

GERALD MÄSCH

# Chance und Schaden

*Jus Privatum*

92

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 92





Gerald Mäsch

# Chance und Schaden

Zur Dienstleisterhaftung  
bei unaufklärbaren Kausalverläufen

Mohr Siebeck

*Gerald Mäsch*, geb. 1964; 1984–1990 Studium der Rechtswissenschaften in Passau und Genf; Promotion 1992, Dissertation zum Internationalen Verbraucherschutzrecht ausgezeichnet mit dem Ostbayerischen Kulturpreis; 1994–1996 und 1998–2000 wiss. Assistent am Institut für Rechtsvergleichung der Universität München; 1997/1998 Rechtsanwalt; 2000/2001 *Marie Curie Fellow* am Institute of European and Comparative Law der Universität Oxford; 2001/2002 *Visiting Research Fellow* und Feodor-Lynen-Stipendiat am Institute for Global Law des University College London, Februar 2003 Habilitation an der Universität München, 2003/2004 Lehrstuhlvertretungen in München und an der Universität Heidelberg; seit 2004 Direktor des Instituts für Internationales Wirtschaftsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

ISBN 3-16-148364-2

978-3-16-157948-6 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2004 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

*Für Ch.F.*



## Vorwort

Diese Arbeit lag im Wintersemester 2002/2003 der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift vor. Soweit mir möglich, wurde sie für die Drucklegung auf den Stand von Januar 2004 gebracht; insbesondere im Hinblick auf die Entwicklungen in ausländischen Rechtsordnungen stößt man als Einzelautor beim Versuch der umfassenden Aktualisierung aber schnell an seine Grenzen. Ich bitte deshalb schon jetzt um Verständnis, sollte ich eine einschlägige neuere Publikation übersehen haben.

Dank habe ich vielen zu sagen, zunächst meinen ehemaligen Kollegen am Institut für Rechtsvergleichung in München. Stellvertretend seien Prof. Dr. Stephan Lorenz genannt, der dem Neuankömmling ganz selbstverständlich mit Rat und Tat beiseite stand und ihn in das intrikate Sozialgeflecht des Instituts einführte, und RA Dr. Helge Großerichter, mit dem nicht nur die Zusammenarbeit im Rahmen des von ihm initiierten Repetitoriums zum IPR ein besonderes Vergnügen war, sondern dessen juristischer Scharfsinn und herausragenden Kenntnisse zur *perte d'une chance* im französischen Recht manche Einsicht zum Thema dieser Arbeit formte und förderte.

Der auslandsrechtliche Teil der Arbeit wurde durch die Unterstützung der Europäischen Union im Rahmen ihres *Marie-Curie*-Forschungsprogramms und durch ein Feodor-Lynen-Stipendium der Alexander-von-Humboldt-Stiftung möglich gemacht. Dank gilt neben diesen Institutionen auch meinen Gastgebern und Kollegen am *Institute of European and Comparative Law* in Oxford und am *Institute for Global Law* in London, insbesondere Prof. Dr. Basil Markesinis, Prof. Dr. Stephen Weatherill, Prof. Dr. Gerhard Dannemann und Dr. Stefan Enchelmaier.

Gedankt sei weiterhin Herrn Prof. Dr. Josef Drexel für die Übernahme und außerordentlich rasche Abfassung des Zweitgutachtens sowie seine besondere Unterstützung bei der Themensuche für den Habilitationsvortrag.

Zu danken habe ich ferner meinem Vater, Herrn LRSD a.D. Nando Mäsch, der es mit bewundernswertem Engagement auf sich nahm, die Arbeit vor Drucklegung auf formale, grammatikalische, orthographische und sonstige Mängel zu durchforsten. Die letzte Durchsicht hat ebenso engagiert Frau stud. iur. Andrea Srol unternommen. Alle nicht beseitigten Fehler liegen allein in meiner Verantwortung. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft danke ich für einen großzügigen Druckkostenzuschuss.

*Last but not least:* Der größte Dank gilt meiner Habilitationsmutter, Frau Prof. Dr. Coester-Waltjen. Sie hat die Arbeit nicht nur durch ihre Persönlichkeit und ihr Vorbild an wissenschaftlicher Präzision und unermüdlichem Einsatz, durch die Herausforderungen und Förderung als Mitarbeiter an ihrem Lehrstuhl und durch die Freiräume, die sie mir in den „heißen Phasen“ gewährt hat, inhaltlich maßgeblich geprägt. Mehr noch: Sie ist mit ihrer von Taten begleiteten Überzeugung, dass ich die wissenschaftliche Laufbahn einschlagen sollte, dafür verantwortlich, dass mein als Abschied von der Universität geplanter Ausflug in die Anwaltschaft ein Abstecher blieb und ich das Projekt dieser Habilitationsschrift überhaupt in Angriff genommen habe.

Die Arbeit ist Ch.F. gewidmet. Nicht, weil sie an ihrer Entstehung maßgeblichen Anteil oder unter ihr zu leiden hatte, sondern weil sich unsere Lebenswege nur dank dieser Schrift gekreuzt haben. Und das ist, was immer die Zukunft bringen mag, ihr schönstes, wichtigstes Ergebnis.

Münster, im Mai 2004

G.M.

## Inhaltsübersicht

<i>Einleitung</i> .....	1
<i>1. Kapitel: Begriffsklärung, Problemstellung und Gang der Darstellung</i> .....	11
§ 1 Der Begriff der Dienstleistung .....	11
§ 2 Die Kausalität .....	12
§ 3 Kausalitätszweifel bei der Schadenersatzhaftung eines Dienstleisters ...	13
§ 4 Gang der Darstellung .....	29
<i>2. Kapitel: Gegenwärtige Handhabung in der deutschen Praxis</i> ...	30
§ 1 Allgemeine Grundsätze .....	30
§ 2 Arzthaftung .....	32
§ 3 Anwaltshaftung .....	76
§ 4 Sonstige Dienstleistungen .....	117
§ 5 Fazit .....	118
<i>3. Kapitel: Lösungsvorschläge in der Literatur und eigener Ansatz</i> .	127
§ 1 Lösungsvorschläge in der Literatur .....	127
§ 2 Ein neuer Ansatz für die Haftung von Dienstleistern bei unaufklärbaren Kausalverläufen: Der Verlust einer Chance .....	143
<i>4. Kapitel: Die Haftung für verlorene Chancen in der Praxis anderer Rechtsordnungen</i> .....	156
§ 1 Einleitung .....	156
§ 2 Länderberichte .....	158
§ 3 Bewertung der Bestandsaufnahme .....	226
<i>5. Kapitel: Die Haftung für verlorene Chancen im materiellen deutschen Recht</i> .....	229
§ 1 Gang der Darstellung .....	229
§ 2 Verfassungsrechtlicher Auftrag zum haftungsrechtlichen Schutz von Chancen? .....	229
§ 3 Die vertragliche Haftung für verlorene Chancen .....	237

§ 4 Die außervertragliche Haftung für verlorene Chancen .....	294
§ 5 Der Wert einer Chance .....	320
§ 6 Das „indirekte“ Schmerzensgeld beim Ersatz einer Heilungschance ....	360
§ 7 Das vertragliche Entgelt als Mindestschaden .....	367
6. <i>Kapitel: Die prozessualen Rahmenbedingungen der Haftung für eine verlorene Chance</i> .....	371
§ 1 Die verlorene Chance: Flucht des Richters in die Bequemlichkeit? .....	371
§ 2 Subsidiarität der verlorenen Chance: Der erfolgreiche Nachweis der Kausalbeziehung zum Endschaden .....	372
§ 3 Der Nachweis des Verlustes einer Chance .....	409
<i>Zusammenfassung der Ergebnisse</i> .....	423
<i>Schlussbemerkung</i> .....	430
Literaturverzeichnis .....	433
Sachregister .....	465

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
-----------------------------	-----

Einleitung .....	1
------------------	---

## 1. Kapitel

### Begriffsklärung, Problemstellung und Gang der Darstellung

§ 1 Der Begriff der Dienstleistung .....	11
§ 2 Die Kausalität .....	12
§ 3 Kausalitätszweifel bei der Schadenersatzhaftung eines Dienstleisters ...	13
I. Dienstleisterhaftung: Anfällig für Kausalitätszweifel .....	13
II. Die von der Darstellung erfassten Fälle der Kausalitätszweifel ...	15
1. Unbehebbarer Unsicherheit über den Kausalzusammenhang ...	15
a) Wissenschaftliche Erkenntnislücken .....	17
b) Tatsachenlücken .....	18
c) Kombination von Tatsachen- und Erkenntnislücken .....	19
d) Der human factor: Indeterminierte Kausalverläufe .....	19
2. Unsicherheit, die von keiner der Parteien zu vertreten ist .....	21
3. Der Einwand des pflichtgemäßen Alternativverhaltens .....	22
4. Hypothetische Kausalität, Reserveursachen .....	26
5. Keine bloße Unsicherheit über den Schadensumfang .....	27
§ 4 Gang der Darstellung .....	29

## 2. Kapitel

### Gegenwärtige Handhabung in der deutschen Praxis

§ 1 Allgemeine Grundsätze .....	30
§ 2 Arzthaftung .....	32
I. Der Behandlungsfehler .....	32
1. § 287 ZPO .....	32

2. Beweislastumkehr beim „groben Behandlungsfehler“ .....	33
a) Der grobe Behandlungsfehler als Grundlage der Beweislastverteilung .....	34
aa) Das „Gewicht“ des groben Fehlers .....	35
bb) Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess .....	38
cc) Der Gefahrenbereich des Arztes .....	42
dd) Die Ursächlichkeit des Arztes für die Beweisnot .....	43
ee) Die Billigkeit .....	43
ff) Die Sanktion des pflichtvergessenen Arztes .....	47
b) Die Bestimmung des „groben“ Behandlungsfehlers .....	50
c) Zusatzbedingungen und -regeln .....	55
aa) Der „fundamentale Irrtum“ beim Diagnosefehler und die unterlassene Befunderhebung .....	55
bb) Eignung der Pflichtverletzung zur Schadens- verursachung und „gänzlich unwahrscheinlicher“ Ursachenzusammenhang .....	58
cc) Weisungswidriges Verhalten des Patienten .....	59
dd) Eingeschränkte Beweislastumkehr für Sekundär- schäden .....	59
d) Bloße „Beweiserleichterungen“ bei einem groben Behandlungsfehler? .....	62
3. Beweislastumkehr bei der „Anfängeroperation“ .....	64
II. Die fehlerhafte Aufklärung des Patienten .....	67
1. Die Sicherungsaufklärung .....	67
2. Selbstbestimmungsaufklärung .....	68
a) Inhalt, Umfang .....	68
b) Kausalitätszweifel .....	70
aa) Die Kausalität zwischen Aufklärungsmangel und Erteilung der Einwilligung .....	70
bb) Die Kausalität zwischen Eingriff und Schaden .....	74
§ 3 Anwaltshaftung .....	76
I. Prozessuale Fehler des Anwalts .....	77
1. Die Ausblendung der Kausalitätsfrage: Die Entscheidung aus der Sicht des Regressgerichts .....	77
2. Die Pflicht des Regressgerichts zur „richtigen“ Entscheidung ..	78
a) Der Ausgang des Vorprozesses als Tatfrage .....	79
b) Die „richtige“ Entscheidung als bloßes methodisches Leitbild .....	80
c) Die normative Begrenzung des Schadens .....	83
d) Zweierlei Maß für Pflichtwidrigkeit und Schadensverursachung? .....	85
e) Ausnahmen von der Suche nach der objektiv „richtigen“ Entscheidung .....	86

aa) Steuerrecht .....	86
bb) Strafrecht .....	89
3. Schwierige Feststellbarkeit einer hypothetischen Gerichtsentscheidung .....	90
4. Folgeprobleme des Ansatzes bei der „richtigen“ Entscheidung .	92
a) Schadenersatz trotz Erfolglosigkeit bei fehlerfreier Leistung? .....	92
b) Welche Fakten entscheiden? .....	96
aa) Beweismittel .....	96
bb) Beweisverfahren, Beweismaß .....	100
cc) Beweislast .....	102
c) Die „richtige Entscheidung“ und die Aussicht auf erfolgreiche Vollstreckung .....	104
II. Fehler des Anwalts in der außergerichtlichen Beratung .....	104
1. Beweislastumkehr .....	105
a) Der „grobe“ Fehler .....	105
b) Das „Anfängermandat“ .....	107
2. Der Anscheinsbeweis „beratungsgerechten“ Verhaltens .....	108
a) Der „vernünftige“ Mandant .....	108
b) Mehrere „vernünftige“ Reaktionsmöglichkeiten des Mandanten .....	110
c) Billigkeitsentscheidungen .....	111
3. § 287 ZPO .....	114
§ 4 Sonstige Dienstleistungen .....	117
§ 5 Fazit .....	118
I. Arzthaftung .....	119
1. Ungleichbehandlung mit anderen Berufsgruppen .....	119
2. Inhaltlich unbefriedigende Regeln .....	121
II. Anwaltshaftung .....	123
III. Sonstige Dienstleistungen .....	124
IV. Das Alles-oder-Nichts-Prinzip .....	125
V. Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel .....	126
VI. Die deutsche Praxis: Kein Vorbild für Europa .....	126

