

Autor: Irem Scholz, Montabaur
Seite: 0625 bis 0641
Rubrik: Aufsätze
Gattung: Zeitschrift

Jahrgang: 67
Nummer: 10
Auflage: 5.000 (gedruckt)
Reichweite: 0,01 (in Mio.)

Unter die Lupe genommen - der Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsprozess

I. Einleitung

Nach Angaben des Bundesjustizministeriums werden jährlich ca. 400 000 Gerichtsgutachten erstellt, davon entfallen 30 000 auf die Zivil-, Arbeits-, Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 270 000 auf Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie 95 000 Gutachten auf die Sozialgerichtsverfahren^{<1>}. Wie viele Gutachten auf den Bereich des Arzthaftungsrechts entfallen, ist nicht untersucht worden.

Im Arzthaftungsprozess hat das Gericht die Frage zu klären, ob bei der Behandlung des Patienten Fehler gemacht wurden. Ohne ein medizinisches Sachverständigengutachten ist dies kaum möglich.

Dem gerichtlich bestellten Sachverständigen kommt damit eine zentrale Rolle im Arzthaftungsprozess zu, die letztendlich den Ausgang des Prozesses wesentlich entscheidet. Es stellt sich daher die Frage: Ist der Gerichtssachverständige ein "Gehilfe"^{<2>} des Gerichts oder doch eher ein "Richter in Weiß"^{<3>}?

Es gibt Untersuchungen, nach denen Richter sich in bis zu 90-97 % der Fälle dem Standpunkt des Gerichtssachverständigen anschlossen^{<4>}. Der Gerichtssachverständige hat damit die Macht, über den Ausgang des Verfahrens zu bestimmen; man könnte sagen, der Arzthaftungsprozess steht und fällt mit dem Gerichtssachverständigen und seinen Feststellungen. Hat er das Gericht falsch beraten, fällt das Urteil entsprechend aus.

Sicherlich gibt es auch Gerichtssachverständige, die ihre Einflussmöglichkeit auf das Verfahren bewusst ausnutzen - jedoch gebietet es allein die Fairness, dabei die Rolle der Richter nicht

zu vergessen.

- VersR 2016, 0626 -

Problematisch wird die Tätigkeit des Gerichtssachverständigen dann, wenn Gerichte ihn schalten und walten lassen wie er will, die sachverständigen Äußerungen unbegrenzt und unkritisch übernehmen und dabei Einwände ausblenden. Dies wird begünstigt durch die fehlende Spezialisierung und Fortbildungspflicht der Richter, das Abtreten der Verantwortung an den Sachverständigen und die Überlastung der Gerichte. Die Gerichte stehen im Spannungsfeld zwischen der nahezu regelmäßig fehlenden medizinischen Sachkunde und der daraus erwachsenden Notwendigkeit, sich sachverständiger Hilfe zu bedienen sowie der Aufgabe, die sachverständige Begutachtung trotz fehlender Sachkunde kritisch zu hinterfragen und zu überprüfen.

In einem Interview beschrieb der ehemalige Vorsitzende Richter am LG Frankfurt/M. Prof. Dr. Ulrich Baltzer die Aufgabe des Gerichts wie folgt:

"Dann muss er [der Richter] so lange fragen, bis er es versteht. Das gehört zur Verantwortung eines Richters, und dieser Verantwortung muss er gerecht werden. Er darf sich nicht allein auf den Sachverständigen verlassen. Er muss den Fall nüchtern analysieren und das geht mit kritischem Menschenverstand und einem intensiven Einarbeiten in die Grundlagen der forensischen Psychiatrie und Psychologie oder auch der Rechtsmedizin ganz gut. Ein guter Richter wird immer prüfen, ob das Gutachten überzeugend ist. Ob der Sachverständige ein erfahrener Fachmann für den jeweiligen Fall ist. Ob die

Schlussfolgerungen nachvollziehbar sind und sorgfältig hergeleitet."^{<5>}

In einem Artikel in der "Welt"^{<6>}äußerten sich zwei Richter zur Rolle des Sachverständigen im Prozess wie folgt: "Ein Gutachter als Gerichtshelfer hat eine ganz schöne Machtposition. Es ist einfach für einen Richter, sich dem anzuschließen, und schwierig, dem zu widerstehen". Und ein Richter, der nicht namentlich genannt werden will, ergänzt: "Natürlich haben Sachverständige eine immense Machtposition. Gern verstecken sich Richter hinter Gutachtern". Letztlich entscheidet das Gericht, wie viel Freiraum es dem Gerichtssachverständigen gewährt - den Parteivertretern obliegt es, auf die Einhaltung der Grenzen zu achten und im Bedarfsfall einzugreifen. Die Rollenverteilung zwischen Gericht und Gerichtssachverständigem sollte eigentlich inzwischen geklärt sein, wenngleich die zahlreichen obergerichtlichen Entscheidungen ein anderes Bild zeichnen.

Die öffentliche Diskussion^{<7>} um die Neutralität und Unabhängigkeit von Sachverständigen sowie die Qualität von Gutachten hat die Bundesregierung veranlasst, tätig zu werden^{<8>}. Im Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode nahm sie sich des Themas bereits an^{<9>}. Nun liegt seit Mai 2015 ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz und seit dem 9. 12. 2015 der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Sachverständigenrechts vor^{<10>}. Der Sachverständigenbeweis, der in den §§ 402-414 ZPO geregelt ist, soll im Hinblick auf die §§ 404, 407 a, 411 ZPO eine Ergänzung erfahren. Der Gesetzgeber verfolgt das Ziel, den Zivilprozess bürgernah und

effizient zu gestalten und die Neutralität der Gerichtssachverständigen zu gewährleisten^{<11>}. Die geplanten Inhalte sind nicht wirklich alle neu, manches wird bereits gelebt, ohne kodifiziert worden zu sein, anderes ist geregelt, wird aber nicht konsequent verwendet, sodass diese Normen verschärft werden. Ein Grund ist sicherlich, dass bereits bestehende Möglichkeiten seitens der Gerichte und der Verfahrensbeteiligten nicht ausgeschöpft werden.

Die durch Sachverständigen Gutachten verursachte Überlänge Verfahrensdauer^{<12>} ist ebenfalls in den Blickpunkt des Gesetzgebers gerückt, mit dem Ziel, diese durch Prüfungs- und Mitteilungspflichten des Sachverständigen und stärkere Verfahrensförderung und Kontrolle durch die Gerichte (wie obligatorische Fristsetzung, Androhung bzw. Anordnung von Ordnungsgeld) zu verkürzen^{<13>}.

Im Rahmen einer Untersuchung wurde festgestellt, dass es bei drei Vierteln der Begutachtungen zu Fristüberschreitungen kam, und nur in der Hälfte der untersuchten Verfahren eine Reaktion des Gerichts erfolgte, wobei diese ganz überwiegend nur in einer Sachstandsfrage bestand. Von der - bereits heute bestehenden - Möglichkeit der Festsetzung eines Ordnungsgeldes wurde kaum Gebrauch gemacht^{<14>}. Neu wird sein, dass bei Fristversäumnis grundsätzlich ein Ordnungsgeld angeordnet wird, eine Ausnahme ist nur vorgesehen, wenn das Fristversäumnis nicht vom Gerichtssachverständigen verschuldet wurde^{<15>}.

Eine Spezialisierung der Spruchkörper bei den LG, wie sie im Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode noch vorgesehen war^{<16>}, fordern Patienten wie auch Arztseite seit Langem. Allerdings findet sich hierzu nichts im Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 29. 5. 2015 bzw. im Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 9. 12. 2015.

- VersR 2016, 0627 -

Der Gesetzesentwurf sieht u. a. vor, den Parteien vor der Bestellung des Sachverständigen ein *obligatorisches* Anhörungsrecht einzurichten und sie in die Sachverständigenauswahl einzubeziehen^{<17>}. Dem Sachverständigen wird zudem künftig die Pflicht auferlegt (§ 407 a ZPO-Entwurf [im Folgenden:

ZPO-E]), Interessenkonflikte sowie weitere Gründe, die Misstrauen in seine Unparteilichkeit rechtfertigen könnten, selbst anzuzeigen^{<18>}. Dies wird ausdrücklich begrüßt.

Um das anvisierte Ziel zu erreichen, objektive und qualifizierte Gutachten im Arzthaftungsprozess zum Standard zu erheben, sind nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch Gerichte und Sachverständige in der Pflicht.

Mit diesem Beitrag möchten die Autorinnen eine Antwort auf die Frage geben, welche Rolle der Gerichtssachverständige im Arzthaftungsprozess spielt und welche Aufgabe dem Gericht dabei zukommt.

II. Bedeutung des Gerichtssachverständigen im Arzthaftungsprozess und die Rolle des Tatrichters

1. Facharztstandard (§ 630 a Abs. 2 BGB)

"Eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus!", solches oder so ähnliches hört der Patientenanwalt häufig, wenn er einem klagenden Patienten erklärt, das Gericht werde einen Sachverständigen beauftragen, um zu klären, ob gegen den zum Zeitpunkt der medizinischen Behandlung geltenden *Facharztstandard* verstoßen wurde (vgl. § 630 a Abs. 2 BGB), ob also ein Behandlungsfehler vorliegt. Der Standard wird wie folgt definiert (Hervorhebung durch die Verfasserin):

"Der Standard gibt Auskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt in der konkreten Behandlungssituation aus der berufsfachlichen Sicht seines Fachbereichs zum Zeitpunkt der Behandlung vorausgesetzt und erwartet werden kann. Er repräsentiert den jeweiligen Stand der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrung, der zum Erreichen des ärztlichen Behandlungsziels erforderlich ist und sich in der Erprobung bewährt hat. Die Frage, welche Maßnahmen der Arzt aus der berufsfachlichen Sicht eines Fachbereichs unter Berücksichtigung der in seinem Fachbereich vorausgesetzten Kenntnisse und Fähigkeiten in der jeweiligen Behandlungssituation ergreifen muss, richtet sich in erster Linie nach medizinischen Maßstäben, die der Tatrichter mithilfe eines Sachverständigen zu ermitteln hat. Er darf den medizinischen Standard nicht ohne eine entsprechende Grundlage in einem Sachverständigen Gutachten oder gar entgegen

den Ausführungen des Sachverständigen aus eigener Beurteilung heraus festlegen"^{<19>}

Ein strengerer Maßstab wird angesetzt, wenn "der Arzt über den zu fordernden Standard hinaus über medizinische Spezialkenntnisse" verfügt^{<20>}. Diese hat er zugunsten seines Patienten einzusetzen. Er kann sich damit nicht auf den üblichen Facharztstandard berufen.

Bei der Frage nach dem zugrunde zu legenden Facharztstandard handelt es sich um die *zentrale Frage des Arzthaftungsprozesses*. Eine Haftung kommt in Betracht, wenn die ärztliche Behandlung *hinter dem Standard zurückbleibt*.

2. Zivilprozessuale Besonderheiten im Arzthaftungsrecht

a) Reduzierte Darlegungs- und Substanziierungspflicht des Patienten

Für die Behauptung einer fehlerhaften medizinischen Behandlung ist - wie im Zivilprozess üblich - der Kl. darlegungs- und beweisbelastet. Im Arzthaftungsprozess gibt es eine Besonderheit: Dem klagenden Patienten obliegt lediglich eine *reduzierte Darlegungs- und Substanziierungspflicht*, d. h. es dürfen nur maßvolle Anforderungen an ihn gestellt werden, da ihm regelmäßig die nötige medizinische Sachkunde zur Erfassung und Darstellung des medizinischen Sachverhalts sowie Fehlervorwurfs nicht abverlangt werden darf^{<21>}.

b) Erhöhte Anforderungen des Gerichts

Spiegelbildlich dazu sind die Pflichten des Gerichts im Arzthaftungsprozess jedoch im Vergleich zum übrigen Zivilprozess deutlich erhöht; es ist *von Amts wegen* verpflichtet, den medizinischen Sachverhalt umfassend aufzuklären^{<22>}.

Wenngleich die Ermittlung des Sachverhalts und damit des Facharztstandards allein dem Gericht obliegt, so darf es diese Feststellungen nicht ohne eine medizinisch-sachverständige Beratung treffen, weder für die Frage des Behandlungsfehlers^{<23>} noch für die der Aufklärungspflichtverletzung^{<24>}. Der BGH hat unmissverständlich klargestellt, dass vom erkennenden Gericht eine entsprechende medizinische Sachkunde nicht erwartet werden kann, sodass die *Einholung eines medizinischen Sachverständigen Gutachtens im Arzthaftungsprozess grundsätzlich zwingend* ist^{<25>}.

c) Sachverständigen Gutachten grund-

sätzlich zwingend

Ein Arzthaftungsprozess ist ohne ein medizinisches Gutachten nahezu undenkbar. Der in der Medienlandschaft oftmals bemühte Fall der Verwechslung des zu amputierenden Beins des Patienten kommt im Alltag des Arzthaftungsrechtlers kaum vor. In einem solchen Fall könnte man unter Umständen hinsichtlich der Frage, ob denn in der Verwechslung ein Verstoß gegen den Facharztstandard zu sehen ist, auf einen Sachverständigen verzichten.

Liegt kein so offensichtlicher Fall zur Entscheidung vor, muss sich das Gericht mit der Frage befassen, ob ein Behandlungsfehler vorliegt, der für den Primärschaden des Patienten im Sinne einer "Belastung [der] gesundheitlichen Befindlichkeit" <26> ursächlich geworden ist (haftungsbegründende Kausalität). Es gilt das strenge Beweismaß des § 286 ZPO.

Dieses gilt auch für den Aufklärungsfehler mit dem Unterschied, dass die Beweislast für das Führen des Gesprächs und dessen Inhalt beim Arzt liegt.

Der Kausalitätsbegriff der Juristen unterscheidet sich grundlegend von dem der Mediziner - eine häufige Fehlerquelle in Gutachten.

Während der Mediziner einen naturwissenschaftlichen oder gar mathematischen Nachweis zu erbringen versucht und eine

- VersR 2016, 0628 -

"absolute oder unumstößliche Gewißheit und an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" <27> für erforderlich erachtet, "begnügt" sich der Jurist für den Strengbeweis nach § 286 ZPO mit einem "für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen" <28>.

Doch nicht nur die Primärschädigung steht im Fokus des Arzthaftungsprozesses. Ein medizinisches Gutachten ist nicht selten erforderlich, um die Ursächlichkeit des schädigenden Ereignisses für alle weiteren (Folge-)Schäden aufzuklären (haftungsausfüllende Kausalität) <29>. Bei dieser zweiten Kausalitätsprüfung werden an die Überzeugungsbildung des Tatrichters geringere Anforderungen gestellt; hier genügt, je nach Lage des Einzelfalls, eine höhere oder deutlich höhere Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung (§ 287 ZPO) <30>.

