



Bernhard A. Koch (Hrsg.)

**Arzthaftung in Europa**  
Ausgewählte Rechtsordnungen im Vergleich

Mit Beiträgen von

Ewa Bagińska, Suzanne Carval, Ondřej Dostál, Esther Engelhard,  
Massimo Foglia, Ivo Giesen, Bernhard A. Koch, Miquel Martín-Casals,  
Attila Menyhárd, Philip Mielnicki, Herman Nys, Franz Michael Petry,  
W. V. Horton Rogers, Alessandro P. Scarso, Mårten Schultz, Ruth Sefton-Green,  
Josep Solé, Corinne Widmer Lüchinger

ABW·Wissenschaftsverlag

# Arzthaftung in den Niederlanden

---

Ivo Giesen & Esther Engelhard

## Allgemeine Fragen

### A. Aufbau des Gesundheitssystems

#### I. Allgemeine Einleitung

##### 1. Überblick über das Gesundheitssystem

Die Gesundheitsversorgung in den Niederlanden erfolgt im Allgemeinen durch Gesundheitseinrichtungen und selbstständige Ärzte. Die Einrichtungen sind überwiegend Krankenhäuser, psychiatrische Einrichtungen, psychiatrische Krankenhäuser, Rehabilitationskliniken, Seniorenheime usw. Das Gesetz zur Qualität von Versorgungseinrichtungen (*Kwaliteitswet zorginstellingen*) regelt als Rahmenwerk die Qualität vieler dieser Einrichtungen und wird vor allem von der Gesundheitsinspektionsbehörde durchgesetzt (siehe unten Rn. 18–19). Das Gesetz über die Gesundheitsberufe (*Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg*; nachfolgend *Wet Big*) regelt vor allem die von Medizinern wie Hausärzten, Fachärzten, Zahnärzten und Geburtshelfern zu erbringende Qualität, die zudem dem öffentlichen Disziplinarrecht unterliegen. Das *Wet Big* sieht für sie ein Zulassungssystem zum Schutz des Berufs vor. Daneben setzt das *Wet Big* für einige paramedizinische Berufe Ausbildungsstandards fest und reserviert bestimmte medizinische Verfahren für regulierte (und registrierte) Fachrichtungen. Für die jeweiligen Berufe gelten zusätzlich mehrere nationale und europarechtliche Bestimmungen,<sup>1</sup> beispielsweise bezüglich Ausbildung und Schulung, Zertifizierung, Kompetenzen und Freizügigkeit, ebenso für ihre Zulassung in unserem Gesundheitssystem, aber vor allem der Sorgfaltspflicht.

Ausschlaggebend für die Sorgfaltspflicht der Gesundheitsdienstleister und die Patientenrechte ist das Gesetz über den Behandlungsvertrag (*Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst*, *WGBO*), das Teil von Buch 7 (Sonderverträge) des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs ist (*NBW*). Bei der stationären Behandlung in psychiatrischen Einrichtungen gilt das Gesetz zur besonderen Aufnahme in psychiatrische Krankenhäuser (*Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen*; nachfolgend *Bopz*), das auch Verfahrensregeln zum Beispiel zum Umgang mit Beschwerden enthält. Diese letztgenannten Regeln finden sich mit breiterem Anwendungsbereich im sogenannten Gesetz über das Beschwerderecht im Gesundheitswesen (*Wet klachtrecht cliënten zorgsector*; nachfolgend *Wkcz*). So verlangt das *Wkcz*, dass der Gesundheitsdienstleister Verfahrensregeln für sogenannte Beschwerdever-

<sup>1</sup> Eine ausführliche Besprechung findet sich in *H. J. J. Leenen, J. C. J. Dute & W. R. Kastelem, Handboek Gezondheidsrecht, deel 2* (2008) Kapitel 2, und *H. J. J. Leenen & J. K. M. Gevers, Handboek Gezondheidsrecht, deel 1* (2007) Kapitel 9.

fahren (*klachtenprocedures*) festlegt. Das Bopz und verwandte Gesetze regeln die Vorgehensweise bei Beschwerdeverfahren von Patienten, die, kurz gesagt, durch gerichtliche oder ähnliche Anordnung in einer psychiatrischen Einrichtung hospitalisiert wurden.<sup>2</sup> Außerdem gibt es Regeln zur Selbstkontrolle von materiellen und/oder Verfahrensfragen durch Krankenhäuser und andere Gesundheitsdienstleister, die oft auf den bereits erwähnten Verordnungen und/oder auf von der Königlichen Niederländischen Gesellschaft zur Beförderung der Medizin (KNMG) oder anderen (Berufs-) Organisationen entworfenen Gesetzesentwürfen basieren.

3 Wenn Patienten mit der medizinischen Behandlung unzufrieden sind, können sie sich direkt an den Arzt oder die medizinische Einrichtung wenden. Psychiatrische Einrichtungen und einige andere Gesundheitsdienstleister haben eine unabhängige Patientenvertrauensperson (*patiëntenvertrouwenspersoon*), die den Patienten aufklären und bei seiner Beschwerde vermitteln kann und/oder dem Patienten bestimmte andere Formen der Unterstützung anbietet. Außerdem können die Patienten eine Beschwerde beim Arzt, seiner Organisation oder der Beschwerdekommision der Organisation einreichen. Normalerweise verfügen Institute wie Krankenhäuser über eigene Beschwerdekommisionen, während selbstständige Ärzte, die außerhalb derartiger Einrichtungen praktizieren, meistens mit externen, regionalen Beschwerdekommisionen zusammenarbeiten.<sup>3</sup> Abhängig vom Umfang der Beschwerde und den rechtlichen Bedürfnissen der Patienten können die Beschwerden auch beim Medizinischen Disziplinarrat (*Medisch Tuchtcollege*) oder in Ausnahmefällen direkt bei der Gesundheitsinspektionsbehörde eingereicht werden (und/oder die Patienten können eine verwaltungs- oder strafrechtliche Klage gegen den Arzt oder die Gesundheitseinrichtung einreichen).

4 Wenn der Patient aufgrund seiner Beschwerde einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen will (oder eine einstweilige Verfügung oder Ähnliches erwirken will), gilt das Zivilrecht. Diese Entscheidung kann nicht von der Beschwerdekommision getroffen werden. Meistens werden Schadensersatzforderungen außergerichtlich zwischen dem Patienten und der Haftpflichtversicherung des Arztes oder der Einrichtung, bei der er angestellt ist, geregelt. Gelingt den Parteien auf diesem Wege keine Einigung, kommt es oft zur Zivilklage. Wenn die Beschwerdekommision dann bereits über die Beschwerde des Patienten entschieden hat (was nicht notwendig ist, gelegentlich aber geschehen kann), ist dies ohne Beweiswert, weil das Beschwerdeverfahren rein informeller Art ist; sie kann aber zur Klärung des Sachverhalts herangezogen werden.<sup>4</sup>

2 Für eine ausführlichere Darstellung siehe *J. Legemaate*, Verantwoordingsplicht en aansprakelijkheid in de gezondheidszorg (2000) 11 ff. und 18 ff.

3 *Legemaate* (Fn. 2) 15.

4 *Legemaate* (Fn. 2) 21.

## II. Öffentliches Gesundheitswesen

### 2. Die Rolle des öffentlichen Gesundheitswesens

Patienten haben nur Anspruch auf den Ersatz des Schadensanteils, der nicht bereits durch Gehaltsvereinbarungen, Sozialversicherungsvereinbarungen oder private Ausgleichsregelungen ersetzt wurde. Laut Arbeitsrecht ist der Arbeitgeber (oder seine Privatversicherung) dazu verpflichtet, dem Geschädigten während der ersten zwei Jahre seiner Erwerbsunfähigkeit mindestens 70 % seines letzten Einkommens zu zahlen. Abhängig von der Arbeitsunfähigkeit schwankt der exakte Prozentsatz, allerdings müssen bei vollständiger Erwerbsunfähigkeit grundsätzlich 70 % gezahlt werden (Art. 7:629 NBW). Außerdem sind Entlassungen während einer Phase der Arbeitsunfähigkeit arbeitsrechtlich verboten.

Nach diesen ersten beiden Jahren erhält der Geschädigte Einkommensersatz durch eine andere Regelung bei Langzeitarbeitsunfähigkeit, dem sogenannten Gesetz über Arbeit und Einkommen nach Leistungsvermögen (*Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen*, WIA). Allerdings greift dieses Gesetz nur bei einer Minderung der Erwerbsfähigkeit um mindestens 35 %. Es gibt zwei verschiedene Regelungen in Form von Einkommensersatzzahlungen bei dauerhafter Erwerbsunfähigkeit (*Regeling Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsongeschikten*, IVA) oder bei Wiederaufnahme der Arbeit bei eingeschränkter Erwerbsfähigkeit (*Regeling Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsongeschikten*, WGA).

Die erste Regelung stellt sicher, dass nur bei vollständigem und dauerhaftem Verlust der Erwerbsfähigkeit (d. h. mehr als 80 %) langfristig Leistungen in Höhe von 75 % des letzten Einkommens gezahlt werden (mit Deckelung). Wurde in den letzten 39 Wochen vor der Behinderung mindestens 26 Wochen gearbeitet, werden Leistungen in Höhe von 70 % des letzten Einkommens gezahlt. Geschädigte, die einen Ersatzjob finden, erhalten 70 % der Differenz zwischen ihrem alten und dem neuen Einkommen. Diese Zahlungen erfolgen abhängig vom Ausmaß der Behinderung für mindestens sechs Monate und höchstens 5 Jahre. Anschließend wird nur dann eine einkommensabhängige Rente genehmigt, wenn der Geschädigte mindestens 50 % seiner verbliebenen Erwerbsfähigkeit nutzt. Tut er das nicht, erhält er nur einen bestimmten Anteil des Mindestgehalts. Selbstständige müssen Einschränkung und Verlust der Erwerbsfähigkeit durch eine Privatversicherung absichern.

Auch bei anderen Geschädigten decken Privatversicherungen die Schadensrisiken ab, die nicht durch das Arbeitsrecht und Sozialleistungen abgesichert und daher nicht zu ersetzen sind. Die Gefahr von Gesundheitsschäden durch Behandlungsfehler wird meistens von der jeweiligen privaten Kranken- oder Invaliditätsversicherung oder von Gruppenversicherungen abgedeckt, die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt werden. Am bemerkenswertesten für das niederländische Gesundheitssystem ist die Kombination aus einer allgemeinen Absicherung von medizinischen Basisleistungen und Krankenhausaufenthalten und einer konkurrierenden privaten Absicherung. Siehe unten Rn. 11.

### 3. Unterschiede bei der Abwicklung von Patientenansprüchen

- 9 Ausgleichsansprüche von Patienten aufgrund von Schäden, die (zumindest teilweise) im Rahmen einer öffentlich finanzierten Behandlung aufgetreten sind, werden rechtlich grundsätzlich nicht anders bewertet als andere Personenschäden. Es gibt einige Sonderregelungen über spezielle Verpflichtungen, die eine Haftung begründen können. Zudem gibt es bestimmte Regeln und verschiedene Auslegungsvarianten dieser Regeln, beispielsweise für die Herstellung des Kausalzusammenhangs. Diese werden nachfolgend besprochen.

### 4. Regressansprüche

- 10 Aufgrund bestimmter arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Regelungen haben Arbeitgeber, die Lohnfortzahlungen leisten, sowie die meisten Sozialversicherer, die verpflichtet sind, einen erwerbsunfähigen Patienten finanziell zu unterstützen und seine Behandlung zu bezahlen, einen Anspruch auf Erstattung (Regressanspruch). Dadurch können sowohl diese Arbeitgeber als auch die Sozialversicherer zivilrechtlich gegen den Schädiger vorgehen und von ihm die an den Versicherten gezahlten Beträge zurückfordern.<sup>5</sup> Diese arbeitsrechtlichen und sozialrechtlichen Regelungen sehen vor, dass der Geschädigte dem Schädiger gegenüber den Anspruch auf Ersatz jener Schäden verliert, die vom Arbeitgeber und Sozialversicherer ausgeglichen wurden. Wie unter Rn. 12 deutlich werden wird, geht der Anspruch des Versicherten auch auf Privatversicherer über, die Ersatz geleistet haben.

## III. Private Versicherung

### 5. Die Rolle der privaten Krankenversicherung

- 11 Wichtig ist, dass die Privatversicherung die medizinische Grundversorgung absichert, wie medizinische Behandlungen, Krankenhausaufenthalte und zahnärztliche Behandlungen, weswegen jeder Einwohner der Niederlande und jeder, der in den Niederlanden Einkommenssteuer zahlt, unbedingt eine derartige Versicherung abschließen muss. Die Krankenversicherer sind gesetzlich dazu verpflichtet, diese medizinische Grundversorgung zu versichern und dürfen Antragsteller nur aus gesetzlich festgelegten Gründen abweisen. Eine weniger günstige Folge dieses neuen Systems ist, dass zahlreiche Menschen unversichert sind.<sup>6</sup> Auf freiwilliger Basis kann eine zusätzliche Versicherung abgeschlossen werden. Diese Versicherungen decken Behandlungskosten (und Schäden) durch Behandlungsfehler ebenso ab wie andere Gesundheitsschäden.
- 12 Gemäß den Regelungen des Versicherungsgesetzes, die in Buch 7 (Sonderverträge) des Bürgerlichen Gesetzbuchs festgehalten sind, haben private Eigenschadensversicherungen wie die Krankenversicherung des Geschädigten im Umfang der Erstattung der durch den Schaden entstandenen Leistungen deliktsrechtlich und vertragsrecht-

<sup>5</sup> Für eine ausführliche Übersicht und Besprechung siehe *E. F. D. Engelhard*, *Regres* (2003) 73ff.

<sup>6</sup> E. H. Hondius (Hrsg.), *The Development of Medical Liability* (2010) 4, erwähnt, dass 240 000 Menschen in den Niederlanden unversichert sind.

lich den gleichen Anspruch auf Forderungsübergang (Art. 7:962 NBW). Dieses Recht auf Forderungsübergang ist vor allem für die private Versicherung des Patienten gedacht. Es gilt nicht für Versicherungen des Arbeitgebers gegen Lohnfortzahlungen bei Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit, da der Arbeitgeber keinen Anspruch auf Schadensersatz, sondern nur auf Regress hat. Dieser starre und recht technische Ansatz wird jedoch durch die zunehmende finanzielle Belastung der Arbeitgeber durch die Lohnfortzahlungen inzwischen immer stärker infrage gestellt: Das Berufungsgericht Amsterdam beschloss vor kurzem den Übergang des Regressanspruchs des Arbeitgebers wegen Lohnfortzahlung auf den Versicherer des Arbeitgebers (Art. 6:107a NBW) in Analogie zu Art. 7:962 NBW.<sup>7</sup> Fest steht: Diese Regeln gelten grundsätzlich für das Arzthaftungsrecht ebenso wie für andere Fälle mit vertraglicher oder außervertraglicher Haftung.

#### 6. Haftpflichtversicherung

In den meisten europäischen Ländern gelten Behandlungsfehler und Fahrlässigkeit als Berufsrisiko, sodass Ärzte und Gesundheitseinrichtungen dieses Risiko meistens durch den Abschluss einer Haftpflichtversicherung abdecken. Oft heißt es, dass derartige Versicherungen kaum Gewinne abwerfen, was als Erklärung dafür herangezogen wird, dass es nur einige wenige Anbieter gibt, insbesondere zur Versicherung von Krankenhäusern und anderen Gesundheitseinrichtungen.<sup>8</sup> Es besteht jedoch keine Verpflichtung zum Abschluss einer Arzthaftpflichtversicherung. Ebenso wie bei anderen Personenschäden besteht die Möglichkeit, dass die dem Kläger vom Gericht zuerkannte Schadensersatzhöhe die Deckungssumme der Haftpflichtversicherung übersteigt, sodass die Minderungsklausel aus Art. 6:109 NBW relevant wird (siehe Rn. 76).

Allgemein hat sich das Versicherungssystem in den letzten 15 bis 20 Jahren verändert, indem nunmehr nicht der „Eintritt“ des Schadens, sondern das „Einreichen einer Klage“ entscheidend ist. Der Versicherer deckt nur noch Fälle ab, die während der Versicherungsdauer gemeldet werden, und nicht jeden Schaden, der während der Versicherungszeit eingetreten ist (aber erst später gemeldet wurde). Dadurch wird es für Ärzte teuer, wenn sie den Haftpflichtversicherer wechseln wollen (da sie eine zusätzliche Deckung für Fälle abschließen müssen, die während der Vertragslaufzeit bei der vorherigen Haftpflichtversicherung aufgetreten sind).<sup>9</sup>

Viel diskutiert sind Sonderklauseln in den Versicherungsverträgen, die den Ärzten und Einrichtungen Schuldeingeständnisse und zivilrechtliche Haftungszusagen untersagen und ihnen alle Handlungen verbieten, die den Haftpflichtversicherer schädigen könnten. Hintergedanke ist, dass Ärzte ein Verschulden zugeben könnten, obwohl sie, rein rechtlich betrachtet, nichts falsch gemacht haben, und dass die Begründung

<sup>7</sup> Hof Amsterdam 10. Februar 2009, unveröffentlicht, aber zitiert und kommentiert von *M. Snel-De Kroon*, PIV-Bulletin 9 (2009).

<sup>8</sup> Siehe u. a. die (belgische) Dissertation von *J. ter Heerdt*, *Het experiment beproefd. Een juridische analyse van experimenten met mensen* (2000) 631.

<sup>9</sup> *Legemaate* (Fn. 2) 59.

einer Haftung durch das Eingestehen von Schuld einfacher wird. Diese Klauseln werden vor allem von denen scharf kritisiert, die behaupten, dass es integraler Bestandteil der professionellen Verantwortung ist, eine mögliche Verschlechterung des Gesundheitszustands des Patienten zu vermeiden, die daraus resultieren kann, dass man ihn im Ungewissen lässt.<sup>10</sup> Sie stützen sich dabei auf die in Art. 7:448 NBW geregelte Aufklärungspflicht, die weiter unten besprochen wird (siehe Rn. 70). Seit 2006 ist im niederländischen Versicherungsrecht festgelegt, dass die Verletzung dieser Unterlassungsklauseln wirkungslos ist, wenn die weitergegebene Information korrekt war. Außerdem legt diese Regel fest, dass Klauseln, die das Anerkennen von Tatsachen verbieten, rechtlich unwirksam sind (Art. 7:453 NBW).<sup>11</sup> Disziplinausschüsse haben Ärzte (öffentlich) disziplinarrechtlich dafür zur Verantwortung gezogen, dass sie Zwischenfälle nicht rechtzeitig und sachgemäß gemeldet haben.<sup>12</sup>

#### IV. Berufsstandards

##### 7. Berufsrechtliche Vorschriften

- 16 Die Verbesserung der Patientensicherheit und der Qualität der Gesundheitsversorgung durch das Verhindern von Behandlungsfehlern ist ein politisch wichtiges Ziel geworden. In den letzten Jahren wurden mehrere spezielle Präventions- und Sicherheitsprogramme ins Leben gerufen.<sup>13</sup> Im Februar 2009 hat die Gesundheitsinspektionsbehörde sogar einen Preis für die beste Initiative zur Prävention von Behandlungsfehlern ausgeschrieben. Um die Qualität der Patientenversorgung, die Organisation, Verwaltung, Zulassung und Verfolgung von Behandlungsfehlern zu verbessern, traten viele berufliche Regelungen, Protokolle und andere Regeln in Kraft. Nachfolgend werden wir die wichtigsten Regelungen erläutern, von denen einige – überwiegend staatliche Gesetze – bereits erwähnt wurden.
- 17 Einer der Nachteile bei der staatlichen Gesetzgebung ist natürlich das Fehlen von medizinischem Fachwissen.<sup>14</sup> Selbst erstellte Protokolle und medizinische Leitlinien sind zwar gesetzlich nicht durchsetzbar, haben aber eine wichtige Funktion bei der Gesetzgebung im Gesundheitssektor.<sup>15</sup> Derartige Regeln gelten als wichtige Richtlinien, von denen die zivilrechtliche Haftung der Gesundheitsdienstleister abgeleitet werden kann.<sup>16</sup> Indem umgekehrt die Verletzung dieser Regeln als Hinweis, wenn auch nicht als entscheidend, dafür angesehen wird, dass sich der Arzt nicht gemäß

10 Siehe *R. W. M. Giard*, *Aansprakelijkheid van artsen: juridische theorie en medische praktijk* (2005) 144 und *Legemaate* (Fn. 2) 13.