### 3. Kapitel

#### Lösungsvorschläge in der Literatur und eigener Ansatz

§ 1 Lösungsvorschläge in der Literatur .....	127
I. Generelle Beweismaßherabsetzung .....	127

II. Beweismaßherabsetzung für den Kausalitätsnachweis . . . . .	131
1. § 287 ZPO . . . . .	131
2. Analogie zu beweismaßenkenden Sondervorschriften für den Kausalitätsnachweis . . . . .	133
3. Analogie zu § 830 Abs.1 S.2 BGB . . . . .	135
III. Beweislastumkehr für die Kausalität bei jeder Pflichtwidrigkeit . . .	139
IV. Übertragung des Arzthaftungskonzepts auf andere Bereiche . . . . .	141
V. Rückkehr zur Differenzhypothese bei der Anwaltshaftung für prozessuale Fehler . . . . .	142
VI. Fazit . . . . .	143
§ 2 Ein neuer Ansatz für die Haftung von Dienstleistern bei unaufkläraren Kausalverläufen: Der Verlust einer Chance . . . . .	143
I. Haftung für den Verlust einer Chance: Schadensbewertungs- statt Kausalitätsproblem . . . . .	143
II. Meinungsstand in Deutschland zum Verlust einer Chance als ersatzfähigem Schaden . . . . .	146
1. Rechtsprechung . . . . .	146
2. Literatur . . . . .	149
3. Gesetzgebung: § 126 GWB . . . . .	153

#### 4. Kapitel

### Die Haftung für verlorene Chancen in der Praxis anderer Rechtsordnungen

§ 1 Einleitung . . . . .	156
§ 2 Länderberichte . . . . .	158
I. Österreich . . . . .	158
1. Arzthaftung . . . . .	158
2. Anwaltshaftung . . . . .	161
II. Frankreich . . . . .	162
1. Ausgangspunkt: Le dommage certain . . . . .	162
2. Die „klassische“ perte d'une chance: Voraussetzungen, Anwendungsbereich . . . . .	163
3. Die perte d'une chance im Arzthaftungsrecht . . . . .	170
a) Die verlorene Heilungschance . . . . .	170
b) Die verlorene Chance auf eine informierte Entscheidung . . .	175
4. Bewertung der Chance . . . . .	176
III. Belgien . . . . .	179
1. „Klassische Fälle“ . . . . .	179

2. Arzthaftung .....	180
IV. Italien .....	182
V. Spanien .....	183
VI. Niederlande .....	184
VII. England .....	186
1. Grundsatz .....	186
2. Anwaltshaftung .....	189
a) Prozessuale Fehler .....	189
b) Außerprozessuale Fehler .....	193
3. Arzthaftung .....	195
4. Andere Dienstleistungen .....	201
5. Weitere Anwendungsfälle der lost chance .....	203
6. Zusammenfassung .....	205
VIII. Irland .....	205
IX. Schottland .....	207
X. Exkurs: Außereuropäische Common-Law-Staaten .....	209
1. USA .....	209
a) Arzthaftung .....	210
b) Anwaltshaftung .....	212
aa) Prozessuale Fehler .....	212
bb) Außerprozessuale Fehler .....	213
c) Sonstige Fallgestaltungen .....	214
2. Australien .....	215
a) Arzthaftung .....	215
b) Anwaltshaftung .....	216
c) Sonstige Fallgestaltungen .....	217
3. Kanada .....	218
XI. Schadenersatz bei Verstößen gegen die Europäische Menschenrechtskonvention .....	219
XII. Unidroit-Principles .....	224
XIII. Der Vorentwurf eines Code Européen des Contrats .....	225
§ 3 Bewertung der Bestandsaufnahme .....	226

### 5. Kapitel

#### Die Haftung für verlorene Chancen im materiellen deutschen Recht

§ 1 Gang der Darstellung .....	229
§ 2 Verfassungsrechtlicher Auftrag zum haftungsrechtlichen Schutz von Chancen? .....	229

I. Meinungsstand .....	229
1. Literatur .....	229
2. Rechtsprechung .....	230
II. Verfassungsrecht und Haftungsrecht .....	231
1. Grundrechte und Privatrecht .....	231
2. Grundrechte und Haftungsrecht .....	233
III. Verfassungsrecht und die Haftung für verlorene Chancen .....	235
1. Verfassungsrechtlicher Auftrag zum Schutz des Geschädigten aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG .....	235
2. Art. 3 Abs. 1 GG .....	235
IV. Chancenhaftung als Gerechtigkeitsgebot .....	236
§ 3 Die vertragliche Haftung für verlorene Chancen .....	237
I. Schaden und Schadenersatz .....	237
II. Die verlorene Chance als Schaden .....	240
1. Der aus dem Gegenstand vertraglicher Pflichten abgeleitete Schaden .....	240
2. Chancenwahrung als Gegenstand vertraglicher Verpflichtungen .....	242
a) Chancenwahrung als Gegenstand der Hauptleistungspflicht .....	242
aa) Dienstverträge .....	242
(1) Obligation de moyens und obligation de résultat .....	242
(2) Dem Dienstvertrag fremde Erfolgshaftung? .....	246
bb) Werkverträge .....	248
b) Nebenpflichten zur Chancenwahrung .....	252
aa) Nebenpflicht zur Chancenwahrung kraft ausdrücklicher Parteivereinbarung .....	252
bb) Nebenpflicht zur Chancenwahrung aus ergänzender Vertragsauslegung und kraft gesetzlicher Bestimmungen .....	253
cc) Pflicht zur Chancenwahrung als Teil einer allgemeinen Fürsorgepflicht .....	256
3. „Statistische“ vs. „persönliche“ Chancen .....	257
4. „Past facts“ und „hypothetical questions“ .....	259
5. Die Chance des Vertragspartners auf eine informierte Entscheidung .....	265
III. Der Ersatz einer verlorenen Chance .....	266
1. § 249 BGB: Die Kausalität des Fehlers für den Schaden und ihr Nachweis im Prozess .....	267
a) Neubestimmung des Schadens statt „Aufweichung“ des Kausalitätserfordernisses .....	267

b) Haftungsaufererung durch die Verantwortung für nur möglichlicherweise verursachte Schäden? .....	272
2. § 252 S.2 BGB: Eine Sperrwirkung der Beweiserleichterung für entgangenen Gewinn? .....	277
3. § 253 BGB: Die Chance als Vermögens- oder Immaterialwert ..	280
a) Die Weichenstellung des § 253 BGB .....	280
b) Der Vermögensschadenbegriff .....	281
c) Vermögensschaden und Chancen im Allgemeinen .....	283
aa) Die Nicht- oder Schlechterfüllung vertraglicher Verpflichtungen als Vermögensschaden .....	283
bb) Wirtschaftlicher Wert nur bei „individualisierten Chancen“? .....	287
cc) Der vergängliche Charakter einer Chance .....	289
d) Vermögensschaden und Heilungschancen im Besonderen ..	290
aa) Der materielle Wert einer Heilungschance .....	290
bb) Schadenersatz für die bloße Verringerung einer Heilungschance? .....	293
§ 4 Die außervertragliche Haftung für verlorene Chancen .....	294
I. Einleitung .....	294
II. Deliktische Haftung .....	295
1. § 823 Abs.1 BGB .....	295
a) Die Chancenwahrung als Forderungsgegenstand .....	295
b) Der Schutz von Forderungen über § 823 Abs.1 BGB .....	296
2. § 823 Abs.2 BGB .....	301
3. § 826 BGB .....	303
4. § 839 BGB, § 19 BNotO .....	303
a) Der beamtete Arzt .....	303
b) Sonstige Amtsträger .....	304
5. § 839 a BGB .....	306
6. Ergebnis .....	308
III. Berufshaftung und Vertrauenshaftung .....	308
1. Einheitliche Haftungsstandards in Vertrag und Delikt für Berufsträger .....	308
2. Autonome Haftungsgrundlage statt Vertrag oder Delikt .....	312
3. Ergänzende Haftungsgrundlage zu Vertrag und Delikt .....	312
a) Entwicklungen in der Literatur .....	312
b) Verankerung im Gesetz mit der Schuldrechtsmodernisierung .....	314
c) Voraussetzungen der Drittvertrauenshaftung für verlorene Chancen im Einzelnen .....	317
aa) Enttäuschung besonderen Vertrauens .....	317
bb) Einem Verhandlungsverhältnis ähnlicher geschäftlicher Kontakt .....	318

4. Ergebnis .....	320
§ 5 Der Wert einer Chance .....	320
I. Einleitung .....	320
II. Der Erwartungswert als Wert der Chance .....	321
1. Entscheidungstheorie .....	321
2. Das Learned-Hand-Kriterium in der ökonomischen Analyse des Rechts .....	324
3. Ergebnis .....	325
III. Berechnung des Erwartungswerts in komplexeren Fällen .....	325
1. Mehrere mögliche Ereignisvarianten: Der Weighted Mean Approach .....	325
2. Kumulierte Wahrscheinlichkeiten .....	330
a) Grundsatz .....	330
b) „Alternative“ Wahrscheinlichkeiten .....	331
3. Kumulierte Wahrscheinlichkeiten und mehrere Ereignisvarianten .....	332
a) Grundsatz .....	332
b) Der Ereignisbaum .....	334
aa) Beispiel 1: First Interstate Bank of California v. Cohen Arnold .....	335
bb) Beispiel 2: Pearson v. Sanders Witherspoon .....	337
IV. Scheingenauigkeit? .....	340
1. Qualität des Input .....	340
2. Größere Genauigkeit als andere Vorgehensweisen .....	341
V. Effiziente Verhaltenssteuerung durch die Haftung für verlorene Chancen .....	344
1. Grundlagen .....	344
2. Verhaltenssteuerung durch Normen über den Umfang der Haftung .....	345
3. Effiziente Abschreckung in Fällen unklarer Kausalverläufe ....	346
a) Die Sicht des Common Law .....	347
aa) Grundsatz .....	347
bb) Typischerweise ober- oder unterhalb der Schwelle liegende Wahrscheinlichkeiten .....	348
b) Die deutsche Perspektive .....	349
aa) Grundsatz .....	349
bb) Arzthaftung .....	350
cc) Anwaltshaftung .....	351
(1) Außerprozessuale Beratung .....	351
(2) Fehler bei der forensischen Tätigkeit .....	352
dd) Sonstige Dienstleistungen .....	353
ee) Fazit .....	354

