

Das medizinische Gutachten

R. Uphoff & J. Hindemith

Der Gynäkologe

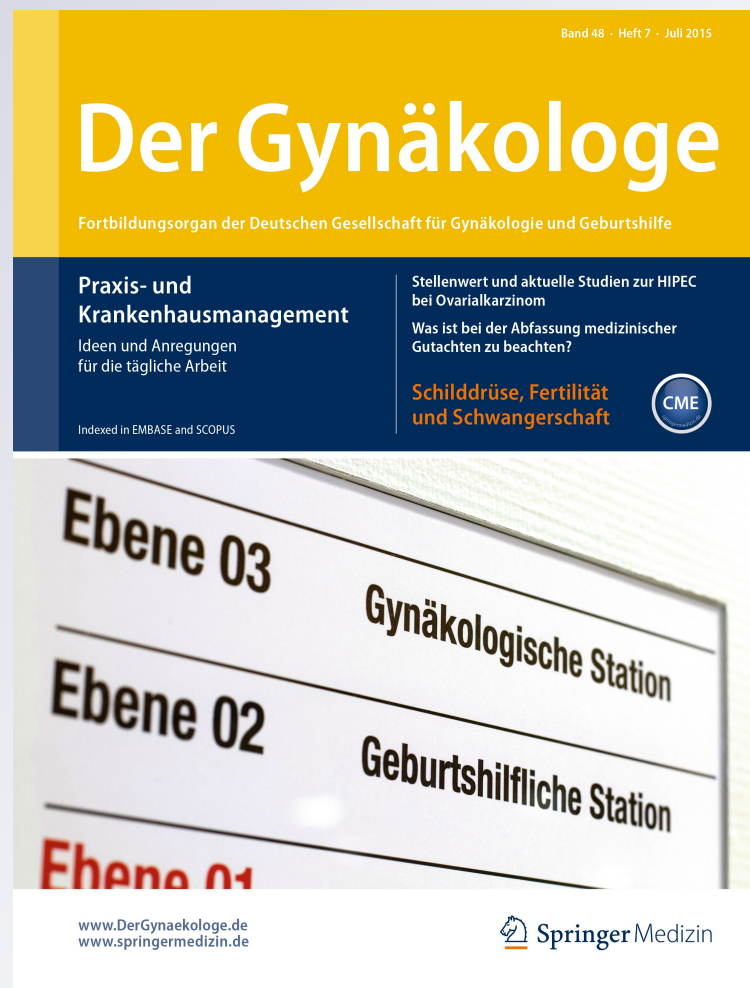
ISSN 0017-5994

Volume 48

Number 7

Gynäkologe (2015) 48:556-562

DOI 10.1007/s00129-015-3738-4



Your article is protected by copyright and all rights are held exclusively by Springer-Verlag Berlin Heidelberg. This e-offprint is for personal use only and shall not be self-archived in electronic repositories. If you wish to self-archive your article, please use the accepted manuscript version for posting on your own website. You may further deposit the accepted manuscript version in any repository, provided it is only made publicly available 12 months after official publication or later and provided acknowledgement is given to the original source of publication and a link is inserted to the published article on Springer's website. The link must be accompanied by the following text: "The final publication is available at link.springer.com".

Gynäkologe 2015 · 48:556–562
 DOI 10.1007/s00129-015-3738-4
 Online publiziert: 3. Juli 2015
 © Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015

Redaktion

H.G. Bender, Düsseldorf
 B. Neuroth, Düsseldorf
 E. Schumann, Göttingen
 A. Strauss, Kiel

R. Uphoff · J. Hindemith

Kanzlei für Geburtsschadensrecht und Arzthaftung, Bonn, Deutschland

Das medizinische Gutachten

Was ist bei der Abfassung medizinischer Fachgutachten aus juristischer Sicht zu beachten?

Für die Abfassung medizinischer Gutachten im Auftrag von Gerichten gibt es keine Normen, jedoch Regeln, die sich in der Praxis entwickelt und bewährt haben. Geht man von dem Grundsatz aus, dass keine Regel ohne Ausnahme gilt, so kann man von diesen Regeln auch einmal abweichen. Empfehlenswert ist dies allerdings selten. Der Sachverständige, der die für die Abfassung von Gutachten geltenden Regeln kennt und beachtet, belegt damit seine Erfahrung und Seriosität. Wie Leithoff formuliert, stellt die Form eines Gutachtens die Visitenkarte des Sachverständigen dar.¹

Die für die Gutachtenerstattung geltenden Regeln lassen sich aus dem Zweck des medizinischen Gutachtens ableiten. Aus der Perspektive des Gerichts ist der Sachverständige sein „Gehilfe“.² Er soll dem Gericht eine Entscheidung der für den Ausgang des Rechtsstreits wesentlichen Fragen ermöglichen, für deren Klärung es medizinischer Sachkunde bedarf, über die Gerichte im Allgemeinen nicht verfügen und die sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³ auch dann nicht für sich in Anspruch nehmen dürfen, wenn etwa die Richter selbst versucht haben, sich durch Heranziehung medizinischer Literatur kundig zu machen. Stets erlassen daher die Gerichte

Beweisbeschlüsse, in denen die Fragen ausformuliert werden, auf die es nach ihrer Auffassung für die Entscheidung ankommt, soweit es zur Beantwortung dieser Fragen medizinischen Fachwissens bedarf. Den Gerichten geht es dabei um eine möglichst sorgfältige, auf mögliche Einwendungen eingehende, darüber hinaus auch dem medizinischen Laien verständliche Beantwortung dieser Fragen. Die Qualität eines Gutachtens wird immer daran gemessen, wie überzeugend die Beantwortung der dem Sachverständigen gestellten Beweisfragen ausgefallen ist.

