

Das medizinische Gutachten – insbesondere das Fehler- und Kausalitätsgutachten im Arzthaftpflichtrecht*

Werner E. Ott

Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich,
Lehrbeauftragter an der Universität
Zürich

* Gekürzte Fassung eines Beitrages anlässlich des HAVE-Personen-Schaden-Forums 2006 in Zürich, erschienen im Tagungsband sowie als Sonderdruck im Schulthess Verlag, Zürich 2006, zusammen mit dem Abdruck der vier vorgestellten Gutachten im Volltext sowie den Tagungsbeiträgen von lic. iur. M. Bögli, Leiter Team Medical Claims der «Zürich» Versicherungen, und von Dr. med. R. Rhiner, MPH, Facharzt für Chirurgie, CEO Spital Zofingen.

Ausgangslage

Ärzte und Ärztinnen haben es nicht leicht: Kaum ist es ihnen gelungen, das hartnäckige Vorurteil, sie seien als «Götter in Weiss» unfehlbar, in der Öffentlichkeit abzubauen, macht ein neues Schlagwort die Runde: «Der medizinische Sachverständige – Richter in Weiss?» [1]. Diese aus Deutschland importierte Formulierung hat hierzulande ebenfalls Eingang ins Schrifttum gefunden (so explizit Brunner [2], sinngemäss Häfliger [3]).

In der Tat spielen medizinische Gutachten im Straf-, Haftpflicht- und Versicherungsrecht eine zentrale Rolle; der Autor hat an anderer Stelle anhand von 75 konkreten Fallbeispielen dargelegt, dass es in vielen Arzt- und Spitalhaftpflichtfällen durchaus möglich ist, zu sachgerechten Lösungen zu gelangen (vgl. dazu den Nachdruck in [4–7]).

Leider fehlt es an öffentlich zugänglichen Statistiken, mit Ausnahme jener der FMH-Gutachterstelle, welche wohl nur die «Spitze des Eisbergs» abdeckt. Danach wurden zwischen 1982 und 2004 rund 3000 Gutachten erstattet, wovon in gut 31% ein Fehler festgestellt wurde [8]. In Italien sterben jedes Jahr zwischen 14 000 und 50 000 Spitalpatienten wegen ärztlicher Fehler. Diese Zahlen wurden an einem Ärztesymposium vom 25. September 2005 in Norditalien genannt [9]. In der Schweiz gelangen bei den Versicherungen jährlich mehrere tausend Fälle zur Anmeldung; die FMH-Gutachterstelle schätzt, dass in einem einzelnen grossen, nicht universitären Kantonsspital typischerweise 30 bis 40 Haftpflichtfälle pro Jahr anfallen [10, 11].

Bundesgericht und Eidgenössisches Versicherungsgericht äussern sich regelmässig zu ärztlichen Gutachten und deren rechtlicher Bedeutung. Danach gilt zwar in ständiger Rechtsprechung der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, der Richter wird aber nur aus triftigen Gründen von einem medizinischen Gutachten in Fachfragen abweichen. Diese Praxis hat das Bundesgericht kürzlich in BGE 130 I 337 bestätigt.

Der Begriff des medizinischen Gutachtens

Im öffentlichen Recht stehen straf- und datenschutzrechtliche Bestimmungen (Art. 307 Abs. 1 StGB, Art. 320 und 321 StGB, Art. 3 lit. c Ziffer 2 DSGVO) sowie sozialversicherungs- und prozessrechtliche Vorschriften (Art. 43 und 44 ATSG sowie die Prozessordnungen des Bundes und der Kantone) im Vordergrund, während sich im Privatrecht die Tätigkeit des medizinischen Sachverständigen nach den Bestimmungen des Auftragsrechts (Art. 394 ff. OR) bzw. des Versicherungsvertragsrechts (Art. 67 Abs. 2 VVG) richtet.

Dabei fällt auf, dass der Begriff des medizinischen Gutachtens weder im Privat- noch im öffentlichen Recht exakt definiert und es der Praxis überlassen wird, diesen mit Inhalt zu füllen. Honold [12] definiert ihn so: «Das wissenschaftliche Gutachten im Prozess erscheint [...] als geistiges Erzeugnis des rechtsgültig bestellten Sachverständigen, welcher dem Gericht unabhängig und unparteiisch auf dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft fachspezifische, genau umschriebene Fragen nach bestem Wissen und Gewissen beantwortet.»

