

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 597

**Die Konvergenz  
von Vertrags- und Deliktsrecht  
in der Arzthaftung**

**Eine dogmatische Untersuchung  
arzthaftungsrechtlicher Grundlagen**

Von

**Helena Tripp**



**Duncker & Humblot · Berlin**

HELENA TRIPP

Die Konvergenz von Vertrags- und Deliktsrecht  
in der Arzthaftung

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 597

# Die Konvergenz von Vertrags- und Deliktsrecht in der Arzthaftung

Eine dogmatische Untersuchung  
arzthaftungsrechtlicher Grundlagen

Von

Helena Tripp



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf  
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D61

Alle Rechte vorbehalten

© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: Beltz Grafische Betriebe GmbH, Bad Langensalza

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 978-3-428-19589-3 (Print)

ISBN 978-3-428-59589-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie und Jakob*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Sommersemester 2024 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 10. April 2025 statt. Literatur und Rechtsprechung wurden bis April 2025 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dirk Loo-schelders. Er hat mich während meiner langjährigen Tätigkeit am Lehrstuhl nicht nur an die Wissenschaft herangeführt, sondern auch meine juristische Ausbildung enorm bereichert und geprägt. Für die hervorragende Zweitbetreuung und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens möchte ich Frau Prof. Dr. Katharina Lugani danken.

Meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen des Lehrstuhls und Instituts danke ich für die anregenden Gespräche sowie die schöne Zeit auch außerhalb des Büros. Ein besonderer Dank gilt Dr. Natalie Post und Niklas Heinkes, die mir bereits seit dem Studium sowohl freundschaftlich als auch fachlich stets zur Seite stehen.

Dem Verlag Duncker & Humblot danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe sowie für die professionelle Betreuung während des Publikationsprozesses. Bei der Studienstiftung *ius vivum* bedanke ich mich herzlich für die großzügige Förderung des Werkes in Form eines Druckkostenzuschusses.

Tiefster Dank gebührt meinem Lebensgefährten Dr. Jakob Stachow. Seine Mühe, Zuspruch und Motivation sind auch über dieses Projekt hinaus eine unverzichtbare Stütze. Der fachliche Austausch und die wertvollen Impulse haben maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Schließlich gilt mein größter Dank meiner Familie, ganz besonders meinen Eltern. Ohne ihren Rückhalt wäre die Anfertigung dieser Dissertation nicht möglich gewesen. Für ihre Geduld und bedingungslose Unterstützung während meiner gesamten akademischen Laufbahn möchte ich mich bedanken. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Düsseldorf, im Juni 2025

*Helena Tripp*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	25
A. Ziel dieser Arbeit	26
B. Gang der Untersuchung	26
<i>Teil I</i>	
<b>Einführung</b>	28
<b>§ 1 Die Arzthaftung als Konglomerat</b>	28
A. Berührungspunkte des Arzthaftungsrechts	28
I. Sozialrecht als Teil des öffentlichen Rechts	29
II. Berufsrecht als Teil des öffentlichen Rechts	29
1. Einfluss auf den Behandlungsmaßstab	29
2. Approbation	30
III. Strafrecht	31
B. Hintergrund	31
I. Grundlagen der Arzthaftung	31
1. Historische Entwicklung: Vertrags- und Deliktsrecht	31
a) Ursprünglich deliktsrechtliche Materie	31
b) Das PatRG	32
2. Die Körperverletzungsdoktrin	33
a) Herrschende Meinung	33
b) Kritik	34
c) Konsequenzen	34
3. Der Facharztstandard	35
a) Zusammensetzung	36
aa) Inhaltlich/Medizinisch	36
(1) Kumulative Faktoren	36
(2) Grundlagen	36
(a) Leitlinien	37
(b) Richtlinien	37
(c) Weitere Konstellationen	38
(3) Zwischenergebnis	38
bb) Juristisch/Normativ	38
(1) Ausprägung	38
(2) Die Therapiewahlfreiheit	39

b)	Verhältnis von Rechtswissenschaft und Medizin zueinander .	40
c)	Bedeutung . . . . .	40
II.	Grundsätze zu den Haftungsbeziehungen . . . . .	41
1.	Differenzierung nach Versicherungsform . . . . .	41
2.	Handelnde und haftende Personen . . . . .	42
a)	Der niedergelassene Arzt . . . . .	42
b)	Krankenhausbehandlungen . . . . .	43
aa)	Vertragliche Konstellationen . . . . .	43
(1)	Totaler Krankenhausaufnahmevertrag . . . . .	43
(2)	Totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit Arzt- zusatzvertrag . . . . .	43
(3)	Gespaltener Krankenhausvertrag . . . . .	44
(4)	Haftung für Hilfspersonen . . . . .	44
bb)	Deliktische Haftung . . . . .	45
(1)	Verletzung einer Organisationspflicht . . . . .	45
(2)	Haftung für den Verrichtungsgehilfen, § 831 BGB . . . . .	45
(3)	Haftung für Organe, §§ 31, 89 BGB . . . . .	46
c)	Mehrheit von Schuldern . . . . .	47
3.	Vertragsschluss . . . . .	47
III.	Versicherungsrechtliche Aspekte auf Behandlerseite . . . . .	48
1.	Die Berufshaftpflichtversicherung des Arztes . . . . .	48
a)	Grundlagen der Berufshaftpflichtversicherung des Arztes . . . . .	48
b)	Deckungsumfang . . . . .	48
c)	Bedeutung der Berufshaftpflicht . . . . .	49
aa)	Arzt . . . . .	49
bb)	Patient . . . . .	49
cc)	Einordnung in diese Arbeit . . . . .	49
2.	Die Betriebshaftpflichtversicherung des Krankenhausträgers . . . . .	50
a)	Grundlagen der Betriebshaftpflichtversicherung des Trägers . . . . .	50
b)	Deckungsumfang . . . . .	50
	<b>§ 2 Die Zweispurigkeit der Arzthaftung . . . . .</b>	<b>51</b>
A.	Die Haftung nach Vertrags- und Deliktsrecht . . . . .	51
I.	Die Haftungsebenen . . . . .	51
1.	Das Vertragsrecht . . . . .	51
a)	Schutz des Leistungsversprechens . . . . .	51
b)	Haftungsbegründung und Pflichtensystematik . . . . .	52
2.	Das Deliktsrecht . . . . .	52
a)	Grundlagen . . . . .	52
b)	Haftungsbegründung . . . . .	53
aa)	Außervertraglicher Rechtsgüterschutz: <i>neminem laedere</i> . . . . .	54
bb)	Adressatenkreis . . . . .	54
cc)	Verschuldens- und Gefährdungshaftung . . . . .	54

