong fa lv ”de shen li yi liao qin quan pei chang an jian de yuan ze, in:
http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=3546 (letzter Zugriff: 2.6.2010) und
http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=3547 (letzter Zugriff: 2.6.2010).
- Yao Yong: Li mou mou su mou da xue fu shu yi yuan yi liao shi gu ren shen sun hai pei chang an, in: Fa lü yu yi xue za zhi 2005 No. 4 S. 248 ff.
- Ye Jinqiang: Xiang dang yin guo guan xi li lun de zhan kai, in: Zhong guo fa xue, 2008 No. 1 S. 34 ff.
- Yi liao shi gu chu li tiao li qi cao xiao zu: Yi liao shi gu chu li tiao li shi yi, Zhong guo fa zhi chu ban she 2002.
- Yin Qingju: Qian tan yi huan guan xi zhong yi sheng quan li he bing ren quan li de wei hu, in: Zhong guo xian dai lin chuang yi xue, 2007 Bd. 6 No. 1 S. 94 f.
- You Zhonghua: Dang qian yi liao shi gu ji shu jian ding zhong de wen ti ji jian yi, in: Fa lü yu yi xue za zhi 2004 No. 11(1) S. 11 f.
- Yu Rongjun / Wang Zhenyuan / Fang Junbang: Fei fa yi liao xing wei zai huan zhe si wang zhong de can yu du, in: Fa lü yu yi xue za zhi, 2004 No. 11 S. 82 ff.
- Zeng Peifang / Duan Wenbo: De guo biao jian zheng ming li lun zai yi liao su song zheng ming ze ren fen pei zhong de yun yong, in: Zheng zhi yu fa lü 2007 No. 4 S. 170 ff.

- Zhang Jialin / Ma Jun / Shen Dandan: Yi liao jiu fen 48 an, Zhong guo fa zhi chu ban she 2008.
- Zhang Jianjun: Yi liao shi gu chu li tiao li de ji ge wen ti qian xi, in: Fa lü yu yi xue za zhi, 2003 No. 10 S. 9 ff.
- Zhang Junhao: Min fa xue yuan li, Zhong guo zheng fa da xue chu ban she, 1991.
- Zhang Xianmin: Cong yi huan jiu fen kan yi liao wen ti (liu) shen li: fa yuan you si nan, in: Ren min fa yuan bao 24.01.2006.
- Zhang Xinbao: Zhong Guo Qin Quan Xing Wei Fa, Aufl.2. Zhong guo she hui ke xue chu ban she 1998.
- Zhang Xinbao: Qin quan ze ren fa yuan li, Zhong guo ren min da xue chu ban she 2005.
- Zhang Xinbao / Min Jun: Yi liao guo shi ju zheng ze ren yan jiu, in: He nan sheng zheng fa guan li gan bu xue yuan xue bao 2006 S. 4 ff.
- Zhang Xinbao / Min Jun: Qin quan fa shang de yuan yin li li lun yan jiu, in: Zhong guo fa xue, 2005 No. 2 S. 92 ff.
- Zhou Hongqing: Shi chang jing ji tiao jian xia de yi huan mao dun ji dui ce qian tan, in: Zhong guo wei sheng shi ye guan li 2004 No. 9 S. 559 ff.
- Zhu Guangyou: Yi liao jiu fen jian ding yin guo guan xi pan ding de ji ben yuan ze, in: Fa yi xue za zhi 2003 No. 4.
- Zhu Wen: Bu gou cheng yi liao shi gu bing fei bu fu min shi ze ren, in: Zhong guo she qu yi shi, 2006 No. 18 S. 5 ff. oder: <http://www.fl168.com/News/200608/2588.html> (letzter Zugriff: 2.6.2010).