Diese Definition dürfte mutatis mutandis für alle Arten von Gutachten Geltung haben, denn sie bringt das Wesentliche auf den Punkt: Der Auftraggeber will wissen, wie der neutrale, bisher nicht mit dem Dossier befasste Experte aufgrund seines Fachwissens und seiner Erfahrung einen medizinischen Sachverhalt beurteilt und welche Schlussfolgerungen sich für ihn daraus ergeben. Oder für das Fehlergutachten einfacher ausgedrückt: Die Gutachterin versetzt sich in die damalige Situation des betroffenen Arztes und muss sich darüber klar werden, ob sie sich, vor die gleiche Situation gestellt, gleich wie jener Arzt verhalten hätte oder nicht. Dabei leuchtet es ein, dass nur jene Fachliteratur Verwendung findet, welche im Ereigniszeitpunkt bereits veröffentlicht war.

Korrespondenz:
Dr. iur. Werner E. Ott
Geisseler Ott Baumann Griedler
Rechtsanwälte
Badenerstrasse 21
CH-8026 Zürich

Rechte und Pflichten des Gutachters

Zu den Rechten des Gutachters

Der Gutachter ist frei, einen Auftrag anzunehmen oder abzulehnen, was es zuweilen schwierig macht, einen Experten zu finden, der qualifiziert, unabhängig, bereit und zeitlich in der Lage ist, innert nützlicher Frist ein Gutachten zu erstellen (vgl. [8]).

Der Sachverständige hat Anspruch auf ein angemessenes Honorar und auf Ersatz seiner Auslagen (ein Stundenansatz bis Fr. 250.– wird als angemessen beurteilt).

Die Expertin ist mit einem konkret formulierten Fragenkatalog sowie den relevanten Akten samt Bildmaterial auszurüsten. Handelt es sich nicht um ein reines Aktengutachten, so bietet sie die Explorandin für einen Untersuchungstermin auf, und sie gewährt dem betroffenen Arzt das rechtliche Gehör, um sich von beiden Seiten einen Eindruck «aus erster Hand» zu verschaffen.

Erachtet es der Gutachter als geboten, so ist er nach Art. 396 OR ermächtigt, weitere Abklärungen zu tätigen, z.B. das Veranlassen zusätzlicher Bilder, weitergehender Literaturrecherchen, oder den Beizug eines Fachkollegen anzuordnen.

Zu den Pflichten des Gutachters

Der Gutachter hat – eine leider häufig missachtete Selbstverständlichkeit – den Auftrag gemäss Art. 398 Abs. 3 OR persönlich zu erfüllen (vgl. für das Sozialversicherungsrecht Art. 44 ATSG).

Er untersteht als Fachspezialist einem hohen Sorgfaltsmassstab. Verlangt wird [13, 14], dass der Gutachter

- sich genügend Zeit für die Bearbeitung reserviert, die ihm ein eingehendes Akten- und Literaturstudium ermöglicht;
- über die erforderlichen fachlichen Kenntnisse und beruflichen Fähigkeiten verfügt, die dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechen;
- den Inhalt und Zweck des Auftrags gewissenhaft analysiert;
- Ermessensentscheide nach bestem Wissen und Gewissen objektiv trifft und
- die Kosten im Griff hat, also keinen unverhältnismässigen, dem Fall nicht mehr angemessenen Aufwand betreibt.

Die Gutachterin ist zu strikter Unvoreingenommenheit, Objektivität und Neutralität verpflichtet, einerseits in bezug auf eine allfällige persönliche Befangenheit, andererseits in bezug auf die Sachdarstellungen von Arzt und Patientin. Der Wahrheitsfindung abträglich ist es, Befunde von Röntgenbildern oder Feststellungen im Opera-

tionsbericht selbst dann «ungeprüft» in die gutachterliche Würdigung zu übernehmen, wenn der konkrete Verlauf zeigt, dass diese inkonsistent sind oder objektiv gar nicht stimmen können.

Objektivität bedeutet, unter keinen Umständen ein reines Gefälligkeitsgutachten zu erstatten, das einer unabhängigen Würdigung nicht standhalten kann.

Hat sich innerhalb der anerkannten Regeln der Schulmedizin ein Standard allgemein durchgesetzt, so ist dieser zu beachten, unabhängig davon, welcher Partei dies Vorteile bringen kann. Umgekehrt sind das Fehlen einer etablierten Therapie oder abweichende Lehrmeinungen deutlich zu machen.