dd) Generalklauseln . . . . .	55
ee) Verkehrspflichten . . . . .	55
c) Schwächen des Deliktsrechts . . . . .	56
aa) Primäre Vermögensschäden . . . . .	56
bb) Einstandspflicht für Hilfspersonen . . . . .	57
cc) Bedeutung . . . . .	57
II. Allgemeine Zwecke des Haftungsrechts . . . . .	57
1. Ausgleich . . . . .	58
2. Prävention . . . . .	58
3. Genugtuung . . . . .	60
a) Die historische Kontroverse . . . . .	60
b) Einfluss nach heutigem Meinungsstand . . . . .	60
c) Einschränkung bei der Arzthaftung . . . . .	61
4. Strafe . . . . .	61
III. Einordnung in diese Arbeit . . . . .	62
B. Das haftungsrechtliche Verhältnis von Vertragsrecht zu Deliktsrecht . . . . .	63
I. Das Kumulationsprinzip . . . . .	63
II. Abgrenzung der Haftungsebenen . . . . .	64
1. Ausschließlicher Bereich des Vertragsrechts . . . . .	64
2. Ausschließlicher Bereich des Deliktsrechts . . . . .	65
3. Kumulative Ansprüche . . . . .	65
4. Zwischenergebnis . . . . .	66
5. Besonderheit in der Arzthaftung . . . . .	66
a) Strukturelle Unterschiede bei der Haftungs begründung . . . . .	66
b) Deliktische Haftung als notwendige Folge vertragsgemäßer Leistung . . . . .	66
6. Ergebnis . . . . .	68
a) Kritik . . . . .	68
b) Stellungnahme . . . . .	68

*Teil 2*

**Dogmatische Konvergenz 69**

<b>§ 3 Hauptleistungspflichten und Verkehrspflichten . . . . .</b>	<b>70</b>
A. Einführung . . . . .	70
I. Problemaufriss . . . . .	70
II. Gang der Untersuchung . . . . .	71
B. Deliktische Verkehrs(sicherungs-)pflichten . . . . .	72
I. Herkunft und Erfordernis . . . . .	72
1. Begriff . . . . .	72
2. Funktion . . . . .	73
3. Erfordernis . . . . .	74

a)	Mittelbare Rechtsgutsverletzungen und Verletzungen durch Unterlassen . . . . .	74
b)	Unmittelbare Rechtsgutsverletzungen . . . . .	74
aa)	Kein Erfordernis einer Verkehrspflichtverletzung . . . . .	74
bb)	Indizierter Verhaltensverstoß aufgrund der Nähe zwischen Verhalten und Erfolg . . . . .	75
cc)	Stellungnahme . . . . .	76
c)	Zwischenergebnis . . . . .	76
II.	Besonderheit im Arzthaftungsrecht . . . . .	76
1.	Erfordernis der Verkehrspflichtwidrigkeit . . . . .	76
a)	Gesonderte Feststellung verkehrspflichtwidrigen Verhaltens	
aa)	Wertungen des Vertragsverhältnisses . . . . .	77
bb)	Anerkannte Ausnahme: Die Sportlerhaftung . . . . .	77
b)	Verhaltenspflichtverletzung des Arztes . . . . .	78
2.	Einordnung in den Prüfungsaufbau . . . . .	82
a)	Unterschiedliche Konzeptionen . . . . .	82
b)	Stellungnahme . . . . .	83
c)	Konsequenz: Aufgabe der Körperverletzungsdoktrin . . . . .	83
3.	Zwischenergebnis . . . . .	83
III.	Inhalt . . . . .	84
C.	Vertragliche Pflichten: § 241 BGB . . . . .	84
I.	Leistungspflichten, § 241 Abs. 1 BGB . . . . .	85
1.	Allgemein . . . . .	85
2.	Hauptleistungspflichten des Behandlungsvertrags . . . . .	86
II.	Schutzpflichten, § 241 Abs. 2 BGB . . . . .	86
1.	Allgemein . . . . .	86
2.	Schutzpflichten des Behandlungsvertrags . . . . .	87
III.	Abgrenzung . . . . .	87
D.	Besonderheiten des Arzthaftungsrechts . . . . .	88
I.	Einführung in die Problematik . . . . .	88
II.	(Haupt-)Leistungspflicht als Verkehrspflicht? . . . . .	89
1.	Dienstvertraglicher Leistungsmaßstab als Verkehrspflicht . . . . .	89
a)	Dienstvertrag als verhaltensbezogenes Schuldverhältnis . . . . .	89
b)	Stellungnahme . . . . .	89
2.	Die Pflichtensystematik . . . . .	90
3.	Zwischenergebnis . . . . .	90
E.	Eigener Lösungsansatz zu Verhaltensmaßstab und Inhalt der Verkehrspflicht . . . . .	91
I.	Gang der Untersuchung . . . . .	91
1.	Zweipersonenverhältnis: Arzthaftungsrechtliche Doppelnatur . . . . .	91
2.	Dreipersonenverhältnis: Pflichtenübertragende Vertragskette . . . . .	91
II.	Arzthaftungsrechtliche Doppelnatur (Zweipersonenverhältnis) . . . . .	92
1.	Überschneidung von Leistungs- und Schutzpflichten . . . . .	92

