

Anne Meißner (Hrsg.)

Begutachtung von Pflegebedürftigkeit bei Erwachsenen

unter Mitarbeit von

Thomas Althammer

Andreas Büscher

Christiane Frenkel

Joachim Hindemith

Otto Inhester

Sabine Jansen

Karen Kolsmann

Medlin Kurt

Änne-Dörte Latteck

Manuela Lautenschläger

Dorothee Lebeda

Eckhard Lotze

Markus Mai

Sandra Mantz

Iris Meyenburg-Altware

Jochen Möller

Renate Richter

Ronald Richter

Friedhelm Rink

Hürrem Tezcan-Güntekin

Roland Uphoff

Petra Weber

Klaus Wingenfeld

2 Allgemeine Rechtsgrundlagen der gutachterlichen Tätigkeit

Roland Uphoff und Joachim Hindemith

2.1

Einholung von Sachverständigen-gutachten als Beweismittel

Die Einholung von Sachverständigengutachten durch Gerichte ist heute ein weithin alltäglicher Vorgang, und zwar insbesondere im Zivilprozess. Je nach dem Gegenstand eines Rechtsstreits werden, wenn das Gericht zu einer sachgerechten Entscheidung kommen will, Gutachten ganz unterschiedlicher Thematik benötigt (typische Beispiele: Gutachten über Baumängel, Gutachten von Unfallursachenforschern über Ursachen und Ablauf eines Verkehrsunfalls, Gutachten zur Entstehung von Bränden, Gutachten über die Echtheit von Urkunden, Gutachten zu technischen Fragen, z. B. im Bereich des IT-Rechts). Die Praxis lehrt jedoch, dass die meisten Gutachten, die in Zivilprozessen eingeholt werden, medizinische Fragestellungen betreffen, wobei dieser Begriff hier sehr weit gefasst ist; er umfasst auch die typisch pflegewissenschaftlichen Fragen. Solche Fragen müssen im Bereich des Zivilprozesses vor allem dann gutachtlich geklärt werden, wenn die klagende Partei geltend macht, sie sei durch die beklagte Partei, z. B. ein Krankenhaus, gesundheitlich geschädigt worden und ein wesentlicher Teil des Schadens bestehe in vermehrten Bedürfnissen (§ 843 Abs. 1 BGB), die gerade daraus resultierten, dass sie infolge ihrer gesundheitlichen Schädigung pflegebedürftig geworden sei.

Spezifisch pflegewissenschaftliche Fragen können auch in einem Rechtsstreit vor einem Sozialgericht auftauchen. Erhalten Betroffene nicht den erwarteten Pflegegrad, so kann nach einem erfolglosen Widerspruchsverfahren bzw. bei privat Versicherten auch ohne ein Widerspruchsverfahren gegen die Entscheidung der Pflegekasse der Klageweg beschritten werden. In einem solchen Rechtsstreit wird dann die Einholung eines pflegewissenschaftlichen Gutachtens erforderlich.

Das Sachverständigengutachten ist ein Beweismittel. Der Sachverständigenbeweis, der in allen einschlägigen Prozessordnungen geregelt ist, steht im Prinzip in einer Reihe mit den anderen in den verschiedenen Prozessordnungen, insbesondere also in der Zivilprozessordnung, vorgesehenen Beweisarten (Augenschein, Zeugenbeweis, Sachverständigenbeweis, Urkundenbeweis, Beweis durch Parteivernehmung).

Dass ein Rechtsstreit im Allgemeinen nicht ohne Beweisaufnahme entschieden werden kann, hat naheliegende Gründe. Es kommt sehr selten vor, dass die Parteien hinsichtlich des Sachverhalts, aus dem ihr Rechtsstreit entstanden ist, völlig einig sind und nur über eine Rechtsfrage streiten. Eher kommt es vor, dass die Parteien zwar über den Sachverhalt streiten, dass es aber auf die von ihnen gegebenen unterschiedlichen Darstellungen nicht ankommt. In den allermeisten Fällen ist hingegen der Sachverhalt streitig und es kommt für die Entschei-

dung auf die insoweit bestehenden unterschiedlichen Darstellungen an. In diesen Fällen kann das Gericht den Streit der Parteien nicht ohne Sachverhaltsaufklärung entscheiden. Es muss also eine Sachverhaltserforschung vornehmen. Dies geschieht im Wege der Beweisaufnahme. Sie erfolgt im Zivilprozess auf Antrag der Parteien, in allen anderen Verfahrensarten von Amts wegen.

In aller Regel geht es dabei zunächst um die Klärung von Fakten. Zeugen werden vernommen, weil sie (potenziell) Wahrnehmungen gemacht haben, die sie dem Gericht schildern sollen. Auch der Urkundenbeweis dient in den meisten Fällen (nicht immer) der Tatsachenfeststellung. Die Behandlungsunterlagen eines Arztes oder Krankenhauses, die in Arzthaftungsprozessen immer beigezogen werden, dienen dazu, den Behandlungsgang in tatsächlicher Hinsicht aufzuklären. Augenschein und Parteivernehmung sollen ebenfalls der Sachverhaltsaufklärung dienen. Man muss allerdings sagen, dass der richterliche Augenschein im Zivilprozess eher ein Schattendasein führt. Es kommt z. B. vor, dass ein Gericht eine Unfallstelle besichtigt, um die örtlichen Verhältnisse besser erfassen zu können. Auch die Verletzungen, die z. B. ein Unfallopfer erlitten hat, können Gegenstand eines Augenscheinbeweises sein. Zu einer Parteivernehmung kommt es ebenfalls eher selten, weil die Voraussetzungen, unter denen eine Parteivernehmung zulässig ist, streng sind. Viel häufiger machen heute die Gerichte in den Fällen, in denen sich die maßgeblichen Vorgänge unter vier Augen abgespielt haben, von der Möglichkeit Gebrauch, die Parteien, und zwar meistens beide Parteien, ohne förmliche Parteivernehmung anzuhören (§ 141 ZPO). Die Ergebnisse einer solchen Anhörung kann das Gericht ebenso wie das Ergebnis einer Zeugenvernehmung frei würdigen.

Der Sachverständigenbeweis nimmt unter den anderen Beweisarten insofern eine Sonderstellung ein, als die Aufgabe des Sachverständigen in aller Regel nicht darin besteht, den ent-

scheidungserheblichen Sachverhalt aufzuklären; vielmehr soll der Sachverständige auf der Basis seiner besonderen Sachkunde dem Gericht bei der Beurteilung des Sachverhalts behilflich sein. Geht es also z. B. um die Frage, ob einem Arzt ein Behandlungsfehler unterlaufen ist, so bedarf es zunächst in tatsächlicher Hinsicht der Klärung, wie der Arzt vorgegangen ist, was er also im Einzelnen getan oder veranlasst hat. Aufgabe des Sachverständigen ist es dann, dieses Vorgehen des Arztes fachlich zu würdigen. Erst auf der Basis einer solchen vorausgehenden fachlichen Bewertung kann das Gericht eine auf ihr aufbauende rechtliche Bewertung vornehmen.

Völlig trennscharf lässt sich diese Unterscheidung allerdings nicht durchführen. Häufig werden Sachverständige auch damit beauftragt, Tatsachen zu ermitteln, wenn dies nur aufgrund besonderer Sachkunde möglich ist. Das Gericht kann dem Sachverständigen z. B. aufgeben, einen Patienten zu untersuchen.

2.2

Erhebung des Sachverständigenbeweises im Besonderen

Die Normen, die die Erhebung des Sachverständigenbeweises im Rechtsstreit regeln, sind Bestandteil des Prozessrechts; sie finden sich demgemäß in verschiedenen Prozessordnungen. Für den Zivilprozess gelten §§ 402–414 der Zivilprozessordnung (ZPO). Im Strafprozess ist das Recht der Beweiserhebung durch Sachverständige in §§ 72–93 der Strafprozessordnung (StPO) geregelt. Die einschlägigen Regelungen des Sozialgerichtsprozesses finden sich in §§ 103, 109, 118 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG), wobei § 118 SGG eine Bezugnahme auf die einschlägigen Normen der ZPO enthält.

Was den Strafprozess anlangt, so werden zwar sehr häufig medizinische Sachverständigengutachten eingeholt. Pflegewissenschaftliche Fragestellungen spielen bisher jedoch im

Strafprozess so gut wie nie eine Rolle, sodass auf die Besonderheiten des medizinischen Sachverständigenbeweises im Strafprozess hier nicht näher eingegangen zu werden braucht. Sowohl im Zivilprozess, und zwar speziell im Medizinhaftungsprozess, als auch im sozialgerichtlichen Verfahren treten jedoch pflegerechtliche Probleme häufig auf, sodass auf diese Verfahrensarten hier genauer einzugehen ist.