Deutsche Literatur

- v. Bar, Christian: Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1980.
- v. Bar, Christian: Gemeineuropäisches Deliktsrecht, München 1996.
- Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter: Zivilprozessordnung, 67. Aufl. München 2009.
- Baumgärtel, Gottfried: Beweislastpraxis im Privatrecht, Köln u.a. 1996.
- Baumgärtel, Gottfried: Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Köln, 1993.
- Baumgärtel, Gottfried: Das Wechselspiel der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, S. 93-109.
- Baumgärtel, Gottfried: Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, in: Festschrift für Winfried Kralik, Wien 1986, S. 63-74.
- Baumgärtel, Gottfried / Wittmann, Arno: Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, in: JA 1979, S. 113-119.
- Bergmann, Karl Otto / Kienzle, Hans Friedrich: Venöse Thrombose und Thrombembolieprophylaxe aus juristischer Sicht, in: VersR 1999, S. 282-286.

- Bodenburg*, Reinhard: Die zivilrechtliche Arzthaftung und die Tätigkeit der ärztlichen Gutachter und Schlichtungsstellen, in: *VersR* 1980, S. 996-1000.
- Bodenburg*, Reinhard: Der ärztliche Kunstfehler als Funktionsbegriff zivilrechtlicher Dogmatik: Perspektiven des Arzthaftungsrechts, Göttingen 1983.
- Bolsinger*, Markus P. : Dogmatik der Arzthaftung, Baden-Baden, 1999.
- Braschos*, Franz-Joseph: Der Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht, Köln [u.a.] 1979.
- Brinkmann*, Moritz: Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, Köln [u.a.] 2005.
- Brox*, Hans / *Walker*, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 33. Aufl., München 2009.
- Brügmann*, Walter: Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, in: *NJW* 1977, S. 1473 - 1478.
- Brüggemeier*, Gert: Prinzipien des Haftungsrechts. Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Baden-Baden 1999.
- Bürger*, Raimund: Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsprozess, in: *MedR* 1999, 100-111.
- Bu*, Yuanshi: Einführung in das Recht Chinas, München 2009.
- Deutsch*, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2.Aufl., Köln 1996.
- Deutsch*, Erwin: Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. Köln [u.a.] 1995.
- Deutsch*, Erwin: Die Medizinhaftung nach dem neuen Schuldrecht und dem neuen Schadensrecht, in: *JZ* 2002, 588 ff.
- Deutsch*, Erwin: Krankenhaushygiene aus der Sicht des Juristen, in: *VersR* 1987, S. 534-536.
- Deutsch*, Erwin: Die Anfängeroperation, Haftung und Beweislastumkehr, in: *NJW* 1984, 650 ff.
- Deutsch*, Erwin / *Spickhoff*, Andreas: Medizinrecht, 6. Aufl. Berlin 2008.
- Diederichsen*, Uwe: Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis, in: *VersR* 1966, S. 211-222.
- Diedrich*, Frank: Schließt § 253 BGB den Ersatz immaterieller Personenschäden auch bei pVV und cic aus? in: *MDR* 1994, S. 525- 529.
- Diederichsen*, Uwe: Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis, in: *VersR* 1966, S. 211-222.
- Dunz*, Walter: Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, Karlsruhe 1974.
- Ehlers*, Alexander P. F. / *Brogli*, Maximilian G.: Arzthaftungsrecht : Grundlagen und Praxis, 4. Aufl. München, 2008.
- Emmerich*, Volker: BGB Schuldrecht BT 11Aufl. Heidelberg 2006.
- Feuerstein*, Mario: Grundlagen und Besonderheiten des außervertraglichen Haftungsrechts der VR China, Osnabrück : Univ.-Verl. Rasch, 2001.