a)	Abgrenzungsschwierigkeiten . . . . .	92
b)	Doppelrelevante Pflichten des Behandlungsvertrags . . . . .	92
aa)	Herleitung der Doppelnatur . . . . .	92
bb)	Behandlung nach dem Facharztstandard . . . . .	93
(1)	Holistische Betrachtung der ärztlichen Behandlung	93
(2)	Anwendung der Weiterfressermangel-Grundsätze . .	94
(3)	Zwischenergebnis . . . . .	95
c)	Übertragbarkeit . . . . .	95
aa)	Dienstverträge . . . . .	95
(1)	Anwendungsbeispiel . . . . .	96
(2)	Der geschuldete Mindeststandard als determinierenden Kriterium . . . . .	96
bb)	Verhaltensbezogene Pflichten mit besonderen Qualifika- tionsanforderungen . . . . .	97
cc)	Zusammenfassung . . . . .	97
d)	Zwischenergebnis . . . . .	98
2.	Inhaltlicher Einfluss des Vertragsrechts auf die Verkehrspflicht .	98
a)	Dogmatischer Ursprung . . . . .	99
b)	Inhaltliche Wechselwirkung . . . . .	100
aa)	<i>Pacta sunt servanda</i> im Verhältnis zu <i>neminem laedere</i>	100
bb)	Dogmatische Entwicklung als Indiz für inhaltliche Einflüsse . . . . .	101
(1)	Gesetzgeberische Konzeption . . . . .	101
(2)	Auffassungen in der Literatur . . . . .	102
(3)	Ansicht der Rechtsprechung . . . . .	104
(4)	Stellungnahme . . . . .	104
cc)	Europäische Prinzipien . . . . .	104
dd)	Zusammenfassung . . . . .	105
(1)	Das Deliktsrecht als vertraglich modifizierbarer Mindeststandard . . . . .	106
(2)	Gesamtbetrachtung . . . . .	107
3.	Zwischenergebnis . . . . .	107
4.	Einordnung in die bisherigen Ergebnisse . . . . .	108
III.	Pflichtenübertragende Vertragskette (Dreipersonenverhältnis) . . . .	109
1.	Abgrenzung zum Zweipersonenverhältnis . . . . .	109
2.	Übertragung der Verkehrspflicht auf den Arzt . . . . .	109
a)	Beispiel . . . . .	109
b)	Anwendung im Arzthaftungsrecht . . . . .	110
aa)	Trennung der Pflichtenkreise . . . . .	110
bb)	Vielschichtigkeit des Pflichteninhalts als Besonderheit der Arzthaftung . . . . .	111
cc)	Verwobenheit von Schutz- und Leistungspflicht. . . . .	111
dd)	Formelle Anforderungen . . . . .	112

c) Zwischenergebnis . . . . .	112
3. Konzept der pflichtenübertragenden Vertragskette . . . . .	113
a) Entstehung: Gedanke des Vertrags mit Schutzwirkung zu- gunsten Dritter . . . . .	114
aa) Voraussetzungen . . . . .	114
(1) Leistungsnähe . . . . .	114
(2) Gläubigerinteresse . . . . .	115
(3) Erkennbarkeit für den Schuldner . . . . .	116
(4) Schutzbedürftigkeit . . . . .	116
bb) Rechtsfolge . . . . .	117
cc) Unterschied . . . . .	118
dd) Justifikation . . . . .	118
b) Verallgemeinerungsfähigkeit . . . . .	119
c) Problem: Durchbrechung der Relativität der Schuldverhält- nisse und Vertrag zu Lasten Dritter? . . . . .	120
IV. Ergebnis . . . . .	120
F. Die Behandlung ohne zugrundeliegenden Vertrag mit dem Patienten . . .	121
I. Problemaufriss . . . . .	121
II. Die Behandlung Minderjähriger . . . . .	122
1. Rechtliche Gestaltung . . . . .	122
a) Vertragliche Konstellation . . . . .	122
b) Inhalt: Rechte und Pflichten . . . . .	123
2. Leistungsstörungen im Vertrag zugunsten Dritter: Der Behand- lungsfehler . . . . .	123
a) Arzthaftungsrechtliche Doppelnatur . . . . .	124
aa) Konzeption . . . . .	124
bb) Anwendung auf den Minderjährigen als Patienten . . . . .	124
b) Zwischenergebnis . . . . .	125
III. Die Behandlung Bewusstloser . . . . .	125
1. Ablehnung der Behandlung . . . . .	126
a) Haftung aus G. o. A. . . . .	126
aa) Vertraglicher Haftungsmaßstab . . . . .	126
(1) Gleichstellung vertraglicher und außervertraglicher ärztlicher Behandlungen . . . . .	126
(2) Stellungnahme . . . . .	127
bb) Eigene Lösung: Berufsrechtliche Pflichten als Maßstab . . . . .	128
b) Haftung aus Delikt . . . . .	128
aa) Inhaltlicher Gleichlauf mit G. o. A. . . . .	129
bb) Übertragbarkeit auf das Verhältnis Vertragsrecht zu Deliktsrecht . . . . .	129
c) Zwischenergebnis . . . . .	129
2. Einverständnis des Patienten mit Behandlungsvornahme . . . . .	130
a) Vertragsschluss . . . . .	130

