

Die Krähen-Theorie und Gutachten

Ärztliche Sachverständigengutachten juristisch prüfen



RA Volker Loeschner, Berlin
Fachanwalt für Medizinrecht

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 1

Haftungsnorm § 839a BGB

§ 839a BGB

Haftung des gerichtlichen Sachverständigen

- (1) Erstattet ein vom Gericht ernannter Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht.
- (2) § 839 Abs. 3 ist entsprechend anzuwenden.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 2

These

Allein durch die bloße Verpflichtung des gerichtlichen Sachverständigen zur Wahrheit und Neutralität ist diese weder garantiert, verbürgt noch bewiesen.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 3

Bezugnahme des Gerichtes auf seinen Gerichtssachverständigen im Urteil

„Nach Ausführung des Sachverständigen, auf die das Gericht auch im Weiteren Bezug nimmt [...], nach Angabe des Sachverständigen [...], der Sachverständige bestätigt [...], der Sachverständige hat dazu ausgeführt [...], dies bestätigt auch der Sachverständige [...], die Ausführungen des Sachverständigen sind nachvollziehbar [...], dies wird vom Sachverständigen so bestätigt [...], dies ergibt sich aus den Ausführungen des Sachverständigen [...]“ usw.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 4

Naive These

Der medizinische Sachverständige ist der Experte.

Der Richter ist der medizinische Laie.

Der Experte beurteilt den Fall und der Richter fällt aufgrund dieser Beurteilung sein Urteil?

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 5

Rechtliche Tatsachenfeststellung (§ 404 Abs. 1 ZPO)

Die Tatsachenfeststellung ist allein Aufgabe des Gerichts, der gerichtliche Sachverständige darf nur zwischen den Parteien unbestrittene Tatsachen bewerten. Der Richter und nicht der gerichtliche Sachverständige hat den Sachverhalt und die medizinischen Fragen zu würdigen.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 6

Grundsatz der Waffengleichheit

BVerfG: **Grundsatz der Waffengleichheit** = Erleichterungen bei Tatsachenermittlung für den Patienten/Kläger (BVerfG, NJW 1979, 1925)

An die **Substantiierung** des der Klage zugrunde liegenden medizinischen Sachverhalts werden **maßvolle und verständige Anforderungen** gestellt (BGH, VersR 1981, 278).

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 7

Sorgfaltsmaßstab

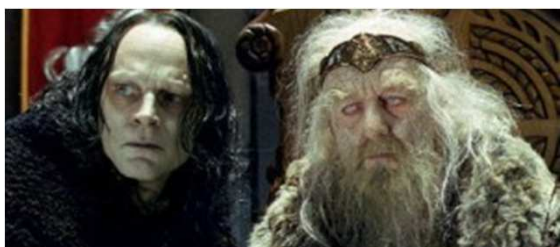
§ 276 BGB - Verantwortlichkeit des Schuldners

- (1) Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Die Vorschriften der §§ 827 und 828 finden entsprechende Anwendung.
- (2) Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.
- (3) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 8

„Berater“



RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 9

Gutachten zur Zivilprozessvorbereitung

- MDK Gutachten durch Krankenkasse
- u.U. PKV-Gutachten
- Schlichtungsstellen Gutachten
- Privatgutachten
- Selbstständiges Beweisverfahren (§§ 485 bis 494a ZPO)
- Nie: Stellung einer Strafanzeige (Gutachten im Rahmen der Ermittlung)

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 10

Die „Krähentheorie“ in der Rechtsprechung des BGH

Im Jahre 1979 urteilt der BGH über die fehlende Objektivität bei Gutachten: „...**bekanntermaßen** bei manchen Gutachtern **Schwierigkeiten** mit den Anforderungen an ihre Unparteilichkeit gewärtigt werden...“ (BGH, VersR 1979, 939, 941).

1981 beschreibt der BGH, es gäbe „allgemeine gerichtliche Erfahrungen“, und dass eine „spontane Erweiterung seiner Aussage zu Lasten des beklagten Arztes immer noch nicht mit Sicherheit erwartet werden darf“ (BGH, VersR 1982, 168, 169).

