

M. L. Hansis

# Begutachtung vorgeworfener ärztlicher Behandlungsfehler – „das gute Gutachten“

## Einleitung

„Der Arzt schuldet dem Patienten neben einer sorgfältigen Diagnose die Anwendung einer Therapie, die dem jeweiligen Stand der Medizin entspricht“ [1]. So schlicht sich diese allgemeine Sentenz liest, so schwierig ist sie im täglichen (Begutachtungs-)Geschäft zu operationalisieren: Zur Schlüsselfrage, die darüber entscheidet, ob eine ärztliche Behandlung fehlerhaft ist oder nicht, entwickelt sich nämlich nicht die Frage, ob eine medizinische Behandlung erfolgreich war oder nicht, auch nicht die Frage, ob eine medizinische Behandlung vom Patienten so oder anders gewünscht war, nicht die Frage, ob eine medizinische Behandlung „gut gemeint“ war oder nicht. Entscheidend in der Regel ist auch nicht die Frage, ob eine medizinische Behandlung einer gesetzlichen oder untergesetzlichen Norm entsprochen hat (!). Denn eine solche liegt nur für einen verschwindend geringen Anteil aller ärztlichen Leistungen vor. Und auch dann, wenn für eine bestimmte Maßnahme eine untergesetzliche Norm existiert (zum Beispiel Bluttransfusionsrichtlinie), muss sich das einschlägige konkrete Handeln immer noch an den individuellen Erfordernissen messen lassen.

Entscheidende Messgröße für die Verwerflichkeit oder Nicht-Verwerflichkeit einer ärztlichen Behandlung ist mithin die zum betreffenden Zeitpunkt allgemein vorherrschende Überzeugung in medizini-

schen Fachkreisen zu einem bestimmten Problem.

Ein „gutes Gutachten“ im Falle eines vorgeworfenen ärztlichen Behandlungsfehlers wird mithin (selbstverständlich) die üblichen Charakteristika eines handwerklich sauberen Gutachtens tragen: Klare Sprache, logische Präzision im Aufbau, fehlende Redundanz, zeitnahes Literaturverzeichnis und trocken-neutraler Tonfall. Entscheidend und spezifisch für die Güte eines Gutachtens in der Frage eines Behandlungsfehlers ist jedoch die Schlüssigkeit, die Vorhersehbarkeit des gutachterlichen Votums und damit in erster Linie die Genauigkeit, Präzision und Nachvollziehbarkeit der Antwort auf die Frage, ob die inkriminierte Behandlung dem allgemeinen Stand des medizinischen Wissens zum betreffenden Zeitpunkt entsprochen hat.

Nachfolgend ist darzustellen, welche Facetten im Einzelnen die Frage nach der „medizinisch guten Behandlung“ aufweist. Einen Teil der Antworten kann der Gutachter deduktiv, evidenzbasiert und in allgemein nachprüfbarer Weise geben. Ein Teil der Antworten kommt jedoch auch heute noch und voraussichtlich weiterhin aus der „Erfahrung“, der persönlichen Einschätzung (aus dem Bauch!) des Gutachters – ist mithin eminentzasiert und entzieht sich weitestgehend der Messbarkeit und Nachprüfbarkeit. Gutachter und ihre Adressaten müssen um diese Umstände wissen – die einen, um mit den zum Teil sehr scharfen Schwertern verantwortungsbewusst umzugehen, die anderen, um die Wertigkeit der einzelnen Aussagen angemessen einschätzen zu können.

## Grundlagen eines guten Gutachtens

### Aufgabe des Gutachters

Im Einzelnen soll der Gutachter die einschlägige medizinische Anamnese zusammenfassen, ggf. den aktuellen Befund wiedergeben, ggf. eine Interpre-

## Zusammenfassung

Das Sachverständigengutachten nimmt in jedem Verfahren wegen eines vermuteten Behandlungsfehlers eine Schlüsselrolle ein. Jeder Gutachter wird darauf bedacht sein, an sein Gutachten hohe Ansprüche bezüglich der handwerklichen Qualität zu stellen: Knapper Text, zwingend logischer Aufbau, Fehlen jeglicher Emotionalität. Die Aussagen zum „Standard guten ärztlichen Handelns“ sollen und können erkennbar an der relevanten Literatur gemessen werden. Die Aussagen zu den Fragen, die zu einer Beweiserleichterung für den Kläger führen können, entspringen in aller Regel der nicht weiter überprüfaren persönlichen Einschätzung des Gutachters. Ihre Beantwortung verlangt ein hohes Maß an Sachlichkeit und Praxisnähe.

### Schlüsselwörter

Ärztliche Behandlungsfehler – Innovationen – verlässliche Behandlungsverfahren – Leitlinien – fehlende Befunddokumentation – Literatur – Begutachtung

tation von Fremdbefunden bzw. bildgebenden Untersuchungen vornehmen, das hinterfragte diagnostische bzw. therapeutische Vorgehen am jeweiligen Stand der allgemeinen medizinischen Überzeugung messen und anschließend die Kardinalfragen beantworten.