aa) <i>Ex-nunc</i> -Wirkung . . . . .	130
bb) <i>Ex-tunc</i> -Wirkung . . . . .	131
b) Stellungnahme . . . . .	131
IV. Zusammenfassung . . . . .	132
G. Ergebnis . . . . .	132
<b>§ 4 Pflichtverletzung und Rechtsgutsverletzung . . . . .</b>	<b>134</b>
A. Problemaufriss . . . . .	134
I. Die Pflichtverletzung i. S. d. § 280 Abs. 1 BGB . . . . .	134
II. Die Rechtsgutsverletzung i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB . . . . .	135
III. Besonderheit im Arzthaftungsrecht . . . . .	136
IV. Zwischenergebnis . . . . .	136
B. Situation bei einer <i>lege artis</i> -Behandlung . . . . .	137
I. Anspruchsbegründung . . . . .	137
1. Vertragliche Ebene . . . . .	137
2. Deliktische Ebene . . . . .	138
II. Zwischenergebnis . . . . .	139
III. Praktische Bedeutung . . . . .	139
C. Situation bei Vorliegen eines Behandlungsfehlers . . . . .	140
I. Anspruchsbegründung . . . . .	140
1. Vertragliche Ebene . . . . .	140
2. Deliktische Ebene . . . . .	141
II. Zwischenergebnis . . . . .	141
III. Praktische Bedeutung . . . . .	142
D. Stellungnahme . . . . .	142
I. Strukturelle Unterschiede . . . . .	142
II. Überschneidung der zwei Haftungssäulen . . . . .	143
III. Zwischenergebnis . . . . .	144
E. Lösungsvorschlag . . . . .	144
I. Erfordernis der Feststellung einer Verkehrspflichtverletzung . . . . .	144
1. Identität der Haftungsmaßstäbe . . . . .	144
2. Eigenständigkeit beider Arzthaftungssäulen . . . . .	144
II. Problem dieser Lösung: Die (isolierte) Aufklärungspflichtverletzung . . . . .	145
1. Anspruchsbegründung auf vertraglicher Ebene . . . . .	146
2. Anspruchsbegründung auf deliktischer Ebene unter Zugrundelegung der Körperverletzungsdoktrin . . . . .	146
3. Anspruchsbegründung auf deliktischer Ebene unter Zugrundelegung des Erfordernisses einer Verkehrspflichtverletzung . . . . .	147
a) Aufklärungspflicht als Verhaltenspflicht . . . . .	147
b) Pflicht zur Aufklärung als doppelrelevante Pflicht . . . . .	148
aa) Verkoppelung zwischen Aufklärung und Einwilligung im Vertragsrecht . . . . .	148
bb) Einwilligung ohne Bedeutung im Haftungsrecht? . . . . .	149

cc) Normzweck .....	150
dd) Ergebnis .....	151
c) Selbstbestimmungsrecht des Patienten als deliktisch geschütztes Rechtsgut .....	151
aa) Die Einwilligung als Schutz des Selbstbestimmungsrechts .....	151
bb) Das Selbstbestimmungsrecht als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....	152
(1) Meinungsspektrum .....	152
(a) Die Körperverletzungsdoktrin .....	152
(b) Ausnahme in der Rechtsprechung: Das Persönlichkeitsrecht als <i>lex specialis</i> .....	152
(c) Kumulative Betroffenheit .....	153
(d) Verdrängung des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit .....	153
(e) Das Selbstbestimmungsrecht als integrales Element der körperlichen Unversehrtheit .....	154
(2) Stellungnahme .....	154
(3) Zwischenergebnis .....	156
cc) Erfordernis der Feststellung einer Verkehrspflichtverletzung? .....	156
(1) Sinn und Zweck i. R. d. Haftungsbegründung beim Behandlungsfehler .....	156
(2) Abgrenzung zur isolierten Aufklärungspflichtverletzung .....	157
dd) Rechtswidrigkeit .....	157
(1) Keine Indikation bei Rahmenrechten .....	157
(2) Ausnahme: „Verfestigte Schutzbereiche“ .....	158
(a) Die Darstellung von Larenz und Canaris .....	158
(b) Stellungnahme .....	158
ee) Ersatzfähigkeit auf Rechtsfolgenseite .....	159
ff) Prozessuale Schwierigkeiten .....	160
d) Zusammenfassung .....	160
III. Problem dieser Lösung: Einwilligung verliert Bedeutung als Rechtfertigungsgrund .....	161
1. Problemaufriss .....	161
2. Blick in das Strafrecht .....	162
a) Übersicht des Meinungsspektrums .....	162
b) Gegenüberstellung mit dem Zivilrecht .....	163
c) Einordnung in die eigene Ansicht .....	163
3. Gesetzgeberischer Wille bei Erlass des PatRG .....	164
4. Rückgang der Zweckerreichung bei systematischer Änderung? .....	165
a) Maß der (Norm-)Zweckerreichung .....	165
b) Verbleibender Restanwendungsbereich im Deliktsrecht .....	166

