

Medizinisches Gutachten im Prozess

Anwaltliche Strategie und Taktik beim Umgang mit Sachverständigen

Bearbeitet von

Prof. Dr. iur. Dr. med. Alexander P.F. Ehlers, Dr. jur. Hans Helmut Günter, Rudolf Günter, PD Dr. med. Thomas Held, Prof. Dr. med. Wolf-Dieter Ludwig, Prof. Dr. med. Wolfgang Pffringer, Prof. Dr. Gerhard H. Schlund, Eckart Stevens-Bartol

4. Auflage 2016. Buch. XXVIII, 180 S. Kartoniert

ISBN 978 3 406 68039 7

Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

Gewicht: 358 g

[Recht > Öffentliches Recht > Medizinrecht, Gesundheitsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

nur unter besonders eigenartigen Umständen geeignet war, die eingetretene Schadensfolge herbeizuführen (AWMF-Leitlinien, Register-Nr. 094/001). Im Bereich der Beurteilung der Kausalität kann gefragt werden nach:

- der durch das beanstandete Handeln generell nicht unerheblich erhöhten Wahrscheinlichkeit, den Erfolg objektiv zu ermöglichen,
- den für und den gegen eine Ursächlichkeit sprechenden festgestellten Faktoren,
- der vom damaligen Zeitpunkt (Vorhersehbarkeit) bzw. vom jetzigen Zeitpunkt aus gesehenen Eignung der Handlung oder Unterlassung für den Schadenseintritt,
- den ganz unwahrscheinlichen, den regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht lassenden Umständen,
- der persönlichen klinischen Erfahrung des Sachverständigen oder derjenigen in entsprechenden Fallberichten in gleichgelagerten Fällen.

Demgegenüber gilt im **Strafrecht** die **Äquivalenz-/Bedingungstheorie**. 363

Sie besagt, dass jede, aber auch nur diejenige Bedingung als Ursache im Rechtssinn gilt, die für den konkreten Erfolg – so, zu diesem Zeitpunkt und in diesem Ausmaß – nicht hinweggedacht werden kann bzw. ohne die der konkrete Erfolg entfallen wäre (conditio-sine-qua-non-Formel). Entsprechend den Beweisgrundsätzen im Strafprozess (in dubio pro reo) muss (auch) die Kausalität des vorgeworfenen Verhaltens für den tatbestandlichen Erfolg jenseits begründeter Zweifel erwiesen sein, um eine Verurteilung zu rechtfertigen (AWMF-Leitlinien, Register-Nr. 094/001).

h) Beweismaßstab

Der ärztliche Sachverständige muss sich auch darüber im Klaren sein, 364 welcher Beweismaßstab im Gutachten gelten soll (Widder/Gaidzik [Hrsg.]-Widder, Begutachtung in der Neurologie, S. 54 ff.). In der Jurisdiktion wird zwischen dem Vollbeweis, der Wahrscheinlichkeit und der Glaubhaftmachung unterschieden. Dabei definiert sich der **Vollbeweis** über die an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit.

Bei der nächsten Stufe der Milderung der Beweisanforderung, der 365 **Wahrscheinlichkeit**, ist es ausreichend, wenn nach ärztlicher Lehrmeinung und nach wissenschaftlichen Erkenntnissen mehr für als gegen einen ursächlichen Zusammenhang spricht. Dabei muss sich ein solcher Grad von Wahrscheinlichkeit ergeben, dass ernste Zweifel hinsichtlich einer anderen Möglichkeit ausscheiden.

366 Die **Glaubhaftmachung** meint den mildesten Beweismaßstab des Sozialrechts. Hierbei handelt es sich um die „gute Möglichkeit“, dass der Vorgang sich so zugetragen hat, wobei durchaus gewisse Zweifel bestehen bleiben können. Es genügt dabei, wenn bei mehreren ernstlich in Betracht zu ziehenden Möglichkeiten das Vorliegen einer davon relativ am wahrscheinlichsten ist, weil nach Gesamtwürdigung aller Umstände besonders viel für diese Möglichkeit spricht. Bei allen Beweismaßstäben reicht jedoch die bloße Möglichkeit einer Tatsache nicht aus, die Beweisanforderungen zu erfüllen (BSG, Beschl. v. 8.8.2001 – B 9 V 23/01; Widder/Gaidzik [Hrsg.]-Widder, Begutachtung in der Neurologie, S. 56)

i) **Interessenkonflikte**

367 Weiterhin ist wichtig, dass jegliche Interessenkonflikte des Gutachters, sofern sie bestehen, **eindeutig genannt** werden, z. B. die regelmäßige gutachterliche Tätigkeit für einzelne Berufsgenossenschaften oder Versicherungen, weiterhin wirtschaftliche oder arbeits- bzw. dienstrechtliche Abhängigkeiten vom Auftraggeber.