VI. Falsche Entscheidung in allen Fällen? .....	356
§ 6 Das „indirekte“ Schmerzensgeld beim Ersatz einer Heilungschance ....	360
I. Die Aussicht auf Schmerzensgeld als zentrale Motivation für Arzthaftungsklagen .....	360
II. Kein Schmerzensgeld beim Verlust einer Chance .....	361
III. Die indirekte Berücksichtigung immaterieller Schäden bei der Berechnung des Erwartungswerts der verlorenen Chance .....	363
§ 7 Das vertragliche Entgelt als Mindestschaden .....	367
I. Das vertragliche Entgelt und der Nichterfüllungsschaden .....	367
II. Die vollständige Entwertung der vertraglichen Leistung durch die Vernichtung einer Chance .....	368
III. Die teilweise Entwertung der vertraglichen Leistung durch die Vernichtung einer Chance .....	369

6. Kapitel

Die prozessualen Rahmenbedingungen der Haftung  
für eine verlorene Chance

§ 1 Die verlorene Chance: Flucht des Richters in die Bequemlichkeit? .....	371
§ 2 Subsidiarität der verlorenen Chance: Der erfolgreiche Nachweis der Kausalbeziehung zum Endschaden .....	372
I. Die Anforderungen an den Beweis in § 286 und § 287 ZPO .....	372
1. § 286 ZPO .....	372
2. § 287 ZPO .....	374
a) Die Schätzung der Schadenshöhe .....	375
b) Der Beweis der Schadenskausalität .....	376
c) Das abgesenkte Beweismaß des § 287 ZPO für die Anknüpfungstatsachen und Kausalitätsfragen .....	377
II. Abgrenzung von § 286 und § 287 ZPO im Bereich des Kausalitätsnachweises .....	378
1. Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität ....	378
2. Der Nachweis des „Betroffenseins“ .....	380
a) Historische Entwicklung .....	380
b) Aktueller Stand .....	382
aa) Haftung für die Schädigung eines der in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter .....	382
bb) Vertragliche oder deliktische Ansprüche wegen der Verletzung bloßer Vermögensinteressen .....	384
cc) Konsequenzen für den Dienstleistungsbereich .....	385

III. Der erfolgreiche Nachweis des Kausalzusammenhangs mit dem Endschaden .....	386
1. Der Nachweis der Verursachung eines Gesundheitsschadens durch den Arzt nach § 286 ZPO .....	386
a) Verursachung durch einen Behandlungsfehler .....	386
b) Verursachung durch einen Eingriff ohne ordnungsgemäße Aufklärung .....	387
2. Der Nachweis der Verursachung eines Vermögensschadens nach § 287 ZPO .....	388
a) Der verlorene Prozess .....	388
aa) Unsicherheit über die Beantwortung von Rechtsfragen .	389
(1) Ermittlung der Rechtsansicht des Vorgerichts .....	389
(2) Hilfsweiser Rückgriff auf die eigene Ansicht des Regressgerichts .....	393
bb) Unsicherheit über die Beantwortung von Tatfragen ...	395
cc) Unsicherheit über eine Verfahrensbeendigung ohne streitigem Urteil .....	400
dd) Unsicherheit über Berufung und Revision im Vorprozess .....	403
(1) Revision .....	403
(2) Berufung .....	405
ee) Unsicherheit über den Vollstreckungserfolg .....	406
ff) Zusammenfassung .....	407
b) Sonstige Vermögensschäden .....	408
aa) Außergerichtliche Fehler des Anwalts .....	408
bb) Andere Dienstleister .....	408
§ 3 Der Nachweis des Verlustes einer Chance .....	409
I. Grundlagen .....	409
II. Der Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem Fehler und dem Verlust der Chance nach § 287 ZPO .....	410
III. Der Nachweis des Wertes der Chance nach § 287 ZPO .....	411
1. Der Wert des Endschadens .....	412
2. Die Wahrscheinlichkeit der Schadensverhinderung durch pflichtgemäßes Handeln .....	412
a) Der Umgang mit Wahrscheinlichkeitsbandbreiten .....	413
b) Fehlendes statistisches Material .....	415
c) Schadenersatz nur für den Verlust einer „substantial chance“? .....	417
3. Insbesondere: Der Wert der Prozess-Chance in der Beurteilung durch das Regressgericht .....	419
IV. Mangelnder Anreiz für den Kläger zur Sachverhaltsaufklärung? ..	421

*Inhaltsverzeichnis*

XXI

Zusammenfassung der Ergebnisse .....	423
Schlussbemerkung .....	430
Literaturverzeichnis .....	433
Sachregister .....	465



## Abkürzungsverzeichnis

Die das deutsche Recht betreffenden Abkürzungen entsprechen den üblicherweise verwendeten. Es wird insoweit auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl. 1993, und hilfsweise (für neuere Abkürzungen) auf das Abkürzungsverzeichnis in *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl. 2002, S. XVIIff., verwiesen. Die folgenden Erläuterungen beschränken sich auf juristische Abkürzungen aus anderen Rechtsordnungen.

A.2nd	Atlantic Reporter, Second Series
ABGB	(österreichisches) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
A.C.	Appeal Cases (Law Reports)
ACTSC	Australian Capital Territory Supreme Court
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
Ala.	Alabama
ALJR	Australian Law Journal and Reports
All E.R.	All England Law Reports
ALR4th	American Law Reports, Cases and Annotations, Fourth Series
Alta L.R. (3d)	Alberta Law Reports, Third Series
Am.Jur.2nd	American Jurisprudence, Second Edition
A.R.	Alberta Reports
Arch. Circol.	Archivio giuridico della circolazione
Ariz.	Arizona
Ar. RJ	Aranzadi Repertorio de Jurisprudencia (zitiert nach Jahr und Nr.)
App.	Cour d'appel, Appellationshof
Bank LR	Banking Law Reports
Bing.	Bingham (Law Reports 1822–1834)
BMJ	British Medical Journal
BMLR	Butterworths Medico-Legal Reports
Boston U.L.Rev.	Boston University Law Review
BCSC	British Columbia Supreme Court
Bull.Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (amtliches Veröffentlichungsorgan der Cour de Cassation) ; unterteilt in Teile I–V nach der jeweiligen Kammer (I–III = 1.–3. Chambre civile; IV = Chambre commerciale; V = Chambre sociale)
Bus. Law.	The Business Lawyer (law journal)
BV	Verfassung des Königreich Belgien
BW	Burgerlijk Wetboek
C.A.	Court of Appeal
Cal.	California
Cal.App.2d	California Appellate Reports, Second Series

Cal.App. 4th	California Appellate Reports, Fourth Series
Cal.L.Rev.	California Law Review
Cal.Rptr.	California Reporter
Cass.	Corte di Cassazione, Court de Cassation, Kassationshof
Cass. ass. plén.	Cour de Cassation, Assemblée plénière
Cass. civ. 1 <sup>re</sup> , 2 <sup>e</sup>	Cour de Cassation, 1. und 2. Chambre civile
Cass. comm.	Cour de Cassation, Chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de Cassation, Chambre criminelle
Cass. req.	Cour de Cassation, Chambre des Requêtes
Cass. sez.lav.	Corte di Cassazione, sezione lavoro
Cath.U.L.Rev.	Catholic University Law Review
CC	Code civil, Codice civile
C.C.L.T.	Canadian Cases on the Law of Torts
CE	Conseil d'Etat
CEC	Code Européen des Contrats (Vorentwurf)
Cir.	Circuit
CLJ	Cambridge Law Journal
CLR	Commonwealth Law Reports (Australia)
Colo.	Colorado
Colo.App.	Colorado Court of Appeals
Conn.	Connecticut
CSQ	Cour suprême du Québec
D.	District (in US-amerikanischen Entscheidungsfundstellen)
D., DP, DS	Zeitschrift des Hauses Dalloz mit unterschiedlichen Benennungen in verschiedenen Zeitspannen: DP = Dalloz périodique bis 1940); D. = Dalloz Critique/Analytique bzw. ab 1945 Recueil Dalloz (1941 – 1964); DS = Recueil Dalloz-Sirey (1965–1996); D. = Recueil Dalloz (ab 1996) bzw. Le Dalloz (ab 2000). Die einzelnen Abteilungen der Zeitschrift sind für die Zeit bis 1944 mit römischen Ziffern bezeichnet, danach mit Chr. (= Chroniques), J. (= Jurisprudence), IR (= Informations rapides) und Somm.comm. (= Sommaires commentées).
D.D.C.	District of Washington, D.C.
ED.	Eastern District
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
EWCA Civ	Neutral Citation Number für Entscheidungen des Court of Appeal (Civil Division) (seit Januar 2001)
Fasc.	Fascicule (Abschnitt)
FCAFC	Federal Court of Australia (Full Court)
Fla.	Florida
Foro it.	Il Foro italiano
F.Supp.	Federal Supplement
Gaz.Pal.	La Gazette du Palais, zitiert nach Halbjahresband und Abteilung (Doct. = Doctrine; J = Jurisprudence; Somm. = Sommaires de jurisprudence ; Pan. = Panorama de la Cour de Cassation)
Georgia L.Rev.	Georgia Law Review
Giust.civ.	Giustizia civile
Harvard L.Rev.	Harvard Law Review

Hastings L.J.	Hastings Law Journal
HCA	High Court of Australia
HL	House of Lords
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	International and Comparative Law Quartely
Ill.	Illinois
Ill.App.	Illinois Court of Appeal
I.L.T.	Irish Law Times
Ind.	Indiana
IR	Irish Reports
IRLR	Industrial Relations Law Reports
JBl.	(österreichische) Juristische Blätter
JCl.	Juris-Classeur
JCP	Juris Classeur Périodique (= La Semaine Juridique), allgemeine Ausgabe. Die einzelnen Abteilungen sind durch römische Ziffern gekennzeichnet (I. Doctrine; II. Jurisprudence annotée; III. Textes; IV. Tableaux). Zitiert wird die fortlaufende Nummer innerhalb des jeweiligen Teils, nicht die Seite.
JLE	Journal of Law & Economics
JLS	The Journal of Legal Studies (University of Chicago, nicht identisch mit „Legal Studies“, UK)
Jur. Rev.	Juridical Review (Scotland)
Kan.	Kansas
Kann.App.	Court of Appeals of Kansas
K.B.	King's Bench (Law Reports)
L.	Law
La.	Louisiana
LQR	Law Quarterly Review
Lloyd's Rep.Med.	Lloyd's Law Reports: Medical
Lloyds Rep. P.N.	Lloyd's Law Reports: Professional Negligence
McGill L.J.	McGill Law Journal
Med LR	Medical Law Reports
Mem.St.Univ.L.Rev	The University of Memphis Law Review (früher: The Memphis State University Law Review)
Mich.L.Rev.	Michigan Law Review
MLR	Modern Law Review
Mo.	Missouri
Mo. App.	Missouri Court of Appeals
Mont.	Montana
NE.2nd	North Eastern Reporter, Second Series
Nev.	Nevada
N.H.	New Hampshire
NILR	Netherlands International Law Review
NJ	Nederlandse Jurisprudentie (Entscheidungssammlung)
N.J.	New Jersey
NJB	Nederlands Juristenblad
N.J. Super.	New Jersey Superior Court
N.J.Super.A.D	New Jersey Superior Court, Appellate Division