aa) Die mutmaßliche Einwilligung bei der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts . . . . .	166
bb) Die hypothetische Einwilligung bei der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts . . . . .	167
5. Stellungnahme . . . . .	168
a) Verbleibende Bedeutung der Rechtswidrigkeitsebene . . . . .	168
b) Systematische Einordnung . . . . .	168
F. Ergebnis . . . . .	169
<b>§ 5 Pflichtwidrigkeit und Fahrlässigkeit . . . . .</b>	<b>169</b>
A. Einführung . . . . .	169
B. Begriffsbestimmung . . . . .	170
I. Pflichtwidrigkeit . . . . .	170
II. Fahrlässigkeit . . . . .	171
1. Das Verhältnis von Vertretenmüssen und Verschulden . . . . .	171
2. Inhalt des Maßstabs . . . . .	171
C. Problemaufriss: Das Verhältnis von Pflichtwidrigkeit zu Fahrlässigkeit . . . . .	172
I. Identität des Sorgfaltsmaßstabs im Vertragsrecht . . . . .	172
II. Übertragung auf das Deliktsrecht infolge der Anerkennung von Verkehrspflichten . . . . .	173
III. Gang der Untersuchung . . . . .	173
D. Offenkundige Abgrenzungskriterien . . . . .	174
I. Unterschiedliche Haftungselemente . . . . .	174
1. Verschuldensfähigkeit . . . . .	174
a) Subjektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs? . . . . .	174
b) Stellungnahme . . . . .	175
c) Zwischenergebnis . . . . .	176
2. Haftungsprivilegierung . . . . .	176
a) Beispiel: Erlass der Haftung für einfache Fahrlässigkeit . . . . .	176
b) Stellungnahme . . . . .	177
II. Variation oder Identität der Sorgfaltsmaßstäbe? . . . . .	177
1. „Sorgfalt im Höchstmaß“ . . . . .	177
a) Bedeutung des sorgfältigen Höchstmaßes . . . . .	178
b) Konsequenzen in der Arzthaftung . . . . .	178
aa) Entgegenstehender Gesetzeswortlaut . . . . .	178
bb) Anerkennung medizinischer Grenzen . . . . .	179
cc) Praktische Einwände . . . . .	179
2. Zwischenergebnis . . . . .	180
3. Individuelle Erhöhung des Sorgfaltsmaßstabs . . . . .	180
a) Objektive Sorgfalt und subjektive Vorwerfbarkeit . . . . .	181
aa) Objektive Modifikation . . . . .	181
bb) Subjektive Modifikation . . . . .	181
b) Praktische Einwände . . . . .	182

4.	Innere und äußere Sorgfalt . . . . .	183
a)	Entwicklung . . . . .	184
b)	Tauglichkeit als Abgrenzungskriterium . . . . .	184
c)	Kritik bezüglich der Anwendung im Arzthaftungsrecht . . . . .	185
d)	Stellungnahme . . . . .	185
III.	Das Übernahmeverschulden . . . . .	186
1.	Ungenauigkeit der Bezeichnung . . . . .	186
2.	Bedeutung im Arzthaftungsrecht . . . . .	187
3.	Sonderfall: Die plötzlich auftretende körperliche Behinderung . . . . .	190
a)	Abgrenzung zu anderen Fällen des „Übernahmeverschuldens“ . . . . .	190
b)	Rechtliche Einordnung . . . . .	191
c)	Stellungnahme . . . . .	191
d)	Ausnahme: Entschuldigter Fahrlässigkeitsabfall ( <i>Deutsch</i> ) . . . . .	192
4.	Zwischenergebnis . . . . .	192
IV.	Beurteilungszeitpunkt . . . . .	192
1.	Pflichtwidrigkeit . . . . .	193
a)	Grundsatz: <i>Ex-ante</i> -Beurteilung . . . . .	193
b)	Ausnahme: <i>Ex-post</i> -Beurteilung . . . . .	193
aa)	Der ärztliche „Pionier“ . . . . .	193
bb)	Vorteile dieser Lösung . . . . .	194
	(1) Medizinischer Fortschritt und Vermeiden von Defensivmedizin . . . . .	194
	(2) Verhinderung von Abgrenzungsproblemen . . . . .	194
	(3) Extension des Anwendungsbereichs von § 227 BGB . . . . .	195
c)	Zwischenergebnis . . . . .	195
2.	Fahrlässigkeit . . . . .	196
a)	Grundsatz: <i>Ex-ante</i> -Beurteilung . . . . .	196
b)	Rückschaufehler: Unzulässigkeit einer <i>ex-post</i> -Beurteilung . . . . .	196
3.	Tauglichkeit als Abgrenzungskriterium . . . . .	197
a)	Identität der zeitlichen Anknüpfung . . . . .	197
b)	Besonderheit: „Pionier“ . . . . .	197
4.	Zwischenergebnis . . . . .	198
V.	Telos: Die Zurechnungsfunktion der Fahrlässigkeit . . . . .	198
1.	Grundlagen: Das Verschuldensprinzip . . . . .	199
2.	Einschränkungen . . . . .	200
a)	Natur ärztlicher Behandlung . . . . .	200
aa)	Konzeption . . . . .	200
bb)	Kritik . . . . .	201
b)	Haftpflichtversicherung . . . . .	201
aa)	Trennungsprinzip . . . . .	202
bb)	Weitere Schadensfolgen . . . . .	202
3.	Stellungnahme . . . . .	203