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 11

Die „Krähentheorie“ in der Literatur

Erich Steffen, ZversWiss 90, 31, 35:

„Die Tendenz vieler Sachverständiger, Fehler des Kollegen milder zu beurteilen, d.h. sie nur sehr **verklausuliert** als solche anzusprechen, erklärt sich mit daraus, dass der Sachverständige eine Stigmatisierung als inadäquat empfindet, **weil er denselben Fehler auch hätte machen können.**“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 12

MBO Ärzte

§ 29 MBO Ärzte - Kollegiale Zusammenarbeit

(1) Ärztinnen und Ärzte haben sich untereinander kollegial zu verhalten. Die Verpflichtung, in einem Gutachten, auch soweit es die Behandlungsweise einer anderen Ärztin oder eines anderen Arztes betrifft, nach bestem Wissen die ärztliche Überzeugung auszusprechen, bleibt unberührt. Unsachliche Kritik an der Behandlungsweise oder dem beruflichen Wissen einer Ärztin oder eines Arztes sowie herabsetzende Äußerungen sind berufswidrig.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 13

Die Krähen-Theorie in der Praxis

=

Der Richter in Weiß und der Drall

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 14

„Du kommst hier nicht vorbei“



RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 15

Kollegialität vor Objektivität 1

- Unterschlagung von fundierten Argumenten (Weglassen wichtiger Sachverhalte)
- keine Auseinandersetzung mit dem Privatgutachten
- sorgloser Umgang mit Daten und Zeitangaben
- verwertet nur den ärztlich behaupteten Sachverhalt und ignoriert den des Patienten
- einseitige Zitierung von Parteiaussagen
- wissenschaftlich substanzloses Blendwerk ersetzt konkretes Entlastungsmaterial für die beklagten Kollegen

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 16

Kollegialität vor Objektivität 2

- Verstoß gegen medizinisch-wissenschaftliche Erkenntnisse und medizinischen Konsens
- Keine Begründung einer Sondermeinung im Vergleich zur Lehrmeinung
- Mangel an einer korrekten, nachvollziehbaren Zitierung aus anerkannter Fachliteratur
- Versuch, den Patienten auf die „Psychoschiene“ zu schieben (Verstoß gegen die ärztliche Ethik und die Würde des Patienten)
- offensichtlich feindliche Haltung gegenüber dem Kläger (Patientenschmähschrift)

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 17

Kollegialität vor Objektivität 3

- krasser Widerspruch der im Gutachten vertretenen Meinung zu der Meinung, die der Gerichtsgutachter in seinen eigenen, für Kollegen bestimmten Veröffentlichungen vertritt.
- selbstherrliches Hinzufügen oder Weglassen bei der Wiedergabe ärztlicher Dokumente
- Verzerrung des Behandlungsablaufes durch zusammenfassende Darstellung
- Ignorierung von anerkannten medizinischen Grundregeln (Standards)

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 18

Kollegialität vor Objektivität 4

- Versuch, die Ungereimtheiten der ärztlichen Dokumentation zur Beurteilung an das Gericht zu delegieren
- offensichtliche medizinische Widersprüche
- selbstherrliche Erweiterung des vom Gericht begrenzten Fragenkataloges (Beweisbeschluss)
- Verweigerung, Beweisbeschlussfragen zu beantworten
- Verstoß gegen die Gesetze der Logik
- Verweigerung einer korrekten Literaturangabe
- Verstoß des Gutachters gegen die Auflage des Gerichtes, das Gutachten selbst zu erstellen

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 19

Trick 1

Vollkommenes Verschweigen wichtiger Sachverhalte

Fakten, die zu Ungunsten der beklagten Ärzte sprechen, werden einfach weggelassen. Diese Kunst des gezielten Weglassens ist in allen Vertuschungsgutachten zu finden.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 20

Trick 1 Beispiel 1

Gutachter:

„Der Patient litt an einer eitrigen Bauchfellentzündung.“

Die dokumentierten Adjektive „akut und diffus“ (=gesamte Bauchhöhle) verschweigt er.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 21

Eitrige Bauchfellentzündung



RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 22

Trick 1 Beispiel 2

Der Gutachter verschweigt die unterlassene Befunderhebung des CRP-Wertes.

In seinem Literaturverzeichnis wird dem CRP-Wert aber eine zentrale Bedeutung beigemessen.

Das CRP wurde in der Praxis der beklagten Ärzte überhaupt nicht veranlasst.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 23

Trick 1 Beispiel 3

Zum Beispiel heißt ein vom Gutachter **weggelassener Satz** aus dem OP-Bericht:

„Eröffnung des Abdomens (=Bauch). Es quillt sofort Eiter aus dem Abdomen.“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 24

Trick 1 Beispiel 4

Der Gutachter schreibt:

„Keine Stellung nehmen kann ich dazu, ob die am 18.01.2001 durchgeführte Ultraschalluntersuchung den gesamten Bauchraum erfasste [...]“

Die Frage wäre einfach zu klären, wenn der Gutachter die Prints (=Fotos der Sonografie) angefordert hätte. Schon wegen der Abrechnung sind die Prints Pflicht.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 25

Trick 2

Sachverhalte werden erwähnt, aber eine Beurteilung wird verweigert

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 26

Trick 2 Beispiel 1

Gutachter:

Am 23.01.2009 waren der Puls mit 108/Minute und der Blutdruck von RR 110/60 mm HG eindeutig erhöht.

