

„Anforderungen an Sachverständige durch das Gericht“¹

Wichtigkeit des Sachverständigengutachtens im Arzthaftungsprozess

Uns als Juristen fehlt die medizinische Sachkunde, selbst wenn wir schon lange im Arzthaftungsrecht gearbeitet haben, wir uns durch Selbststudium, Internetrecherche, Heranziehung der Unterlagen aus vergleichbaren Prozessen Kenntnisse erworben haben. Vertiefende Kenntnisse und insbesondere *Erfahrungen* bei der ärztlichen Behandlung fehlen uns halt. Bestes Beispiel: Wir würden uns – im Gegensatz zum Gerichtssachverständigen – nie verlässlich mit dem Inhalt eines eingereichten Privatgutachtens auseinandersetzen können.

Gerade das mit der ärztlichen Erfahrung ist wichtig. Viele Sachverständige haben schon in einer Reihe von Kliniken gearbeitet und können von daher über die in Deutschland geübte Behandlungspraxis etwas sagen.

Tatsächlich: Der Sachverständige entscheidet den Ausgang des Rechtsstreits. Seine Ausführungen sind maßgebend dafür,

- ob der Facharztstandard eingehalten worden ist oder nicht,
- z.B. ob es ausreicht, den Patienten nach 3 Monaten zur Nachkontrolle wieder einzubestellen oder ob es schon nach 3 Wochen erforderlich gewesen wäre,
- oder ob die konkrete Behandlungsmaßnahme auf die Arzhelferin delegiert werden durfte,
- ob der Fehler des Arztes so unverständlich war, dass man als Jurist schon von einem groben Behandlungsfehler auszugehen hat²,
- ob es einer Dokumentation der ärztlichen Maßnahme bedurft hätte,
- ob diese Operation diesem vielleicht noch zu unerfahrenen Arzt überhaupt nicht hätte übertragen werden dürfen,
- ob sich die Standardunterschreitung auf die Gesundheit des Patienten ausgewirkt hat, also ob der Gesundheitsschaden auch bei ordnungsgemäßer Behandlung eingetreten wäre,
- ob bei einem Befunderhebungsfehler die Wahrscheinlichkeit eines reaktionspflichtigen Ergebnisses *hinreichend* gewesen wäre,
- ob ein Kausalzusammenhang *äußerst unwahrscheinlich* ist,
- ob der ärztliche Fehler *generell geeignet* ist, den Gesundheitsschaden des Patienten auszulösen,
- ob das durch die Behandlung verwirklichte Risiko ein eingriffsspezifisches Risiko war

¹ Allgemein zum Sachverständigen in der Arzthaftung: *Müller*, MedR 2001, 487; *Wenzel/Frahm*, Der Arzthaftungsprozess, 2012, Kap. 2 Rn. 3761 ff.; zur Begutachtung aus ärztlicher Sicht: *Scheppokat/Neu*, VersR 2001, 23; zum Privatgutachten im Arzthaftungsprozess: *Hattemer/Rensen*, MDR 2012, 1384.

² Def.: Wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf (BGH NJW 2009, 2820).

- und wie hoch die Wahrscheinlichkeit der Risikoverwirklichung denn bei diesem konkreten Eingriff ist,
- ob der Patient – ein junger Medizinstudent – schon so viel Vorwissen hat, dass er über die Risiken der bevorstehenden Operation nicht mehr aufgeklärt werden muss,
- sehr wichtig: ob es für die Behandlungsmethode eine echte Behandlungsalternative³ gegeben hätte – damit wir juristisch klären können, ob der Patient vor dem Eingriff darüber hätte aufgeklärt werden müssen.

