



ANWALTGRAF

MICHAEL GRAF PATIENTENANWÄLTE | HEINRICH-VON-STEPHAN-STR. 20 | 79100 FREIBURG

per beA
Landgericht Musterstadt
Hauptstraße 01
00000 Musterstadt

ENTWURF

Begründung der Gegenvorstellung vom 11.11.2019

X O 000/00

In Sachen

O./ XY GmbH u.a.

I.

stellen wir klar, dass es sich bei dem mit Schriftsatz vom 11.11.2019 eingelegten Rechtsbehelf um eine Gegenvorstellung handelt, nur rein vorsorglich für den Fall, dass das Gericht die Gegenvorstellung als nicht statthaft ansieht, möge der Rechtsbehelf vom 11.11.2019 als Beschwerde gelten.

II.

Wir begründen die mit Schriftsatz vom 11.11.2019 eingelegte Gegenvorstellung gegen den gerichtlichen Beschluss vom 24.10.2019 wie folgt:

Der Beweisbeschluss vom 24.10.2019 ist gem. § 360 S. 2 ZPO zu berichtigen bzw. abzuändern. Im Einzelnen:

1. Vorgabe des Sachverhalts und/oder Alternativbegutachtung

Vor Einholung eines Sachverständigengutachtens müssen dem Sachverständigen von Seiten des Gerichts die zur Erfüllung des Gutachtenauftrags erforderlichen Vorgaben gemacht werden, welche sich im Inhalt des Beweisbeschlusses niederschlagen müssen,

vgl. Kloth, Private Unfallversicherung, 2. Aufl., U. Der Unfallversicherungsprozess Rn. 96.

UST-ID:
DEXYXYXYXYXY

GESCHÄFTSKONTO	KONTO	BLZ	IBAN	SWIFT (BIC)
Deutsche Bank	00000000	700 700 24	DE XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX	DEUTDEDBMUC

ANDERKONTO	KONTO	BLZ	IBAN	SWIFT (BIC)
Deutsche Bank	00000000	700 700 24	DE YYYYYYYYYYYYYYYYYYYY	DEUTDEDBMUC

MICHAEL GRAF PATIENTENANWÄLTE

MICHAEL GRAF
Fachanwalt für Medizin-/ Versicherungsrecht

GABRIELA JOHANNES
Rechtsanwältin, Patientenanwältin

KATHRIN SCHMIDT-TROJE
Rechtsanwältin, Patientenanwältin

MAUDE LAFORGE
Rechtsanwältin, Patientenanwältin

HEINRICH-VON-STEPHAN-STR. 20
79100 FREIBURG (KANZLEISITZ)

LUDWIG-ERHARD-ALLEE 10
76131 KARLSRUHE (BERATUNGSBÜRO)

SCHUTTERWÄLDERSTR. 4
77656 OFFENBURG (BERATUNGSBÜRO)

TELEFON
+49 (0) 761 - 897 88 610

TELEFAX
+49 (0) 761 - 897 88 619

EMAIL
patienten@anwaltgraf.de

HOMEPAGE
www.anwaltgraf.de

DATUM
06.06.2020

ZEICHEN
Muster-2020



**QUALITÄT DURCH
FORTBILDUNG**
Fortbildungszertifikat der
Bundesrechtsanwaltskammer

Gem. § 404 a) Abs. 3 ZPO ist dem Sachverständigen an erster Stelle der Sachverhalt, der von ihm zu begutachten bzw. beurteilen ist, vorzugeben.

a)

Bei zwischen den Parteien streitigen Behauptungen ist es die Aufgabe des Gerichts, den Sachverhalt aufzuklären und dem Sachverständigen die Tatsachenfeststellungen mitzuteilen (§ 404 a) Abs. 3 ZPO).

Wird dem Sachverständigen auch die Feststellung solcher Tatsachen überlassen, die vom Gericht ohne besondere Sachkunde erkannt werden können, liegt hierin ein Verstoß gegen § 404 a) Abs. 3 ZPO.

„Die Sachverständigen wissen regelmäßig (...) nicht, von welchem Streitstand sie auszugehen haben, ob also z. B. die Behauptung der Klägerseite, es seien dem Arzt zu einem bestimmten Zeitpunkt bestimmte Symptome beklagt worden, die in der Krankenakte keinen Niederschlag gefunden haben, als bewiesen erachtet werden muss oder nicht.“

„Der Beweisbeschluss sollte deshalb möglichst genau nach dem Sachvortrag der Parteien gefasst werden.“

vgl. Terbille in Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 1 Rn. 203.