Referenzbereich

Puls: 62 bis 70/Minute

Blutdruck: bis 130/75 mm HG

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 27

Trick 2 Beispiel 2

Gutachter:

„Histologie: Bauhin'sche Klappe, Mesenterium, Ascendens, terminales Ileum.“

Die Namen werden erwähnt, aber nicht erklärt und beurteilt.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 28

Trick 3

Keine Auseinandersetzung mit dem Privatgutachten

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 29

Trick 3 Beispiel 1

Gutachter:

„Die Privat-Gutachten berücksichtigen nur die Aussagen des Klägers.“

Unterstellung: „tendenziöses Parteigutachten“ sei nicht objektiv.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 30

Trick 3 Beispiel 2

Gutachter:

„Bei den Darstellungen der Partei-Gutachter handelt es sich um eine „Ex-post-Betrachtung“.“

Unterstellung: Die Privat-Gutachten stützen sich auf die Ergebnisse, die im Nachhinein festgestellt wurden, und die den Behandelnden in der Behandlungssituation nicht bekannt waren.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 31

Trick 4

Verwendung von Parteiaussagen

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 32

Trick 4 Beispiel 1

Gutachter:

„Der Begutachtung ist die Dokumentation zugrunde zu legen...“

In seinem Gutachten argumentiert er seitenweise mit ex-post Partei-Aussagen der Behandelnden.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 33

Trick 4 Beispiel 2

Gutachter:

„Da er sich auch an diesem Morgen zu keiner weiteren Untersuchung bereiterklärte und auch selbst mit 21 Jahren keine Notwendigkeit für weitere Untersuchungen sieht, wird die beschriebene Infusion ohne weiteren Arztkontakt durchgeführt.“

Nicht-Dokumentation des „Behandlungsabbruchs“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 34

Trick 5

Beschönigung und Verharmlosung von Behandlungsfehlern

Fakten, bei dem ein Verschweigen oder eine Nicht-Beurteilung unmöglich ist, werden knapp erwähnt, aber extrem verharmlosend und beschönigend zugunsten der beklagten Kollegen dargestellt.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 35

Trick 5 Beispiel 1

Gutachter:

„Vorwerfbar wäre unter Umständen eine unterlassene Vorstellung beim Chirurgen am 18.01. und am 23.01.2009.“

Korrekt: „Vorwerfbar ist eine unterlassene Vorstellung beim Chirurgen.“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 36

Trick 5 Beispiel 2

Gutachter:

„Eine Temperaturmessung hätte am 18.01.2009 durchgeführt werden können.“

Suggeriert wird: „können“ nicht „müssen“.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 37

Trick 5 Beispiel 3

Gutachter zu dem abendlichen Anruf des Patienten bei der behandelnden Ärztin Dr. Z.: „Als der Patient am 23.01.2009 um 21:30 Uhr bei Frau Dr. Z. angerufen hat, um ihr den selbst geäußerten Appendizitis-Verdacht mitzuteilen, **verhielt sich** Frau Dr. Z. auf ihre Vordiagnostik [=Gastroenteritis] **konsequent; ex post** und bei besonders fürsorglicher Haltung hätte sie besser **zur Vorstellung im Krankenhaus geraten.**“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 38

Grundsätze der Durchführung von Hausbesuchen

Mit Urteil vom 20.02.1979 – VI ZR 48/78 – hat der BGH zur Durchführung von Hausbesuchen folgende Grundsätze aufgestellt:

„Mit der Fallübernahme erweckt der Arzt bei dem Patienten in der Regel das Vertrauen, dieser werde ihm unter Einsatz seiner ärztlichen Kenntnisse und Fähigkeiten beistehen. **Der Kranke verlässt sich auf diese Obhut und wird nicht versuchen, anderweitig Hilfe zu erlangen.**“

(vgl. § 7 Absatz 4 MBO-Ä, Fernbehandlungsverbot)

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 39

Trick 6

Keine Hemmung vor der Propagierung medizinischer Torheiten

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 40

Trick 6 Beispiel 1

Gutachter:

„Die Symptome einer Gastroenteritis waren vorherrschend, so dass an eine Appendizitis nicht gedacht zu werden brauchte.“

Richtig: „Der Begriff der Differentialdiagnose allein bedeutet aber schon, dass gleiche oder weitgehend ähnliche Symptome vorhanden sind.“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 41

Widerspruch zur eigenen Veröffentlichung des Gutachters

Unter der Überschrift „Cave – Hüte dich vor“ schreibt er:

„Grundsätzlich gilt, dass kein negativer diagnostischer Parameter die akute Appendizitis ausschließen kann!“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 42