11 Zu Nachteilen dieser Regelung siehe: *E. F. D. Engelhard*, *Verzekeringsrecht Praktisch Belicht* (2008) 349–375.

12 Siehe *Legemaate* (Fn. 2) 6.

13 Siehe *Leenen/Dute/Kastelein* (Fn. 1) Kapitel 2 und Abs. 8.1.

14 *Leenen/Dute/Kastelein* (Fn. 1) Abs. 1.3.

15 *I. Giesen*, *Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen*, in: *W. J. Witteveen/I. Giesen/J. L. de Wijkerslooth*, *Alternatieve regelgeving* (2007) 84.

16 *Giesen* (Fn. 15) 106.



den medizinischen Standards, also falsch verhalten hat, werden die unverbindlichen Protokolle und ähnliche Vorgaben zivilrechtlich bindend.<sup>17</sup>

#### 8. Qualitäts- und/oder Risikomanagementsysteme

Neben diesen Formen der Selbstkontrolle gibt es nationale Gesetze, die bereits kurz angesprochen wurden. Das unter Rn. 1 erwähnte Gesetz über die Qualität des Gesundheitswesens (*Kwaliteitswet zorginstellingen*) legt als Rahmengesetz die Verpflichtung medizinischer Einrichtungen zur Bereitstellung einer angemessenen Gesundheitsversorgung fest und unter anderem die Pflicht zur systematischen Qualitätsüberwachung, -kontrolle und -verbesserung. Das im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltene Gesetz über den Behandlungsvertrag (*Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst*; WGBO) regelt die rechtliche Position des Patienten (siehe Rn. 2). Das bereits erwähnte Gesetz über die Gesundheitsberufe (*Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg*; Wet Big, siehe Rn. 1) versucht, den Patienten unter anderem durch Zulassungsvorgaben vor unprofessionellen Praktiken zu schützen. Außerdem legt es fest, welche Ärzte zur Durchführung bestimmter Behandlungsverfahren qualifiziert sind und welche Voraussetzungen für das Führen von Berufsbezeichnungen zu erfüllen sind. Daneben enthält das Wet Big disziplinarrechtliche Vorgaben für mehrere Gesundheitsberufe.

Bei der Durchsetzung aller vorgenannten Regelungen gelten verschiedene Sanktionsmöglichkeiten, die der Patient oder andere vor oder statt zivilrechtlichen Verfahren fordern können. Die meisten davon wurden schon erwähnt, nämlich: Beschwerdekommision des Gesundheitsdienstleisters (*Klachtencommissies*), regionale Disziplinarausschüsse (*Regionale tuchtcolleges*) und der zentrale Disziplinarausschuss (*Centraal tuchtcollege*), die Gesundheitsinspektionsbehörde (*Inspectie voor de Gezondheidszorg*), die nicht nur bestimmte Beschwerden bearbeitet, sondern durch Kontrollbesuche auch die Qualität der Gesundheitsversorgung überprüft, und schließlich die Schlichtungskommission der Krankenhäuser (*Geschillencommissie voor ziekenhuizen*). Neben diesen Sanktionsmöglichkeiten ist festzustellen, dass die Arzthaftpflichtversicherer durch ihre Beschäftigung mit den medizinischen Einrichtungen und/oder in den Versicherungsverträgen sowie die Patientenausschüsse und Qualitäts- und Zertifizierungsausschüsse der Krankenhäuser und Ähnliche in gewisser Weise zur Qualität der Gesundheitsversorgung beitragen.

Auch das Zivilrecht gilt allgemein als Sanktionsmöglichkeit, obwohl es viele Nachteile hat, wie die Beweislast für das Verschulden, die Relativität und den Kausalzusammenhang sowie die recht lange Verfahrensdauer und die hohen Verfahrenskosten.<sup>18</sup> Aber wie in anderen europäischen Rechtsordnungen<sup>19</sup> scheinen die niederländischen

<sup>17</sup> Giesen (Fn. 15) 107.

<sup>18</sup> E. F. D. Engelhard/G. E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel (2008) 11.

<sup>19</sup> Siehe z. B. H. Bocken, I. Boone et al., Nieuwe wettelijke regelingen voor vergoeding van gezondheidsschade (2008) 83–84.

Rechtsanwälte jedoch allgemein darin übereinzustimmen,<sup>20</sup> dass das Ziel des Haftungsrechts nicht nur im Ersatz für Schäden liegt: Die Androhung einer Schadensersatzklage und des nachfolgenden Gerichtsverfahrens muss für den Gesundheitsdienstleister Anreiz genug sein, schadensverhindernd tätig zu werden.

## B. Deliktische Haftung

### 9. Grundlagen der deliktischen Haftung

- 21 Durch die für den medizinischen Bereich geltenden delikts- und vertragsrechtlichen Regelungen hat der Patient bei Fahrlässigkeit oder dem Einsatz gefährlicher Geräte einen Ersatzanspruch gegenüber dem Gesundheitsdienstleister oder dessen Haftpflichtversicherung (siehe Rn. 62). Im Deliktsrecht gibt es im Gegensatz zum Vertragsrecht (das unter anderem in Art. 7:453 NBW geregelt ist, siehe unten) keine bestimmten Regelungen zum Arzthaftungsrecht. In beiden Fällen sind der Sorgfaltsmaßstab und andere Haftungsgrundlagen in der Rechtsprechung von Bedeutung. Die deliktische Haftung kann verschuldensabhängig und verschuldensunabhängig sein. Eine verschuldensabhängige Haftung (Art. 6:162 NBW) setzt ein rechtswidriges Verhalten voraus, für das der Beklagte einzustehen hat.
- 22 Titel 6.3 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs befasst sich mit dem Deliktsrecht. Die wichtigste Regelung findet sich in Art. 162 von Buch 6 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs (nachfolgend: Art. 6:162 NBW). Dabei handelt es sich um eine sehr allgemein gefasste Klausel und eine offene Regel der deliktischen Haftung, die in deutscher Übersetzung etwa wie folgt lautet (Abs. 1): „Wer sich einem anderen gegenüber nachweislich rechtswidrig verhält, muss den Schaden des anderen durch diese Handlung ersetzen.“ Eine Handlung in diesem Sinne kann auch eine Unterlassung sein. Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein: Erstens sollte ein „onrechtmatige daad“ vorliegen (eine rechtswidrige Handlung im Sinne von Unrechtmäßigkeit), der zweitens dem mutmaßlichen Schädiger zugeordnet werden kann (*toerekening*). Anschließend müssen der Schaden und der Kausalzusammenhang (*condicio sine qua non* und juristischer Kausalzusammenhang, gemäß Art. 6:98 NBW, der sich mit Nichtzurechenbarkeit befasst) festgestellt und die sogenannte Relativitätsfrage gemäß Art. 6:163 NBW beantwortet werden.
- 23 Die erste Voraussetzung, nämlich Rechtswidrigkeit, ist in Art. 6:162 Ab. 2 NBW genauer geregelt: „Außer bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen sind folgende Handlungen rechtswidrig: die Verletzung eines Rechts, eine Handlung oder eine Unterlassung, die eine gesetzliche Pflicht oder ein ungeschriebenes Recht bezüglich eines angemessenen sozialen Verhaltens verletzt“. Dadurch gibt es grundsätzlich drei Kate-

20 J. Dute/M. G. Faure/H. Koziol (Hrsg.), *No-fault compensation in the health care sector* (2004) 7; R. M. P. P. Cascão, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform* (2005) 121; Giard (Fn. 10) 85ff.; W. H. van Boom, *Compensatie voor geboorteschade – van aansprakelijkheid naar ‚no fault‘?*, *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade (AV&S)* 1 (2006) 8–24, Abs. 4.3.

gorien rechtswidriger Handlungen: die Verletzung eines (subjektiven) Rechts, die Verletzung einer gesetzlichen Regelung oder einer Wohlverhaltensnorm. Jede dieser Verletzungen ist in dem Moment nicht mehr rechtswidrig, wenn es einen Rechtfertigungsgrund gibt. Die dritte und letzte Kategorie ist am wichtigsten. Auf ihr beruht der größte Teil der Rechtsprechung, und sie wird vom Deliktsrecht erfasst. Diese Kategorie betrifft die Sorgfaltspflicht (*zorgplicht*) und ob diese verletzt wurde (Fahrlässigkeit). Die Feststellung erfolgt meist anhand bestimmter Faktoren, die nach dem Urteil des niederländischen Obersten Gerichtshofs (*Hoge Raad*, HR) im sogenannten Kellerluken-Fall (*Kelderluik*) benannt wurden, d. h. Vorhersehbarkeit, Schuldausmaß sowie Wahrscheinlichkeit, Art und Schwere des Schadens.<sup>21</sup> Die Beurteilung (Sorgfaltausmaßstab), ob diese Pflicht vom Beklagten erfüllt wurde, erfolgt objektiv: Wie hätte sich ein vernünftiger Mensch unter diesen Umständen verhalten, und welches Verhalten ist angemessen?

Die zweite Voraussetzung betrifft die Verantwortung des Schädigers für die besagte Handlung und befasst sich mit der subjektiven Schuldhaftigkeit des Schädigers, die um ein paar Punkte ergänzt wird. Auch hier gibt es drei Möglichkeiten: Ein rechtswidriges Ereignis kann auf den Schädiger zurückgeführt werden, wenn es durch sein Verschulden aufgetreten ist oder durch eine Ursache, für die er nach dem Gesetz oder nach allgemeiner gesellschaftlicher Ansicht einzustehen hat. Das Verschulden (*culpa*) ist der wichtigste der drei Faktoren, und es handelt sich um den klassischen Fall, in dem gefragt wird, ob sich der Handelnde schuldhaft verhalten hat, ihn also ein Verschulden trifft. Diese Voraussetzung wird de facto vom Konzept der bereits erklärten Fahrlässigkeit (*zorgplicht*) aufgegriffen, wonach der Beklagte die Verschuldensvermutung widerlegen muss, sobald der rechtswidrige Akt bewiesen wurde. Rechtswidrigkeit setzt die Beurteilung einer Handlung voraus, und die Schuldfrage muss durch Beurteilung des Handelnden geklärt werden, was beides durch die Frage nach der Fahrlässigkeit geklärt wird. Im niederländischen Recht haftet der Schädiger auch dann, wenn ihn kein persönliches Verschulden trifft. Dies gilt in den Fällen, in denen er per Gesetz oder aufgrund der verbreiteten Meinung sowieso für den Schaden einstehen müsste. So trifft Behinderte für aktive Handlungen, die andere schädigen, oft kein Verschulden, sie haften aber trotzdem, da das Gesetz es so vorsieht (Art. 6:165 (1) iVm Art. 6:162 Abs. 3 NBW). Aufgrund der allgemeinen Meinung haftet auch der Staat unabhängig von persönlichem Verschulden für rechtswidrige verwaltungsrechtliche Entscheidungen seiner Organe und Angestellten. Somit ist Verantwortlichkeit (*toerekening*) weiter gefasst als Verschulden. Aufgrund dieser Verantwortlichkeit können auch juristische Personen, die kein subjektives Verschulden treffen kann, für ihre rechtswidrigen Handlungen haftbar sein. Wichtig ist, dass es sich dabei nicht um eine Form der Gefährdungshaftung im eigentlichen Sinne handelt, da ein rechtswidriges Verhalten vorliegen muss.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> *Hoge Raad* (HR) 5. November 1965, *Nederlandse Jurisprudentie* (NJ) 1966, 136.

<sup>22</sup> Neben dieser haftungsrechtlichen Grundregel gibt es mehrere Sonderklauseln zu bestimmten verwandten Themen (vor allem zur Gefährdungshaftung), siehe Art. 6:164–191 NBW.

- 25 Sobald die Haftung begründet wurde, wird der Arzt oder das Krankenhaus versuchen, den zu leistenden Ersatzbetrag durch die Einwendung des Mitverschuldens des Klägers zu mindern. Dies bedeutet, dass nicht nur das Verschulden, sondern auch Risiken, für die der Kläger einzustehen hat, den Schadensersatz reduzieren können. Der Beklagte muss sich auf diese Einwendung berufen (Art. 6:101 NBW). Ein Mitverschulden zieht auch die Pflicht des Klägers zur Schadensminderung nach sich.
- 26 Bei ärztlicher Fahrlässigkeit wird entweder Art. 6:162 NBW (siehe oben) oder Art. 6:74 NBW iVm Art. 7:453 NBW (siehe unten Rn. 65–67) angewandt.

#### 10. Beweislast

- 27 Grundsätzlich muss der Kläger die Gesundheitsschädigung (den Schaden), den Kausalzusammenhang und ein Verschulden beweisen. Allerdings gibt es Ausnahmen.<sup>23</sup> Bei Forderungen im Rahmen der Verschuldenschaft besteht die mutmaßliche schädigende Handlung in seltenen Fällen (zum Teil) in dem Versäumnis, ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen („obligation de résultat“, *resultaatsverbintenis*). Beispiele dafür sind das Nichtanordnen von Laboruntersuchungen oder die Weigerung, dem Patienten Zugang zu seinen Behandlungsakten zu gewähren.<sup>24</sup> Hat der Patient in derartigen Fällen das schlechte Ergebnis bewiesen, muss der Beklagte darlegen, dass er für diese Versäumnisse nicht haftbar ist. Allgemein sind die Ärzte jedoch an die Verpflichtung gebunden, mit größtmöglicher Fachkompetenz zu handeln („obligation de moyens“, *inspanningsverbintenis*),<sup>25</sup> sodass der Patient (der Kläger) neben dem Verschulden auch den Kausalzusammenhang beweisen muss.
- 28 Eine weitere allgemeine Ausnahme sind Vermutungen (von Tatsachen). Bei einer Vermutung, sei es in Form der „res ipsa loquitur“, des Anscheinsbeweises oder sonst wie, werden im Grunde Rückschlüsse aus bewiesenen Tatsachen gezogen oder rechtliche Konsequenzen aus anderen bewiesenen Fakten abgeleitet.<sup>26</sup> Dazu werden Faustregeln und allgemein bekannte Tatsachen herangezogen. Vermutungen ermöglichen dem Richter, das Vorliegen bestimmter Fakten aufgrund anderer, bewiesener Tatsachen zu vermuten, sodass der Beweisgegenstand verändert wird.
- 29 Wichtig ist, dass die Beweislast bei der Vermutung nicht umkehrt wird, sie wird dafür nur ausgesetzt, da die Gegenseite die Vermutung widerlegen muss. Dieser Gegenbeweis muss nur so stark sein, dass der Richter begründete Zweifel an der vom Kläger dargelegten Sachlage hat. Ein darüber hinaus gehender Beweis des Gegenteils ist nicht erforderlich. Somit wird durch eine Vermutung die „evidenzielle“ Beweislast umgekehrt, nicht jedoch die „juristische“ Beweislast.<sup>27</sup> Wie bereits festgestellt verändert eine Vermutung die Verteilung der Beweislast nicht, sie erleichtert nur die Beweisfüh-

23 Siehe auch I. Giesen, *The Burden of Proof and other Procedural Devices*, in: H. Koziol/B. Stejneger (Hrsg.), *European Tort Law 2008* (2009) 46 ff.

24 Legemaate (Fn. 2) 42.

25 Siehe auch *Rechtbank* (Rb., Landgericht) Alkmaar 11. Februar 2004, LJN AO3453, r. ov. 5.5.

26 Vgl. Giesen (Fn. 23) 65. Zur Wahrscheinlichkeit siehe auch W. D. H. Asser, *Bewijslastverdeling* (2004) 87 ff.

27 Giesen (Fn. 23) 65.

rung, da neben den üblichen Wegen der Beweisführung ein weiterer Weg verwendet wird. Somit wird das Erbringen der Beweise erleichtert (Beweiserleichterung) und die Verwendung von Wahrscheinlichkeiten bei der Beurteilung ermöglicht.<sup>28</sup>

Ausnahmen der Grundregel, wonach die Beweislast für den Kausalzusammenhang beim Kläger liegt, sind bei einem unsicheren Kausalzusammenhang wichtig und werden weiter unten besprochen (ab Rn. 36). 30

Bezüglich des Verschuldens liegt die Beweislast beim Kläger, allerdings hilft ihm dabei in gewissem Maße die sekundäre Behauptungslast (in den Niederlanden als *gemotiveerde betwisting* oder *aanvullende stelplecht* bezeichnet). Dieses Instrument ist wichtiger Teil des Beweisrechts, ist für Schadensfälle relevant und kann bei (normalen) Klägern oft die Beweisanforderungen reduzieren. Dabei geht es um die Verpflichtung der einen Partei, meistens des Beklagten, die Behauptung oder Forderung des Klägers und die damit zusammenhängenden Fakten nicht nur zu bestreiten, sondern das Bestreiten mit Fakten und unter Verwendung entsprechender Quellen zu untermauern. Kurzum: Der Beklagte ist laut Rechtsprechung dazu verpflichtet, seine Behauptung, dass er sich nicht rechtswidrig verhalten hat, zu beweisen. Dazu muss er Informationen zu allen Fakten vorlegen, auf die er sich dabei stützt. Somit wird vom Beklagten ein zusätzlicher Schritt verlangt, indem er die vorgebrachten Fakten durch das Erbringen von Zusatzinformationen bestreitet (die dem Kläger normalerweise nicht zur Verfügung stehen).<sup>29</sup> Ein Beispiel wäre ein Arzt, der dem Ersatz fordernden Patienten gegenüber zur Aushändigung der Patientenakte mit seinen Notizen verpflichtet ist. 31

Da der Patient eine Verletzung des medizinischen Standards bei der Behandlung meistens kaum beweisen kann, neigen die Gerichte dazu, die Beweislast etwas „zu senken“ und ihr einen anderen Inhalt zu geben, wenn eine Verletzung der Sorgfaltspflicht vermutet wird. Durch dieses Instrument erfolgt die Begründung der Klage dann teilweise durch den Beklagten. Dadurch erfolgt jedoch natürlich keine Beweislastumkehr.<sup>30</sup> Nur die (evidenzielle) Last für das Vorbringen von (einzelnen) Beweisen wird verschoben.<sup>31</sup> 32

Auch wenn der Beklagte seiner Verpflichtung zur Informationsbereitstellung nachkommt, muss der Kläger weiterhin die Rechtmäßigkeit seiner Forderungen belegen, wozu er die zusätzlichen Informationen verwenden kann, die der Beklagte geliefert hat. Ist der Beklagte seiner Informationspflicht nicht nachgekommen, gelten die fraglichen Tatsachen per Gesetz als bewiesen (gemäß Art. 149 Zivilprozessordnung der Niederlande, *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, WBR).<sup>32</sup> In Deutschland 33

28 Giesen (Fn. 23) 65.

29 Siehe Giesen (Fn. 23) 39ff.; G. Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht (1996) Rn. 307ff., 347ff., sowie die nachfolgenden Zitate.

30 Siehe D. Magnus, Beweislast und Kausalität bei ärztlichen Behandlungsfehlern, Zeitschrift für Zivilprozessrecht (ZZP) 120 (2007) 353.

31 Zu diesen beiden Anmerkungen siehe Baumgärtel (Fn. 29) Nr. 9, 14; P. Murphy, Murphy on evidence (2007) 71ff., Giesen (Fn. 23) 12ff., mit weiteren Referenzen in Fn. 60.

32 Vgl. Saenger, ZZP 121 (2008) 145; Giesen (Fn. 23) 41 und 43–47, obwohl der Umfang möglicher Sanktionen, unserer Ansicht nach zu Unrecht, in den Niederlanden als weiter betrachtet wird, siehe HR 15. Dezember 2006, NJ 2007, 203 (*Noord-Nederlands Effektenkantoort/Mourik*).

kann dieser Rechtsbegriff, der auf Treu und Glauben beruht, angewandt werden, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens hat der Kläger, der seine Klage auf Tatsachen stützen muss, keinen Zugriff auf die Beweismittel, da sich diese außerhalb seines Zugriffsbereichs befinden. Zweitens hat die Gegenpartei Zugriff auf diese Fakten und drittens besteht die Verpflichtung der Gegenpartei, diese Fakten beizubringen.<sup>33</sup> In der niederländischen Rechtsprechung gibt es keine (vergleichbare) Liste bestimmter, zu erfüllender Voraussetzungen, im Grunde gilt aber das gleiche Prinzip.<sup>34</sup>

34 Diese sekundäre Behauptungslast ist dazu gedacht, die Beweislast des Klägers in den Fällen zu erleichtern, in denen er sie ganz offensichtlich nicht ohne fremde Hilfe tragen kann. Es erfolgt zwar keine Beweislastumkehr, die Beweislast wird aber erleichtert, indem bestimmte Informationen weitergegeben werden, die für die Klagebeurteilung wichtig sind und vorher nicht verfügbar waren. Eine wichtige Frage ist natürlich, warum jemand dazu verpflichtet sein sollte, seinem Gegner auf diese Weise zu helfen. Diese Verpflichtung wird im Grunde deswegen akzeptiert, weil das Darlegen der Beweise ohne sie zu schwer sein würde. Da es eine Illusion wäre zu glauben, dass der Kläger die erforderlichen Beweise ohne diese Verpflichtung des Beklagten erbringen könnte, wäre auch der Schutz einer Partei durch das materielle Recht eine Illusion.<sup>35</sup> Daher soll der Schutz durch das materielle Recht, das diese schützende Verfahrensweise regelt, bewahrt bleiben.