Der Frage der Kausalität ist besondere Aufmerksamkeit zu widmen, wenn der Patient vorgeschädigt ist. Nicht selten wird im Prozess übersehen, dass es für die Haftung des Behandlers genügt, wenn der Gesundheitsschaden durch den Fehler *mitverursacht* wurde:

"Nach allgemeinem Schadensrecht steht nämlich eine Mitursächlichkeit, und sei es auch nur im Sinne eines Auslösers neben erheblichen anderen Umständen, der Alleinursächlichkeit grundsätzlich haftungsrechtlich in vollem Umfang gleich." <31>

d) Objektiver Sorgfaltsmaßstab vs. "subjektiver" Sorgfaltsmaßstab

Eine häufige Fehlerquelle in Gerichtsgutachten ist, dass der Sachverständige zwischen objektivem und subjektivem Sorgfaltsmaßstab nicht zu unterscheiden weiß. Leider kommt es nicht selten vor, dass sich deshalb ein "individueller" Sorgfaltsmaßstab mithilfe des Gutachtens einen Weg in den Arzthaftungsprozess bahnt. Dies geschieht zuweilen so subtil, dass es zunächst unbemerkt bleibt.

Der BGH stellt klar, dass auch im Arzthaftungsrecht nur der *objektivierte* zivilrechtliche *Fahrlässigkeitsbegriff* i. S. d. § 276 Abs. 1 S. 2 BGB gilt (Hervorhebung durch die Verfasserin):

"Angesichts des auch im Arzthaftungsrecht maßgeblichen objektivierten zivilrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffs i. S. d. § 276 Abs. 1 S. 2 BGB hat der behandelnde Arzt jedoch grundsätzlich für sein dem medizinischen Standard zuwiderlaufendes Vorgehen auch dann haftungsrechtlich einzustehen, wenn dieses aus seiner persönlichen Lage heraus subjektiv als entschuldigbar erscheinen mag, etwa weil er sich im gegebenen Behandlungsgeschehen als überfordert erwies und daher mit medizinisch falschen Mitteln helfen wollte" <32>. Auf die subjektiven Fähigkeiten des behandelnden Arztes kommt es insoweit nicht an." <33>

Dies bedeutet, dass selbst wenn der Fehler *menschlich* gesehen *verständlich* erscheint, weil er beispielsweise darauf zurückzuführen ist, dass der Operateur mit dem OP-Instrumentarium noch nicht gänzlich vertraut ist <34> oder am besagten Tag hinter seinen sonst vorhandenen fachärztlichen Möglichkeiten zurückbleibt, sei es wegen eines "Formtiefs" oder krankheitsbedingt, ein Abweichen vom Facharztstandard und damit ein Behandlungsfehler vorliegt. Es darf also "*verständlich*" nicht mit "*verzeihlich*" verwechselt werden.

Doch nur die objektive Sichtweise ist interessengerecht und gewährleistet einen einheitlichen Behandlungs- und Bewertungsmaßstab. Nur hierdurch weiß der Patient, was er von der ärztlichen Leistung erwarten darf und der Arzt, was er (mindestens) leisten und woran er sich messen lassen muss.

Das Wissen um die Bedeutung dieser beiden Begriffe "objektiver" und "subjektiver" Fahrlässigkeitsbegriff und, noch wichtiger, das Wissen um die Unterschiede ist für die Arbeit des (Gerichts-)Sachverständigen essenziell. Nicht selten sind folgenschwere Missverständnisse darauf zurückzuführen, dass den Gerichtssachverständigen die juristische Sprache und die Bedeutung gängiger Begrifflichkeiten nicht vertraut sind. Die fehlende Kenntnis führt nicht selten zu missverständlichen Wertungen und Äußerungen der Gerichtssachverständigen, was zuweilen auch als Schulterschluss mit dem bekl. Kollegen (fehl)gedeutet werden kann. Dieses fehlgehende "Verständnis" führt, bleibt es verborgen, unter Umständen zu fehlerhaften Urteilen.

e) *Einfacher und grober Behandlungsfehler*

In der Regel ist einem Mediziner auch die von Juristen vorgenommene Unterscheidung zwischen *einfachem* und *groben Behandlungsfehler* <35> nicht so geläufig. Ein grober Behandlungsfehler liegt vor,

"wenn der Arzt eindeutig gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf". <36>

Der BGH weist zu recht darauf hin, dass

"[d]ie Annahme einer Beweislastumkehr nach einem groben Behandlungsfehler keine Sanktion für ein besonders schweres Arztverschulden [ist], sondern daran an[knüpft], dass die Aufklärung des Behandlungsgeschehens wegen des Gewichts des Behandlungsfehlers und seiner Bedeutung für die Behandlung in besonderer Weise erschwert worden ist, sodass der Arzt nach Treu und Glauben dem Patienten den Kausalitätsbeweis nicht zumuten kann ..." <37>

Bejaht der Tatrichter auf der Grundlage einer sachverständigen Beratung einen groben Behandlungsfehler, so

kommt dem Kl. regelmäßig die *Beweislastumkehr* <38> zugute.

- VersR 2016, 0629 -

Der Begriff des groben Behandlungsfehlers ist teilweise bei Gerichtssachverständigen mit irrigen Annahmen und Vorstellungen verbunden, was dazu führen kann, dass die Schwelle zum Erreichen des groben Behandlungsfehlers, die ohnehin schon hoch liegt, noch ein Stückchen angehoben wird.

f) Kritische Würdigung der sachverständigen Stellungnahme

Um dieser Gefahr zu begegnen, ist die Leitungsfunktion des Gerichts (§ 404 a ZPO) nicht hoch genug einzuschätzen. Fehlt sie, ist sie einzufordern. Der BGH weist darauf hin, "dass manche Sachverständige Behandlungsfehler nur zurückhaltend ansprechen" <39>, dies gilt im besonderen Maß für den groben Behandlungsfehler. Eine kritische Würdigung der Gutachten von Gerichtssachverständigen, die eine "gelegentlich auch kollegenschützende Haltung" einnehmen, ist daher zwingend geboten <40>. Die gezielte, gründliche und detaillierte Befragung des Gerichtssachverständigen durch den Tatrichter in der mündlichen Verhandlung ist unabdingbar.

Manche Tatrichter lehnen sich zu stark an den Gerichtssachverständigen an und sind gegenüber seinen Äußerungen zu unkritisch; je angesehener und bekannter der Sachverständige, desto unkritischer die Haltung. Sie überlassen ihm ureigenste Aufgaben wie die *Tatsachenfeststellung* (§ 404 a Abs. 3 ZPO) <41> und die *Beweiswürdigung* <42>. Dem Gerichtssachverständigen steht es jedoch nicht zu, selbst zu beurteilen, ob eine Behauptung, stammt sie nun vom Kl., Bekl. oder einem Zeugen, für wahr oder unwahr zu erachten ist <43>.

Auf der Grundlage der sachverständigen Feststellungen hat ausschließlich der Richter zu entscheiden, ob die Voraussetzungen eines Behandlungsfehlers bzw. Aufklärungsfehlers erfüllt sind. Dies gilt erst recht bei der Einstufung des Behandlungsfehlers als grob <44>. Es ist daher fehlerhaft, den Gerichtssachverständigen in einer mündlichen Verhandlung oder in einem Beweisbeschluss zu fragen, ob das von ihm zu überprüfende medizinische Vorgehen des bekl. Arztes als "grober Behandlungsfehler" zu bewerten ist. Wird der

Gerichtssachverständige gleichwohl mit einer solchen Fragestellung konfrontiert, so hat er eine Klärung herbeizuführen (§ 407 a Abs. 3 S. 1 ZPO).

Der Richter wiederum darf sich keine eigene Bewertung des medizinischen Sachverhalts anmaßen, sondern hat sich - mangels eigener medizinischer Sachkunde - der des medizinischen Sachverständigen zu bedienen <45>. Die eigene Internet- oder Literaturrecherche <46> des Tatrichters ersetzt kein Sachverständigen Gutachten. Beim Abfassen des Beweisbeschlusses, der Überprüfung des Gutachtens und insbesondere bei der Befragung des Gerichtssachverständigen ist es jedoch sachdienlich, wenn sich der Tatrichter fallbezogen medizinisches Wissen aneignet.

Die Zusammenstellung des zu prüfenden Sachverhalts ausschließlich dem Gerichtssachverständigen zu überlassen und keine Hinweise zu erteilen, wie beispielsweise bei Widerspruch zwischen Kl.- und Bekl.-Vortrag bzw. mit der Behandlungsdokumentation oder mit Zeugenaussagen zu verfahren ist, stellt einen erheblichen Verfahrensfehler dar und führt zur Aufhebung des Urteils <47>.

Der Richter hat das *Gerichtsgutachten* und die Äußerungen des Gerichtssachverständigen kritisch auf ihre *Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit* zu prüfen <48>. Zu beobachten ist gelegentlich, dass dem bekl. Kollegen vom Gerichtssachverständigen ein Zuviel an "kollegialem Verständnis" entgegengebracht wird, worauf der BGH die Tatrichter zu Recht aufmerksam macht <49>. Wenn zudem das Gericht seine Aufgabe zur kritischen Prüfung der sachverständigen Bewertung nicht ernst nimmt, ist die Fortsetzung des Verfahrens vor der nächsthöheren Instanz gewiss.

Vermag die sachverständige Stellungnahme nicht zu überzeugen, so ist es dem Richter im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung erlaubt, vom Gerichtsgutachten abzuweichen <50>. Der Richter muss jedoch in diesem Fall die eigene medizinische Sachkunde nachweisen <51>, wobei die hierfür maßgeblichen Erwägungen im Sinne einer einleuchtenden und nachvollziehbaren Begründung im Urteil darzulegen sind <52>. Fehlt die eigene Sachkunde, so hat das Gericht sich zuvor anderweitig um eine sachverständige Beratung zu bemühen <53>.

g) Privatgutachten

Häufig führt der Patient mit seiner Klage ein *Privatgutachten* in den Prozess ein, beispielsweise ein Gutachten des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherer, eines Begutachtungsinstituts oder eines freien Sachverständigen <54>. Dabei handelt es sich um qualifizierten, urkundlich belegten Parteivortrag <55>. Wobei klarzustellen ist, dass den - medizinisch unkundigen - Patienten als Kl. keine Pflicht trifft, zur Untermauerung seines Klagebegehrens und zur Darlegung der von ihm erhobenen Vorwürfe ein Privatgutachten vorzulegen; das gleiche gilt spiegelbildlich für die bekl. Arztseite <56>. Erschwert wird der Prozess durch einen zum Teil heftigen Widerstreit zwischen Privat- und Gerichtssachverständigen in der gutachterlichen Bewertung des Sachverhalts. Dem Privatsachverständigen wird dabei unterstellt, subjektiv und entgegen besseren Wissens allein die Interessen des Kl. zu vertreten. Vor manchen Gerichten haben Privatsachverständige kaum Chancen, Gehör zu finden. Selbst das Einholen von Zweitmeinungen ändert daran nichts, denn der Gerichtssachverständige behält meist Recht, auch wenn er in seiner Stellungnahme (objektiv) falsch liegt.

Die Bedeutung und Stellung des Privatgutachtens im Arzthaftungsprozess ist immer wieder Gegenstand obergerichtlicher Rechtsprechung <57>. Die Obergerichte rügen dabei häufig die fehlende oder unzureichende Auseinandersetzung der Vorinstanz mit dem Privatgutachten oder die Bevorzugung des Gerichtsgutachtens ohne Begründung. Der BGH verlangt vom Gericht eine besondere Sorgfalt, wenn ein Privatgutachten vorgelegt wird <58>.

- VersR 2016, 0630 -

Es ist dem Privatgutachten somit die gleiche Bedeutung und Aufmerksamkeit zuteil werden zu lassen wie einem weiteren Gerichtsgutachten <59>. Das Gericht hat in jedem Fall das Privatgutachten sowie die sich hieraus ergebenden Einwände gegen das Gerichtsgutachten ernst zu nehmen, sich damit auseinanderzusetzen und gegebenenfalls den Sachverhalt weiter aufzuklären <60>. Die Pflicht, Widersprüchen zwischen Äußerungen mehrerer Sachverständiger von Amts wegen nachzugehen, trifft den Richter somit auch bei Vorlage eines Privatgutachtens und nicht nur beim Widerstreit zweier Gerichtssachverständigen <61>.

Doch nicht nur das Gericht, auch der Gerichtssachverständige hat sich unbefangen, sorgfältig und eingehend mit dem Privatgutachten auseinanderzusetzen, worauf insbesondere das Gericht zu achten und bei Missachtung einzugreifen hat.

Voraussetzung ist, dass dem Gerichtssachverständigen die Möglichkeit eingeräumt wird, sich mit dem Privatgutachten eingehend zu beschäftigen. Das ist dann nicht erfüllt, wenn dem Gerichtssachverständigen lediglich die Gelegenheit gegeben wird, einige Tage vor der mündlichen Verhandlung Einblick in das Privatgutachten zu nehmen oder gar erst im Rahmen einer kurzen Sitzungsunterbrechung das Privatgutachten durchzulesen^{<62>}.

Unterlässt es das Gericht, Zweifel, Unklarheiten und Widersprüche in den Darlegungen des Gerichtssachverständigen aufzuklären, erst recht, wenn substantiiertes Parteivortrag oder ein Privatgutachten hierzu Anlass geben, wird das rechtliche Gehör der Partei verletzt (Art. 103 Abs. 1 GG)^{<63>}. Seiner *Aufklärungspflicht* kommt das Gericht beispielsweise durch die Anordnung einer ergänzenden Stellungnahme, die (nochmalige) Anhörung und gezielte Befragung des Gerichtssachverständigen (§ 411 Abs. 3 ZPO) oder, wenn eine Klärung auf diesem Weg nicht möglich ist, durch die Einholung eines weiteren Gerichtsgutachtens (§ 412 ZPO), nach^{<64>}. Sachdienlich ist es, wenn der Gerichtssachverständige in Anwesenheit des Privatgutachters unter Vorhalt seiner sachverständigen Einschätzung angehört wird, damit das Gericht eine weitere Entscheidungsgrundlage hat, wie weit es den Ausführungen des Gerichtssachverständigen folgen will^{<65>}. Das Gericht darf dabei ohne eine einleuchtende und logisch nachvollziehbare Begründung keinem der Sachverständigen den Vorzug geben^{<66>}.

Allerdings gibt es keine festgeschriebene Rollenzuweisung des Privatgutachters in der ZPO - er ist schlicht nicht vorgesehen. Seine Anwesenheit ist erlaubt, ihm stehen jedoch keine Mitwirkungsrechte zu^{<67>}. In jedem Fall kann die Partei jedoch den Privatsachverständigen zur Unterstützung in der mündlichen Verhandlung hinzuziehen und sich von ihm bei der Fragestellung beraten lassen oder ihm das Fragerecht übertragen^{<68>}.