Trick 7

Keine Scheu vor der Übertretung der Gesetze der Logik, was wiederum zu medizinischen Widersprüchen führt.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 43

Trick 7 Beispiel 1

Auf Seite 4 schreibt der Gutachter: „... epigastrische Druckschmerzhaftigkeit **hätten zu beiden** Erkrankungen gepasst.“

(epigastrische Beschwerden = Beschwerden im Oberbauch)

Auf Seite 15 schreibt der Gutachter: „... **sind nur** Schmerzen im Oberbauch dokumentiert.“

falschen Schlussfolgerung: „Eine Appendizitisdiagnose konnte aufgrund der dokumentierten Befunde **nicht gestellt werden**, da sich die Symptomatik explizit auf den Oberbauch bezog.“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 44

Das Urteil zu Trick 7 Beispiel 1

Das Urteil:

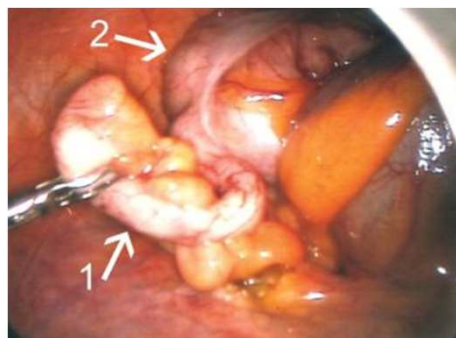
„Der Beklagte hat eine Sonografie des **Oberbauches** durchgeführt... Weiter bemängelt der Kläger, dass die vom Beklagten durchgeführte Sonografie nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Entsprechendes lässt sich aber schon gar nicht feststellen. Insbesondere gibt es hierfür **keinerlei Anhaltspunkte.**“

Der Blinddarm liegt im rechten Unterbauch!

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 45

Die 1 ist der Appendix



RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 46

Trick 7 Beispiel 2

Gutachter:

„Zudem wird ein praktischer Arzt – zu Recht – mit ins Kalkül ziehen müssen, wenn in der Gegend gerade ein grippaler Infekt mit gastroenteritischen Zeichen grassiert. Es war hier der Januar des Jahres 2009, so dass eine solche Annahme nicht ganz abwegig ist.“

Kritik: Schnellschussdiagnosen führen zur Unterlassung von Differentialdiagnostik

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 47

Trick 7 Beispiel 3

Tatsache:

„Zudem wird ein praktischer Arzt bei grassierender Gastroenteritis – zu Recht – die Tatsache mit ins Kalkül ziehen müssen, dass bei Durchfallepidemien (Bauchgrippe) perforierte Appendizitiden **dreimal so häufig auftreten** wie außerhalb solcher seuchenhafter Vorkommnisse.“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 48

Trick 8

Aushebelung der Beweislastumkehr durch Umwandlung von Todsünden zu kleinen Sünden.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 49

Trick 8

Beweislastumkehr

Nach der Rspr. des BGHs führt eine fehlerhafte Unterlassung der medizinisch gebotenen Befunderhebung zu einer Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden, wenn sich bei der gebotenen Befunderhebung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein reaktionspflichtiges positives Ergebnis gezeigt hätte und wenn sich die Nichtreaktion hierauf als grob fehlerhaft darstellen würde (vgl. BGH NJW 2004, 1871).

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 50

Trick 8 Beispiel 1

Gutachter:

„Am 18.01.2009 ist kein Tastbefund des Abdomens dokumentiert. Es ist aber bei der Durchführung einer Ultraschalluntersuchung notwendig, auch den Bauch abzutasten.“

Was nicht dokumentiert ist, gilt als nicht gemacht.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 51

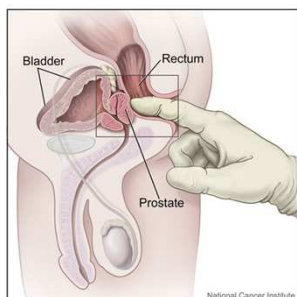
Trick 8 Beispiel 2

Gutachter: „Fehlend in der Diagnostik war die **rektale Untersuchung**. Hier muss allerdings festgehalten werden, dass die rektale Untersuchung bei der Appendizitisdiagnostik in jedem Lehrbuch als **conditio sine qua non** vermerkt ist, so dass diese Untersuchung aber weder in der Praxis noch im Krankenhaus bei der Appendizitis-Diagnostik sehr häufig durchgeführt wird. **Unangenehm für den Patienten, umständlich für den Arzt, so die Realität.**“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 52

Rektaluntersuchung



RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 53

Trick 8 Beispiel 3

Gutachter:

„Der Patient erhielt das leichte Schmerzmittel Novalgine.“

Kritik: Kontraindikation, da Maskierung der Schmerzen durch das stärkste nicht opioide Schmerzmittel

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 54

Trick 9

Eine dokumentierte Befunderhebung gilt automatisch als sorgfältig, korrekt und fehlerfrei durchgeführt.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 55

Trick 9 Beispiele für Falsch-Negativ

Ein Arzt tastet bei Bauchbeschwerden und Schmerzen das Abdomen nur oberflächlich ab und übersieht somit einen wichtigen Befund.