35 Im Grunde ist die Verwendung und Anwendbarkeit der sekundären Behauptungslast nicht auf bestimmte Fälle beschränkt, obwohl sie auch noch nicht „universell“ eingesetzt wird. Natürlich kann sie nur insoweit angewendet werden, als die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Pflicht hat sich jedoch bereits in Haftungsverfahren als nützlich erwiesen, insbesondere – zumindest in den Niederlanden – in Arzthaftungsverfahren und anderen Verfahren wegen beruflicher Fahrlässigkeit.<sup>36</sup> Der Informationsrückstand des Patienten kann bei einer Klage gegen einen Arzt nur ausgeglichen werden, indem der Arzt dazu verpflichtet wird, bestimmte ihm verfügbare Informationen zur Verfügung zu stellen, sodass das „Spielfeld“ zwischen den Parteien in gewisser Weise geebnet wird.

33 Siehe z. B. BGH 18. Mai 1999, NJW 1999, 2887ff.; Saenger, ZZZP 121 (2008) 144; Magnus, ZZZP 120 (2007) 353; Giesen (Fn. 23) 41. Vgl. auch Baumgärtel (Fn. 29) 307.

34 Giesen (Fn. 23) 42.

35 Siehe die Vorbemerkungen von Asser an den Hoge Raad im Fall HR 10. Januar 1997, NJ 1999, 286 (Notar W.), in Nr. 2.9, und Giesen (Fn. 23) 42.

36 Giesen (Fn. 23) 39ff. Vor allem in Arzthaftungsverfahren ist dies die übliche Rechtsprechung seit HR 20. November 1987, NJ 1988, 500 (Timmer/Deutman). Siehe auch HR 18. Februar 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn); HR 13. Januar 1997, NJ 1997, 175 (De Heel/Korver); HR 7. September 2001, NJ 2001, 615 (Anesthesia); HR 23. November 2001, NJ 2002, 386 (Ingenbut) und HR 15. Dezember 2006, NJ 2007, 203 (Noord-Nederlands Effectenkantoor/Mourik). Derartige Fälle werden in den Niederlanden zwar entweder vertragsrechtlich oder deliktsrechtlich verhandelt, dies wirkt sich aber nicht auf die Sorgfaltspflicht aus.

## 11. Ungeklärte Verursachung

Auch das niederländische Recht fordert zur Begründung der Haftung im Deliktsrecht einen Kausalzusammenhang. Dies wird in Art. 6:162 S. 1 NBW durch den Begriff *dientengevolge* („als Folge davon“) ausgedrückt und durch Art. 6:98 NBW bestätigt. 36

Der erste Test auf einen Kausalzusammenhang betrifft die *conditio sine qua non*:<sup>37</sup> 37  
Wäre der Schaden auch eingetreten, wenn die fragliche Handlung nicht stattgefunden hätte? Diese Voraussetzung ist die erste (und im Prinzip auch geringste) Hürde, die bei der Klärung des Kausalzusammenhangs genommen werden muss.<sup>38</sup> Ein weiterer Test, der in Art. 6:98 NBW festgelegt ist, versucht, den Schutzzumfang weiter abzugrenzen. Gemäß Art. 6:98 NBW müssen die Folgen auch im Sinne der zu fordernden Haftung und der Schadensart rechtlich dem Beklagten zuzuordnen sein.

Die niederländische Rechtsprechung befasst sich nur selten mit der Frage, ob die *conditio sine qua non* erfüllt sein muss, um die Haftung begründen, weil dies generell als einer der Eckpfeiler des Haftungsrechts gilt. Sie wird daher einfach nie infrage gestellt.<sup>39</sup> Obwohl viele rechtswidrige Handlungen tatsächlich Unterlassungen sind, wird in den Niederlanden allgemein akzeptiert, dass eine derartige Unterlassung einen Schaden und damit die Haftung begründen kann.<sup>40</sup> Da Handlungen und Unterlassungen gleich behandelt werden, gibt es auch kaum Diskussionen darüber, ob eine Unterlassung eine Ursache sein kann.<sup>41</sup> 38

Eine Möglichkeit zum Umgang mit einem unsicheren Kausalzusammenhang ist die Anwendung der oben erklärten sekundären Behauptungslast (*gemotiveerde betwisting*). Die zweite ist die Anwendung von Vermutungen, wie ebenfalls bereits erklärt. Die dritte Möglichkeit ist die Anordnung der Beweislastumkehr. Dies ist besonders wichtig, wenn Verkehrsregeln, Sicherheitsvorschriften oder andere Schutzmaßnahmen missachtet wurden, beispielsweise bei Verkehrs- oder Arbeitsunfällen.<sup>42</sup> Beispiele sind Fälle<sup>43</sup>, in denen jemand nicht vor möglichen Gefahren oder bestimmten Handlungen gewarnt wurde. In diesen Situationen stellt sich die Frage, ob sich die Weitergabe der Information auf das Verhalten desjenigen, der hätte gewarnt werden müssen, 39

37 In den Niederlanden wird die „*conditio*“ statt der „*condicio*“ verwendet (zur Verwendung dieser Begriffe siehe *J. H. Nieuwenhuis*, Eurocasualiteit, Agenda voor het Europese debat over toerekening van schuld, Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR) 4 (2002) 1698).

38 *R. J. B. Boonekamp*, in: A. R. Bloembergen (Hrsg.), *Schadevergoeding* (Loseblatt-Ausgabe) Art. 98, Rn. 9.

39 Siehe *Boonekamp* (Fn. 38) Art. 98, Rn. 9.

40 Siehe *A. Wolfsbergen*, *Onrechtmatige daad* (1946) 19; *J. van Schellen*, *Juridische causaliteit* (1972) 175; *C. C. van Dam*, *Aansprakelijkheid voor nalaten* (1995) 41; *Boonekamp* (Fn. 38) Art. 98, Rn. 11.

41 Siehe jedoch *Wolfsbergen* (Fn. 40) 19–21; *G. H. A. Schut*, *Rechterlijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (1963) 73–75; *Van Schellen* (Fn. 40) 167–179.

42 Siehe *Boonekamp* (Fn. 38) Art. 98, Rn. 11, für weitere Urteile.

43 Zu diesem Thema gibt es sehr viel Literatur, siehe z. B. *I. Giesen*, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid* (1999) 66 ff.; *I. Giesen*, *Bewijs en aansprakelijkheid* (2001) 116 ff.; *A. J. Akkermans*, *De omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband* (2002); *D. T. Boks*, *Notariële aansprakelijkheid* (2002) 211 ff.

ausgewirkt hätte. Hätte er sich auch dann nicht anders verhalten, hätte das Versäumnis der Warnung den Schaden nicht verursacht.

- 40 Diese Frage lässt sich natürlich nur schwer beantworten, da sie die Geisteshaltung eines Menschen in der Vergangenheit betrifft, die sich nur schwer beweisen lässt. Seit dem berühmten Urteil aus dem Jahre 1996 im Fall *Dick Trading II*<sup>44</sup> hat es Fälle gegeben, in denen die Regel des *Hoge Raad* zur Teilung der Beweislast der allgemein gültigen Regel aus Art. 150 WBR widerspricht, indem die Beweislast nicht wie gewöhnlich beim Kläger liegt, sondern beim Beklagten. Lassen sich die Fakten, die für die Bestätigung oder Widerlegung des Kausalzusammenhangs erforderlich sind, nicht klären (oder beweisen), verliert der Beklagte.
- 41 Der genaue Umfang und Geltungsbereich dieser Regel (inzwischen als Umkehrregel oder *omkeringsregel* bezeichnet) ist noch immer nicht festgelegt. Sie wird aber immer wichtiger und hat schon oft zur Haftung geführt. Der *Hoge Raad* hat die Umstände eingeschränkt, in denen diese Beweislastregel angewandt werden kann. Inzwischen muss vorher feststehen, dass ein bestimmtes Schadensrisiko erzeugt oder erhöht wurde und sich letztendlich erfüllt hat.<sup>45</sup>
- 42 Bei der Anwendung der Umkehrregel auf Arzthaftungsfälle sind vor allem zwei Urteile des *Hoge Raad* vom 23. November 2001 interessant.<sup>46</sup> Diese beiden am gleichen Tag entschiedenen Fälle betreffen jeweils Ärzte, die ihre Patienten nicht angemessen über die geplante medizinische Maßnahme und insbesondere über deren Risiken aufgeklärt hatten. Die fahrlässige Verletzung der Aufklärungspflicht der Ärzte ist nicht weiter von Interesse, stattdessen konzentriert sich die Diskussion darauf, ob ein Kausalzusammenhang bestand. Beide Kläger brachten vor, dass die Gerichte der ersten Instanz die oben erwähnte Umkehrregel (*omkeringsregel*) hätten anwenden müssen.
- 43 Zunächst bestätigt der *Hoge Raad* in zwei identischen Urteilen die niederländische Umkehrregel. Anschließend begründet das Gericht weiter: Dieser Fall betrifft die Verletzung der Aufklärungspflicht des Arztes, wonach er seinen Patienten die Risiken der vorgeschlagenen medizinischen Behandlung darlegen muss. Durch diese Verpflichtung soll der Patient in die Lage versetzt werden, mit ausreichendem Wissen selbst zu entscheiden, ob er dieser vorgeschlagenen Behandlung zustimmt oder nicht. Diese Verpflichtung ist in dem durch Art. 10 (Recht auf Privatsphäre) und 11 (Recht auf körperliche Unversehrtheit) der Verfassung gewährten Schutz verankert. Ihre Grundlagen finden sich in Buch 7 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Art. 7:448 und Art. 7:450 NBW. Die Pflicht zur Aufklärung des Patienten über die Risiken einer Behandlung

44 HR 26. Januar 1996, NJ 1996, 607 (*Dicky Trading II*).

45 HR 29. November 2002, NJ 2004, 304 (*TFS/NS*) und HR 29. November 2002, NJ 2004, 305 (*Kastelij/Achterkarspelen*) und zu diesen wichtigen Fällen G. E. van Maanen, *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht* (NTBR) 2003, 111–116; Chr. Van Dijk, *Tijdschrift Vergoeding Personenschade* (TVP) 2003, 7–15; T. Hartlief, *Ars Aequi* (AA) 2003, 298–306; G. R. Rutgers, AA 2003, 307–313.

46 HR 23. November 2001, NJ 2002, 386 (*I./Stichting Gezondheidszorg*) und NJ 2002, 387, Anm. von J. B. M. Vranken (N./P.).



soll diesen somit nicht vor den Risiken an sich schützen, sondern dem Patienten lediglich die Möglichkeit geben, mit ausreichendem Wissen darüber zu entscheiden, ob er der Behandlung und den mit ihr einhergehenden Risiken zustimmt oder nicht. Durch die Verletzung dieser Pflicht wird das Recht des Patienten auf Selbstbestimmung verletzt und ihm die Möglichkeit der freien Wahl genommen, was bei ausreichender Aufklärung nicht geschehen wäre. Schadensfall ist somit jeweils nicht das Eintreten des Risikos durch die Verletzung der Aufklärungspflicht durch den Beklagten, sodass die Umkehrregel nicht angewandt werden konnte.

Bezüglich der Nichtanwendung der Umkehrregel in diesen Fällen passen diese 44 Fälle in das Muster der Rechtsprechung des *Hoge Raad* in den letzten Jahren, das darauf abzielt, die Anwendung dieser Regel und deren Folgen einzuschränken. Die Aussage des Gerichts, dass die Aufklärungspflicht dazu gedacht sei, jemanden vor einer Entscheidung ohne ausreichende Hintergrundinformationen zu bewahren, und nicht dazu, die medizinischen Risiken an sich zu vermeiden, wurde jedoch kritisiert.<sup>47</sup> Ihre Anwendung wurde bei unteren Instanzen beispielsweise in einem Fall gefordert, in dem der Kläger sich einer experimentellen Behandlung unterzogen hatte, über die er nicht ausreichend aufgeklärt worden war. Daher forderte er die Anwendung der Umkehrregel bei experimentellen Behandlungen, da diese mit besonderen Risiken einhergingen (im Vergleich zur normalen Behandlung)<sup>48</sup> – aber vergeblich.

Für andere Arzthaftungsfälle, die nicht die Verletzung der Aufklärungspflicht be- 45 treffen, ist das Urteil des *Hoge Raad* vom 2. März 2001 wichtig.<sup>49</sup> Ein Patient, H., ließ eine Arthroskopie seines linken Knies durchführen, bei der der Meniskus teilweise entfernt wurde. Bei einer Kontrolluntersuchung kurz nach der Operation diagnostizierten der Chirurg und ein weiterer Arzt eine Thrombose im linken Unterschenkel. Fast zwei Jahre später geschah dasselbe im rechten Bein des Patienten. Es war unumstritten, dass der Arzt gemäß dem Thromboseprotokoll des Krankenhauses nach einer derartigen Operation ein Antikoagulans oder ein Antithrombotikum hätte geben müssen, was jedoch niemals geschah. Daher verklagte H. den Arzt und das Krankenhaus auf Schadensersatz.

Zunächst bestätigte der *Hoge Raad* das Urteil des Berufungsgerichts über die Ver- 46letzung der Sorgfaltspflicht des Arztes gegenüber dem Patienten (das Krankenhaus vergaß, ihn antithrombotisch zu behandeln). Anschließend berücksichtigte das Gericht die Behauptung des Beklagten, dass der Kausalzusammenhang zwischen der nicht erfolgten antithrombotischen Behandlung und der Thrombose fehlt und dass das Gericht in diesem Fall die Umkehrregel angewandt hatte. Diese Einschätzung sei nach Ansicht des Krankenhauses falsch, da das Gericht das verletzte Protokoll mit einer Sicherheitsanweisung gleichgesetzt hatte (wodurch die Anwendung der Umkehrungsregel tatsächlich gerechtfertigt wäre). Der *Hoge Raad* bestätigte das Urteil, da

47 Siehe die Entscheidungsanmerkung von *Vranken* in NJ 2002, 387, und *I. Giesen*, in: W. R. Kastelein (Hrsg.), *Medische aansprakelijkheid* (2003) 21–22, sowie die zusätzlichen kritischen Anmerkungen in 22–24.

48 Hof Den Haag 19. Dezember 2007, LJN BC1632, Abs. 12–13.

49 HR 2. März 2001, NJ 2001, 649, Anm. von F. C. B. van Wijmen und J. B. M. Vranken (MCL/H).

das Gericht der ersten Instanz den Zusammenhang zwischen der Operation und der Thrombose bereits als ausreichend wahrscheinlich eingestuft hatte, was nachfolgend auch nicht angefochten wurde. Somit erfolgte die Anwendung der Umkehrregel nach Sachlage zu Recht. Die Umkehrregel wurde auch schon bei anderen Unterlassungsfällen bei Operationen oder Behandlungen angewandt.<sup>50</sup>

- 47 Ein Punkt sollte der obigen Erklärung noch hinzugefügt werden. Vor kurzem<sup>51</sup> wurde die Haftung nach Wahrscheinlichkeitsquoten (anteiliger Schadensersatz gemäß der Wahrscheinlichkeit in Prozent, mit welcher der Beklagte den Schaden tatsächlich verursacht hat) vom *Hoge Raad* eingeführt. Im Fall *Karamus/Nefalit* war ein Angestellter an Lungenkrebs erkrankt, der zuvor durch das Verschulden seines Arbeitgebers mit Asbest gearbeitet hatte, gleichzeitig aber starker Raucher war. Der *Hoge Raad* stellte fest, dass in diesem Fall eine Haftung nach Wahrscheinlichkeitsquoten gerechter sei. Diese neue Entwicklung in der Rechtsprechung<sup>52</sup> könnte sich zukünftig als vierte Möglichkeit in Fällen mit unklarem Kausalzusammenhang auch auf Arzthaftungsfälle auswirken, allerdings besteht dahingehend noch keine Rechtssicherheit.<sup>53</sup>
- 48 In einigen wenigen Fällen, die an unteren Instanzen verhandelt wurden, wurde diese vom *Hoge Raad* eingeführte Haftung nach Wahrscheinlichkeitsquoten auf andere Situationen angewandt. In einem Arzthaftungsverfahren sollte dadurch ein unsicherer Kausalzusammenhang zwischen einer experimentellen Behandlung und dem Schaden geklärt werden,<sup>54</sup> allerdings ohne Ergebnis.<sup>55</sup> Haben alle vorgenannten Hilfsmaßnahmen versagt und bleibt es unklar, welcher Mitarbeiter eines Krankenhauses den Schaden verursacht hat, dann greift die sogenannte zentrale Haftung des Krankenhauses. Damit werden wir uns weiter unten ausführlicher befassen (siehe Rn. 61–62).
- 49 Wie bereits erwähnt wird nach Feststellung der *conditio sine qua non* eine weitere Regel aus Art. 6:98 NBW angewandt, um den Haftungsumfang festzustellen. Diese Regel hat zu dem Fall *Hospital De Heel/Korver* vor dem *Hoge Raad* geführt und umfasste eine Arzthaftungsklage. In diesem Fall erfolgte bei einem Mann eine Kieferoperation. Im Krankenhaus fiel er aus dem Bett, da die Bettgitter fehlten, und verlor ein Auge. Obwohl dies eine sehr unwahrscheinliche Folge des fahrlässigen Verhaltens

50 Siehe z. B. Hof Den Bosch 10. März 2009, LJN BH5919 (*P. J. Ch. Speetjens/St. Jeroen Bosch Ziekenhuis*).

51 HR 31. März 2006, *RvdW* 2006, 328 (*Karamus/Nefalit*).

52 Siehe auch I. Giesen in I. Giesen & T. F. E. Tjon Tjin Tai (Hrsg.), *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Preadvies VBR (2008) 57.

53 Auch die Art. 7:400–413 NBW gelten, da sie allgemeine Regelungen von Dienstleistungsverträgen enthalten („overeenkomst van opdracht“). Für eine Einleitung in die WGBO siehe B. *Sluitters/MC. I. H. Biesart*, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst* (2005).

54 Hof Den Haag 19. Dezember 2007, LJN BC1632, par. 17.

55 Auch vor dem Urteil des *Hoge Raad* vom 31. März 2006 wurde die Haftung nach Wahrscheinlichkeitsquoten als Möglichkeit zum Umgehen von Kausalitätsproblemen vergeblich im Arzthaftungsrecht angewandt, siehe z. B. Hof Leeuwarden 22 February 2006, LJN AV2474, Rn. 4.1 (bezüglich des Urteils aus erster Instanz) und Hof Den Haag 26 March 2003, LJN AF6263 (*Baby Kelly*), Rn. 13 und 15, wo die Beklagten eine anteilige Haftung nach Wahrscheinlichkeitsquoten forderten (auch hier vergeblich).

des Krankenhauses ist, forderte der *Hoge Raad* die Haftung, da Sicherheitsanweisungen verletzt worden waren und es zu körperlichem Schaden gekommen war.<sup>56</sup> Aufgrund dessen (der Art des Schadens und der Art der Haftung) wurde der Kausalzusammenhang auch für unwahrscheinliche Ereignisse hergestellt. Es gibt zahlreiche Urteile mit einer derart breiten Interpretation des Kausalzusammenhangs im Rahmen von Art. 6:98 NBW im Zusammenhang mit anderen Fakten. Auch wenn ein bestimmter Patient durch eine vorhandene Verletzung oder andere Voraussetzungen stärker als gewöhnlich reagiert, wird die Haftung des Beklagten nicht beschränkt.<sup>57</sup>

## 12. Verlust einer Chance

Es gibt Fälle, in denen Schadensersatz zugesprochen wurde, obwohl der Patient (noch) keinen Schaden im eigentlichen Sinne erlitten, sondern seine Chance auf Heilung verloren hatte. Das Urteil des Amtsgerichts Amsterdam vom 15. Dezember 1993 sowie das nachfolgende Urteil des Berufungsgerichts Amsterdam am 4. Januar 1996<sup>58</sup> waren wichtige erste Schritte zur allmählichen Akzeptanz der Lehre vom Verlust der Chance in den Niederlanden, zumindest in einigen Bereichen des Haftungsrechts.