Das Recht des Sachverständigenbeweises ist ein umfangreiches Rechtsgebiet. Es existieren insoweit Handbücher, insbesondere das früher von Bayerlein und Aurnhammer (2008), in der jüngsten Auflage von Bleutge und Roefßner herausgegebene Praxishandbuch Sachverständigenrecht (Bayerlein, 2015). Darüber hinaus gibt es zu Einzelfragen des Sachverständigenrechts eine Fülle juristischer Literatur. Für den praktisch tätigen Sachverständigen ist jedoch umfangreiches Fachwissen auf diesem Rechtsgebiet regelmäßig nicht erforderlich. Benötigt werden dagegen Kenntnisse von den Prinzipien des Sachverständigenbeweises. Durchmustert man die in den verschiedenen Prozessordnungen enthaltenen Regelungen, so stellt man fest, dass sie auf einer Reihe übergeordneter Prinzipien beruhen, sie sich relativ knapp darstellen lassen. Hierfür ist charakteristisch, dass z.B. die Normen der ZPO und der Strafprozessordnung teilweise wortgleich sind. Das SGG enthält eine weitgehende Bezugnahme auf die Normen der ZPO. Will ein Sachverständiger ein von dem Gericht als brauchbar empfundenen Gutachten erstatten, das dem Gericht eine sachlich richtige Entscheidung ermöglicht, so bedarf es vor allem der Kenntnis dieser Prinzipien.

2.2.1

Einholung von Fachwissen

Ein Gericht holt ein Sachverständigengutachten ein, wenn für die Entscheidung Fachwissen benötigt wird, über das das Gericht nicht verfügt. Vielfach wird formuliert, dass der *Sachverständige*

ein „Gehilfe des Richters“ sei. Dieser Formulierung hat sich auch der Bundesgerichtshof bedient. Andere bezeichnen den Sachverständigen als Berater des Gerichts. Von Karl Peters stammt die plastische Formulierung, der Sachverständige sei das erweiterte Gehirn des Richters. Ein Sachverständigengutachten wird also benötigt, wenn die für den Ausgang des Rechtsstreits maßgeblichen Fragen sich nicht ohne spezielle Fachkenntnis, über die ein Laie auf dem betreffenden Gebiet nicht verfügt, beantworten lassen. Geht es z.B. in einem Schadenprozess um die Frage, ob einer Pflegenden ein Fehler unterlaufen ist, so ist das Gericht auf die Beauftragung eines Sachverständigen angewiesen, weil sich ohne pflegerisches Fachwissen die Frage nach dem Vorliegen eines Pflegefehlers nicht beantworten lässt.

Im Prinzip muss das Gericht die Frage, ob es einen Sachverständigen benötigt oder kraft eigener Sachkunde zur Entscheidung des Rechtsstreits gelangen kann, selbst beantworten. Insofern sind ihm aber enge Grenzen gesetzt. Will ein Gericht einen Rechtsstreit, der pflegerische Fragen aufwirft, ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens kraft eigener Sachkunde entscheiden, so ist es gehalten, diese Sachkunde im Urteil darzulegen. Der bloße in das Urteil aufgenommene Hinweis, dass das Gericht über eigene Sachkunde verfüge, reicht unter keinen Umständen aus. Ein in das Urteil aufgenommener Hinweis, dass das Gericht sich eigene Sachkunde durch Lektüre von Fachliteratur oder durch eine Internetrecherche verschafft habe, wird stets als ungenügend erachtet, weil es auch zur richtigen Erfassung und Würdigung von Fachliteratur der Fachkenntnis bedürfe. Ist also eine sachgemäße Entscheidung eines Rechtsstreits nur aufgrund spezieller Fachkunde möglich, so ist der Weg des Verzichts auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens den Gerichten so gut wie immer verschlossen.

2.2.2

Auswahl des Sachverständigen

Die Auswahl des Sachverständigen obliegt dem Gericht. Es verfügt insoweit über einen sehr weiten Ermessensspielraum. Völlig schrankenlos ist dieser indes nicht. Es gibt Ermessensgrenzen, deren Überschreitung einen Verfahrensfehler begründet, der – auf Rechtsmittel hin – zur Aufhebung des Urteils führt.

Für den Medizinschadenprozess ist anerkannt, dass das Gericht grundsätzlich einen Sachverständigen aus dem medizinischen Fachgebiet der beklagten Partei auszuwählen hat. Es ist dann Sache des vom Gericht beauftragten Sachverständigen, auch die Frage zu beantworten, ob die Hinzuziehung eines weiteren Sachverständigen aus einem anderen Fachgebiet oder einer anderen Berufsgruppe erforderlich ist. Die Aussage eines Sachverständigen, dass er auch auf einem Gebiet, auf dem er keine fachspezifische Ausbildung durchlaufen hat, über ausreichende Kenntnisse verfüge, ist mit Vorsicht zu würdigen.

In Medizinschadenprozessen kommt es recht häufig vor, dass einzelne ärztliche Sachverständige nicht für alle Fragen, um die es geht, über ausreichende Kompetenz verfügen. Geht es bspw. um einen Fehler bei einer geburtshilflichen Behandlung, so müssen häufig auch neonatologische Fragen abgeklärt werden. Wird ein Behandlungsfehler auf orthopädischem Gebiet behauptet, mag auch ein röntgenologisches oder chirurgisches Gutachten benötigt werden. Viele andere Konstellationen im Gesundheitswesen sind denkbar, in denen ein potenzieller Behandlungsfehler in einen Grenzbereich zwischen verschiedenen Disziplinen fällt oder sich bestimmte Fragen abschließend nur klären lassen, wenn der Sachverständige die Grenzen seines eigenen Fachgebiets überschreitet. Begnügt das Gericht sich in solchen Fällen mit der Einholung nur eines Sachverständigengutachtens und schenkt es unbedenken der Angabe des Sachverständigen Vertrauen, dass er sich auch auf dem benachbarten Fachgebiet ausreichend kompetent fühle,

mag dies zu Fehlentscheidungen führen. Allgemein gilt demgemäß der Grundsatz, dass, wenn es um Behandlungs- oder Aufklärungsfehler geht, Sachverständige heranzuziehen sind, die dem Fachgebiet, auf dem die Behandlung oder Versorgung erfolgt ist, am nächsten stehen. Können die Fragen nicht durch einen einzigen Sachverständigen ausreichend abgedeckt werden, so wird im Allgemeinen die Heranziehung mehrerer Sachverständiger erforderlich sein.

Solche Überschneidungsbereiche, in denen es notwendig sein kann, mehrere Sachverständige zu beauftragen, kann es auch im Verhältnis zwischen ärztlichen und pflegewissenschaftlichen Sachverständigen geben. Ein ärztlicher Sachverständiger wird im Allgemeinen kraft eigener Sachkunde die Frage beantworten können, ob ein Patient *infolge* eines *medizinischen Behandlungsfehlers* pflegebedürftig geworden ist. Eine pflegewissenschaftlich qualifizierte Person dagegen kann zu Ursachen, Ausmaß und Behandlung der Pflegebedürftigkeit kraft ihrer Fachkenntnis fallspezifische, nachvollziehbare und zugleich evidenzbasierte Aussagen machen. Die Kompetenz pflegewissenschaftlicher Sachverständiger wird man als überlegen betrachten müssen, soweit es um Auswirkung, Ausmaß und Umfang der Pflegebedürftigkeit geht.

Es kann demzufolge die Prognose gestellt werden, dass die Gerichte in Zukunft zunehmend häufiger als bisher pflegewissenschaftlich qualifizierte Sachverständige mit der Erstattung von Sachverständigengutachten beauftragen werden. Insoweit gilt nichts anderes als für alle Gesundheitsfachberufe. Neben der beruflichen Pflege haben sich weitere Gesundheitsfachberufe inzwischen weitgehend akademisiert wie z.B. Ergo-, Physio- oder Logopädie (Wissenschaftsrat, 2012). Neben ärztlichen Gutachten werden zukünftig zunehmend pflegerische Gutachten und Gutachten anderer Gesundheitsberufe von spezialisierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern auf diesen Gebieten erstattet werden. In dem Maße, in dem sich diese Wissenschaften als Spezialgebiete des Ge-

sundheitswesens mit akademischer Ausbildung etabliert haben, entfällt die Unterordnung dieser Berufe unter eine ärztliche Oberhoheit. Die These, dass Wissen und Können einer Ärztin oder eines Arztes im Bereich dieser Spezialgebiete sei dem der akademisch ausgebildeten Angehörigen eines dieser Berufe überlegen und schließe also die Gegenstandsbereiche und das dazugehörige Wissen und Können anderer Gesundheitsfachberufe mit ein oder ein Arzt sei in der Lage, sich solches Spezialwissen jeweils ad hoc, z. B. durch Literaturstudium, zu verschaffen, ist heute nicht mehr aufrechtzuerhalten.