Der Behandelnde fügt unrichtige Angaben in die Dokumentation ein, so entsteht eine Fälschung.

Die Beurteilung einer Sonografie überfordert den Arzt in seiner Erfahrung und seinem Können.

Ein Sonografiegerät, Röntgengerät usw. ist untauglich, weil es veraltet, nicht gewartet oder sonst defekt ist.

Ein Arzt kommt zu einer Fehlbeurteilung, weil er seiner Fortbildungspflicht nicht nachkommt.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 56

Trick 9 weitere Beispiele

Gutachter zitiert aus den Behandlungsunterlagen:

„Für den Bauchbefund ist festgehalten, dass der Bauch **weich gewesen sei**, ohne Druckschmerz, mit verstärkter Peristaltik, ohne Abwehrspannung. Diese Dokumentation braucht an eine Blinddarmentzündung nicht denken zu lassen. Für diesen Tag ist damit klar, dass eine Gastroenteritis diagnostiziert werden durfte.“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 57

Trick 10

Die Flucht in einen „Blackout“.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 58

Trick 10 Beispiel 1

Gutachter:

„Die bei einer Blinddarmentzündung vorhandenen und vorwiegend zur Diagnose „Appendizitis“ führenden Symptome und Befunde **fehlten anfänglich (16.01.2009, 17.01.2009) gänzlich.**“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 59

Trick 11

Der gerichtliche Sachverständige „überweist“ die Klärung eines Sachverhaltes aus seinem Zuständigkeitsbereich an das Gericht.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 60

Trick 11 Beispiel 1

Gutachter:

„Es ist selbstverständlich möglich, dass Teile der Eintragungen durch die Praxishilfe vorgenommen wurden und der Arzt die jeweilige Eintragung korrigiert bzw. geändert hat. [...] Die Zuordnung der Kugelschreiberfarbe und der auch innerhalb einer Farbe wechselnden Handschrift ist dem Gutachter nicht möglich.“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 61

Trick 11 Beispiel 2

Gutachter:

„Die vorgelegte Dokumentation ist nicht konsistent.“

Kritik: Der Gutachter zeigt Widersprüche nicht als Mangel auf.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 62

Trick 12

Ein einziger Satz zu einer alles entscheidenden Thematik.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 63

Trick 12 Beispiel 1

Gutachter:

„Retrospektiv ist schwer festzustellen, wann die Perforation aufgetreten ist.“

Kritik: Warum der Perforationszeitpunkt schwer festzustellen ist, lässt der gerichtliche Sachverständige gänzlich offen.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 64

Trick 12 Beispiel 2

Privatgutachter des Behandelnden:

„Die angeführten Dauerschäden, Malassimilationsstörungen, psychische Probleme und berufliche Problematik sind maßlos übertrieben und müssen daher einer pathologischen Interaktion und einer entsprechenden Anspruchshaltung zugesprochen werden.“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 65

Die Pflichten des gerichtlichen Sachverständigen 1

- **Fachkompetenz**

Der medizinische Sachverständige muss Experte auf seinem Gebiet sein. Auch muss er vom Gericht aus dem gleichen Fachgebiet ausgewählt werden, das der beklagte Arzt ausübt.

- **Absolute Neutralität**

Keine Partei darf bevorzugt oder benachteiligt werden. Oberstes Gebot ist die Gleichbehandlung beider Parteien.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 66

Die Pflichten des gerichtlichen Sachverständigen 2

Eine **Sondermeinung** muss im Vergleich zur Lehrmeinung begründet werden.

Ausflüge in **Rechtsfragen und Rechtsbegriffe** sind ihm **nicht erlaubt** (keine rechtliche Bewertungen).

Sein Gutachten muss auch für den medizinischen Laien gut verständlich sein (**kein Fach-Chinesisch**).

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 67

Pauschale Äußerungen nicht zulässig

Konkrete Zitate und Belege statt pauschalen Äußerungen.

Nicht zulässig sind pauschale Äußerungen:

- „in der Praxis nicht gebräuchlich“
- „unseres Dafürhaltens“
- „nach Meinung des Gutachters“
- „unserer Erfahrung nach“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 68

Die Pflichten des gerichtlichen Sachverständigen 3

Evidenzbasierte Medizin (EBM) ist eine Medizin, die sich nicht auf Intuition und individuelle Erfahrungen (z.B. „immer so gemacht“) eines einzelnen Arztes, egal welche Stellung dieser Arzt in der Hierarchie der Ärzteschaft hat, oder auf veraltete Lehrbücher beruft.