I. Formale Regeln der Gutachtenerstattung

Die formalen Anforderungen an ein medizinisches Sachverständigengutachten sind Gegenstand der ärztlichen Ausbildung im Fach Rechtsmedizin. Den Sachverständigen, die häufiger von Gerichten beauftragt werden, sind diese Regeln, die z. B. den Gutachtenaufbau betreffen, in Fleisch und Blut übergegangen. Für den Arzt, der erstmals im Auftrag eines Gerichts ein Sachverständigengutachten erstattet, ist es hilfreich, die von der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG), Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht, herausgegebene Leitlinie mit dem Titel „Empfehlungen zur Abfassung von Gutachten in Arzthaftungsprozessen“ heranzuziehen.⁴ Diese Leitlinie, die nicht etwa nur für den Bereich der Gynäkologie und Ge-

burtshilfe gilt, behandelt – und zwar sehr überzeugend – alle bei der Gutachtenerstattung zu beachtenden formalen Gesichtspunkte. Zu Recht wird sie daher in dem soeben in 5. Auflage erschienenen, von Bayerlein herausgegebenen *Praxishandbuch Sachverständigenrecht* im Volltext zitiert.⁵ Auf die in dieser Leitlinie behandelten formalen Fragen wird daher hier nicht weiter eingegangen. Nachstehend werden vielmehr – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – inhaltliche Fragen behandelt, die häufiger in der Praxis zu Kontroversen führen, mitunter auch zur Kritik an der Arbeit des Sachverständigen.

► **Der Sachverständige muss sich bewusst sein, dass regelmäßig das von ihm erstattete Gutachten der einen der Prozessparteien zum Vorteil, der anderen zum Nachteil gereicht.**

Durch die Erstattung eines Gutachtens wird er daher in gewisser Weise, wenn er nicht sehr vorsichtig verfährt, in den Streit der Parteien hineingezogen und aus diesem Grunde nicht selten (mehr oder weniger heftig, mehr oder weniger sachlich) angegriffen. Solche Angriffe können völlig ungerechtfertigt sein. Mitunter haben sie jedoch auch eine gewisse Berechtigung. Einem Sachverständigen muss bei der Abfassung des Gutachtens immer bewusst sein, dass ihn im Hinblick auf die Bedeutung seines Gutachtens für den Ausgang eines Rechtsstreits

¹ Leithoff in Schwerd [Hrsg.], Rechtsmedizin, 5. Aufl. 1992, S. 264.

² Kater, Das ärztliche Gutachten im sozialgerichtlichen Verfahren, 2. Aufl. 2011, S. 23 mit weiteren Nachweisen.

³ Zuletzt BGH, Urteil vom 13.01.2011, NJW 2011, 1509 mit umfangreichen Nachweisen; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. E 75.371.

⁴ AWMF Leitlinienregister 015/026, Erstfassung publiziert im Jahre 2009; Überarbeitung 2010.

⁵ Bayerlein [Hrsg.], Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 5. Aufl. 2015, S. 912 ff.

eine große Verantwortung trifft. Er muss daher zu vermeiden versuchen, dass sein Gutachten das Ziel gerechtfertigter Kritik eines Prozessbeteiligten oder gar des Gerichts wird. In dieser Hinsicht gibt es einige typische kritische Punkte, auf die bei Abfassung des Gutachtens geachtet werden sollte.

II. Die kritischen Punkte

1. Bindungswirkung der Beweisfragen

Wenn das Gericht dem Sachverständigen in einem Beweisbeschluss bestimmte Fragen vorgibt, so besteht die Aufgabe des Sachverständigen primär darin, diese Fragen zu beantworten. Zu ihrer Beantwortung soll der Sachverständige auf dem kürzesten Wege gelangen. Alle Überlegungen, die nicht zur Beantwortung einer Beweisfrage beitragen, stellen also im Prinzip zu vermeidende Abschweifungen dar. Eine besondere Situation ergibt sich allerdings, wenn der Sachverständige erkennt, dass die Beweisfragen in solcher Weise formuliert sind, dass sie keine vollständige Beurteilung des Behandlungsgeschehens ermöglichen. Das wird man in aller Regel nicht dem Gericht zum Vorwurf machen dürfen, denn die Gerichte müssen sich zwangsläufig am Vortrag der Parteien orientieren. Wenn der Kläger in einer Arzthaftungssache einen bestimmten Behandlungsfehler behauptet, so wird das Gericht im Allgemeinen den Sachverständigen danach fragen, ob dieser Behandlungsfehler vorliegt. Für den Sachverständigen ergibt sich eine kritische Situation, wenn ihm deutlich wird, dass der Behandlungsfehler, nach dem er gefragt wird, tatsächlich nicht gegeben ist, dass jedoch die Behandlung in anderer Hinsicht kritikwürdig oder gar eindeutig fehlerhaft war. Für den Sachverständigen stellt sich dann die Frage, ob er ungefragt in seinem Gutachten auf diesen anderen Behandlungsfehler hinweisen darf, wenn die Beweisfrage so formuliert ist, dass nach ihrem Inhalt ein solcher Hinweis auch im weitesten Sinne nicht als Antwort auf die ihm gestellte Frage verstanden werden kann.

Ein ähnliches Problem ergibt sich, wenn danach gefragt wird, ob eine be-

stimmte, im konkreten Fall angewandte Behandlungsmethode als fehlerhaft zu beurteilen ist, und der Sachverständige zu dem Ergebnis gelangt, diese Methode sei zwar noch nicht als fehlerhaft anzusehen, es existierten aber neuere, konkurrierende Behandlungsmethoden, die einer älteren oder herkömmlichen Behandlungsmethode überlegen seien, über deren Möglichkeit der Patient daher hätte aufgeklärt werden sollen. Der Sachverständige bewegt sich in einer solchen Situation auf einem schmalen Grat. Beantwortet er die Beweisfrage formal und behält er sein Wissen für sich, so schädigt er ganz offensichtlich den medizinisch nicht ausreichend unterrichteten Kläger und führt, wenn das Gericht seinem Gutachten folgt, ein materiell unrichtiges Urteil herbei. Umgekehrt riskiert der Sachverständige, wenn er in seinem Gutachten Behandlungs- oder Aufklärungsfehler aufzeigt, nach denen er gar nicht gefragt war, seine Ablehnung durch die Beklagtenseite wegen Besorgnis der Befangenheit.