VI. Ergebnis . . . . .	203
E. Der „grobe“ Behandlungsfehler als grobe Fahrlässigkeit? . . . . .	204
I. Grobe Fahrlässigkeit . . . . .	204
II. Der grobe Behandlungsfehler . . . . .	205
1. Besonderheit: Abstufung in der Schwere der Pflichtverletzung . . . . .	205
2. Inhaltlicher Maßstab . . . . .	205
III. Konzeption des Verhältnisses in Literatur und Rechtsprechung . . . . .	206
IV. Kritik . . . . .	207
1. Zum Verhältnis zwischen Behandlungsfehler und Fahrlässigkeit . . . . .	207
a) Widersprüchlichkeit . . . . .	207
b) Begründung . . . . .	208
c) Berücksichtigung der Rechtsprechungsentwicklung . . . . .	209
2. Zur Begründung des „groben“ Behandlungsfehlers . . . . .	210
a) Kumulation einfacher Behandlungsfehler . . . . .	210
b) Auseinanderfallen des Prüfungsmaßstabs: Keine <i>ex-post</i> - Beurteilung der Fahrlässigkeit . . . . .	210
c) Das Prinzip der Einzelbetrachtung . . . . .	211
aa) Ausnahme: Vornahme einer gesonderten rechtlichen Wertung . . . . .	212
bb) Stellungnahme: § 630h Abs. 5 S. 1 BGB als gesonderte rechtliche Wertung . . . . .	212
d) Zwischenergebnis . . . . .	213
V. Eigene Ansicht . . . . .	214
1. Notwendigkeit auch sprachlicher Abgrenzung: Der schwere Behandlungsfehler . . . . .	214
2. Divergierende Verstoßkriterien . . . . .	214
VI. Praktische Bedeutung der Unterschiede . . . . .	215
1. Beweislast . . . . .	215
2. Schmerzensgeld . . . . .	216
3. Kritik: Mehraufwand im Prozess . . . . .	216
VII. Ergebnis . . . . .	217
F. Der einfache Behandlungsfehler als einfache Fahrlässigkeit? . . . . .	218
I. Übertragbarkeit der Grundsätze zum Verhältnis des schweren Behandlungsfehlers zur groben Fahrlässigkeit . . . . .	218
1. Darstellung der vorhandenen Ergebnisse . . . . .	218
2. Objektivität als Grenze . . . . .	218
a) Vertragsrecht . . . . .	218
b) Deliktsrecht . . . . .	219
3. Zwischenergebnis . . . . .	220
4. Darstellung im Folgenden . . . . .	220
II. Deckungsgleichheit . . . . .	220
III. Pauschalisierung: Pflichtwidrigkeit gleich Fahrlässigkeit? . . . . .	221
1. Stellungnahme . . . . .	222

2. Zwischenergebnis . . . . .	223
IV. Abgrenzung zur Gefährdungshaftung . . . . .	223
1. Objektiver Fahrlässigkeitsmaßstab als Haftung ohne Verschulden? . . . . .	223
a) Kritik in der Literatur . . . . .	223
b) Eigenschaften der Gefährdungshaftung . . . . .	224
c) Arzthaftung als Gefährdungshaftung . . . . .	224
2. Stellungnahme . . . . .	225
a) Problem der Nachweisbarkeit . . . . .	225
b) Erfordernis rechtswidrigen Verhaltens . . . . .	225
c) Sinn und Zweck . . . . .	226
d) Zusammenfassung . . . . .	226
V. Auswirkungen auf die Beweislastumkehr gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB . . . . .	227
1. Verlust der Bedeutung . . . . .	227
2. Dogmatische Begründung . . . . .	227
3. Subjektivierung als Konsequenz? . . . . .	228
4. Praktische Bedeutung . . . . .	229
VI. Arzthaftung nach dem Fahrlässigkeitstatbestand . . . . .	229
1. Abschaffung des Verschuldens als separate Haftungsvoraussetzung . . . . .	229
2. Kritik . . . . .	230
VII. Eigene Auffassung . . . . .	231
1. Relativität der Fahrlässigkeit und Interdependenz mit Pflichtwidrigkeit . . . . .	231
2. Strikte Trennung zwischen Behandlungsfehler, Verschulden und Fahrlässigkeit . . . . .	231
3. Deckung von einfachem Behandlungsfehler und einfacher Fahrlässigkeit als Ausnahmefall . . . . .	231
G. Ergebnis . . . . .	232