Nun wird ja gerade – allerdings im Wesentlichen nur im Familienrecht (Sorgerecht) wegen dort z.T. wenig qualifizierten Gutachter – ausgiebig diskutiert, ob man höhere Anforderungen an die Gerichtsgutachter stellen soll (Zertifikate, Prüfungen). Dessen bedarf es m.E. im Arzthaftungsrecht nicht. Die Einführung einer Zugangsschwelle dürfte dazu führen, dass uns im Medizinrecht die Sachverständigen ausgehen. Schon jetzt ist es manchmal schwierig, geeignete Sachverständige zu finden. Hilfreich ist es allerdings, wenn der Sachverständige z.B. die AWMF-Leitlinie „Allgemeine Grundlagen der medizinischen Begutachtung“⁴ kennt oder Fortbildung (z.B. bei den Zahnärzte- und den Ärztekammern) durchlaufen hat.

Ich denke, es reicht aus, wenn man – wie weitgehend praktiziert – die Gerichte mit Spezialkammern und Spezialsenaten für Arzthaftungssachen ausstattet. Die dann in diesem Bereich erfahrenen Richterinnen und Richter vermögen gutachterliche Mängel und unplausible gutachterliche Ausführungen aufzudecken und zu erkennen. Und das gilt erst recht für die inzwischen in hohem Maße spezialisierte Anwaltschaft.

Der Sachverständige muss objektiv, neutral, verantwortungsbewusst, verschwiegen und unbefangen sein –

Objektivität – siehe den Vortrag von Prof. Dr. Marx – Ja: Der Sachverständige darf nicht von Gefühlen und Vorurteilen bestimmt sein, darf nicht Interessenvertreter sein, darf z.B. die verwendete Literatur nicht interessengeleitet auswählen, sei es dass er

- der Meinung ist, Patienten generell besser behandeln zu können als die beklagten Ärzte,
- aus falsch verstandener beruflichen Solidarität der Meinung ist, es würden die Ärzte mit viel zu viel Prozessen überhäuft,
- oder der Meinung ist, die Haftpflichtversicherer bedürften der Schonung, weil ansonsten die Versicherungsbeiträge der Ärzte weiter und weiter steigen würden.

Dem ist erstmal nichts hinzuzufügen.

³ Def.: Eine gleichermaßen indizierte und übliche, ernsthaft in Betracht kommende Alternative, die zu wesentlich unterschiedlichen Risiken oder Erfolgsaussichten führen können (BGH, Beschluss v. 18.12.2014, VI ZR 207/14, veröff. in Juris).

⁴ AWMF Register-Nr. 094/001 (Stand 7/2013).

Neutrales Verhalten – dies hängt eng mit dem Begriff der Objektivität zusammen. Der Sachverständige darf z.B. keine kollegenschützende Haltung einnehmen („Eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus“)⁵.

Für mangelnde Neutralität spricht, wenn er sich in seinem Internetauftritt patienten- oder haftpflichtversicherungsfreundlich präsentiert⁶.

Er darf z.B. nicht von sich aus Kontakt zu einer der Parteien aufnehmen, es sei denn es geht um die körperliche Untersuchung des klagenden Patienten. Beispiel: Es geht in dem Rechtsstreit u.a. darum, ob der Operateur hinreichend qualifiziert ist; nun ruft der Sachverständige den Chefarzt der Klinik an, erkundigt sich nach der Qualifikation, glaubt ihm und führt im Gutachten aus, dass der Operateur qualifiziert genug war.

Auch darf der Sachverständige nicht – ohne es zu offenbaren – von einer der Parteien ungefragt Unterlagen beziehen⁷.

Verantwortungsbewusst bedeutet auch, dass er sich in die Beweisfragen einarbeitet und sich auch vor der mündlichen Verhandlung ordentlich vorbereitet, insbesondere die ihm zuvor übersandten Schriftsätze liest und sich mit den dort aufgeworfenen medizinischen Fragen befasst.