» Für den Sachverständigen gilt das Gebot der Unparteilichkeit

Der richtige Weg besteht in solchen Fällen darin, die Beweisfragen so, wie sie nun einmal gestellt worden sind, zu beantworten, dem Gericht jedoch den Hinweis zu geben, dass die in dem Beweisbeschluss formulierten Fragen in bestimmter Hinsicht unvollständig seien und eine abschließende Beurteilung des Behandlungsgeschehens noch nicht ermöglichen. Der Sachverständige hat also in solchen Fällen das Gericht darauf hinzuweisen, dass Lücken in der Fragestellung bestehen.⁶ Ein solcher Hinweis ist nach der einschlägigen Norm der ZPO (§ 407 a ZPO) durchaus legitim und begründet gegenüber dem Sachverständigen daher nicht die Besorgnis der Befangenheit. Eine Verpflichtung zu einem solchen Hinweis ergibt sich aus dem für den Sachverständigen geltenden Gebot der Unparteilichkeit.

⁶ Bayerlein (Fn. 5), § 14 Rn. 9, S. 285 f.

2. Der dem Gutachten zugrundezulegende Sachverhalt

Nicht ganz selten ist zweifelhaft, von welchem Sachverhalt der Sachverständige bei der Erstattung seines Gutachtens auszugehen hat. Wenn das Gericht dem Sachverständigen keine besonderen Vorgaben macht, darf und muss er seinem Gutachten die Behandlungsunterlagen zugrunde legen. Sofern diese bestimmte Fragen nicht beantworten, muss der Sachverständige hierauf hinweisen. In solchen Fällen kann manchmal eine Dokumentationslücke vorliegen, die haftungsrechtliche Konsequenzen haben kann. Der Sachverständige sollte sich jedoch hüten, insoweit Ausführungen zur Rechtslage zu machen. Er sollte, sofern er seinem Gutachten den Sachverhalt zugrunde legt, wie er sich aus den Behandlungsunterlagen ergibt, das Gericht darüber unterrichten, dass eine vollständige Rekonstruktion der entscheidungserheblichen Vorgänge anhand der Behandlungsunterlagen nicht möglich ist. Notwendig ist es in diesem Zusammenhang auch, klarzustellen, ob insoweit ein Dokumentationsfehler vorliegt, weil die Behandlungsseite verpflichtet gewesen wäre, in den Behandlungsunterlagen entsprechende Angaben zu machen.⁷ Weitergehende Schlussfolgerungen sollte der Sachverständige in einer solchen Konstellation jedoch nicht ziehen, weil es insoweit allein um Rechtsfragen geht.

3. Aufklärung des Sachverhalts

Die Aufklärung des Sachverhalts ist im Allgemeinen nicht Sache des Sachverständigen; vielmehr soll der Sachverständige lediglich einen bestimmten ihm vorgegebenen Sachverhalt beurteilen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt in den Fällen, in denen das Gericht dem Sachverständigen aufgegeben hat, den Patienten zu untersuchen. In einem solchen Fall wird der Sachverständige dem Gutachten selbstverständlich das von ihm selbst gewonnene Untersuchungsergebnis zugrunde legen.

⁷ Geiß/Greiner (Fn. 3), Rn. E 15, S. 378.

4. Streitiger Sachverhalt

Es gibt Fälle, in denen der entscheidungserhebliche Sachverhalt zwischen den Prozessparteien streitig ist, sie also unterschiedliche Sachverhaltsdarstellungen geben. In diesen Fällen ist es niemals Sache des Sachverständigen, eine Abwägung vorzunehmen, z. B. den Vortrag einer Partei als unglaubwürdig, unwahrscheinlich o. ä. zu bezeichnen. Etwas Derartiges löst fast mit Sicherheit einen gegen den Sachverständigen gerichteten Ablehnungsantrag aus. In so gelagerten Fällen muss vielmehr der Sachverständige in dem Gutachten den Hinweis geben, dass die Parteien den Sachverhalt unterschiedlich darstellten und er diesen Streit nicht entscheiden könne, sofern nicht eine der Darstellungen medizinisch unstimmig ist. Unter Umständen ist der Sachverständige in einem solchen Fall genötigt, die ihm gestellte Beweisfrage alternativ zu beantworten, d. h. einmal unter Zugrundelegung des Klägervortrags, zum anderen unter Zugrundelegung des Beklagtenvortrags.

Ebenso ist es auch möglich, dass der Sachverständige in einem solchen Fall sich einer Stellungnahme ganz enthält und das Gericht darum bittet, ihm vorzugeben, von welchem Sachverhalt er ausgehen solle. Dies gilt ganz unabhängig von der Beweislastverteilung, auf die der Sachverständige am besten niemals eingeht, weil es sich insoweit um eine von ihm nicht zu beantwortende Rechtsfrage handelt.

Ein solcher Fall kann insbesondere dann auftauchen, wenn es auf die Frage ankommt, ob der Patient ausreichend aufgeklärt worden ist, und die Parteien darüber streiten, ob ein Aufklärungsgespräch überhaupt stattgefunden hat oder welchen Inhalt es hatte. Aus medizinischer Sicht kann der Sachverständige lediglich zu der Frage Stellung nehmen, ob in der konkreten Behandlungssituation eine Aufklärung notwendig war und welchen Inhalt sie hätte haben müssen. Es ist dann zunächst einmal Sache des Gerichts, durch Beweisaufnahme (Vernehmung von Zeugen, Anhörung der Parteien) die Frage zu klären, ob ein Aufklärungsgespräch stattgefunden hat und welchen Inhalt es hatte. Insoweit muss

der Sachverständige abwarten, wie das Gericht diese Beweisaufnahme würdigt. Erst danach – meistens erst in der mündlichen Verhandlung – kann der Sachverständige sich zu der Frage äußern, ob ein Aufklärungsgespräch, dessen Vorliegen und Inhalt das Gericht festzustellen hat, ausreichte oder nicht.