Die einen Monat alte Tochter des Klägers, Ruth, wurde vom Hausarzt in ein Krankenhaus eingewiesen, nachdem ihm mehrere kleine Spontanblutungen aufgefallen waren. Der dort hinzugezogene Arzt, der Beklagte De Kraker, untersuchte sie zwar, fand aber keine eindeutigen Hinweise auf die befürchtete Gehirnblutung. Er entschied, dass Ruth wieder nach Hause gehen könne und bestellte sie für den nächsten Morgen zu einer gründlichen Untersuchung ein. Am selben Abend gegen 20 Uhr fand sich der Kläger erneut im Krankenhaus ein. Der diensthabende Arzt entschied, dass zu dem Zeitpunkt keine weiteren Untersuchungen erforderlich seien. Am nächsten Morgen wurde Ruth erneut untersucht und eine große linksseitige Hirnblutung entdeckt. Ruth kam sofort auf die Intensivstation, und es wurde noch am gleichen Tag eine Hirnoperation durchgeführt. Ruths Eltern strengten eine Zivilklage wegen Behandlungsfehlern an (es hätte sofort eine umfangreichere Untersuchung erfolgen müssen, und Ruth hätte nicht nach Hause geschickt werden dürfen), welche die Behinderung von Ruth ausgelöst oder zumindest verschlimmert hätten. Die Ärzte behaupteten, dass die späte stationäre Aufnahme von Ruth nicht für den Schaden verantwortlich sei. Da die Blutung bereits seit einiger Zeit bestand, hätte es in jedem Fall Restschäden gegeben, selbst wenn die Diagnose früher gestellt worden wäre. Zu diesem Ergebnis waren auch Gutachter gekommen.

Das Amtsgericht stellte fest, dass ärztliches Versagen vorlag, als Ruth bei dem zweiten Besuch im Krankenhaus um 20 Uhr abends nicht stationär aufgenommen wurde. Bezüglich der Frage, ob die Schäden von Ruth durch dieses schuldhafte Ver-

56 HR 13. Januar 1995, NJ 1997, 175 (*De Heel/Korver*); auch Dritte, die übertragene oder Regressforderungen haben, profitieren von der Entscheidung, siehe *Engelhard* (Fn. 5) 273–274.

57 Siehe u. a. HR 9. Juni 1972, NJ 1972, 360 (neurotische Depression); HR 21. März 1975, NJ 1975, 372 (Koronarthrombose); HR 8. Februar 1985, NJ 1986, 137 (*Henderson/Gibbs*); HR 4. November 1988, NJ 1989, 751 (*ABP/Van Stuyvenberg*).

58 Hof Amsterdam 4. Januar 1996, NJ 1997, 213 (*Wever/De Kraker*).

halten größer waren, als wenn sie eher stationär aufgenommen worden wäre, kam das Gericht aufgrund der gutachterlichen Stellungnahme zu folgendem Ergebnis: Durch das schuldhafte Verhalten hat Ruth die Chance auf ein besseres Endergebnis verloren, wie es bei angemessener medizinischer Behandlung möglich gewesen wäre. Dass diese Chance kaum vorhanden oder zu vernachlässigen war, wurde weder von den Gutachtern festgestellt, noch von den Beklagten vorgebracht. Allerdings teilt das Gericht nicht die Auffassung des Klägers, dass auch die Chance auf eine vollständige Heilung verloren wurde. Unter Berücksichtigung des zuvor Gesagten legte das Gericht den Schaden durch den Verlust der Chance auf ein besseres Behandlungsergebnis auf 25 % fest. In diesem Umfang haften die Beklagten für die Schäden von Ruth. Das Berufungsgericht musste unter anderem Einsprüche gegen das Urteil des Amtsgerichts berücksichtigen, dass die Chance auf vollständige Heilung nicht verloren wurde. Es entschied, dass die Chance auf eine vollständige Heilung zwar nicht mit 100 %iger Wahrscheinlichkeit auszuschließen sei, aber trotzdem eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit bestand, dass auch bei frühzeitiger Diagnosestellung ein Restschaden verbleiben würde. Außerdem stellte es fest, dass das Amtsgericht den prozentualen Schaden durch die späte Aufnahme in das Krankenhaus zu Recht mit 25 % angegeben hatte.

- 53 Die Bedeutung des eben dargestellten Falls ist einfach: Dies war der erste Fall, zumindest in der neueren Zeit,<sup>59</sup> bei dem ein niederländisches Gericht einen Fall auf der Grundlage des Verlusts der Chance entschieden hat, bei dem die *conditio sine qua non* nicht sicher hergestellt werden konnte.<sup>60</sup> Es handelte sich um ein Arzthaftungsverfahren. Später wurde dieses Vorgehen vom *Hoge Raad* in einem Verfahren gegen einen Rechtsanwalt bestätigt (siehe unten). Seitdem entscheiden immer mehr Gerichte im Sinne eines Verlusts der Chance, und viele dieser Urteile wurden veröffentlicht.<sup>61</sup> Daher kann man mit einiger Sicherheit davon ausgehen, dass der Verlust der Chance als rechtliches Prinzip in den Niederlanden mittlerweile anerkannt ist.
- 54 Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Theorie vom Verlust der Chance Überhand gewonnen hat oder der einzig mögliche Ansatz ist. Auch die Beweislastumkehr wird (weiterhin) verwendet. Somit gibt es immer mehrere Möglichkeiten, um einen Fall zu entscheiden.<sup>62</sup> Manchmal werden diese beiden Ansätze auch kombiniert, oder es wird zumindest vorgeschlagen, dass eine Kombination möglich wäre.<sup>63</sup>

59 Siehe jedoch Rb. Utrecht, 28. Oktober 1942, NJ 1943, 231, wo die Chance auf einen Erfolg vor Gericht mit 50 % angenommen wurde.

60 Zu dieser Theorie allgemein siehe A. J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (1997) 107 ff.; A. J. Akkermans (Hrsg.), *Proportionele aansprakelijkheid* (2000) und Nieuwenhuis, TVP 4 (2002) 1710–1717.

61 Siehe z. B. Hof Arnhem 14. Dezember 1999 und Rb. Den Haag 12. Juli 2000, TVP 4 (2000) 94 ff. (Anm. von Giesen) und die erwähnten Fälle in Chr. van Dijk, *Toepassing van de theorie van verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid*, in: W. R. Kastelein (Hrsg.), *Medische aansprakelijkheid* (2003) 27 ff.

62 Zur kumulativen Anwendung verschiedener Techniken in diesem Zusammenhang siehe Giesen (Fn. 43) 472–479.

63 Akkermans (Fn. 60; 1997) 393 ff.; Giesen (Fn. 43) 72 ff. und 122 ff.; Giesen (Fn. 43) 474–475.

Ein weiterer wichtiger Schritt war die Entscheidung des *Hoge Raad* vom 24. Oktober 1997<sup>64</sup> über die Berufshaftung eines Rechtsanwalts. Ein früherer Angestellter, Baijings, der Sara Lee/DE Gesellschaft forderte Schadensersatz, weil er nach der Beendigung seines Arbeitsvertrags Aktienanteile nicht einlösen konnte. Durch einen Fehler seines Anwalts wurde sein Einspruch gegen das negative Urteil niemals eingereicht. Nun forderte Baijings Ersatz von seinem (inzwischen früheren) Anwalt. Die zentrale Frage in diesem zweiten Fall war, ob eine Berufung im vorherigen Verfahren erfolgreich gewesen wäre, wenn sie rechtzeitig eingereicht worden wäre. 55

Das Berufungsgericht entschied, dass die Klage von Baijings gegen Sara Lee/DE gemäß niederländischem Arbeitsrecht abgewiesen worden wäre. Daher wurde auch die Klage gegen den Anwalt abgewiesen. Der *Hoge Raad* befasste sich zunächst ausführlich mit den arbeitsrechtlichen Aspekten des ursprünglichen Falles und hob die Entscheidung des Berufungsgerichts auf. Der Gerichtshof erklärte weiter: In diesem Fall lautet die Frage, ob und in welchem Umfang der Mandant des Anwalts geschädigt wurde, weil Letzterer es versäumt hatte, in erster Instanz Einspruch gegen das Urteil einzureichen. Um diese Frage beantworten zu können, muss das Gericht feststellen, wie das Berufungsgericht im Originalfall entschieden hätte, oder alternativ die Höhe des zu ersetzenden Schadens anhand der guten und schlechten Erfolgsaussichten vor dem Berufungsgericht ermitteln. Dafür muss der Richter vom Kläger und vom Beklagten (dem früheren Anwalt) alle Informationen erhalten, die mit dem Einspruch vorgelegt worden wären. Der Mandant, Baijings, sollte die Gelegenheit bekommen, sich möglichst so darzustellen, wie er es vor dem Berufungsgericht getan hätte. Der Anwalt sollte die Freiheit haben, die Position der Partei zu übernehmen, die den Originalfall in erster Instanz gewonnen hatte. 56

In Fällen mit Schäden durch das Nichteinlegen oder verspätete Einlegen eines Einspruchs lautet die relevante Frage nach der *conditio sine qua non*, ob der Einspruch vor dem Berufungsgericht bei korrektem Vorgehen Erfolg gehabt hätte. Sofern dies nicht der Fall ist, ist der Schaden des Klägers nicht auf Fremdverschulden zurückzuführen, und die Klage muss abgewiesen werden. Natürlich lässt sich nur schwer feststellen, was das Berufungsgericht entschieden hätte, schon deswegen, weil eine der Parteien, die damals vor dem Berufungsgericht erschienen wären – nämlich der damalige Beklagte – nicht anwesend ist. Außerdem ist es immer schwer zu beurteilen, was ein anderer „getan hätte, wenn“. 57

Der *Hoge Raad* erlaubt den Gerichten zur Klärung der Sachlage zwei Vorgehensweisen: Die Gerichte können den Originalfall beurteilen und abhängig von dem mutmaßlichen damaligen Ergebnis die Schadenshöhe festlegen („Alles-oder-nichts-Ergebnis“), oder sie können die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs am Berufungsgericht in Prozent abschätzen und den Schadensersatz entsprechend berechnen. Im Grunde entschied der *Hoge Raad*, dass das Gericht die Theorie des Verlusts der Chance anwenden darf (die verlorene Chance ist hier natürlich die Chance auf ein besseres Klageergebnis vor dem Berufungsgericht), sodass ein prozentualer Anteil der Forderung als ausgleichsfähig anerkannt wird. Die Gerichte sind nicht zu dieser Vorgehensweise 58

64 HR 24. Oktober 1997, NJ 1998, 257 (*Baijings/mr. H.*).

verpflichtet, können sich aber dafür entscheiden statt den klassischeren Weg zu gehen und zu beurteilen, wie ein (anderes) Gericht im Originalfall entschieden hätte (Verfahren in einem Verfahren).<sup>65</sup> Allgemein wird der Verlust der Chance als subsidiärer Ansatz betrachtet.<sup>66</sup> Inzwischen ist er ständige Rechtsprechung.<sup>67</sup>

59 Die dogmatischen Eigenschaften dieser Theorie und ihr Platz im niederländischen Haftungsrecht sind noch nicht völlig klar. Die Wortwahl des *Hoge Raad* legt nahe, dass die Lehre vom Verlust der Chance auf Art. 6:97 NBW in Verbindung mit Art. 6:105 NBW begründet werden kann. Der erstgenannte Artikel besagt im Grunde, dass die Schadenshöhe geschätzt werden muss, wenn sie nicht genau bestimmt werden kann. Diese Schätzung kann dann natürlich dem prozentualen Anteil der Chance entsprechen, mit der die Berufungsklage Erfolg gehabt hätte. Der zweite Artikel besagt, dass die Festlegung des zukünftigen Schadens später oder sofort erfolgen kann, nachdem die guten und schlechten Aussichten gegeneinander abgewogen wurden.<sup>68</sup> In der Literatur zielt die Suche weniger darauf ab, einen geeigneten Platz im System für die Theorie vom Verlust der Chance zu finden, sondern darauf, das Konzept der anteiligen Haftung allgemein einzugliedern. Im Wesentlichen wird die Theorie vom Verlust der Chance als eine Möglichkeit angesehen, eine anteilige Haftung zu begründen,<sup>69</sup> wofür der Fall *Karamus/Nefalit* ein weiteres Beispiel ist (siehe Rn. 47).

60 Da dieses Vorgehen vom *Hoge Raad* abgesegnet wurde, verwenden immer mehr Gerichte unterer Instanzen den Ansatz vom Verlust der Chance bei der Beurteilung (der beruflichen Haftung), und mehrere dieser Urteile wurden veröffentlicht.<sup>70</sup> Somit lässt sich mit Sicherheit davon ausgehen, dass sich der Ansatz des Verlusts der Chance in den Niederlanden durchgesetzt hat, was jedoch – wie bereits ausgeführt – nicht bedeutet, dass diese Theorie nun überwiegend oder ausschließlich angewendet wird.

### 13. Gehilfenhaftung und Schädigermehrheit

61 Durch die sogenannte „zentrale Haftung“ kann ein Patient, dessen Behandlung auf einem spezifischen Behandlungsvertrag beruhte, wie er in den Art. 7:446–468 NBW (siehe Rn. 65) festgelegt ist, nicht nur den Arzt persönlich verklagen, sondern auch das Krankenhaus (oder die Institution).<sup>71</sup> Die entscheidende Regelung findet sich in

65 Siehe auch den Schlussantrag (*Conclusie*) des Generalanwalts vor der Entscheidung des niederländischen Obersten Gerichtshofs unter der Nr. 3.3ff., der sich auch mit den Vor- und Nachteilen beider Verfahren befasst.

66 Siehe *Akkermans* (Fn. 60: 2000) 108; *Chr. Van Dijk*, Onzeker causaal verband in de rechtspraak, in A. J. Akkermans (Hrsg.), *Proportionele aansprakelijkheid* (2000) 39.

67 Siehe HR 19. Januar 2007, NJ 2007, 63 (*Kranendonk Holding BV en De Vries/A*).

68 Siehe *T. Hartlief*, *Proportionele aansprakelijkheid: een introductie*, in A. J. Akkermans (Hrsg.), *Proportionele aansprakelijkheid* (2000) 15.

69 Siehe *A. J. Akkermans* (Fn. 60: 1997) 431 ff. und 444–446 zu diesem speziellen Punkt sowie *Hartlief* (Fn. 68) 16–18.

70 Siehe z. B. Hof Arnhem 14. Dezember 1999 und Rb. Den Haag 12. Juli 2000, TVP 4 (2000) 94 ff. (Anm. *Giesen*) und die von *Van Dijk* (Fn. 61) 27 ff. erwähnten Fälle. Siehe auch *Akkermans* (Fn. 43) 102 ff.

71 D. h. alle Krankenhäuser, Pflegeheime und psychiatrischen Einrichtungen, die im sogenannten

Art. 7:462 Abs. 1 NBW. Sie besagt, dass ein Krankenhaus bei der Umsetzung eines medizinischen Dienstleistungsvertrags in seinen Räumlichkeiten auch dann in gewissem Umfang für die Nichterfüllung des Vertrags haftet, wenn es selbst keine Vertragspartei ist. Außerdem haftet der Gesundheitsdienstleister auch gesamtschuldnerisch (vgl. Art. 6:102 NBW). Zentrale Haftung bedeutet in diesem Zusammenhang: „Wenn die Umsetzung eines Behandlungsvertrags in einem Krankenhaus erfolgt, das keine Vertragspartei ist, haftet das Krankenhaus als Gesamtschuldner bei der Nichterfüllung des Vertrags, als ob es eine der Vertragsparteien wäre.“<sup>72</sup> Damit soll nicht in möglichst vielen Fällen eine Haftung begründet, sondern den Patienten eine zentrale Anlaufstelle gegeben werden, bei der sie Forderungen geltend machen können.<sup>73</sup> Da viele Ärzte keine Dienstleistungsverträge abschließen und/oder die Organisationsstrukturen komplex sein können, muss den Patienten die Last genommen werden herauszufinden, wer verantwortlich sein könnte. Dadurch kann es auch durch mangelnde Kommunikation der Krankenhausmitarbeiter gar nicht erst dazu kommen, dass der Patient herausfinden muss, wer einen Fehler gemacht hat. Und es spielt auch keine Rolle mehr, auf welcher rechtlichen Grundlage der Arzt am Krankenhaus praktiziert hat.

Um es noch einmal ganz deutlich zu sagen: diese zentrale Haftung gilt nur bei Schadensersatzansprüchen und nicht für die Durchsetzung anderer Patientenrechte wie dem Recht auf Aufklärung und dem Recht auf Akteneinsicht. Verletzt der behandelnde Arzt diese Rechte, kann das Krankenhaus für die Folgen haftbar gemacht werden. Entscheidet sich der Kläger dafür, sich direkt an das Krankenhaus zu wenden, kann dieses später oft Regressforderungen an den Arzt geltend machen. 62

#### 14. Gefährdungshaftung

Gesundheitseinrichtungen haften verschuldensunabhängig für Fehler ihres Personals (also weisungsgebundene Personen wie ihren Ärzten und dem Operationspersonal; Art. 6:170 NBW) und selbstständiger Unternehmer, denen sie Aufgaben im Rahmen des Leistungsspektrums des Krankenhauses übertragen (z. B. Ärzten mit eigener Praxis, die aber zusätzlich selbstständig für das Krankenhaus arbeiten, oder ein externes Labor, das Blutuntersuchungen der Krankenhauspatienten durchführt, Art. 6:171 NBW).<sup>74</sup> Bezüglich der selbstständigen Unternehmer muss ein funktioneller Zusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und der übertragenen Aufgabe bestehen (Untersuchung der Blutprobe). Außerdem kennt das niederländische Recht die Gefährdungshaftung für alle Halter beweglicher Objekte an, wie Kanülen, Katheter etc, 63

Gesetz über die Zulassung von Gesundheits- und Pflegeeinrichtungen (*Wet toelating zorginstellingen*) erwähnt sind.

72 Siehe zu dieser Übersetzung Art. 7:462 NBW, siehe PEL SC, Kapitel VII, Art. 7:111, Vergl. Anm. 1, S. 900.

73 Siehe Parlamentarische Berichte der Zweiten Kammer des Parlaments (TK) 1989/1990, Nr. 21 561, Nr. 3 (Begründung) 23; C. J. J. M. Stolker, *WGBO en aansprakelijkheid*, in: *De WGBO: van tekst naar toepassing* (1995) 114.

74 Sofern das Krankenhaus als Unternehmen (*bedrijf*) einzustufen ist, siehe Art. 6:171 NBW und bejahend R. D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen* (2005) 310 (und 363).

die Schäden verursachen können, wenn der Gegenstand defekt war. Das Krankenhaus kann sich in einem hypothetischen Fall, in dem es die Kontrolle über das fehlerhafte Objekt gehabt hat, nur von der Haftung befreien, wenn keine Verschuldenshaftung des Krankenhauses vorliegt (Art. 6:173 BGB).