2.2.3

Verpflichtung des Sachverständigen zur Gutachtenerstattung

Grundsätzlich besteht keine Pflicht zur Gutachtertätigkeit. Gemäß der Norm des § 407 ZPO, die kraft Verweisung auch im sozialgerichtlichen Verfahren gilt, bestehen von diesem Grundsatz jedoch Ausnahmen. Sie betreffen vor allem die Fälle, in denen der Sachverständige die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntnis Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerb ausübt. Gleiches gilt, wenn er zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt ist. Diese Ausnahme betrifft u. a. Ärztinnen und Ärzte, da sie die ärztliche Tätigkeit zum Erwerb ausüben und überdies zur Ausübung der ärztlichen Tätigkeit durch die Approbation ermächtigt sind. Gleiches dürfte für Pflegewissenschaftlerinnen und Pflegewissenschaftler gelten, die diese Wissenschaft, sei es praktisch, sei es als Hochschullehrende, zum Erwerb ausüben, überdies durch die Ablegung entsprechender Examina oder durch die Berufung zu Hochschullehrenden hierzu ermächtigt sind. Auch ein mit der Erstattung eines pflegewissenschaftlichen Gutachtens beauftragter Sachverständiger wird demgemäß den Gutachtenauftrag regelmäßig nicht ablehnen können. Allerdings verfahren die Gerichte in diesem Punkt größzü-

gig: Teilt ein in Aussicht genommener oder bereits bestellter Sachverständiger dem Gericht mit, dass er überlastet und aus diesem Grunde nicht in der Lage sei, das Gutachten innerhalb angemessener Zeit zu erstatten, so wird das Gericht von seiner Beauftragung im Allgemeinen absehen bzw. ihn, wenn er bereits beauftragt ist, entpflichten.

2.2.4

Form der Beauftragung

Die Beauftragung des Sachverständigen erfolgt durch einen Beweisbeschluss. In dem Beweisbeschluss werden die Beweisfragen formuliert, auf die es nach Auffassung des Gerichts für die Entscheidung ankommt, d. h. die Fragen, zu denen der Sachverständige in seinem Gutachten Stellung nehmen soll. Diese Beweisfragen haben für die Tätigkeit des Sachverständigen richtungweisende Bedeutung. Prinzipiell ist der Sachverständige an diese Beweisfragen gebunden. Er soll in seinem Gutachten die Beweisfragen aufgrund seiner besonderen Sachkunde, d. h. seines professionellen Wissens, beantworten, und zwar nur diese Beweisfragen.

2.2.5

Pflichten nach Beauftragung

Erhält der Sachverständige einen Gutachtenauftrag, so ist er zunächst verpflichtet, unverzüglich zu prüfen, ob der Auftrag in sein Fachgebiet fällt und ohne die Hinzuziehung weiterer Sachverständiger von ihm erledigt werden kann. Ist das nicht der Fall, so hat er das Gericht unverzüglich zu verständigen.

Er ist nicht befugt, den Auftrag auf eine andere Person zu übertragen. Er hat also das Gutachten persönlich zu erstatten. Das bedeutet jedoch nicht, dass er sich bei der Erstattung eines Gutachtens nicht anderer Personen bedienen darf. Dies ist sogar weithin üblich. Hochschul-

lehrende ziehen, wenn sie einen Gutachtenauftrag erhalten, vielfach wissenschaftliche Mitarbeitende zur Mitwirkung bei der Erarbeitung des Gutachtens heran; die mit der Erstattung von Gutachten beauftragten leitenden Ärzte oder Ärztinnen von Krankenhäusern bedienen sich erfahrungsgemäß zur Mithilfe bei der Erarbeitung des Gutachtens ihres untergebenen ärztlichen Personals. Eine vollständige Übertragung der gutachterlichen Tätigkeit ist jedoch unzulässig. Hat sie stattgefunden, so ist das Gutachten unverwertbar. Der Sachverständige darf Hilfskräfte zu Vorarbeiten, Durchführung von Messungen, Feststellung eines tatsächlichen Zustandes, auch zur Ausarbeitung des Gutachtentextes heranziehen.

Er muss aber diese Mitarbeitenden und den Umfang ihrer Tätigkeit im Gutachten angeben, darüber hinaus muss die persönliche Verantwortung für das Gutachten insgesamt uneingeschränkt gewahrt bleiben. Dies wird im Allgemeinen dadurch deutlich gemacht, dass der Sachverständige das Gutachten neben der von ihm herangezogenen Hilfskraft unterzeichnet und durch einen Zusatz zum Gutachten deutlich macht, dass er die Arbeit seines qualifizierten Mitarbeiters nachvollzogen und sich zu eigen gemacht habe oder dass das Gutachten unter seiner Oberaufsicht zustande gekommen sei und von ihm vertreten werde. Die übliche dabei verwendete Formel lautet:

„Einverstanden aufgrund eigener Urteilsbildung“.

Ebenso wie ärztliche Sachverständige können demgemäß auch pflegewissenschaftliche Sachverständige, insbesondere Hochschullehrende, weitere Personen zur Erarbeitung des Gutachtens als Hilfskräfte heranziehen. Dass dies geschehen ist und der vom Gericht beauftragte Sachverständige aufgrund eigener Beurteilung die volle Verantwortung für den Inhalt des Gutachtens übernimmt, ist in dem Gutachten ausdrücklich festzustellen.

2.2.6

Schriftliches oder mündliches Gutachten

Alle einschlägigen Prozessordnungen ermächtigen das Gericht, die Sachverständige entweder mit der Erstattung eines schriftlichen oder eines mündlichen Gutachtens zu beauftragen. Die Erstattung eines mündlichen Gutachtens erfolgt in der Weise, dass der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung, d.h. bei seiner Vernehmung, den Inhalt des Gutachtens vorträgt. Sowohl im Zivilprozess als auch im Verfahren vor den Sozialgerichten ist heute die Erstattung mündlicher Sachverständigengutachten unüblich geworden. Regelmäßig werden Sachverständige mit der Erstattung schriftlicher Gutachten beauftragt, für deren Vorlage immer auch eine Frist gesetzt wird.

Wird der Sachverständige mit der Erstattung eines mündlichen Gutachtens beauftragt, so müssen die Prozessparteien Gelegenheit erhalten, nach Vorliegen des gerichtlichen Protokolls professionellen Rat einzuholen und zu dem Gutachten nachträglich Stellung zu nehmen. Diese Stellungnahme muss wiederum dem Sachverständigen zugeleitet werden, damit er sich ergänzend äußern kann. Ein solches Verfahren ist umständlich und zeitaufwendig und daher unbeliebt.

2.2.7

Mündliche Erläuterung des schriftlich erstatteten Gutachtens

Sehr häufig wird mindestens eine Partei mit einem schriftlichen Gutachten nicht oder nicht in vollem Umfang einverstanden sein und gegen das Gutachten Einwendungen erheben. Im Allgemeinen wird die betreffende Partei hiermit den Antrag verbinden, das Erscheinen des Sachverständigen zur mündlichen Verhandlung anzuordnen, damit er das schriftliche Gutachten erläutere (§ 411 ZPO). Im Zivilprozess muss diesem Antrag stattgegeben werden, wenn er

rechtzeitig gestellt und ausreichend begründet wird. Zur ausreichenden Begründung gehört die schriftsätzliche Formulierung der gegen das Gutachten zu erhebenden Einwendungen (z. B. Hinweise auf Lücken, Widersprüche, gegenteilige Auffassungen in der Fachliteratur). Die Partei, die den Antrag stellt, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden, muss also die Stoßrichtung der dem Sachverständigen zu stellenden Fragen schriftlich ankündigen. Die Vorlage eines ausgearbeiteten Fragenkataloges ist dabei nicht notwendig.