k) **Anwesenheit der Gegenpartei**

368 Insbesondere bei zivilrechtlichen Gutachten stellt sich auch die Frage, ob die Gegenpartei bei der Untersuchung des Probanden anwesend sein darf, um sich zu subjektiven Angaben des Probanden zu äußern und diese ggf. vor Ort richtigstellen zu können. Diese Problematik hat im Gegensatz zu vorhergehenden Urteilen, die dies verneinten, das OLG Frankfurt dahingehend beantwortet, dass es auf den Einzelfall ankommt, ob die Anwesenheit der Gegenpartei statthaft ist. Insbesondere stellte es die Rechtsgüter des Eingriffs in die Privat- und Intimsphäre einer Person auf der einen Seite und den Anspruch auf rechtliches Gehör und ein faires Verfahren auf der anderen Seite einander gegenüber. Es habe somit eine **Abwägung unter Gewichtung der beiderseitigen Interessen** stattzufinden, wobei es durchaus von Bedeutung ist, auf welche Bereiche des Körpers sich die vom Sachverständigen durchzuführenden Untersuchungen beziehen und inwieweit Erläuterungen der Prozessparteien gegenüber dem Sachverständigen zu erwarten sind (OLG Frankfurt, Urt. v. 10.1.2011 – 22 U 174/07).

l) **Weitere Aspekte**

369 Schließlich sei darauf hingewiesen, dass Rechtsanwälte ihren Mandanten häufig **Verhaltensmaßregeln** an die Hand geben, die dazu geeignet sind, das Gutachten in einer für den Probanden günstigen Weise zu

beeinflussen. Hierdurch wird eine objektive Beurteilung der tatsächlich vorliegenden Gesundheitsstörungen erschwert.

Auf der anderen Seite ist es jedoch auch nicht angebracht, Beobachtungen des Probanden außerhalb der für das Gutachten notwendigen Untersuchung in das Gutachten einfließen zu lassen (z. B. das schnelle Verlassen des Geländes, damit der Proband seinen Zug noch erreicht, obwohl er vorher über starke Beschwerden beim Gehen und Laufen berichtet hat).

C. Gutachten im Sozialrecht

Besonderen Herausforderungen sieht sich der ärztliche Gutachter bei Fragestellungen im Sozialrecht gegenüber. Dies gründet in der Vielfältigkeit der Beweislast und in der Kausalitätsproblematik im Vergleich zum Strafrecht. Daher soll in einem eigenen Abschnitt auf einige **Besonderheiten** eingegangen werden.

I. Begriffsbestimmungen

Schwierigkeiten bei der Begutachtung im Bereich des Sozialrechts bereiten regelmäßig Begriffe, die für den juristischen Laien – hierzu zählen ja auch die Ärzte – im Wesentlichen das Gleiche meinen, jedoch je nach Zusammenhang juristisch unterschiedlich definiert sind. Hierzu gehören die Begriffe der **Berufsunfähigkeit**, der **Dienstunfähigkeit**, der **Erwerbsunfähigkeit**, des **Grades der Behinderung (GdB)**, der **Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE)** und der Begriff der **Leistungsfähigkeit**. Der ärztliche Sachverständige ist gut beraten, vor Erstellung des Gutachtens sich nochmals mit dem Auftraggeber ins Benehmen zu setzen, um eine genaue Definition des jeweiligen Begriffs herbeizuführen. So meint z. B. der Begriff der Berufsunfähigkeit im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung das bloße Herabsinken der Leistungsfähigkeit im bisherigen Beruf, wenn der zu Begutachtende vor dem 2.1.1961 geboren ist. Im Bereich der Berufsunfähigkeitsversicherung dagegen muss die bestehende Einschränkung im zuletzt ausgeübten Beruf von (meist) über 50 % für mehr als sechs Monate bestehen. Im Bereich des Beamtenrechts definiert die Dienstunfähigkeit demgegenüber eine nicht nur vorübergehende Unfähigkeit zur Ausübung der Dienstpflichten.