- Fischer, Gerfried / Lilie, Hans*: Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, Köln/Berlin 1999.
- Fleischer, Holger*: Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, in: JZ 1999, S. 766-775.
- Frahm, Wolfgang / Nixdorf, Wolfgang*: Arzthaftungsrecht : Leitfaden für die Praxis, Karlsruhe 2001.
- Franzki, Dietmar*: Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, Berlin 1982.
- Franzki, Harald*: Von der Verantwortung des Richters für die Medizin – Entwicklungen und Fehlentwicklungen der Rechtsprechung zur Arzthaftung, in: MedR 1994, S. 171-179.
- Geiß, Karlmann / Greiner, Hans-Peter*: Arzthaftpflichtrecht, 5. Aufl. München 2006.
- Giesen, Dieter*: Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. - Tübingen 1995.
- Giesen, Dieter*: Wandlungen im Arzthaftungsrecht, in: JZ 1990, S. 1053-1064.
- Giesen, Richard*: Aktuelle Probleme des Arzthaftungsrechts, in: MedR 1997, 17 ff.
- Graf, Ute*: Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess, München 2001.
- Greger, Reinhard*: Beweis und Wahrscheinlichkeit, Köln/Berlin/Bonn/München 1978.
- Hanau, Peter*: Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, Göttingen 1971.
- Hausch, Axel*: Der grobe Behandlungsfehler in der gerichtlichen Praxis : eine kritische Bestandsaufnahme, Karlsruhe 2007.
- Heidelk, Stefanie*: Gesundheitsverletzung und Gesundheitsschaden : ärztliche Verantwortung im Kontext des § 280 Abs. 1 BGB, Berlin 2005.
- Heilmann, Joachim*: Der Stand der deliktischen Arzthaftung, in: NJW 1990, S. 1513-1520.
- Hiersche, Hans-Dieter / Graf-Baumann, Toni*: Der Gutachter als Schadensverursacher und Schadensbegrenzer, in: Adolfs Laufs et al., Die Entwicklung der Arzthaftung, Berlin/Heidelberg 1997, S. 299-304.
- Hohloch, Gerhard*: Allgemeines Schadensrecht. Empfiehlt sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrechts (§§ 249-255 BGB)? , in: Bundesminister der Justiz (Hrsg), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd.I, Köln 1981, S.375-478.
- Hou, Ing-Ling*: Das taiwanische Arzthaftungsrecht im Vergleich zum deutschen Arzthaftungsrecht, Tübingen, Univ., Diss., 1999.
- Huber, Michael*: Das Beweismaß im Zivilprozess, Köln [u.a.] 1983.
- Hütte, Felix / Helbron, Marlena*: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bremen : Schmidt, 2005.
- Janssen, Werner / Püschel, Klaus*: Zur Frage der Gutachterkompetenz in der Beurteilung ärztlicher Behandlungsfehler (sog. Kunstfehler), in: MedR 1998, 119-121.
- Jauernig, Othmar*: Zivilprozessrecht, 26. Aufl. München 2000.
- Jiao, Meihua*: Immaterieller Schaden und Schadensersatz im deutschen und chinesischen