Im Zivilprozess wird nach Einholung medizinischer Gutachten durch das Gericht ein solcher Antrag regelmäßig gestellt, sodass es so gut wie immer nach Erstattung eines schriftlichen Gutachtens zu dessen mündlicher Erläuterung kommt. Im sozialgerichtlichen Verfahren finden Ladungen von Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung ihrer Gutachten viel seltener statt. Häufiger werden die entsprechenden Anträge mit der Begründung abgelehnt, das Gericht sehe das Gutachten als ausreichend an und erkenne keinen Erläuterungsbedarf. Ob entsprechende Anträge im sozialgerichtlichen Verfahren mit dieser Begründung abgelehnt werden können, obwohl das Sachverständigenrecht der Zivilprozessordnung kraft Verweisung auch im sozialgerichtlichen Verfahren gilt, ist allerdings fraglich.

2.3

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit

Allen einschlägigen Prozessordnungen zufolge kann ein Sachverständiger von einer Prozesspartei wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Die Zivilprozessordnung verweist insoweit auf § 42 ZPO, d. h. die Norm, die die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit regelt. Eine derartige Besorgnis besteht, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit sei es

eines Richters oder einer Richterin, sei es eines Sachverständigen zu rechtfertigen.

Die Rechtsprechung zur Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit ist unübersehbar. Sie lässt sich jedoch auf zwei Fallgruppen reduzieren: Zum einen ist die Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit begründet, wenn zwischen der Sachverständigen einerseits, einer Prozesspartei andererseits engere Beziehungen bestehen, die es aus der Sicht einer verständigen Partei naheliegend erscheinen lassen, dass der Sachverständige nicht in der Lage ist, ein unbefangenes und neutrales Gutachten zu erstatten. Deswegen wird von Sachverständigen auch verlangt, vor Erstattung des Gutachtens von sich aus Umstände anzuzeigen, die aus ihrer Sicht ihnen gegenüber die Besorgnis der Befangenheit begründen könnten.

Ablehnungsgründe ergeben sich ferner daraus, dass der Sachverständige sich im Rechtsstreit in solcher Weise verhält, dass einer Partei begründete Zweifel an seiner Neutralität kommen müssen. Was diese Fälle anlangt, so hat sich in der Rechtsprechung eine sehr umfangreiche Kasuistik entwickelt. Die Rechtsprechung ist nicht einheitlich.

Der Sachverständige, der mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragt worden ist, braucht die Details dieser Rechtsprechung nicht zu kennen. Für ihn gelten nur zwei Regeln:

- Er muss alle Umstände, aus denen bei vernünftiger Betrachtungsweise eine engere Beziehung zu einer Prozesspartei abzuleiten ist, dem Gericht und damit auch den Parteien alsbald nach seiner Beauftragung offenbaren.
- Er braucht sich nicht selbst als befangen zu erklären. Es ist durchaus statthaft, dass er dem Gericht anzeigt, dass er sich trotz engerer Beziehungen zu einer Prozesspartei nicht befangen fühle. Der Sachverständige kann es dann dem Gericht und den Prozessparteien überlassen, wie sie auf die offenbarten Umstände reagieren.

Der Sachverständige muss bei der Abfassung eines Gutachtens um strengste Unparteilichkeit bemüht sein.

Zum Beispiel darf er niemals, wenn die Parteien zu einem bestimmten Hergang unterschiedliche Darstellungen geben, die Behauptungen einer Partei als unglaubwürdig abtun. Auch ist er angehalten, niemals die Prozessführung einer Partei zu kritisieren oder die vorgebrachten Argumente, auch wenn sie für unzutreffend zu halten sind, mit herabsetzenden Wertungen zu versehen. Er muss sich vielmehr bewusst sein, dass seine Stellung eine hohe Verantwortung begründet, und zwar insofern, als Sachverständigengutachten in aller Regel für den Ausgang eines Rechtsstreits entscheidend sind.

2.4

Inhaltliche Anforderungen an ein gerichtliches Gutachten

Welche Anforderungen an ein gerichtliches Sachverständigengutachten zu stellen sind, lässt sich ohne Weiteres aus dem Zweck seiner Einholung ableiten.

Das Gericht, das nicht über die Sachkunde verfügt, um eine aus seiner Sicht entscheidungserhebliche Frage selbst beantworten zu können, erwartet ein Gutachten, das so überzeugend ausfällt, dass die richterliche Entscheidung sich guten Gewissens auf das eingeholte Sachverständigen stützen lässt. Das gerichtliche Sachverständigengutachten ist ein Beweismittel, nicht anders als z. B. eine Zeugenaussage. Dieses Beweismittel muss das Gericht ebenso wie eine Zeugenaussage prüfen. Es muss also überlegen, ob das Gutachten aus seiner Sicht tragfähig ist. Damit ist die Problematik der Prüfung eines auf spezieller Sachkunde beruhenden Gutachtens durch medizinische Laien angesprochen. Eine vollständige Prüfung eines solchen Gutachtens durch ein Gericht ist selbstverständlich nicht möglich, denn dazu wäre ja gerade die spezielle Sachkunde erforderlich, die dem Gericht fehlt.

Die Prüfungsmöglichkeiten des Gerichts sind demzufolge begrenzt. Die Prüfung erfolgt unter Heranziehung der Kriterien, die auch sonst ein Laie anwendet, wenn er genötigt ist, sich über die Qualität einer wissenschaftlichen Arbeit ein Urteil zu bilden.

Das setzt zunächst voraus, dass sich der Sachverständige in seinem Gutachten einer allgemein verständlichen Sprache bedient. Fachspezifische Termini, die dem Sachverständigen, nicht jedoch dem Laien geläufig sind, sollten also erläutert werden.

Auch ein gebildeter Laie ist regelmäßig in der Lage, sich ein Urteil über die Qualität einer Argumentation zu bilden, also darüber, ob sie schlüssig, d. h. in sich stimmig ist und den Regeln der Logik folgt. Dazu gehört vor allem, dass der Sachverständige die Prämissen darlegt, auf denen seine Schlussfolgerungen beruhen. Alle gutachtlichen Feststellungen bedürfen einer logisch nachvollziehbaren, auch für Laien verständlichen Begründung.

Sachverständigengutachten, medizinische wie pflegerische, stellen eine wissenschaftliche Leistung dar. Die Darlegungen in einem Gutachten haben allgemeinen wissenschaftlichen Ansprüchen zu genügen. Ein Gutachten, das diesen wissenschaftlichen Anforderungen genügt, wird in aller Regel auch von einem Laien als überzeugend empfunden werden.

Sieht man von diesen allgemeinen Regeln ab, so sind nachstehende Anforderungen zu beachten.

2.4.1

Bindung an die Beweisfragen

Die Beauftragung des Sachverständigen erfolgt in Form eines Beweisbeschlusses, in dem die vom Sachverständigen zu beantwortenden Fragen formuliert sind, auf die es aus der Sicht des Gerichts für die Entscheidung des Rechtsstreits ankommt. Diese Fragen sind für den Sachverständigen bindend. Er darf also von ihnen im

Grundsatz nicht abweichen. Die gutachtlichen Ausführungen sollen – und zwar auf dem schnellsten Wege, d.h. ohne Abschweifungen – zur Beantwortung der Beweisfragen führen. Alle Überlegungen, die zur Beantwortung der Beweisfrage nicht beitragen können, haben also in einem Gutachten nichts zu suchen.

Von dem Grundsatz, dass die Beweisfragen für den Sachverständigen bindend sind, gilt allerdings eine – kleine – Ausnahme. Es kommt mitunter vor, dass die Beweisfragen, sei es aufgrund von Missverständnissen, sei es aufgrund unzureichenden Vortrages einer Partei, in solcher Weise formuliert sind, dass ihre Beantwortung eine vollständige Klärung der anstehenden Streitfragen nicht ermöglicht. Hierzu kann es z.B. kommen, wenn das Gericht lediglich nach dem Vorliegen eines bestimmten Behandlungsfehlers fragt und der Sachverständige bei Durchsicht der Akten feststellen muss, dass auch noch andere Behandlungsfehler in Betracht kommen oder dass die angewandte Behandlungsmethode zwar noch nicht als fehlerhaft anzusprechen ist, dass aber eine – unter Umständen sogar vorzugswürdige – Behandlungsalternative gegeben war, über die der betreffende Arzt den Patienten hätte aufklären müssen. Der gegebene Weg besteht in diesen Fällen darin, dass der Sachverständige nicht eigenmächtig die Beweisfrage verändert, vielmehr dem Gericht einen entsprechenden Hinweis gibt und um eine Klärung der genauen Formulierung der Beweisfrage durch das Gericht bittet (§ 407 a Abs. 3 Satz 1 ZPO).

2.4.2

Ausgangssachverhalt

Im Prinzip soll der Sachverständige dem Gericht die für die Entscheidung benötigte spezielle Sachkunde verschaffen, hingegen den Sachverhalt, d.h. das Geschehen, aus dem die potenziellen Ansprüche eines Klägers abgeleitet werden, nicht selbst aufklären. Die Aufklärung des Sachverhalts ist vielmehr Sache des Gerichts.