» Auf medizinische Unstimmigkeiten hat der Sachverständige das Gericht hinzuweisen

Eine ganz ähnliche prozessuale Konstellation ergibt sich, wenn vor der Einholung des Sachverständigengutachtens oder – wie zweckmäßig – in Gegenwart des Sachverständigen Zeugen vernommen oder Prozessparteien angehört werden. Es ist niemals Sache des Sachverständigen, sich zu deren Glaubwürdigkeit zu äußern, es sei denn, die Beweisaufnahme ergebe, dass bestimmte Angaben aus medizinischen Gründen unstimmig sind; hierauf muss der Sachverständige das Gericht hinweisen.

5. Notwendige Begründungen

Die Erstattung eines medizinischen Sachverständigengutachtens ist eine wissenschaftliche Leistung. Hieraus folgt zwangsläufig, dass ein medizinisches Sachverständigengutachten wissenschaftlichen Ansprüchen genügen muss. Den Grundsätzen wissenschaftlichen Argumentierens entspricht der Sachverständige jedoch nur dann, wenn er von ihm aufgestellte Behauptungen begründet und seine Quellen benennt. Dies lässt sich vor allem an der fast alltäglich auftauchenden Situation verdeutlichen, in der der Sachverständige danach gefragt wird, ob ein bestimmtes ärztliches Vorgehen (Handeln oder Unterlassen) als Behandlungsfehler zu werten ist. Ein Sachverständiger wird hierzu immer eine Meinung haben. Das bloße Formulieren einer solchen Meinung genügt aber niemals zur adäquaten Beantwortung der Beweisfrage. Vielmehr muss der Sachverständige seine Meinung – sei es, dass er einen Behandlungsfehler bejaht, sei es, dass er ihn verneint – begründen und belegen.

Dabei muss der Sachverständige allerdings strikt darauf achten, dass die Frage nach dem Vorliegen oder Fehlen eines Behandlungsfehlers immer bezogen auf den Zeitpunkt der streitgegenständlichen Behandlung zu beantworten ist.

„Begründen“ bedeutet hier, dass der Sachverständige, wenn er z. B. das Vorliegen eines Behandlungsfehlers bejahen will, angibt, woraus er diesen ableitet (Beispiele: die Behandlung ist zu risikoreich, es gab am Stichtag bereits anderweitige Behandlungsmethoden, deren überlegene Wirksamkeit nachgewiesen war, die betreffende Behandlungsmethode hatte sich als unwirksam erwiesen; in dem Falle, dass eine bestimmte Behandlung unterlassen worden war: es war bereits am Stichtag bekannt, dass eine bestimmte Behandlung zur Abwendung von dem Patienten drohenden Gefahren notwendig war oder das dem Patienten drohende Risiko erheblich senkte). „Belegen“ bedeutet, dass der Sachverständige – im Prinzip nachprüfbar – den Stand der medizinischen Erkenntnis am Stichtag durch Bezugnahme auf einschlägige Publikationen in Lehrbüchern, Forschungsberichten o. ä. dartut.

Eine bedeutsame Rolle spielen in diesem Zusammenhang Behandlungsrichtlinien, auch wenn sie für den Arzt nicht strikt verbindlich sind. Als Quelle müssen sie stets herangezogen werden. Im Allgemeinen geben Behandlungsrichtlinien nämlich den medizinischen Erkenntnisstand, bezogen auf den Zeitpunkt ihrer Publikation, zutreffend wieder.

Nicht selten kommt allerdings der Fall vor, dass eine bestimmte Behandlungsrichtlinie, die eine eindeutige Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen eines Behandlungsfehlers ermöglichen würde, zur Zeit der Behandlung noch nicht vorlag. In diesem Zusammenhang wird der Sachverständige zu erwägen haben, dass die Publikation von Behandlungsrichtlinien meistens einen gewissen Endpunkt in der medizinischen Entwicklung darstellt. Regelmäßig beruhen Behandlungsrichtlinien auf einer größeren Zahl von vorausgegangenen Publikationen, Vorschlägen o. ä. Lag die Behandlungsrichtlinie im Zeitpunkt der Behandlung noch nicht vor, so kann der Sachverständige auf sie zur Beurteilung

des Behandlungsgeschehens nicht unmittelbar zurückgreifen. Jedoch ist auch der Umkehrschluss nicht möglich, weil die Behandlungsrichtlinie am Stichtag noch nicht gegolten habe, sei ein aus ihrer Verletzung abzuleitender Behandlungsfehler zu verneinen. Der Sachverständige muss vielmehr in einem solchen Fall den zur Zeit der Behandlung maßgeblichen Erkenntnisstand aus Publikationen herausarbeiten. Häufig wird dieser der etwas später publizierten Behandlungsrichtlinie bereits entsprechen.

Niemals reicht es aus, wenn der Sachverständige ohne näheren Beleg auf eine „gängige Praxis“ oder auf sein eigenes Vorgehen in ähnlichen bzw. vergleichbaren Behandlungsfällen verweist, es sei denn, es gebe zu der konkreten Behandlungssituation überhaupt keine Publikationen, was so gut wie nie vorkommt.

