

# Beweiswürdigung medizinischer Aufzeichnungen zwischen Richter und Sachverständigem am Beispiel der digitalen Volumentomografie

Irene Schöneiseffen, Wesseling

*Mit immer größerer Präzision erlaubt die technische Fortentwicklung es der Medizin, einen „Blick ins Innere“ des Menschen zu werfen, um Diagnose und Behandlungsmaßnahmen auf den konkreten Patienten auszurichten. Diese Aufnahmen werden in digitalisierter Form gespeichert und könnten somit auch in einem etwaigen Arzthaftungsprozess nutzbar gemacht werden. Dann stellt sich jedoch die Frage, wie mit diesen Aufzeichnungen Beweis geführt werden kann und durch wen die Anschauung erfolgen soll: (nur) durch den medizinischen Sachverständigen oder (auch) durch den Richter?*

## I. Problemaufriss

Da der Richter in der Regel nicht zugleich ausgebildeter Mediziner ist, muss er sich bei Arzthaftungsprozessen regelmäßig eines Sachverständigen bedienen.<sup>1</sup> Dieser kann ihm z.B. Röntgenbilder erläutern, über typische Krankheitsverläufe unterrichten oder aus einer Computer-Tomografie (CT) ableiten, ob der Kläger z.B. einen schmerzensgeld- oder schadensersatzpflichtigen Gesundheitsschaden erlitten hat.<sup>2</sup>

Soweit eine medizinische Darstellung in zweidimensionaler Form vorliegt – z.B. die Fotografie einer Narbe oder eben eine Röntgenaufnahme – kann der Richter diese auch selbst in die Hand und leicht „in Augenschein“ nehmen (§ 371 I 1 ZPO). Was aber soll gelten, wenn die

Ablichtung nicht zwei-, sondern dreidimensional ist, wenn also mehrere Einzelaufnahmen z.B. eines Digitalen Volumentomografen (DVT) durch diesen oder an einem Computer zu einem „dreidimensionalen Raum“ zusammengesetzt wurden? Ist dann nur ein Sachverständigen- oder auch ein Augenscheinsbeweis zu führen? Soll also die Einsichtnahme allein durch den Sachverständigen erfolgen, oder kann auch dem Richter zugemutet werden, „in den Körper des Klägers“ zu schauen?

Bedeutung erlangen diese Fragen z.B. dann, wenn der Sachverständige nur bestimmte Schichtaufnahmen bewertet, sei es aus Unachtsamkeit oder aus Unerfahrenheit im Umgang mit neuen Medien, ohne dass ihm Befangenheit (§§ 406 I 1, 42 ZPO) nachgewiesen werden kann.<sup>3</sup> Trotz Überarbeitung und Überlastung der Gerichte könnte dem geltenden (Prozess-)Recht dennoch entnommen werden, dass sich Richter mit medizinischen Aufnahmen auch selbst befassen sollten. Wenn nämlich auch der Richter durch die Bilddatei navigiert, kann er verhindern, ein fehlerhaftes Urteil auszusprechen.

## II. Die digitale Volumentomografie

Mit diesem noch recht jungen Darstellungsverfahren können Körperregionen naturgetreu dreidimensional aufgezeichnet werden. Zum Einsatz kommt die digitale Volumentomografie vor allem in der Zahnheilkunde, z.B. bei der Vorbereitung von Implantationen. Aber auch die Erkennung von Fremdkörpern, Tumoren und Vieles mehr wird durch die Volumentomografie ermöglicht.<sup>4</sup> Zu ihren Vorzügen gehört ferner, dass die Strahlenbelastung für den Patienten geringer ist als z.B. bei der Computertomografie.<sup>5</sup>

Das Verfahren beruht auf dem Einsatz eines sog. Digitalen Volumentomografen, der viele einzelne Schichtaufnahmen erstellt und aus diesen einen dreidimensionalen Datensatz fertigt. Durch die so entstandene „3-D-Landschaft“ kann der behandelnde Arzt navigieren und z.B. bereits vor Beginn einer etwaigen Operation einen „Einblick“ in „seinen Patienten“ erlangen. Die digitale Volumentomografie versetzt den Arzt also in die Lage, sein

▷ Irene Schöneiseffen, Rechtsreferendarin, wiss. Mitarb. bei Sauerborn – Rechtsanwalt, Wesseling.

1 Vgl. Müller, MedR 2001, 487.

2 So schon OLG München, Urt. v. 19.10.1976 – 5 U 3672/72, VersR 1978, 65.

3 Wird der Sachverständige z.B. als sachverständiger Zeuge oder Augenscheinsgehilfe eingesetzt, so scheidet die Ablehnung wegen Befangenheit von vornherein aus, Zöllner/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 372 Rz. 2. Ferner genügt eine falsche Bewertung des Sachverständigen für sich genommen noch nicht für eine Ablehnung wegen Befangenheit, so OLG Saarbrücken, Beschl. v. 14.12.2006 – 5 W 276/06-82, MedR 2007, 484 (485).