In vielen Prozessen zeigt sich, dass zur Zeit der Einholung des Sachverständigengutachtens der Ausgangssachverhalt noch nicht aufgeklärt ist. Dies kann gerade auch in Fällen vorkommen, in denen das Gericht ein pflegewissenschaftliches Gutachten einholt. Es kommt z.B. in den Fällen, in denen ein Kind nach der Behauptung der Klagepartei unter der Geburt schwer geschädigt wurde, häufig vor, dass von Klägerseite im Einzelnen vorgetragen wird, welche gesundheitlichen Defizite bei dem Kind bestehen, dass deswegen das Kind pflegebedürftig sei und bestimmte Pflegehandlungen täglich erbracht werden müssten. Die beklagte Partei wird diese Behauptungen regelmäßig bestreiten. In diesen Fällen soll nach allgemeiner Regel das Gericht zunächst den Sachverhalt aufklären und dann dem Sachverständigen die Ausgangstatsachen vorgeben, die er seinem Gutachten zugrunde legen soll. Häufig geschieht dies jedoch nicht. Zur Zeit der Einholung des Sachverständigengutachtens ist also der Sachverhalt noch ungeklärt und streitig.

In diesen Fällen bleibt dem Sachverständigen nichts Anderes übrig, als, soweit es auf die Streitfragen ankommt, eine alternative Begutachtung vorzulegen, d.h. in seinem Gutachten zunächst darzustellen, zu welchen Ergebnissen er gelangt, wenn er der einen Seite und dann, wenn er der anderen Seite folgt. Niemals darf der Sachverständige in solchen Fällen einseitig vom Vortrag nur einer Partei ausgehen und die Sachverhaltsdarstellung der anderen Partei übergehen; ein solches Vorgehen begründet im Allgemeinen gegenüber dem Sachverständigen die Besorgnis der Befangenheit.

Zweckmäßig kann es in solchen Fällen sein, zunächst – d.h. vor Einholung des Sachverständigengutachtens – den Ausgangssachverhalt anderweitig aufzuklären; dies kann und sollte der Sachverständige anregen.

2.4.3**Fachliche Subsumtion**

Der Grundsatz, dass der Sachverständige dem Gericht das zur Beurteilung des Streitfalls fehlende Fachwissen verschaffen soll, darf nicht dahin missverstanden werden, als solle der Sachverständige lediglich abstrakt den in Bezug auf eine bestimmte Behandlung maßgeblichen Standard darlegen, d. h. das Gericht über die einschlägigen pflegerischen Erfahrungssätze unterrichten. Der Sachverständige soll im pflegerischen Bereich aus den von ihm zu erfassenden Erfahrungssätzen auch die notwendigen Schlussfolgerungen ableiten. Dies wird in den Beweisfragen von ihm im Allgemeinen ausdrücklich verlangt. Geht es also z. B. um Pflegefehler, so soll der Sachverständige nicht nur die Frage beantworten, welche Standards für die einschlägige Versorgung gelten. Er soll vielmehr durchaus auch die konkrete Behandlung an diesen Standards messen, sofern es z. B. um Pflegefehler geht, also klarstellen, ob nach seiner Auffassung eine Standardabweichung vorliegt. Rechtliche Schlussfolgerungen aus einer solchen Feststellung soll der Sachverständige dagegen niemals ziehen. Generell gilt, dass ein Sachverständigengutachten Rechtsausführungen niemals enthalten soll. Die rechtliche Würdigung des Ergebnisses eines Gutachtens ist in vollem Umfang Sache des Gerichts. Ein Sachverständiger, der sein Gutachten mit Rechtsausführungen anreichert, riskiert unter Umständen seine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit.

2.4.4**Aufklärung des Sachverhalts**

Ausnahmsweise kann das Gericht einen Sachverständigen auch mit einer Aufklärung des Sachverhalts beauftragen, z. B. mit einer Untersuchung des Betroffenen. Dies kann gerade im Rahmen der Erstattung pflegewissenschaftlicher Gutachten notwendig werden. Aus der

abstrakten Schilderung einer bei einem Patienten bestehenden Behinderung (z. B. einer auf Sauerstoffmangel beruhenden Hirnschädigung) lässt sich oft nicht mit der notwendigen Sicherheit ableiten, welche Einschränkungen und Ressourcen vorhanden sind und welcher Pflegemaßnahmen der Patient bedarf. Das Gericht wird in solchen Fällen häufig den Sachverständigen darum bitten, diese Fragen durch eine eigene Untersuchung des betreffenden Patienten zu klären. Geschieht dies nicht, so kann der Sachverständige versuchen, sich aufgrund der Aktenlage über den Umfang der notwendigen Pflegemaßnahmen schlüssig zu werden. Er muss dabei aber sehr sorgfältig darauf achten, dass er nicht dem Gutachten den streitigen Vortrag einer Partei ungeprüft zugrunde legt. Aus der Sicht des Sachverständigen ist es in einem solchen Fall jedenfalls vorzugswürdig, das Gericht darauf hinzuweisen, dass eine sachgemäße Beantwortung der entsprechenden Beweisfrage nur aufgrund einer Untersuchung des Patienten, unter Umständen auch nur durch Prüfung der konkreten Pflegesituation an Ort und Stelle möglich ist. Das Gericht wird auf einen derartigen Hinweis des Sachverständigen in aller Regel in der Weise reagieren, dass es ihn entsprechend ermächtigt.

Erstattet der Sachverständige in einem solchen Fall das Gutachten aufgrund einer eigenen Untersuchung, so legt er seinem Gutachten selbstverständlich seine Untersuchungsergebnisse zugrunde.

Zu einer medizinischen Untersuchung einer Partei braucht der Sachverständige die andere Prozesspartei nicht hinzuzuziehen; die Wahrung der Intimsphäre des untersuchten Patienten hat insoweit Vorrang.

Anders liegen die Dinge, wenn der Sachverständige, um die örtliche Pflegesituation kennenzulernen, einen Ortstermin abhält. Zu einem solchen Ortstermin müssen beide Prozessparteien hinzugezogen werden. Sie haben das Recht, an dem Ortstermin teilzunehmen.

2.5

Aufbau des Sachverständigen- gutachtens

Der Aufbau eines Gutachtens ist nirgendwo gesetzlich normiert. Es haben sich jedoch gewisse Aufbauregeln entwickelt, deren Beachtung zweckmäßig ist:

- Das Gutachten beginnt stets mit der Wiedergabe des Beweisbeschlusses, insbesondere der dem Sachverständigen gestellten einzelnen Fragen.
- Im Anschluss hieran gibt der Sachverständige an, auf welche Quellen er sich in tatsächlicher Hinsicht stützt (Gerichtsakten, in diesen enthaltene oder ihnen beigefügte Behandlungsunterlagen o.ä.). Sind bereits Vorgutachten erstattet worden und ist dem Sachverständigen, wie das in solchen Fällen üblich ist, aufgegeben worden, sich auch mit diesen Vorgutachten auseinanderzusetzen, so werden die Vorgutachten im Einzelnen angeführt.
- Im Normalfall schließt der Sachverständige hieran eine kurze zusammenfassende Darstellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts an. Diese Darstellung ist nur notwendig, damit das Gutachten aus sich selbst heraus verständlich wird und der Sachverständige bei seinen weiteren Ausführungen auf die entscheidungserheblichen Punkte des Sachverhalts Bezug nehmen kann. Sowohl dem Gericht als auch den Prozessparteien ist der Inhalt der Akten bekannt, sodass es überflüssig ist und auf die Leser außerordentlich ermüdend wirkt, wenn der Akteninhalt – wie dies leider öfters geschieht – im Gutachten ausführlich wiedergegeben wird, etwa in der Weise, dass der Inhalt jedes einzelnen Satzes in das Gutachten aufgenommen wird.

Bei der Wiedergabe des dem Gutachten zugrunde zu legenden Sachverhalts muss allerdings der Sachverständige sorgfältig zwischen unstreitigen und streitigen Umständen unterscheiden.

Zweckmäßig ist es in diesen Fällen, zunächst zusammenfassend darzustellen, welche Umstände zwischen den Prozessparteien nicht streitig sind und sodann die streitigen Punkte anzuführen bzw. besonders hervorzuheben.