- Recht, Osnabrück 2007.
- Kasche, Maria*: Verlust von Heilungschancen : eine rechtsvergleichende Untersuchung ,
Frankfurt am Main [u.a.] 1999.
- Katzenmeier, Christian*: Arzthaftung, Tübingen 2002.
- Katzenmeier, Christian*: Schuldrechtsmodernisierung und Schadensersatzrechtsänderung—
Umbruch in der Arzthaftung, in: *VersR* 2002, S. 1066-1074.
- Katzenmeier, Christian*: Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld, in: *JZ* 2002,
S. 1029-1036.
- Kaufmann, Franz Josef*: Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozess,
Köln/Berlin/Bonn/München 1984.
- Kegel, Gerhard*: Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach
überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: *Festgabe f. Heinrich Kronstein, Karlsruhe* 1967,
S. 321-344.
- Kern Bernd-Rüdiger / Laufs, Adolf*: Die ärztliche Aufklärungspflicht: unter besonderer
Berücksichtigung der richterlichen Spruchpraxis, Berlin [u.a.] 1983.
- Koziol, Helmut*: Schadensersatz für den Verlust einer Chance? in: *Festschrift f. Hans Stoll
zum 75. Geburtstag, Tübingen* 2001, S. 233-250.
- Krasney, Otto Ernst*: Medizinisch-wissenschaftliche Grundlagen der Kausalitätsbeurtei-
lung- epidemiologische und individuelle Aspekte, ein Gegensatz? – aus juristischer
Sicht, in: *MedSach* 2001, S. 103-106.
- Lange, Hermann / Schiemann, Gottfried*: Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003.
- Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm*: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, 13. Aufl.
München 1994.
- Larenz, Karl*: Zur Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, in: *Festschrift für Fritz
Hauß, Karlsruhe* 1978, S. 225-239.
- Laufs, Adolf*: Die Entwicklung des Arztrechts 1993/94, in: *NJW* 1994, S. 1562 ff.
- Laufs, Adolf*: Die Entwicklung des Arztrechts, in: *NJW* 1997, 1609 ff.
- Laufs, Adolf*: Medizin und Recht im Zeichen des technischen Fortschritts, Heidelberg
1978.
- Laufs, Adolf*: Arztrecht, 5. Aufl. München 1993.
- Laufs, Adolf / Uhlenbruck, Wilhelm*: Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. München, 2002.
- Maier-Reimer, Georg*: Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, Kommerzialisierung,
Strafschadensersatz, Kollektivschaden, in: *Verhandlungen des Sechsendsechzigsten
Deutschen Juristentages, Bd. 2/1, München* 2006, S. L33 ff..
- Manthe, Ulrich*: Die Rechtsentwicklung Chinas im 20.Jahrhundert, in: *Berliner China-
Hefte* Nr. 22 Mai 2002 S. 3 ff.
- Martis, Rüdiger / Winkhart-Martis, Martina*: Arzthaftungsrecht : Fallgruppenkommentar,
Köln 2007.

- Marx*, Hans-Hermann: Behandlungsfehler: worauf Ärzte achten müssen, in: DÄBl 1999, C-1322 - C-1324.
- Matthies*, Karl-Heinz: Schiedsinstanz im Bereich der Arzthaftung: Soll und Haben, Berlin 1984.
- Möller*, Reinhard: Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, Berlin 2006.
- Motsch*, Richard: Vom rechtsgenügenden Beweis, Berlin 1983.
- Müller*, Gerda: Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess, in: NJW 1997, S. 3049-3056.
- Müller*, Gerda: Neue Perspektiven beim Schadensersatz, in: Verhandlungen des Sechszehnten Deutschen Juristentages, Bd. 2/1, München 2006, S. L9 ff..
- Mummenhoff*, Winfried: Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität, Köln 1997.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Kurt Rebmann / Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker, Bd. 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 5. Aufl. München 2007; Bd. 4: Schuldrecht, Besonderer Teil II (§§ 611-704), 5. Aufl., München 2009; Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III (§§ 705-853), 3. Aufl., München 1997; Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III (§§ 705-853), 5. Aufl., München 2009 (zit.: MünchKommBGB/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, hrsg. v. Thomas Rauscher / Peter Wax / Joachim Wenzel, Bd. 1: §§ 1-510c, 3. Aufl., München 2008 (zit.: MünchKommZPO/Bearbeiter).
- Musielak*, Hans-Joachim: Grundkurs ZPO, 9., neubearb. Aufl. München 2007.
- Musielak*, Hans-Joachim: Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Berlin/New York 1975.
- Musielak*, Hans-Joachim / *Stadler*, Max: Grundfragen des Beweisrechts, München : Beck, 1984.
- Nixdorf*, Wolfgang: Befunderhebungspflicht und vollbeherrschbare Risiken in der Arzthaftung: Beweislastverteilung im Fluss?, in: VersR 1996, 160 ff.
- Nüßgens*, Karl: Zur ärztlichen Dokumentationspflicht und zum Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen, in: Festschr. F. Karlheinz Boujong, München 1996, S. 831-845.
- Oberheim*, Rainer: Beweiserleichterungen im Zivilprozess, in: Jus 1997, 61ff.
- Palandt*, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Ergänzungsband, München, 69. Aufl. 2010 (zit.: Palandt/Bearbeiter, evtl. mit Zusatz Ergbd.)
- Park*, Young-Kyu: Das System des Arzthaftungsrechts : zur dogmatischen Klarstellung und sachgerechten Verteilung des Haftungsrisikos, Frankfurt am Main [u.a.] 1992.
- Parzeller*, Markus / *Wenk*, Maren / *Rothschild*, Markus A.: Die ärztliche Schweigepflicht, in: Deutsches Ärzteblatt Jg. 102 (4. Februar 2005), A289-297.
- Pritting*, Hanns: Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983.
- Pritting*, Hanns: Beweisprobleme im Arzthaftungsprozess, in: Festschr. 150 Jahre