Die Evidenzbasierte Medizin erfordert, dass sich die ärztlichen Entscheidungen auf wissenschaftliche und **objektive Belege** berufen.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 69

AWMF 1

Empfehlungen zur Abfassung von Gutachten in Arzthaftungsprozessen:

„Ich bin zur Übernahme des Auftrages bereit, halte mich auch für unbefangen, mache aber vorsorglich darauf aufmerksam, dass (z.B.)...“

Nach dieser Anzeige kann der SV abwarten, ob hierauf erfolgreich ein Ablehnungsantrag gestützt wird oder ob das Gericht ihm von Amts wegen entzieht.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 70

AWMF 2

Empfehlungen zur Abfassung von Gutachten in Arzthaftungsprozessen:

Beispiele für Befangenheitsgründe:

- ..., dass der Kläger früher in meiner Behandlung war.
- ..., dass ich für den Beklagten mehrfach Privatgutachten erstattet habe.
- ..., dass ich mit dem Beklagten bei der gemeinsamen Herausgabe von Fachliteratur zusammen arbeite.
- ..., dass im Studium/in der Weiterbildung zum Beklagten ein Lehrer-Schüler-Verhältnis bestanden hat.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 71

AWMF 3

Empfehlungen zur Abfassung von Gutachten in Arzthaftungsprozessen:

Beispiele für Befangenheitsgründe:

- ..., dass der Beklagte bei mir einen Fortbildungskurs besucht.
- ..., dass der Beklagte regelmäßiger „Zulieferer“ meiner Klinik ist.
- ..., dass ich mich mit dem Beklagten seit meiner Weiterbildungszeit duze.
- ..., dass ich selbst zurzeit in einen Haftungsprozess verstrickt bin.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 72

AWMF 4

- Der SV darf nicht zur **Verletzung der Aufklärungspflicht** Stellung nehmen (lediglich zum Umfang der Aufklärung).
- Der SV muss seine **Erkenntnisquellen benennen**. Er muss die Quelle in seinem Gutachten bezeichnen.
- Der SV muss den Richter fragen, welche Tatsachen er dem Gutachten zugrunde legen soll (§ 404a ZPO). Wenn diese Vorklärung nicht stattgefunden hat, ist im Gutachten mit **Alternativ-Aussagen** zu arbeiten.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 73

AWMF 5

Der SV hat nicht vom Standard im Zeitpunkt der Begutachtung, sondern vom **Zeitpunkt der zu beurteilenden Behandlung** auszugehen. Dabei ist häufig auf ältere Literatur Bezug zu nehmen.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 74

AWMF 6

www.awmf.org

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 75

AWMF 7

Typischer Fehler am Ende des Gutachtens – Widerspruch:

Die Behandlung wird **zunächst als gewagt** oder schwer verständlich in der Zusammenfassung dann aber doch **als vertretbar** bezeichnet.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 76

AWMF 8

AWMF:

Das Gutachten schließt mit der Unterschrift der zum SV ernannten Person (Ausnahme: Kollegialgutachten).

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 77

Gutachterwechsel?

„Das Gutachten lässt nicht erkennen, in welchem Umfang der beauftragte SV tätig wurde und in welchem Umfang die Hilfskraft. Wir gehen davon aus, dass keine Zeile des Gutachtens vom beauftragten SV stammt. Er mag es am Ende allenfalls flüchtig überflogen haben. Nach Erfahrungen des Unterzeichners werden derartige Gutachten lediglich pro forma mit unterzeichnet. Wir lehnen eine Verwertung des Gutachtens ab. Es wird darauf hingewiesen, dass der gerichtliche SV nach einem anderen Satz abrechnet als die Hilfskraft.“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 78

„Verwendung anderer Gutachten“

In einem eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisenden Beschluss **billigte der BGH** jedoch die stillschweigende Bestellung eines als **Hilfsperson** hinzugezogenen Oberarztes des gerichtlichen SV **als weiteren Gutachter**.