Jedenfalls der streitige Teil des Sachverhalts muss dem Sachverständigen gem. § 404 a) Abs. 3 ZPO daher im Beweisbeschluss zwingend vorgegeben werden, die Tatsachenfeststellung darf insoweit keinesfalls auf den Sachverständigen übertragen werden,

vgl. Greger in Zöllner, ZPO, 31. Aufl., § 404 a) Rn. 4 f.;
Stegers, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. Rn. 330 ff..

Ist dem Gericht die Tatsachenfeststellung zur Klärung des streitigen Sachverhalts vor Beauftragung des Sachverständigen nicht möglich, ist dem Sachverständigen ein expliziter Auftrag zu alternativer Begutachtung zu erteilen.

b)

Insbesondere dem allgemeinmedizinischen Sachverständigen sind im hier vorliegenden Fall Vorgaben hinsichtlich der vom Kläger bei seinen Vorstellungen in der Praxis des Beklagten zu 2) geäußerten Beschwerden zu machen.

Zumindest aber sind dem Sachverständigen die unterschiedlichen von den Parteien streitig vorgetragenen Sachverhaltsschilderungen als Grundlage einer Alternativbegutachtung vorzugeben,

vgl. Rumler-Detzel, Anforderungen an ein ärztliches Gutachten aus der Sicht der Zivilgerichte, VersR 1999, 1209.

So hält Scholz in solchen Konstellationen gerade im Arzthaftungsrecht die Alternativbegutachtung für zwingend geboten:

"Vorzugswürdig ist bei zwischen den Parteien streitigen Tatsachen die Alternativbegutachtung. 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."

vgl. Scholz: Unter die Lupe genommen – der Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsprozess: VersR 2016, 625

c)

Zudem ist dem Sachverständigen unstreitiger oder bereits gerichtlich festgestellter Streitstoff vorzugeben.

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte zu 2) laut Protokoll vom 19.09.2019 eingeräumt, dass ihm sowohl bekannt war, dass bei dem Kläger die Milz entfernt worden war, als auch, dass bei Entfernung der Milz Schutzimpfungen vorzunehmen sind. Dennoch habe er bei keiner Vorstellung des Klägers den Impfstatus überprüft oder die Notwendigkeit einer Pneumokokken-Schutzimpfung thematisiert.

Hierauf ist der Sachverständige im Beweisbeschluss hinzuweisen.

d)

Desweiteren sind die Beweisfragen an den allgemeinmedizinischen und den internistischen Sachverständigen zu ergänzen um die streitigen Befunderhebungsfehler (vgl. Klägerschriftsatz vom 26.07.2019 auf S. 2 sowie Klägerschriftsatz vom 21.10.2019 auf S. 4 und 5).

2. Reihenfolge der Beweisfragen (Pflichtverletzung vor Causa)

Die gemäß Beweisbeschluss vom 24.10.2019 beabsichtigte Reihenfolge der Gutachterbeauftragung verstößt gegen das bewährte zivil- und arzthaf-

fungsrechtliche „Prüfungsschema“ (Pflichtverletzung/Behandlungsfehler - Kausalität - Schaden), was dazu führt, dass hier gewissermaßen „das Pferd von hinten aufgezäumt“ wird.

Es sind zunächst (1.) das allgemeinmedizinische und das internistische Sachverständigengutachten hinsichtlich der Fragestellung des Vorliegens von Behandlungsfehlern einzuholen, erst anschließend kommt (2.) eine Begutachtung durch den infektiologischen Sachverständigen zur Frage der Kausalität in Betracht.

Insbesondere aufgrund der speziellen arzt haftungsrechtlichen Beweislastregeln des § 630 h) BGB ist erst nach (a) der Beurteilung der Frage nach den Behandlungsfehlern und insbesondere nach (b) der Bewertung dieser Fehler als „einfach“ oder „grob“, bzw. als Befunderhebungsfehler i.S.d. § 630 h) Abs. 5 S. 2 BGB, der infektiologische Sachverständige mit der Einholung eines Gutachtens zur Kausalitätsfrage zu beauftragen.