Ein klinischer Versuch oder gar ein medizinisches Experiment dürfen nicht als etabliertes Vorgehen dargestellt werden, um so weniger, als für sie – vor dem Hintergrund des Selbstbestimmungsrechts der Patienten – besonders strenge Regeln gelten, auch in bezug auf die Aufklärungspflicht.

Stichwort Aufklärungspflicht: Diese wird als Rechtsfrage betrachtet und bildet daher nicht Gegenstand des medizinischen Gutachtens. Gleichwohl macht es Sinn, den Gutachter etwa nach der statistischen Eintrittswahrscheinlichkeit möglicher Risiken zu befragen, weil sich hieraus Rückschlüsse auf aufklärungspflichtige Sachverhalte gewinnen lassen.

Der Sachverständige soll den Fragenkatalog präzise beantworten, seine Antworten begründen und mit den notwendigen Beweismitteln und Literaturangaben untermauern. Dabei muss er sich mit Einwänden Dritter auseinandersetzen. Und ganz wichtig: Er soll sich einer Sprache bedienen, die es auch dem Nichtmediziner erlaubt, den Erwägungen zu folgen und die Schlussfolgerungen zur Fehler- und Kausalitätsfrage zu verstehen.

Die Expertin soll das Gutachten innert Frist erstatten und im Falle von Verzögerungen die Parteien rechtzeitig informieren.

Etwas provokant müsste man – im Sinne einer Neunerprobe vor der Ablieferung des Gutachtens – vom Sachverständigen verlangen, dass er sich selber die Frage stellt und beantwortet, ob er seine objektiven Schlussfolgerungen auch dann in gleicher Weise ziehen und sein pflichtgemässes Ermessen nicht anders ausüben würde, wenn seine Frau oder sein eigenes Kind von der eingetretenen Komplikation betroffen wären (vgl. dazu [15]).

Jäger und Schweiter [16] referieren typische Mängel in ärztlichen Gutachten nach der Recht-

sprechung des Bundesgerichtes, die sie wie folgt kategorisieren und mit Beispielen unterlegen:

- unvollständige Gutachten (mit fehlenden, ungenügenden oder unklaren Begründungen);
- widersprüchliche Gutachten (z.B. weist der Gutachter auf verschiedene Fehler hin, verneint dann aber, ohne Begründung, das Vorliegen eines Behandlungsfehlers);
- Gutachten, die von falschen tatsächlichen Annahmen ausgehen (namentlich von einem unzutreffenden medizinischen Sachverhalt);
- keine Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falls (indem der Gutachter abstrakt auf die einschlägige Fachliteratur abstellt, anstatt eigene Überlegungen zur Kausalitätsfrage anzustellen);
- keine Berücksichtigung der Ermessensfreiheit des Arztes (innerhalb der Bandbreite des pflichtgemässen Entscheidungsspielraums);
- «Rückschaufehler» (indem die Fehlerfrage – im Gegensatz zur Kausalitätsfrage – nicht «ex ante», aus der Perspektive der betroffenen Ärztin, sondern «ex post», also in Kenntnis des späteren ungünstigen Verlaufes, beurteilt wird);
- keine Berücksichtigung der objektiv vom betreffenden Arzt zu erwartenden Sorgfalt (Anwendung eines zu strengen oder zu milden Sorgfaltsmassstabes).

Verbesserung des Ausbildungsangebotes

Es ist noch kein Meister vom Himmel gefallen, und selten passt dieser Ausspruch besser als auf die qualifizierte Tätigkeit der medizinischen Sachverständigen. So überrascht es, wie schmal bisher das Ausbildungsangebot für Gutachterinnen und Gutachter gewesen ist. Dabei wäre der Bedarf an Sachverständigen angesichts der bestehenden akuten Engpässe und der überlangen Verfahrensdauer mehr als ausgewiesen.

Während des Studiums ist es aufgrund der fehlenden interdisziplinären Fachkenntnisse und Erfahrung zu früh, bereits Gutachter auszubilden, im Berufsleben dann bald einmal zu spät, weil die knappen Ressourcen und der Klinikstress eine entsprechende Ausbildung kaum noch zulassen. So sind die erfahrenen Gutachter meist in den oberen Hierarchiestufen angesiedelt und entsprechend überlastet, während sich ein junger Oberarzt möglicherweise ohne ausreichende Ausbildung in einem schwierigen Auftrag allein zurechtfinden muss.