NLJ	New Law Journal
N.M.	New Mexico
N.M.App.	Court of Appeals of New Mexico
North Carolina L.Rev.	North Carolina Law Review
NPC	New Property Cases (Law Reports)
NW.	North Western Reporter
NW.2d	North Western Reporter, Second Series
N.Y.S. 2d	New York Supplement, Second Series (Law Reports)
NZLR	New Zealand Law Reports
OG	Obergericht
OGH	(österreichischer) Oberster Gerichtshof
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
Okla.	Oklahoma
OntHC	High Court of Ontario
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
Pa.	Pennsylvania
Pas.	Pasicrisie belge, Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux et du Conseil d'Etat de Belgique
Pepp.L.Rev.	Pepperdine Law Review
P.N.L.R.	Professional Negligence Law Reports
Q.B.	Queen's Bench Division (Law Reports)
R.	Reporter
RAJB	Recueil annuel de jurisprudence belge
RCW	Revised Code of Washington (State)
Rec.	Receuil
Rep. Foro it.	Repertorio del Foro italiano
Rev.	Review, revue
Rev.dr.santé	Revue de droit de la santé
Rev. Rech. Jur.	Revue de recherches juridiques
RGAR	Revue générale des assurances et des responsabilités
RGDC/TBBR	Revue générale de droit civil/Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Riv.crit.dir.priv.	Rivista critica del diritto privato
Riv.dir.comm.	Rivista di diritto commerciale
Riv.trim.dir.proc.civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
R.R.A.	Receuil en responsabilité et assurance
RTDA	Revue française de droit administratif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rutgers L.Rev.	Rutgers Law Review
RvdW	Rechtspraak van de Week
S.	Receuil Sirey (bis 1964, danach vereinigt mit Receuil Dalloz); die römische Ziffer bezeichnet die Abteilung
SA	South African Law Reports
San Diego L.Rev	San Diego Law Review
SASR	South Australian State Reports
SC	Sessions Cases (Scotland)

S.C.	South Carolina
SCR	Supreme Court Reports (Canada)
S.D.	South Dakota
S.D.Ind.	Southern District Indiana
S.D.N.Y.	Southern District New York
SE.2nd	South Eastern Reporter, Second Series
Sec.	Section
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SKCA	Court of Appeal for Saskatchewan
SLT	Scots Law Times
So.2nd	Southern Reporter, Second Series
South Dakota L.Rev.	South Dakota Law Review
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (Spanien)
Super.Ct.	Superior Court
SW.	South Western Reporter
SW.2nd	South Western Reporter, Second Series
SZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des OGH (zitiert nach Jahr und Nr.)
Temple L.Rev.	Temple Law Review
Tex.	Texas
Texas L.Rev.	Texas Law Review
Tex.Civ.App.	Court of Civil Appeals of Texas
TGI	Tribunal de Grande Instance
Torts & Ins. L.J.	Torts & Insurance Law Journal
Trib.civ.	Tribunal civil
U.Balt.L.Rev	University of Baltimore Law Review
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States of America, United States Supreme Court Reports
v.	versus
Va.	Virginia
Virginia L.Rev.	Virginia Law Review
VR	Victorian Reports
Wash.	Washington
Wash.L.Rev.	University of Washington Law Review
West Virginia L.R.	West Virginia Law Review
Wis.	Wisconsin
WL	Westlaw
W.L.R.	Weekly Law Reports
Yale L.J.	Yale Law Journal
zsr/rds	Zeitschrift für Schweizerisches Recht/Revue de droit Suisse/Rivista di diritto svizzero/Revista da dretg svizzer



*Uncertainty, in the presence of vivid hopes and fears, is painful, but must be endured if we wish to live without the support of comforting fairy tales.*

– Bertrand Russell<sup>1</sup>

## Einleitung

Drei europäische Gerichte hatten über eine Fallgestaltung zu entscheiden, wie sie im Arzthaftungsrecht so oder so ähnlich nicht selten ist: Es ging um die haftungsrechtlichen Folgen einer schuldhaft unzutreffenden ärztlichen Diagnose, die die richtige bzw. rechtzeitige Behandlung der Erkrankung des Patienten verhinderte. Nach Beweisaufnahme stand fest, dass der Patient auch ohne den Fehler nur eine statistische Chance von etwa 25% gehabt hätte, tatsächlich zu gesunden, anders ausgedrückt: In drei von vier vergleichbaren Fällen hätte auch die richtige und rechtzeitige Therapie nichts mehr an dem negativen Verlauf ändern können. Die drei Gerichte kamen zu drei verschiedenen Lösungen. Das *House of Lords* wies die Schadenersatzklage ab, weil der dem Patienten obliegende Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen Fehler und Schaden nicht erbracht sei<sup>2</sup>. Das OLG Stuttgart gewährte umgekehrt vollen Schadenersatz, weil dem Arzt nicht gelungen sei, die *fehlende* Kausalität des Behandlungsfehlers nachzuweisen<sup>3</sup>. Der *Gerechtshof* Amsterdam schließlich fand eine vermittelnde Lösung: Der Patient kann entsprechend der prozentualen Wahrscheinlichkeit eines Zusammenhangs zwischen dem Fehler und der Gesundheitsbeschädigung 25% des Gesamtschadens liquidieren<sup>4</sup>.

Ein ähnlich disparates Bild zeigt sich beim Umgang mit Kausalitätszweifeln im Anwaltshaftungsrecht. Der englische *Court of Appeal* sprach dem Mandanten, der im Anschluss an einen Anwaltsfehler einen Prozess verloren hatte, unter hypothetischer Würdigung der Rechts- und Beweislage im Ausgangsverfahren 20% der Klagesumme zu, weil er vor dem Ausgangsgericht vermutlich auch ohne den Fehler nur in dieser Höhe obsiegt hätte<sup>5</sup>. Französische Gerichte teilen den Ansatz, die Schadenersatzsumme nach der Wahrscheinlichkeit eines Obsiegens im Ausgangsprozess abzustufen, berücksichtigen dabei aber heute wohl nur „überwiegende“ Gewinnchancen<sup>6</sup>. Im Fall des *Court of Appeal* hätten sie die Re-

---

<sup>1</sup> *A History of Western Philosophy*, 14.

<sup>2</sup> *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* [1987] 1 A.C. 750.

<sup>3</sup> OLG Stuttgart VersR 1991, 821.

<sup>4</sup> *Gerechtshof* Amsterdam 4. 1. 1996, NJ 1997, 213 – *Wever ./. de Kraker c.s.*

<sup>5</sup> *Hanif v. Middleweeks*, [2000] Lloyd's Rep. P.N. 920 (C.A.).

<sup>6</sup> Vgl. *Großerichter*, Hypothetischer Geschehensverlauf, 108ff. mit zahlreichen Nachweisen.

gressklage also vollständig abgewiesen. Einen anderen Weg verfolgte der schottische *Court of Session* in *Yeoman's Executrix v. Ferries*<sup>7</sup>. Obwohl der Regressrichter der Meinung war, dass aus seiner Sicht die vom Rechtsanwalt mangelhaft vertretene Ausgangsklage auch ohne den Fehler keinen Erfolg verdient hätte, sprach er Schadenersatz in der geschätzten Höhe eines Vergleiches (1/3 des maximal vom Kläger zu erreichenden Betrages) zu, der im Ausgangsverfahren möglicherweise zustande gekommen wäre<sup>8</sup>. Die Position des BGH ist diametral entgegengesetzt: Nach seiner Auffassung darf die Frage, wie das Ausgangsverfahren ausgegangen wäre, gar nicht gestellt werden. Das Regressgericht muss über die Schadenersatzklage auf der Grundlage der eigenen Rechtsauffassung zur „richtigen“ Entscheidung des Vorverfahrens<sup>9</sup> und unter Einbeziehung aller ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel entscheiden<sup>10</sup>.

Schon diese kleine Auswahl zeigt: Der Umgang mit unaufklärbaren Kausalverläufen im Rahmen der Haftung von Dienstleistern für „professionelles Fehlverhalten“<sup>11</sup> differiert in den Rechten der EU-Mitgliedstaaten erheblich. Dies ist ein Teil eines weiterreichenden Phänomens: Das Recht der Dienstleistungserbringung insgesamt hat in Europa höchst unterschiedliche Ausprägungen<sup>12</sup>. Wettbewerbsverzerrungen und – vielleicht noch wichtiger – eine erhebliche Rechtsunsicherheit sowohl auf Seiten der Dienstleister als auch auf der der Auftraggeber sind die Folge. Es liegt auf der Hand, dass darin ein Hindernis auf dem Weg zu einem integrierten europäischen Binnenmarkt liegt, wie ihn Art. 14 EGV auch für Dienstleistungen anstrebt<sup>13</sup>. Der Dienstleistungssektor ist für den zwischenstaatlichen Geschäftsverkehr in der Union von ebenso großer Bedeutung wie der Warenhandel, die Sicherung der Dienstleistungsfreiheit ebenso wichtig wie die Warenverkehrsfreiheit. Will man einen einheitlichen Binnenmarkt für Dienstleistungen erreichen, setzt dies – neben den bereits relativ weit fortgeschrittenen Maßnahmen gegen eine *Diskriminierung* oder *Behinderung* ausländischer Dienstleistender durch nationale Marktabschottungsstrategien<sup>14</sup> – einen

<sup>7</sup> *Yeoman's Executrix v. Ferries*, 1967 SLT 332.

<sup>8</sup> *Yeoman's Executrix v. Ferries*, 1967 SLT 332, 337 *per Lord Avonside*.

<sup>9</sup> BGH VersR 2001, 638 (640).

<sup>10</sup> BGH NJW 1987, 3255.

<sup>11</sup> *Damm*, JZ 1991, 373 in wohl unbeabsichtigter Doppeldeutigkeit.

<sup>12</sup> Vgl. etwa *Hirte*, Berufshaftung, 242ff.; *Hondius*, FS Stoll, 185 für das Arztrecht. Allgemein und ausführlich zu den derzeitigen Schranken und Hemmnissen für Dienstleistungserbringer der Bericht der EU-Kommission vom 30.7.2002 über den „Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen“ (KOM [2002] 441 endg.; im Internet abrufbar unter: [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/de/services/services/index.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/de/services/services/index.htm)), dazu *Wägenbauer*, ZRP 2002, 422.

<sup>13</sup> Vgl. zu diesem Ziel knapp *Streinz*, Europarecht, Rdnr. 652ff.

<sup>14</sup> Eine Auswahl: 1. Finanzdienstleistungen und Versicherungen: Richtlinie (RL) 64/225/EWG v. 25. Februar 1964, ABL.EG 1964, 56/878ff.; RL 73/183/EWG v. 28. Juni 1973, ABL.EG 1973 Nr. L 194/1ff.; RL 73/240/EWG v. 24. Juli 1973, ABL.EG 1973 Nr. L 228/20ff.; RL 76/580/EWG v. 29. Juni 1976, ABL.EG 1976 Nr. L 189/13ff.; 2. Handelsvertreter: RL 86/653/

einheitlichen oder zumindest in relevanten Bereichen harmonisierten zivilen Rechtsrahmen in den Mitgliedstaaten für die Erbringung von Dienstleistungen voraus<sup>15</sup>. Denn der Schutz vor staatlichen Behinderungen des Marktzutritts nützt nichts, wenn potentielle inländische Dienstenachfrager einen ausländischen Anbieter aus eigenem Antrieb nicht in ihre Überlegungen einbeziehen, weil im Fall eines Disputs (vorbehaltlich einer allerdings schwer durchzusetzenden Wahl des heimischen Rechts) im Zweifel dessen heimatliche Regeln zur Anwendung gelangen (Art. 4 Abs. 2 des Römischen EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ)<sup>16</sup>, in Deutschland Art. 28 Abs. 2 EGBGB). Wo diese Sorge dem potentiellen Auftraggeber genommen ist (vgl. Art. 5 EVÜ, Art. 29 EGBGB für Verbraucher), ist es umgekehrt häufig der Dienstleister, der das Risiko scheut, sich auf ein ihm fremdes Recht einzulassen. In beiden Fällen spielt eine Rolle, dass es im Dienstleistungsvertragsrecht an einer gemeinsamen historischen Grundlage in Europa fehlt<sup>17</sup>, so dass ein Vertrauen darauf, dass die maßgeblichen ausländischen Rechtsregeln den eigenen schon ähneln werden, hier mehr noch als in anderen Bereichen deplaziert wäre. Die „Mosaiktechnik“, die die Gemeinschaftsgesetzgebung bisher angewandt hat, indem verschiedenen speziellen wirtschaftlichen Tätigkeiten oder Vertragsverhandlungssituationen „ihr“ Recht per Richtlinie auf den Leib geschneidert werden soll (Verbrauchsgüterkauf, Fernabsatz, Haustürgeschäfte, vorformulierte Vertragsbedingungen, Handelsvertreter, Timesharing)<sup>18</sup>, ist nicht nur wegen der mangelnden Koordination der einzelnen Bemühungen wenig erfolgreich; Diskrepanzen in der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten und zu deren historisch gewachsenen Rechtsordnungen tun ein Übriges, dass von optimalen Rahmenbedingungen für den Binnenmarkt nicht gesprochen werden kann<sup>19</sup>. *Lehne* hat dies als Berichterstatter des Ausschusses für Recht und Binnenmarkt des Europäischen Parlaments mit maritimen Metaphern illustriert:

---

EWG vom 18. Dezember 1986, ABL.EG 1986 Nr. L 382/17ff.; 3. Reisebüros: RL 82/470/EWG vom 29. Juni 1982, ABL.EG 1982 Nr. L 213/1ff.; 4. Krankenpfleger: RL 89/595/EWG vom 10. Oktober 1989, ABL.EG 1989 Nr. L 341/30ff.; 5. Ärzte: RL 93/16/EWG vom 5. April 1993, ABL.EG 1993 Nr. L 165/1ff.; 6. Anwälte: RL 98/5/EG vom 16. Februar 1998, ABL.EG 1998 Nr. 77/36ff.; 7. Beförderer: RL 96/26/EG vom 29. April 1996, ABL.EG 1996 Nr. L 124/1ff., RL 98/76/EG vom 1. Oktober 1998, ABL.EG 1998 Nr. L 277/17ff.; 8. Anerkennung von Diplomen und Zertifikaten: RL 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988, ABL.EG 1989 Nr. L 19/16ff. und RL 92/51/EWG vom 18. Juni 1992, ABL.EG 1992 Nr. L 209/25ff.