Die Gerichte handhaben die Beteiligung des Privatsachverständigen an der

mündlichen Verhandlung unterschiedlich. Vor allem bei spezialisierten Kammern ist es gängige Praxis, den Privatsachverständigen selbst Fragen an den Gerichtssachverständigen richten zu lassen. Anzutreffen ist aber auch eine restriktive Vorgehensweise. Dabei wird dem Privatsachverständigen lediglich erlaubt, sich durch den Prozessbevollmächtigten Gehör zu verschaffen, indem der Privatsachverständige seine Fragen und Einwendungen zum Gerichtsgutachten dem Prozessbevollmächtigten mitteilt und dieser sie wiederum dem Gerichtssachverständigen vorhält. Dieses Vorgehen erinnert an die "Stille Post" aus Kindertagen. Wie schon damals, bleiben beim "Weitersagen" einige Fakten auf der Strecke. Das Patentrezept scheint hier noch nicht gefunden zu sein. Vorzuziehen ist jedoch der offene Umgang mit der Rolle des Privatsachverständigen in der mündlichen Verhandlung mit einem eigenen Fragerecht. Der Befürchtung eines "Insider-Gesprächs" der Sachverständigen kann durch stringente Prozessführung des Gerichts begegnet werden, womit die Gefahr gebannt wäre, dass die anwesenden Juristen zu Statisten "degradiert" werden.

3. Fazit

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass ein adäquates Rollenverständnis sowohl des Tatrichters als auch des Gerichtssachverständigen im Arzthaftungsprozess essenziell ist. Dies schließt mit ein, dass der Gerichtssachverständige die "juristische Sprache" beherrscht und gleichsam als Übersetzer der "medizinischen" Sprache ins "laienverständliche" fungiert. Denn nicht selten werden Prozesse verzögert, weil sprachliche oder inhaltliche Missverständnisse vorliegen. Das Problem dabei ist, dass diese zunächst überhaupt erst erkannt werden müssen, um anschließend beseitigt werden zu können. Die verpflichtende Spezialisierung auf das Arzthaftungsrecht sowohl der Tatrichter als auch der forensisch tätigen Sachverständigen würde über diese Hürde hinweghelfen. Nur wenn beide unter Beachtung der gegenseitigen Grenzen und Aufgaben eng zusammenwirken, kann ein Arzthaftungsprozess überhaupt erst gelingen.

III. Anforderungen an den Gerichtssachverständigen und sein Gutachten

1. Guter Arzt = guter Sachverständiger?

Der Begriff "*Sachverständiger*" ist in Deutschland *nicht* geschützt. Jeder (approbierte) Arzt ist zur gerichtlichen Gutachtenerstattung berechtigt^{<69>}. Doch wie schon *Stegers* zu Recht anmerkt, ist nicht jeder gute Arzt auch ein guter Sachverständiger^{<70>}. Beim Gerichtssachverständigen liegt ein hohes Maß an Verantwortung sowohl gegenüber dem bekl. Arzt als auch gegenüber dem klagenden Patienten. An die *Auswahl der Sachverständigen* sollten deshalb über die Approbation hinaus besondere Anforderungen gestellt werden. Die Approbation als alleiniges Mittel der Qualifikation wird den oftmals komplizierten Sachverhalten im Arzthaftungsprozess nicht gerecht.

Der Koalitionsvertrag sieht vor, die Qualität der Gerichtssachverständigen in Zusammenarbeit mit den Berufsverbänden zu verbessern^{<71>}. Im Referentenentwurf bzw. im Gesetzesentwurf der Bundesregierung findet sich zu der Ausgestaltung der Zusammenarbeit erstaunlicherweise keine weitere Konkretisierung.

Es liegen bisher keine verbindlichen Kriterien vor, wie eine Qualitätskontrolle der Sachverständigen konkret aussehen soll oder welche Anforderungen an diese gestellt werden. Nach welchen

- *VersR 2016, 0631* -

Kriterien die Gerichte die Sachverständigen auswählen, ist nicht geregelt und häufig nicht transparent.

Das Gericht bestimmt den Sachverständigen nach eigenem Ermessen, es sei denn, dass die Parteien sich auf eine Person einigen (§ 404 ZPO). Es besteht allgemeiner Konsens darüber, dass der Sachverständige nicht nur die Facharztqualifikation des betreffenden Spezialgebiets der Medizin besitzen muss, in dem sich die mutmaßliche fehlerhafte Behandlung ereignet hat, die den Primärschaden verursacht hat^{<72>}, sondern darüber hinaus *in fachlich-wissenschaftlicher Hinsicht über überragende Qualitäten und umfassende Erfahrungen* verfügen muss^{<73>}. Auch ein sehr junger Sachverständiger kann ohne Weiteres besonders herausragende theoretische Kenntnisse besitzen - er erfüllt jedoch das zweite Kriterium der umfassenden Berufserfahrung nicht. "Nur" theoretisches Wissen hilft in den allermeisten Fällen nicht, die komplexen Sachverhalte aufzuschlüsseln und sich als Sachverständiger durchzusetzen - die langjährige Erfahrung als Arzt ist

manchmal von wesentlicherer Bedeutung.

Bei der Wahl des richtigen medizinischen Fachgebiets gilt grundsätzlich: Die Begutachtung folgt dem Gebiet der Behandlung^{<74>}. Geht es allerdings um die Frage der Folgeschäden oder kann die Behandlung mehreren medizinischen Fachgebieten zugeordnet werden, sind unter Umständen weitere Sachverständige aus anderen medizinischen Fachbereichen einzubeziehen^{<75>}. Richtungsweisend bei der Wahl des richtigen Faches ist dabei beispielsweise die (Muster-)Weiterbildungsordnung der Ärzte.

Wird ein Arzt vom Gericht ernannt, hat er grundsätzlich die Pflicht zur Gutachterstattung (§ 407 ZPO). Er kann wie ein Zeuge aus persönlichen (§§ 402, 383 ZPO) oder sachlichen Gründen (§§ 402, 384 ZPO) die Gutachterstattung verweigern oder wenn er andernfalls seine Amtsverschwiegenheit verletzt (§§ 402, 408, 376 ZPO), nicht jedoch wegen Arbeitsüberlastung^{<76>}. Gleichwohl wird ihn das Gericht in den meisten Fällen allein schon zur Förderung des Prozesses verpflichten, was ihm gem. § 408 Abs. 1 S. 2 ZPO ("aus anderen Gründen") möglich ist.

Die Weiterbildungsordnung erleichtert sicherlich die Bestimmung des richtigen Fachbereichs, aus dem der Sachverständige zu wählen ist. Sie besagt allerdings nichts über die darüber hinausgehende Qualifikation des Arztes, seine Eignung als Sachverständiger oder die Qualität des zu erstellenden Gutachtens. Ob sich das Gutachten "gut liest" oder ob der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung eine "gute "Darbietung" abliefern, dürften offenkundig ebenfalls keine geeigneten Qualitätsmerkmale sein, wenngleich sich manche Verfahrensbeteiligten davon zuweilen blenden lassen.

An einer Reihe von Beispielen lässt sich immer wieder feststellen, dass die vom Gericht bestellten Sachverständigen gerade nicht die Grundlage zur Entscheidung des Gerichts schaffen, da sie den Blick für das Wesentliche vermissen lassen^{<77>}. Dann fehlt es beispielsweise an der klinischen Erfahrung, der Kenntnis des Facharztstandards zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Behandlung oder der Kenntnis des Unterschieds zwischen dem wissenschaftlichen und dem juristischen Kausalitätsbegriff. Bei wenigen Sachverständigen hat man das Gefühl, dass sie durch ungenaue und zweideutige Aussa-

gen eher zur Verschleierung als zur Aufklärung beitragen. Stelzner^{<78>} nennt sie "Konfusionisten" oder "Nebelwerfer".

Vom Gerichtssachverständigen verlangt man vielmehr, dass er seine Bewertung des Sachverhalts durch allgemeingültige Standards und Literaturangaben belegt. Nicht alle Sachverständigen berücksichtigen das. Entweder finden sich keine Literaturangaben oder sie haben keinen Bezug zu den Ausführungen, d. h. sie werden nicht richtig zitiert oder es findet sich eine Vielzahl von Angaben, die mit der abgehandelten Thematik kaum etwas zu tun haben. Das zielt auch in Richtung der schon erwähnten "Konfusionisten".

2. Chirurgische Fallbeispiele aus Arzthaftungsprozessen

Aus den nachfolgenden Beispielen wird die Problematik um den Gerichtssachverständigen, und nicht allein dazu, offensichtlich:

a) Fallbericht 1

Problematik: Probeexstirpation (PE, operative Gewebeentnahme) aus der Fußsohle wegen eines sichtbaren Tumors, Gewebeprobe nicht eingesandt.
Sachverhalt: Wegen einer umschriebenen tumorösen Veränderung an der Fußsohle wird bei einem älteren Patienten eine Gewebeentnahme in Lokalanästhesie durchgeführt. Der Operateur meinte, dass es sich bei äußerer Betrachtung des entfernten Gewebes um ein Atherom (sogenannter Grützbeutel) handele, und entsorgte das entnommene Gewebe. Kurze Zeit später traten beim Patienten Lymphknotenmetastasen in der Leistenregion und ein erneuter kleiner Tumor an der Fußsohle nahe der früheren Operationsstelle auf. Nochmalige Gewebeentnahmen (PE) mit dem histologischen Ergebnis: Melanom (schwarzer Hautkrebs) an der Fußsohle und Lymphknotenmetastasen. In der Folgezeit verstirbt der Patient.

Was ist zu bemängeln?

Der Sachverständige hätte das Gericht aufmerksam machen müssen, dass es an der Fußsohle keine Haare gibt und somit auch kein Atherom (Retention einer Haarbalgdrüse) dort entstehen kann. - Die Unterlassung der histologischen Untersuchung des entnommenen Gewebes rechtfertigte er mit der Bemerkung, dass es keine gesetzliche Handhabe für eine histologische Untersuchung einer Gewebeprobeentnahme gebe. Das ist

unakzeptabel, denn mit der Argumentation des Sachverständigen entzieht er sich dem akzeptierten und korrekten Vorgehen zur Abklärung der Gut- oder Bösartigkeit von Weichgewebetumoren^{<79>}.

Die Beispiele könnten noch fortgesetzt werden.

3. Anforderungen an den Gerichtssachverständigen

Vor diesem Hintergrund stellen sich folgende Fragen:

- Was macht die Qualität der gutachterlichen Stellungnahme des Gerichtssachverständigen aus?

- Welche Pflichten treffen den Gerichtssachverständigen und

- welche verlässlichen Kriterien gestatten eine möglichst objektive Bewertung der sachverständigen Stellungnahme?

Kurzum: Was unterscheidet also ein "gutes" vom "schlechten" Gutachten, einen "guten" vom "schlechten" Gerichtssachverständigen?

Die Ärzteschaft selbst hat sich dieser Fragen angenommen.

Die Deutsche Gesellschaft für neurowissenschaftliche Begutachtung (DGNB) hat in Zusammenarbeit mit weiteren medizinischen Fachgesellschaften^{<80>} zum wiederholten Mal eine Leitlinie^{<81>} zu den allgemeinen rechtlichen wie auch medizinischen Grundlagen der medizinischen Begutachtung erstellt. Die Fachgesellschaften sind sich des Problems bewusst, dass im Studium und in der Weiterbildung die Fertigkeiten zur Erstellung eines Sachverständigengutachtens kaum vermittelt werden und führen die oft erheblichen gutachtlichen Mängel darauf zurück^{<82>}. Um mangelbehaftete Gerichtsgutachten zu eliminieren und die Verfahrensbeteiligten zu schützen, aber auch dem Arzt in seiner besonderen Funktion als Sachverständiger eine Hilfestellung zu geben^{<83>}, haben die Fachgesellschaften Kriterien zusammengestellt, die der besonderen Bedeutung des Gerichtssachverständigen im Arzthaftungsprozess gerecht werden. Die Leitlinie gibt nicht nur Hinweise im Hinblick auf die Pflichten des Sachverständigen und stellt die Anforderungen an ihn dar, sondern gibt auch ganz konkrete und praktische Tipps, die Herangehensweise und die Formalien des Gutachtens betreffend. Die Leitlinie skizziert zudem die essenziellen Grundlagen der verschiedenen Rechtsgebiete. Zu Recht weisen die Fachgesellschaften

darauf hin, dass für den Sachverständigen die Kenntnis der rechtlichen Grundlagen in dem Rechtsgebiet unerlässlich sind, in dem er beauftragt wird, ein Gutachten zu erstatten<84>.

Aber auch für die anderen Beteiligten eines Arzthaftungsprozesses bildet die Leitlinie ein probates (Hilfs-)Mittel zur Überprüfung der sachverständigen Stellungnahme. Es wäre daher wünschenswert, wenn diese Leitlinie standardmäßig dem gerichtlichen Auftrag an den Sachverständigen beigelegt würde, um eine hohe Qualität des Gutachtens zu gewährleisten, aber auch, um eine Vereinheitlichung der formalen Kriterien des Gutachtens zu erreichen. *Frahm* schlägt vor, den Gesetzestext des § 407 a ZPO mit dem Auftrag an den Gerichtssachverständigen zu übersenden<85>. Dem ist beizupflichten. Es gibt einige Richter, die dies bereits praktizieren und darüber hinaus noch weitere rechtliche Hinweise an den Gerichtssachverständigen erteilen. Dies ist erst recht notwendig, wenn die geänderte Fassung der §§ 404 ff. ZPO vorliegt.

Folgende *Anforderungen* sind *an den Gerichtssachverständigen* zu stellen:<86>

a) Neutralität und Unabhängigkeit<87>

aa) Einfluss des Gerichtssachverständigen auf den Prozess

Im Sinne der wissenschaftlichen Objektivität und Neutralität hat der Gerichtssachverständige sein Gutachten mit der gebotenen beruflichen wie auch privaten Distanz zu den Parteien des Rechtsstreits, insbesondere ohne den Versuch einer Einflussnahme auf den Verlauf des Prozesses, zu erstatten.

Damit dies gelingt, bedarf es der Kenntnis etwaiger Beziehungen des Gerichtssachverständigen zu den Parteien des Rechtsstreits, seien sie persönlicher, beruflicher bzw. geschäftlicher Natur (z. B. Behandlung der Klagepartei, aktuelle oder vergangene gemeinsame Anstellung beim selben Krankenhausträger, gemeinsame Veröffentlichungen, enge Freundschaft, Verwandtschaft, Lehrer-Schüler-Verhältnis etc.). Bei Bestehen einer solchen engen Beziehung verbietet sich die Ernennung des Sachverständigen<88>.

Aufgabe des Gerichtssachverständigen ist, die aus seiner Sicht bestehende Schiefelage des Sozialstaats sowie des Versicherungswesens zu korrigieren oder für die Beitragsstabilität oder Finanzierbarkeit des Versicherungssystems Sorge zu tragen<89>.