- 373 Das soziale Entschädigungsrecht definiert die Erwerbsunfähigkeit als Minderung der Erwerbsfähigkeit von über 90 %. Im Gegensatz hierzu besteht im Bereich der privaten Erwerbsunfähigkeitsversicherung eine variable Definition, z. B. ein Leistungsvermögen unter drei Stunden täglich (Widder/Gaidzik [Hrsg.]-*Widder*, Begutachtung in der Neurologie, S. 53).

II. Minderung der Erwerbsfähigkeit

- 374 Besonders problematisch ist die Definition der geminderten Erwerbsfähigkeit in verschiedenen Rechtsgebieten. Bei der **gesetzlichen Rentenversicherung** meint eine Erwerbsminderung eine Leistungsfähigkeit unter drei Stunden im Sinne einer vollen Erwerbsminderung und eine teilweise Erwerbsminderung eine Leistungsfähigkeit von drei bis unter sechs Stunden, jeweils unter Bezug auf die „üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarkts“ (Widder/Gaidzik [Hrsg.]-*Widder*, Begutachtung in der Neurologie, S. 54). Die Minderung der Erwerbsfähigkeit im Bereich der **gesetzlichen Unfallversicherung** hingegen bezieht sich auf das „gesamte Gebiet des Erwerbslebens“. Das **Haftpflichtrecht** nimmt Bezug auf die zum Zeitpunkt des Schädigungsereignisses ausgeübte berufliche Tätigkeit und das Privatleben (Widder/Gaidzik (Hrsg.), Begutachtung in der Neurologie, S. 57).
- 375 Wichtig zu wissen ist auch, dass MdE und GdB nach gleichen Grundsätzen bemessen werden. Beide Begriffe unterscheiden sich aber dadurch, dass die MdE auf Schädigungsfolgen bezogen ist, d. h. einen kausalen Ansatz hat. Der GdB ist demgegenüber auf alle Gesundheitsstörungen unabhängig von ihrer jeweiligen Ursache bezogen. Aus dem **GdB- bzw. MdE-Grad** ist jedoch nicht auf das Ausmaß der Leistungsfähigkeit zu schließen. Diese beiden „Maßeinheiten“ sind grundsätzlich unabhängig von dem ausgeübten oder angestrebten Beruf zu beurteilen. Damit sind von der Anerkennung einer ermittelten Erwerbsfähigkeit durch einen Rentenversicherungsträger oder durch die Feststellung einer Dienstunfähigkeit oder Arbeitsunfähigkeit keine Rückschlüsse auf den GdB- /MdE-Grad erlaubt, und es kann umgekehrt aus diesen Graden nicht auf die Leistungsvoraussetzungen anderer Rechtsgebiete geschlossen werden (Widder/Gaidzik [Hrsg.]-*Widder*, Begutachtung in der Neurologie, S. 53).
- 376 Häufig wird in Hinblick auf zu erstellende Gutachten gefragt, welcher Arbeit der zu Begutachtende noch nachkommen kann. Die Be-

antwortung dieser Frage ist naturgemäß nur dann einigermaßen zufriedenstellend möglich, wenn der Sachverständige zum einen die **Definitionen verschiedener Arbeitsbedingungen** kennt, zum anderen aber auch die Lebenswirklichkeit in den infrage kommenden Berufen einzuschätzen weiß. Die Beantwortung von Fragen nach der Leistungsfähigkeit in bestimmten Berufen setzt voraus, dass der Gutachter berufliche Abläufe und Erfordernisse kennt. Da Ärzte nicht mit allen Berufsbildern vertraut sind, sollte bei Beantwortung dieser Fragen auf eine genaue Beschreibung der Tätigkeit gedrängt werden. So ist z. B. vom Auftraggeber des Gutachtens zu erfragen, wie viele Stunden ein Waldarbeiter stehend, kniend oder sitzend tätig ist, in welchen Regionen (Flachland, Bergland) er eingesetzt wird, welche Maschinen er wie lange bedienen muss, ob ihm zugemutet wird, auch bei widrigem Wetter zu arbeiten, wie hoch die Belastung z. B. durch Sonneneinstrahlung ist und dergleichen mehr. Für die Einschätzung von MdE bzw. GdB wird an dieser Stelle verwiesen auf: Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.), Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertenrecht, 2008.