6. Medizinische Streitfragen

Wie allgemein bekannt, gibt es in der Medizin wie in jeder anderen Wissenschaft Streitfragen. Auf vielen Gebieten existieren von medizinischen Autoritäten begründete Schulen, zwischen denen Meinungsverschiedenheiten bestehen können. In solchen Fällen wird der Sachverständige, wenn es hierauf ankommt, seine eigene Auffassung im Schulenstreit dem Gericht nicht vorenthalten dürfen. Er muss dann allerdings auch klarstellen, dass insoweit von ernsthaften Wissenschaftlern und Praktikern abweichende Auffassungen vertreten werden. Ist es streitig, ob ein bestimmtes ärztliches Vorgehen fehlerhaft ist oder nicht, hat sich also der im Rechtsstreit beklagte Arzt bei seiner Behandlungsentscheidung an die Meinung einer Schule gehalten, so liegt nach allgemeiner Auffassung noch kein Behandlungsfehler vor. In solchen Fällen wird allerdings fast immer eine Behandlungsalternative gegeben sein, über deren Vorliegen der Patient aufgeklärt werden muss, sofern die in Betracht kommenden unterschiedlichen Behandlungsmethoden sich in der Erfolgsquote und im Risikospektrum unterscheiden. Fehlt eine solche Aufklärung, hat der Arzt also die Wahl zwischen verschiedenen in Betracht kommenden Behandlungsmöglichkeiten mit unterschiedlichem Risi-

kospektrum eigenmächtig getroffen, so liegt ein Aufklärungsfehler vor. Hierauf muss der Sachverständige das Gericht in seinem Gutachten auch dann hinweisen, wenn nicht ausdrücklich nach einem Aufklärungsfehler gefragt worden ist.

7. Evidenzbasierte Medizin

Die früher häufig vorkommenden Meinungsverschiedenheiten zwischen unterschiedlichen medizinischen Schulen oder Kapazitäten haben allerdings in neuerer Zeit zu einem großen Teil an Bedeutung verloren. Das hängt mit dem Aufkommen der evidenzbasierten Medizin zusammen, die im Prinzip für jede Behandlungsmethode einen Wirksamkeitsbeweis bzw. den Beweis überlegener Wirksamkeit fordert, der regelmäßig nur durch den Vergleich der Resultate verschiedener zur Wahl stehender Behandlungsmethoden mit statistischen Mitteln erbracht werden kann. Da die insoweit angestellten Untersuchungen nicht immer zu völlig sicheren Ergebnissen führen, werden höhere und niedrigere Evidenzgrade unterschieden. Solche Untersuchungen können ergeben, dass eine Behandlungsmethode einer anderen, bisher ebenfalls etablierten Methode eindeutig überlegen ist. Ebenso kann sich auch ergeben, dass eine bestimmte bisher etablierte Behandlungsmethode als unwirksam erkannt wird.

Liegen derartige Untersuchungen vor, so prägen sie von dem Zeitpunkt an, zu dem sie in der ärztlichen Praxis als bekannt vorauszusetzen sind, den Standard. Hieraus folgt dann z. B., dass eine Behandlungsmethode, die einer anderen eindeutig überlegen ist, nunmehr den Standard der guten ärztlichen Praxis bestimmt. Die Anwendung weniger geeigneter Methoden (sei es, dass ihre Erfolgsquote geringer, sei es, dass ihre Risikoquote höher ist) muss dann bereits als fehlerhaft qualifiziert werden. Umgekehrt kann die Unterlassung einer Behandlung, für die es keinen Wirksamkeitsbeweis gibt, nicht als fehlerhaft bezeichnet werden. Ein Sachverständiger wird daher, sofern auf dem streitgegenständlichen Gebiet Untersuchungen vorliegen, die den Anforderungen der evidenzbasierten Medizin genügen,

diese immer heranziehen und bei der Ermittlung des maßgeblichen Standards berücksichtigen müssen.

8. Behandlung von Leitlinien

Sehr häufig existieren, was die Behandlung bestimmter Krankheitsbilder anlangt, Leitlinien der ärztlichen Fachgesellschaften, insbesondere die sog. AWMF-Leitlinien der Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlichen Fachgesellschaften. Die Rechtsprechung sieht diese Leitlinien nicht als unbedingt verbindlich an. Sie geht davon aus, dass Leitlinien den Standard guter ärztlicher Praxis zutreffend beschreiben, aber auch, wenn sie veraltet sind, hinter diesem zurückbleiben können. Leitlinien ersetzen daher kein Sachverständigengutachten, sie können auch nicht unbesehen als Maßstab für den Standard herangezogen werden. Aus der Perspektive der Ärzte haben sie Informationscharakter.⁸ Die Ärzten zuzubilligende Therapiefreiheit kann es daher im Einzelfall als zulässig erscheinen lassen, dass ein Arzt von der einschlägigen Leitlinie abweicht. In aller Regel beschreiben allerdings die Leitlinien den Standard zutreffend, so dass die Abweichung von einer Leitlinie, wenn sie nicht von dem behandelnden Arzt damit begründet werden kann, dass im Falle des konkreten Patienten eine besondere Situation vorgelegen habe, einen Behandlungsfehler indiziert. Es reicht deshalb im Allgemeinen nicht aus, dass ein Sachverständiger einen Behandlungsfehler allein daraus ableitet, dass der Arzt von der Leitlinie abgewichen sei. Es bedarf in solchen Fällen im Gutachten zusätzlicher Ausführungen, sei es in dem Sinne, dass sich aus dieser Abweichung zugleich auch eine Abweichung von den Regeln guter ärztlicher Praxis ergebe, sei es im umgekehrten Sinne, dass die Abweichung von der Leitlinie im konkreten Fall noch nicht als Behandlungsfehler gewertet werden könne.

⁸ Geiß/Greiner (Fn. 3), Rn. B 9 a, S. 75.

9. Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen

Für die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (z. B. Mutterschaftsrichtlinien, Kinderrichtlinien) gilt hingegen anderes. Diese Richtlinien haben Normcharakter, sodass eine Unterschreitung jedenfalls unzulässig ist.