(BGH, VersR 2009, 130)

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 79

Materiellrechtliche Vorgaben

§§ 402 bis 414 ZPO

Die Instanzgerichte beachten nicht immer, dass eine **Mitursächlichkeit** des Behandlungsfehlers für den Schaden ausreicht. Auf eine Alleinursächlichkeit kommt es nicht an.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 80

Vorgaben an den gerichtlichen SV in der Beweisführung

Haftungsbegründende Kausalität

(Handlung -> Rechtsgutsverletzung/Körperverletzung)
= Strengbeweis/**Vollbeweis** nach **§ 286 ZPO**, ca. 100%. „Brauchbarer Grad an Gewissheit, der etwaigen Zweifeln Schweigen gebietet.“

Haftungsausfüllende Kausalität

(Rechtsgutsverletzung/Körperverletzung -> Schaden/Behandlungskosten/Wert)
= **Freibeweis** nach **§ 287 ZPO**, mind. 51%. „Überwiegende Wahrscheinlichkeit.“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 81

§ 404a ZPO - Leitung der Tätigkeit des Sachverständigen Teil 1

- (1) Das Gericht hat die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten und kann ihm für Art und Umfang seiner Tätigkeit Weisungen erteilen.
- (2) Soweit es die Besonderheit des Falles erfordert, soll das Gericht den Sachverständigen vor Abfassung der Beweisfrage hören, ihn in seine Aufgabe einweisen und ihm auf Verlangen den Auftrag erläutern.
- (3) Bei streitigem Sachverhalt bestimmt das Gericht, welche Tatsachen der Sachverständige der Begutachtung zugrunde legen soll.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 82

§ 404a ZPO – Leitung der Tätigkeit des Sachverständigen Teil 2

- (4) Soweit es erforderlich ist, bestimmt das Gericht, in welchem Umfang der Sachverständige zur Aufklärung der Beweisfrage befugt ist, inwieweit er mit den Parteien in Verbindung treten darf und wann er ihnen die Teilnahme an seinen Ermittlungen zu gestatten hat.
- (5) Weisungen an den Sachverständigen sind den Parteien mitzuteilen. Findet ein besonderer Termin zur Einweisung des Sachverständigen statt, so ist den Parteien die Teilnahme zu gestatten.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 83

Ergänzungsgutachten

§ 412 ZPO - Neues Gutachten

- (1) Das Gericht kann eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige anordnen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet.
- (2) Das Gericht kann die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 84

Anhörung des Sachverständigen

Hat die mündliche Anhörung neue Gesichtspunkte ergeben, ist den Parteien **ausreichend Zeit zur Stellungnahme** zu geben.

(BGH, NJW 1984, 1823; BGH, NJW 2009, 2604)

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 85

Das Berufungsgericht muss den Sachverständigen anhören, wenn...

- das Erstgericht dem Anhörungsantrag nicht entsprach (BGH, NJW 1996, 788).
- es seine Ausführungen anders als die Vorinstanz würdigen will (BGH, NJW 1993, 2380).
- neue und ernstzunehmende Bedenken gegen das Gutachten erhoben werden (Müller, MedR 2001, 493).

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 86

Richterliche Aufklärung von Widersprüchen

Hat der Sachverständige **mehrere (Ergänzungs-) Gutachten** erstattet, wurde zudem gegebenenfalls zusätzlich **angehört**, darf das Gericht **nicht** seinen zuletzt geäußerten Auffassungen folgen, ohne ihm eventuelle Widersprüche zu frühen Aussagen vorzuhalten und **diese aufzuklären**.

(BGH, NJW 1999, 3408; BGH VersR 2001, 859).

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 87

Richterliche Auseinandersetzung mit Privatgutachten 1

Ebenso sind Widersprüche zwischen mehreren Sachverständigen, seien es gerichtlich bestellte Gutachter oder von einer Partei vorgelegte Privatgutachten, aufzuklären.

(BGH, NJW 1994, 2419; 1996, 1597; BGH, VersR 2009, 499).

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 88

Kampf der Weisen



RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 89

Richterliche Auseinandersetzung mit Privatgutachten 2

Die mündliche Anhörung des Privat-Gutachters ist weder von Amts wegen noch auf Antrag geboten.

(BGH, NJW 1993, 2989)

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 90

Auseinandersetzung mit Privatgutachten

Problem:

Fragerecht

Das Gericht verbietet, dass ein Privatgutachter einem gerichtlichen SV, also ein Mediziner einem Mediziner, Fragen stellt. Es besteht darauf, dass ein Nicht-Fachmann (Rechtsanwalt des Klägers) einem Fachmann (dem gerichtlichen SV) Fragen stellt.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 91

Fragerecht

„Ich bitte, mir kurz zu bestätigen, dass ich das Fragerecht des Klägers an den gerichtlichen Sachverständigen an den mitgebrachten Privat-Gutachter delegieren kann, um ggf. einen weiteren Erläuterungstermin zu ersparen. Nach unserer Auffassung geht es um komplexe und schwierige Fragen, die eine fachspezifische Diskussion erforderlich machen. Wir werden noch einen Chirurgen, Herrn Dr. X. aus L., mit zum Termin bringen, um speziell chirurgische Fachfragen erörtern zu können.“

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 92

Typische Berufungsgründe 1

1.