Ein solches Verhalten eines Gerichtssachverständigen hat die Autorin in ihrer anwaltlichen Praxis schon erlebt. Während einer Sitzungspause erklärte der Gerichtssachverständige, dass es die zahlreichen Klagen der Patienten zu unterbinden gelte, da sich die Krankenhäuser die Haftpflichtversicherungsprämien kaum mehr leisten könnten. Dass es sich bei dieser Äußerung um einen schweren Verstoß gegen die Neutralität handelt, liegt auf der Hand. Der Sachverständige versuchte mit seiner Äußerung, seine Stellung zum Nachteil des Patienten bzw. zum Vorteil der Behandlungsseite auszunutzen.

bb) Äußere Einflüsse auf den Gerichtssachverständigen

Sachverständige beeinflussen nicht nur den Prozess, sie unterliegen auch äußeren Einflüssen, die ihre Neutralität und Unabhängigkeit gefährden.

Es gibt aussagekräftige Studien, die sich mit der Rolle des Sachverständigen im Prozess beschäftigen<90>. Die Merkmale Objektivität, Unabhängigkeit und Neutralität werden dabei als besonders sensible und wichtige Merkmale beschrieben<91>.

Im November 2013 wurde an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Rahmen einer Dissertation die Begutachtungsmedizin in Deutschland am Beispiel Bayerns beleuchtet<92>. Die Ergebnisse sind erschreckend und unterstreichen einmal mehr den Handlungsbedarf des Gesetzgebers, da eine Selbstregulierung des Gutachterwesens offensichtlich gescheitert ist.

Auf die Frage, ob beim gerichtlichen Gutachtenauftrag schon einmal eine Tendenz signalisiert wurde, bejahten dies 51 von 219 Gutachtern, wobei 18,5 % auf die Humanmediziner und deutlich höhere Werte auf die Psychologen und Psychiater entfielen. Die Befragten gaben zudem an, zu 33,6 % von Kollegen schon einmal gehört zu haben, dass seitens des Gerichts eine Tendenz genannt wurde. Auf die Humanmediziner entfiel ein Anteil von 31,3 %. Bei 22,6 % der Befragten stammten mehr als 50 % der Einnahmen aus Gutachtertätigkeiten. Als besonders kritisch werden die "Hausgutachter" der Gerichte

gesehen, die laufend mit Aufträgen versorgt werden, wodurch eine handfeste wirtschaftliche Verknüpfung besteht. Die Befragten selbst sahen bereits die Wahl des Sachverständigen als Einflussnahme auf das Gutachtenergebnis an. Zu denken ist dabei z. B. an einen Rechtsstreit, bei dem es im Kern um eine Behandlungsmethode geht, die Gegenstand eines Schulenstreits ist.

Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass die Neutralität und Unabhängigkeit der Gerichtssachverständigen gefährdet ist:

"Die Ergebnisse zeigen eine erhebliche Schiefelage im Begutachtungswesen und geben Anstoß zur Diskussion, insbesondere bezüglich der Häufigkeit der Tendenzsignalisierung bei gerichtlichen Gutachtenaufträgen, der Vergabepaxis sowie des vergleichsweise hohen Anteils wirtschaftlich abhängiger Gutachter von Gutachtenaufträgen."<93>

cc) Einführung einer Offenbarungspflicht

Die Änderung des § 407 a ZPO<94> mit der Einführung einer Offenbarungspflicht des Gerichtssachverständigen, Gründe anzugeben, die geeignet sind, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen, wird sich sicherlich in mehrfacher Hinsicht positiv auf das gerichtliche Sachverständigenwesen und den Arzthaftungsprozess auswirken.

Mit der Neuregelung darf man die Hoffnung verbinden, dass potenziell parteiische Sachverständige erst gar nicht ernannt werden oder nach der Offenlegung der bestehenden Interessenkonflikte sogleich wieder entpflichtet werden. Bei dem einen oder anderen Sachverständigen könnte dies auch im Rahmen der Selbstreflexion zum zurückhaltenderen Eingehen solcher konfliktträchtiger Verbindungen führen oder gar ganz zum Verzicht, gerichtlich tätig zu werden.

Die Offenbarungspflicht wird dazu beitragen, die Position neutraler Sachverständiger insgesamt zu stärken. Die angestrebte Transparenz wird das Vertrauen in den Sachverständigen als Gehilfen des Gerichts und in gerichtliche Entscheidungen an sich fördern.

Allerdings birgt der Arzthaftungsprozess eine Hürde. Verklagt werden kann stets nur der Behandler. Eine Klage gegen den dahinterstehenden Haftpflichtversicherer ist nur in den sehr engen Grenzen des § 115 VVG möglich. Der Gerichtssachverständige wird auf

der Grundlage der ihm durch das Gericht oder die Gerichtsakte zur Verfügung gestellten Informationen in den allerwenigsten Fällen wissen, welcher Haftpflichtversicherer konkret hinter dem bekl. Behandler steht. Seine Offenbarungspflicht kann sich somit nur auf die unmittelbaren Prozessbeteiligten beziehen. Ob eine wirtschaftliche Abhängigkeit zwischen dem Gerichtssachverständigen und dem hinter dem Bekl. stehenden Haftpflichtversicherer besteht, wird somit in aller Regel nicht offengelegt. Doch gerade diese Verbindung zwischen Versicherern und Sachverständigen ist den Befürwortern der Offenbarungspflicht ein Dorn im Auge. Die neue Regelung des § 407 a Abs. 2 ZPO-E droht im Arzthaftungsprozess ins Leere zu laufen, wenn sich die Offenbarungspflicht nur auf die Prozessbeteiligten bezieht. Die Lösung könnte so aussehen, dass das Gericht dem Bekl. aufgibt, den Haftpflichtversicherer bekannt zu geben und dem Gerichtssachverständigen, zu erklären, ob eine wirtschaftliche Verbindung mit diesem besteht. Man könnte auch an eine fallunabhängige Offenbarung bestehender wirtschaftlicher Verbindungen zu Versicherern denken.

Es stellt sich die Frage nach der Überprüfbarkeit der Angaben des Gerichtssachverständigen. Auch dazu enthält die Neufassung nichts - die Basis ist und bleibt somit wie bisher das Vertrauen in die Person des Sachverständigen.

Doch nicht nur im gerichtlichen Verfahren trifft man auf wirtschaftliche Abhängigkeiten der Sachverständigen. Es ist bekannt, dass manche Sachverständigen bei den Versicherern regelrecht ein- und ausgehen und über Jahre hinweg in zeitlich kurzen Intervallen Akten zur Begutachtung vorgelegt bekommen. Es verwundert nicht wirklich, wenn diese Gutachten regelmäßig zum Nachteil des Anspruchstellers ausfallen.

Wenngleich das Gesetz "nur" auf eine Verbesserung der gerichtlichen Gutach- ternerstattungen zielt, dürfte die Ver- pflichtung des Sachverständigen zur Mitteilung von Interessenkonflikten im Prozess auch Signalwirkung auf die außergerichtliche Gutach- ternerstattung haben.

- VersR 2016, 0635 -

b) *Eigenverantwortlichkeit*<95>

§ 407 a Abs. 2 ZPO schließt andere Personen von der Mitwirkung an Gutachten grundsätzlich aus, es sei denn, sie werden vorab unter Angabe des Betätigungs- umfanges namentlich benannt und sind nur bei untergeordneten Aufgaben eingebunden. Die Kernaufgabe der Gutach- tenerstellung, die Bewertung der erhobenen Daten und Befunde, bleibt eine höchstpersönliche Pflicht des Gerichtssachverständigen, wie auch das Verschaffen eines persönlichen Ein- drucks vom zu Begutachtenden<96>. Mit der notwendigen Eigenverantwor- tlichkeit des Sachverständigen hat die Praxis, das Gutachten von einem hierar- chisch untergeordneten Arzt anfertigen zu lassen und dieses in der mündlichen Verhandlung lediglich zu vertreten, nichts gemein. Leider ist diese Praxis bei Sachverständigen aus dem universi- tären Bereich anzutreffen.

Es verwundert nicht, wenn der Gerichtssachverständige, in Ermange- lung der genauen Kenntnis der Beurtei- lungsgrundlagen, ohne erkennbaren und nachvollziehbaren Anlass während sei- ner Anhörung in der Gerichtsverhand- lung zu einem ganz anderen Ergebnis gelangt, als im Gutachten niedergelegt. Solche Gerichtssachverständigen sind unverzüglich von ihrer Aufgabe zu ent- binden, ihre mündlichen Ausführungen sind unbrauchbar. Sie sind durch einen neuen Sachverständigen bzw. den ech- ten Urheber des Gutachtens zu ersetzen, um das Verfahren vor einer fehlerhaften Entscheidungsgrundlage zu schützen.

c) *Kompetenz*<97>

Voraussetzen sind überdurchschnitt- liche praktische Fähigkeiten und wissen- schaftliches Wissen<98>. Der Sachver- ständige sollte zudem auch die (ver- schiedenen) Lehrmeinungen zu bestimmten Behandlungsmaßnahmen kennen und differenziert, dabei unvor- eingonnen, darstellen können. Diese Maxime gilt insbesondere bei einem bestehenden Schulenstreit.

§ 407 a Abs. 1 ZPO verpflichtet den Gerichtssachverständigen, nach Erhalt des Auftrags unverzüglich zu prüfen, ob dieser in sein Fachgebiet fällt und ohne die Befassung weiterer Sachverständi- ger erledigt werden kann. Andernfalls hat er das Gericht unverzüglich zu benachrichtigen, damit weitere Sachver- ständige aus anderen Bereichen hinzu- gezogen werden können. Darüber hin- aus verlangt es dem Gerichtssachver- ständigen auch die Befassung mit den grundlegenden Rechtsbegriffen des ein-

schlägigen Rechtsgebiets ab, insbeson- dere ist die Kenntnis der unterschiedli- chen Kausalitätsbegriffe sowie der Regeln der Beweislast unerlässlich<99>. Das juristische Denken muss dem Gerichtssachverständigen vertraut sein, um die zum Teil recht hypothetischen Fragestellungen zu beantworten, wie dies beispielsweise bei der Fallgestal- tung der unterlassenen Befunderhebung der Fall ist. In seinem Gutachten hat sich der Gerichtssachverständige auf

- einschlägige wissenschaftliche Erkenntnisse,
- Leitlinien,
- Richtlinien,
- Fachliteratur und
- die für jeden Facharzt des einschlägi- gen Faches geltenden Handlungsdiri- ctiven, somit medizinischen Grundregeln<100>, zu stützen und die verwendeten Quel- len im Gutachten zu zitieren. Dabei ist, wie bereits oben ausgeführt, der Zeit- punkt der streitgegenständlichen Behandlung zu beachten.

d) *Vollständige Erfassung des Pro- zessstoffs*<101>

Der Gerichtssachverständige hat sich mit *sämtlichen* von Arzt- und Patienten- seite vorgelegten medizinischen Unter- lagen sowie mit (Privat-)Gutachten aus- einanderzusetzen. Ferner gehört es auch zu seiner Aufgabe, die zum Teil sehr konträre Darstellung der Parteien zu berücksichtigen. Nicht selten ergibt sich aus dem Gutachten selbst oder bei der Anhörung des Gerichtssachverständi- gen, dass dieser außer den Behandlungs- unterlagen des bekl. Arztes und unter Umständen noch den von Patientenseite vorgelegten medizinischen Unterlagen nichts zur Kenntnis genommen hat, vor allem nicht die Schriftsätze der Parteien. Dass der Sachverständige trotzdem alle für das Verfahren und seine Beurteilung relevanten Fakten erfasst hat, steht zu bezweifeln. In einem von der Autorin geführten landgerichtlichen Verfahren erhob der Kl. den Vorwurf, dass es durch pflegerische Fehler zu Dekubiti (Druckgeschwüre/Wundliegenge- schwüre) gekommen war. Der Gerichts- sachverständige äußerte sich zum Aus- maß sehr zurückhaltend. Es drängte sich der Verdacht auf, dass er die in die Kla- geschrift farbig hineinkopierten und als Anlage beigefügten Lichtbilder, die zum Teil Dekubiti IV. Grades zeigten, sowie die Ausführungen hierzu übergangen hatte.

Ein Grund für diese einseitige Erfassung des Prozessstoffs könnte der Irrglaube mancher Sachverständiger sein, sie machten sich angreifbar und könnten wegen Befangenheit abgelehnt werden, wenn sie die jeweiligen Vorträge der Parteien zur Kenntnis nähmen, ein weiterer Grund könnte die Zeitersparnis sein.

Der Beweisbeschluss gibt dem Sachverständigen vor, welche Fragen er im Auftrag des Gerichts zu klären hat. Die Grenzen der gutachterlichen Tätigkeit bestimmt letztlich der Tatrichter, er hat den Sachverständigen zu leiten und kann ihm Weisungen erteilen (§ 404 a ZPO). Dem Beweisbeschluss kommt bei der Erstellung des Gutachtens eine wesentliche Aufgabe zu. Der Gerichtssachverständige hat die Fragen auf ihre Verständlichkeit, Vollständigkeit, Eindeutigkeit sowie Angemessenheit zu überprüfen^{<102>}. Wurde der Gerichtssachverständige nicht bereits bei der Erstellung des Beschlusses miteinbezogen, so ist es gleichwohl seine Pflicht, als Gehilfe des Gerichts auf etwaige Lücken im Beweisbeschluss oder auf andere, vom Gericht noch nicht erfasste entscheidungserhebliche Umstände hinzuweisen. Das ist beispielsweise erforderlich, wenn der Verstoß gegen den Facharztstandard nicht in der Durchführung des Eingriffs zu sehen ist, sondern bereits die Indikation für den Eingriff fraglich ist, das Gericht dies allerdings mangels Sachkunde übersieht^{<103>}.

Bei Zweifeln hinsichtlich Inhalt und Umfang des Auftrags hat sich der Sachverständige unverzüglich zur Klärung an das Gericht zu wenden (§ 407 a Abs. 3 S. 1 ZPO).

- VersR 2016, 0636 -

Die Aufgabenstellung an den Sachverständigen kann unterschiedlich gestaltet werden. Der Tatrichter kann beispielsweise nach vorheriger Beweisaufnahme die zugrunde zu legenden Tatsachen, die der Sachverständige zu beachten hat, vorgeben oder aber - was im Arzthaftungsrecht zu favorisieren ist - dem Sachverständigen die Ermittlung des medizinischen Sachverhalts übertragen^{<104>}. Aufgrund seines Fachwissens kann er die medizinischen Unterlagen auswerten, die Notwendigkeit weiterer Unterlagen oder Untersuchungen erkennen und diese anfordern bzw. durchführen.

Vorzugswürdig ist bei zwischen den

Parteien streitigen Tatsachen die Alternativbegutachtung^{<105>}. Dabei legt der Gerichtssachverständige seiner Beurteilung zum einen den Vortrag des klagenden Patienten und zum anderen den des bekl. Arztes zugrunde und wertet diese jeweils für sich genommen gutachterlich aus. Ein mögliches Ergebnis kann durchaus sein, dass sich sowohl nach dem Vortrag des Kl. als auch nach dem des Bekl. ein Verstoß gegen den Facharztstandard ergibt.