Hieran schließt sich dann der Hauptteil des Gutachtens an, d.h. die wissenschaftliche Diskussion der einzelnen Beweisfragen. Es ist allgemein üblich, hierbei das Ergebnis nicht vorwegzunehmen, sondern die maßgeblichen Erwägungen der Reihe nach anzuführen und jeweils zu begründen und zu belegen, sodass die logische Struktur der Beantwortung der Beweisfrage deutlich wird. Jeder logische Schluss beruht auf Prämissen. Es werden also zunächst diese Prämissen herausgearbeitet, sodann wird aus ihnen ein für den Leser nachvollziehbarer logischer Schluss gezogen. Dieser Schluss kann drei Ergebnisse haben:

- Entweder kann der Sachverständige eine Beweisfrage bejahen oder
- er kann sie (sicher) verneinen oder
- er kommt zu dem Ergebnis, dass sich die Beweisfrage weder im einen noch im anderen Sinne mit hinreichender Sicherheit beantworten lasse (sog. non liquet).

Üblich ist es schließlich auch, für den eiligen Leser am Ende des Gutachtens nochmals eine Zusammenfassung zu geben. Die in dieser Weise zusammengefassten Gutachtenergebnisse bedürfen an dieser Stelle keiner nochmaligen Begründung.

2.6

Haftung des Sachverständigen für unrichtige Gutachten

Es liegt auf der Hand, dass eine Prozesspartei durch ein unrichtiges Gutachten einen schweren Schaden erleiden kann. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen eine Klage aufgrund eines fehlerhaften Gutachtens materiell zu Un-

recht abgewiesen wird. Auf die unter Umständen noch viel schwerwiegenderen Folgen eines im Strafverfahren erstatteten fehlerhaften Gutachtens braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden.

Die Rechtsgrundlagen der Haftung eines Sachverständigen für ein fehlerhaftes Gutachten waren früher unklar. Nach gewissen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hat der Gesetzgeber im Jahre 2002 die Haftung des Sachverständigen in einer besonderen Norm, nämlich in § 839 a BGB, geregelt. Diese Bestimmung soll nach dem Willen des Gesetzgebers die Sachverständigenhaftung abschließend regeln. Andere potenzielle Anspruchsgrundlagen werden also durch die neugeschaffene Norm verdrängt.

Nach dieser Norm hängt eine Haftung des Sachverständigen auf Schadensersatz von folgenden Anspruchsvoraussetzungen ab:

1. Das Gutachten muss inhaltlich unrichtig sein.

2. Der Sachverständige muss dieses inhaltlich unrichtige Gutachten entweder vorsätzlich oder grob fahrlässig erstattet haben. Sieht man von dem niemals beweisbaren Fall ab, dass der Sachverständige absichtlich, also vorsätzlich, ein falsches Gutachten erstattet hat, so hängt seine Haftung vom Vorliegen grober Fahrlässigkeit ab. Nach einer vom Bundesgerichtshof in zahlreichen Entscheidungen gegebenen Definition erfordert grobe Fahrlässigkeit einen in objektiver Hinsicht schweren und in subjektiver Hinsicht nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Diese Sorgfalt muss in ungewöhnlich hohem Maße verletzt, es muss dasjenige unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Falle jedem hätte einleuchten müssen. Anderweitig wird formuliert, dass die objektive Unrichtigkeit des Gutachtens jedermann aufgrund naheliegender Überlegungen hätte einleuchten müssen. Etwas vereinfacht ausgedrückt bedeutet dies, dass das Gutachten augenfällige und jeder sachkundigen Person sofort ins Auge springende Fehler aufweisen muss. Diese Beschränkung der Haftung

hat der Gesetzgeber für erforderlich gehalten, weil Sachverständige ihre Gutachten unbefangen und ohne Angst vor einer Inanspruchnahme erstatten sollten. Eine Haftung für einfache (leichte) Fahrlässigkeit würde nach Auffassung des Gesetzgebers die Unbefangenheit des Sachverständigen beeinträchtigen und im Ergebnis dazu führen, dass niemand mehr gern die (manchmal undankbare) Aufgabe eines gerichtlichen Sachverständigen übernehme, wenn schon bei einem leichten Fehler die Gefahr einer Haftung auf Schadensersatz bestünde.

3. Für die Haftung des Sachverständigen ist darüber hinaus Voraussetzung, dass ein den potenziell Geschädigten benachteiligendes Urteil auf dem Gutachten beruht. Hat etwa ein Kläger aufgrund eines für ihn ungünstig ausgefallenen, inhaltlich falschen Gutachtens mit der Gegenpartei einen Vergleich abgeschlossen, so haftet der Sachverständige nicht.

4. Schließlich ist Voraussetzung der Haftung, dass der Geschädigte den Versuch unternommen haben muss, den ihm drohenden Schaden durch ein Rechtsmittel abzuwenden. Es ist inzwischen geklärt, dass zu den Rechtsmitteln im Sinne dieser Norm nicht nur die normalen Rechtsmittel der verschiedenen Prozessordnungen (im Zivilprozess z. B. Berufung, Revision, Nichtzulassungsbeschwerde) gehören, vielmehr ist auch die Einholung eines Privatgutachtens mit dem Ziel, das inhaltlich unrichtige gerichtliche Gutachten zu widerlegen, als Rechtsmittel im Sinne der zitierten Norm aufzufassen.

Die Haftung des Sachverständigen ist also, wenn man eine zusammenfassende Würdigung vornimmt, von zwei Umständen abhängig, die, wie man sich vorstellen kann, jedenfalls äußerst selten zusammentreffen werden:

Zum einen muss das betreffende Gutachten nicht nur inhaltlich falsch, sondern krass falsch sein, d. h. so falsch, dass der Fehler jedem Sachverständigen geradezu in Auge springt, was bedeutet, dass jede Überprüfung des Gutachtens durch einen anderen Sachverständigen sofort zur Aufdeckung des Fehlers geführt hätte.

Zum anderen muss ein solcher Fehler unbemerkt geblieben sein, sodass er weder einem Privatgutachter noch dem erkennenden Gericht noch der höheren Instanz aufgefallen ist.

Die Kombination dieser beiden für den Anspruchsteller bestehenden Hürden ist so geartet, dass ein Anspruchsteller, wenn er denn eine Klage versucht, entweder an der einen oder der anderen Hürde scheitert:

Entweder war ein dem Sachverständigen unterlaufener Fehler, wenn er weder durch einen Privatgutachter noch durch die höhere Instanz bemerkt wurde, nicht augenfällig. Dieser Umstand erklärt, dass der Fehler trotz gegebener Überprüfungsmöglichkeiten unbemerkt bleiben konnte. Oder es sind schon die dem Anspruchsteller zu Gebote stehenden Überprüfungsmöglichkeiten nicht wahrgenommen worden.

Es kann unter diesen Umständen nicht verwundern, dass es bisher, soweit bekannt, keine Fälle gibt, in denen eine entsprechende Klage Erfolg hatte, ein Sachverständiger also wegen eines von ihm erstatteten fehlerhaften Gutachten zur Leistung von Schadensersatz verurteilt worden ist.

Unabhängig hiervon muss ein Sachverständiger wissen, dass er mit der Behauptung, er habe vorsätzlich oder grob fahrlässig ein fehlerhaftes Gutachten erstattet, auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann. Eine derartige Inanspruchnahme kann, auch wenn sie im Ergebnis erfolglos bleibt, den Sachverständigen mit hohen Prozesskosten belasten. Ist der Kläger, wie das in derartigen Fällen vermutlich häufiger vorkommen wird, mittellos, so nützt dem Sachverständigen ein nach Prozessgewinn entstehender Anspruch auf Erstattung der Prozesskosten augenscheinlich nichts. Aus diesem Grund ist es jedem Sachverständigen dringend anzuraten, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen, die diesen möglichen Versicherungsfall erfasst.

2.7

Pflegewissenschaftliche Gutachten für Sozialgerichte

In sozialgerichtlichen Verfahren geht es so gut wie immer um die Überprüfung einer behördlichen Entscheidung, also einer Entscheidung von Sozialleistungs- bzw. Sozialhilfeträgern über einen Antrag auf Leistungsgewährung. Die zuständige Behörde hat in diesen Fällen im Allgemeinen bereits im Verwaltungsverfahren ein Gutachten eingeholt und die Entscheidung auf dieses Gutachten gestützt. Soll die behördliche Entscheidung angefochten werden, so ist zunächst ein Widerspruchsverfahren notwendig, in dem ein weiteres behördliches Gutachten eingeholt werden kann. Dies entspricht nicht der Regel, sondern stellt eher eine (seltene) Ausnahme dar. Will die antragstellende Partei die Sache weiterführen, so erhebt sie Klage. Im Rechtsstreit wird dann im Allgemeinen das von der Behörde eingeholte Gutachten durch ein gerichtliches Gutachten überprüft. Der Sachverständige im sozialgerichtlichen Verfahren findet daher in aller Regel in den Akten bereits ein Gutachten vor, mit dem er sich auseinanderzusetzen hat.