- 64 Das Vertragsrecht sieht eine vergleichbare, aber etwas weniger rigide Auslösung der Gefährdungshaftung vor. Art. 6:76 NBW regelt, dass ein Vertragsschuldner (wozu auch der Gesundheitsdienstleister gehören kann, der einen Behandlungsvertrag erfüllen muss), der sich anderer Personen zur Erfüllung seiner Verpflichtungen bedient, für deren Handlungen und Unterlassungen genauso haftet wie für seine eigenen. Allerdings ist der Geltungsumfang dieses Artikels im Gesundheitsbereich nicht ganz klar: Bedeutet das, dass ein Arzt für die fehlerhafte Untersuchung eines Pathologen einstehen muss?<sup>75</sup> Gemäß Art. 6:77 NBW „haften die Vertragsparteien (auch bei Behandlungsverträgen) für Schäden durch Gegenstände, die sie für die Durchführung der Leistungen verwenden, jedoch ungeeignet sind, und dies nicht in Anbetracht von Art und Umfang des Rechtsgeschäfts, gesellschaftlicher Ansichten oder anderer Umstände unzumutbar erscheint“. Beispiele für eine derartige „Unzumutbarkeit“ sind extrem seltene Fehlfunktionen und/oder solche, die selbst von Experten nicht hätten bemerkt werden können.<sup>76</sup> Außerdem schließt der Gesetzgeber eine Haftung des Arztes (oder anderer Vertragsparteien) aus, wenn eine Haftung des Herstellers für den fehlerhaften Gegenstand besteht, was jedoch allgemein abgelehnt wird: Im letztgenannten Fall könnte der Patient beide verklagen, und Hersteller oder Arzt hätten anschließend Regressansprüche gegenüber der haftenden Person oder Einrichtung.<sup>77</sup> In Rn. 65 werden wir auf die Haftungsbefreiung aufgrund dieser beiden vertraglichen Gründe eingehen.

### C. Vertragliche Haftung

#### 15. Grundlagen des Vertragsrechts im Gesundheitssektor

- 65 Neben den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts in Buch 6 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs, zu denen auch die allgemeine Haftungsregel bei der Verletzung vertraglicher Verpflichtungen gehört (Art. 6:74 NBW), gibt es Sonderregelungen, die in Buch 7 BGB festgelegt sind, dem Teil, der sich mit bestimmten Vertragsformen befasst, wie Kaufverträgen, Mietverträgen, Arbeitsverträgen, Versicherungsverträgen usw. Die „heilkundliche Behandlungsvereinbarung“ (*geneeskundige behandelingsovereenkomst*) ist in den Art. 7:446–468 NBW geregelt und basiert auf dem Gesetz über den Behandlungsvertrag (*Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst*,

75 Bejahend E. H. Hondius, Medical Liability in Dutch Law, in: E. H. Hondius (Hrsg.), *Modern Trends in Tort Law, Dutch and Japanese Law Compared* (1999) 9 (mit Erwähnung vieler widersprüchlicher Ansichten).

76 *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 6, Deventer, 1981, 273 (MvA II).

77 Hondius (Fn. 75) 9 und *id.* in Leenen/Dute/Kastelein (Fn. 1) 168.



WGBO), einem eigenständigen Gesetz, das seit 1. April 1995 in Kraft ist und in Buch 7 NBW aufgenommen wurde. Die Haftung der Gesundheitsdienstleister, die mit ihren Patienten derartige Verträge abschließen (sowie die daraus folgende zentrale Haftung des Krankenhauses, siehe Rn. 61) darf vertraglich weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden (Art. 7:463 NBW). Diese Regelung basiert auf der ungleichen Position der Ärzte und Patienten und dem hohen Stellenwert der bei der Vertragsumsetzung relevanten Interessen: Leben und Gesundheit. Allerdings fallen manche Gesundheitsdienstleister nicht unter den Geltungsbereich der erwähnten Artikel des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wie Physiotherapeuten und Sprachtherapeuten, die sich daher von ihrer Haftung befreien können.<sup>78</sup>

Grundlagen des WGBO sind das Recht auf Selbstbestimmung (Patientenautonomie) und – als Teil davon – das Recht auf körperliche Integrität zusammen mit dem Bewusstsein über die Abhängigkeit des Patienten, der die medizinische Behandlung benötigt. Diese Konzepte werden durch mehrere Patientenrechte näher definiert. Normalerweise werden vier Rechte unterschieden: das Recht auf Information (Art. 7:448 NBW), das Erfordernis einer Zustimmung zu jeder medizinischen Maßnahme (Art. 7:450 NBW; gemeinsam bilden sie die Grundlagen für die „Einwilligung nach Aufklärung“), das Recht auf Einsicht in die medizinischen Akten (Art. 7:454 und Art. 7:456 NBW) sowie der Schutz der Privatsphäre (Art. 7:457–459 NBW). Eine weitere Regelung befasst sich mit der für Ärzte geltenden Sorgfaltspflicht: Art. 7:453 NBW legt fest, dass von Ärzten ein Verhalten erwartet wird, das dem eines „sachkundigen und vernünftigen“ Arztes bei der Umsetzung des Behandlungsvertrags entspricht.<sup>79</sup>

Dieser Sorgfaltsmaßstab gleicht dem Sorgfaltsmaßstab bei der deliktischen Haftung (Art. 6:162 NBW).<sup>80</sup> Was die offene Norm aus Art. 7:453 NBW in der Praxis nach sich zieht, hängt ebenso wie die Beurteilung der Fahrlässigkeit, die wir oben besprochen haben, von den Umständen des konkreten Einzelfalls (und dem aktuellen Wissensstand) zu dem Zeitpunkt ab, in dem die medizinische Behandlung stattfand. Soweit eine (schriftliche oder in der Rechtsprechung bestätigte) Sicherheitsregel verletzt wurde, wird bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit ein höherer Sorgfaltsmaßstab zugrunde gelegt.<sup>81</sup> Schon der bloße Umstand, dass vom Arzt „kompetentes und angemessenes Verhalten“ erwartet wird, zeigt, dass sich mangelnde Erfahrung bei der rechtlichen Zuschreibung allgemein nicht nachteilig für den Patienten auswirken darf. Auch in diesen Fällen besteht zudem eine zentrale Haftung des Krankenhauses (siehe oben Rn. 61 f).

#### 16. Unterschiede zum Deliktsrecht

Im niederländischen Recht ist es unerheblich, ob ein Anspruch auf das Vertragsrecht oder das Deliktsrecht gestützt wird. Wie oben dargelegt (Rn. 67) ist der Sorgfaltsmaß-

<sup>78</sup> *Sluijters/Biesart* (Fn. 53) 136.

<sup>79</sup> Siehe auch HR 9. November 1990, NJ 1991, 26.

<sup>80</sup> *Legemaate* (Fn. 3) 43.

<sup>81</sup> HR 13. Januar 1995, NJ 1997, 175.

stab ebenso identisch („kompetente und angemessene Behandlung“) wie die Beweislast. Der einzige Unterschied besteht darin, dass im Vertragsrecht das Entstehen-Müssen für eine Handlung vermutet wird (Art. 6:75 NBW: sofern ...), im Deliktsrecht jedoch nicht. In der Praxis gilt diese Vermutung jedoch auch im Deliktsrecht.

#### 17. Vertragliche Ansprüche Dritter?

- 69 Die Frage, ob vertragsrechtliche Ansprüche auch ohne einen direkten Vertrag möglich sind, fällt im niederländischen Recht unter das allgemeine Vertragsrecht und hängt von der Interpretation des Vertrags ab. Dies wurde vom *Hoge Raad* im sogenannten *Baby Joost*-Urteil bestätigt, das sich mit einer Schadensersatzforderung der Eltern wegen seelischer Belastung durch die Behandlungsfehler bei ihrem minderjährigen Sohn befasst.<sup>82</sup> In ihrer Klage vor dem Gerichtshof führten die Eltern an, dass das Berufungsgericht zu Unrecht feststellte, dass die Eltern selbst keine Vertragspartner waren, sondern nur das Kind einen Behandlungsvertrag hatte. Der *Hoge Raad* bestätigte jedoch die Entscheidung des Berufungsgerichts. Letzteres war gemäß dem *Hoge Raad* nicht so weit gegangen anzunehmen, dass die Eltern als rechtliche Vertreter agierten, „weil“ sie den Arzt nicht um eine Behandlung von sich selbst gebeten hatten. Dadurch scheint der *Hoge Raad* feststellen zu wollen, dass der bloße Umstand, dass der Vertrag keine den Eltern direkt geschuldete Verpflichtung enthielt, nicht zwangsweise entscheidend ist. Das Gericht muss bei der Beurteilung der Intentionen der Parteien auch deren Aussagen und andere Umstände des Falls berücksichtigen. Allerdings wurde über die diesbezügliche Befugnis der Eltern keine weitere Aussage getroffen. Somit durfte der Arzt mit gutem Glauben davon ausgehen, dass die Eltern nur als rechtliche Vertreter agierten. Der Umstand, dass die Eltern ein erhebliches Eigeninteresse an der medizinischen Behandlung ihres Sohnes hatten, rechtfertigt nicht die Annahme, dass sie selbst auch einen Vertrag eingehen wollten. Dieses Urteil wurde in der Literatur wegen seines sehr technischen Charakters kritisiert: Eltern, welche die medizinische Behandlung ihres Sohnes besprechen, sind sich allgemein nicht bewusst, was sie genau sagen müssen, um ihre eigene Rechtsposition im Falle eines Behandlungsfehlers zu schützen.<sup>83</sup> Auch die Tatsache, dass der *Hoge Raad* die hohen moralischen und finanziellen Interessen als nicht ausreichend einstufte, um sie als direkte Vertragspartner anzusehen, wurde scharf kritisiert.<sup>84</sup>

#### 18. Aufklärungsmängel

- 70 Vor der Durchführung medizinischer Leistungen im Rahmen des Vertrags benötigt der Gesundheitsdienstleister die Einwilligung des Patienten (Art. 7:450 NBW) als sogenannte Zustimmung nach Aufklärung. Art. 7:448 NBW verpflichtet den Gesundheitsdienstleister vertraglich zur deutlichen und angemessenen Aufklärung der

82 HR 8. September 2000, NJ 2000, 734.

83 C. C. van Dam, De ouders van Joost, *Verkeersrecht* (VR) 2001, 1–7 sowie *Aansprakelijkheidsrecht* (<<http://www.aansprakelijkheidsrecht.com/oudersvanjoost.htm>>) mit weiteren Nachweisen.

84 C. C. van Dam (Fn. 81) Rn. 3.

Patienten, auf Wunsch auch schriftlich, über die (vorgeschlagenen) medizinischen Untersuchungen und Behandlungen sowie über die Ergebnisse der medizinischen Untersuchungen, der Behandlung und den Gesundheitszustand des Patienten.<sup>85</sup> Das WGBÖ verpflichtet den Arzt zur Aufklärung des Patienten in deutlicher Weise („op duidelijke wijze“), falls gewünscht schriftlich, über die vorgesehenen Untersuchungen und Behandlungen (Art. 7:448 Abs. 1 NBW). Dafür muss der Arzt dem Patienten alle Informationen geben, die dieser „vernünftigerweise“ benötigt, um die Art und den Sinn der medizinischen Untersuchungen, Behandlung und Eingriffe („verrichtingen“) zu verstehen, die nach Ansicht des Arztes erfolgen sollten. Außerdem muss er ihn über die möglichen Folgen und Risiken dieser Maßnahmen und alternative diagnostische und Behandlungsmethoden informieren (Art. 7:448 Abs. 2 NBW). Natürlich müssen nicht alle denkbaren Risiken erwähnt werden, sondern nur häufige, vorhersehbare Risiken. Je weniger dringlich eine Operation ist, umso ausführlicher muss die Aufklärung sein.<sup>86</sup> Die Forderung der „Deutlichkeit“ wird im Allgemeinen so verstanden, dass die Information für den Patienten verständlich sein muss. Dieses Recht erstreckt sich nicht auf die Angehörigen des Patienten. Das Recht auf Aufklärung gehört zu den Grundvoraussetzungen für dessen Einverständniserklärung, die in Art. 7:450 WGBÖ näher geregelt ist (um zustimmen zu können, muss der Patient ausreichend aufgeklärt werden), wobei die Aufklärungspflicht auch Informationen betrifft, die für die Einwilligung nicht relevant sind, wohl aber für den Patienten, beispielsweise bezüglich bestimmter Nebenwirkungen der verordneten Medikamente. Wenn Informationen den Patienten erheblich schädigen würden (d. h. mit der Gefahr von psychischen Krisen, Suizidversuchen o. Ä. einhergehen), können sie ihm vorenthalten und in seinem Interesse jemand Anderes mitgeteilt werden (Art. 7:448 Abs. 3 NBW). Außerdem hat auch der Patient eine Informationspflicht. Er muss den Arzt „nach bestem Wissen“ informieren und mit ihm zusammenarbeiten, soweit dies für seine Behandlung angemessen und erforderlich ist (Art. 7:452 NBW).

#### D. Haftung öffentlicher Gesundheitsdienstleister

##### 19. Wesentliche Unterschiede zu Fällen mit privaten Krankenhäusern oder Ärzten

Da für private und öffentliche Krankenhäuser die gleichen haftungsrechtlichen 71 Grundlagen gelten, ist diese Unterscheidung kaum relevant. In bestimmten Bereichen kann es Unterschiede geben, wie die in Art. 6:171 NBW geregelte Gefährdungshaftung von Unternehmen für die Handlungen unabhängiger Vertragsnehmer; wie jedoch oben dargelegt wurde, wird dieser Begriff nicht besonders eng ausgelegt (offenbar auch bei öffentlichen Krankenhäusern).

<sup>85</sup> J. Legemaate, *Patiëntveiligheid en patiëntenrechten* (2006).

<sup>86</sup> Sluijters/Biesaat (Fn. 53) 24.

## E. Alternative Ersatzsysteme

### 20. Fonds und/oder andere alternative Ersatzsysteme

- 72 Derzeit gibt es keine Sonderfonds oder alternativen Entschädigungsregelungen für Opfer von Behandlungsfehlern. Für Opfer medizinischer Versuche gibt es besondere gesetzliche Regelungen, die einen Versicherungsschutz vorsehen. Das sogenannte Gesetz über die medizinisch-wissenschaftliche Forschung am Menschen (*Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen*) legt fest, dass diese Forschung nur stattfinden darf, wenn das Risiko einer (die Haftung für) Verletzung oder Tod der Probanden (der Menschen, an denen die Tests stattfinden) von einer Versicherung abgedeckt sind. Die weiteren Vorschriften für diese vertragliche Absicherung regelt ein spezielles Ministerialdekret vom 23. Juni 2003 (*Besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen*), das die Versicherungssumme grundsätzlich auf 450 000 € je Proband und auf 3,5 Millionen Euro je Forschungsvorhaben mit Höchstsummen für die verschiedenen Personenschäden wie Verdienstaufschlag (max. 60 000 Euro jährlich), Kosten für Haushaltshilfe (max. 7,50 Euro pro Stunde) usw festgelegt hat. Eine Haftungsbefreiung für die vorgenannten Schäden ist weder für die an der Forschung beteiligte Einrichtung noch für das durchführende Personal möglich.<sup>87</sup>

## F. Haftungs- und Entschädigungsumfang

### I. Materielle Schäden

#### 21. Ersatz materieller Schäden im Überblick

- 73 Die Regeln für Schadensersatz<sup>88</sup> im allgemeinen Deliktsrecht und im Vertragsrecht sind in Art. 6:95–110 NBW festgelegt. Dieselben Regeln gelten auch für Arzthaftungsfälle. Zu ersetzen (soweit gemäß Deliktsrecht ein Anspruch auf Ersatz besteht) sind körperliche und finanzielle Schäden (sowohl erlittene Verluste als auch entgangene Gewinne) und andere Nachteile wie immaterielle Schäden.<sup>89</sup> Grundsätzlich sind alle erlittenen Schäden unabhängig von der Schadensform vollständig zu ersetzen. Daher gibt es auch keine Sonderregeln zur Begrenzung des Schadensersatzes abhängig von der Schadensform. Dadurch sind nach niederländischem Recht nicht nur körperliche Schäden (Personenschäden) und Vermögensschäden zu ersetzen, sondern auch rein ökonomische Schäden.<sup>90</sup>

<sup>87</sup> Art. 7 (Abschnitte 1, 6 und 8) des Gesetzes. Siehe dazu *Ter Heerdt* (Fn. 8) 343ff. und für das niederländische Recht *E. F. D. Engelhard*, *Schade door medische experimenten*, AV&S 2004, 89–97.

<sup>88</sup> Siehe auch *I. Giesen/M. B. M. Loos*, *Liability for Defective Products and Services; The Netherlands*, in: E. H. Hondius/C. Joustra (Hrsg.), *Netherlands Reports to the Sixteenth International Congress of Comparative Law* (2002), und allgemein zu diesem Teil des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs: *S. D. Lindenbergh*, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 1 (2008).

<sup>89</sup> Siehe Art. 6:95, 96 und 106 NBW.

<sup>90</sup> Da die Art. 6:95–110 NBW in gleicher Weise für deliktsrechtliche und vertragsrechtliche Klagen

In jedem Fall sind somit alle Schadensformen ausgleichsfähig, die im niederländischen Recht anerkannt sind. Eine eher allgemein gehaltene Einschränkung besagt, dass immaterielle Schäden nur zu ersetzen sind, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht (siehe Art. 6:95 NBW), was recht allgemein in Art. 6:106 NBW geschieht. Davon ausgeschlossen ist allerdings Schadensersatz mit Strafcharakter (sog. „punitive damages“), da das niederländische Recht diese Form des Ersatzes (noch) nicht anerkennt.<sup>91</sup> 74

Im niederländischen Schadensersatzrecht gilt der Grundsatz der vollen Genugtuung, obwohl sie nicht ausdrücklich kodifiziert wurde. Ein Mitverschulden („eigen schuld“) kann jedoch die Höhe des zugesprochenen Schadensersatzes reduzieren (und in schweren Fällen von Mitverschulden, z. B. Vorsatz, kann das Opfer sogar seinen Anspruch verlieren). Dieser Grundsatz muss aufgrund seiner Bedeutung näher betrachtet werden. Allgemein zielt das Haftungsrecht darauf ab, dass dem Einzelnen Gerechtigkeit widerfährt. Dies spiegelt sich im Schadensersatzrecht dadurch wider, dass der Beklagte den vollen Schadensumfang des Geschädigten ausgleichen muss. Der Kläger soll wieder „ganz“ gemacht werden. Diesen Grundsatz bezeichnen wir im Folgenden als „Grundsatz der vollen (individuellen Gesamt-)Genugtuung“ (restitutio ad integrum).<sup>92</sup> 75

Ebenfalls wichtig ist jedoch, dass viele Geschädigte, die theoretisch Anspruch auf einen vollständigen Schadensausgleich haben, diesen in der Praxis nur schwer durchsetzen können. Die Verfahrenskosten können sehr hoch sein. Die meisten Kläger stehen vor dem Problem, dass die Haftpflichtversicherer bei unsicherer Sach- oder Rechtslage in einer stärkeren Verhandlungsposition sind, da sie das Verfahrensrisiko auf Tausende von Fällen verteilen können. Außerdem gibt es Ausnahmen von der vollen Genugtuung. Die im Schadensersatzrecht oft angewandte abstrakte Berechnung der Höhe des zu leistenden Ersatzes beruht auf allgemeinen Schadenswerten statt individuellen Berechnungen. Zumindest in den Fällen, in denen der Geschädigte nicht zwischen einer individuellen Schadensberechnung und der allgemeinen, abstrakten Berechnung wählen kann, weicht schon die Art dieser Schadensersatzberechnung vom Grundsatz der vollen Genugtuung ab.<sup>93</sup> Eine zweite Ausnahme beruht darauf, dass es im Ermessen des Richters liegt, den zuzusprechenden Ersatzbetrag zu reduzie- 76

---

gelten, würde eine vertragsrechtliche Klage zum selben Ergebnis führen. Zu rein ökonomischen Schäden allgemein siehe W. H. van Boom et al. (Hrsg.), *Pure Economic Loss* (2004). Man geht jedoch davon aus, dass bei Personenschäden eher ein Ausgleich zugesprochen wird als bei Eigentumsschäden, siehe J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (1996) 242–243.

91 Obwohl in der Literatur die Frage diskutiert wird, ob das niederländische Recht Schadensersatz mit Strafcharakter übernehmen sollte, herrscht allgemein die Auffassung, dass dies nicht geschehen sollte, wobei sich die Mehrheiten langsam zu verschieben scheinen. Siehe z. B. L. Dommering-Van Rongen, *Productaansprakelijkheid, Een rechtsvergelijkend overzicht* (2000), und A. J. Verbeij, *Onrechtmatige daad* (2005) Nr. 57 und 58.

92 Siehe z. B. Lindenbergh (Fn. 88) Nr. 10–12; J. Spier/T. Hartlief, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (2006) Nr. 196.