» G-BA-Richtlinien haben Normcharakter, ihre Unterschreitung ist also unzulässig

Der Standard kann allerdings mehr verlangen, als die Richtlinien festlegen. Andererseits wirken Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen standardprägend, sodass Behandlungen, die nach diesen Richtlinien nicht oder nur eingeschränkt abgerechnet werden dürfen, sich schwerlich zum Standard herausbilden werden.⁹

10. Fehlen von Leitlinien

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass für eine bestimmte Situation noch keine Behandlungsrichtlinie existiert. Manchmal wird in solchen Fällen von Sachverständigen das Argument vorgebracht, dass aus diesem Grunde noch kein ärztlicher Behandlungsstandard existiere. Dieses Argument trifft niemals zu. Auch in den Bereichen, für die es noch keine Behandlungsrichtlinien gibt, existiert immer ein Standard guten, d. h. sorgfältigen, am Stand der aktuellen medizinischen Erkenntnis orientierten Vorgehens. Der Standard muss in diesen Fällen aus den zur Behandlungszeit vorliegenden Lehr- und Handbüchern sowie sonstigen medizinischen Publikationen entnommen werden.

11. Der grobe Behandlungsfehler

Die Haftung eines Arztes oder Krankenhauses setzt prinzipiell nicht nur das Vorliegen eines Behandlungsfehlers voraus,

sondern auch den Beweis eines Kausalzusammenhangs zwischen diesem Fehler und dem vom Patienten geltend gemachten Primärschaden (Gesundheitsschaden). Dieser Kausalitätsbeweis ist, wie die Praxis lehrt, sehr selten zu führen. Prinzipiell hat ihn der Patient zu erbringen. Es gibt jedoch eine ganze Reihe von Fällen, in denen dem Patienten eine Beweislastumkehr in der Kausalitätsfrage zugutekommt. Der hauptsächliche Fall, in dem eine solche Beweislastumkehr nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eingreift, ist das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers.

An sich obliegt die Klärung der Frage, ob ein Behandlungsfehler als grob zu bezeichnen ist oder ob es sich um einen einfachen Behandlungsfehler handelt, dem Gericht. Das Gericht ist jedoch insoweit auf die Hilfe des Sachverständigen angewiesen. Das Gericht soll daher den Sachverständigen nicht schlicht danach fragen, ob er selbst den Behandlungsfehler als grob ansehe, vielmehr soll der Sachverständige dem Gericht die Kriterien dafür liefern, wie der Behandlungsfehler zu beurteilen ist.¹⁰ Die von der Rechtsprechung entwickelte Formel, die in der Praxis ständig angewandt wird, lautet wie folgt:

Ein Behandlungsfehler ist dann als grob zu bewerten, wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und dadurch einen Fehler begangen hat, der aus objektiver ärztlicher Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil ein solcher Fehler einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf.¹¹

Es werden also unterschiedliche Fehlerqualitäten postuliert. Die Frage, ob ein Behandlungsfehler in diesem Sinne bereits als grob anzusehen ist oder ob es sich bei ihm nur um einen einfachen Behandlungsfehler handelt, ist in einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten prozessentscheidend.

Der Stellungnahme des Sachverständigen kommt gerade in diesem Punkt ein hohes Gewicht zu.

Dem Sachverständigen wird, wenn er sich nicht nur zu der Frage äußern soll, ob seinem ärztlichen Kollegen ein Fehler unterlaufen ist, wenn er vielmehr darüber hinaus diesen Fehler qualifizieren soll, vom Gericht eine Aufgabe gestellt, die sich, wie öfters bemerkt worden ist, mit den Methoden der medizinischen Wissenschaft nicht lösen lässt. Es geht nämlich bei dieser Abgrenzung gerade nicht darum, zwischen einem diskutablen oder nicht mehr diskutablen ärztlichen Vorgehen zu unterscheiden. Ist das ärztliche Vorgehen diskutabel, lässt es sich also nach dem Stand der medizinischen Erkenntnis noch rechtfertigen, auch wenn andere Ärzte wahrscheinlich anders vorgegangen wären, so kann es schon nicht als fehlerhaft angesehen werden. Die Frage danach, ob das ärztliche Vorgehen grob fehlerhaft war, stellt sich in solchen Fällen von vornherein nicht. Bei der Abgrenzung zwischen einfachen und groben Behandlungsfehlern geht es also immer um die Bewertung und Qualifikation eindeutiger ärztlicher Fehler, die vom Sachverständigen in zwei Kategorien aufgeteilt werden sollen. Hierzu hält die medizinische Wissenschaft keine Kriterien bereit, auf die der Sachverständige zurückgreifen könnte. Eine Unterscheidung von Fehlern unterschiedlichen Schweregrades wird vielmehr vor allem im schulischen oder allgemein im pädagogischen Bereich vorgenommen, insbesondere also bei der Bewertung der Leistungen von Schülern oder Studenten, speziell z. B. bei Examensarbeiten.

Für den Sachverständigen kommt als besondere Erschwernis hinzu, dass er über den einem ärztlichen Kollegen unterlaufenen Behandlungsfehler urteilen soll. Dem Sachverständigen ist dabei stets gegenwärtig, dass es auch ihm selbst wie jedem anderen Arzt unmöglich ist, immer jeden Fehler zu vermeiden. Insofern gilt für den ärztlichen Beruf nichts anderes als für andere verantwortungsvolle Berufe, bei deren Ausübung Fehler schwere Folgen haben können, z. B. für den Beruf eines Piloten, eines Kraftfahrers, eines Anwalts, eines Architekten oder Statikers. Es fällt dem Sachverständigen daher begreiflicherweise schwer, über einen Kollegen gewissermaßen den Stab zu brechen, d. h. ihm einen groben,

⁹ Geiß/Greiner (Fn. 3), a. a. O.