Der Sachverständige darf nicht *befangen*⁸ sein, sich im Laufe des Rechtsstreits nicht befangen machen, nicht einmal befangen erscheinen. Er hat also schon vor Beginn seiner Beauftragung dem Gericht mitzuteilen,

- wenn zwischen ihm und dem klagenden Patienten mal ein Behandlungsverhältnis bestand (keine Befangenheit, wenn dadurch aber kein besonderes Vertrauensverhältnis zustande gekommen war)
- ob er zu einer der Parteien ein sonstiges persönliches Verhältnis hat (Duz-Verhältnis; er hatte schon mal ein Privatgutachten für eine der Parteien erstattet. Es ist grenzwertig, wenn ein Sachverständiger auch Privatgutachten für Versicherungen und insbesondere den hier hinter dem Beklagten stehenden Haftpflichtversicherer erstattet (eine Befangenheit wird aber erst dann angenommen, wenn diese Aufträge für ihn von wirtschaftlichem Gewicht sind⁹). Beklagter Arzt und Sachverständiger hatten in beruflichem oder wissenschaftlichem Bereich zusammengearbeitet. Mitteilen sollte er auch eine berufliche Bekanntschaft, die aber für sich gesehen regelmäßig nicht zur Befangenheit

⁵ Vgl. BGH NJW-RR 2010, 711 und VersR 2009, 1406.

⁶ OLG Koblenz MedR 2013, 379.

⁷ OLG Stuttgart MDR 2014, 560; OLG Koblenz VersR 2013, 1196.

⁸ Zur Sachverständigenablehnung im Arzthaftungsprozess: *Heinz*, GesR 2014, 141.

⁹ Näher: OLG Karlsruhe VersR 2013, 77.

führt¹⁰. Deshalb ist es auch von Vorteil, von vornherein einen Sachverständigen auszuwählen, der örtlich entfernt tätig ist.

Im Laufe des Rechtsstreits hat er es z.B.

- zu unterlassen, Glaubwürdigkeitsausführungen bezogen auf Parteien und Zeugen vorzunehmen¹¹,
- zu unterlassen, sich in Richtung der einen Partei einer befremdlichen Wortwahl zu bedienen („unsinnige Frage“, „Schutzbehauptung“, „grotesk“, „keiner Diskussion wert“, „das Privatgutachten ist ein Gefälligkeitsgutachten“) oder gegenüber dem Rechtsanwalt, er habe „das Gutachten nicht gelesen“, seine Äußerungen seien „vollständig unqualifiziert“, beruhten auf „völliger Unkenntnis“¹². Dies kann Ausdruck einer unsachlichen Grundhaltung gegenüber der Partei sein.
- Er zeigt dem einen Rechtsanwalt in der mündlichen Verhandlung einen „Vogel“. Das darf er nicht, selbst, wenn es sich um eine reflexhafte Spontanreaktion gehandelt haben sollte¹³.
- Nicht stets zur Befangenheit führen aber Äußerungen, mit denen die Grenze zur beleidigenden Herabsetzung durch den Sachverständigen nicht überschritten worden ist („kein seriöser Wirbelsäulenchirurg vertritt diese Auffassung“¹⁴). Auf provozierende Angriffe des Rechtsanwalts [nicht: der *Rechtsanwältin* – das haben wir vor dem Senat noch nicht erlebt] darf allerdings entschieden erwidert werden¹⁵.
- Auch eine zutage getretene mangelhafte Sorgfalt beim Erstellen des Gutachtens kann auf eine unsachliche Einstellung gegenüber einer der Parteien hindeuten.
- Wir erwarten auch von dem Sachverständigen, dass er sich auf den Befangenheitsantrag, zu dem er Gelegenheit zur Stellungnahme erhält, sachlich äußert (und nicht erst recht aufbrausend reagiert). Er sollte auch keine Rechtsausführungen zum Befangenheitsantrag machen; das wiederum kann zur Ablehnung führen¹⁶.

Er muss die erforderliche Sachkunde besitzen – dazu gehört nicht nur medizinisch-theoretisches Wissen, sondern auch, dass er über Erfahrungen in der Praxis verfügt¹⁷. Die Sachkunde des Sachverständigen muss überlegen sein; von ihm wird also erwartet, dass er eine gegenüber den Ärzten seiner Fachrichtung hinausgehende Qualifikation besitzt.