*Teil 3*

<b>Schlussbetrachtung</b>	235
<b>§ 6 Zusammenfassende Thesen</b> . . . . .	235
<b>§ 7 Fazit</b> . . . . .	237
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	240
<b>Materialienverzeichnis</b> . . . . .	255
<b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .	256

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch Österreich
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AHB	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
ArzthaftungsR	Arzthaftungsrecht
ArztR	Arztrecht
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BÄK	Bundesärztekammer
BÄO	Bundesärzteordnung
Bd.	Band
BeckOGK	Beck'scher Onlinegroßkommentar
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DeliktsR	Deliktsrecht
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe

DJT	Deutscher Juristentag e.V.
Ed.	Edition
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
f.	folgende Seite/folgender Paragraph
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Zeitschrift)
ff.	folgende Seiten/folgende Paragraphen
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GBA	Gemeinsamer Bundesausschuss
gem.	gemäß
GesR	Gesundheitsrecht/Gesundheitsrecht (Zeitschrift)/Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
G. o. A.	Geschäftsführung ohne Auftrag
HdB	Handbuch
HeilBerG NRW	Heilberufsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
HK-BGB	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
i. R. d.	im Rahmen des
i. S. d.	im Sinne des/im Sinne der
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
juris-PK	juris-Praxiskommentar
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel

KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
KrankenhausR	Krankenhausrecht
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
KUG	Kunsturhebergesetz
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MBO-Ä	Musterberufsordnung für Ärzte
MedR	Medizinrecht/Medizinrecht (Zeitschrift)
MedSchR	Medizinschadensrecht
MHdB	Münchener Handbuch
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
NK-BGB	Nomos Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
österrStGB	Strafgesetzbuch von Österreich
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PatRG	Patientenrechtegesetz
PETL	Principles of European Tort Law
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Zeitschrift)
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
r+s	Recht und Schaden (Zeitschrift)
Rspr.	Rechtsprechung
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S.	Seite/Satz/Siehe
s.	siehe

SchadÄndG	Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften
SchuldR	Schuldrecht
SchuldRModG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StVG	Straßenverkehrsgesetz
teilw.	teilweise
VersR	Versicherungsrecht/Versicherungsrecht (Zeitschrift)
Vorbem.	Vorbemerkung
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
z. B.	zum Beispiel
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift)

Das vorliegende Verzeichnis enthält die wichtigsten Abkürzungen, die in dieser Arbeit verwendet werden. Im Übrigen wird verwiesen auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl. 2021.

## Einleitung

*Neminem laedere* – niemanden schädigen: So lautet die Grundlage jeder Schadenshaftung.<sup>1</sup> Die Schädigung des deliktisch geschützten Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit des Patienten ist jedoch die vertraglich geschuldete Hauptleistungspflicht des Arztes, sofern jedenfalls die herrschende Körperverletzungsdoktrin zugrunde gelegt wird.<sup>2</sup> Nebst des zunächst erscheinenden Widerspruchs zu einem der grundlegenden Prinzipien des Haftungsrechts offenbart sich damit zugleich: Die Arzthaftung folgt grundsätzlich einem System der Zweispurigkeit aus Vertragsrecht und Deliktsrecht, dem das sogenannte Kumulationsprinzip zugrunde liegt.<sup>3</sup>

In Anbetracht der historischen Entwicklung hat das Arzthaftungsrecht einige Paradigmenwechsel vollzogen.<sup>4</sup> Handelte es sich unter § 847 BGB a. F. um eine rein deliktsrechtliche Materie, führte die Neufassung des § 253 Abs. 2 BGB dazu, dass das von geschädigten Patienten begehrte Schmerzensgeld auch auf Grundlage von Verträgen zugesprochen werden konnte. Wegen der zwischen Arzt und Krankenträger und Patient üblicherweise bestehenden rechtsgeschäftlichen Sonderverbindung in Ausprägung des Behandlungsvertrags<sup>5</sup> rückte somit das Deliktsrecht in den Hintergrund. Gleichzeitig ließ die Rechtsprechung zumeist offen, ob sie einen Anspruch aus Vertrag oder Delikt zusprach.<sup>6</sup> In der Literatur stieß diese Vorgehensweise nicht auf Kritik, weil von einem nahtlosen Gleichlauf zwischen Vertrags- und Deliktshaftung ausgegangen wurde, sowohl materiell- als auch beweisrechtlich.<sup>7</sup>

Außer Acht gelassen werden dabei jedoch die (dogmatischen) Besonderheiten, die den beiden Haftungsebenen zugrunde liegen. So wird der Haftungsmaßstab im Vertragsrecht durch individuell ausgehandelte oder gesetzlich ausdrücklich normierte Verhaltensmaßstäbe konstituiert. Andererseits nimmt das

---

<sup>1</sup> *Picker*, JZ 1987, 1041, 1049.

<sup>2</sup> Selbst der medizinisch indizierte, *lege artis* durchgeführte Heileingriff stellt eine tatbestandliche Körperverletzung i. R. d. § 823 Abs. 1 BGB dar, s. Teil 1, § 1 B. I. 2.

<sup>3</sup> Teil 1, § 2 B. I.

<sup>4</sup> Teil 1, § 1 B. I. 1.

<sup>5</sup> Zu den Beteiligten und vertraglichen Konstellationen s. Teil 1, § 1 B. II.