Grundlagen eines Gutachtens sind mithin in erster Linie und nahezu ausschließlich die dem Gutachter vorgelegten zeitnah entstandenen ärztlichen Dokumente (Krankenblattaufzeichnungen, Laborbefunde, Dokumente bildgebender Untersuchungen). Nicht in erster Linie Grundlage der ärztlichen Begutachtung sind Vorbringungen der Parteien (Klageschrift, Klageerwiderung), Zeugenaussagen, nachträglich und im Rahmen des Verfahrens entstandene Gedächtnisaufzeichnungen und Ähnliches. So der Gutachter Dokumente der letztgenannten Art in seinem Gutachten zitiert, wird er dies immer ausdrücklich gesondert kennzeichnen. Insbesondere wird

### Anschrift des Verfassers

Prof. Dr. med. *Martin L. Hansis*  
Professur für Klinisches Qualitätsmanagement  
Rhönklinikum AG  
Schlossplatz 1  
97616 Bad Neustadt/Saale

er Dokumente der letztgenannten Gruppe stets daran messen, inwieweit sie den zeitnah entstandenen originalen ärztlichen Dokumenten entsprechen bzw. widersprechen bzw. inwieweit sie dort eine Stütze finden.

Die abschließende Wertung der verschiedenen Dokumente gegeneinander ist ausdrücklich *nicht* Sache des medizinischen Fachgutachters. Er kann und soll jedoch aus seinem Fachwissen heraus dem Gericht (bzw. bei außergerichtlichen Fällen den Streitparteien selbst) Lösungsvorschläge unterbreiten, ggf. im Sinne von Alternativvorschlägen:

*Beispiel:* Sieben Tage nach der Osteosynthese einer Außenknöchelfraktur kommt es zur spontanen Perforation eines subkutanen Abszesses mit Eiterentleerung. Vorangegangen war eine Entlassung aus der stationären Behandlung nach Osteosynthese am 3. Tag und eine einmalige zwischenzeitliche ambulante Vorstellung am 5. Tag. Laut Abschlussepisode seien bei der Entlassung (3. Tag) die Weichteile reizlos gewesen. Bei der ambulanten Wiedervorstellung (5. Tag) ist in der Ambulanzkarte lediglich „o. B.“ eingetragen. Der Patient (Kläger) trägt vor, sowohl am 3. Tag (Entlassung) als auch am 5. Tag (ambulante Wiedervorstellung) hätten jeweils bereits eine ausgeprägte Schwellung, Rötung und Schmerzen bestanden, worauf er hingewiesen habe. Der Arzt andererseits trägt vor, dass weder bei der Entlassung noch bei der ambulanten Wiedervorstellung am 5. Tag irgendwelche Hinweise für ein Infektgeschehen vorhanden gewesen seien, sondern dass sich diese erstmals am 7. Tag zum Zeitpunkt der spontanen Abszessperforation gezeigt hätten. Der Gutachter wird darauf hinweisen, dass die Aufzeichnungen im Krankenblatt zum Zeitpunkt der Entlassung und der ambulanten Wiedervorstellung zwar keinen Hinweis auf ein beginnendes Infektgeschehen gäben, insgesamt jedoch dürftig seien. Würde man die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Aufzeichnungen unterstellen, so sei dem behandelnden Arzt in der Tat nicht der Vorwurf einer verspäteten Erkennung eines Infektgeschehens zu machen. Er wird andererseits darauf hinweisen, dass – sofern die Darstellung des Klägers durch entsprechende Beweiserhebungen und Beweiswürdigungen zu Grunde zu legen sei – die frühzeitige Anbahnung einer Infektion nicht zeitgerecht erkannt worden sei.

Weder wird es in diesem Falle Aufgabe des Gutachters sein, die (überaus plastischen) Schilderungen des Klägers gegen die (tatsächlich etwas dürre) Dokumentation des Arztes abzuwägen. Noch wird es insbesondere seine Aufgabe sein, das eine oder das andere als „glaubhaft“ zu apostrophieren. Er wird allenfalls dem Gericht noch die Frage beantworten müssen, ob denn die *eingehende* Dokumentation des „unauffälligen Befundes“ ebenfalls aus medizinischen Gründen zwingend geboten gewesen wäre. Nur (!) in diesem Falle wäre aus dem Fehlen einer eingehenden Dokumentation der Umkehrschluss zu ziehen, dass eine entsprechende Untersuchung nicht stattgefunden hat.

### Auftraggeber und Fragestellung

Bevorzugte Auftraggeber für Gutachten bei vermuteten ärztlichen Behandlungsfehlern sind – aus Sicht der Ärzte – Gerichte: Hier sind die Zuständigkeiten klar geregelt, die Verwendung des Gutachtens ist zweifelsfrei eine neutrale, das Gutachten hat – so es denn qualifiziert ist – ein vorhersehbar hohes Maß an Wirksamkeit. Aufgabe des Gutachters ist es ausschließlich, eine rein medizinische (und möglichst wissenschaftlich fundierte) Entscheidungsgrundlage zu liefern. Aufgabe des Gutachters ist es in keinem Falle, eine Sachverhaltsaufklärung oder eine Beweismittelwürdigung vorzunehmen.

Jedes Sachverständigengutachten bei angenommenen Behandlungsfehlern muss eigentlich nur *zwei Fragen* richtig und umfassend beantworten:

- Entsprechend unter den gegebenen konkreten Bedingungen die Behandlung (diagnostisch und therapeutisch) zum entsprechenden Zeitpunkt dem allgemein anerkannten Stand des medizinischen Wissens? Und falls nein:
- Haben sich aus dem Nicht-Befolgen der allgemeinen ärztlichen Überzeugung im konkreten Fall nachweisbar eigenständige Nachteile für den Patienten ergeben?