D. Diagnoseirrtum, Diagnosefehler und Behandlungsfehler

Die Begriffe „Irrtum“ und „Fehler“ werden im allgemeinen Sprachgebrauch oft in ähnlicher Funktion verwendet, haben aber juristisch durchaus unterschiedliche Bedeutung. Daher wird hier im Zusammenhang mit medizinischen Gutachten näher darauf eingegangen. 377

Ein Urteil des OLG Naumburg aus dem Jahr 2010 gibt eine **klare Definition** dieser Begriffe (MedR 2011, 799). Bei einem Diagnoseirrtum handelt es sich um eine zum Zeitpunkt der Diagnosestellung in der gegebenen Situation vertretbare Deutung der Befunde. Er stellt somit eine nicht vorwerfbare Situation trotz objektiver Fehlerhaftigkeit der Diagnose dar und kann folglich eine Haftung nicht begründen. Im Gegensatz dazu liegt ein Diagnosefehler dann vor, wenn die diagnostische Bewertung für einen gewissenhaften Arzt nicht mehr vertretbar erscheint. 378

Bei Diagnosefehlern wird dann noch zwischen **einfachen und groben Behandlungsfehlern** unterschieden. Ein grober Behandlungsfehler ist erst dann gegeben, wenn er fundamentaler Natur ist. Dies setzt voraus, 379

dass die Interpretation des Befundes gänzlich unverständlich erscheint. Bei Nichterheben von eindeutig gebotenen Befunden und einer deswegen fehlerhaft gestellten Diagnose besteht ein vorwerfbares Behandlungsversäumnis.

- 380 Eine **unzutreffende Diagnose** muss nicht immer ein Diagnoseirrtum sein. Wenn nachgewiesen werden kann, dass der Arzt bei der Diagnostik sorgfältig vorgegangen ist und alle Regeln der ärztlichen Kunst und der aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnis angemessen beachtet hat, kann er nicht eine falsche Diagnose gestellt haben. Der Irrtum bezieht sich nämlich nicht auf das Ergebnis der Diagnose, sondern auf den diagnostischen Prozess. Daher liegt ein Diagnoseirrtum dann vor, wenn zwar Abweichungen vom zu erwartenden Standard vorgekommen sind, diese Abweichungen aber als noch vertretbar bezeichnet werden können. Dabei ist wichtig, dass die Beurteilung hierüber *ex ante* erfolgt. Es liegt auch dann kein Diagnosefehler oder ein Diagnoseirrtum vor, wenn es zum fraglichen Zeitpunkt keinen Grund für die entsprechende Diagnostik gegeben hat (*Köbberling*, Diagnoseirrtum, Diagnosefehler, Befunderhebungsfehler, S. 45).
- 381 Entscheidend ist insgesamt nicht die Feststellung des Tatbestandes *ex post*, sondern die mögliche Fahrlässigkeit in der **ex-ante-Betrachtung**, die zu einem Verschuldensvorwurf führen könnte (*Köbberling*, Diagnoseirrtum, Diagnosefehler, Befunderhebungsfehler, S. 49). Dies ist für einen Laien oft schwer verständlich. Jedoch muss man sich vor Augen halten, dass bei der Einschätzung der Situation der Laie *ex post* den wahren Befund weiß, der dem Arzt zum Zeitpunkt der Diagnosestellung jedoch noch nicht bekannt war. Somit kommt es regelhaft zu einer Verzerrung der Wahrnehmung bezüglich Richtigkeit oder Fehlerhaftigkeit des Vorgehens.
- 382 Auch ein Diagnoseirrtum stellt *per se* keinen Behandlungsfehler dar, solange die objektiv falsche Deutung und Fehleinschätzung **nicht unvertretbar** ist und damit nicht zu einem vorwerfbaren Diagnosefehler wird. In Konsequenz daraus wird auch eine davon abgeleitete Therapie kein Behandlungsfehler sein. Wichtig ist auch festzustellen, dass bei der notwendigen Diagnostik nicht zwangsweise jede denkbare, ganz entfernt liegende Möglichkeit zu berücksichtigen ist. Es besteht auch kein genereller Anspruch auf den Einsatz aller zur Verfügung stehenden diagnostischen Mittel (*Köbberling*, Diagnoseirrtum, Diagnosefehler, Befunderhebungsfehler, S. 59). Insbesondere bei invasiven diagnostischen Maßnahmen kann nämlich eine Überdiagnostik leicht in eine

Haftung umschlagen (*Köbberling*, Diagnoseirrtum, Diagnosefehler, Befunderhebungsfehler, S. 60).