Denn je nachdem, ob aufgrund einer Bewertung der Fehler als „einfach“ der Kläger die Kausalität der Fehler nachzuweisen hat, oder ob aufgrund des Vorliegens eines der Tatbestände des § 630 h) BGB die Beklagtenseite das Fehlen der Kausalität zu beweisen hat, bekommt die Beweisfrage an den Sachverständigen, der (im zweiten Schritt dann) zur Frage der Kausalität Stellung nehmen soll, eine völlig andere „Stoßrichtung“.

Im Falle der - hier zu erwartenden - Beurteilung der gerügten Behandlungsfehler als „grobe Fehler“ wäre sodann nämlich von der Beklagtenseite der Beweis zu erbringen, dass der Behandlungsfehler nicht einmal generell geeignet war, einen Gesundheitsschaden der Art herbeizuführen, wie er tatsächlich eingetreten ist oder dass jeglicher Kausalzusammenhang aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls äußert unwahrscheinlich ist. Für ein Entfallen des Kausalzusammenhangs ist es in diesem Fall nicht einmal ausreichend, wenn 90 Prozent gegen einen solchen sprechen. Die Kausalität ist vielmehr nur dann zu verneinen, wenn lediglich eine akademisch-theoretische bzw. logische Möglichkeit für eine ursächliche Verbindung zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden spricht,

vgl. Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl., § 109 Grober Behandlungsfehler - Befunderhebungsfehler (§ 630h Abs 5) Rn. 36 .

3. Offene Beweisfragen

Durch die absolute Begrenzung der Beweisfragen auf die bislang im Raum stehenden Behandlungsfehlervorwürfe missachtet das Gericht den Grundsatz der prozessualen „Waffengleichheit im Arzthaftungsrecht“ und der damit einhergehenden

gesteigerten Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung, vgl. BGH, Urteil vom 19.02.2019, Az. VI ZR 505/17:

„Mit der eingeschränkten primären Darlegungslast des Patienten geht zur Gewährleistung prozessualer Waffengleichheit zwischen den Parteien regelmäßig eine gesteigerte Verpflichtung des Gerichts zur Sachverhaltsaufklärung (§ 139 ZPO) bis hin zur Einholung eines Sachverständigengutachtens (§ 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO) von Amts wegen einher, soweit der Patient darauf angewiesen ist, dass der Sachverhalt durch ein solches aufbereitet wird (...).“

a)

Das Gericht muss mithin gewährleisten, dass dem Patienten als medizinischem Laien nicht dadurch prozessuale Nachteile entstehen, dass er aufgrund seiner beschränkten medizinischen Kenntnisse Fehlervorwürfe nicht zu erkennen oder konkretisieren vermag.

Da aber das Gericht nicht darauf vertrauen darf, dass der Sachverständige seine Begutachtung selbstständig auf noch nicht formulierte Behandlungsfehlervorwürfe ausweitet, muss es deshalb selbst aktiv werden und durch eine offene Fragestellung im Beweisbeschluss gewährleisten, dass der medizinische Sachverhalt umfassend beurteilt wird,

vgl. Terbille in Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 1 Rn. 203.

b)

Wir beantragen daher, den Beweisbeschluss vom 24.10.2019 um folgende Formulierungen zu ergänzen, wobei die Beweisfragen danach entsprechend **Punkt II. Ziff. 2.** unseres Schriftsatzes in die übliche Prüfungsreihenfolge zu bringen sind:

aa) Unter Punkt II. Ziff. 1.:

„Der Sachverständige soll dabei insbesondere: (...)

bb) Unter Punkt III. Ziff. 1.:

„Der Sachverständige soll dabei insbesondere zu folgenden Fragen Stellung nehmen: (...)

cc) Unter Punkt IV. Ziff. 1.:

„Der Sachverständige soll dabei insbesondere die Behauptung des Klägers zugrunde legen, (...)

Zudem soll insbesondere zu folgenden Fragen Stellung genommen werden:
(...)"