Eigentlich würde es genügen, wenn der Auftraggeber regelhaft diese zwei Fragen an den Gutachter stellen würde. Leider lassen sich viele Auftraggeber (und insbesondere viele Gerichte) nicht davon abhalten, diese zwei Kardinalfragen mit zahlreichen Detailfragen auszuschnücken. Nicht ganz selten ist zu beobachten, dass die vom

Auftraggeber vorgenommenen Konkretisierungen der zwei vorstehenden Kardinalfragen in die Irre gehen und die wesentlichen „Knackpunkte“ des Problems überhaupt nicht berühren. Und unter besonders ungünstigen Bedingungen wird dazu noch dem Gutachter untersagt, auf andere als auf die gestellten Fragen einzugehen.

Sofern die vom Auftraggeber gestellten Fragen allzu widersinnig erscheinen bzw. allzu weit von den konkreten Problemen entfernt liegen, empfiehlt es sich, das Gutachten zunächst mit den eigenen in sich logischen Schlussfolgerungen zu beenden, um dann – gesondert – auf die spezifischen an den Gutachter gestellten Fragen einzugehen.

### Handwerkliche Eigenschaften eines guten Gutachtens/Gutachtaufbau

Die handwerklichen Eigenschaften eines guten Gutachtens sind hinreichend bekannt und oft beschrieben. Eine erneute Wiedergabe erübrigt sich. Besonders störend im Behandlungsfehlergutachten wirken eine Geschwätzigkeit des Gutachters, fehlende logische Stringenz bei der Abarbeitung der medizinisch-inhaltlichen Fragen, ein nur medizinhistorisch relevantes Literaturverzeichnis sowie Distanzlosigkeit, was emotionale Regungen/Ärger des Gutachters (über den Kläger oder den Beklagten) betrifft sowie ein übermächtiges didaktisches Bedürfnis oder eine allzu unverhüllte Eitelkeit auf Seiten des Gutachters. Die Sprache des „guten Gutachtens“ ist einfach und präzise, der Indikativ vorherrschend.

### Der allgemein anerkannte Stand ärztlichen Handelns: Evidenzbasierte Antworten im Gutachten

Wie einleitend ausgeführt, müsste es das Ziel von Gutachtern (und von Gutachtauftraggebern) sein, dass die medizinisch-inhaltlichen Aussagen eines Gutachtens möglichst wenig Überraschungen bergen, dass sie dem Grunde nach vorhersehbar sind und dass sie überprüfbar sind. Für die Frage nach dem allgemein anerkannten Stand des ärztlichen Handelns gilt dies *cum grano salis*.

Die *Rechtsprechung* hat ihre Vorstellungen dazu, was der allgemein an-

erkannte Stand des ärztlichen Wissens sei, mit folgenden Feststellungen eingeeengt:

„Ein Arzt muss sich zwar mit neuen Entwicklungen in der Medizin beschäftigen und auseinandersetzen; er darf auch nicht einfach Behandlungen in einer bestimmten Weise vornehmen, nur weil er es so gelernt hat. Andererseits darf aber der Patient nicht mit jeder neuen Behandlungsmethode überzogen werden, die nicht oder noch nicht hinreichend abgesichert ist“ [2].

Der *Gutachter* wird und kann sich bei der Formulierung des „allgemein anerkannten Standards“ für inhaltlich unproblematische Situationen auf sein Wissen und seine Erfahrung stützen. Er braucht im Grunde für Aussagen, zu denen in der Fachwelt kein Dissens besteht, keine gesonderten (Literatur-)Belege zu liefern. Er muss sich allerdings auch in für ihn zweifelsfrei erscheinenden Fragen sicher sein, dass seine Antwort nicht einer etwa vorhandenen Leitlinie widerspricht. Ein gutes Gutachten wird mithin sein Votum zur Einhaltung des allgemein anerkannten ärztlichen Standards an vier Stellen auf ein Studium (und ggf. Zitate) der Literatur stützen – und damit das Gutachten evidenzbasiert und nachprüfbar machen:

- a) bei Innovationen,
- b) bei „verlassenen“ Verfahren,
- c) bei Schulstreits,
- d) zum Ausschluss einer Diskrepanz mit vorhandenen Leitlinien.

### Bewertung von Innovationen

Nur im Idealfalle (und in der Regel in der Pharmakotherapie) vollzieht sich eine medizinische Innovation in einem geordneten Fünfschritt: Idee, Produktentwicklung, kontrollierte Erprobung, Nutzen-Risiko-Bewertung und allgemeine Freigabe.