4 Haßfeld/Mühlberg, znt 23/2000, S. 58 (www.zm-online.de).

5 Vgl. Haßfeld/Mühlberg, zm 23/2000, S. 58 (www.zm-online.de). Ähnlich nachlesbar .tif www.pluradent.de.

## Beweiswürdigung medizinischer Aufzeichnungen

weiteres Vorgehen – natürlich in Absprache mit dem Patienten – genauestens zu planen und die „richtige“ Behandlungsmethode zu finden.<sup>6</sup>

Aber auch präzise Messungen ermöglicht der DVT: Zum Beispiel kann ein Zahnarzt vor der Insertion eines Zahnimplantats anhand der DVT-Aufnahmen am Computer ermitteln, wo, wie lang bzw. tief und in welchem Winkel er bohren muss.<sup>7</sup> Als weiteres Beispiel sei die Erfassung von Abständen, z.B. zwischen Implantat und Zahnerv, genannt.

Um die Daten des DVT zu lesen, wird spezielle Software benötigt;<sup>8</sup> eine Speicherung auf CD-ROM ist möglich und erlaubt die Betrachtung auf handelsüblichen Computern, sofern die zugehörige „Viewer-Software“ installiert ist bzw. wird.<sup>9</sup> Zudem können einzelne Schichtaufnahmen des DVT ausgedruckt werden.

### III. DVT-Aufnahmen als Beweismittel im Arzthaftungsprozess

Aufgrund der Möglichkeiten, die die digitale Volumentomografie mithin bietet, ergibt sich, dass sich die Verwertung von DVT-Aufnahmen anlässlich eines Arzthaftungsprozesses geradezu anbietet. Im o.g. Beispiel kann z.B. anhand der Aufnahmen überprüft werden, ob ein Implantologe einen falschen Bohrwinkel gewählt und somit ein (grober?) Behandlungsfehler indiziert ist.

Zu klären ist jedoch, wie DVT-Aufnahmen als Beweismittel eingeführt werden können und wer sich mit ihnen auseinandersetzen muss. Dabei soll weder infrage gestellt werden, dass medizinische Fragen eines Arzthaftungsprozesses nicht allein durch Richter entschieden werden können, noch dass der Sachverständigenbeweis gerade auf diesem Gebiet von besonderer Bedeutung ist.<sup>10</sup>

#### 1. Einordnung der DVT-Aufnahme in die Beweismittel der ZPO

Die durch den DVT erstellte Bilddatei könnte entweder als Grundlage eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens (§§ 402 ff. ZPO) dienen oder „Gegenstand“ des Augenscheins i.S.d. §§ 371 ff. ZPO sein.<sup>11</sup>

#### 2. DVT-Aufnahmen als „Gegenstand des Augenscheins“

Beim Augenscheinsbeweis<sup>12</sup> der §§ 371 ff. ZPO nimmt der Richter in der Regel unmittelbar Eigenschaften des sog. Augenscheinsobjekts wahr, und zwar unter Verwendung seines Seh-, Hör-, Geschmack-, Riech-, Tast- und Temperatursinnes. Auf diese Weise soll er sich ein Bild davon verschaffen, ob eine beweisrelevante, behauptete Tatsache wahr bzw. unwahr ist oder ob jedenfalls Indizien für ihre Wahr- bzw. Unwahrheit vorliegen (vgl. § 286 I 1 ZPO).

Angetreten wird der Augenscheinsbeweis grds. durch Bezeichnung des in Augenschein zu nehmenden Gegenstandes und durch Angabe der zu beweisenden Tatsache (sog. Beweisthema), § 371 I 1 ZPO. Im Falle des elektronischen Dokuments, § 371 I 2 ZPO, erfolgt der Beweisantritt stattdessen durch Vorlage oder Datenübermittlung,<sup>13</sup> also z.B. durch Einreichen einer CD-ROM.