- LG Saabrücken, Köln/Berlin/Bonn/München 1985, S. 257-274.
- RGRK: Reichsgerichtsrätekomentar. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, hrsg. v. den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Bd. I: §§ 1-240, 12. Aufl., Berlin/New York 1982; Bd. II, 1. Teil: §§ 241-413, 12. Aufl., Berlin/New York 1976; Bd. II, 5. Teil: §§ 812-831 (Anh. nach § 823: I. Verletzung des Persönlichkeitsrechts, II. Arzthaftungsrecht), 12. Aufl., Berlin/New York 1989; Bd. II, 6. Teil: §§ 832-853, 12. Aufl., Berlin/New York 1989 (zit.: RGRK-Bearbeiter).
- Rigizahn*, Ernest: Dokumentationspflichtverletzung des vorbehandelnden Arztes verursacht Behandlungsfehler des nachbehandelnden Arztes – Schadensersatz statt Beweiserleichterungen, in: *MedR* 1995, 391 ff.
- Rosenberg*, Leo: Die Beweislast, 4. Aufl. München 1956.
- Rosenberg*, Leo / *Schwab*, Karl-Heinz: Zivilprozessrecht, 14. Aufl. München 1986.
- Rosenberg*, Leo / *Schwab*, Karl-Heinz / *Gottwald*, Peter: Zivilprozessrecht, 15. Aufl. München 1993.
- Saenger*, Ingo: Die Arzthaftpflicht im Prozess, in: *VersR* 1991, 743 ff.
- Schäfer*, Hans-Bernd / *Ott*, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts: 4., überarb. Aufl. Berlin [u.a.] 2005.
- Schilken*, Eberhard: Zivilprozessrecht, 5., neu bearb. Aufl. Köln [u.a.] 2006.
- Scholz*, Rainer: Zur Beweislast im Arzthaftpflichtprozess, in: *ZfS* 1997, S. 1-4, 41-43.
- Schwab*, Peter / *Gramer*, Eugen / *Kriegelstein*, Günter K.: Rechtliche Grundlagen der ärztlichen Aufklärungspflicht, Heidelberg 1983.
- Seifert*, Ralph B.: Ärztlicher Behandlungsfehler und schicksalhafter Verlauf, Baden-Baden 2008.
- Shi Ping*, Prinzipien des chinesischen Vertragsrechts : eine rechtsvergleichende Untersuchung aus deutscher Sicht, Gießen, Univ., Diss, 2003.
- Sick*, Joachim: Beweisrecht im Arzthaftpflichtprozess, Frankfurt am Main [u.a.] : 1986.
- Spickhoff*, Andreas: Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, in: *NJW* 2002, 2530 ff.
- Spindler*, Gerald / *Rieckers*, Oliver: Die Auswirkungen der Schuld- und Schadensrechtsreform auf die Arzthaftung, in: *JuS* 2004, 272 ff.
- Steffen*, Erich / *Pauge*, Burkhard: Arzthaftungsrecht : neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 10. Aufl. Köln, 2006.
- Steffen*, Erich / *Dressler*, Wolf-Dieter: Arzthaftungsrecht: neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 9., neubearb. Aufl. Köln 2002.
- Stegers*, Christoph-M. / *Hansis*, Martin L. / *Alberts*, Martin / *Scheuch*, Silke (Hrsg): Der Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht, Heidelberg 2002.
- Stein*, Friedrich / *Jonas*, Martin, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 4: §§ 253-327,