In den meisten Medizinbereichen, insbesondere bei innovativen Operationstechniken, bei den meisten innovativen Medizinprodukten und Implantaten, gehen die vorstehend genannten fünf Schritte teilweise parallel. Insbesondere wird (gewollt oder ungewollt) ein öffentlicher Druck aufgebaut dahingehend, dass die Schritte drei und vier (Erprobung unter kontrollierten Bedingungen sowie Nutzen-Risiko-Bewertung) nicht oder unzureichend abgewartet werden,

bevor Schritt fünf (allgemeine Anwendung in der Breite) in Kraft tritt:

Man rufe sich in Erinnerung, wie frühzeitig ein Druck zur breiten Anwendung entstand (von Patientenseite und insbesondere aus der Laienpresse heraus), als erste Versuche mit navigationsgestützter Implantation von Hüft-Endoprothesen unternommen wurden. Es konnte gar nicht schnell genug gehen, diese Segnungen moderner Medizin allen Patienten zugänglich und zum Gegenstand der solidarischen Finanzierung zu machen. Keine Versprechung war zu hohl, keine Plattitüde zu flach [3]. Und es kann nicht verwundern, dass es die gleichen Laienpresse-Organen sind, die sich nunmehr nicht darüber beruhigen können, wie unverantwortlich es sei, ein letztlich nicht erprobtes Operationsverfahren außerhalb klinischer Studien anzuwenden [4].

Dieses Wissen voraussetzend muss der gute und besonnene Gutachter in der Bewertung einer medizinischen Innovation immer eine extrem breite (zu akzeptierende) Verhaltenspalette der ärztlichen Kollegen unterstellen:

- Der zurückhaltende, konservative, eher ängstliche Operateur wird keinerlei navigierten Eingriff am Skelettsystem vornehmen: Er misstraut den Vorhersagen, dass ein computergestützt hergestelltes Hüftimplantat eine längere Standzeit habe als ein konventionell hergestelltes, er misstraut der Vorhersage, dass nach computergestütztem Auffräsen des körpernahen Oberschenkels das Einwachsverhalten sicherer sei und er scheut zudem den mit der computergestützten Implantation verbundenen zusätzlichen Operations- und Zeitaufwand sowie die damit verbundene vermehrte Weichteilschädigung. Er misstraut aus vergleichbaren Gründen auch der navigierten Osteotomie bei der Knieprothese oder dem navigierten Einbringen von Pedikelschrauben an der Lendenwirbelsäule. Er glaubt, dass auch das navigierte Sägen am Knie bzw. das navigierte Bohren am Pedikel summa summarum nur eine Scheinsicherheit bzw. Scheingenauigkeit erbringe.
- Der kühl abwägende Operateur wird zwar auf die navigierte Implantation von Hüftgelenkstotalendoprothesen verzichten, wird jedoch (da er der Meinung ist, Roboter sägen bzw. bohren genauer als ein Mensch), die

Sägeosteotomie bei der Knieprothese bzw. das Einbringen der Pedikelschrauben an der LWS vom Roboter übernehmen lassen.

- Der Technikfreak wird sich in alle Verfahren der Navigation mit großem Ernst und großer Genauigkeit einarbeiten, er wird sein Personal exzellent schulen, die technischen Vorgaben penibel handhaben und auf diese Weise alle vorstehend genannten Neuerungen in seiner Einrichtung etablieren.

Alle drei Ärzte haben Recht. Alle drei Ärzte machen dem Grunde nach keinen Fehler und allen drei Ärzten können (dennoch) Fehler unterlaufen!

Im Einzelnen wird ein Gutachter, so es um einen vorgeworfenen Behandlungsfehler in der vorstehend genannten Thematik geht, zum Beispiel folgende Fragen stellen:

- Galt das betreffende Verfahren (hier zum Beispiel robotergestützte Aufbereitung des Schaftes bzw. navigationsgestützte Einbringung von Pedikelschrauben) zum betreffenden Zeitpunkt als im experimentellen Stadium sich befindlich oder als den konventionellen Verfahren gleichwertig oder als den konventionellen Verfahren nachweisbar überlegen? Dies macht für den Zeitpunkt des inkriminierten Eingriffs eine Evidenzanalyse anhand verfügbarer Originalliteratur bzw. anhand vorliegender Metaanalysen notwendig.
- Hat der anwendende Arzt sich ggf. persönlich und seine Mannschaft mit dem innovativen Verfahren vertraut gemacht, verfügt er über ein angemessenes technisches Equipment und
- hat er (so es sich um ein Verfahren handelt, welches sich entweder noch im Stadium des klinischen Experimentes befindet oder welches bereits den konventionellen Verfahren überlegen ist) den Patienten über die Überlegenheit bzw. Unterlegenheit des einen oder anderen Verfahrens angemessen in Kenntnis gesetzt?

So die vorstehenden Bedingungen dem Grunde nach erfüllt sind und insbesondere sofern der Patient über den Grad der wissenschaftlichen und klinischen Etablierung eines Verfahrens (oder auch dessen bereits bestehende Überlegenheit) angemessen in Kenntnis gesetzt wurde, wird der Gutachter die jeweils gewählte Verfah-

rensweise zu akzeptieren haben. *Dies gilt auch dann, wenn der Gutachter selbst in seiner persönlichen Wertung mit der Verfahrenswahl nicht einverstanden wäre.*

### Das verlassene Verfahren

Genauso wie sich Innovationen allmählich einstellen können, werden umgekehrt bestimmte Behandlungsverfahren im Sinne eines informellen allmählich sich entwickelnden wissenschaftlichen Konsenses außer Kraft gesetzt, ohne dass dies üblicherweise ausdrücklich formuliert würde.