Pflegewissenschaftliche Fragen werden regelmäßig in den Fällen relevant, in denen um die Verpflichtung der Behörde zur Gewährung von Leistungen nach dem SGB XI gestritten wird. In diesen Verfahren spielt zum einen die Frage eine Rolle, ob der Kläger überhaupt einen Anspruch auf Leistungen der Pflegeversicherung hat. Zur Debatte steht ferner immer auch die Frage nach der Höhe dieser Leistungen.

Von wesentlicher Bedeutung ist, dass die behördlichen Gutachten meist unter Benutzung vorgegebener Formulare erstattet werden, die zu den einzelnen Kriterien der Leistungsbemessung vorwiegend pauschale Aussagen enthalten, sog. Formulargutachten. Werden einzelne Fragen streitig, so ist von einem pflegewissenschaftlichen Sachverständigen zu erwarten, dass die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen detailliert erörtert werden und die fallspezifische und in-

dividuelle Situation ins Verhältnis zum derzeit vorliegenden wissenschaftlichen Kenntnisstand gesetzt wird. Über diesen Weg kann die fallspezifische Situation weitaus genauer dargestellt werden als dies im Rahmen eines Formulargutachtens möglich ist.

Pflegewissenschaftliche Fragen können jedoch auch in anderen Zweigen der Sozialgerichtsbarkeit auftauchen, speziell im Bereich des Krankenversicherungsrechts. Während nämlich das SGB XI dem pflegebedürftigen Patienten bzw. demjenigen, der die Pflegeleistungen übernimmt, nur subsidiäre, nach oben gedeckelte Leistungsansprüche gewährt, hat der gesetzlich krankenversicherte Patient unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Leistungen, die den gesamten Pflegebedarf decken. Dies gilt insbesondere für kurative, rehabilitative und palliative Pflegeleistungen. Gestritten wird regelmäßig über die Frage, ob und in welchem Umfang derartige Pflegeleistungen aus medizinisch-pflegerischer Sicht erforderlich sind. Die Frage nach der Erforderlichkeit bestimmter Pflegeleistungen fällt immer in die Zuständigkeit der Pflegewissenschaft, auch wenn es in der Praxis leider immer noch weithin üblich ist, zu diesen Fragen ärztliche Sachverständigengutachten einzuholen. Es ist vorhersehbar, dass pflegewissenschaftliche Gutachten zu diesen Fragen in Zukunft erhöhte Bedeutung erlangen werden.

Medizinisch-pflegerische Fragen sind auch in sozialgerichtlichen Verfahren zu klären, in denen es um das Vorliegen der Erwerbsunfähigkeit, der Schwerbehinderteneigenschaft oder einer Berufskrankheit geht. Für die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen der entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen kann auch die Pflegebedürftigkeit eines Patienten eine Rolle spielen. Der Grad der Behinderung bzw. der Minderung der Erwerbsfähigkeit kann durchaus dadurch beeinflusst werden, dass der betreffende Patient pflegebedürftig ist. Allerdings wird in diesen Verfahren die Pflegebedürftigkeit des Patienten meistens nicht weiter thematisiert; die Entscheidungen ergehen aufgrund

bestimmter Regelwerke, in denen lediglich die jeweiligen Diagnosen Berücksichtigung finden.

Eine Besonderheit des Sozialgerichtsgesetzes, die sich in keiner anderen Verfahrensordnung findet, ergibt sich aus § 109 SGG. Auf Antrag des Versicherten, des Behinderten, des Versorgungsberechtigten oder Hinterbliebenen muss ein bestimmter Arzt gutachtlich gehört werden. Die Beauftragung dieses Sachverständigen kann davon abhängig gemacht werden und wird in der Praxis auch regelmäßig davon abhängig gemacht, dass der Antragsteller die Kosten für dieses Gutachten vorschießt und vorbehaltlich einer anderen Entscheidung des Gerichts auch endgültig trägt.

Im sozialgerichtlichen Verfahren gilt die Amtsermittlungsmaxime. Das Gericht muss die entscheidungserheblichen Fragen auch ohne Antrag der betreffenden Partei aufklären. Diese Sachaufklärung ist für die Parteien kostenfrei. Mit § 109 SGG trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass die Parteien des sozialgerichtlichen Verfahrens sehr oft zu den gerichtlich beauftragten Sachverständigen kein hinreichendes Vertrauen haben und demgemäß eine gutachtliche Stellungnahme einer Person ihres Vertrauens beibringen wollen. Die Partei, die einen Antrag gemäß § 109 SGG stellt, muss die betreffende Person benennen und wird regelmäßig für sie einen Vorschuss aufbringen müssen. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben, so muss das Gericht dem Antrag stattgeben. Das aufgrund eines solchen Antrages vom Gericht eingeholte Gutachten ist ebenfalls ein gerichtliches Gutachten, also kein Privatgutachten. Allerdings lässt § 109 SGG lediglich den Antrag auf Einholung des Gutachtens eines bestimmten Arztes zu. Die Einholung von pflegewissenschaftlichen Gutachten gemäß § 109 SGG kommt derzeit nur in Betracht, wenn der von der Prozesspartei benannte Sachverständige über eine Doppelqualifikation verfügt, also auch Mediziner/in ist. Im Prinzip ist nicht einzusehen, warum nicht gemäß der zitierten Norm auch ein Antrag eines Klägers auf Ein-

holung eines Gutachtens eines Pflegewissenschaftlers ohne ärztliche Qualifikation möglich sein soll. Die eingangs schon erwähnte inzwischen eingetretene Akademisierung der Pflegewissenschaft sollte Anlass zu einer entsprechenden Erweiterung des § 109 SGG sein.

2.8

Pflegewissenschaftliche Gutachten im Zivilprozess

Die Gründe für die Einholung pflegewissenschaftlicher Gutachten im Zivilprozess ergeben sich fast immer aus der folgenden Konstellation, und zwar meistens in Haftungsfällen im Gesundheitswesen:

Ein Patient ist durch eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einer behandelnden oder versorgenden Person gesundheitlich geschädigt worden. Diese gesundheitliche Schädigung soll nach der Behauptung des jeweiligen Klägers dessen Pflegebedürftigkeit zur Folge gehabt haben. Die Pflegebedürftigkeit führt zu einer Vermehrung der Bedürfnisse des Geschädigten; er erlangt also wegen dieser Vermehrung seiner Bedürfnisse einen auf Geldersatz gerichteten Schadensersatzanspruch (§ 843 BGB). Auf diesen muss sich der Kläger das nach SGB XI gezahlte Pflegegeld anrechnen lassen, das aber durchweg den materiellen Schaden nicht in vollem Umfang abdeckt.

Streitig werden die Fälle, in denen der pflegebedürftige Patient (ganz überwiegend handelt es sich um ein Kind) häuslich, meistens durch die Eltern bzw. die Mutter, gepflegt wird. Es ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit langem klargestellt, dass die Pflegeleistungen, die Eltern zugunsten ihrer Kinder erbringen, nicht zur Entlastung des Schädigers erfolgen. Der Anspruch eines Kindes auf Schadensersatz geht also nicht dadurch verloren, dass seine Eltern die von ihm benötigten Pflegeleistungen erbringen. Diese Pflegeleistungen müssen vielmehr nach bestimmten von der Rechtsprechung

entwickelten Regeln vergütet werden, wobei der Anspruch auf diese Vergütung nicht den Eltern des Geschädigten bzw. den Pflegepersonen zusteht, vielmehr dem Geschädigten selbst.

Vorrangig geht es in den entsprechenden Prozessen um die Frage, ob der betreffende Kläger durch ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten eines anderen einen Gesundheitsschaden erlitten hat (sog. Primärschaden). Aus dem Vorliegen bestimmter Primärschäden (im Vordergrund stehen insoweit hirnorganische Schäden) lässt sich dann ableiten, dass der Patient pflegebedürftig ist. Über den Umfang der notwendigen Pflege und ebenso auch über den Umfang der tatsächlich erbrachten Pflegeleistungen herrscht jedoch häufig Streit, weil im Zivilprozess die entsprechenden Angaben des Klägers so gut wie immer bestritten werden.