Erfolgte in früheren Jahren die Gutachterausbildung unter der Federführung der interessierten Privat- und Sozialversicherungen, so untersteht seit dem Jahre 2000 die Kursleitung direkt

der FMH, welche die Kurse der im Jahre 2003 gegründeten Swiss Insurance Medicine SIM (Interessengemeinschaft Versicherungsmedizin Schweiz) übertragen will und eine Zusammenarbeit mit der im September 2005 aus der Taufe gehobenen Interdisziplinären Akademie für Versicherungsmedizin am Universitätsspital Basel anstrebt. Geplant wird eine modulare Gutachterausbildung mit dem Ziel eines SIM-Gutachterzertifikates [17].

Ebenfalls erst vor kurzem gegründet wurde das Institut für interdisziplinäre medizinische Begutachtungen IIMB (eine AG mit Sitz in Zug und Niederlassung in Zürich), das zwei Ziele verfolgt, einerseits das Erstellen von medizinischen Gutachten, andererseits die Förderung von Qualität im Gutachterwesen.

Es wird daher aufschlussreich sein, die Entwicklung und Akzeptanz dieser Institutionen im breiten Markt zu verfolgen. Wer wird dessen Bedürfnisse am besten abdecken? Vieles ist im Fluss, und man darf gespannt sein.

Literatur

- 1 Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.). Der medizinische Sachverständige, Richter in Weiss? Recht der Medizin. Band 2. Köln: Carl Heymanns; 1995.
- 2 Brunner M. Psychiatrische Gutachter agieren im rechtsfreien Raum. *plädoyer* 2005;3:36ff.
- 3 Häfliger B. Die Bestellung des Gutachtens. In: Siegel AM, Fischer D (Hrsg.). Die neurologische Begutachtung. Schweizerisches medico-legales Handbuch, Band 1. Zürich: Orell Füssli; 2004. S. 15-26.
- 4 Ott WE. Medizinische und rechtliche Abklärung von Ärzthaftpflichtfällen. Teil I. Ausgangslage und Problemstellung. *Schweiz Ärztezeitung* 2004; 85(12):624-7.
- 5 Ott WE. Medizinische und rechtliche Abklärung von Ärzthaftpflichtfällen. Teil II. Rechtliche Würdigung. *Schweiz Ärztezeitung* 2004;85(12):628-31.
- 6 Ott WE. Medizinische und rechtliche Abklärung von Ärzthaftpflichtfällen. Teil III: Beispiele aus der Praxis; Schadenerledigung ohne Gutachten. *Schweiz Ärztezeitung* 2004;85(13):686-9.
- 7 Ott WE. Medizinische und rechtliche Abklärung von Ärzthaftpflichtfällen. Teil IV: Beispiele aus der Praxis; Schadenerledigung mit Gutachten. *Schweiz Ärztezeitung* 2004;85(13):689-4.
- 8 Kuhn Hp, Favre N, Rabia L. FMH-Gutachterstellen – Jahresbericht 2004. *Schweiz Ärztezeitung* 2005;86(35):2021-5.
- 9 Tages-Anzeiger, 27. August 2005.
- 10 NZZ am Sonntag, 1. Februar 2004.
- 11 Favre N, Kuhn Hp. FMH-Gutachterstellen. Jahresbericht für die Berichtsperiode 2003. *Schweiz Ärztezeitung* 2004;85(21):1083-7.