So hat sich zum Beispiel mit Beginn der neunziger Jahre in der Unfallchirurgie die Erkenntnis durchgesetzt, dass die röntgenologisch und anatomisch erreichte Stellung nach Behandlungen eines körperfernen Speichenbruchs eben doch nicht regelhaft ohne Einfluss auf Funktion und Schmerzhaftigkeit verbleibe. Dementsprechend haben zum Beispiel B. Tscherne und Mitarbeiter 1990 [5] und nach ihm viele andere Autoren empfohlen, auch beim körperfernen Speichenbruch auf eine möglichst gute anatomische Wiederherstellung zu achten und deswegen regelhaft instabile körperferne Speichenbrüche operativ zu behandeln. Früher geübte Verfahren (zahlreiche Repositionen, Ruhigstellung instabiler Frakturen im Oberarmgips bzw. in Schedestellung, Ausheilung von instabilen Frakturen in ausgeprägter Dorsalabkippung und Verkürzung usw.) wurden zwar zu keinem Zeitpunkt von einer Fachgesellschaft ausdrücklich als nicht mehr angemessen klassifiziert. Diese Verfahren haben vielmehr etwa in den Jahren 1990 bis 1995 zunehmend „an Boden verloren“. Dieser Umstand machte es einem Gutachter schwer, eine Behandlung nach „hergebrachten Prinzipien“ richtig und gerecht zu bewerten.

Gerade dann, wenn über viele Jahre eingeübte Therapieverfahren allmählich und Zug um Zug verlassen werden, und gerade auch dann, wenn sich der Gutachter selbst in seiner eigenen klinischen Praxis den neuen Therapieprinzipien anschließt, muss mit besonderer Akkuratess überprüft werden, ob nicht vielleicht doch ein ernsthafter, konservativ denkender Arzt aus gutem Grund noch eine gewisse Zeit den Innovationen misstraut. Möglicherweise kann er sich sogar auf namhafte zeitnahe Publikationen stützen. Beabsichtigt deswegen ein Gutachter, eine Verfahrenswahl als „nicht mehr zeit-

gemäß“ bzw. „verlassen“ zu qualifizieren, dann tut er gut daran, sich in Standardlehrbüchern, Standard-OP-Lehren oder ähnlichen Nachschlagewerken aus der betreffenden Zeit zu vergewissern, dass nicht diese etwa auch die von ihm als überaltert angesehenen Verfahren doch noch als gleichwertig oder zumindest alternativ benutzbar benennen.

### Schulenstreit

Auf der Wegstrecke einer Innovation bzw. des Verlassens von Verfahren gibt es häufig eine Zeit, in der zwei Therapieprinzipien nebeneinander (vorübergehend) als gleichwertig eingeschätzt werden; sie werden dann häufig von verschiedenen Koryphäen (Schulen) favorisiert. So fruchtbar eine solche Situation für die klinisch-wissenschaftliche Weiterentwicklung ist, so furchtbar ist sie für den belasteten Arzt – sofern er einer anderen Schule folgt als der Gutachter und sofern der Gutachter nicht die Distanz (und die Kenntnisse!) hat, die andere Meinung neben der eigenen gelten zu lassen. Wer als Gutachter die Gleichwertigkeit (oder annähernde Gleichwertigkeit) zweier Verfahren nicht anerkennt und nicht erkennt, begeht einen „groben Behandlungsfehler“ und sollte sich bevorzugt wieder seiner eigentlichen klinischen Tätigkeit widmen. Gerade das annähernd gleichwertige Nebeneinander zweier Verfahren lässt sich mühelos im Schrifttum finden.

### Leitlinien

Es gehört zur täglichen Übung ärztlicher Funktionäre, die zunehmende Fokussierung alltäglichen ärztlichen Handelns auf Leitlinien zu beklagen. Abgesehen davon, dass die Bindung der täglichen ärztlichen Routine an wohldefinierte Abläufe keine Erfindung der Neuzeit ist (lediglich die Begrifflichkeit „Leitlinie“ sowie der Umstand, dass die Bindung mehr denn früher schriftlich fixiert wird, stellen Neuerungen dar), können Leitlinien gerade in medizinisch unklaren Situationen eine erhebliche Erleichterung für den Gutachter und insbesondere eine erhebliche Schutzfunktion für die belasteten Ärzte darstellen [6]: Gerade dann, wenn sich der allgemeine ärztliche Konsens einer Fachgesellschaft allmählich und un-

merklich einer Innovation nähert bzw. umgekehrt von einem bestimmten Verfahren verabschiedet, stellt die von der Fachgesellschaft konsentierete Leitlinie zu einem fixierten Zeitpunkt einen sicheren Marker dahingehend dar, was schon erlaubt bzw. was nicht mehr (oder gerade noch eben) angemessen ist. Selbstverständlich muss sich ein belasteter Arzt darauf verlassen können, dass ein Gutachter die zum jeweiligen Fall einschlägig vorhandenen Leitlinien kennt und respektiert bzw. dass er seinem Gutachten diejenige Leitlinie zu Grunde legt, die zum Zeitpunkt der angeschuldigten Behandlung aktuell war. Der Autor verfügt über eine Reihe von Entscheidungen von Instanzgerichten, bei denen ganz offenkundig das zu Grunde liegende Gutachten ein Votum abgab, das der aktuellen Leitlinie der eigenen Fachgesellschaft widersprach. Einem solchen gutachterlichen Verhalten kann kein Verständnis entgegengebracht werden. Und es ist auch schwer verständlich, warum sich ein belasteter Arzt so etwas gefallen lässt.