<sup>15</sup> *Barendrecht/Loos*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs, 157f. ([http://www.europarl.eu.int/workingpapers/juri/pdf/103\\_de.pdf](http://www.europarl.eu.int/workingpapers/juri/pdf/103_de.pdf)).

<sup>16</sup> ABL.EG 1980 Nr. L 266/1; in Kraft seit dem 1. 4. 1991, ABL.EG 1991 Nr. C 51/1.

<sup>17</sup> *Barendrecht/Loos*, aaO (Fn. 15), 157.

<sup>18</sup> Nachweise und dreisprachiger Text der Richtlinien etwa in *Magnus*, Europäisches Schuldrecht – Verordnungen und Richtlinien – European Law of Obligations Regulations and Directives – Droit européen des obligations Règlements et Directives (2002).

<sup>19</sup> Statt aller *Zimmermann*, JZ 2001, 171 (178).

„Die gegenwärtige Topographie, die die Wirtschaftsteilnehmer vorfinden, wenn sie grenzüberschreitend tätig werden wollen, ist gekennzeichnet durch das große Meer des Internationalen Privatrechts, in dem sich einige ... größere oder kleinere Inseln des Europäischen Gemeinschaftsrechts befinden. Sobald die Rechtsanwender diese sicheren Häfen verlassen, drohen ihnen entweder die Untiefen der ungelösten Konflikte der einzelnen Privatrechtsordnungen oder der mangelnden Abstimmung von Europarecht mit Internationalem Privatrecht. An manchen Stellen wiederum droht die offene See völlig zu verlanden, denn das nur an einzelnen konkreten Konfliktsituationen ausgerichtete Richtlinienrecht zerstört langfristig die innere Ausgewogenheit der nationalen Zivilrechtssysteme“<sup>20</sup>.

Dass Handlungsbedarf für eine umfassende europäische Regelung (auch) für Dienstleistungen besteht, ist eine sich deshalb immer stärker durchsetzende Erkenntnis.

Zwar bestünde eine Alternative zur Vereinheitlichung oder Anpassung der mitgliedstaatlichen Rechte in der Kreation eines europäischen Sonderrechts nur für grenzüberschreitende Dienstleistungen, nach Muster der auf transnationale Sachverhalte beschränkten einheitsrechtlichen Regeln des UN-Kaufrechts (CISG)<sup>21</sup> oder der Konvention von Ottawa über das internationale Factoring<sup>22</sup>. Dieser Weg erscheint aber weder praktikabel noch im Hinblick auf das Ergebnis erstrebenswert. Unpraktikabel ist er, weil der EG selbst auch nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages die Kompetenz zur Schaffung eines solchen Sonderrechts fehlt<sup>23</sup>, die Mitgliedstaaten aber kaum die Mühen einer völkerrechtlichen Konvention zur Erreichung eines genuin europarechtlichen Ziels auf sich nehmen werden<sup>24</sup>. Und kaum jemand sieht es in der Sache als vorteilhaft an, wenn auf diese Weise eine neue Regelungsebene neben das für rein nationale Sachverhalte und solche mit bloßem Drittstaatenbezug weiter geltende nationale Recht tritt<sup>25</sup>.

Einheitliche Haftungsregeln sind hierbei nur ein Aspekt, allerdings ein sehr wichtiger<sup>26</sup>. Rechtliche Erwägungen gewinnen für die Beteiligten vor allem dann eine Bedeutung, wenn etwas schief läuft – insbesondere also dann, wenn der Schaden aus einer vermeintlich oder tatsächlich schlecht erbrachten Dienstleistung unter den Beteiligten zu verteilen ist.

Auch wenn man beispielshalber nur die beiden bereits erwähnten Dienstleister Ärzte und Anwälte betrachtet, offenbart sich darin eine erhebliche wirtschaftliche Sprengkraft. Die

<sup>20</sup> Bericht über die Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten (KOM (2001) 398 – C5-0471/2001 – 2001/2187(COS)), A5-0384/2001, S. 10. Ähnliche Bilder hat zuvor schon Kötz, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 151, benutzt.

<sup>21</sup> Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.4.1980, BGBl. 1989 II, 588.

<sup>22</sup> Unidroit-Übereinkommen von Ottawa über das internationale Factoring v. 28.5.188, BGBl. 1998 II, 172.

<sup>23</sup> Sonnenberger, JZ 1998, 982 (985).

<sup>24</sup> Vgl. Sonnenberger, RIW 2002, 489 (490).

<sup>25</sup> Vgl. Sonnenberger, JZ 1998, 982 (985f.); v. Bar, FS Henrich, 1 (5).

<sup>26</sup> Vgl. zur Bedeutung der Haftungsregeln für den Dienstleistungs-Binnenmarkt den Bericht der EU-Kommission vom 30. 7. 2002 über den „Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen“, (KOM (2002) 441 endg., oben Fn. 12), S. 44f.; Wägenbaur, ZRP 2002, 422 (423).

Hochrechnung der Zahlen aus einer aktuellen Untersuchung in Großbritannien<sup>27</sup> lässt vermuten, dass etwa 10% aller Patienten in britischen Krankenhäusern Schäden erleiden – nicht alle, aber doch ein sehr großer Anteil daran wird auf ärztliche Fehler zurückzuführen sein. Deutsche Krankenhäuser wendeten im Jahr 2000 ca. DM 800 Mio. zur Schadensregulierung auf<sup>28</sup>. Hochrechnungen der Versicherungswirtschaft gehen von derzeit bis zu 35.000 Arzthaftpflichtfällen pro Jahr aus<sup>29</sup>, woraus sich ergibt, dass *jährlich* immerhin 7% der deutschen Ärzte einem Behandlungsfehlervorwurf ausgesetzt sind<sup>30</sup>. Jedenfalls was die Zahl der Streitigkeiten anbelangt, die bis vor Gericht getrieben werden, soll die Lage bei Anwälten noch ernster sein: Gegen sie werden – nach allerdings bereits älteren Zahlen – jährlich doppelt so viele Regressklagen erhoben wie gegen Ärzte<sup>31</sup>. Was die den Anwaltsversicherern gemeldeten Schadensfälle (derzeit etwa 15.000 pro Jahr<sup>32</sup>) betrifft, muss man wohl eher von einem Gleichstand mit der Ärzteschaft ausgehen, wenn man die Schadensmeldungen ins Verhältnis zur Zahl der jeweils praktizierenden Berufsträger setzt<sup>33</sup>. Die Schadenssummen können im Rahmen der Anwaltschaftung schnell in die zweistellige Millionenhöhe gehen; als deutscher Rekordhalter gilt ein Markenrechtsfall mit einem Schadensvolumen von DM 70 Mio<sup>34</sup>.

Es ist deshalb keine Überraschung, dass (auch) die Unsicherheit über das jeweilige Haftungsregime Marktteilnehmer daran hindert, grenzüberschreitend Dienstleistungen anzubieten oder nachzufragen<sup>35</sup>.

Der Weg zu einer europaweit harmonisierten Haftung für die Folgen mangelhafter Dienstleistungen aber ist steinig. Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen vom 9.11.1990<sup>36</sup> ist 1994 nach heftiger Kritik aus den Mitgliedstaaten<sup>37</sup> förmlich zurück-

<sup>27</sup> Vincent/Neale/Woloshynowych, 322 BMJ 517 (3. 3. 2001).

<sup>28</sup> Bergmann, Arzthaftung, 2.

<sup>29</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, 41 m.w.N., Ehlers/Brogli/Heidermann, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 313; etwas vorsichtiger Ulsenheimer in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, § 112 Rdnr. 2: Jährlich 30.000 Fälle „mit steigender Tendenz“.

<sup>30</sup> Ehlers/Brogli/Heidermann, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 313; Krumpaszký/Sehrt/Selbmann, VersR 1997, 420 (427); Katzenmeier, Arzthaftung, 43.

<sup>31</sup> So Vollkommer, Anwaltschaftungsrecht, 1. Aufl., S. VII.

<sup>32</sup> So Kerscher, „Risiko Rechtsanwalt“, Süddeutsche Zeitung vom 10. 5. 2002.

<sup>33</sup> Zugelassene Anwälte 2001: ca. 116.000 (NJW-Dokumentation Heft 36/2002, S. XXXVI); praktizierende Ärzte: über 250.000, so Katzenmeier, Arzthaftung, 43 (Das statistische Bundesamt beziffert für das Jahr 2000 die Zahl der „berufstätigen“ Ärzte auf 294.676, vgl. <http://www.destatis.de/basis/d/gesu/gesutab2.htm>). Anders Ziegler, JR 2002, 265 (267) mit Fn. 48, der unter Berufung auf Bohl, Anwaltsreport 9/2001, 14, meint, dass jeder Anwalt im Jahr mit „2–3 Regressforderungen konfrontiert“ wird, womit die Haftungsquote deutlich über der der Ärzte liege. Allerdings dürfte es kaum vertretbar sein, die „Konfrontation“ mit einer Regressforderung der Haftungsquote gleichzustellen.

<sup>34</sup> Kerscher „Risiko Rechtsanwalt“, Süddeutsche Zeitung vom 10. 5. 2002.

<sup>35</sup> Vgl. Bericht der EU-Kommission v. 30. 7. 2002 über den „Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen“ (KOM (2002) 441 endg., oben Fn. 12), 60, 73.

<sup>36</sup> ABl. EG 1991 Nr. C 12/8.

<sup>37</sup> Aus Deutschland etwa Frietsch, DB 1992, 929 (935 f. m.w.N. in Fn. 1); Fahrenhorst, ZRP 1992, 60 (62 f.); Heinemann, ZIP 1991, 1193 (1203 f.); Skaupy, BB 1991, 2021 ff.; weitere Nachweise bei Katzenmeier, Arzthaftung, 76 Fn. 2.

gezogen worden<sup>38</sup>. Das Ziel des gemeinsamen Dienstleistungsmarktes als Teil des Programms zur Verwirklichung des Binnenmarktes wurde freilich nicht aufgegeben<sup>39</sup>. Es ist durchaus möglich, dass der europäische Gesetzgeber in absehbarer Zukunft einen neuen Anlauf versuchen wird<sup>40</sup>, zumal inzwischen hinsichtlich der parallelen Problematik der Haftung und Gewährleistung beim Warenkauf die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen durch die Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf<sup>41</sup> erfolgreich auf den Weg gebracht wurde<sup>42</sup>.