Durch eine Alternativbegutachtung wird der Sachverständige seiner Rolle als "Aufbereiter" des medizinischen Prozessstoffs und Wegbereiter einer gerichtlichen Entscheidung unter Berücksichtigung des im Arzthaftungsrecht geltenden "Amtsermittlungsgrundsatzes" am ehesten gerecht. Er muss sich gerade nicht, was ebenfalls häufig irrtümlicherweise angenommen und als Argument gegen die Alternativbegutachtung angeführt wird, entscheiden, welchem Vortrag er letztlich "zu glauben" hat. Die Zurückhaltung mancher Gerichtssachverständiger, den Vortrag des Patienten zumindest im Rahmen der ergebnisoffenen Begutachtung als Gedankenmodell zugrunde zu legen, ergibt im Zusammenspiel mit der unkritischen Übernahme der Behandlungsdokumentation des bekl. Arztes eine schwierige Ausgangslage zur Aufklärung des Sachverhalts.

Die Beweiswürdigung obliegt auch bei der Alternativbegutachtung ausschließlich dem Tatrichter. Durch die so differenzierte sachverständige Darstellung wird ihm häufig die Entscheidung erleichtert, von welchem Vortrag auszugehen ist, welcher Vortrag zu vernachlässigen ist oder welche Gesichtspunkte noch zu klären sind.

e) Klarheit und gutachtliche Relevanz der Darstellungen und Aussagen^{<106>}

Der Gerichtssachverständige hat bei der schriftlichen wie auch mündlichen Erstattung seines Gutachtens zu bedenken, dass einige Beteiligte des Arzthaftungsprozesses über geringe oder keine medizinischen Kenntnisse verfügen. Medizinische Fachtermini sind daher zu übersetzen oder zu erklären; nach Möglichkeit sind deutsche Fachausdrücke zu benutzen^{<107>}. Die Leitlinie fordert eine klare, prägnante und eindeutige Ausdrucksweise^{<108>}. Die allzu häufig anzutreffenden "schwammigen" und damit verschiedenen Interpretationen zugänglichen Formulierungen haben in einem Gutachten keinen Platz. Der

Gerichtssachverständige muss, will er seine Aufgabe als "Gehilfe" des Gerichts erfüllen, Farbe bekennen.

f) Einhaltung des gesetzten Abgabetermins^{<109>}

Die Praxis, ein Gerichtssachverständigenutachten erst nach Ablauf eines Jahres oder nach noch längerer Zeit vorzulegen, ist völlig inakzeptabel, kommt jedoch leider vor. Hier sind zuvorderst die Gerichte in der Pflicht. Gem. § 411 Abs. 1 ZPO "soll" das Gericht dem Gerichtssachverständigen eine Frist zur Erstattung des Gutachtens setzen, wovon gerne mehr Gebrauch gemacht werden dürfte. Mit dem neuen § 411 Abs. 1 ZPO-E wird die Fristsetzung verpflichtend. Dem Gerichtssachverständigen muss klar sein, dass das Versäumen der Frist ein gegen ihn festzusetzendes Ordnungsgeld nach sich ziehen kann (§ 411 Abs. 2 ZPO) bzw. gem. § 411 Abs. 2 S. 1 ZPO-E im Regelfall nach sich ziehen wird, es sei denn, ihn trifft kein Verschulden oder ein anderer Ausnahmefall liegt vor^{<110>}. Eine beharrliche Verweigerung, das Gutachten vorzulegen, kann letztlich als Verweigerung der Gutachtenerstattung an sich verstanden werden (§ 409 ZPO). Dann droht nicht nur ein Ordnungsgeld, sondern auch die Auferlegung der hierdurch verursachten Kosten - bis hin zum Entzug des Auftrags mit Verlust der Entschädigung.

Selbst wenn ein Gutachten nicht innerhalb der gesetzten Frist oder sogar Nachfrist vorgelegt wird, machen die Gerichte äußerst selten Gebrauch von dem bereits jetzt zur Verfügung stehenden Maßnahmenkatalog. Dies belastet die Parteien nicht nur in zeitlicher und finanzieller, sondern insbesondere auch in emotionaler Hinsicht. Die Beschleunigungsmaxime ist ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz im Zivilprozess, wird jedoch durch eine zu großzügige Bemessung des Abgabetermins oder eine laxe Handhabung der Kontrolle des Abgabetermins unterlaufen.

Man muss sich vor allem fragen, wie der Gerichtssachverständige ein Gutachten erstatten will, wenn die mündliche Verhandlung mit den gutachterlich relevanten Hinweisen des Gerichts oder der Eindruck vom Gespräch mit dem Probanden und die körperliche Untersuchung selbst mehrere Monate zurückliegen. Mit zunehmendem zeitlichem Abstand leidet die Qualität des Gutachtens selbst. Es ist nahezu unvorstellbar, wie ein Arzt bei der Vielzahl der Arzt-Patienten-Kontakte in seiner täglichen

Praxis und weiteren Gutachtenaufträgen überhaupt noch eine belastbare Erinnerung an den zu Begutachtenden oder gar an seine Eindrücke haben will.

g) Beachtung der Rechte des zu Begutachtenden<111>

Der zu Begutachtende hat bei der im Rahmen der Begutachtung durchzuführenden Untersuchung keine Maßnahmen über sich ergehen zu lassen, die risikobehaftet, unzumutbar oder invasiv sind. Es gibt grundsätzlich keine Duldungspflichten, denen er sich zu unterwerfen hat. Selbst eine indirekte invasive Behandlung, wie sie beispielsweise beim MRT mit Kontrastmitteln erforderlich ist, muss der zu Begutachtende nicht dulden. Apparative Untersuchungen, die mit Strahlenbelastungen einhergehen, sind auf das notwendige Mindestmaß zu reduzieren, da hierfür eine rechtfertigende Indikation erforderlich ist (§§ 2 c, 23 RÖV, 80 StrlSchV). Ob diese im Fall einer Begutachtung gegeben ist, dürfte fraglich sein<112>. Der Gerichtssachverständige muss daher eine Nutzen-Risiko-Abwägung treffen und diese mit dem zu Begutachtenden erörtern<113>. In jedem Fall bedarf es einer eingehenden Aufklärung über die Risiken und Folgen der bei ihm durchzuführenden Untersuchung, bevor er in diese Maßnahme

- VersR 2016, 0637 -

einwilligt<114>. Letztendlich darf der zu Begutachtende selbst entscheiden, ob er in die Untersuchung einwilligt. Verweigert er die Untersuchung, so bleibt er gegebenenfalls beweisfällig. Zwangsmittel können nur ausnahmsweise vom Gericht angeordnet werden (vgl. u. a. § 372 a ZPO)<115>. Über die Duldungspflicht des zu Begutachtenden hat ausschließlich das Gericht zu befinden und nicht der Sachverständige.

h) Verschwiegenheitspflicht des Gerichtssachverständigen außerhalb des Verfahrens<116>

Der Gerichtssachverständige ist gegenüber Außenstehenden im Hinblick auf Inhalte, die ihm durch seine gutachterliche Tätigkeit bekannt geworden sind, zur Verschwiegenheit verpflichtet. Wie jeder Arzt benötigt er die Entbindung von der Schweigepflicht, wenn er über die körperliche Untersuchung des klagenden Patienten und seine hierdurch gewonnenen gutachterlichen Erkenntnisse berichten will. Von der Entbin-

dung ist üblicherweise durch die Wahrnehmung des Begutachtungstermins auszugehen. Entgegenstehende Äußerungen des zu Begutachtenden muss der Sachverständige jedoch beachten. Das Gericht hat, beraten durch den Sachverständigen, darüber zu befinden, ob das Gutachten trotzdem brauchbar ist und welche Konsequenzen sich aus der fehlenden Befreiung für den Kl. bzw. den Prozess ergeben.

i) Ortsferne des Gerichtssachverständigen<117>

Die Forderung nach Ortsferne trägt dem Umstand Rechnung, dass in räumlicher Nähe ansässige Ärzte häufig in beruflicher oder gar persönlicher Beziehung zueinander stehen. Dem Sachverständigen darf es nicht aufgebürdet werden, die Tätigkeit eines ihm nahestehenden Kollegen beurteilen zu müssen und dadurch seine Unabhängigkeit sowie Neutralität zu gefährden.

Die Ortsferne garantiert jedoch nicht *per se* die überparteiliche Stellung des Gerichtssachverständigen. Je spezialisierter und je höher die Reputation des bekl. Arztes ist, desto mehr verliert das Kriterium der Ortsferne an Bedeutung. In einem solchen Fall ist der Fokus darauf zu richten, ob eine enge persönliche bzw. beruflich-geschäftliche Beziehung zwischen Sachverständigem und Bekl.-Partei besteht. Es könnte in solchen Fällen auch an eine Vergabe des Gutachtenauftrags an einen in der Schweiz oder in Österreich ansässigen Arzt gedacht werden.

j) Sachliche und respektvolle Grundhaltung gegenüber allen Verfahrensbeteiligten

Vom Gerichtssachverständigen ist gerade wegen seiner neutralen Position als "Gehilfe" des Gerichts zu verlangen, dass er gegenüber allen Beteiligten des Verfahrens - schriftlich wie mündlich - sachlich und respektvoll auftritt, mag dies dem Sachverständigen hin und wieder bei als abwegig zu bezeichnenden Parteiäußerungen auch schwer fallen. Irritationen im Umgang miteinander oder Missverständnisse können manchmal auch darauf beruhen, dass die sachverständigen Äußerungen den Empfängerhorizont missachten. Der Sachverständige sollte nicht aus dem Blick verlieren, dass es sich bei den meisten Verfahrensbeteiligten um medizinische Laien handelt.

Einige Parteivertreter haben sich allerdings aus taktischen Gründen darauf

verlegt, bei unliebsamen Stellungnahmen den Gerichtssachverständigen zu provozieren, um ihn zu unsachlichen, unter Umständen gar beleidigenden, Äußerungen zu verleiten. Dies mit dem offensichtlichen Ziel, den Gerichtssachverständigen ersetzen zu lassen, in der Hoffnung, der neue werde im gewünschten Sinn begutachten. Der Gerichtssachverständige hat selbst in einer solch konfrontativen Atmosphäre ausschließlich sachlich auf die Vorhalte zu reagieren.

k) Anforderungen an ein Gerichtsgutachten

Aus den Anforderungen an den Gerichtssachverständigen leiten sich die *Kriterien des - übersichtlich zu gliedernden - Gutachtens* wie folgt ab<118>:

- exakte Bezeichnung des Auftrags;
- Angabe der beruflichen Wirkungsstätte (Universitätsklinik, Krankenhaus unter Angabe der Versorgungsstufe, niedergelassene Praxis etc.), des exakten Tätigkeitsfelds und gegebenenfalls der aktuellen Hierarchiestufe zum Nachweis der Qualifikation des Sachverständigen;
- Bezugnahme auf den Beweisbeschluss mit Wiedergabe der Beweisfragen jeweils unmittelbar vor der jeweiligen auf die Frage bezogenen gutachterlichen Antwort<119>;
- *kurze, pointierte* Darstellung des Sachverhalts - unter Berücksichtigung der streitigen Darstellungen beider (!) Parteien und der Hinweise des Gerichts;
- Auflistung der für die Begutachtung zur Verfügung gestellten Unterlagen wie: Gerichtsakte, (Behandlungs-)Unterlagen des bekl. Behandlers mit der Angabe, ob Original oder Kopie, sowie vom klagenden Patienten vorgelegte weitere Behandlungsunterlagen, Berichte, Atteste etc. der Vor- und Nachbehandler;
- Prüfung der Behandlungsunterlagen des bekl. Arztes/Krankenhauses auf Vollständigkeit und Schlüssigkeit;
- bei im Beweisbeschluss vorgegebener körperlicher Untersuchung: Anamnese, Untersuchungsbefund und -ergebnis;
- Schwerpunkt des Gutachtens: Beantwortung der Beweisfragen unter Berücksichtigung des zum Zeitpunkt der Behandlung geltenden Facharztstandards als Maßstab für das streitgegenständliche Behandlungsgeschehen, der im Rahmen der Gutachterstattung erhobenen Befunde, beigezogenen

Behandlungsunterlagen^{<120>}, von den Parteien vorgelegter weiterer Behandlungsunterlagen, Gutachten und Atteste etc., eines unter Umständen vorgelegten Privatgutachtens der Partei/en und des Vortrags der Parteien, gegebenenfalls Alternativbegutachtung^{<121>} des streitigen Vortrags;

- Ergebnis und Zusammenfassung der sachverständigen Feststellungen und Beurteilung des medizinischen Geschehens;

- *VersR 2016, 0638* -

- Angabe der verwendeten Literatur wie Leitlinien, Richtlinien, Studienergebnisse, Handlungsanweisungen, Fachbücher etc. sowie der zugrunde gelegten elementaren medizinischen Grundregeln^{<122>};

- Unterzeichnung des Gutachtens^{<123>} als Nachweis der Urheberschaft und der Verantwortlichkeit für den Inhalt des Gutachtens; bei erlaubter Hinzuziehung Dritter: Angabe des Namens, der Aufgabe und Hierarchiestufe/Ausbildungsstufe^{<124>}.

4. Fazit

Um das Ziel einer unparteiischen, umfassenden und vor allem kompetenten Begutachtung im Arzthaftungsprozess zu erreichen, sind die wesentlichen der oben genannten Kriterien, wie die Kompetenz des Sachverständigen für die konkrete Fragestellung, sein Verhältnis zu den Parteien des Rechtsstreits oder sein zeitlicher Verfügungsrahmen, in Erfahrung zu bringen. Am einfachsten ist dies seitens des Gerichts möglich. Manche Sachverständigen reagieren pikiert, wenn ein Parteivertreter ihnen diese Fragen stellt. Daher sollte das Gericht standardmäßig im Vorfeld der Beauftragung des Arztes die relevanten Kriterien abfragen.

Um wiederum die Dauer der Gutachterstellung zeitlich zu begrenzen und den Prozess zu fördern, ist es unerlässlich, dass die Gerichte dem Sachverständigen bereits mit dem Auftrag eine Frist zur Erstattung des Gutachtens setzen. Die Fristsetzung ist jedoch kaum etwas wert, wenn ihre Einhaltung nicht kontrolliert wird. Das Fristversäumnis muss sanktioniert werden. Diese Möglichkeiten bestehen bereits heute (§§ 411, 409 ZPO), werden jedoch nicht von allen Gerichten ausgeschöpft.

IV. Prozessuale Möglichkeiten der

Partei

Liegt das Gutachten des Gerichtssachverständigen vor, stehen jeder Partei verschiedene prozessuale Möglichkeiten zur Verfügung, wie:

- Stellungnahme mit Fragerecht und Antrag auf Anhörung des Gerichtssachverständigen (§§ 402, 397, 411 Abs. 3 und 4 ZPO);

- Ablehnung des Gerichtssachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit (§§ 406 Abs. 1 S. 1, 42 Abs. 1 und 2 ZPO);

- Antrag auf Einholung eines neuen Gutachtens (§ 412 ZPO) und

- Sachverständigenhaftung (§ 839 a BGB).