93 Siehe dazu Spier/Hartlief (Fn. 92) Nr. 207–208; Lindenbergh (Fn. 88) 2008, Nr. 36 ff.

ren. Gemäß Art. 6:109 NBW darf das Gericht einen niedrigeren Schadensersatz zusprechen, wenn ein Ausgleich der vollen Schadenshöhe unter den besonderen Umständen des Falls „unangemessen“ wäre, wie der „Haftungsform, der rechtlichen Beziehung und der finanziellen Belastbarkeit der Parteien“ (Art. 6:109 Abs. 1 NBW), soweit sie nicht unter der Höchstdeckungssumme der Haftpflichtversicherung des Beklagten liegt (Abs. 2; vgl. Rn. 13 und 81). Manche Autoren behaupten, dass Ärzte und Gesundheitsorganisationen bessere Aussichten auf eine Minderung ihrer Haftung haben als kommerzielle Unternehmen wie Pharmafirmen.<sup>94</sup>

- 77 Der Kläger kann Schadensersatz, d. h. Ausgleich, entweder als Naturalrestitution (*herstel in natura*) fordern, durch die der vorherige Zustand wiederhergestellt wird, oder als finanzielle Entschädigung, die als Äquivalent gedacht ist. Wie bereits erwähnt gleicht der finanzielle Schadensersatz Vermögenseinbußen (*damnum emergens*) sowie entgangenen Gewinnen (*gederfde winst*) aus. Gemäß Art. 6:97 NBW muss das Gericht den Ersatz so berechnen, dass er möglichst gut der Art des Schadens entspricht. Lässt sich die genaue Schadenshöhe nicht feststellen, muss sie geschätzt werden.

#### 22. Verdienstausschlag vs. Verlust der Erwerbsfähigkeit

- 78 Sowohl Verdienstausschlag als auch der Verlust der Erwerbsfähigkeit werden nach dem oben beschriebenen Grundsatz der vollen Genugtuung ausgeglichen. Erforderlichenfalls wird die Höhe des Schadensersatzes geschätzt (Art. 6:97 NBW).
- 79 Unversteuerte Einkünfte werden natürlich nicht vollständig ausgeglichen, soweit sie (teilweise) illegal erworben werden. In einem Fall, in dem die Einkünfte aus legaler Tätigkeit nicht versteuert wurden, sprach der *Hoge Raad* einen Ersatz für den Einkommensausfall abzüglich der Steuern und Sozialversicherungsabgaben (u. Ä.) zu, die bei Versteuerung angefallen wären. Aufgrund von Entscheidungen des Aufsichtsrats für das Versicherungswesen (*Raad van Toezicht van de schadeverzekeringmaatschappijen*) müssen die Versicherer Einkünfte, für die Ersatz gefordert wird, nicht bei den Finanzbehörden melden. Daher sind illegale Einkünfte scheinbar nicht ausgleichsfähig; Verdienstausschlag ist aber dennoch zu ersetzen, wenn auch nur in dem Umfang, in dem sie nach Abzug der Steuern erzielt worden wären.<sup>95</sup>

#### 23. Rentenzahlung oder Pauschalbetrag?

- 80 Gemäß dem niederländischen Schadensersatzrecht kann der Kläger zwischen Schadensersatz in Form monatlicher Zahlungen oder als Pauschalbetrag wählen. In der Praxis bevorzugen die Kläger Einmalzahlungen.

#### 24. Höchst- und Mindestbeträge

- 81 In den Niederlanden gibt es keine allgemein gültigen Höchstwerte oder Schwellenwerte für Schadensersatzzahlungen.<sup>96</sup> Zwar besteht laut Art. 6:110 NBW die Mög-

<sup>94</sup> *Legemaate* (Fn. 2) 59.

<sup>95</sup> HR 24. November 2000, NJ 2001, 195 (*M./G.*).

<sup>96</sup> Abgesehen von der Untergrenze von € 500 bei Sachschäden entsprechend der Produkthaftungsrichtlinie. Siehe Art. 6:190 NBW.

lichkeit der Festlegung einer Höchstsumme der zu ersetzenden Schäden per Königlichem Dekret, davon wurde aber bislang nur einmal und erst vor kurzem Gebrauch gemacht (bei der Begrenzung der Haftung von Sicherheitsfirmen, die auf Flughäfen arbeiten<sup>97</sup>). Allerdings muss man sich vergegenwärtigen, dass das Gericht dazu ermächtigt ist, den zugesprochenen Schadensersatz in Einzelfällen aus Gründen der Billigkeit und Zumutbarkeit (siehe Art. 6:109 NBW) zu begrenzen, falls es den Eindruck hat, dass die normalerweise ausgleichsfähige Gesamtschadenshöhe aufgrund der Haftungsart, der rechtlichen Beziehung der Parteien und ihrer finanziellen Belastbarkeit inakzeptable Folgen hätte. Das Gericht kann den Schadensersatz nur bis auf den Betrag senken, für den Versicherungsschutz vorhanden ist oder gewesen wäre.<sup>98</sup> Der *Hoge Raad* hat die Gerichte der unteren Instanzen aufgefordert, dieses Vorgehen sehr zurückhaltend zu wählen,<sup>99</sup> sodass es (noch) nicht sehr beliebt ist.

## II. Immaterielle Schäden

### 25. Ersatz immaterieller Schäden im Überblick

Bei Schadensersatz wegen Schmerzen und Leid ist das Prinzip der vollen Genugtuung 82 nur schwer umzusetzen (Art. 6:106 NBW). Allgemein und auch in Arzthaftungsfällen sieht Art. 6:106 NBW vor, dass der Geschädigte bei einem körperlichen Schaden auch Anspruch auf den Ersatz immaterieller Schäden hat (Schmerzensgeld; *smartengeld*).<sup>100</sup> Die Höhe des Schmerzensgeldes muss von den Gerichten (der unteren Instanzen) nach Billigkeit festgelegt werden.<sup>101</sup> Bei der Berechnung der Summe müssen alle Umstände berücksichtigt werden.<sup>102</sup> In einem Urteil von 1992 stellte der *Hoge Raad* fest, dass dabei Folgendes besonders von Bedeutung ist: einerseits die Haftungsform<sup>103</sup> und andererseits Art, Dauer und Stärker der Schmerzen, das Leid und der Verlust der Lebensfreude durch die haftungsbegründende Handlung.<sup>104</sup> Außerdem müssen die Gerichte den von anderen Gerichten in vergleichbaren Fällen zugesprochenen Betrag berücksichtigen, einschließlich der bisherigen Höchstbeträge, und dabei die Infla-

97 Siehe *Stb.* 2004, 358.

98 Siehe *Dommering-van Rongen* (Fn. 91) 146.

99 HR 28. Mai 1999, NJ 1999, 510 (G./H.).

100 Zum Ausgleich anderer immaterieller Schadensformen siehe *Lindenbergh* (Fn. 88) 17ff.

101 Der *Hoge Raad* geht nicht auf die Höhe des von unteren Instanzen bei immateriellen Schäden zugesprochenen Ausgleichs ein, siehe HR 8. Juli 1992, NJ 1992, 770 (AMC/O.) und HR 17. November 2000, NJ 2001, 215 (*Druiff/B. C. E. Bouw*).

102 Vgl. HR 17. November 2000, NJ 2001, 215 (*Druiff/B. C. E. Bouw*). Siehe auch *Lindenbergh* (Fn. 88) 65ff.

103 Z. B. deliktische oder vertragliche, verschuldensabhängige oder verschuldensunabhängige Haftung oder bestimmte Haftungsformen (Haftung des Arbeitgebers, Verkehrshaftpflicht, Produkthaftung, Haftung für Dienstleistungen usw.).

104 Vgl. HR 8. Juli 1992, NJ 1992, 770 (AMC/O.). Insoweit auch HR 17. November 2000, NJ 2001, 215 (*Druiff/B. C. E. Bouw*), ein Fall, in dem die Haftung des Bauunternehmens gegenüber seinem verletzten Angestellten gefordert wurde. Siehe auch *Lindenbergh*, *De hoogte van het smartengeld in Nederland*, *Ecn verkenning van de top*, VR 1999, 129ff.

tionsrate und die seit den früheren Urteilen vergangene Zeit einbeziehen. Daneben fließen auch Entwicklungen bezüglich Schmerzensgeld in anderen Ländern in die Entscheidung ein, wobei derartige Entwicklungen für die in den Niederlanden zugesprochenen Schmerzensgelder nicht entscheidend sein dürfen.<sup>105</sup>

83 In der Rechtsprechung verwenden Gerichte, Anwälte und Versicherer zur Berechnung das sogenannte *Smartengeldbündel*.<sup>106</sup> Dieses *Smartengeldbündel* wird alle drei Jahre neu aufgelegt und enthält eine Liste der Schadensersatzzahlungen, die im Laufe der Jahre von den Gerichten bei immateriellen Schäden zugesprochen wurden.<sup>107</sup> Die jeweils zugesprochene Summe beim Ersatz immaterieller Schäden ist im Allgemeinen nicht sehr hoch<sup>108</sup>, und die Forderungen gingen (damals) in den schwereren Fällen nicht über 250 000 DFL hinaus (113 445 € ohne Inflationsbereinigung).<sup>109</sup> Die Höchstsumme wurde 1992 in einem Fall von (rechtswidriger) Kontaminierung mit dem HI-Virus zugesprochen und belief sich auf (damals) 300 000 DFL (136 134 €).<sup>110</sup> Es lässt sich kein Trend hin zu höheren Schmerzensgeldern erkennen,<sup>111</sup> obgleich Forderungen höhere Ersatzbeträge verlangen, zumindest nicht, wenn man berücksichtigt, dass die Forderungen mit der Inflation steigen.<sup>112</sup>

84 Allerdings gibt es für die Berechnung derartiger immaterieller Schäden keinen einfachen Messwert. Orientiert man sich an der Bereitschaft zu zahlen und den Schaden anzuerkennen oder die Vermeidungskosten zu übernehmen, werden die von europäischen Gerichten zugesprochenen Schadensersatzzahlungen grundsätzlich so niedrig angesetzt, dass von einer vollen Genugtuung nicht die Rede sein kann.<sup>113</sup> Sowohl in den Niederlanden als auch sonst in Europa wird Schmerzensgeld allgemein und insbesondere bei schweren Behinderungen als Angebot von Trost für den erlittenen Kummer angesehen und nicht als vollständige Wiedergutmachung des Schadens.<sup>114</sup>

#### 26. Wer hat Anspruch auf den Ersatz immaterieller Schäden?

85 Das niederländische Recht sieht bei Personenschäden vor, dass nur das primäre Opfer (also der Geschädigte selbst, dessen körperlicher oder seelischer Schaden direkt durch den Zwischenfall oder den Behandlungsfehler ausgelöst wurde und nicht durch die Konfrontation mit dem Schaden einer anderen Person, wie es beim sekundären Ner-

105 Vgl. HR 17. November 2000, NJ 2001, 215 (*Druiff/B. C. E. Bouw*).

106 Die jüngste (17.) Auflage ist M. Jansen (Hrsg.), *Smartengeldbündel* (2009).

107 Vgl. W. C. T. Weterings, *Vergoeding van letselschade en transactiekosten* (1999) 93.

108 Vgl. *Weterings* (Fn. 108) 92.

109 Vgl. *Lindenberg* (Fn. 105) 129ff.

110 HR 8. Juli 1992, NJ 1992, 770 (*AMC/O*). Vgl. *Lindenberg* (Fn. 105) 129 und 133.

111 *Lindenberg* (Fn. 88) 78.

112 Aus HR 17. November 2000, NJ 2001, 215 (*Druiff/B. C. E. Bouw*) wird deutlich, dass das Gericht beim Vergleich der aktuellen Klage mit einer früheren die Inflationsrate berücksichtigen muss.

113 Was meistens der Fall ist, siehe *Spier/Hartlief* (Fn. 93) Rn. 196. Bei immateriellen Schäden gilt der Grundsatz der vollständigen Wiedergutmachung nicht, da keine Summe den erlittenen immateriellen Schaden vollständig ausgleichen können.

114 Siehe *Č. J. J. M. Stolker/F. H. Poletiek*, *Smartengeld – Wat zijn we eigenlijk aan het doen?*, in: *Bewijs en letselschade* (1998) 78–80.



venzusammenbruch o. Ä. der Fall ist) Anspruch auf den Ersatz immaterieller Schäden hat.<sup>115</sup> Daher ist zumindest bislang kein Anspruch auf Ersatz von Trauerschäden möglich. Ein Gesetzesentwurf zur Änderung der diesbezüglichen Rechtslage, wonach die Hinterbliebenen Anspruch auf Ersatz für den „affectieschad“ haben (emotionaler Schaden, Trauerschaden, *préjudice d'affection*), wurde vom Ersten Senat des niederländischen Parlaments im März 2010 abgelehnt. Der Entwurf sah vor, dass bestimmte nahe Angehörige wie beispielsweise der Ehepartner oder die Eltern eines schwer Geschädigten oder Verstorbenen Anspruch auf einen Festbetrag (€ 10,000) haben. Die von der knappen Mehrheit (36 zu 30) jener Abgeordneten, die gegen den Gesetzesentwurf stimmten, vorgebrachten Argumente betrafen entweder die Angst vor einer drohenden Flut an Klagen bzw. die Befürchtung, dass der von den Versicherern zu zahlende Festbetrag nicht der richtige Weg sei, für Gerechtigkeit zu sorgen.<sup>116</sup>

Wie bereits kurz in Rn. 85 angesprochen, besteht für den primär Geschädigten und geschädigte Dritte Anspruch auf Ersatz für die materiellen und immateriellen Schäden durch einen Nervenzusammenbruch. Letztere, die sekundär Geschädigten, wurden mit dem schweren Schaden oder Tod von anderen durch die Verletzung einer Sicherheits- oder Verkehrsregel konfrontiert.<sup>117</sup> Derartige Forderungen sind, zumindest bislang, in Arzthaftungsfällen sehr selten<sup>118</sup> und werden daher nicht weiter besprochen.

## G. Verfahrensfragen

### 27. Besondere Zuständigkeits- oder Verfahrensregeln

Bislang gibt es keine Sonderregeln für zivilrechtliche Arzthaftungsverfahren. In naher Zukunft wird jedoch ein Gesetz in Kraft treten, das die sogenannte „deelgeschillen“ enthält. Durch dieses Gesetz wird es künftig bei Personenschäden und damit auch in Arzthaftungsfällen möglich sein, (nur) einen bestimmten Teil des Streits mit dem Schädiger (z. B. einen Streit über den Ersatz für einen bestimmten Schaden) vor einem Gericht zu klären. Der Richter entscheidet dann nur über diesen Aspekt des Streits, ohne die anderen möglichen Aspekte zu berücksichtigen, sodass die Parteien bezüglich der vorgetragenen Frage Rechtssicherheit erhalten und ihre außergerichtliche Einigung ohne Hinzuziehen eines Richters fortsetzen können. Dieses System soll Ver-

115 E. F. D. Engelbard, Third party losses in a comparative perspective (Triptychon mit C. C. van Dam und I. Giesen), *Utrecht Law Review* (ULR) 3 (2007) 82ff.

116 Zu diesem Erlass siehe die Parlamentarischen Geschäfte der Zweiten Parlamentskammer (TK) 2004/2005, Nr. 28 781, Nr. 1–3ff.

117 HR 22. Februar 2002, NJ 2002, 240 (Schockschaden), vor kurzem bestätigt von HR 9. Oktober 2009, LJN BI8583 (*Reaal Schadeverzekeringen NV*).

118 Die wenigen Beispiele stammen überwiegend aus der Zeit vor dem Schockschadensfall von 2002, der in der vorherigen Fußnote erwähnt wurde, und befassen sich mit Eltern, die durch die fehlerhafte Behandlung ihres Kindes seelischer Belastung ausgesetzt sind (am wichtigsten HR 8. September 2000, NJ 2000, 734, *Baby Joost*) und Frauen, die bei der Geburt durch eine erschwerte Entbindung seelischer Belastung ausgesetzt waren, vor allem Rb. Maastricht 22. März 2003, LJN AV7273 (Unterlassung einer Kaiserschnittentbindung).

handlungen vereinfachen, da bestimmte unüberwindbare Hindernisse entfernt werden, sodass die Parteien sich doch noch erfolgreich außergerichtlich einigen können.

#### 28. Besondere Einrichtungen zur Abwicklung von Arzthaftungsfällen

- 88 Die sogenannte Streitschlichtungskommission für Krankenhäuser (*Geschillencommissie Ziekenhuizen*) befasst sich mit Schadensersatzforderungen von Patienten, die in einer angeschlossenen Gesundheitseinrichtung geschädigt wurden und sich bereits an die Einrichtung selbst und/oder deren Haftpflichtversicherer gewandt hatten. Die Streitschlichtungskommission befasst sich nur mit Forderungen bis zu 5 000 €, die nicht bereits Gegenstand eines Zivilgerichtsverfahrens sind. Dieses alternative Verfahren zur Streitschlichtung ermöglicht dem Geschädigten oder seinen Angehörigen die Geltendmachung ihrer Forderungen zu niedrigeren Kosten und mit geringeren Verfahrenshürden, als sie bei öffentlichen, zivilrechtlichen Verfahren üblich sind. Wenn jedoch eine oder beide Parteien nicht mit der Entscheidung der Streitschlichtungskommission einverstanden sind, können sie trotzdem noch ein Zivilgerichtsverfahren anstrengen.

### H. Ausblick

#### 29. Reformpläne

- 89 Obwohl zahlreiche Autoren und Ärzte vorgeschlagen haben, sich vom Haftungsrecht abzuwenden und auf einen alternativen Versicherungsplan oder etwas Ähnliches umzusteigen, konnte darüber bislang keine Einigung erzielt werden.<sup>119</sup> Derzeit gibt es in der niederländischen Gesetzgebung keine Reformpläne für das Arzthaftungsrecht.

---

<sup>119</sup> Siehe dazu *Giard* (Fn. 10) und weiter *Cascão* (Fn. 20) (beide mit weiteren Nachweisen).

## Fälle

### 1. Fall

Im niederländischen Arzthaftungsrecht gilt allgemein, dass das ungeborene Kind bei 90  
Behandlungsfehlern Anspruch auf den Ersatz seiner Schäden hat; ein diesbezüglicher  
„wrongful-life“-Fall ist das Urteil *Baby Kelly*.<sup>120</sup> Möglich ist eine vertragsrechtliche  
Klage, weil Y als Vertragspartner des Behandlungsvertrages gilt (Art. 7:453 NBW; vgl.  
den *Baby Kelly*-Fall), oder eine deliktsrechtliche Klage wegen Verletzung der Sorg-  
faltspflicht des bzw. der Beklagten gegenüber Y (Art. 6:162 NBW; siehe Rn. 21 ff). Na-  
türlich ist der Klagegrund hier nicht, dass Y trotz der Schwere ihrer Behinderungen  
nicht hätte geboren werden wollen, und auch die Fakten sprechen nicht dafür, dass Ys  
Behinderungen (teilweise) durch einen in ihrer Familie erblichen genetischen Defekt  
entstanden sind, auf den sie fälschlicherweise nicht untersucht wurde (wie im *Baby  
Kelly*-Fall). Stattdessen scheint die Klage von Y auf dem Argument zu beruhen, dass  
aufgrund der Ergebnisse der Kardiotokographie (CTG) sowohl die Hebamme D als  
auch der Gynäkologe A (ad interim) verpflichtet gewesen wären, die erforderlichen  
medizinischen Maßnahmen einzuleiten, da es keinen Rechtfertigungsgrund dafür gab,  
es nicht zu tun. Insbesondere A hätte nach Kenntnis der CTG-Befunde weitere Unter-  
suchungen durchführen und eine Kaiserschnittentbindung anordnen müssen. Soweit  
die vertragliche und/oder außervertragliche Haftung von A durch einen dieser Gründe  
begründet werden kann, haften das Krankenhaus und/oder die Praxis von A und B  
(entweder durch das Gesetz über die zentrale Haftung des Krankenhauses im medizi-  
nischen Vertragsrecht, das oben in Rn. 61 besprochen wurde, oder im Rahmen der Ge-  
hilfenhaftung, siehe Rn. 63–64). Aufgrund der verschuldensabhängigen Haftung der  
Ärzte wäre eine Klage gegen B persönlich unserer Ansicht nach nicht erfolgreich, da B  
im Urlaub war, als sich der Zustand von X verschlechterte, und durch A vertreten  
wurde.