### Ermessensentscheidungen des Gutachters: Schwer belegbare oder widerlegbare Aussagen

Wie einleitend ausgeführt, muss der Gutachter über die Frage, was „gute Medizin“ sei, hinaus eine Reihe von Fragen beantworten, für die überwiegend keine nachprüfbaren Belege gegeben werden können. Antworten mithin, die alleine der persönlichen Einschätzung des Gutachters entspringen (eminenzbasiert sind), und gegen die sich medizinisch-inhaltlich nur schwer argumentieren lässt. Es sind dies die Antworten, die zu einer Beweiserleichterung für den Kläger führen können, und die deshalb auf dem Boden scheinbar nebensächlicher medizinischer Statements gravierende rechtssystematische Folgen haben:

### Grober Behandlungsfehler

Ein Gericht wird einen „groben Behandlungsfehler“ dann feststellen, wenn es zu der Überzeugung kommt, die betreffende Fehlhandlung widerspreche grundlegenden fachlichen Prinzipien und sei überhaupt nicht mehr verständlich. Nur

ein laienhafter Gutachter wird selbst den Begriff des „groben Behandlungsfehlers“ verwenden. Es ist jedoch offenkundig, dass die entsprechende gutachterliche Feststellung, ein Fehler sei „beim besten Willen überhaupt nicht mehr verständlich“, manchen Gutachtern ausgesprochen leicht fällt. Dabei ist es unerträglich, wenn ein seit langem nicht mehr klinisch tätiger Gutachter aus dem sicheren Hort seines Büros heraus manu sinistra einem Fehler seine eigene Verständnislosigkeit attestiert, wohl wissend was er damit anrichtet: Nicht nur führt diese Feststellung zur Umkehr der Beweislast. Gegen diese Feststellung gibt es letztlich auch kaum eine Verteidigungsmöglichkeit; eine Beweisführung gegen diese Feststellung ist praktisch nicht möglich. Ist dieser Satz einmal hingesagt oder hingeschrieben, kann er weder vom Beklagten noch von Gutachtern mehr zurückgenommen werden.

#### Fehler „prima facie“

Es gibt Schäden, für die es (in bestimmten Situationen) nach allgemeinem ärztlichem Verständnis und nach allgemeiner Lebenserfahrung keine andere Erklärung gibt, als ein bestimmtes ärztliches Fehlverhalten – so zum Beispiel wenn bei der intramuskulären (intraglutäalen) Injektion der N. ischiadicus getroffen wird, oder wenn bei der Präparation des Bruchsacks beim Leistenbruch die Samenstranggefäße quer durchtrennt werden. Die Frage besteht darin, ob eine bestimmte Komplikation (injektionsbedingte Nervenschädigung, quere Durchtrennung der Samenstranggefäße) auch einem sorgfältig arbeitenden Arzt (in Einzelfällen) unterlaufen kann, oder ob eine solche Schädigung regelhaft und ohne weiteren Nachweisbedarf auf eine mangelnde Sorgfalt hindeutet. Für eine solche Beurteilung gibt es kaum eine andere Grundlage als die individuelle Erfahrung und persönliche Einschätzung des Gutachters. Auch für diese Frage gilt: Je weiter ein Gutachter (offenkundig) vom Tagesgeschehen und von der individuellen Möglichkeit, Fehler zu machen, entfernt ist, umso leichter fällt ihm offenbar die Aussage, dieser oder jener technische Missgriff passiere bei sorgfältiger Arbeit schlechterdings nicht. Hier stellt sich die Frage

nach dem persönlichen Erinnerungsvermögen des Gutachters.

Am Beispiel der Schädigung des Nervus accessorius bei der Entfernung eines Lymphknotens im seitlichen Halsdreieck haben wir gezeigt, wie extrem unterschiedlich alleine diese eine Komplikation eingeschätzt wird, und wie unterschiedlich (und offenbar zufällig) insbesondere die Aussage erfolgt, zu dieser Nervenschädigung komme es bei sorgfältigem Handeln schlechterdings nicht [7].

Auch gegen die gutachterliche Feststellung eines Fehlers „prima facie“ gibt es seitens des belasteten Arztes praktisch keine Argumentations- bzw. Entlastungsmöglichkeit.

#### Fehlende Dokumentation unauffälliger Befunde bzw. von Standardabläufen

Es ist unbestrittene und durchgehende Rechtsansicht, dass eine ärztliche Dokumentation dann und insofern erforderlich sei, als sie wegen einer angemessenen risikoarmen ärztlichen Behandlung geboten sei. Das heißt, das Ausmaß der Dokumentationsnotwendigkeiten ist nicht etwa (wie häufig laienhaft behauptet) „juristisch“ bestimmt; es wird vielmehr alleine durch die medizinischen Notwendigkeiten bestimmt. Der Gutachter seinerseits hat im Zweifelsfall darzulegen, welches Ausmaß der Dokumentation aus medizinischen Gründen geboten ist oder nicht.

Dies spielt besonders dann eine Rolle, wenn es um die Dokumentation (bzw. fehlende Dokumentation) von Normalbefunden bzw. von Routineabläufen geht.