Einstweilen jedoch werden die isolierten Versuche zur Regelung spezifischer vertragsrechtlicher Aspekte des Warenhandels und der Dienstleistungserbringung im Binnenmarkt durch ambitioniertere Vorhaben in den Hintergrund gedrängt. Den Ton geben zur Zeit die vom Europäischen Parlament schon vor einiger Zeit aufgenommene Forderung nach einem Europäischen Zivilgesetzbuch<sup>43</sup> und der nur ein wenig bescheidenere Ruf der Europäischen Kommission nach der Vorbereitung eines einheitlichen Vertragsgesetzbuches aus dem Jahr 2001<sup>44</sup> an, der sich auf einen entsprechenden Auftrag des Europäischen Rates von Tampere 1999 zu Vorarbeiten zur „größeren Konvergenz im Bereich des Zivilrechts“ stützt<sup>45</sup>. Eine Reihe von Vertretern der Rechtswissenschaft hatte solche Schritte

<sup>38</sup> Dok. KOM (94) 260 endg.

<sup>39</sup> Vgl. insbesondere den Bericht der EU-Kommission v. 30. 7. 2002 über den „Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen“ (KOM (2002) 441 endg., oben Fn. 12); zuvor schon *Leible*, Die Rolle der Rechtsprechung des EuGH bei der Entwicklung des europäischen Privatrechts, in: *Martiny/Witzleb*, Auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch (1999), 53 (55 Fn. 12).

<sup>40</sup> Vgl. *Hirte*, Berufshaftung, 221; *Hondius*, FS Stoll, 185 (für spezifische Dienstleistungen wie ärztliche Versorgung).

<sup>41</sup> ABL.EG Nr. L 171 v. 7. 7. 1999, S. 12.

<sup>42</sup> Zur Richtlinie und deren Umsetzung ins deutsche Recht etwa *Staudenmayer*, NJW 1999, 2393; *Reich*, NJW 1999, 2397; kritisch zum Vorentwurf z.B. *Medicus*, ZIP 1996, 1925.

<sup>43</sup> Die erste Resolution des Parlaments zu dieser Thematik datiert bereits vom 26. 5. 1989 (Text u.a. in *RabelsZ* 56 (1992), 320, und in *ZEuP* 1993, 613); sie wurde wiederholt und bekräftigt am 6. 5. 1994 (*EuZW* 1994, 612; *ZEuP* 1995, 669; ABL.EG 1994 Nr. C 158/400–401) und erneut am 15. 11. 2001 (*ZEuP* 2002, 634; vgl. dazu *v. Bar*, *ZEuP* 2002, 629).

<sup>44</sup> So jedenfalls wird die „Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht“ vom 11. 7. 2001, KOM (2001) 398 endg., ABL.EG 2001 Nr. C 255/1, zumeist verstanden, obwohl sie formal und inhaltlich den Charakter eines ergebnisoffenen Konsultationsdokuments zu wahren sucht, vgl. *Schulte-Nölke*, *JZ* 2001, 917; zur Mitteilung der Kommission weiterhin etwa *Grundmann*, *NJW* 2002, 393; *Leible*, *EWS* 2001, 471; *Staudenmayer*, *EuZW* 2001, 485; weitere Reaktionen sind über die Internet-Seite [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/comments/index\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/index_en.html) abrufbar. Der Mitteilung ist inzwischen ein „Aktionsplan“ gefolgt (KOM (2003) 68 endg. v. 12. 2. 2003, *ZEuP* 2003, 656; dazu *Staudenmayer*, *EuZW* 2003, 165; *Najork/Schmidt-Kessel*, *GPR* 2003/2004, 5), in dem die Kommission u.a. die Ausarbeitung eines „Gemeinsamen Referenzrahmens“ fordert, der allgemeine Begriffe wie „Vertrag“ und „Schaden“ definiert und grundlegende Prinzipien des europäischen Vertragsrechts niederlegt. Zudem wird die Idee lanciert, ein „optionales“ Europäisches Vertragsgesetz zu schaffen; kritisch dazu etwa *Basedow*, *ZEuP* 2004, 1.

<sup>45</sup> Europäischer Rat vom 15.16.10.1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzenden, *SI* (1999) 800, Nr. VII.39.

bereits früher propagiert und mit rechtsvergleichenden Arbeiten oder der Vorbereitung einschlägiger Entwürfe begonnen<sup>46</sup>; zu nennen sind hier insbesondere die Ergebnisse der *Lando-Kommission* zu den gemeinsamen Prinzipien des Vertragsrechts in Europa<sup>47</sup>, die von *Jaap Spier* ins Leben gerufene *European Group on Tort Law* (ehemals *Tilburg Group*) zur Erforschung der „Principles of European Tort Law“<sup>48</sup>, die umfangreiche rechtsvergleichende Studie zum „Gemeineuropäischen Deliktsrecht“ unter der Leitung von *v. Bar*<sup>49</sup>, die *Study Group on a European Civil Code*<sup>50</sup> und schließlich der 2001 veröffentlichte erste Band des Vorentwurfes der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler für einen „Code Européen des Contrats“<sup>51</sup>. Mit dem neuerlichen Anstoß durch die europäischen Institutionen ist die Diskussion praktisch unübersehbar geworden<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> Umfassender Überblick über die internationalen Wissenschaftlergruppen, die an der Privatrechtsvereinheitlichung in Europa arbeiten, bei *Wurmnest*, ZEuP 2003, 714.

<sup>47</sup> *Lando/Beale* (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts 1 & 2 (2000), *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann* (Hrsg.) Principles of European Contract Law, Part 3 (2003).

<sup>48</sup> Näheres zu dieser Initiative bei *Spier/Haazen*, ZEuP 1999, 469, und im Internet unter <http://civil.udg.es/tort/> Bisherige Publikationen dieser Gruppe: *Spier* (Hrsg.), The Limits of Liability (1995); *Spier* (Hrsg.), The Limits of Expanding Liability (1998); *Koziol* (Hrsg.), Unification of Tort Law: Wrongfulness (1998); *Spier* (Hrsg.), Unification of Tort Law: Causation (2000); *Magnus* (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages (2001); *Koch/Koziol* (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability (2002).

<sup>49</sup> *v. Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I (1996), Bd. II (1999).

<sup>50</sup> Hierzu näher *v. Bar*, FS Henrich, 1.

<sup>51</sup> *Gandolfi* (Coordinateur), Academia dei Giusprivatisti Europei, Code Européen des Contrats, Avant-Projet, Livre Premier; deutscher Text veröffentlicht in ZEuP 2002, 139 und 365. Zu diesem Projekt in der deutschen Literatur etwa *Sonnenberger*, RIW 2001, 409; *Sturm*, JZ 2001, 1097; *Kramer*, RabelsZ 66 (2002), 781; *Patti*, ZEuP 2004, 118.

<sup>52</sup> Umfangreiche Nachweise zur Literatur bis 1999 im von *Hondius* bearbeiteten Anhang zu *v. Bar*, Die *Study Group on a European Civil Code*, in: Europäisches Parlament (Hrsg.), Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuch, 135 (140ff.), [http://www.europarl.eu.int/workingpapers/juri/pdf/103\\_de.pdf](http://www.europarl.eu.int/workingpapers/juri/pdf/103_de.pdf). Neuere Stellungnahmen insbesondere in der deutschen und französischen Literatur (ohne Anspruch auf Vollständigkeit): *Ajani, Gianmaria/Schulze, Reiner* (Hrsg.), Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts – Common Principles of European Private Law; *Bandel/Bode/Wicke*, MittBayNot 2002, 99 (Tagungsbericht); *v. Bar*, ZEuP 2001, 799; *v. Bar/Lando/ Swann*, ERPL 2002, 183; *Basedow* (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht (2000); *ders.*, AcP 200 (2000), 445; *ders.*, ERPL 2001, 35; *ders.* ZEuP 2004, 1; *ders.*, JuS 2004, 89; *Berger*, ERPL 2001, 21; *ders.*, ZEuP 2001, 4; *Bernardeau/Schulte-Nölke/Schulze* (Hrsg.), Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht; *Cornu*, D. 2002 Chr. 351; *Flessner*, JZ 2002, 14; *Grundmann/Hirsch*, NJW 2001, 2687; *Grundmann*, JuS 2001, 946; *ders.*, ERPL 2001, 505; *ders.* NJW 2002, 393; *Heiss*, FS Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, 123; *Hesselink*, Vol. 6.4 EJCL (Dezember 2002); *Heutger*, Vol. 7.3 EJCL (September 2003); *van Hoecke/Ost* (Hrsg.), The Harmonisation of European Private Law (2000); *Hübner*, FS Großfeld, 471; *Jansen*, ZEuP 2001, 30; *Kötz*, JZ 2002, 257; *ders.*, ZEuP 2002, 431 (434); *Koziol*, JBl. 2001, 29; *Lando*, RIW 2003, 1; *Leible*, EWS 2001, 471; *ders.*, Wege zu einem Europäischen Privatrecht; *Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union; *Malaurie*, JCP 2002 I 110; *Martiny* u.a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch; *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts; *W.-H. Roth*, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.),

Der von der EU-Kommission am 13.01. 2004 vorgelegte Vorschlag für eine Rahmen-Richtlinie „über Dienstleistungen im Binnenmarkt“<sup>53</sup> hält sich insoweit in diesem Trend in Richtung einer großen, branchenübergreifenden Lösung, als er keine harmonisierenden oder gar rechtsvereinheitlichenden Maßnahmen speziell für das Vertragsrecht der Dienstleistungserbringung vorsieht, sondern den Akzent auf den Abbau administrativer Hürden für den Dienstleister und die Durchsetzung des Herkunftslandsprinzips einschließlich seiner Ausnahmen setzt.

Manche bezweifeln ob der Höhe der Hürden, dass die Zeit für eine gemeineuropäische Kodifikation des Privat- oder auch „nur“ des Vertragsrechts bereits reif ist<sup>54</sup>. Sie befürworten stattdessen eine Vereinheitlichung „von unten“, eine „auto-harmonization from below“<sup>55</sup>. „Schleichende“ Konvergenz-Prozesse<sup>56</sup> in der Entwicklung der nationalen Rechte sollen zum „Einheitsrecht durch Evolution“<sup>57</sup>, zu einem *ius commune europaeum* führen. Einige Autoren fühlen sich ob dieser Lagerbildung an den Kodifikationsstreit zwischen *Thibaut* und *Savigny* erinnert<sup>58</sup>. So wie aber *Savigny* weniger die Kodifikation grundsätzlich ablehnte als vielmehr die Bedingungen für ein *gutes* allgemeindeutsches Gesetzbuch in seiner Zeit (noch) vermisse<sup>59</sup>, so sind auch Versuche, für spezifische Probleme, „von unten“, im rechtsvergleichenden Dialog der Rechtsordnungen und im Wege der „international brauchbaren Auslegung“<sup>60</sup> nationaler Rechtsvorschriften, eine Lösung zu finden, die über nationale Grenzen hinaus akzeptabel ist, kein Gegensatz zum Ziel der Kodifikation, sondern eine notwendige vorbereitende Etappe<sup>61</sup>. Bei allen Meinungsunterschieden über die Details des einzuschlagenden

---

Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 225; *Schmid*, JZ 2001, 674; *Schlechtriem*, ZEuP 2002, 213; *Schmidt-Kessel*, RIW 2003, 481; *Schulte-Nölke*, JZ 2001, 917; *Schurig*, FS Großfeld, 1089; *Schwintowski*, JZ 2002, 205; *Snijders*, Vol. 7.4 EJCL (November 2003); *Sonnenberger*, RIW 2002, 489; *Staudenmayer*, EWS 2001, 485; *ders.*, EuZW 2002, 481; *ders.*, ERPL 2002, 249; *Staudinger*, VuR 2001, 353; *Van den Bergh*, FS Ott, 327.

<sup>53</sup> KOM (2004) 2 endg.