Das Problem scheint hier weniger die Frage der Rechtswidrigkeit oder der Verlet- 91  
zung der Vertragsverpflichtungen zu sein (die beide offenbar vorliegen), sondern der  
Kausalzusammenhang. Es besteht sowohl die Möglichkeit, dass Ys Behinderungen in  
gewissem Umfang bereits vor der Entbindung vorlagen, als auch dass die Handlungen

120 HR 8. März 2005, NJ 2006, 606 (*Baby Kelly*). Zu diesem Fall auch E. H. Hondius, *The Kelly Case – Compensation for undue damage for wrongful treatment*, in: J. K. M. Gevers et al. (Hrsg.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention. Essays in honour of Henriette Roscam Abbing* (2005) 105 ff.; I. Giesen, *Of Wrongful Birth, Wrongful Life, Comparative Law and the Politics of Tort Law Systems*, *Tydskrift vir Hedendaags Roomsche-Hollandsch Recht* (THRHR) 72 (2009) 257 ff.

von A und D die einzige Ursache dieser Behinderungen waren. Anhand der geschilderten Sachlage ist es außerdem denkbar, dass Y bereits ein gesundheitliches Problem hatte, das „zumindest“ teilweise – das heißt: oder vollständig – zu ihrem derzeitigen Gesundheitszustand beigetragen hat. Natürlich können die Beklagten nicht für Behinderungen einstehen müssen, die in jedem Fall aufgetreten wären.<sup>121</sup> Auch wenn bestätigt werden kann, dass Ys Vorerkrankung zu ihrem aktuellen Zustand beigetragen hat, steht dies einer Haftung der Beklagten nicht im Weg, da die Beklagten gemäß niederländischem Recht „den Geschädigten so nehmen müssen, wie sie ihn vorfinden“ (siehe oben Rn. 49). Voraussetzung ist jedoch, dass Y Beweise vorlegt, dass As Behandlungsfehler eine *conditio sine qua non* ihrer Behinderungen sind. Dies scheint aufgrund der geschilderten Sachlage nicht sicher möglich zu sein, insbesondere weil (wie so oft in Arzthaftungsfällen) keineswegs klar ist, wie Ys Zustand wäre, wenn A (und D) sich korrekt verhalten hätten (gemäß der medizinischen Standards). Allerdings hat Ys Klage bei Anwendung der sogenannten Umkehrregel (*omkeringsregel*, siehe Rn. 40ff), bei Schadensersatzansprüchen wegen des Verlusts der Chance (gesund zur Welt zu kommen, siehe Rn. 50ff) oder bei anteiliger Haftung (prozentuale Wahrscheinlichkeit, dass Ys Behinderungen durch die Unterlassung von A ausgelöst oder verschlimmert wurden, siehe Rn. 47) Aussicht auf Erfolg. Welche dieser Optionen angewandt werden kann und/oder wird, hängt von den Informationen aus den gutachterlichen Stellungnahmen ab.

- 92 Im niederländischen Recht ist der Kläger (hier Y) dazu verpflichtet, seinen Schaden, soweit es möglich und zumutbar ist, zu mindern. Eine Verletzung dieser Regel wird meistens als eine Form des Mitverschuldens gewertet.<sup>122</sup> Allerdings ist es eher unwahrscheinlich, dass sich das Krankenhaus in diesem Fall erfolgreich auf diese Einwendung stützen kann, da das Zivilrecht damit indirekt in das Recht von Y (und ihren Eltern) auf ein Familienleben eingreifen würde (vgl. Art. 8 EMRK). Höchstens der Umstand, dass die Pflegekosten von Y (tagsüber durch eine examinierte Pflegekraft und nachts sowie an den Wochenenden ausschließlich durch ihre Mutter) höher sind, als wenn sie in einer Pflegeeinrichtung leben würde, könnten Anlass zur Minderung des Schadensersatzes sein, allerdings nicht niedriger als die von der Haftpflichtversicherung gedeckte Summe (Art. 6:109 NBW; siehe Rn. 76 und 81). Außerdem hat Y Anspruch auf den Ersatz immaterieller Schäden, allerdings (auch hier) nur, wenn bewiesen werden kann, dass der Behandlungsfehler eine *conditio sine qua non* ihrer Behinderungen ist.
- 93 Bezüglich der Forderung von X nach dem Ersatz der besonderen Pflegekosten für Y gilt eine Sonderregel für Fälle mit Personenschäden, die auf der sogenannten „Theorie des übertragenen Schadens“ beruht (*leer van de verplaatste schade*).<sup>123</sup> Dadurch erstreckt sich die Haftung der Beklagten gegenüber Y auch auf alle finanziellen Schäden (z. B. Ausgaben, Verdienstausfälle und Ähnliches) von X durch die Pflege von Y. Aufgrund der Rechtsprechung zu diesem Thema könnte X aufgrund der Schwere der Be-

121 Ebenso HR 2. Februar 1990, NJ 1991, 292 (*Vermaat/Staat*) und dazu Engelhard (Fn. 5) 273.

122 A. L. M. Keirse, Schadebeperkingsplicht, over eigen schuld aan de omvang van de schade (2003).

123 Engelhard (Fn. 5) 142ff.

hinderung von Y sogar Schadensersatz fordern, obwohl sie keine Einkommensausfälle im eigentlichen Sinn hatte, sondern sich Urlaub (oder Ähnliches) genommen hat, um sich um Y zu kümmern.<sup>124</sup> Die für diese Pflege aufgebrauchte Zeit wird anhand (und nicht darüber hinaus) der durch die Eigenleistung von X eingesparten Kosten für eine professionelle Pflege entschädigt, allerdings nur in dem Umfang einer unter den Umständen „normalen und üblichen“ (*normaal en gebruikelijk*) professionellen Pflege.<sup>125</sup> Bezüglich ihrer Ersatzforderung für immaterielle Schäden ist X Vertragspartnerin des Behandlungsvertrags mit Krankenhaus C, sodass auch X mutatis mutandis ähnlich der für Ys Anspruch besprochenen Argumente (Rn. 90–91) einen vertraglichen Anspruch gegen A und C auf einen Ersatz ihrer seelischen Belastung hat (vgl. den bereits erwähnten *Baby Kelly*-Fall). Affektionsschäden (Rn. 85) sind noch nicht ersatzfähig.

## 2. Fall

Die Klage der Mutter hat im niederländischen Rechtssystem gute Aussichten auf Erfolg, die des Vaters vermutlich eher nicht. Vor den niederländischen Gerichten werden immer häufiger Fälle wie dieser verhandelt, bei denen X und Y, die Eltern von Z, wegen „wrongful birth“ klagen, weil das kontrazeptive Implantat „Implanon“ versagt hat.<sup>126</sup> In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Kläger auch im Rahmen der Produkthaftung (und/oder falscher Werbung, Art. 6:194 NBW) gegen (höchstwahrscheinlich) Organon klagen könnten, wie es inzwischen schon oft der Fall war.<sup>127</sup> Die im vorliegenden Fall gegen den Arzt eingereichte Klage basiert allgemein auf Art. 7:453 iVm Art. 6:74 NBW (Vertragsbruch) oder alternativ auf verschuldensabhängiger Haftung. Aus der dargestellten Sachlage lässt sich die (mutmaßliche) Fahrlässigkeit des Gynäkologen nicht mit Sicherheit ableiten. Zunächst muss ent-

124 Es gibt derzeit einen vorläufigen Vorschlag für den Umgang mit derartigen Kosten, siehe *E. F. D. Engelhard*, Naar een nieuw criterium voor de vergoeding van derden: het Voorontwerp Inkomensschade en het wetsvoorstel Reïntegratiekosten, VR 2008, 1–9.

125 HR 28. Mai 1999, NJ 1999, 564 (*Kruithof*) und HR 6. Juni 2003, NJ 2003, 504 (*Krüter/Wilton*); zu diesem Fall siehe auch *Engelhard* (Fn. 115) 82ff. Vgl. zu Schäden mit Todesfolge HR 5. Dezember 2008, *RvdW* 2009, 1 (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/R*) und dazu *R. Rijnhout*, Vergoeding voor huishoudelijke hulp door naasten: een overkoepelende analyse van art. 6:107 en 108 BW, *AV&S* (2009), und *S. D. Lindenberg & I. van der Zalm*, Vergoeding ter zake van verzorging en huishoudelijke hulp bij letsel en overlijden, *Maandblad voor Vermogensrecht* (MvV) 2009, 146–151.

126 Unter anderem Rb. Arnhem 1.1 Juni 2003, LJN AG0130; Rb. Alkmaar 11. Februar 2004, LJN AO3453; Rb. Den Bosch 15. Juni 2005, LJN AT7382; Rb. Alkmaar 24. Mai 2006, LJN AX4831; Hof Den Bosch 28. August 2007, LJN BB2385; Hof Amsterdam 24. Januar 2008, LJN BC9815 und Rb. Den Bosch 26. März 2008, LJN BC7489.

127 Siehe v. a. die 27 Fälle von 15 Frauen vor dem Hof Den Bosch 15. Juni 2005, LJN AT7353 (*X/Organon*) und die gemeinsame Entscheidung: LJN AT7382 (*X/Organon*). Im vorherigen Fall (LJN AT7353 in Abs. 4.20) hatte das Amtsgericht wegen des Defekts des Organon-Implantats eine Beweislastumkehr angeordnet.

schieden werden, ob der Arzt durch den medizinischen Eingriff zum Einsetzen des Implantats dazu verpflichtet ist, ein bestimmtes Ergebnis zu erzielen, was im niederländischen Recht anhand der Aussagen beider Parteien ermittelt wird (vgl. Rn. 27). Trifft dies zu, wird im Nachhinein vermutet, dass der Arzt seine Verpflichtung verletzt hat, wenn die Patientin bald darauf (etwa binnen eines Jahres) schwanger geworden ist und das Implantat mittels Ultraschall nicht mehr auffindbar war.<sup>128</sup> Oft besteht die Verletzung der Vertragsverpflichtungen jedoch weniger in dem (offensichtlichen) Fehler beim Einsetzen des Implantats, sondern in dem Versäumnis, die Patientin über dieses Risiko aufzuklären.<sup>129</sup> Dies enthebt das Gericht der schweren Aufgabe, die vertragliche Verpflichtung des Einsetzens des Implantats als Verpflichtung zur Sorgfalt zu bewerten (Bemühen, das Implantat korrekt einzusetzen) oder als Garantie für ein bestimmtes Ergebnis (korrekte Platzierung des Implantats).<sup>130</sup> Die Antwort auf diese Frage hängt auch im vorliegenden Fall davon ab, ob der Arzt die Patientin ausreichend auf die Möglichkeit eines Versagens der Implantation hingewiesen hat, was von der Klägerin zu beweisen ist (mithilfe der sogenannten „sekundären Behauptungslast, die in Rn. 31 ff. besprochen wurde, zum Nachteil des Beklagten, der sich dann auf seine Akten berufen muss), da er nur zugestimmt hat, mit größtmöglicher Sorgfalt vorzugehen, nicht aber ein bestimmtes Ergebnis vereinbart hat (*inspanningsverbintenis*).<sup>131</sup>

- 95 Sofern tatsächlich ein Behandlungsfehler vorliegt, haftet der Arzt für den Schaden seiner Patientin in dem Umfang, in dem er gemäß Art. 6:98 NBW (siehe Rn. 37 und 49) dafür einzustehen hat. Ihre Entscheidung gegen eine Abtreibung führt nicht zur Haftungsbe freiung. Allerdings muss die Frau das Gericht davon überzeugen, dass sie lieber kein Kind bekommen hätte und nur durch den Behandlungsfehler Mutter geworden ist. Dazu können Zeugen, insbesondere enge Verwandte, angehört werden.<sup>132</sup> Vor kurzem forderte das Berufungsgericht Den Haag die Haftung eines Gynäkologen, der eine 37-jährige Frau nicht ausreichend aufgeklärt hatte, die ihn wegen immer seltener werdenden Regelblutungen aufsuchte. Das Gericht begründete die Entscheidung auf seiner Aussage der Patientin gegenüber, sie habe die Blutergebnisse einer 50- bis 60-jährigen Frau, allerdings wies sie der Arzt nicht darauf hin, dass sie trotzdem weiterhin ein Kontrazeptivum einnehmen müsse. Er wurde für die Kosten der Schwangerschaft (von Zwillingen) haftbar gemacht. Der Umstand, dass die Frau sich gegen einen Schwangerschaftsabbruch entschieden hatte, unterbrach die Kausalkette nicht (wie es der Gynäkologe darlegte), da es sich um eine sehr persönliche Entscheidung handelt.<sup>133</sup>

128 Hof Alkmaar 11. Februar 2004, LJN AO3453, Abs. 5.14.

129 Rb. Arnhem 11. Juni 2003, LJN AG0130 (Implanon-Implantat), in Abs. 14.

130 Vgl. HR 1. Dezember 2000, LJN AA8724 (Wrongful birth II), bei dem die Klage der Mutter wegen „wrongful birth“, die wegen des Versagens einer operativen Sterilisation mit Tubenligatur schwanger geworden war, abgewiesen wurde, weil sie kein fahrlässiges Verhalten der Ärzte beweisen konnte.

131 Rb Alkmaar 11. Februar 2004, LJN AO3453 (Implanon-Implantat II), Abs. 5.9.

132 Siehe dazu die ausführlichen vom Gericht berücksichtigten Zeugenaussagen in Rb. Alkmaar 24. Mai 2006, LJN AX4831 (Implanon-Implantat III).

133 Hof Den Haag 10. Juli 2007, NJ 2007, 656 (Gynäkologe/Kläger).

In einem Fall von „wrongful birth“, in dem der Gynäkologe vergessen hatte, die Spirale (also kein Organon-Implantat) nach einer Operation wieder einzusetzen, stellte der *Hoge Raad* fest, dass der legale Kausalzusammenhang (Art. 6:98 NBW) schon dadurch hergestellt ist, dass durch diesen Fehler des Arztes ein Risiko entstanden ist, das sich manifestiert hat. Daher haftet der Beklagte (Gynäkologe) „grundsätzlich“ für alle materiellen Schäden, auch für die Unterhaltskosten des Kindes. Das Gericht wies grundlegende Einwände gegen den Ersatz der Unterhaltskosten ab, wonach die Anerkennung der Ausgleichsfähigkeit dieser Kosten damit gleichzusetzen sei, dass das Kind als Schaden oder als ungewollt eingestuft werde. Das Gericht kehrte diese Einwände um: Der Ersatz der Unterhaltskosten sei wichtig, damit die Eltern ihre Entscheidung zur Fortsetzung der Schwangerschaft und zum Großziehen des Kindes umsetzen können.<sup>134</sup> Allerdings vermerkte das Gericht in einem obiter dictum, dass es bei Überschreitung der durchschnittlichen, objektiv berechneten Unterhaltskosten (durch das sogenannte *Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting*, NIBUD) im Ermessen des Gerichts liegt, einen Teil der Klage abzuweisen, da sie dann auf persönlichen Präferenzen der Eltern beruht (und somit in deren eigener Verantwortung liegt). Außerdem wies der *Hoge Raad* auf die Möglichkeit hin, den Schadensersatz zu mindern, falls der Gynäkologe keine Haftpflichtversicherung abgeschlossen hatte (Art. 6:109 NBW, siehe Rn. 76).<sup>135</sup>

Ein weiterer hier wichtiger Aspekt dieses am *Hoge Raad* verhandelten Falls hängt mit dem Teil der mütterlichen Klage zusammen, der sich mit ihrem Verdienstausschlag durch die Schwangerschaft und die Geburt des Kindes befasst. Die Mutter war zu diesem Zeitpunkt mit dem Vater des Kindes verheiratet. Das Paar hatte bereits zwei Kinder und lebte von Arbeitslosengeld. Gemäß dem *Hoge Raad* ist ihr Verdienstausschlag zwar „grundsätzlich“ ersatzfähig, allerdings muss dafür festgestellt werden, ob die Entscheidung der Mutter zur vorübergehenden Unterbrechung ihrer Berufstätigkeit unter den gegebenen Umständen als „vernünftige“ Entscheidung angesehen werden kann.<sup>136</sup> Die Klägerin muss das Gericht davon überzeugen. Wichtig ist dabei ihr Recht darauf, ihr Leben so zu gestalten (auch im Interesse des Kindes), wie es ihrer Ansicht nach richtig ist, während sie andererseits dazu verpflichtet ist, ihren Schaden soweit zu mindern, wie es für sie möglich ist und von ihr vernünftigerweise erwartet werden kann. Auch die besonderen Umstände ihrer Familie müssen dabei berücksichtigt werden, wie Anzahl und Alter der anderen Kinder, Arbeitslosigkeit oder Berufstätigkeit ihres Ehemanns und die finanzielle Situation der Familie.<sup>137</sup>

134 HR 21. Februar 1997, NJ 1999, 145 (Wrongful Birth I), in Abs. 3.8 des Urteils. Andere Gegenargumente finden sich in Abs. 3.9–3.10. Der Generalanwalt Vranken hatte in seinem Schlussantrag die Position anderer Rechtssysteme dargelegt, vor allem des deutschen Rechts.

135 HR 21. Februar 1997, NJ 1999, 145 (Wrongful Birth I), in Abs. 3.11. In dieser Fallnotiz kritisiert Brunner, dass das Gericht der objektiven Berechnung der Unterhaltskosten so viel Wert beimisst (anhand der NIBUD-Standards).

136 HR 21. Februar 1997, NJ 1999, 145 (Wrongful Birth I), Abs. 3.13.2.

137 HR 21. Februar 1997, NJ 1999, 145 (Wrongful Birth I), Abs. 3.13.2.

- 98 Die Ausgleichsfähigkeit der immateriellen Schäden wird vom jeweiligen Gericht anhand der Sachlage beurteilt (siehe Rn. 82 ff). Dazu muss das Gericht alle relevanten Umstände berücksichtigen, wie unter anderem die Haftungsart (z. B. Vorsatz oder nur Fahrlässigkeit, verschuldensabhängig oder verschuldensunabhängig usw.).<sup>138</sup> Der *Hoge Raad* lässt in seinem Urteil von 1997 sogar Raum für einen Abzug wegen der Freude, die (auch) ein ungeplantes Kind bereitet, was allerdings in der Literatur kritisiert wurde.<sup>139</sup> Dies hat in einigen Fällen sogar dazu geführt, dass der Teil der elterlichen (mütterlichen) Klage wegen des Ausgleichs immaterieller Schäden abgewiesen wurde.<sup>140</sup>
- 99 Wichtig ist, dass der Schadensersatzanspruch des Vaters bislang in allen vor niederländischen Gerichten verhandelten Fällen weitaus weniger beachtet wurde, da die Klagen fast ausschließlich von den Müttern eingereicht wurden und sich mit deren Schäden befassten. Die Position des Vaters unterscheidet sich stark von derjenigen der Mutter, da er allgemein nicht als Vertragspartei des Behandlungsvertrages angesehen wird, der für die Behandlung während der Schwangerschaft abgeschlossen wurde.<sup>141</sup> Wenn besondere Hinweise vorliegen, dass geplant war, den Vater in den Behandlungsvertrag aufzunehmen, beispielsweise weil die Mutter dem Arzt mitgeteilt hat, dass sie auch im Namen des Vaters handelt (was natürlich selten ist), sind Ausnahmen möglich.<sup>142</sup> Allerdings wurden (auch deliktsrechtliche) Klagen von Vätern bislang in den meisten Fällen wegen fehlender Haftungsgründe abgewiesen.<sup>143</sup> Manche Gerichte gehen jedoch davon aus, dass Behandlungsfehler, die einen Vertragsbruch gegenüber der Mutter darstellen, im Wesentlichen auch Delikte gegen den Vater sind.<sup>144</sup> Bei Klagen wegen „wrongful life“ hat der *Hoge Raad* entschieden, dass die Verletzung des Rechts auf Selbstbestimmung ebenso den Vater betreffen kann. Zwar hat er nicht das letzte Wort bei der Entscheidung über einen möglichen Schwangerschaftsabbruch, aber seine Interessen sind so stark involviert, dass eine Verletzung des mit der Mutter geschlossenen Vertrags auch eine unrechtmäßige Handlung (bzw. eher eine Unterlas-

138 HR 9. August 2002, LJN AE2117 (*St. KUN/Anwender*), Abs. 5.3.

139 So Generalanwalt *Spier* in seinem Schlussantrag HR 9. August 2002, LJN AE2117 (*St. KUN/Anwender*) in Abs. 4.25.1–4.26.2 des Schlussantrags (mit Nachweisen), wobei *Spier* zu dem Schluss kommt, dass die immateriellen Vorteile die Nachteile überwiegen und ihr immaterieller Schaden somit nicht ausgleichsfähig sei (Abs. 4.41). In diesem Sinne auch für einen Implanon-Fall wie dem vorliegenden: Rb. Alkmaar 24. Mai 2006, LJN AX4831 (Implanon-Implantat III).