<sup>6</sup> BGH NJW 1999, 1778, 1779; BGH NJW 1995, 776, 777; BGH NJW 1989, 767, 768.

<sup>7</sup> *Spickhoff/Spickhoff*, MedR, § 280 BGB Rn. 7; *Soergel/Spickhoff*, Anh. I § 823 BGB Rn. 35; *Prütting*, MedR, Vorbem. § 630a–h BGB Rn. 5.

Deliktsrecht, insbesondere für den Bereich unmittelbarer Verletzungshandlungen, eine erfolgsbezogene Unrechtsbetrachtung vor. Damit wird dem verhaltensbezogenen Vertragsrecht einerseits und dem erfolgsbezogenen Deliktsrecht andererseits eine Parallelität zugesprochen, die in dogmatischer Hinsicht nicht unproblematisch ist und daher im Folgenden untersucht wird.<sup>8</sup> Ebenfalls ist der Inhalt der jeweiligen Sorgfaltsmaßstäbe fraglich, weil das Vertragsrecht im Rahmen der Privatautonomie durch die Parteien eigens festgelegte Leistungsziele wahrt, während das Deliktsrecht primär im außervertraglichen Bereich die Rechtsgüter gegenüber jedermann schützen soll. Spätestens seit dem Patientenrechtegesetz (PatRG) stellt sich die Frage, mit welcher dogmatischen Begründung im Deliktsrecht inhaltlich derselbe Maßstab angelegt werden kann, wie er für den Bereich des Vertragsrechts in §§ 630a ff. BGB festgeschrieben wurde.<sup>9</sup> Zwar beruht die Kodifikation weitgehend auf etablierten Grundsätzen der bisherigen, überwiegend deliktsrechtlichen Rechtsprechung, eine Aufarbeitung der dogmatischen Unterschiede ist jedoch nicht erfolgt.

## **A. Ziel dieser Arbeit**

Die vorliegende Arbeit unternimmt eine Einordnung der dogmatischen Stellung des Arzthaftungsrechts im zweispurigen zivilrechtlichen System aus Vertrags- und Deliktshaftung. Sie erfolgt vor dem Hintergrund der Frage, ob es zu der in Literatur und Rechtsprechung angenommenen Überschneidung zwischen beiden Haftungsebenen kommt. Berücksichtigt wird dabei, inwieweit die Besonderheiten der Arzthaftung eine gesonderte dogmatische Lösung erfordern, wenn die bisherige Auffassung an ihre Grenzen stößt. Kennzeichnend dafür ist der bereits angedeutete Konflikt der vertraglich geschuldeten Hauptleistungspflicht im unmittelbar geschützten Rechtsgüterkreis der körperlichen Unversehrtheit des Patienten.

## **B. Gang der Untersuchung**

Für diese Zwecke wird in Teil 1 zunächst eine Erläuterung der Grundlagen des Arzthaftungsrechts vorgenommen, um die dogmatischen Fragestellungen in Teil 2 einzurahmen. Für einen Vergleich zwischen Vertrags- und Deliktsrecht ist essentiell, in welchem Verhältnis beide Ebenen zueinander stehen und in welchen Konstellationen es überhaupt zu einer Anspruchskumulation kommt. Zudem werden die typischen Vertragskonstellationen aufgezeigt, die im weiteren Verlauf eine divergierende Betrachtung erfordern. Auch die Stel-

---

<sup>8</sup> Teil 2, § 4.

<sup>9</sup> Teil 2, § 3.

lung der Arzthaftung im Mittelpunkt zwischen unterschiedlichen Rechtsgebieten erlangt Bedeutung für die dogmatische Beurteilung.

Um zu bewerten, inwieweit eine Konvergenz zwischen Vertrags- und Deliktsrecht in der Arzthaftung vorliegt, werden die Kernbestandteile beider Ansprüche verglichen. So erfolgt zunächst eine vergleichende Betrachtung vertraglicher Hauptleistungspflichten mit Verkehrspflichten (§ 3), um sodann die vertragliche Pflichtverletzung der deliktischen Rechtsgutsverletzung (§ 4) gegenüberzustellen. In § 5 wird letztlich die Binnendogmatik beider Ansprüche thematisiert, inwieweit es bei der verhaltensgebundenen Beurteilung des Unrechts im Bereich des Tatbestandes zu einer Überschneidung mit den Anforderungen an die verkehrserforderliche Sorgfalt im Rahmen der Fahrlässigkeit kommt.

Innerhalb dieses Kapitels erfolgt nach der Konkretisierung des spezifisch behandelten Problems (Problemaufriss) zunächst eine Darstellung des *status quo* der zu betrachtenden Elemente unter Zugrundelegung von Literatur und Rechtsprechung. Sodann wird auf die Besonderheiten der Arzthaftung und etwaige abweichende Beurteilungen aufgrund dogmatischer Eigenarten eingegangen. Teil 3 schließt die Arbeit mit einer thesenartigen Zusammenfassung der herausgearbeiteten Ergebnisse und Lösungswege (§ 6) sowie einem Fazit (§ 7) ab.

Zur besseren Lesbarkeit verwendet diese Arbeit das generische Maskulinum. Sofern nicht anders kenntlich gemacht, beziehen sich Personenbezeichnungen gleichermaßen auf alle Geschlechter.