<sup>54</sup> Skeptisch bis ablehnend zur europäischen Zivilrechtsvereinheitlichung z.B. *Cornu*, D. 2002 Chr. 351; *Legrand*, (1997) 60 MLR 44; *Markesinis*, ERPL 1997, 519; *Sandrock*, JZ 1996, 1 (8); *Schulze*, ZEuP 1993, 442 (473).

<sup>55</sup> Begriff von *Kramer*, FS Koller, 729 (748), der selber allerdings die diesbezügliche Hoffnung als „trügerisch“ bezeichnet.

<sup>56</sup> Vgl. zu diesem Begriff *Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts; in Bezug auf die europäische Rechtsvereinheitlichung *ders.*, ZEuP 2001, 4 (5);

<sup>57</sup> So der Titel eines Aufsatzes von *Luther*, *RebelsZ* 45 (1981), 253.

<sup>58</sup> *Zimmermann*, (1994/95) 1 *Columbia Journal of European Law* 63, 81; *Berger*, ZEuP 2001, 4; *Schwintowski*, JZ 2002, 205 (206); *Kötz*, JZ 2002, 257; *ders.*, ZEuP 2002, 431 (434).

<sup>59</sup> Vgl. *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 49, 52.

<sup>60</sup> Konzept und Begriff der „international brauchbaren Auslegung“ stammen von *Klaus Peter Berger*, vgl. *ders.*, FS Sandrock, 49 (52 ff.); *Berger*, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 174 ff.

<sup>61</sup> Vgl. den „Aktionsplan“ des Europäischen Parlaments in seiner Resolution vom 15.11. 2001 zur Annäherung des Zivil- und Handelsrechts der Mitgliedstaaten, ZEuP 2002, 634, Nr. 14 a.: „[B]is Ende 2004: ... Förderung der vergleichenden Rechtsforschung und Zusammen-

den Weges zeichnet sich auch unter den Anhängern der Kodifikationsidee immer mehr eine Einigkeit zumindest darüber ab, dass der „große Wurf“ nur mit gründlichen Vorarbeiten auf nationaler und rechtsvergleichender Ebene gelingen kann – der mangelnde Erfolg schon des „kleinen Wurfs“ der Dienstleistungshaftungsrichtlinie, der gerade in der Vernachlässigung dieses Aspektes begründet ist, bietet ein mahnendes Beispiel. Vor weitgreifenden legislatorischen Maßnahmen auf europäischer Ebene, für die im Übrigen die Kompetenz der Gemeinschaft nicht zweifelsfrei feststeht<sup>62</sup>, ist zu ergründen, auf welchen Gemeinsamkeiten der nationalen Rechtsordnungen aufgebaut werden kann – oder welche Unterschiede überwunden werden müssen, um einen (im Falle der Dienstleistungshaftung: zweiten) Rückzug zu vermeiden. „[M]any issues have to be solved before true harmonisation will succeed“<sup>63</sup>. Nur auf einem gut befestigten Weg kann es gelingen, neue Regelwerke mit der Dogmatik nationaler Rechtsordnungen in Einklang bringen, um europaweite Akzeptanz zu gewinnen.

Aus dieser Überzeugung leitet sich das Programm dieser Arbeit ab: Zunächst ist der gegenwärtige Ansatz in der deutschen Rechtspraxis zum Umgang mit unklaren Kausalverläufen im Rahmen der Schadenersatzhaftung von Dienstleistern auf seine Tragfähigkeit zu untersuchen. Wie zu zeigen sein wird, steht es um diese nicht zum Besten: Mit ihrer Kompliziertheit und ihren subtilen, in der Sache fragwürdigen Differenzierungen, die zu beliebig wirkenden Ergebnissen führen, steht die deutsche Lösung in Europa wohl zu Recht völlig isoliert da.

Unter Einbeziehung rechtsvergleichender Perspektiven sollen sodann neue Möglichkeiten im deutschen Recht eruiert werden, die, gerade weil ihnen der Blick über die Grenzen vorausgeht, gleichzeitig die Basis für eine Diskussion einheitlicher Regeln in Europa bilden können<sup>64</sup>. Kernstück wird dabei die Frage sein, ob, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen das Problem unaufklärbarer Kausalität durch die Figur der Haftung für eine verlorene Chance in die Schadensbewertung verlagert werden kann.

---

arbeit zwischen allen interessierten Kreisen...; diese Zusammenarbeit sollte darauf abzielen, gemeinsame rechtliche Begriffe und Lösungen ... der fünfzehn mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu finden, die auf freiwilliger Basis angewendet werden können ...“.

<sup>62</sup> Vgl. *Sonnenberger*, RIW 2002, 489 (490); *Stathopoulos*, ZEuP 2003, 243; *Basedow*, JuS 2004, 89 (92).

<sup>63</sup> *Hondius*, FS Stoll, 185 (194, zum Arzthaftungsrecht). Treffend *Schulte-Nölke*, JZ 2001, 917 (920): „Entscheidendes Gewicht muss auf der Vereinbarkeit der europäischen Rechtsetzung mit den einzelnen Privatrechtsordnungen liegen... Soweit die rechtsvergleichenden Arbeiten partikuläre Besonderheiten oder insgesamt nur geringe Ähnlichkeiten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ergeben, sollte stets eine Lösung gesucht werden, die neben der Wertungs- und Systemrichtigkeit auf der europäischen Ebene auch die Kompatibilität mit den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zum Ziel hat.“

<sup>64</sup> Der Richtlinienentwurf von 1990 begnügt sich in seinem Art. 5 mit dem Hinweis auf die allgemeine Grundregel, dass dem Geschädigten der Nachweis für den Kausalzusammenhang zwischen Dienstleistung und Schaden obliegt. Vgl. dazu *Baumgärtel*, JZ 1992, 321 (322, 323).

Die Wahl der Ausgangsfälle deutet bereits an, dass die Aufklärung des Ursachenzusammenhangs zwischen der fehlerhaften Dienstleistung und dem Schaden des Dienstleistungsempfängers am häufigsten im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht Schwierigkeiten macht, weshalb sich dort bereits heute die ausgefeiltesten Regeln finden. Diese Fallgruppen stehen denn auch im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen, ohne dass die Arbeit sich auf sie beschränkt.

Wenn es zutrifft, dass Fortschritt bedeutet, Kombinationen zu finden, in denen sich Bekanntes zu einer überlegenen Lösung zusammenfindet<sup>65</sup>, dann ist es die Hoffnung des Autors, mit dieser Arbeit einen kleinen „progressiven“ Beitrag zu leisten.

---

<sup>65</sup> Grundmann, NJW 2002, 393 (396).

## Sachregister

- Abschreckung 346
- Alles-oder-Nichts-Prinzip 125, 144, 146,  
173, 227, 371
- Allgemeines Lebensrisiko 95, 137
- Alternative Kausalität
  - s. Kausalität
- Alternative Wahrscheinlichkeiten 331
- Amtsermittlung 46
- „Anfängermandat“ 107
- Anfängeroperation 64
- Anknüpfungstatsachen 375
- Anscheinsbeweis 30
  - A. „beratungsgerechten Verhaltens“ 108,  
115
- Anwaltshaftung 76, 123
  - A. im austral. Recht 216
  - A. im belg. Recht 179
  - A. im engl. Recht 189
  - A. im niederl. Recht 185
  - A. im österr. Recht 161
  - A. im US-Recht 212
  - A. wegen Fehler in der Prozessvertre-  
tung 77
  - A. wegen Fehler in der außergerichtliche  
Beratung 104
- Arzthaftung 32, 119
  - A. im austral. Recht 215
  - A. im belg. Recht 180
  - A. im engl. Recht 195
  - A. im niederl. Recht 184
  - A. im frz. Recht 170
  - A. im österr. Recht 158
  - A. im US-Recht 210
- Aufklärungspflichten
  - Prozessuale A. 15
- Aufklärungspflichten im Arzthaftungsrecht
  - Diagnoseaufklärung 68
  - Grundaufklärung 70
  - Risikoaufklärung 69
  - Selbstbestimmungsaufklärung 68
  - Sicherungsaufklärung 67
  - Therapeutische A. 67
  - Verlaufsaufklärung 68
- Auskunftsanspruch
  - materiellrechtlicher 15
- Balance of probabilities* 186, 194, 195,  
201, 212, 215, 221, 265
- Befunderhebung
  - s. Behandlungsfehler
- Behandlungsfehler 32
  - Diagnosefehler 55
  - Unterlassene Befunderhebung 55
  - Fiktiver grober B. 56
  - Grober B. 33, 50ff.
  - Organisationsfehler 36
- Berufshaftung 120, 308ff.
- Besondere Gewaltverhältnisse 305f.
- Beweiserleichterung 62, 114, 278
- Beweislast 129
  - B. im Regressverfahren 102
  - Beweislastumkehr 33, 139
  - Beweislastumkehr für Sekundärschä-  
den 59
  - Beweislastumkehr im österr. Recht 159
  - Strafbeweislast 49
- Beweislastumkehr
  - s. Beweislast
- Beweismaß 30, 100, 115
  - Beweismaß im engl. Recht 186
  - Beweismaßsenkung 115, 127, 130, 131,  
374
- Beweismittel 96
- Beweisnot 35
- Beweisverfahren 100
- Billigkeit 43
- Binnenmarkt 2, 3
- But-for test* 13, 262
- Chance 143ff.
  - Chance als Vermögenswert 280
  - Chance auf den Zuschlag im Vergabever-  
fahren 153
  - Chance auf eine informierte Entschei-  
dung 175, 265, 314

- Chancenwahrung als Hauptleistungspflicht 242
- Chancenwahrung als Nebenpflicht 252
- Deliktischer Schutz von Chancen 295ff.
- Erwerbchance 150, 279
- Gewinnchance 152, 278
- Heilungschance 150, 152f., 290
- Heilungschance im austral. Recht 216
- Heilungschance im belgischen Recht 181
- Heilungschance im engl. Recht 196
- Heilungschance im frz. Recht 170
- Heilungschance im niederl. Recht 185
- Heilungschance im US-Recht 210
- *Loss of a chance* 197, 203
- *Perte d'une chance* (im frz. Recht) 163ff.
- Prozess-Chance 152, 287
- Prozess-Chance im austral. Recht 216
- Prozess-Chance im engl. Recht 189
- Prozess-Chance im frz. Recht 167
- Prozess-Chance im US-Recht 212
- Schadenersatz für die Verringerung einer Chance 293
- Statistische Chance 257
- Verlust einer Chance in ausländischen Rechten 156ff.
- Verlust einer Chance in den Unidroit-Principles 224
- Vertragliche Pflicht zur Chancenwahrung 242ff.
- Wert einer Chance 320ff.
- Wert einer Chance (im frz. Recht) 176
- Cheapest cost avoider* 324
- Condition sine qua non* 13, 20, 77, 262
- Creutzfeld-Jakob-Erkrankung 122, 198
- Culpa in contrahendo*
- s. vorvertragliches Vertrauensverhältnis
  
- Damnum emergens*
- s. Schaden
- Defensive Medizin 274
- Diagnosefehler
- s. Behandlungsfehler
- Dienstleistung
- Begriff 11
- Dienstleistungsfreiheit 2
- Differenzhypothese
- s. Schadenersatz
- Dokumentationspflicht 21
- Dommage certain* 162
- Drittwirkung der Grundrechte
- s. Grundrechte
  
- „Echter“ Entscheidungskonflikt 72
  
- Einwilligung 70, 310
- Entgangener Gewinn 277
- Entscheidungstheorie 321
- Ereignisbaum 334
- Erfahrungssätze 17
- Erfolgshaftung 246
- s. auch Garantiehaftung
- Ermessensentscheidungen 91
- Erwartungswert 321ff.
- Erwerbchance
- s. Chance
- Erwerbsschaden 28
  
- Fehlurteil 83
- First tenant liability* 193
- Folgeschäden
- s. Sekundärschäden
- Faute* 162
  