140 Rb. Alkmaar 24. Mai 2006, LJN AX4831 (Implanon-Implantat III).

141 Gemäß Art. 7:446 Abs. 1 NBW erstreckt sich der vertragliche Schutz nur dann auf bestimmte Dritte (*bepaalde derden*), wenn sie auch die zu Behandelnden sind. Da der Vater nicht wegen der Schwangerschaft behandelt wurde, ist er somit auch keine Vertragspartei (*ibid.*, Rb. Arnhem 11. Juni 2003, LJN AG0130, in Abs. 5, und Rb. Alkmaar 11. Februar 2004, LJN AO3453, Abs. 5.3).

142 Rb. Alkmaar 11. Februar 2004, LJN AO3453 (Implanon-Implantat), Abs. 5.3.

143 Rb. Arnhem 11. Juni 2003, LJN AG0130, in Abs. 9; Rb. Alkmaar 11. Februar 2004, LJN AO3453, Abs. 5.19 (Forderung einer deliktischen Haftung dem Vater gegenüber muss weiter bewiesen werden), Rb. Alkmaar 24. Mai 2006, LJN AX4831.

144 Vgl. z. B. das Urteil des Berufungsgerichts bei einer Klage wegen „wrongful life“ (!) HR 8. März 2005, NJ 2006, 606 (*Baby Kelly*).



sung) gegen den Vater ist. Kann er beweisen, dass es dadurch zu seelischen Schäden gekommen ist, hat auch er Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden.<sup>145</sup> Unserer Ansicht sollte dies auch bei Klagen wie der hier vorliegenden wegen „wrongful birth“ zutreffen.

### 3. Fall

Nach niederländischem Recht würde die Schadensersatzklage von X gegen den Beklagten vermutlich zugelassen werden. Dieser Fall umfasst mehrere schwere Unterlassungen durch mehrere beteiligte Ärzte. Erstens gibt es drei Unterlassungen seitens des Gynäkologen am Krankenhaus A: X, das Neugeborene mit Hypoglykämie (wodurch es als „Hochrisikokind“ hätte eingestuft werden müssen), wurde trotz medizinischer Indikation nicht überwacht, es wurde kein Pädiater hinzugezogen, und die Mutter von X wurde ebenso wenig wie die Hebamme über die Notwendigkeit der Überwachung der Blutzuckerspiegel aufgeklärt. Zweitens finden sich Unterlassungen seitens der Hebamme B: Sie hätte die Gefahr für X erkennen müssen und hat keinen Pädiater hinzugezogen. Drittens finden sich organisatorische Unterlassungen seitens der pädiatrischen Klinik C, wodurch wertvolle Zeit verloren ging. Viertens ergriff auch die Krankenschwester D nicht die erforderlichen Maßnahmen. Die alles entscheidende Frage ist natürlich der Kausalzusammenhang zwischen diesen Unterlassungen und dem letztendlichen Schaden im Sinne der *conditio sine qua non*, die schwere Behinderung von X: Für eine erfolgreiche Klage muss X beweisen, dass seine schwere Behinderung durch jeden dieser Behandlungsfehler hervorgerufen wurde oder zumindest hätte hervorgerufen werden können (Art. 6:99 NBW, siehe Rn. 102), und, falls dies so ist, auch durch welche(n). Anhand der Sachlage lässt sich der Kausalzusammenhang der einzelnen Unterlassungen nicht eindeutig im Sinne der *conditio sine qua non* klären. Allerdings besteht die Wahrscheinlichkeit, dass die Abfolge der Ereignisse zum Schaden geführt hat. Dies könnte eine gesamtschuldnerische Haftung begründen (Art. 6:102 NBW). Zwar ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Organschaden in der C-Klinik aufgetreten ist, etwas höher, aber daraus lässt sich nicht ableiten, wie die gesundheitliche Verschlechterung von X bis zum jetzigen Zustand genau abgelaufen ist (was bedeutet, dass nicht nur C, sondern auch A und B in gleichem oder größerem Umfang ein Verschulden trifft). Außerdem scheint weiterhin unklar zu sein, zu welchem Zeitpunkt (und durch welche der nicht erfolgten Handlungen) Xs Verschlechterung hätte verhindert werden können.

Im niederländischen Recht würde in diesem Fall wahrscheinlich von einer kumulativen Kausalität ausgegangen, d. h. dass jeder der Beklagten dafür einstehen muss, dass er zur Verschlechterung von Xs Zustand beigetragen hat, was schließlich zu dessen organischem Schaden geführt hat. Anschließend wird der Schaden auf die Handlungen der einzelnen Beklagten zurückgeführt (Art. 6:98 NBW). Dazu kann bei jedem der Beklagten die oben besprochene Umkehrregel (Rn. 40ff) angewandt werden. Dabei

145 HR 8. März 2005, NJ 2006, 606 (*Baby Kelly*).

wird davon ausgegangen, dass das Risiko, das beispielsweise durch das Versäumnis einer 24-Stunden-Blutzuckerüberwachung durch A entstanden ist, sich verwirklicht hat, es sei denn, der Beklagte beweist, dass seine Unterlassung nicht zu der gesundheitlichen Verschlechterung von X geführt hat. Eine ähnliche Argumentationsweise ist für das Risiko durch das Nichtinzuziehen eines Pädiaters und auch für andere rechtswidrige Handlungen möglich. Dann kann für alle Beklagten eine Solidarhaftung festgestellt werden und die zahlende Partei hat Regressansprüche an die anderen (die in einem neuen Verfahren untereinander klären werden, wer was verursacht hat). Wie bereits erwähnt geht die rechtliche Zuschreibung (bezüglich des Kausalzusammenhangs, Art. 6:98 NBW) der Ereignisabfolge bei Personenschäden im niederländischen Recht sehr weit: Die Beklagten haften auch für eine unwahrscheinliche Ereignisabfolge (z. B. wenn das Opfer eines leichten Verkehrsunfalls wegen kumulativer Behandlungsfehler nach Einweisung in das Krankenhaus schwerstbehindert ist).

102 Natürlich lässt sich nicht erkennen, dass bereits der erste Behandlungsfehler eine gesundheitliche Verschlechterung von X hervorrief, obwohl dies wahrscheinlich zu sein scheint. Andere Möglichkeiten sind eine anteilige Haftung oder wegen Verlusts der Chance wie oben erklärt (Rn. 47 und 50ff.), oder (vermutlich klägerfreundlicher) die Anwendung der Alternativhaftung gemäß Art. 6:99 NBW (angewandt im berühmten DES-Fall).<sup>146</sup> In den 1950er- und 1960er-Jahren vertrieben mehrere pharmazeutische Unternehmen ein schwangerschaftsinduzierendes Arzneimittel. Später stellte sich heraus, dass sowohl die Mütter als auch die Töchter bei Einnahme dieser Substanz durch die Mutter erhebliche gesundheitliche Schäden davontrugen. Mehrere geschädigte Töchter forderten Ersatz von mehreren Herstellern, ohne dass sie Beweise beibringen konnten, welche Tabletten von welchem Hersteller ihre Mütter eingenommen hatten. Die Hersteller behaupteten, dass sie nicht voll haftbar gemacht werden könnten. Der *Hoge Raad* entschied, dass die Interessen der geschädigten DES-Töchter Vorrang vor den Interessen der Hersteller hatten. Daher könne eine geschädigte Tochter von allen Herstellern vollen Schadensersatz fordern, obwohl kein Kausalzusammenhang mit diesem Hersteller bewiesen wurde. Die falsche Bewerbung der unverhältnismäßig gefährlichen Substanz wurde als ausreichend betrachtet.

103 Die Entscheidung des DES-Falls folgte dem alten niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1838, das keine Regeln zum alternativen Kausalzusammenhang enthielt. Der *Hoge Raad* entschied, dass die Grundregel aus Art. 6:99 NBW bereits vor dem Inkrafttreten im Jahre 1992 sachliches Recht war. Gemäß Art. 6:99 NBW ist bei einem Schaden durch zwei oder mehr rechtswidrige Handlungen, bei dem unklar ist, welche dieser Ursachen den Schaden tatsächlich ausgelöst hat, jeder Schädiger voll haftbar, soweit er nicht beweisen kann, dass seine Handlung den Schaden auf keinen Fall verursacht hat. Die rechtswidrige Handlung im DES-Fall war der Vertrieb einer unverhältnismäßig gefährlichen Substanz durch mehrere Hersteller. Jeder durch diese Substanz Geschädigte hat jedem der Hersteller gegenüber Anspruch auf vollen Schadensersatz, was bei Massenschäden wie den Schäden durch DES zu erheblichen Problemen führen kann. Im vorliegenden 3. Fall scheint dieselbe Argumentationsweise an-

146 HR 9. Oktober 1992, NJ 1994, 535 (*DES-Töchter*).

gebracht zu sein, da alle möglichen rechtswidrigen Handlungen zu demselben Schaden geführt haben könnten.

Diese Option wird durch folgenden am *Hoge Raad* verhandelten Fall gestützt.<sup>147</sup> 104 In diesem Fall (ob Sie es glauben oder nicht) behauptete eine „zweite Gruppe“ von Brandstiftern, dass der Gesamtschaden an einem Gebäude nicht auf die Handlungen „ihrer Gruppe“ zurückzuführen sei. Sie brachten vor, dass das von ihnen in Brand gesteckte Gebäude bereits durch ein vorausgegangenes, durch andere Brandstifter gelegtes Feuer irreparabel beschädigt worden wäre. Das Berufungsgericht kam jedoch nach Würdigung der Beweise zu dem Ergebnis, dass die Handlungen der zweiten Brandstiftergruppe durchaus zum Gesamtschaden hätten führen können, und beschloss daher die Anwendung von Art. 6:99 NBW. Der *Hoge Raad* bestätigte das Urteil dahingehend, dass die Brandstifter für den Gesamtschaden haftbar sind (Art. 6:99 NBW), soweit sie nicht beweisen können, dass der Gesamtschaden nicht durch sie entstanden war (was sie nicht konnten). Unserer Ansicht nach lässt sich diese Argumentation gemäß Art. 6:99 NBW auch im vorliegenden Arzthaftungsfall anwenden, da es aufgrund der Fakten auch möglich ist, dass jeder der Beklagten den Gesamtschaden verursacht hat.

#### 4. Fall

Diese Klage hat gemäß niederländischem Recht Aussicht auf Erfolg, wenn die Lähmung von X tatsächlich Folge der Operation ist und nicht in jedem Fall aufgetreten wäre (was unklar bleibt), was hier der entscheidende Punkt ist. Der Fall befasst sich vor allem mit der „Einwilligungserklärung“, weswegen wir auf die Besprechung unter Rn. 70 verweisen. Die dort besprochene und im Gesetz über den Behandlungsvertrag (*Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst*, WGBO) festgehaltene Aufklärungspflicht der Ärzte gilt auch für die X im vorliegenden Fall vorgeschlagene Operation, insbesondere weil diese Operation mit so schweren Risiken einherging und gemäß der geschilderten Sachlage nicht zwingend notwendig war. Wie bereits dargelegt ist der Arzt durch das WGBO dazu verpflichtet, seinen Patienten auf deutliche Weise („op duidelijke wijze“) über geplante Untersuchungen und Behandlungen aufzuklären, was natürlich bedeutet, dass diese Aufklärung für den Patienten verständlich erfolgen muss. In den Gesetzesmaterialien stellt der Gesetzgeber fest, dass der Arzt die Aufklärung bei Patienten mit Sprachschwierigkeiten mithilfe eines Dritten durchführen muss, erforderlichenfalls mithilfe eines Übersetzerzentrums.<sup>148</sup> In den Niederlanden können sich Ärzte an das Übersetzerzentrum wenden, wenn sie kurzfristig (binnen Tagen) oder sofort (in Notfällen oder wenn eine telefonische Beratung ausreicht) die Hilfe eines Dolmetschers benötigen. Das Ministerium für Gesundheit und Sport

<sup>147</sup> Siehe HR 31. Januar 2003, NJ 2003, 346 (mehrere Brandstifter).

<sup>148</sup> Siehe die Parlamentarischen Geschäfte der zweiten Parlamentskammer (TK) 1989/1990, Nr. 21 561, Nr. 3 (Begründung), S. 11.

der Niederlande sowie das Justizministerium subventionieren die Kosten für professionelle Übersetzer im gesundheitlichen und sozialen Sektor.

- 106 Die Beweislast für die Verletzung der Aufklärungspflicht liegt beim Patienten. Wie bereits in Rn. 35 erklärt wird von den Ärzten erwartet, dass sie zu ihrer Verteidigung Sachinformationen beibringen, auch wenn die Beweislast des Klägers dadurch zum Nachteil des Beklagten verändert oder erleichtert wird.<sup>149</sup> Darüber ließe sich im vorliegenden Fall noch viel sagen. Alle von X angeführten Schäden sind gemäß niederländischem Recht zu ersetzen, wobei Sozialleistungen abgezogen werden, die bereits einen Teil seiner Ausgaben für die Umbauten und die Anschaffung des Autos decken, soweit X sie nicht bereits selbst abgezogen hat.

## 5. Fall

- 107 Obwohl unklar ist, was genau geschehen ist, hätte diese Klage nach niederländischem Recht Aussicht auf Erfolg. Gemäß den Fakten ist es sicher, dass der Schaden des Patienten nur durch die Lagerung seines Arms zu Beginn der Operation (wofür der Chirurg verantwortlich war) in Verbindung mit der Kompression im Operationsverlauf entstanden ist (wofür vor allem die Anästhesistin verantwortlich war). Dies könnte ihre Haftung als Gesamtschuldner begründen, da weder bewiesen werden kann, dass die Armlagerung falsch war, noch dass die damalige Assistenzärztin der Anästhesie fahrlässig gehandelt hat. Das Gericht kann dem Kläger bei der Beweisführung helfen (durch Anwendung der sekundären Behauptungslast Rn. 31 ff), wenn sicher ist, dass seine Beschwerden mit der Operation zusammenhängen (wofür spricht, dass die Beschwerden unmittelbar nach der Operation begonnen haben). Dies gilt vor allem, weil die beiden Sachlagen wegen mangelnder Dokumentation der Handlungen während der Operation nicht bewiesen werden können. (Dadurch könnte möglicherweise sogar gemäß Art. 7:454 NBW ein materiell-rechtlicher Anspruch entstehen, sodass die Theorie vom Verlust der Chance anwendbar wäre, siehe Rn. 50 ff., was aber im vorliegenden Fall sehr weit hergeholt zu sein scheint).
- 108 Niederländische Gerichte verwenden einen objektiven Sorgfaltsmaßstab für Ärzte, sodass trotz mangelnder Erfahrung (bei C) und Zeitmangel (bei D) eine Verpflichtung besteht, wie „gute“ Ärzte zu handeln (gemäß Art. 7:453 NBW, siehe Rn. 67 und 23). Soweit mehrere Personen für denselben Schaden haftbar gemacht werden können, haften sie gesamtschuldnerisch (Art. 6:102 NBW) und haben nach Entschädigung des Klägers gegeneinander Regressansprüche (Art. 6:6 ff NBW). In diesem Fall könnte man natürlich auch den Artikel zur zentralen Haftung anwenden (siehe Rn. 61).
- 109 Soweit es einen ausreichenden Haftungsgrund gibt, hat X Anspruch auf den Ersatz seiner immateriellen Schäden (Art. 6:106 lit. b NBW) und seines Verdienstauffalls. Soweit seine Wochenendtätigkeit nicht versteuert wurde, können die Einkommensausfälle nur in einer Höhe nach Abzug von Steuern und Sozialabgaben (u. Ä.) berücksichtigt werden, die bei einer Meldung an die Finanzbehörden anfallen würden (siehe

<sup>149</sup> HR 20. November 1988, NJ 1988, 500 und HR 18. Februar 1994, NJ 1994, 368.

Rn. 79). Seine Verweigerung einer Umschulung hat vermutlich sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen, wirkt sich aber nicht auf das Schadensersatzrecht aus (obwohl X zur Schadensminderung verpflichtet ist, allerdings nur in einem „vernünftigerweise“ zu erwartenden Rahmen). Die Gutachterkosten sind nach niederländischem Recht (Art. 6:96 NBW) ersatzfähig, allerdings gilt der sogenannte Doppeltest der Angemessenheit: War es erstens angesichts seiner Verpflichtung zur Schadensminderung überhaupt angemessen, diese Kosten zu verursachen (unserer Ansicht nach könnte das gut der Fall sein), und waren die hohen Kosten zweitens angemessen, da er auch ein kostenloses Gutachten hätte erstellen lassen können? X muss das Gericht davon überzeugen, da die kostenlose Methode auch den Beklagten verfügbar war, dass dies in der Tat angemessen war, beispielsweise indem er auf die (möglichen) qualitativen Unterschiede der beiden Optionen hinweist (war die eine Untersuchung ausführlicher als die andere, und war dies für seine Klage erforderlich usw.).

## 6. Fall

Es ist fraglich, ob diese Klage Erfolg haben würde. Kosten für Haushaltshilfen sind nach niederländischem Recht ausgleichsfähig, auch wenn es sich nicht um professionelle Hilfen handelt (vgl. Rn. 93), und werden objektiv berechnet. Das Problem im vorliegenden Fall ist jedoch der Haftungsgrund. Es bestand ein Vertrag zwischen der Patientin und C und/oder D (rechtliche Vertreter der orthopädischen Praxis). Die Patientin kann die Praxis sowie C und/oder D persönlich verklagen. Einer erfolgreichen Klage stehen mindestens zwei wichtige Fragen im Wege: erstens die Frage nach der Verletzung der Vertragsverpflichtung seitens des Arztes und zweitens der Kausalzusammenhang. Bezüglich der Sorgfaltspflicht scheint der Bericht der Gesundheitsbehörden darauf hinzuweisen, dass die (nicht schriftlich festgehaltenen) Hygienestandards nicht eingehalten wurden. Ob dies ausreicht, um eine Haftung zu begründen, hängt zum Teil von den in diesem Bereich üblichen Hygieneregeln ab. Für uns erweckt es den Anschein, dass die Hygienemaßnahmen der Praxis nicht ausreichen. 110

### Variante 1

Soweit sich der Bakterienträger nicht identifizieren lässt, wird die Klage abgewiesen werden, da grundsätzlich die Geschädigte den Kausalzusammenhang zwischen den mangelnden Hygienemaßnahmen des Beklagten und der Infektion beweisen muss. Wenn sie zwar beweisen kann, dass sie von einem Mitarbeiter der Praxis angesteckt wurde, nicht aber von welchem, hilft ihr die Regelung des alternativen Kausalzusammenhangs (Art. 6:99 NBW), durch den eine Beweislastumkehr möglich ist. Hier könnte es jedoch jeder gewesen sein, und für dieses Problem mit dem (allgemeinen) Kausalzusammenhang sieht das Bürgerliche Gesetzbuch keine Sonderregelungen vor. Auch das Gericht kann ihr nicht helfen, weil die Fakten im vorliegenden Fall nicht für sich selbst sprechen, und auch die Umkehrregel (*omkeringsregel*) ist hier nicht anwendbar. Letzteres wäre eventuell möglich, aufgrund des restriktiven Vorgehens des 111

*Hoge Raad* scheint es sehr fraglich, ob sich aus dem Bericht der Gesundheitsbehörden die Herbeiführung eines bestimmten Infektionsrisikos ableiten lässt (im Sinne einer Verletzung der Hygienestandards, siehe Rn. 41 ff). Eine anteilige Haftung nach Wahrscheinlichkeitsquoten, die in einem Fall mit Asbestose eingeführt wurde, wird vermutlich nicht auf häufigere Fälle wie den vorliegenden angewandt werden können. Daher würde die Klage vermutlich abgewiesen werden.

#### **Variante 2**

- 112 Nach den bisherigen Erörterungen überrascht es nicht weiter, dass nach niederländischem Recht ohne den Beweis eines Verschuldens auch keine Haftung begründet wird, da die Regelungen der Gefährdungshaftung (siehe Rn. 63–64) hier nicht anwendbar sind. Der bloße Umstand an sich, dass sich die Patientin infiziert hat, begründet kein Verschulden.