4. Erläuterung der juristischen Begriffe

Im Rahmen des Beweisbeschlusses vom 24.10.2019 werden den Sachverständigen fälschlicherweise keine Erläuterungen der verwendeten juristischen Begrifflichkeiten bzw. Vorgaben hinsichtlich der im Zivilrecht und insbesondere im Arzthaftungsrecht einschlägigen Kausalitätsanforderungen an die Hand gegeben.

a)

„Der BGH hat dazu ausgeführt, es gehe nicht an, es einem Sachverständigen, der juristischer Laie sei, zu überlassen, ob es ihm gelinge, sich im Zuge seiner Gutachtenerstattung zu juristisch bedeutsamen Begriffen hinreichend sachkundig zu machen. Soweit für eine sachgerechte Gutachtenerstattung notwendig, sei er vielmehr mit juristischen Begriffen und einschlägigen Tatbeständen ebenso vertraut zu machen wie mit allen sonstigen Umständen, von denen er bei seiner Begutachtung auszugehen habe.“

vgl. Terbille in Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 2. Aufl., § 1 Rn. 203;
BGH, Urteil vom 30.09.1992 - Az. IV ZR 227/91.

Das Gericht muss durch möglichst präzise Fassung der Beweisfragen darauf hinwirken, dass die Beweisaufnahme auf die medizinisch wesentlichen Umstände ausgerichtet wird. Darüber hinaus ist der Sachverständige mit den einschlägigen juristischen Begriffen und Tatbeständen vertraut zu machen und darauf hinzuweisen, dass im Haftpflichtrecht andere Kausalitäts- und Beweisanforderungen gelten als z.B. im Sozialrecht,

vgl. Laux in Beck'sche Online-Formulare Medizinrecht, 20. Edition 2019, 2.1.19 Rn. 1 f;
OLG Köln, Urteil vom 08.10.1997 - Az. 13 U 78/97 (in Anlage).

Aufgrund des üblichen Schwerpunkts ihrer Gutachtertätigkeit im Sozialrecht sind die Sachverständigen häufig von der dort vorherrschenden Kausalitätslehre geprägt und mit den im Zivilrecht geltenden Kausalitätskriterien nicht ausreichend vertraut:

„Die unterschiedlichen Beweisanforderungen müssen demgemäß schon bei der Abfassung des Beweisbeschlusses beachtet werden“,

vgl. OLG Köln, Urteil vom 08.10.1997 - Az. 13 U 78/97 (in Anlage).

b)

Insbesondere ist dem Sachverständigen zu verdeutlichen, dass die nach § 286 ZPO erforderliche Überzeugung des Richters von der Wahrscheinlichkeit der Kausalität

eines Primärschadens keine absolute oder unumstößliche Gewissheit und auch keine „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ erfordert, sondern nur einen „für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“,

vgl. BGH, Urteil vom 09.05.1989, Az. VI ZR 268/88;
Kloth, Private Unfallversicherung, 2. Aufl., U. Der Unfallversicherungsprozess Rn. 96.

„Die Ursächlichkeit zwischen dem Fehler und dem so definierten Gesundheitsschaden (Primärschaden, § 286 ZPO) ist anzunehmen, wenn dafür ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewißheit besteht.“,

vgl. Rumler-Detzel, Anforderungen an ein ärztliches Gutachten aus der Sicht der Zivilgerichte, VersR 1999, 1209.

„Das Fehlen vernünftiger Zweifel bei der Bewertung durch den Senat reicht zur Überzeugungsbildung im Sinne des § 286 ZPO aus. Naturwissenschaftliche einhundertprozentige Gewissheit ist weder zu fordern noch in der Regel - insbesondere im medizinischen Bereich - zu erreichen. Erforderlich ist lediglich ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit (...).“

vgl. OLG Hamm, Urteil vom 18.01.2013, Az. 26 U 30/12.

Da insbesondere in medizinischen Fragestellungen aufgrund der individuellen körperlichen Eigenschaften und Gegebenheiten der Patienten eine „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ (wie sie in anderen naturwissenschaftlichen Bereichen zu erreichen ist), nicht gefordert werden kann, muss eine Wahrscheinlichkeit von 80-90 % als für den Kausalitätsnachweis nach § 286 ZPO als ausreichend betrachtet werden,

vgl. OLG Hamm, Urteil vom 21.06.1996, Az. 20 U 351/94;
LG München I, Urteil vom 28.05.2003, Az. 9 O 14993/99.

c)

Wir **beantragen** daher, den Beweisbeschluss vom 24.10.2019 um folgende Hinweise zu ergänzen:

aa) Unter den Punkten III. Ziff. 1. c) und IV. Ziff. 1. d):