¹⁰ Geiß/Greiner (Fn. 3), Rn. B 255, S. 213 f.

¹¹ Ständige Rechtsprechung, BGH, Urteil vom 25.10.2011, Az. VIZR 139/10, NJW 2012, 227.

nicht mehr verständlichen Fehler zu attestieren.

Weil der medizinische Sachverständige jedoch mit der von der Rechtsprechung entwickelten Formel, auch wenn sie höchst unscharf und schwer handhabbar ist, leben muss und andererseits auch den Pfad der Objektivität niemals verlassen darf, ist es allein zweckmäßig und sinnvoll, in einem Gutachten, in dem der Sachverständigen direkt oder indirekt zum Vorliegen eines groben ärztlichen Behandlungsfehlers Stellung nehmen soll, auf objektive Kriterien abzustellen. Dies könnten etwa die folgenden sein:

Ein grober Behandlungsfehler liegt im Allgemeinen vor, wenn gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen worden ist. Es geht also insoweit um Frage, seit wann die betreffende ärztliche Behandlungsregel gilt oder seit wann eine bestimmte medizinische Erkenntnis vorliegt, ferner um die Frage, ob die entsprechende Behandlungsregel unumstritten ist.

- Man kann auch darauf abstellen, ob, wenn ein angehender Facharzt in der Facharztprüfung nach der betreffenden Behandlungsregel oder medizinischen Erkenntnis gefragt wird und diese Frage entweder gar nicht oder falsch beantwortet, hierin ein Fehler läge, der ihm bei der Prüfung nicht unterlaufen dürfe, ob also die entsprechende ärztliche Kenntnis Gegenstand seines präsenten, jederzeit abrufbaren Wissens sein müsse. Ist dies der Fall, so spricht dies für das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers.
 - Gleiches gilt, wenn ein entsprechender Fehler, unterstellt, er sei in einem Krankenhaus unterlaufen, Gegenstand eines sog. „ersten Dienstgesprächs“ zwischen dem behandelnden Arzt und seinem Chefarzt würde.
- Ein weiteres Kriterium, das in die andere Richtung weist, ergibt sich aus Folgendem: Ärztliche Entscheidungen werden nicht selten situationsbedingt unter größtem Zeitdruck getroffen. Dies gilt z. B. für die Not-

fallbehandlung, für die Behandlung von Patienten nach Schlaganfall oder Herzinfarkt und in besonderem Maße für unter der Geburt zu treffende Entscheidungen. Es gibt Situationen, in denen so wenig Zeit zur Verfügung steht, dass keine Möglichkeit zu einem Gespräch mit einem Kollegen, zur Heranziehung eines Fachbuches oder auch zu einer Internetsuche besteht, vielmehr eine Entscheidung hic et nunc – allein aufgrund präsenten Wissens – getroffen werden muss. War der behandelnde Arzt unvorbereitet vor eine solche Situation gestellt und hat er sie nicht bewältigt, so wird ein ihm unterlaufener Behandlungsfehler eher milder zu beurteilen sein, also nicht das Verdikt „grob“ verdienen.

- Insoweit ist allerdings folgende Klarstellung notwendig: Gerade in der Geburtshilfe treten nicht selten Situationen auf, die ein sofortiges Eingreifen des Arztes notwendig machen. Eine charakteristische Situation ist das Auftreten pathologischer Merkmale in der fetalen Herzfrequenzkurve des CTG. Gleiches gilt für den Eintritt einer Schulterdystokie. Auf eine solche Situation muss der Arzt gedanklich vorbereitet sein. Er muss in der Lage sein, ihr ohne langes Nachdenken zu begegnen. Anders (mit den Worten eines geburtshilflichen Sachverständigen) ausgedrückt: Von einem Geburtshelfer wird Entschlossenheit verlangt. Wenn er notwendige Entscheidungen zum weiteren Vorgehen vor sich herschiebt, so mündet dies häufig in grobe Behandlungsfehler.

12. Kausalität

Nicht selten wird ein Sachverständiger danach gefragt, ob zwischen einem Behandlungsfehler und dem Schaden des Patienten ein Kausalzusammenhang besteht. Auch hierfür hält die Rechtsprechung eine Formel bereit:

Nach dem Ursachenbegriff im logisch-naturwissenschaftlichen Sinn ist Ursache die Gesamtheit aller Bedingungen, Teilursache mithin jede einzelne Bedingung,

die zum Erfolg beigetragen hat. Hieran knüpft die Äquivalenztheorie an: alle Bedingungen sind gleichwertig; kausal ist jedes Ereignis, das nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen (conditio sine qua non).¹²

Diese Formel ist, wie in der Praxis seit langem bekannt ist, wenig hilfreich, denn in aller Regel vermag kein Mensch zu sagen, zu welchem Verlauf es im Falle eines konkreten Patienten dann gekommen wäre, wenn man einen Behandlungsfehler hinwegdenkt, auch wenn dieser die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines negativen Verlaufs generell nicht unerheblich erhöht hat.

Die Formel erfasst darüber hinaus keineswegs alle Ursachen, ist vielmehr bedeutend zu eng. Nicht jedes Ereignis, das hinweggedacht werden kann, ohne dass er Erfolg entfielen, fällt allein schon deswegen durch das Raster der Kausalitätsprüfung. Dies mag an folgendem Beispiel deutlich werden: Es ist durch eine Vielzahl von Untersuchungen mit aller Sicherheit belegt, dass das Rauchen bestimmte Krankheiten verursachen kann, z. B. ein Lungenemphysem und verschiedene Arten von Karzinomen, speziell das Lungen- und das Kehlkopfkarzinom. Andererseits kommt es auch bei Nichtrauchern, wenngleich viel seltener, zum Eintritt dieser Erkrankungen. Wendet man die *Conditio-sine-qua-non*-Formel an, so müsste man die Frage, ob bei einem konkreten Patienten der Umstand, dass er jahrzehntelang geraucht hat, für das Auftreten einer solchen Erkrankung ursächlich war, verneinen oder als unentscheidbar bezeichnen, denn der Nikotinmissbrauch des Patienten kann ohne Weiteres hinweggedacht werden, ohne dass die Erkrankung mit Sicherheit entfielen. Dennoch wird in einem Fall, in dem sich bei einem Patienten nach jahrzehntelangem Rauchen eine solche Erkrankung herausgebildet hat, kein vernünftiger Mensch einen Zweifel am Bestehen eines Kausalzusammenhangs haben. Hierzu existiert auch eine große Zahl von Untersuchungen.