¹⁰ OLG Hamm MDR 2013, 169.

¹¹ LG Berlin GesR 2015, 25.

¹² LSG Essen, Beschl. vom 28.01.2014 – 8 L R 1000/13 – veröff. in Juris.

¹³ OLG Stuttgart MDR 2014, 1346.

¹⁴ Zweifelhaft, so aber OLG Saarbrücken MDR 2005, 648.

¹⁵ OLG Stuttgart VersR 2014, 521; OLG Zweibrücken MDR 2013, 1425.

¹⁶ Vgl. OLG Hamm MDR 2013, 1018.

¹⁷ KG Berlin MDR 2013, 1307 (Leitsatz).

Er muss selbst prüfen, ob er eine hinreichende Sachkunde besitzt und uns Bedenken mitteilen, ebenso ob es eines weiteren Sachverständigen bedarf (z.B. der Einholung eines radiologischen oder eines schmerztherapeutischen Zusatzgutachtens), § 407a Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Fachgleichheit – Nur wenn der Sachverständige aus dem selben Fachbereich, also aus dem betreffenden medizinischen Sachgebiet stammt, aus dem die zu klärende medizinische Frage herrührt, ist seine Expertise verwertbar¹⁸. Das ist zumeist der Fachbereich des beklagten Arztes. Bei Abgrenzungsfragen hilft zumeist ein Blick in die Weiterbildungsordnung. Die Fachgleichheit zu bestimmen kann aber bei interdisziplinärer Behandlung schwierig sein – dann hängt es davon ab, wo der Schwerpunkt der Behandlung liegt.

Bereitschaft und Fähigkeit zur zeitnahen Erstattung des Gutachtens – Zwar besteht nach § 407 ZPO eine Pflicht zur Gutachtenerstattung (Staatsbürgerpflicht), aber es nützt ja nichts, jemanden zu beauftragen, der nicht bereit oder aus zeitlichen Gründen nicht in der Lage ist, ein Gutachten – möglicherweise auch noch Ergänzungsgutachten – zeitnah zu erstatten und dieses Gutachten dann auch noch mündlich vor dem (z.T. weit entfernt liegendem) Gericht – gar in zwei Instanzen – zu erläutern und zu ergänzen.

Persönliche Erstattung des Gutachtens – Ohne gerichtliche Zustimmung darf der Sachverständige den Gutachtenauftrag nicht einem anderen übertragen. Das ist wichtig, weil das Gericht ja gerade diesen Sachverständigen etwa wegen seiner besonderen Sachkunde ausgewählt hat. Außerdem können Gericht und Parteien ja ansonsten die Qualität und auch die Unbefangenheit des tatsächlich tätigen Gutachters nicht überprüfen.

Mitarbeiter am Gutachten hat der Sachverständige namhaft zu machen und zugleich den Umfang ihrer Mitarbeit anzugeben, es sei denn es handelt sich um bloße Hilfstätigkeit (§ 407a Abs. 2 ZPO).

Der bestellte Sachverständige muss zumindest die fachliche Leitung innehaben und die persönliche Gesamtverantwortung für das Gutachten übernehmen¹⁹. Er muss bei der Gutachtenerstellung einen unverzichtbaren Kern selbst erbracht und Zentralaufgaben selbst wahrgenommen haben²⁰. Dementsprechend heißt es dann ja auch unter dem Gutachten, nachdem die Mitarbeit anderer Ärzte dargelegt ist, „einverstanden aufgrund eigener Untersuchung und Beurteilung“²¹. Das reicht aus, wenn es tat-

¹⁸ BGH VersR 2009, 257; Rensen, MDR 2012, 497; Ziegler/Hartwig, VersR 2011, 1113.

¹⁹ KG Berlin GesR 2010, 608.

²⁰ BSG, Beschl. vom 18.11.2008 – B 2 U 101/08 B – veröff. in Juris.