Bei dem Mehrbedarfsschaden, der aus einem Primärschaden (dem Gesundheitsschaden) erwächst, handelt es sich um einen sog. Sekundärschaden. Hinsichtlich dieses Sekundärschadens kommen dem Patienten, sofern der Primärschaden als solcher feststeht, Beweiserleichterungen zugute. Die Entstehung des Sekundärschadens muss hinreichend wahrscheinlich sein; die Anforderungen an das Beweismaß sind also abgesenkt. Ferner ist das Gericht gemäß § 287 ZPO befugt, die Höhe des Sekundärschadens zu schätzen. Es kann also, muss aber nicht über die Höhe des Sekundärschadens Beweis erheben.

In der Praxis kommt es sehr häufig vor, dass der Pflegemehrbedarf eines geschädigten Klägers geschätzt wird. Mitunter sehen sich die Gerichte jedoch nicht in der Lage, angesichts der bestrittenen Angaben des Klägers eine Schätzung vorzunehmen. Dann wird es notwendig, zur Höhe des Pflegemehrbedarfs ein Sachverständigengutachten einzuholen. Ein solches Gutachten fällt fraglos in die Kompetenz eines Pflegewissenschaftlers.

Der pflegewissenschaftliche Sachverständige steht, wenn er mit einem entsprechenden Gutachten beauftragt wird, vor folgenden Problemen:

Im Allgemeinen hat der Geschädigte bzw. haben dessen gesetzliche Vertreter im Rechtsstreit bereits umfangreiche Angaben über die beim Kläger bestehenden Leistungsdefizite und die hiernach erforderlichen Leistungen der sog. kompensatorischen Pflege gemacht. Diese Angaben könnte ein Sachverständiger allenfalls stichprobenhaft und nicht vollständig kontrollieren.

Es kommt aber nicht auf den Umfang der tatsächlich geleisteten Pflege an, sondern auf den Umfang der medizinisch notwendigen Pflege. Der Sachverständige, der ein entsprechendes Gutachten erstattet, muss also zunächst die Defizite des betreffenden Patienten feststellen, die eine kompensatorische Pflege notwendig machen, und aus diesen ableiten, welche Pflegemaßnahmen im Einzelnen erforderlich sind und welcher zeitliche Bedarf für diese Pflegeleistungen besteht, wenn man auf das Maß des medizinisch Notwendigen abstellt. Er wird dabei den vom Bundesgerichtshof entwickelten Begriff der medizinischen Notwendigkeit zugrunde legen müssen.

Diesen Begriff hat der Bundesgerichtshof folgendermaßen definiert:

Eine Heilbehandlung ist medizinisch notwendig, wenn es nach den objektiven medizinischen Befunden und wissenschaftlichen Erkenntnissen zum Zeitpunkt der Behandlung vertretbar war, sie als medizinisch notwendig anzusehen. Vertretbar ist die medizinische Notwendigkeit einer Heilbehandlung, wenn sie sowohl in begründeter und nachvollziehbarer wie fundierter Vorgehensweise das zugrundeliegende Leiden diagnostisch hinreichend erfasst und eine ihm adäquate geeignete Therapie anwendet (BGH VersR 2003, 581, 584).

Die Definition bezieht sich unmittelbar auf die Heilbehandlung und lässt sich auf eine pflegerische Behandlung, insbesondere auf die kompensatorische Pflege ohne Weiteres übertragen.

Das Ausmaß der hiernach im Tagesdurchschnitt notwendigerweise zu erbringenden Pflegeleistungen ist im Allgemeinen nicht genau fixierbar; es besteht ein bestimmter Ermessensbereich. Der Sachverständige kann insoweit nichts Anderes tun, als das Ausmaß der notwendigen Pflege zu schätzen, allerdings viel genauer als dies einem Gericht möglich wäre, und unter Heranziehung von im Bereich der Pflegewissenschaft gewonnenen Erfahrungssätzen.

Eine zusätzliche Erschwerung der Aufgabe des Sachverständigen ergibt sich daraus, dass die Rechtsprechung nicht alle elterlichen Betreuungsleistungen für ein verletztes Kind als ersatzpflichtig ansieht, sondern nur diejenigen, die sich aus dem selbstverständlichen und originären Aufgabenbereich der Eltern herausheben, sodass der entgeltliche Einsatz einer fremden Pflegekraft bei vernünftiger Betrachtung als praktische Alternative ernsthaft in Frage gekommen wäre. Vermehrte elterliche Zuwendung ist nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs als solche nicht zu ersetzen (BGH NJW 1989, 766; BGH NJW 1999, 2819). Aus dem insgesamt täglich erfolgenden Zeitaufwand der Eltern oder der Mutter eines Kindes ist also alles das herauszurechnen, was nicht auf konkrete Pflegeleistungen entfällt, die auch von einer Pflegekraft übernommen werden könnten.

Trägt der Sachverständige diesen Kriterien Rechnung, so wird er zu dem Zwischenergebnis gelangen, dass für die täglichen bzw. tagesdurchschnittlichen Pflegeleistungen ein bestimmter von ihm zu ermittelnder Zeitaufwand medizinisch notwendig ist.

Es geht dann in zweiter Linie noch um die Bewertung dieses Zeitaufwandes. Die Gerichte setzen meistens insoweit einen bestimmten Stundensatz an. Dieser Stundensatz nimmt das Entgelt als Ausgangspunkt, das für den Einsatz einer fremden Pflegekraft aufzubringen wäre, und macht hiervon Abschläge, weil dieses Entgelt (Bruttoentgelt) auch Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge umfasst, die beim unentgeltlichen Einsatz der Eltern nicht anfallen. Der

für elterliche Pflegeleistungen bzw. Pflegeleistungen von Angehörigen anfallende Pflegesatz wird also aus dem verkehrsüblichen Entgelt für eine Fremdpflegekraft abgeleitet.

Aus diesem Grunde ist auch die Frage von Bedeutung, über welche Qualifikation eine Fremdpflegekraft, wie sie im konkreten Fall benötigt würde, verfügen müsste, wenn die Pflegeleistungen nicht von den Eltern selbst erbracht würden, und wie eine solche Pflegekraft mit der benötigten Qualifikation in die entsprechenden Gruppen eines einschlägigen Tarifvertrages einzuordnen wäre. Diese Eingruppierung muss letztlich das Gericht vornehmen; insoweit geht es um Rechtsanwendung. Der Pflegewissenschaftler muss jedoch, soweit es um die Bewertung von Pflegeleistungen durch Angehörige geht, klarstellen, über welche pflegerische Qualifikation eine entsprechende Pflegekraft verfügen müsste.

Es sei noch erwähnt, dass Pflegewissenschaftler auch über die notwendige Kompetenz verfügen, wenn es um die Frage geht, ob ein Patient durch einen Pflegefehler geschädigt worden ist. In der Praxis geht es insoweit sehr häufig um Stürze bzw. Unfälle eines Patienten im Bereich eines Krankenhauses, einer Rehabilitationseinrichtung oder eines Alten- und Pflegeheimes, um fehlende Absicherung eines Patienten vor dem Risiko einer Selbstschädigung und um die Entstehung von Durchliegegeschwüren.

Nach derzeitigem wissenschaftlichem Stand spricht sehr viel dafür, dass hinsichtlich solcher

Fragen die Kompetenz von Pflegewissenschaftlern der Kompetenz von Ärzten überlegen ist. Schließlich geht es hier um Fragen zu Unterstützung und Wiedergewinnung von Alltagskompetenz gesundheitlich beeinträchtigter Personen und nicht um die gesundheitliche Beeinträchtigung an sich. Dennoch entspricht es der Praxis, in den Fällen, in denen Pflegefehler zur Debatte stehen, Gutachten von Ärzten der Fachrichtung einzuholen, in die die Grunderkrankung des Patienten fällt, sodass je nachdem zur Frage nach dem Vorliegen von Pflegefehlern Gutachten von Internisten, Neurologen, Psychiatern, Orthopäden etc. eingeholt werden, obwohl es letztlich immer um Fehler geht, die mit der Grunderkrankung des Patienten gar nichts zu tun haben. In diesen Fällen ist daher die Einholung eines pflegewissenschaftlichen Gutachtens vorzugswürdig.

2.9

Literatur

- Bayerlein, W. & Aurnhammer, K. G. (Hrsg.). (2008). Praxishandbuch Sachverständigenrecht (4., vollst. überarb. Aufl.). München: Beck.
- Bleutge, K., Roßner, W. & Bayerlein, W. (Hrsg.). (2015). Praxishandbuch Sachverständigenrecht (5., vollständig überarb. Aufl.). München: Beck.
- Wissenschaftsrat. (2012). Empfehlungen zu hochschulischen Qualifikationen für das Gesundheitswesen. Drs. 2411-12. Zugriff am 27.04.2017. Verfügbar unter <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2411-12.pdf>