- Garantiehaftung 65
- s. auch Erfolgshaftung
- Gefahrenbereich 42
- Gewinnchance
- s. Chance
- Grober Behandlungsfehler
- s. Behandlungsfehler
- Grundrechte 231
- Drittwirkung der G. 231f.
- Gutachter
- s. Sachverständiger
  
- Haftungsausfüllung 131, 379
- Haftungsbegründung 131, 379
- Heilungschance
- s. Chance
- Human factor* 19, 20
  
- Interesse
- s. Schaden
- Inzidentprozess 77
  
- Kausalität
- Alternative K. im österr. Recht 160
- Begriff 12
- Haftungsausfüllende K. 24, 114, 131, 378
- Haftungsbegründende K. 32f., 131, 378
- Hypothetische K. 26
- Kausalitätsvermutung 16, 141
- Kausalitätszweifel 15
- Reserveursache 26
- Wahrscheinliche K. 63, 151
- Kleinbetriebseinwand 97

- Kumulierte Wahrscheinlichkeiten 330  
 Kündigungsschutzklage 97
- Learned-Hand*-Kriterium 324  
*Loss of a chance*  
 – s. Chance  
*Lost Chance*  
 – s. Chance  
*Lucrum cessans*  
 – s. Schaden
- Nichtanwendungserlass 82  
*Non liquet* 32, 40, 58, 63, 138, 414
- Objektschaden 27  
*Obligation de moyens* 247  
*Obligation de résultat* 247  
 Organisationsfehler  
 – s. Behandlungsfehler
- Perte d'une chance*  
 – s. Chance  
 Pflichtgemäßes Alternativverhalten 22  
*Pouvoir souverain* 178  
 Praktische Konkordanz 233  
*Preponderance of evidence* 128, 134, 265, 274, 431  
 Prozess-Chance  
 – s. Chance  
*Punitive damages* 364
- Rechtswidrigkeitszusammenhang  
 – s. Schadenszurechnung  
 Rentabilitätsvermutung 147, 286  
 Reserveursache  
 – s. Kausalität
- Sachverständiger  
 – Haftung des S. 85  
 Schaden  
 – Abstrakte Schadensberechnung 149  
 – *Damnum emergens* 29  
 – *Lucrum cessans* 27  
 – Lehre vom Interesse 238  
 – Nachweis des Wertes einer Chance 411  
 – Negatives Interesse 154  
 – Nichterfüllungsschaden 367  
 – Normativer S. 83, 237  
 – Positives Interesse 154  
 – Schadensbegriffe 237f.  
 – Schadensbewertung 146  
 – Schadensschätzung 375  
 – Vermögensschaden 27, 281, 283ff.
- Vermögensschaden im frz. Recht 165  
 – Vertragliches Entgelt als Mindestschaden 367  
 – Vertrauensschaden 154  
 Schadenersatz  
 – Differenzhypothese 28, 79, 142, 267, 281  
 – Strafschadenersatz  
 – (*punitive damages*) 48f., 67, 364  
 Schadenszurechnung 22  
 – Schutzzweck der Norm 58  
 – Rechtswidrigkeitszusammenhang 69  
 Schmerzensgeld  
 – S. und Ersatz einer Heilungschance 360  
 Schutzzweck der Norm  
 – s. Schadenszurechnung  
 Selbstbestimmungsaufklärung  
 – s. Aufklärungspflichten  
 Sekundärschäden  
 – s. Beweislast  
*Settlement value*  
 – s. Vergleichswert  
 Sicherungsaufklärung  
 – s. Aufklärungspflichten  
 Strafbeweislast  
 – s. Beweislast  
 Strafschadenersatz  
 – s. Schadenersatz  
 Strukturelle Unterlegenheit 46
- Topik 80  
 Therapeutische Aufklärung  
 – s. Aufklärungspflichten  
*Trial within a trial* 212
- Übermaßverbot 234  
 Unabwendbares Ereignis 97  
 Ursachenzusammenhang  
 – s. Kausalität
- Vergabeverfahren 154  
 Vergleichswert 419  
 Verhaltenssteuerung 345  
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 233  
 Verkehrspflichten 295, 302  
 Verlust einer Chance  
 – s. Chance  
 Vermögensschaden  
 – s. Schaden  
 Vertrauenshaftung 314  
 Vertrauensschaden  
 – s. Schaden  
 Vorvertragliches Vertrauensverhältnis 154, 314

Waffengleichheit 38, 62

Wahrscheinlichkeitshaftung 122, 133, 151

– W. im Schweizer Recht 157

*Weighted mean approach* 325

*Wrongful life* 176

Zurechnung

– s. Schadenszurechnung

# Jus Privatum

## Beiträge zum Privatrecht – Alphabetische Übersicht

- Adolphsen, Jens*: Internationale Dopingstrafen. 2003. *Band 78*.
- Assmann, Dorothea*: Die Vormerkung (§ 883 BGB). 1998. *Band 29*.
- Barnert, Thomas*: Die Gesellschafterklage im dualistischen System des Gesellschaftsrechts. 2003. *Band 82*.
- Bayer, Walter*: Der Vertrag zugunsten Dritter. 1995. *Band 11*.
- Beater, Axel*: Nachahmen im Wettbewerb. 1995. *Band 10*.
- Beckmann, Roland Michael*: Nichtigkeit und Personenschutz. 1998. *Band 34*.
- Berger, Christian*: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen. 1998. *Band 25*.
- Berger, Klaus*: Der Aufrechnungsvertrag. 1996. *Band 20*.
- Bittner, Claudia*: Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht. 2000. *Band 46*.
- Bodewig, Theo*: Der Rückruf fehlerhafter Produkte. 1999. *Band 36*.
- Braun, Johann*: Grundfragen der Abänderungsklage. 1994. *Band 4*.
- Brors, Christiane*: Die Abschaffung der Fürsorgepflicht. 2002. *Band 67*.
- Bruns, Alexander*: Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung. 2003. *Band 74*.
- Busche, Jan*: Privatautonomie und Kontrahierungszwang. 1999. *Band 40*.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Unternehmen in Sondervermögen. 1998. *Band 35*.
- Dethloff, Nina*: Europäisierung des Wettbewerbsrechts. 2001. *Band 54*.
- Dreier, Thomas*: Kompensation und Prävention. 2002. *Band 71*.
- Drexl, Josef*: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. 1998. *Band 31*.
- Eberl-Borges, Christina*: Die Erbaueinandersetzung. 2000. *Band 45*.
- Ebert, Ina*: Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. 2004. *Band 86*.
- Einsele, Dorothee*: Wertpapierrecht als Schuldrecht. 1995. *Band 8*.
- Ekkenga, Jens*: Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt. 1998. *Band 30*.
- Ellger, Reinhard*: Bereicherung durch Eingriff. 2002. *Band 63*.
- Escher-Weingart, Christina*: Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht. 2001. *Band 49*.
- Giesen, Richard*: Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb. 2002. *Band 64*.
- Götting, Horst-Peter*: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. 1995. *Band 7*.
- Gruber, Urs Peter*: Methoden des internationalen Einheitsrechts. 2004. *Band 87*.
- Gsell, Beate*: Substanzverletzung und Herstellung. 2003. *Band 80*.
- Habersack, Mathias*: Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht. 1996. *Band 17*.
- Haedicke, Maximilian*: Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung. 2003. *Band 77*.
- Hau, Wolfgang*: Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag. 2003. *Band 83*.
- Heermann, Peter W.*: Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte. 1998. *Band 24*.
- Heinemann, Andreas*: Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung. 2002. *Band 65*.
- Heinrich, Christian*: Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. 2000. *Band 47*.
- Henssler, Martin*: Risiko als Vertragsgegenstand. 1994. *Band 6*.

- Hergenröder, Curt Wolfgang:* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung. 1995. *Band 12.*
- Hess, Burkhard:* Intertemporales Privatrecht. 1998. *Band 26.*
- Hofer, Sibylle:* Freiheit ohne Grenzen. 2001. *Band 53.*
- Huber, Peter:* Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung. 2001. *Band 58.*
- Jänich, Volker:* Geistiges Eigentum – eine Komplementärererscheinung zum Sacheigentum? 2002. *Band 66.*
- Jansen, Nils:* Die Struktur des Haftungsrechts. 2003. *Band 76.*
- Jung, Peter:* Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft. 2002. *Band 75.*
- Junker, Abbo:* Internationales Arbeitsrecht im Konzern. 1992. *Band 2.*
- Kaiser, Dagmar:* Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB. 2000. *Band 43.*
- Katzenmeier, Christian:* Arzthaftung. 2002. *Band 62.*
- Kindler, Peter:* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht. 1996. *Band 16.*
- Kleindiek, Detlef:* Deliktshaftung und juristische Person. 1997. *Band 22.*
- Krause, Rüdiger:* Mitarbeit in Unternehmen. 2002. *Band 70.*
- Luttermann, Claus:* Unternehmen, Kapital und Genußrechte. 1998. *Band 32.*
- Looschelders, Dirk:* Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht. 1999. *Band 38.*
- Lipp, Volker:* Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. 2000. *Band 42.*
- Mäsch, Gerald:* Chance und Schaden. 2004. *Band 92.*
- Mankowski, Peter:* Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute. 2003. *Band 81.*
- Merkt, Hanno:* Unternehmenspublizität. 2001. *Band 51.*
- Möllers, Thomas M.J.:* Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. 1996. *Band 18.*
- Muscheler, Karlheinz:* Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung. 1994. *Band 5.*  
– Universalsukzession und Vonselbsterwerb. 2002. *Band 68.*
- Oechsler, Jürgen:* Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. 1997. *Band 21.*
- Oetker, Hartmut:* Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. 1994. *Band 9.*
- Ohly, Ansgar:* „Volenti non fit iniuria“ Die Einwilligung im Privatrecht. 2002. *Band 73.*
- Oppermann, Bernd H.:* Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß. 1993. *Band 3.*
- Peifer, Karl-Nikolaus:* Individualität im Zivilrecht. 2001. *Band 52.*
- Peters, Frank:* Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb. 1991. *Band 1.*
- Raab, Thomas:* Austauschverträge mit Drittbeteiligung. 1999. *Band 41.*
- Reiff, Peter:* Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände. 1996. *Band 19.*
- Repgen, Tilman:* Die soziale Aufgabe des Privatrechts. 2001. *Band 60.*
- Rohe, Mathias:* Netzverträge. 1998. *Band 23.*
- Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz von:* Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige. 1999. *Band 39.*
- Saenger, Ingo:* Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung. 1998. *Band 27.*

- Sandmann, Bernd*: Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten. 2001. *Band 50*.
- Schäfer, Carsten*: Die Lehre vom fehlerhaften Verband. 2002. *Band 69*.
- Schnorr, Randolph*: Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 – 758 BGB). 2004. *Band 88*.
- Schubel, Christian*: Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften. 2003. *Band 84*.
- Schur, Wolfgang*: Leistung und Sorgfalt. 2001. *Band 61*.
- Schwarze, Roland*: Vorvertragliche Verständigungspflichten. 2001. *Band 57*.
- Sieker, Susanne*: Umgehungsgeschäfte. 2001. *Band 56*.
- Sosnitzka, Olaf*: Besitz und Besitzschutz. 2003. *Band 85*.
- Stadler, Astrid*: Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. 1996. *Band 15*.
- Stoffels, Markus*: Gesetzlich nicht geregelte Schuldverhältnisse. 2001. *Band 59*.
- Taeger, Jürgen*: Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme. 1995. *Band 13*.
- Trunk, Alexander*: Internationales Insolvenzrecht. 1998. *Band 28*.
- Veil, Rüdiger*: Unternehmensverträge. 2003. *Band 79*.
- Wagner, Gerhard*: Prozeßverträge. 1998. *Band 33*.
- Waltermann, Raimund*: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie. 1996. *Band 14*.
- Weber, Christoph*: Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht. 2000. *Band 44*.
- Wendehorst, Christiane*: Anspruch und Ausgleich. 1999. *Band 37*.
- Wiebe, Andreas*: Die elektronische Willenserklärung. 2002. *Band 72*.
- Würthwein, Susanne*: Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? 2001. *Band 48*.