²¹ OLG Koblenz RuS 2001, 211; BSG SGB 2004, 363: dort reichte diese Erklärung nicht aus.

sächlich der Richtigkeit entspricht. Jedenfalls begründet es die Vermutung der inhaltlichen Richtigkeit. Ansonsten ist das Gutachten – zunächst – nicht verwertbar²². Das Gericht kann aber nach Anhörung der Parteien dann den tatsächlichen Urheber des Gutachtens zum Sachverständigen bestellen²³.

Inhaltliche Anforderungen an das Gutachten – Das Gutachten muss verwertbar sein. Dies liegt z.B. nicht vor,

- wenn das Gutachten für die Beantwortung der Beweisfragen in keiner Weise eine Grundlage bilden kann oder
- wenn die Schlussfolgerungen des Sachverständigen auch von einem bemühten Auftraggeber nicht zu verstehen sind, sei es wegen Stil und Sprache der Darstellung oder wegen Fehlern in wesentlichen Gutachtenteilen. Allerdings führen sprachliche Unklarheiten für sich allein, methodische Unsicherheiten oder sonstige ausräumbare Mängel nicht zur Unverwertbarkeit, sondern ebnen den Weg zur erläuternden Nachfrage.
- wenn der Sachverständige im Gutachten lediglich und in nicht nachprüfbarer Weise das Ergebnis seiner Untersuchungen mitteilt und dann zu einer Nachbesserung nicht in der Lage ist.

Wissen um den Facharzt-Standard – also ob die hier zu überprüfende Behandlung dem entsprach, was von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachbereichs vorausgesetzt und erwartet wird,

und das auch bezogen auf den (z.T. schon Jahre zurückliegenden) Behandlungszeitraum.

Leitlinien- und Literaturkenntnis, zumindest Fähigkeit und Bereitschaft, sich einzulesen und auszuwerten, wird erwartet.

Der Sachverständige muss, wenn er in einer anderen Versorgungsstufe arbeitet, in der Lage sein, die konkrete Behandlungssituation beurteilen zu können (Beispiel: Chefarzt der Universitätsklinik soll die Behandlung des niedergelassenen Facharztes beurteilen). Der in der Universitätsklinik gelebte Standard kann ein wesentlich höherer sein.

Erfahrungen vor Gericht – nicht als beklagter Arzt, sondern als Sachverständiger, untermauert z.B. durch Fortbildung, etwa bei den Zahnärztle- und Ärztekammern; das erleichtert vieles: Der Sachverständige weiß um einen geordneten Aufbau des Gut-

²² OLG Köln GesR 2014, 347.

²³ BGH VersR 1985, 361 und Beschl. v. 17.06.2008 – VI ZR 5/08 – veröff. in Juris.

achtens, er weiß um rechtliche Hintergründe und weiß, worauf es dem Gericht ankommt. Es hilft natürlich, wenn der Sachverständige weiß, warum wir beim Befunderhebungsfehler fragen, ob bei ordnungsgemäßer Befunderhebung die Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines reaktionspflichtigen Ergebnisses *hinreichend* ist.

Oder wenn er weiß, dass es bei dem Kausalitätsbeweis nicht um eine medizinisch-naturwissenschaftliche 100%ige Sicherheit geht, also nicht um eine mathematische, jede Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs ausschließende, von niemandem anzuzweifelnde Gewissheit, sondern dass bei § 286 ZPO eine Sicherheit i.S. trichterlicher Überzeugungsbildung ausreicht²⁴.

Bereitschaft, den Anweisungen im Beweisbeschluss nachzukommen – also Behandlungsunterlagen von sich aus beizuziehen, körperliche Untersuchungen vorzunehmen, Vor- und Nachbehandler zu befragen.

Hat der Sachverständige Bedenken gegen die Art und Weise der körperlichen Untersuchung, etwa weil er dabei einen Eingriff bei dem Kläger vornehmen muss (Blutentnahme) oder wegen § 25 RöV²⁵, hat er das Gericht darauf hinzuweisen. Dann kann das Gericht nämlich auf eine analoge Anwendung des § 372a ZPO²⁶ verweisen.