Anders verhält es sich bei **Befunderhebungsfehlern**, einer Sonderform des Diagnosefehlers. Der Arzt muss nämlich nicht nur erhobene Befunde bewerten, er muss auch entscheiden, welche weiteren diagnostischen Maßnahmen ggf. zu veranlassen sind. Diese müssen sich unter Berücksichtigung des medizinischen Standards am aktuellen Krankheitsstatus des Patienten orientieren. Unterlässt dies der Arzt, begeht er einen Behandlungsfehler, unter entsprechenden Umständen sogar einen groben Behandlungsfehler. Damit ist die Unterlassung oder die Sicherung von medizinisch gebotenen Befunden stets ein Behandlungsfehler, der dann grob ist, wenn er aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich ist, weil das Versäumnis einem gewissenhaft arbeitenden Facharzt schlechterdings nicht passieren darf. Weiterhin stellt sich hier zusätzlich die Frage, ob es hinreichend wahrscheinlich ist, dass durch die nicht erhobenen Befunde ein reaktionspflichtiges Ergebnis festgestellt worden wäre. Dabei reicht es, wenn der Befund mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 % positiv, also reaktionspflichtig gewesen wäre. Als Konsequenz hieraus resultiert ein Behandlungsfehler im Sinne der Unterlassung einer Behandlung entsprechend dem Facharztstandard (*Köbberling*, Diagnoseirrtum, Diagnosefehler, Befunderhebungsfehler, S. 120). Sehr häufig wird dies als schlechterdings unverständliches Fehlverhalten gewertet.

Insgesamt ist bei der Betrachtung dieser Problematik zu beachten, dass der ärztliche Behandlungsvertrag ein **Dienstvertrag** und **kein Werkvertrag** ist. Somit ist der Arzt nicht zu einem bestimmten Ergebnis verpflichtet, sondern zu einem fachgerechten Vorgehen bei der Diagnostik (*Köbberling*, Diagnoseirrtum, Diagnosefehler, Befunderhebungsfehler, S. 53). Da eine allgemeine Definition des sachgerechten diagnostischen Vorgehens fehlt, wird als Maßstab das hypothetische Vorgehen eines gewissenhaft handelnden Arztes mit Facharztstandard angenommen.

E. Problematik der Leitlinien

- 385 Der Gutachter muss sich darüber im Klaren sein, dass die Beantwortung der an ihn gestellten Fragen auf Grundlage des zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards erfolgen muss (*Hart, MedR 2015, 4*). Dieser „repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat“ (BGH ZMGR 2014, 195, 197). Ihren Ausdruck finden diese Erkenntnisse mehr und mehr in Leitlinien.
- 386 Obgleich der Gesetzgeber auf eine Definition der Leitlinie und ihres Verhältnisses zum sog. fachlichen Standard verzichtet hat, hat die Rechtsprechung dieses Versäumnis mittlerweile aufgeholt. Leitlinien sind als solche **keine Rechtsnormen**, besitzen also keine unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit. Sie sind auch zeitbezogen und haben nur **Informationscharakter**, müssen aber den Ärzten bekannt sein. Nach Angabe der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V. (AWMF) haben die dort registrierten und publizierten Leitlinien weder eine stets haftungsbefreiende noch eine stets haftungsbegründende Wirkung. Ihre Eigenschaft als Handlungskorridor bedingt, dass ein Verstoß gegen die Behandlungsstandards nicht zwingend als nicht nachvollziehbarer und somit als grober Behandlungsfehler zu werten ist (*Ulsenheimer, Versicherungsmedizin 2015, 88*). Auch unterscheiden sich die Leitlinien hinsichtlich ihres Grades an Evidenz, wobei ein höherer Grad die Annahme, dass die Leitlinie den aktuellen Standard wiedergibt, näher liegend begründet (*Ulsenheimer, Versicherungsmedizin 2015, 89*).
- 387 Seit Mitte der 1990er-Jahre entwickeln sich die Leitlinien kontinuierlich fort. Die **Verwissenschaftlichung des Instruments der Leitlinie** wird durch die Strukturierung des Prozesses der Leitlinienentwicklung, vor allem durch die AWMF und die Arbeit ihres Instituts für medizinisches Wissensmanagement bestätigt. Somit steigt die Wahrscheinlichkeit, dass eine hochwertige Leitlinie den medizinischen Standard abbildet. Trotz aller Probleme existiert momentan kein besseres Instrument zur Festlegung und ggf. zur Festsetzung des medizinischen Standards, wenn die Anforderungen der evidenzbasierten Medizin und die an die Seriosität des Entwicklungsverfahrens eingehalten werden. Damit verbunden ist