1. Stellungnahme mit Fragerecht und Antrag auf Anhörung des Gerichtssachverständigen (§§ 402, 397, 411 Abs. 3 und 4 ZPO)

Die Parteien des Rechtsstreits haben die Möglichkeit, innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist (§§ 411 Abs. 4 S. 2, 296 Abs. 1 und 4 ZPO) ihre Einwendungen gegen das Gutachten, die Begutachtung betreffende Anträge und Ergänzungsfragen zum schriftlichen Gutachten vorzubringen (§ 411 Abs. 4 S. 1 ZPO).

Das Antragsrecht steht der Partei auch dann zu, wenn das Gericht selbst keine weitere Sachverhaltsaufklärung für notwendig erachtet, weil es das schriftliche Gutachten für ausreichend und überzeugend hält^{<125>}. Gibt der Tatrichter jedoch dem Antrag der Partei nicht statt, stellt dies einen Verfahrensfehler dar, es sei denn, der Antrag ist rechtsmissbräuchlich oder verspätet gestellt worden^{<126>}. Einen konkret formulierten Fragenkatalog muss die Partei nicht vorlegen. Es genügt, wenn sich aus dem Schriftsatz ergibt, in welcher Hinsicht eine weitere Aufklärung des medizinischen Sachverhalts mithilfe des Gerichtssachverständigen gewünscht wird^{<127>}. Das Antragsrecht gilt auch für etwaige Ergänzungsgutachten^{<128>}.

Ordnet das Gericht seinerseits das Erscheinen des Sachverständigen an (§ 411 Abs. 3 ZPO), so bleibt das Antragsrecht der Partei hiervon unberührt^{<129>}. Von ihrem Antragsrecht sollte sie innerhalb der Frist selbst dann Gebrauch machen, wenn das Gericht von Amts wegen die Ladung des Sachverständigen angeordnet hat, um sich nicht ihrer Rechte zu begeben, wenn es zu einem Sinneswandel des Gerichts kommt und dieses von der Ladung des Sachverständigen wieder

absieht^{<130>}.

Ist der medizinische Sachverhalt kompliziert, ist zunächst eine schriftliche Stellungnahme des Gerichtssachverständigen auf die Fragen und Vorhalte der Parteien von Vorteil, bevor er sein Gutachten mündlich erläutert. Zur Erstellung des Ergänzungsgutachtens ist nicht selten die erneute Einsichtnahme in die Gerichtsakte und die medizinischen Unterlagen oder die Sichtung von Literatur erforderlich. Wird auf eine schriftliche Stellungnahme des Gerichtssachverständigen verzichtet, kann sich seine anschließende Befragung in der mündlichen Verhandlung schwierig gestalten.

Denn häufig hat der Gerichtssachverständige in der mündlichen Verhandlung nur sein Gutachten vor sich liegen und vor dem Gerichtstermin selten die erneute Gelegenheit, in die für die schriftliche Begutachtung zur Verfügung gestellten medizinischen Unterlagen Einblick zu nehmen. Liegt die Begutachtung mehrere Monate zurück, wird er sich an die Behandlungsunterlagen im Detail nicht mehr erinnern. Er hat zudem keine Möglichkeit, während der Verhandlung Literatur zu sichten. Die Anhörung des Gerichtssachverständigen wirft dann nicht selten mehr Fragen auf als sie beantwortet bzw. es werden Antworten gegeben, die die fehlende Kenntnis der medizinischen Unterlagen belegen. Ob dies eine sinnvolle Nutzung des Beweismittels ist, ist zu bezweifeln.

Eine Vorabstufung des Gerichtssachverständigen bietet sich auch an, wenn es lediglich um Verständnisfragen geht, die durch kurze Antworten zu klären sind (vgl. § 411 Abs. 3 ZPO-E). Eine Anhörung erübrigt sich manchmal und der Antrag wird zurückgenommen.

Die Ladung des Gerichtssachverständigen zur ergänzenden mündlichen Erläuterung seines Gutachtens ist - im Vergleich zur ausschließlich schriftlichen Stellungnahme - ein probates Mittel zur Sachverhaltsaufklärung. Der Erfolg hängt in der Praxis jedoch nicht selten maßgeblich von der inneren Haltung des Gerichtssachverständigen gegenüber der fragenden Partei, seinen Rechtskenntnissen und forensischen Erfahrungen sowie von der Befragungstechnik und -taktik des Tatrichters ab. Je aufgeschlossener sich der Gerichtssachverständige gegenüber den Vorhalten und Fragen aller Verfahrensbeteiligten zeigt, desto schneller und erfolgreicher klären sie sich.

Die Befragung des Gerichtssachver-

ständigen wird aus Sicht der Parteien erschwert, wenn der Tatrichter bei Ausübung des Erstfragerechts nicht zur Aufklärung der von den Parteien als offen angesehenen Fragen beiträgt - sei es, dass die Schwerpunkte anders gesetzt werden, was oftmals an der

- *VersR 2016, 0639* -

unterschiedlichen Sichtweise oder der Verwendung anderer Erkenntnisquellen (Privatgutachten, Leitlinien, Literatur etc.) liegt, oder sei es, weil der Tatrichter die Überlegungen der Parteien nicht in seine Befragung einbezogen hat. Die sich an diese Befragung anschließenden Fragen der Parteien verlangen dem Gerichtssachverständigen eine neue, unvoreingenommene Betrachtung des gleichen medizinischen Geschehens, und damit viel Flexibilität ab, die manch ein Gerichtssachverständiger im Anschluss an die gerichtliche Befragung nicht mehr leisten kann oder möchte. Die Gründe hierfür sind sicherlich vielfältig. Es kann sein, dass der Gerichtssachverständige sich bereits im Rahmen der Befragung durch das Gericht so festgelegt hat, dass eine andere Betrachtungsweise unmöglich wird oder er dem Fragerecht der Parteien - irrtümlich - eine geringere prozessuale Bedeutung beimisst. Es mutet bisweilen an, als befände sich der Gerichtssachverständige unwiederbringlich auf einem gänzlich anderen gedanklichen "Gleis", was seine Befragung sehr mühsam gestaltet.

Hier ist das Gericht zusätzlich in der Pflicht, für die Wahrung der Verfahrensrechte der Parteien zu sorgen, in dem es dem Gerichtssachverständigen seine Rolle und Pflichten im Verfahren (erneut) verdeutlicht.

Nimmt man den verfassungsrechtlich verankerten Anspruch der Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs ernst, so setzt dies sowohl seitens des Tatrichters als auch des Gerichtssachverständigen eine nach allen Seiten offene sowie unbefangene Betrachtungsweise und Bewertung des medizinischen Geschehens voraus.

Im Anschluss an die Anhörung des Gerichtssachverständigen ist grundsätzlich eine unmittelbare Verhandlung und Stellungnahme zum Beweisergebnis vorgesehen (§§ 279 Abs. 3, 285 Abs. 1 ZPO), wobei zu bedenken ist, dass im Arzthaftungsrecht nicht selten medizinisch komplexe Fragestellungen erörtert werden. Eine sofortige Stellung-

nahme zum Beweisergebnis ist manchmal nicht möglich, weil:

- Unklarheiten nicht aufgelöst werden konnten;
- sich ein Widerspruch zwischen Gutachten und mündlicher Stellungnahme des Gerichtssachverständigen bzw. ein Widerspruch zum Privatsachverständigen-gutachten ergab oder
- der Gerichtssachverständige eine neue oder ausführlichere Beurteilung im Vergleich zur bisherigen schriftlichen Stellungnahme vornahm<131>.

Der klagende Patient ist als medizinischer Laie häufig nicht in der Lage, *ad hoc* fundiert und umfassend auf die sachverständige Äußerung in der mündlichen Verhandlung zu reagieren. Von ihm darf keine allzu konkrete Stellungnahme in medizinischen Fragen verlangt werden (reduzierte Substanziierungspflicht)<132>.

Das Gericht muss daher dem Patienten zur Wahrung der Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs Gelegenheit geben, in Kenntnis der Sitzungsniederschrift zur mündlichen Anhörung des Gerichtssachverständigen in einem nachgelassenen Schriftsatz Stellung zu nehmen<133>. Dies verschafft dem Patienten die Gelegenheit, mithilfe eines (Privat-)Sachverständigen die Wissenslücke zu schließen, die Ausführungen des Gerichtssachverständigen zu prüfen, ihnen begründet zu begegnen sowie abweichende medizinische Lehrmeinungen vorzuhalten oder auf die Lücken oder Widersprüchlichkeiten des **G e r i c h t s s a c h v e r s t ä n d i g e n h i n z u w e i s e n** < 1 3 4 > .

Es stellt einen Verfahrensfehler dar, wenn das Gericht dem Antrag auf Einräumung einer Schriftsatzfrist nicht nachkommt oder die mündliche Verhandlung weder von Amts wegen noch auf Antrag nach § 156 ZPO wieder eröffnet, obwohl die vorgebrachten Einwände dies erfordern<135>.

2. Ablehnung des Gerichtssachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit (§§ 406 Abs. 1 S. 1, 42 Abs. 1 und 2 ZPO)

Die Parteien haben die Möglichkeit, den Gerichtssachverständigen aus den gleichen Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abzulehnen (§ 406 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 42 Abs. 1 und 2 ZPO). Wegen *Besorgnis* der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilich-

keit eines Sachverständigen zu rechtfertigen. Es muss sich dabei um Tatsachen oder Umstände handeln, die vom Standpunkt des Ablehnenden bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Sachverständige stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit nicht unparteiisch gegenüber<136>. Der Gerichtssachverständige muss also nicht tatsächlich befangen sein und auch das Gericht selbst kann eine andere Ansicht vertreten, denn es kommt darauf an, ob sich für die ablehnende Partei der *Anschein* der Parteilichkeit ergibt<137>. Die Rechtsprechung bejaht die Ablehnung des Gerichtssachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit beispielsweise in folgenden Fällen<138>:

- fehlende Auseinandersetzung des Gerichtssachverständigen mit dem von der Kl.seite eingereichten Privatgutachten, wohingegen das vom Bekl. vorgelegte Privatgutachten beachtet wird<139>;
- Umformulierung des Beweisbeschlusses und Außerachtlassen des Parteivortrags einer Partei durch den Gerichtssachverständigen<140>;
- Gerichtssachverständiger hat sich einseitig festgelegt, streitige Behauptungen als wahr zugrunde gelegt, Beweise gewürdigt<141>;
- Gerichtssachverständiger hat eine - streitige - Aufklärung als erfolgt zugrunde gelegt, weil sie dokumentiert war<142>;
- Gerichtssachverständiger hat ausschließlich die Dokumentation des bekl. Arztes beachtet und sich mit der entgegenstehenden Darstellung des Kl. nicht befasst<143>;
- Gerichtssachverständiger überschritt deutlich den Gutachtauftrag sowie das eigene Fachgebiet, übernahm Aufgaben des Gerichts<144>;

- *VersR 2016, 0640* -

- besonderes persönliches oder geschäftliches/berufliches Verhältnis des Gerichtssachverständigen zu einer Partei, wobei Verschweigen einer solchen Nähe als selbstständiger Befangenheitsgrund ausreicht<145>;
- langjährige wissenschaftliche Zusammenarbeit des Gerichtssachverständigen mit einer Partei<146>;
- unsachliche Grundhaltung des Gerichtssachverständigen gegenüber einer Partei<147>;

- Mandatsverhältnis zwischen Sachverständigen und Prozessbevollmächtigtem einer Partei<148>.

3. Antrag auf Einholung eines neuen Gutachtens (§ 412 ZPO)

Das Gericht kann von Amts wegen oder auf Parteiantrag ein weiteres Sachverständigen Gutachten einholen, entweder beim selben oder einem anderen Sachverständigen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet (§ 412 Abs. 1 ZPO).

Üblicherweise werden Lücken oder offene Fragen im Gutachten dadurch geschlossen, dass der Tatrichter entweder eine schriftliche Ergänzung des Gutachtens veranlasst oder den Sachverständigen zur Erläuterung des Gutachtens lädt. Bestehen die offenen Fragen und Lücken fort oder lässt sich ein Widerspruch im Gutachten des Sachverständigen selbst oder ein solcher mit einem anderen Sachverständigen nicht lösen, ist die Beauftragung eines weiteren Sachverständigen angezeigt. Ein Wechsel des Sachverständigen erfolgt, wenn der ursprüngliche Sachverständige durch Gerichtsbeschluss wegen Besorgnis der Befangenheit erfolgreich abgelehnt wurde (§ 412 Abs. 2 ZPO).

4. Die Sachverständigenhaftung (§ 839 a BGB)

Die Haftung des Sachverständigen ist seit dem 1. 8. 2002 in § 839 a BGB verankert<149>. Dieser sieht die zivilrechtliche Haftung des Sachverständigen bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Erstattung eines unrichtigen Gutachtens vor, wenn die gerichtliche Entscheidung hierauf beruht<150>. Unrichtig ist ein Gutachten, wenn:

- es nicht der objektiven Sachlage entspricht (unrichtige Tatsachenfeststellung oder fehlerhafte Schlussfolgerung) oder
- der Sachverständige in seinem Gutachten eine Sicherheit vorspiegelt, obwohl nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich ist<151>.

Wird ein Sachverständiger wegen Befangenheit abgelehnt und sein Gutachten damit unbrauchbar, so erfüllt dies *nicht* die Tatbestandsvoraussetzung des unrichtigen Gutachtens i. S. d. § 839 a BGB<152>.

Hat die Partei wegen des unrichtigen Gutachtens den Prozess verloren, kann sie sich beim Sachverständigen

bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 839 a BGB schadlos halten. Noch während des Primärprozesses muss sie allerdings, wenn sie aufgrund des unrichtigen Gerichtsgutachtens zu unterliegen droht, durch Inanspruchnahme sämtlicher zur Verfügung stehender Rechtsmittel den Versuch unternehmen, das unrichtige Gutachten bzw. die darauf beruhende unrichtige Entscheidung zu korrigieren bzw. zu verhindern (sog. Primärrechtsschutz gem. § 839 a Abs. 2 i. V. m. § 839 Abs. 3 BGB)<153>. Zu den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln i. S. d. § 839 a BGB zählen u. a.:

- Gegenvorstellung;
 - Hinweis auf die Unrichtigkeit des Gutachtens;
 - Antrag auf Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens sowie
 - der formelle Beweisantrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens<154>.
- Ergeht auf der Grundlage des fehlerhaften Gutachtens eine Entscheidung, dann sind auch jene Rechtsmittel *zwingend* einzusetzen, die sich direkt gegen die fehlerhafte gerichtliche Entscheidung richten<155>. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, ein auf dem fehlerhaften Gutachten beruhendes Urteil gänzlich zu vermeiden<156>.

Vertreten wird<157>, dass ein Privatgutachten ein Rechtsmittel i. S. d. § 839 a Abs. 2 i. V. m. § 839 Abs. 3 BGB sei. Werde es nicht eingesetzt, so führe dies dazu, dass sich die Partei ihrer Möglichkeit begeben, den Sachverständigen in einem Folgeprozess zur Rechenschaft zu ziehen. Diese Ansicht ist nicht haltbar, denn sie steht im krassen Widerspruch zu den Grundsätzen des Arzthaftungsrechts. Weder der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung verlangen, dass eine Partei zur Erhebung von Einwänden gegen das Gerichtsgutachten ein Privatgutachten einholen muss<158>. Nichts anderes kann im Rahmen des § 839 a BGB gelten.