*Beispiel:* Das Kürzel „DMS o. B.“ ist in der täglichen ärztlichen Dokumentation gang und gäbe. Es steht am Ende nahezu jeder Befundbeschreibung an Extremitäten – unabhängig davon, ob es sich um eine abgelaufene Prellung, eine frische Fraktur oder Bandverletzung, einen Zustand nach operativem Eingriff, nach Wirbelsäulenprellung oder um die Befundbeschreibung bei einer genuine Arthrose handelt. Es soll dokumentieren, dass sich der untersuchende Arzt in einer der jeweiligen Situation angemessenen Weise von der ungestörten arteriellen und venösen Durchblutung und der ungestörten nervalen Versorgung vergewissert hat.

In besonderen Situationen kommt jedoch dieser Untersuchung eine ganz besonders

hohe und wegweisende Bedeutung zu. Es kann dann fraglich sein, ob sich der untersuchende Arzt wirklich der Problematik der Situation bewusst war und ob er seine Untersuchung wirklich so gründlich gestaltet hat, wie es die konkrete Situation erforderte: Reicht „DMS o. B.“ als Dokument angemessener und gründlicher Untersuchung auch aus bei einer kindlichen suprakondylären Oberarmfraktur (wo das Risiko einer arteriellen Läsion in der Ellenbeuge besteht), reicht die lapidare Aussage aus bei einer hohen Fibulafaktur (mit dem hohen Risiko einer Nervenschädigung), reicht sie aus bei einer instabilen frischen Kompressionsfraktur der mittleren LWS? Wird nämlich bei einer derartigen Verletzung ebenfalls nur „DMS o. B.“ dokumentiert und stellt sich Stunden oder Tage später eine nervale bzw. vaskuläre Läsion heraus, wird an den Gutachter die Frage gestellt werden, ob sich aus dem Standardkürzel wirklich ablesen oder ableiten ließe, dass die klinische Untersuchung in einer der Dramatik der Situation angemessenen Weise erfolgte. Der Gutachter wird mithin die Frage zu beantworten haben, ob in der betreffenden Situation aus *medizinischen* Gründen eine differenziertere Befunddokumentation geboten gewesen wäre. Sofern er dies bejaht, folgt aus dieser seiner Aussage *zwingend*, dass das Kürzel „DMS o. B.“ eine unzureichende Untersuchung dokumentiert, dass mithin eine angemessene Untersuchung nicht stattgefunden hat.

Viele Gutachter sind sich der vorstehend skizzierten Konstellation nicht bewusst: Sobald sie für eine bestimmte klinische Situation die Notwendigkeit eines bestimmten Ausmaßes einer Dokumentation aus *medizinischen* Gründen bejahen, werden zwingend alle nicht dieser Dokumentation entsprechenden Befunderhebungen und Handlungen als „nicht geschehen“ gewertet.

Die Weiterungen und Variationen sind erheblich: Aus der Formulierung „Darstellung der Gallenblase und der Gallenwege und Abtragung der Gallenblase in typischer Weise“ könnte geschlossen werden, dass die Einmündung des Ductus cysticus in den Ductus choledochus nicht dargestellt wurde (weil nicht gesondert erwähnt). Aus dem Eintrag „Anlage Infusion“ im Rahmen einer zytostatischen Behandlung könnte geschlossen werden, dass nicht in besonders sorgfältigem Maße nach der intravasalen Lage geschaut und diese Lage her-

nach während der Infusionszeit mehrfach kontrolliert wurde (weil jeweils nicht gesondert erwähnt). Aus dem Eintrag „Patient fühlt sich wohl, Entlassung nach Hause“ könnte geschlossen werden, dass zum Ende eines ambulanten Eingriffes nicht noch einmal Kreislaufverhältnisse und Bewusstseinszustand des Patienten überprüft wurden (weil nicht dezidiert dokumentiert) usw.

Damit stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit der Dokumentation unauffälliger Befunde bzw. der Dokumentation von Routinehandlungen als ein Einfallstor für gutachterliche persönliche Wertungen dar, welche kaum widerlegbar zu ungeahnten, schweren, auch unbegründeten und insbesondere ausgeprägt subjektiv gefärbten Belastungen des beklagten Arztes führen können.

### Verwendete Literatur

Die Aussagen zum aktuellen Kodex guter Medizin verlangen dringend nach der Nennung angemessener Literatur-Fundstellen. Günstig ist es auch (soweit möglich) Aussagen zu den anderen bewertungsrelevanten Aspekten mit Belegen zu versehen.

Die Literaturhinweise des Gutachters dienen nicht dazu, Zeugnis von der antiquarischen Wertigkeit der Bibliothek des Sachverständigen abzulegen, sie dienen auch nicht dazu, das Gutachten mittels Textbausteinen um nochmals zwei Seiten zu verlängern. Auch die Literaturhinweise (so sie denn gegeben werden) beantworten gezielt spezifische Fragen. Hiernach richtet sich auch die Art der zitierten Quelle:

Wenn behauptet wird, eine bestimmte Untersuchungsmethode (zum Beispiel die komplette Untersuchung einer verletzten Extremität) sei selbstverständliche allgemeine Pflicht, ihr Unterlassen sei schlechterdings nicht verständlich, so wird ein entsprechender Beleg (so er denn überhaupt geliefert werden soll) nicht über eine Medline-Recherche geliefert, sondern mittels eines Auszugs aus einem trivialen Alltags-Standard-Lehrbuch.