¹² Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 23. Aufl. 2014, Vorb. vor § 249 BGB, Rn. 25.

Ähnlich kann der Fall auch bei einem Behandlungsfehler liegen.

Selbst wenn demgemäß der Test des „Hinwegdenkens“ zu keinem Ergebnis führt, kann noch immer ein Fall vorliegen, in dem nach einer von der Rechtsprechung benutzten Formel hinsichtlich des Kausalzusammenhanges „ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit erreicht ist, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“.¹³ Wenn ein Behandlungsfehler ein bestimmtes Risiko begründet, d. h. die Wahrscheinlichkeit eines negativen Behandlungsausgangs erheblich erhöht, und sich genau dieses Risiko im konkreten Fall verwirklicht hat, so wird man demgemäß sehr häufig annehmen müssen, dass dieser Behandlungsfehler zumindest zu dem negativen Ausgang beigetragen, ihn also mitverursacht hat. Wenn der Sachverständige aufgrund des Behandlungsverlaufs zu einer solchen Überzeugung gelangt, so muss er dies im Gutachten zum Ausdruck bringen, auch wenn – wie fast immer – der Test des „Hinwegdenkens“ des Behandlungsfehlers zu keiner Entscheidung führt.

III. Resümee

Wie eingangs bereits erwähnt ist der medizinische Sachverständige, der für ein Gericht ein Gutachten erstattet, „Gehilfe“ des Richters. Der Begriff des „Gehilfen“ ist jedoch geeignet, die Bedeutung des Gutachtens für den Ausgang des Rechtsstreits nicht hinreichend deutlich werden zu lassen. In aller Regel entscheidet der Ausfall des Gutachtens auch über den Ausgang des Rechtsstreits. Man kann also durchaus sagen, dass der Sachverständige, auch wenn er den Prozess, an dem er beteiligt ist, nicht entscheidet, eine quasi-richterliche Funktion ausübt. Dessen muss sich auch der Sachverständige bewusst sein. Von ihm wird daher, was die gutachterliche Tätigkeit anlangt, in gewisser Weise richterliches Denken verlangt. Das bedeutet, dass er den Pfad strenger Unparteilichkeit, Objektivität und Neutra-

lität nicht verlassen darf. Er darf sich, wie jüngst der Vorsitzende eines Arzthaftungssenats formuliert hat, niemals von Emotionen leiten lassen, d. h. weder vom Mitleid mit dem geschädigten Kläger noch von Verständnis und Sympathie für den ärztlichen Kollegen. Wenn dem Sachverständigen dies gelingt, so wird er fast immer auch in der Lage sein, das Vertrauen der Prozessparteien in seine Objektivität und Unparteilichkeit zu gewinnen und zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens beizutragen.

Korrespondenzadresse

Dr. R. Uphoff

Kanzlei für Geburtsschadensrecht und Arzthaftung
Heinrich-von-Kleist-Straße 4, 53113 Bonn,
Deutschland
mail@uphoff.de

Einhaltung ethischer Richtlinien

Interessenkonflikt. R. Uphoff und J. Hindemith geben an, dass kein Interessenkonflikt besteht.

Fachnachrichten

DGPGM Fortbildungsstipendium

Deutsche Gesellschaft für Pränatal- und Geburtsmedizin

Mit den Reisebeihilfen fördert die DGPGM den ärztlichen und wissenschaftlichen Nachwuchs auf dem Gebiet der Pränatal- und Geburtsmedizin. Dazu unterstützt die DGPGM die Hospitation in international führenden Pränataldiagnostischen Zentren, die Teilnahme an praxisorientierten Kursen oder Forschungsaufenthalte in einer anderen Klinik.

Reisebeihilfen werden für Aufenthalte bis zu höchstens drei Monaten gewährt. Sie bestehen aus einem Pauschalbetrag zur Deckung der Kosten für Reise und Unterkunft sowie eventuell anfallender Kursgebühren. Über die Höhe des Stipendiums bis zu 3000 € entscheidet der Vorstand.

Ein DGPGM-Reisestipendium kann vergeben werden:

- an alle auf dem Gebiet der Pränatal- und Geburtsmedizin in Deutschland tätigen Ärzte und Wissenschaftler unter 40 Jahren
- das Projekt in DFG Format muss eingereicht werden
- die entsendende und gastgebende Einrichtung muss ihre Zustimmung zu dem Antrag bestätigen

Nicht gefördert werden:

- Teilnahme an Kongressen, Symposien und Workshops ohne Erwerb praktischer Fähigkeiten
- Studienaufenthalte im Rahmen von industriegesponserten klinischen Studien
- Teilnahme an Veranstaltungen von Pharma- oder Medizintechnikfirmen

Bitte reichen Sie ihren Antrag fristgerecht bis zum 31.08.2015 beim Präsidenten der DGPGM ein:

Prof. Dr. med. Ralf L. Schild, MA FRCOG

*Quelle: Deutsche Gesellschaft für Pränatal- und Geburtsmedizin,
www.dgpgm.de*

¹³ BGH NJW 2014, 71; Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 35. Aufl. 2014, § 286 ZPO, Rn. 2 mit weiteren Nachweisen.