- 12 Honold P. Das wissenschaftliche Gutachten im Prozess. In: Siegel AM, Fischer D (Hrsg.). Die neurologische Begutachtung. Schweizerisches medico-legales Handbuch, Band 1. Zürich: Orell Füssli; 2004. S. 27-35.
- 13 Gattiker M, Honsell H. Haftung des Gutachters in Medizinalsachen. In: Siegel AM, Fischer D (Hrsg.). Die neurologische Begutachtung. Schweizerisches medico-legales Handbuch, Band 1. Zürich: Orell Füssli; 2004. S. 65-89.
- 14 Fellmann W. Berner Kommentar, OR Art. 398 N 355f. Bern: Stämpfli; 1992.
- 15 Blech J. Heillose Medizin. Frankfurt a. M.: S. Fischer; 2005.
- 16 Jäger P, Schweiter A. Die Interpretation medizinischer Gutachten in Arzthaftpflicht- und Arztstrafprozessen. HAVE/REAS 2004;4:290ff.
- 17 Der Verfasser verdankt diese Hinweise dem Beauftragten der FMH, Prof. Dr. med. Rudolf Kissling, Chefarzt Rheumatologie der Orthopädischen Universitätsklinik Balgrist, Zürich.
- Bär E. Vorschläge zur Verbesserung ärztlicher Gutachten, Diskussionsbeitrag des Ärzteteams Unfallmedizin der SUVA. SUVA, Medizinische Mitteilungen Nr. 68, 1995.
 - Bär E, Meine J. Gutachternotstand in der Schweiz. Schweiz Ärztezeitung 1998;79(7):240-1.
 - Beck P. Der Umgang mit Spital-Haftpflichttrisiken aus der Sicht des Haftpflichtversicherers. HAVE/REAS 2005;2:90ff.
 - Brusa G. Die medizinische Begutachtung im Unfallversicherungswesen – Notstand und Provokation. AJP 1999;7:895ff.
 - Bühler A. Erwartungen des Richters an den Sachverständigen. AJP/PJA 1999;(5):567.
 - Deutsch E, Spickhoff A. Medizinrecht. 5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Berlin, Heidelberg, New York: Springer; 2003.
 - Dolder F. Medizinische Gutachten im Kunstfehlerprozess. Schweiz Ärztezeitung 2001;82(28):1525-9.
 - Dukor B. Richter und Psychiater. SJZ 1955;51:249ff.
 - Fellmann W, Poledna T (Hrsg.). Die Haftung des Arztes und des Spitals. Zürich: Schulthess; 2003.
 - Fredenhagen H. Das ärztliche Gutachten. Leitfaden für die Begutachtung im Rahmen der sozialen und privaten Unfall-, Kranken- und Rentenversicherung. 4. Auflage. Bern: Hans Huber; 2003.
 - Gattiker M. Willkür bei der Beurteilung der ärztlichen Haftung und der Würdigung von Gutachten. Jusletter, 6. Juni 2005.
 - Gehrler LR. Zur Erhebung und Würdigung medizinischer Entscheidungsgrundlagen im Sozialversicherungsrecht. SJZ 2000;96:461ff.
 - Glanzmann-Tarnutzer L. Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess. AJP/PJA 2005;1:73ff.
 - Gmür M. Die Anforderungen an das psychiatrische Gutachten. plädoyer 1999;4:28ff.
 - Harder A. Was erwartet der Psychiater vom Juristen? SJZ 1973;69:373ff.
 - Honsell H. Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten. In: Koller A (Hrsg.). Dritthaftung einer Vertragspartei. Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, St. Gallen 2005. S. 187ff.
 - Laufs A. Arztrecht. 5. Auflage. München: C. H. Beck; 1993.
 - Meine J. Die ärztliche Unfallbegutachtung in der Schweiz – erfüllt sie die heutigen Qualitätsanforderungen? Swiss Surgery 1998;1:53ff.
 - Meine J. L'expertise médicale en Suisse: satisfait-elle aux exigences de qualité actuelles? SVZ 1999; 67:37ff.
 - Meine J. Die Bedingtheit der ärztlichen Aussage (gezeigt an einem krassen Beispiel). SZS/RSAS 1999;43:89ff.
 - Meyer-Blaser U. Die Zusammenarbeit von Richter und Arzt in der Sozialversicherung. Schweiz Ärztezeitung 1990;71:1090-1.
 - Ott WE. Medizinische und rechtliche Abklärung von Arzthaftpflichtfällen. HAVE/REAS 2003; 4:275ff.
 - Peter R. Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung. Dissertation Basel, Zürich 1999.
 - Riemer-Kafka G (Hrsg.). Medizinische Gutachten. Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 7. Zürich: Schulthess; 2005.
 - Rumler-Detzel P. Anforderungen an ein ärztliches Gutachten aus der Sicht der Zivilgerichte. Versicherungsrecht 1999;(28):1209ff.
 - Schaffhauser R, Schlauri F (Hrsg.). Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung. Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, Band 42. St. Gallen: SIV; 1997.
 - Siegel AM, Fischer D (Hrsg.). Die neurologische Begutachtung. Schweizerisches medico-legales Handbuch, Band 1. Zürich: Orell Füssli; 2004.
 - Weiss H. Fehler und Fehlverhalten in der Medizin. Nierstein: Iatros; 2005.
 - Wiegand W (Hrsg.). Arzt und Recht. Bern: Stämpfli; 1985.