§ 839 a BGB gerät in der Rechtspraxis häufig in Vergessenheit, da der Fokus darauf liegt, das belastende Urteil aus der Welt zu schaffen. Das Stiefkinddasein hat die Norm zu Unrecht. Sie ermöglicht nicht nur einen monetären Ausgleich, sondern

- VersR 2016, 0641 -

verdeutlicht, wie verantwortungsvoll die Aufgabe des Sachverständigen

ist und welche Bedeutung ihr im Prozess zukommt. Der Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, die durch das Gutachten benachteiligte Partei zu entschädigen und Gerichtssachverständige, die unrichtige Gutachten erstatten, zu sanktionieren. Es ist nicht zu dulden, dass einige wenige - Sachverständige mit ihrer Aufgabenstellung lax umgehen, indem sie den Sachverhalt oberflächlich abhandeln oder Behauptungen aufstellen, die sie nicht belegen können. Die Norm schützt somit nicht nur die Parteien und Gerichte vor diesen Sachverständigen, sondern auch diejenigen Sachverständigen, die ihre Aufgabe ernst nehmen und gewissenhaft ausführen.

5. Fazit

Die Überlegung einer Partei, welches prozessuale Mittel sie einsetzt und ob sie alle ihr zur Verfügung stehenden Mittel ergreifen möchte, wirkt sich nicht nur auf den aktuellen Prozess aus, sondern auch auf einen etwaigen Folgeprozess gegen den Sachverständigen selbst. Hat die Partei auch nur die Vermutung, die Voraussetzungen der Sachverständigenhaftung könnten erfüllt sein, muss sie vorsorgen. Versäumt es die Partei, ihre Rechte voll auszuschöpfen, begibt sie sich bereits deshalb der Möglichkeit, eine Haftung des ehemaligen Sachverständigen im Folgeprozess zu erreichen. Schnell wird aus einem Haftungsprozess gegen den Sachverständigen ein solcher gegen den ehemaligen Prozessbevollmächtigten der Partei.

V. Ausblick

Die Rolle des Sachverständigen im Gerichtsverfahren ist zunehmend in den Fokus der Gesellschaft, der Medien und nicht zuletzt des Gesetzgebers gerückt. Die geplante Gesetzesänderung ist wichtig, wenn man sich die "Macht" des Sachverständigen im Prozess vergegenwärtigt.

Der Vorstoß der Bundesregierung darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass bereits nach bestehendem Recht das notwendige Handwerkszeug zur Verfügung steht, um die Qualität des Gutachtens zu beeinflussen und die Neutralität des Sachverständigen zu hinterfragen. Auch die Beschleunigung des Gerichtsverfahrens durch die Bestimmung eines Abgabetermins für das Gutachten ist bereits heute möglich. Die Frage, weshalb nicht von den Tatrichtern flächendeckend von den zur Verfü-

gung stehenden Mitteln Gebrauch gemacht wird, bleibt weiterhin unbeantwortet.

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung hat die Hoffnung enttäuscht, dass im Wege der Änderungen des Sachverständigenrechts auch die Spezialisierung der Spruchkörper an den LG umgesetzt wird. Damit wird die Chance vertan, den Prozess zu straffen, die Auseinandersetzung des Tatrichters mit dem Gutachten zu verbessern, den kritischen Umgang mit der sachverständigen Äußerung zu fördern und dem Wissensgefälle zwischen Tatrichter und Sachverständigem sowie spezialisierten Parteivertretern entgegenzuwirken.

Unabhängig vom Gesetzesentwurf ist der Vorstoß derjenigen Landesärztekammern zu unterstützen, die ein Gutachtenqualitätsmanagement mit Qualitätskontrolle vorhalten sowie Fortbildungsmöglichkeiten anbieten zum Thema "*Aus Fehlern lernen*"^{<159>}. Es wäre wünschenswert, wenn zukünftig nur solche Ärzte als Gerichtssachverständige bestellt würden, die eine Ausbildung zum Sachverständigen absolviert und damit neben den formalen Aspekten der Gutachtenerstattung und ihrer überragenden fachlichen Qualität insbesondere die rechtlichen Aspekte der Tätigkeit verinnerlicht haben.

Fußnoten

<*> Die Autorin ist Fachanwältin für Medizinrecht in Montabaur.

<1> Vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz - Stand 29. 5. 2015 - S. 3 abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_KorrBekG.pdf?__blob=publicationFile&v=5; Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 9. 12. 2015 BT-Drucks. 18/6985 S. 3 a b r u f b a r u n t e r <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/069/1806985.pdf>.

<2> BGH vom 24. 6. 1952 - 1 StR 130/52 - NJW 1952, 899 zitiert in Leitlinie "Allgemeine Grundlagen der medizinischen Begutachtung" - Stand 7/2013 - a b r u f b a r u n t e r www.awmf.org/Leitlinien/Detail/II/094-001.html S. 4; Greger in Zöller, ZPO

29. Aufl. 2012 § 402 Rn. 6; Wenzel/Frahm, Der Arzthaftungsprozess 2012 Kap. 2 Rn. 3762.

<3> Hanauer/Dittmann, Die unheimliche Macht der Gutachter Die Welt vom 8. 2. 2009.

<4> Kowalski, Gutachter müssen künftig ihre Unabhängigkeit beweisen Focus vom 29. 4. 2013; Aus für schlechte Gutachter? Focus-Magazin Nr. 27/2015.

<5> Baltzer, Der Richter und sein Denker brandeins 10/2012 abrufbar unter www.brandeins.de/archiv/2012/spezialisten/der-richter-und-sein-denker (Stand 15. 12. 2015); Prof. Dr. Ulrich Baltzer ist ehemaliger Vorsitzender Richter einer Schwurgerichts- und Strafvollstreckungskammer am LG Frankfurt/M. Seit 1995 ist er Dozent an der Psychiatrie-Akademie Königslutter und lehrt an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität in Frankfurt/M.

<6> Hanauer/Dittman aaO (Fn. 3).

<7> Jordan/Gresser Wie unabhängig sind Gutachter? DS 2014, 71; Gerichtsgutachten: Oft wird die Tendenz vorgegeben DÄBl 2014, A-210/B-180/C-176.

<8> Referentenentwurf aaO (Fn. 1) S. 1 und Gesetzesentwurf aaO (Fn. 1) S. 1. Der Referentenentwurf beruht u. a. auf der Petition Nr. 12609, über die der Petitionsausschuss drei Jahre beriet. Er schlug dem Bundestag u. a. die Ergänzung des § 404 ZPO vor (aus: Kowalski, Gutachter müssen künftig ihre Unabhängigkeit beweisen Focus vom 29. 4. 2013).

<9> Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode der Fraktionen von CDU, CSU und SPD S. 107 f.

<10> Referentenentwurf aaO (Fn. 1) und Gesetzesentwurf aaO (Fn. 1).

<11> Gesetzesentwurf aaO (Fn. 1) S. 10.

<12> Referentenentwurf aaO (Fn. 1) S. 4 mit Hinweis auf Keders/Walter NJW 2013, 1697 (1700).

<13> Referentenentwurf aaO (Fn. 1) und Gesetzesentwurf aaO (Fn. 1).

<14> Keders/Walter NJW 2013, 1697 (1701 f.) (aus Referentenentwurf zum

Sachverständigenrecht S. 10; aus Gesetzesentwurf zum Sachverständigenrecht S. 15).

<15> Referentenentwurf aaO (Fn. 1) S. 10; Gesetzesentwurf aaO (Fn. 1) S. 15.

<16> Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode zwischen CDU, CSU und SPD S. 107 f.

<17> Gesetzesentwurf aaO (Fn. 1) S. 13 f.

<18> Gesetzesentwurf aaO (Fn. 1) S. 14.

<19> BGH VersR 2015, 712; vgl. BGH VersR 1987, 686; vgl. auch Jaeger, Patientenrechtegesetz - Kommentar zu §§ 630 a bis 630 h BGB, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2013 § 630 a Rn. 30, 64.

<20> BGH VersR 1987, 686.

<21> BGH VersR 1981, 278; VersR 1982, 168; OLG Brandenburg vom 11. 7. 2001 - 1 U 4/01 - zfs 2002, 13 = NJW-RR 2001, 1608.

<22> BGH VersR 1980, 533; VersR 1980, 940; VersR 1987, 310; VersR 1998, 853; VersR 2011, 1158; VersR 2002, 480.

<23> BGH VersR 2001, 1115; VersR 2015, 712; VersR 2003, 1128: "Das Absehen von einer medizinisch gebotenen Vorgehensweise bedeutet eine Abweichung von dem haftungsrechtlich maßgeblichen Standard eines Facharztes (vgl. Senat [VersR 1996, 330]) und begründet einen ärztlichen Behandlungsfehler".

<24> BGH VersR 1987, 310; VersR 2015, 712.

<25> BGH VersR 1987, 310; VersR 2004, 909; VersR 2004, 645; VersR 2015, 712.

<26> BGH VersR 2014, 247.

<27> St. Rspr.; BGH VersR 2003, 474.

<28> St. Rspr.; statt vieler vgl. BGH VersR 2013, 1045 m. w. N.: zur tatrichterlichen Beweiswürdigung am Fallbeispiel einer Querschnittslähmung nach HWS-Operation; Auseinandersetzung mit der Frage der Grenzen des vernünft-

- tigen Zweifels und der Anforderungen an den Grad an Gewissheit nach § 286 ZPO bei Vorgängen und Umständen im Zusammenhang mit dem menschlichen Organismus.
- <29> BGH VersR 2008, 644; VersR 2009, 69; OLG Brandenburg vom 11. 7. 2001 - 1 U 4/01 - zfs 2002, 13 = NJW-RR 2001, 1608; BGH VersR 1970, 924; vgl. BGH VersR 2003, 474 zu den Anforderungen des § 287 ZPO im Unterschied zu § 286 ZPO.
- <30> BGH VersR 2003, 474.
- <31> BGH VersR 2014, 1130 m. w. N.
- <32> BGH VersR 2001, 646; VersR 2003, 1128; VersR 2011, 1569; VersR 2015, 712.
- <33> BGH VersR 2003, 1128; VersR 2001, 646.
- <34> BGH VersR 2003, 1128.
- <35> Einen *groben* Aufklärungsfehler kennt das deutsche Recht nicht.
- <36> St. Rspr.; BGH VersR 2011, 1569 Tz. 10.
- <37> St. Rspr.; BGH VersR 2011, 1569 Tz. 12.
- <38> Grundsätzlich muss der klagende Patient beweisen, dass ein Behandlungsfehler vorliegt und dieser für den eingetretenen primären Gesundheitsschaden ursächlich geworden ist. Kann der Patient darüber hinaus den Beweis erbringen, dass ein grober Behandlungsfehler vorliegt, greift zu seinen Gunsten die Umkehr der Beweislast ein. Es genügt hierfür, wenn der grobe Behandlungsfehler zur Herbeiführung des Gesundheitsschadens *geeignet* (BGH VersR 1997, 315) und der Ursachenzusammenhang nicht äußerst unwahrscheinlich ist (BGH VersR 2005, 228; vgl. *Jaeger* aaO [Fn. 19] § 630 h Rn. 438). Es obliegt dann dem Arzt zu beweisen, dass der Schaden auch ohne den Fehler eingetreten wäre (vgl. *Jaeger* aaO [Fn. 19] § 630 h Rn. 437 m. w. N.). Der mit Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes am 26. 2. 2013 eingeführte § 630 h Abs. 5 BGB kodifiziert "nur" die vormals richterrechtlich vorgesehene Beweiserleichterung für den Patienten (s. dazu kritisch *Jaeger* aaO [Fn. 19] § 630 h Rn. 438).
- <39> BGH VersR 2009, 1406.
- <40> BGH VersR 2008, 1265.
- <41> BGH VersR 2004, 1579; VersR 1979, 939 (940 f.).
- <42> BGH VersR 1979, 939; VersR 1997, 510; OLG Nürnberg vom 24. 11. 2008 - 2 W 2246/08 - BauR 2009, 1624.
- <43> OLG Saarbrücken vom 11. 3. 2008 - 5 W 42/08 - NJW-RR 2008, 1087 m. w. N.
- <44> BGH VersR 2009, 1406.
- <45> BGH VersR 1997, 510; VersR 2001, 1030; VersR 2015, 712.
- <46> BGH VersR 1994, 984 m. w. N.; VersR 2015, 712.
- <47> BGH VersR 1997, 510.
- <48> BGH VersR 2009, 499.
- <49> BGH VersR 2008, 1265.
- <50> BGH VersR 1997, 510.
- <51> BGH VersR 1988, 837; VersR 1994, 984; VersR 1997, 510; VersR 2001, 859; VersR 2002, 1026; VersR 2003, 1256; VersR 2008, 1676; VersR 2009, 499; VersR 2015, 712.
- <52> BGH VersR 1997, 510; VersR 2015, 712; VersR 2008, 1676.
- <53> BGH VersR 2009, 499.
- <54> Vertiefend zur Auswahl des Sachverständigen *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch*, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht 2. Aufl. 2008 Rn. 36 ff.
- <55> BGH VersR 2001, 525.
- <56> BGH VersR 2009, 499; VersR 2016, 463.
- <57> Jüngst BGH VersR 2016, 463.
- <58> BGH VersR 2008, 1676; VersR 2011, 552; VersR 2014, 895 m. w. N.
- <59> St. Rspr.; statt vieler BGH VersR 2015, 327 m. w. N.
- <60> St. Rspr.; vgl. BGH VersR 2014, 895 m. w. N.
- <61> St. Rspr.; BGH VersR 2015, 327; vgl. BGH VersR 2009, 975.
- <62> BGH VersR 2008, 1676.
- <63> BGH VersR 2009, 499; VersR 2009, 975; VersR 2016, 463.
- <64> BGH VersR 2009, 499; VersR 2009, 975; VersR 2004, 790; VersR 1992, 722; VersR 2002, 1026; VersR 2011, 552.
- <65> BGH VersR 2009, 975; VersR 1981, 576; *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3846.
- <66> BGH VersR 2002, 480; VersR 2004, 790; VersR 2008, 1676; VersR 2009, 975; VersR 2011, 552; VersR 2014, 895 m. w. N.; VersR 2015, 327.
- <67> BGH VersR 2008, 1265.
- <68> BGH VersR 2009, 69; VersR 2001, 525; VersR 2008, 1265; *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3846 m. w. N.
- <69> 094/001 S2k-Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 3; vgl. (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte - MBO-Ä 1997 - in der Fassung des Beschlusses des 118. Deutschen Ärztetags 2015 in Frankfurt/M.
- <70> *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 63.
- <71> Koalitionsvertrag der Fraktionen CDU/CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode S. 107.
- <72> BGH VersR 2015, 712; vertiefend *Ziegler/Hartwig*, Der Grundsatz der fachgleichen Begutachtung - erläutert am Beispiel des Schluckaufs und seiner möglichen arzthaftungsrechtlichen Folgen - VersR 2011, 1113; *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 21.
- <73> *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 62 ff.; *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3773; Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 9.
- <74> BGH VersR 2015, 712; *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 62 m. w. N.; *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3776.