Er hat auch mitzuteilen, wenn das ärztliche Verhalten aus einem anderen Grund fehlerhaft erscheint, nach dem gar nicht gefragt worden ist –

Das erscheint sinnvoll; so habe ich schon mehrfach von Sachverständigen gehört, dazu hätte er nichts gesagt, obwohl da für ihn ein offensichtlicher ärztlicher Fehler vorlag, denn er sei ja nicht zu diesem Behandlungsabschnitt befragt worden.

Aber Vorsicht! Der Sachverständige könnte erfolgreich als befangen abgelehnt werden, z.B. wenn er bei Abfragen von Behandlungsfehlern von sich aus ungefragt Aufklärungsfehler des Arztes rügt²⁷. Denn das soll dann den Verdacht der Unparteilichkeit rechtfertigen können, jedenfalls wenn die Diktion des Sachverständigen Zweifel

²⁴ Def.: Es reicht ein Grad von Gewissheit aus, der Zweifel eines besonnenen, gewissenhaften und lebenserfahrenen Beurteilers Schweigen gebietet. Zweifel, die sich auf lediglich theoretischen Möglichkeiten gründen, für die tatsächliche Anhaltspunkte nicht bestehen, sind nicht von Bedeutung. Also: eine absolute Gewissheit ist nicht gefordert. Vielmehr muss der Sachverständige davon überzeugt sein, dass bei vernünftiger Betrachtung wenn überhaupt nur geringe Zweifel bestehen könnten (vgl. BGH NJW 2014, 71).

²⁵ § 25 Abs. 1.Satz 1 RöV: Röntgenstrahlung darf am Menschen nur in Ausübung der Heilkunde oder Zahnheilkunde, in der medizinischen Forschung, in sonstigen durch Gesetz vorgesehenen oder zugelassenen Fällen, zur Untersuchung nach Vorschriften des allgemeinen Arbeitsschutzes oder in den Fällen, in denen die Aufenthalts- oder Einwanderungsbestimmungen eines anderen Staates eine Röntgenaufnahme fordern, angewendet werden.

²⁶ § 372a Abs. 1 ZPO: Soweit es zur Feststellung der Abstammung erforderlich ist, hat jede Person Untersuchungen, insbesondere die Entnahme von Blutproben, zu dulden, es sei denn, dass die Untersuchung dem zu Untersuchenden nicht zugemutet werden kann.

²⁷ OLG Koblenz MedR 2013, 379; aber OLG Dresden GesR 2010, 136.

an der gebotenen Neutralität aufkommen lässt; nicht jedoch, wenn der Sachverständige den Beweisbeschluss erkennbar missverstanden hat²⁸. Besser ist es,

der Sachverständige fragt bei dem Gericht nach, ob er auch zu diesem Punkt etwas sagen soll,

oder noch besser, das Gericht stellt von sich aus im Beweisbeschluss die ergänzende Frage: Erscheint das ärztliche Verhalten aus einem anderen als dem bislang vorgetragenen Grund fehlerhaft?

Dann mag vielleicht der Richter befangen erscheinen. Eine erfolgreiche Ablehnung eines Richters wegen einer solchen Beweisfrage ist mir aber bislang nicht untergekommen. Das ist wohl auch richtig so, weil wir Richterinnen und Richter gerade im Arzthaftungsrecht in gewissem Maße Amtsermittlung betreiben dürfen – aus Gründen der Waffengleichheit zwischen den Parteien des Arzthaftungsprozesses und aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit²⁹.

Und schließlich: Es wird von dem Sachverständigen erwartet, dass er, wenn er hinsichtlich der Beantwortung der Beweisfragen anderen Sinnes geworden ist, dies dem Gericht mitteilt und also nicht nach außen hin auf seiner bisherigen Äußerung beharrt.

²⁸ OLG Karlsruhe VersR 2014, 768; vgl. auch BGH MDR 2013, 739.

²⁹ Vgl. BVerfG VersR 1979, 907; BGH VersR 1984, 661.