Der gerichtlich bestellte Sachverständige hat grundsätzlich dem medizinischen **Fachgebiet des beklagten Arztes anzugehören**, so dass die Auswahl des Sachverständigen in der 1. Instanz fehlerhaft und ein nicht verzichtbarer Verfahrensmangel war.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 93

Typische Berufungsgründe 2

2. Mangelhafte Aufklärung des Sachverhaltes: Die 1. Instanz hat entscheidungsrelevante **Anknüpfungstatsachen nicht selbst ermittelt**, sondern die Beurteilung des streitigen Vortrags der Parteien ohne weitere Klärung dem SV überlassen (Anknüpfungstatsachen sind die Tatsachen, auf denen das Gutachten aufbaut). Damit hat das Landgericht X die Ermittlung der Anknüpfungstatsachen unzulässiger Weise dem SV überlassen und dessen Wertung zur Grundlage seines Urteils gemacht. Ein Beweis und nicht eine Behauptung ist das Grundelement eines gerechten Urteils.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 94

Typische Berufungsgründe 3

3. Keine Auseinandersetzung mit dem von der Klägerpartei vorgelegten **Privatgutachten**.

4. Inhaltliche Widersprüchlichkeit der Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen (ohne Einholung eines **Obergutachtens**).

5. Außerachtlassung der BGH-Rechtsprechung zu unterlassener Befunderhebung

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 95

Typische Berufungsgründe 4

6.

Als **neues Angriffsmittel** wird ein **neues Privatgutachten** des Facharztes X. vorgelegt. Inzwischen hatte die Klägerpartei ein neues Privatgutachten bei Facharzt X. in Auftrag gegeben. Beantragt wird jetzt, dass sich der Gerichtssachverständige auch mit diesem neu erstellten Privat-Gutachten auseinanderzusetzen hat.

RA Volker Loeschner – Die Krähen-Theorie und Gutachten

Seite 96

Tatbestandsberichtigungsantrag

Urteilsergänzung binnen zwei Wochen verlangen:

Beispiel:

1. Der Tatbestand des Urteils vom ... ist gem. § 320 ZPO dahingehend zu berichtigen, dass die Beklagte ... in der mündlichen Verhandlung auch beantragt hat... 2. Nach Berichtigung des Tatbestandes ist das Urteil gem. § 321 ZPO dahingehend zu ergänzen... 3. Bis zur Entscheidung des Gerichts über den vorstehenden Antrag zu 2 ist die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des... vom... einstweilen einzustellen.

Fazit und Ausblick 1

Spannende Regelungsmaterien:

- Fragerecht des Privatgutachters
- zwingende Befangenheitsgründe
- Gericht soll SV auf seine Pflichten hinweisen und Sanktionen erläutern
- verpflichtende Stellungnahme des SV zur Neutralität vor Auftragserteilung
- begründetes Recht auf schriftliches Ergänzungsgutachten
- Recht auf Stellungnahme vor Beweisbeschluss des Gerichts

Fazit und Ausblick 2

Spannende Regelungsmaterien:

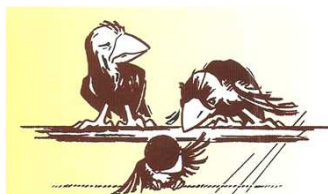
- Recht auf Erstellung eines schriftlichen Erstgutachtens
- Verbot der mündlichen Verhandlung von PKH ohne Rechtsbeistand (§ 118 ZPO)
- zwingende Stellungsfrist nach mündlicher Anhörung des gerichtlichen SV
- Verpflichtung zum Obergutachten bei Widersprüchen der Gutachter
- Recht auf Übersendung der Akten und Behandlungsunterlagen
- Pflicht zur Offenlegung gerichtlicher SV-Listen

Fazit und Ausblick 3

Spannende Regelungsmaterien:

- effektive Beschleunigung des Verfahrens (langes Warten auf SV-Gutachten und gerichtliche Verfahrenshandlungen; zu kurze Fristen für den Patienten z.B. zur Einholung eines Privat-Gutachtens)
- Maßnahmen gegen zu häufigen Richterwechsel und daraus resultierende Prozessverzögerungen
- Qualitätskontrollen für gerichtliche SV (einheitliche Standards für Gutachter, institutionalisierte Gutachtenüberprüfung)
- Dialog zwischen Richtern und Rechtsanwälten und gerichtlichen SV

Die Krähen



Die Krähe

Die Krähe singt so lieblich wie die Lerche,
wenn man auf keine lauschet,
und mir deucht, die Nachtigall,
wenn sie bei Tage sänge,
wo alle Gänse schnattern,
hielt man sie für keinen besseren Spielmann
als den Spatz. (Porzia)

[William Shakespeare - Der Kaufmann von Venedig]

**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit.**



www.Zahn-Medizinrecht.de