- <75> *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 155.
- <76> *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3795.
- <77> Vertiefend hierzu *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 24 m. w. N.
- <78> *Stelzner*, Der lästige Sachverständige in Chirurg 2001, 38.
- <79> *Steinau/Hohenberger* Chirurgische Allgemeine Zeitung 2012, 185.
- <80> Deutsche Gesellschaft für Arbeitsmedizin und Umweltmedizin (DGAUM), Deutsche Gesellschaft für Chirurgie (DGCH), Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG), Deutsche Gesellschaft für Hals-Nasen-Ohren-Heilkunde, Kopf- und Hals-Chirurgie (DGHNOKHC), Deutsche Gesellschaft für Innere Medizin (DGIM), Deutsche Gesellschaft für Neurologie (DGN), Deutsche Gesellschaft für orthopädische Chirurgie (DGOOC), Deutsche Gesellschaft für Unfallchirurgie (DGU), Deutsche Gesellschaft für psychosomatische Medizin und ärztliche Psychotherapie (DGPM), Deutsche Gesellschaft für Sozialmedizin und Prävention (DGSM) und Gesellschaft für Neuropsychologie (GNP).
- <81> Leitlinie aaO (Fn. 2).
- <82> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 3.
- <83> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 3.
- <84> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 3.
- <85> *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3792.
- <86> *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 62 ff. m. w. N.; Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 7 ff.; *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3791 ff. m. w. N.
- <87> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 7 ff.
- <88> *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 73.
- <89> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 7.
- <90> *Jordan/Gresser*, DS 2014, 71; *Salewski/Stürmer*, Qualitätsstandards in der familienrechtspsychologischen Begutachtung abrufbar unter http://www.fernuni-hagen.de/psychologie/qpfq/pdf/Untersuchungsbericht1_FP_RGutachten_2014.pdf (Stand 19. 1. 2016); *Schnoor*, Beurteilung der Schuldfähigkeit. Eine empirische Untersuchung zum Umgang der Justiz mit Sachverständigen 2009.
- <91> *Jordan/Gresser* DÄBl 2014, A-210/B-180/C-176.
- <92> *Jordan/Gresser* DS 2014, 71; DÄBl 2014, A-210/B-180/C-176.
- <93> *Jordan/Gresser* DS 2014, 71 (80).
- <94> Referentenentwurf aaO (Fn. 1) und Gesetzesentwurf aaO (Fn. 1).
- <95> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 8 ff.
- <96> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 8 f.
- <97> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 9.
- <98> *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 62.
- <99> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 9 f.; vgl. *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 62.
- <100> BGH VersR 2011, 1569; VersR 2009, 1405; Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 9; *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 62; *Müller* VersR 2009, 1145 (1148).
- <101> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 10, 13; vertiefend *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3782 ff.
- <102> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 13.
- <103> BGH VersR 1982, 168 (169): "Dabei übersieht es aber, daß die Befragung der Sachverständigen durch das selbst nicht sachkundige Gericht von vornherein viel zu eng angelegt war. Die Beweiserhebung bezog sich von vornherein nur auf die Frage, ob bei der *Durchführung* der Operation Fehler unterlaufen sind. Nun ist es allerdings Pflicht eines gerichtlich bestellten Sachverständigen, das nicht sachkundige Gericht darauf hinzuweisen, wenn es sich ihm aufdrängt, daß die inkriminierte ärztliche Handlung schon an sich verfehlt oder bedenklich war. Indessen ist es eine allgemeine gerichtliche Erfahrung, daß jedenfalls von einem Arzt als Sachverständigem eine solche spontane Erweiterung seiner Aussage zulasten des bekl. Arztes immer noch nicht mit Sicherheit erwartet werden darf; die Unterlassung einer gezielten Frage muß daher als Verfahrensfehler gewertet werden."
- <104> *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3786.
- <105> Vgl. OLG München vom 5. 3. 1991 - 1 W 896/91 - mit dem Hinweis an das Vordergericht, dem Gerichtssachverständigen entweder die Grundlagen, von denen er in seinem Gutachten auszugehen hat, oder eine alternative Grundlage zur Bewertung vorzugeben.
- <106> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 12 f.
- <107> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 12 f.
- <108> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 12 f.
- <109> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 13 f.
- <110> Referentenentwurf aaO (Fn. 1) S. 10; Gesetzesentwurf aaO (Fn. 1) S. 15.
- <111> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 14 f.
- <112> Verordnung über den Schutz vor Schäden durch Röntgenstrahlen (Röntgenverordnung [RöV] i. d. F. vom 11. 12. 2014; Verordnung über den Schutz vor Schäden durch ionisierende Strahlen (Strahlenschutzverordnung [StrlSchV]) i. d. F. vom 11. 12. 2014.
- <113> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 14 f.
- <114> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 14 f.
- <115> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 14 f.
- <116> Leitlinie aaO (Fn. 2) S. 14.
- <117> *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 62.
- <118> Vertiefend: *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3822 ff. m. w. N.; *Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch* aaO (Fn. 54) Rn. 382 ff.
- <119> In der Praxis wird zuweilen im Gutachten der Beweisbeschluss des Gerichts wiederholt, einmal zu Beginn des Gutachtens und anschließend im Rahmen der Beantwortung der Beweisfragen erneut. Dies ist entbehrlich, da es in der Sache keinen Mehrwert bringt

- und den Umfang des Gutachtens unnötig aufbläht. Demgegenüber ist es sinnvoll, die Beweisfrage der hiermit korrelierenden sachverständigen Antwort direkt voranzustellen.
- <120> Der Tatrichter zieht im Rahmen seiner Prozessförderungspflicht die Behandlungsunterlagen bei, die die Grundlage der sachverständigen Stellungnahme bildet (vgl. *Wenzel/Frahm* aaO [Fn. 2] Rn. 3790: mit dem besonderen Hinweis auf die Beziehung im Original und den Verlust an Erkenntnismöglichkeiten bei digitalisierten, mikroplan- und mikroverfilmten oder kopierten Behandlungsunterlagen [z. B. wegen Verwendung verschiedener Stifte in der Kurve, ergänzender Eintragungen etc.]). Der Tatrichter hat zudem von Amts wegen auf eine umfassende und exakte Aufklärung des medizinischen Sachverhalts hinzuwirken sowie durch Prozessleitung und Rechtshinweise die beweiserheblichen medizinischen Fragestellungen klarzustellen (*Geiß/Greiner*, *Arzthaftpflichtrecht* 7. Aufl. E Rn. 4 m. w. N.; vgl. *Wenzel/Frahm* aaO [Fn. 2] Rn. 3486: zur Fürsorgepflicht des Gerichts mit kritischer Anmerkung zur Bezeichnung "Amtsermittlungsgrundsatz" m. w. N.; BGH VersR 1980, 940; OLG Saarbrücken vom 9. 6. 2004 - 1 U 500/03 - AHRS Teil III Ent. Nr. 6180/320).
- <121> Vgl. *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3786.
- <122> BGH VersR 2011, 1569.
- <123> Vgl. *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3824 mit Hinweis auf die elektronische Signatur gem. § 130 a ZPO.
- <124> *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3814 ff. m. w. N.
- <125> St. Rspr.; vgl. BGH vom 27. 2. 1957 - IV ZR 290/56 - NJW 1957, 870; VersR 2007, 1697.
- <126> BGH VersR 1998, 342; VersR 2004, 1579; VersR 2007, 1713.
- <127> BGH VersR 2007, 1697; VersR 2003, 926; vom 27. 2. 1957 - IV ZR 290/56 - NJW 1957, 870.
- <128> BGH VersR 2007, 1713.
- <129> St. Rspr.; BGH VersR 1997, 509; VersR 2007, 1713 mit Verweis auf BGH vom 10. 7. 1952 - IV ZR 15/52 - BGHZ 6, 398, 400 f.
- <130> BGH VersR 2007, 1379.
- <131> BGH VersR 1988, 914; vom 28. 7. 2011 - VII ZR 184/09 - NJW 2011, 3040.
- <132> BGH VersR 1981, 752; VersR 1995, 433; VersR 2004, 83; VersR 2015, 712.
- <133> BGH VersR 1984, 661; vom 28. 7. 2011 - VII ZR 184/09 - NJW 2011, 3040.
- <134> BGH VersR 1984, 661; VersR 1988, 914.
- <135> Vgl. OLG Naumburg (vom 23. 10. 2014 - 1 U 136/12 - MedR 2015, 810), das die fehlende Auseinandersetzung eines mit nachgelassenem Schriftsatz vorgelegten Privatgutachtens rügte sowie das Unterbleiben der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung zur weiteren Sachverhaltsaufklärung; BGH VersR 1988, 914.
- <136> BGH vom 13. 1. 1987 - X ZR 29/86 - MDR 1987, 581; vom 15. 3. 2005 - VI ZB 74/04 - NJW 2005, 1869.
- <137> BGH vom 13. 1. 1987 - X ZR 29/86 - MDR 1987, 581.
- <138> Vertiefend mit zahlreichen weiteren Fallbeispielen: *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3797 ff.; *Hartmann* in *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO 73. Aufl. § 406 Rn. 6 ff.
- <139> LG Gießen vom 31. 1. 2014 - 4 O 474/09.
- <140> OLG Bamberg vom 22. 3. 1993 - 8 W 5/93 - MedR 1993, 351.
- <141> OLG München vom 5. 3. 1991 - 1 W 896/91 - NJW 1992, 1569; OLG Nürnberg vom 12. 6. 2006 - 5 W 980/06 - MDR 2007, 295; OLG Köln vom 30. 12. 1986 - 20 W 65/86 - NJW-RR 1987, 1198; OLG Saarbrücken vom 11. 3. 2008 - 5 W 42/08 - NJW-RR 2008, 1087 (1090).
- <142> OLG Celle vom 5. 5. 2003 - 1 W 9/03 - GesR 2003, 353; OLG Nürnberg vom 6. 10. 2008 - 5 W 790/08 - MedR 2009, 413; OLG Frankfurt/M. vom 15. 12. 2014 - 8 W 49/14.
- <143> LG Memmingen vom 2. 7. 2013 - 24 O 1919/10.
- <144> OLG Celle VersR 2003, 1593.
- <145> OLG Jena vom 3. 9. 2009 - 4 W 373/09 - GesR 2009, 613.
- <146> OLG Köln VersR 1993, 72.
- <147> BGH vom 15. 3. 2005 - VI ZB 74/04 - NJW 2005, 1869; OLG Celle vom 25. 5. 2005 - 13 VerG 7/10 - IBR 2010, 527; *Wenzel/Frahm* aaO (Fn. 2) Rn. 3798.
- <148> BGH vom 13. 1. 1987 - X ZR 29/86 - MDR 1987, 581.
- <149> Die Vorschrift wurde durch das 2. Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19. 7. 2002 (BGBl I 2674) mit Wirkung ab dem 1. 8. 2002 als abschließender Sonderatbestand eingeführt (vertiefend zur Konkurrenz zu anderen Normen *Sprau* in *Palandt*, BGB 75. Aufl. 2016 § 839 a Rn. 1 b; s. auch: OLG Hamm vom 14. 1. 2014 - 9 U 231/13 - BauR 2014, 1191). Damit wurde erstmals in Deutschland die Haftung eines gerichtlich bestellten Sachverständigen kodifiziert. Vertiefend zur Entstehungsgeschichte des § 839 a BGB und zur Haftung vor der Einführung des § 839 a BGB: *Fischer*, § 839 a BGB Haftung des gerichtlichen Sachverständigen (abrufbar unter www.jurline.de vom April 2012) mit Verweis auf die "Weigand"-Entscheidung des BVerfG vom 11. 10. 1978 (BvR 84/74). Ausführlich zur Haftung des Gerichtssachverständigen vor Einführung des § 839 a BGB: OLG Düsseldorf vom 6. 8. 1986 - 4 U 41/86 - NJW 1986, 2891 = VersR 1987, 670 L. Hoheitlich tätige Sachverständige unterliegen unverändert der Haftung nach § 839 BGB.
- <150> Für die Haftung des Gerichtssachverständigen genügt, wie sonst im Haftungsrecht auch, Mitursächlichkeit (*Sprau* aaO [Fn. 149] Rn. 4). Verletzt der Sachverständige den Patienten während der Untersuchung, greifen die Vorschriften der unerlaubten Handlung (vgl. *Sprau* aaO [Fn. 149] Rn. 4 m. w. N.).
- <151> OLG Hamm vom 14. 1. 2014 - 9 U 231/13 - BauR 2014, 1191 m. w. N.
- <152> OLG Hamm vom 14. 1. 2014 - 9 U 231/13 - BauR 2014, 1191 m. w. N.

<153> BGH vom 9. 3. 2006 - III ZR 143/05 - BauR 2006, 1281; vom 28. 7. 2006 - III ZB 14/06 - NJW-RR 2006, 1454.

<154> BGH vom 28. 7. 2006 - III ZB 14/06 - NJW-RR 2006, 1454; VersR 2007, 1379; vertiefend *Sprau* aaO [Fn. 149] § 839 Rn. 68 ff.

<155> BGH vom 28. 7. 2006 - III ZB 14/06 - NJW-RR 2006, 1454; *Sprau* aaO [Fn. 149] § 839 a Rn. 5, § 839 Rn. 68 ff.

<156> BGH vom 28. 7. 2006 - III ZB

14/06 - NJW-RR 2006, 1454.

<157> OLG Celle vom 10. 11. 2011 - 13 U 84/11 - MDR 2012, 280; zu Recht weist *Wagner* (in Münch. Komm. zum BGB 6. Aufl. § 839 a Rn. 33) darauf hin, dass keine Pflicht zur Einholung eines Privatgutachtens besteht, um ein Gerichtsgutachten zu überprüfen.

<158> Vgl. hierzu statt vieler BGH VersR 2004, 83; VersR 2006, 242: "Auch in solchen Fällen dürfen bei einer Partei, die nur geringe Sachkunde hat, weder an ihren klagebegründenden Sachvortrag noch an ihre Einwendun-

gen gegen ein Sachverständigengutachten hohe Anforderungen gestellt werden. Insbesondere braucht sie auch dann über ihre hinreichend substantiierte Kritik an dem gerichtlichen Gutachten hinaus keinen Privatgutachter einzuschalten, um vorbeugend der Gefahr entgegenzuwirken, dass das Gericht dem Gerichtssachverständigen, trotz ihrer Einwendungen, folgen werde (vgl. BGH VersR 2004, 83 [84])."

<159> So beispielsweise die Landesärztekammer Baden-Württemberg.

Wörter: 13778

Urheberinformation: © Verlag Versicherungswirtschaft GmbH