- Tübingen 2008.
- Stoll*, Hans: Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, in: AcP 176 (1976), S. 145 ff.
- Stoll*, Hans: Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht, in: Festschrift f. Erich Steffen, Berlin/New York 1995, S. 465-478.
- Stoll*, Hans: Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Heidelberg 1993.
- Sträter*, Jenny: Grober Behandlungsfehler und Kausalitätsvermutung : Beweislastumkehr ohne medizinwissenschaftliche Basis? Baden-Baden 2006.
- Taupitz*, Jochen: Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, in: Verhandlungen des Sechshundsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 2/1, München 2006, S. L57 ff..
- Thomas*, Heinz / *Putzo*, Hans: Zivilprozessordnung, 22. Aufl. München 1999.
- Thumann*, Uwe: Reform der Arzthaftung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Köln u.a. 2000.
- Thüsing*, Gregor: Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch, in: ZRP 2001, 285 ff.
- Tombrink*, Christian: Die Arzthaftung für schwere („grobe“) Behandlungsfehler, in: *Ratajczak*, Thomas / *Bergmann*, Karl-Otto: Arzthaftungsrecht - Rechtspraxis und Perspektiven, Berlin 2006, S. 115 – 138.
- Uhlenheimer*, Klaus: Zur zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neuen Judikatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin, in: MedR 1992, 127 ff.
- Voll*, Doris: Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt/Berlin 1996.
- Wagner*, Gerhard: Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata, in: Festschrift f. Günter Hirsch, 2008, S. 453-467.
- Wagner*, Gerhard: Gutachten in Verhandlungen des Sechshundsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1, München 2006.
- Wagner*, Gerhard: Schadensersatz - Zwecke, Inhalte, Grenzen, in: Lorenz (Hrsg), Karlsruher Forum 2006.
- Weimar*, Wilhelm: Der Beweisnotstand des Patienten im Arzthaftpflichtprozess, in: JR 1977, 7 ff.
- Weber*, Helmut: Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess, Tübingen 1997.
- Weizel*, Isabel: Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Arzthaftpflichtfragen, Hamburg 1999.
- Wenzel*, Frank: Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Luchterhand 2007.
- Weyers*, Hans-Leo: Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags-(Standes-) und Haftungsrecht einzuführen? , Gutachten A für den 52. Deutschen Juristentag, München 1978.

Wussow, Robert-Joachim: Umfang und Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: VersR 2002, 1337 ff.

Zöller, Richard: Zivilprozessordnung, 26. Aufl. Köln 2007 (zit.: Zöller-Bearbeiter).

Englischsprachige Literatur

Ling Bing, Contract Law in China, Hong Kong 2002.

Winiger, Bénédicte / Koziol, Helmut / Koch, Bernhard A. / Zimmermann, Reinhard (Hrsg): Digest of European Tort Law, Vol. I, Wien 2007.

Lebenslauf

Jian Zeng, geboren am 27.02.1979 in Jiangsu, V.R. China

09/1985 – 06/1990 Grundschule

09/1990 – 06/1996 Mittelschule

09/1996 – 06/2000 Studium des Internationalen Handels an der Universität
China University of Petroleum - Beijing
Abschluss mit “Bachelor Degree”

09/2002 – 05/2006 Magisterstudium der Rechtswissenschaft im *Deutsch- Chi-
nesisches Institut für Rechtswissenschaft* an der *Universität Nanking*
Abschluss mit “Master Degree”

Inzwischen 10/2004 – 10/2005 Magisterstudent an der *Universität Göttingen*
Abschluss mit “Grad eines Magister iuris”