Der Sachverständige wird auf Folgendes hingewiesen:

Ein Behandlungsfehler ist als grob zu werten, wenn ein medizinisches Fehlverhalten vorliegt, das aus objektiver ärztlicher Sicht bei Anlegung des für einen Arzt geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabes nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheint, weil ein solcher Fehler dem behandelnden Arzt aus dieser Sicht "schlechterdings" nicht unterlaufen darf.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich der grobe Fehler auch aus einer Gesamtwürdigung des medizinischen Managements ergeben kann, wenn einzelne Fehler selbst noch nicht als grob fehlerhaft zu werten sind.

bb) Unter Punkt II.

Der Sachverständige wird auf Folgendes hingewiesen:

Für die Beantwortung der Frage nach der Kausalität der ärztlichen Versäumnisse für den Primärschaden soll ein Grad der Überzeugung nach den Voraussetzungen des § 286 ZPO angenommen werden:

Eine naturwissenschaftliche einhundertprozentige Gewissheit ist für die Wahrscheinlichkeit der Verhinderung der Infektion durch eine rechtzeitige Pneumokokken-Schutzimpfung nicht zu fordern. Vielmehr genügt es, wenn eine rechtzeitige Pneumokokken-Schutzimpfung mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit (80-90 %) die im Dezember 2013 nachgewiesene Infektion mit Pneumokokken verhindert hätte.

5. Ortsferne der Sachverständigen

Schließlich verstößt das beabsichtigte Ersuchen an die Bezirksärztekammer Südbaden um Ernennung eines niedergelassenen Sachverständigen aus der Region Konstanz/Bodensee gegen den Grundsatz der Ortsferne.

Es gebietet der Grundsatz der Ortsferne hier die Auswahl eines Sachverständigen aus einem fernegelegenen Ort (d.h. nicht in der Nähe zu dem Tätigkeitskreis der Beklagten oder der Streithelfer), denn je größer die Ortsferne, umso geringer ist die Wahrscheinlichkeit beruflicher Zusammenarbeit zwischen dem beklagten Arzt und dem Sachverständigen (vgl. Stegers: Der medizinische Sachverständige im Arzthaftungsprozess, VersR 2000, 419). Hinzuweisen ist auch auf die Vorgaben in der 094/001 S2k-Leitlinie „Allgemeine Grundlagen der medizinischen Begutachtung“ (<http://www.awmf.org/leitlinien/detail/II/094-001.html>), dort auf Seite 5 Absatz 1, Seite 7 und Seite 8 Absatz 2.

Wir bitten darum, einen Sachverständigen auszuwählen, der nicht in Baden-Württemberg niedergelassen ist, weil die Kanzlei der Unterzeichner auch regelmäßige Rechtsstreitigkeiten v.a. im Medizinschadensrecht und Gebührenrecht gegen hier ortsansässige Ärzte und Kliniken, mithin unter Umständen auch gegen den noch auszuwählenden Sachverständigen oder dessen Arbeitgeber, führt.

Wir beantragen daher, dass anstelle der Bezirksärztekammer Musterstadt die

*XYZ Landesärztekammer
Hauptstraße 02
00000 Musterstadt
Tel: 000 0000-000
Fax: 000 0000-000*

um Benennung eines geeigneten niedergelassenen allgemeinmedizinischen Sachverständigen gebeten wird.

5.

Da es sich bei den o.g. erforderlichen Änderungen des Beweisbeschlusses vom 24.10.2019 um reine Berichtigungen und Ergänzungen handelt, kann die Änderung gem. § 360 S.2 Alt. 2 ZPO von Amts wegen ohne mündliche Verhandlung oder Zustimmung der Gegenparteien erfolgen,

vgl. Reichold in Thomas/Putzo, 34. Aufl., § 360 Rn. 3;
Brandenstein/Wilhelm in Gesetzesformulare ZPO, 3. Aufl., § 360 Rn. 38.

- *elektronisch signiert* -

Michael Graf
Fachanwalt für Versicherungsrecht
Fachanwalt für Medizinrecht

Kathrin Schmidt-Troje
Rechtsanwältin

Anlagen (per beA):
- OLG Köln, Urteil vom XX.XX.XXX - Az. XX U 00/00