Wird argumentiert, eine bestimmte Maßnahme sei zu einem bestimmten Zeitpunkt für eine bestimmte Situation nicht mehr angemessen gewesen (zum Beispiel die Endernagelung bei der instabilen pertrochantären

Fraktur im Jahre 2002), so ist dies über eine gezielte Literaturrecherche nachzuweisen. Im vorstehend genannten Beispiel müssten dann zum Beispiel vergleichende Studien aus den Jahren 1999 bis 2001 zitiert werden, welche (übereinstimmend und zweifelsfrei) eine signifikante Unterlegenheit der Endernagelung gegenüber anderen Verfahren belegen würden.

Soll das gleichwertige Nebeneinander zweier Verfahren belegt werden, dann dienen dazu Übersichtsartikel der betreffenden Zeit.

Stellt sich die Frage, ob man eine bestimmte OP-Technik noch anwenden dürfe, dann lohnt ein Blick in eine Standard-OP-Lehre: Ist das Verfahren hier noch verzeichnet (und nicht etwa mit spezifischen Einschränkungen versehen), kann seine Verwendung nicht vorgeworfen werden – unabhängig von der persönlichen Meinung des Gutachters.

Hält ein Gutachter eine spezielle perioperative absichernde Untersuchung für unabdingbar, so ist zu erwarten, dass sich ein solches Petition in der betreffenden Leitlinie findet.

Nicht die Anzahl der zitierten Literaturstellen ist ein Qualitätskriterium, sondern ihre Treffsicherheit für das spezifische zu bearbeitende Problem.

### Zusammenfassung

Der Schlüssel zu einem guten richterlichen Votum aus Anlass eines vermuteten ärztlichen Behandlungsfehlers ist ein gutes Sachverständigengutachten. In seinem eigenen Interesse wird der Gutachter darauf bedacht sein, an sein Gutachten hohe Ansprüche bezüglich der handwerklichen Qualität zu stellen: Knapper, übersichtlicher Text, zwingend logischer Aufbau, sparsame, zielgerichtete Literaturhinweise, Fehlen jeglicher Emotionalität, Enthaltsamkeit von didaktischen Anwendungen.

Inhaltlich qualitativ absichern lässt sich das Gutachten bei der Frage, was denn in der gegebenen Situation gute Medizin gewesen sei. Ein guter Gutachter wird diese Frage unter Rückgriff auf die angemessene Literatur beantworten und damit sein Gutachten nicht nur richtiger, sondern in seinem Duktus auch vorhersehbar und nachprüfbar machen. So lässt sich der zum betreffenden Zeitpunkt gültige Konsens der Fach-Community klar von der persönlichen Einstellung des Gutachters trennen.

Einer externen Nachprüfung kaum zugänglich ist das gutachterliche Votum zu den drei zu einer Beweiserleichterung für den Kläger führenden Spezialfragen – der Bewertung dessen, was einem sorgfältig handelnden Arzt schlechterdings nicht unterlaufen darf („grober Fehler“), der Bewertung von Missgriffen, deren Vorkommnis bereits prima facie auf mangelnde Sorgfalt hinweist und der Beantwortung der Frage, welche Dokumentation aus medizinischen Gründen geboten sei (insbesondere bezüglich der Dokumentation unauffälliger Befunde oder Routinehandlungen). Hier wird der Gutachter (mangels anderer Quellen) überwiegend seine persönliche Erfahrung zu Grunde legen. Es steht zu befürchten, dass sich diesbezüglich die Maßstäbe mit zunehmender Distanz zum klinischen Tagesgeschäft unangemessen verschieben.

### Literatur

- 1 BGH, Urteil vom 22. 09. 1987, AZ: VI ZR 238/86
- 2 OLG Celle, Urteil vom 04. 05. 1987, AZ: 1 U 18/86
- 3 Rettung durch Robodocs – Fortschritte der Medizintechnik. Automaten führen das Skalpell an Herz und Hüfte. Der Spiegel Nr. 16 vom 17. 04. 2000, Seite 157. – Kein Mensch fräst wie Robodoc. Erstmals passte Maschine eine Knieprothese ein. Frankfurter Rundschau vom 28. 03. 2000, Seite 32. – Ein Fall für Doktor DaVinci. Vorteile des computer-gestützten Operierens: Exakte Nähte, weniger Risiken und schnellere Wundheilung. Süddeutsche Zeitung vom 06. 06. 2001, Seite V2/2
- 4 Gefährliche Roboter. Der Spiegel Nr. 5 vom 27. 01. 2003, Seite 9
- 5 Tscherne H, Jähne J: Aktueller Stand der Therapie der distalen Radiusfraktur. Unfallchirurg (1990); 93: 157–164
- 6 Hansis ML: Die Bedeutung von Leitlinien im Rahmen der Behandlungsfehler-Begutachtung. Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung (2001); 95: 121–124
- 7 Hansis ML, Kienzle HF: Die Ungleichheit in der Begutachtung vorgeworfener Behandlungsfehler am Beispiel der Schädigung des N. accessorius anlässlich der Lymphknoten – Probeexzision am Hals. Chirurg (BDC) (2004), 2: M31–M34