##### a) Begriff des Augenscheinsobjekts

Augenscheinsobjekt i.S.d. § 371 I 1 ZPO ist alles sinnlich Wahrnehmbare,<sup>14</sup> also Personen und Sachen.<sup>15</sup> Die Aufzeichnungen eines DVT können jedoch selbst nicht unmittelbar wahrgenommen werden, sondern müssen

mittels eines Computers und spezieller Software eingesehen werden (s.o.). Auch fehlt ihnen die für den Sachbegriff des § 90 BGB vorausgesetzte Körperlichkeit. Folglich sind digitalisierte medizinische Aufzeichnungen keine Augenscheinsobjekte gem. § 371 I 1 ZPO, sodass es für ihre Einordnung als Beweismittel nach den §§ 371 ff. ZPO entscheidend darauf ankommt, ob sie elektronische Dokumente i.S.d. §§ 371 I 2, 371a ZPO sind.<sup>16</sup>

Der Begriff des „elektronischen Dokuments“ ist streitig.<sup>17</sup> So wird der Begriff teilweise dem der §§ 126a, 126b BGB und § 130a ZPO gleichgestellt und steht dann für Dokumente, die *Schriftzeichen* enthalten und die „nur elektronisch lesbar“ sind.<sup>18</sup> Als bildliche Darstellung wäre die DVT-Aufnahme dann kein elektronisches Dokument und somit nicht dem Augenscheinsbeweis zugänglich. Die gegenteilige, weniger strenge Ansicht erfasst unter diesem Begriff hingegen Dokumente gleich welchen Inhalts, also z.B. auch Software oder Bilddateien.<sup>19</sup> Nach dieser Sichtweise sind auch DVT-Aufnahmen im Wege des Augenscheinsbeweises verwertbar.

Für die erstgenannte Ansicht spricht die Systematik der ZPO, denn der nachfolgende § 371a ZPO setzt unter bestimmten Voraussetzungen das elektronische Dokument hinsichtlich seiner Beweiskraft den privaten bzw. öffentlichen *Urkunden* der §§ 415 ff. ZPO gleich und bezieht sich auch seinem Wortlaut nach unmittelbar auf Erklärungen (§ 371a I 2 ZPO). Dementsprechend wird der Schluss gezogen, dass der Anscheinsbeweis des § 371a I 2 ZPO Schriftform voraussetzt und nur für Willens- und Wissenserklärungen gilt,<sup>20</sup> wie auch die Anwendbarkeit des § 416 ZPO eine Willenserklärung voraussetzt.<sup>21</sup> Eine dreidimensionale bildliche Darstellung des menschlichen

6 Nach Angaben der Internetseite [www.ic-med.de](http://www.ic-med.de) ermöglicht der DVT eine „anspruchsvolle Behandlungsplanung“ aufgrund „überaus präziser anamomischer Informationen“. Die Erstellung der Aufnahme soll nur vier Minuten dauern.

7 Beispiel nach [www.dentaprim.com](http://www.dentaprim.com).

8 Beispielhaft aufgeführt seien „codiagnostix“ ([www.dentaprim.com](http://www.dentaprim.com)), „ILUMA Vision 3D Software“ ([www.ic-med.de](http://www.ic-med.de)) und „DICOM-Reader“ ([www.pluradent.de](http://www.pluradent.de)).

9 Dies gilt z.B. bei Verwendung des „DICOM-Readers“ und des „DICOM-Exports“ (vgl. [www.pluradent.de](http://www.pluradent.de)).

10 Müller, MedR 2001, 487 i 491.

11 Demgegenüber scheidet die Möglichkeit einer unmittelbaren Einführung als Urkunde gemäß der §§ 415 ff. ZPO mangels Schriftlichkeit und Körperlichkeit der Daten aus, vgl. Definition der Urkunde bei Ahrens, FS Geimer, S. 1 (2); Schilken, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2007, Rz. 539.

12 Baumbach, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 371 Rz. 4; Musielak/Huber, ZPO, 5. Aufl., § 371 Rz. 3; Schilken, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2007, Rz. 513.

13 Hierzu s. Berger, NJW 2005, 1016 (1020).

14 Vgl. Ahrens, FS Geimer, S. 1 (4).

15 Schilken, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2007, Rz. 514; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl. 2006, vor § 371 Rz. 4.

16 Anderes gilt freilich für Ausdrucke einzelner Schichtaufnahmen; hier aber soll es um die Gesamtdatei als solche gehen. Ist der Dateiinhalt in Augenschein zu nehmen, ist § 371 I 1 ZPO nicht einschlägig, vgl. Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl. 2006, vor § 371 Rz. 7 und § 371 Rz. 20.

17 Berger, NJW 2005, 1016 (1017).

18 Baumbach, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 371 Rz. 6; Musielak/Huber, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 371 Rz. 11; so wohl auch Ahrens, FS Geimer (2002), S. 1 (3).

19 Berger, NJW 2005, 1016 (1017); Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl. 2006, vor § 371 Rz. 7 und § 371 Rz. 19 und § 371a Rz. 7.

20 Musielak/Huber, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 371a Rz. 2; Roßnagel/Böschner-Dieskau, NJW 2006, 806 (807); Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 371a Rz. 7.

21 Gegen dessen Anwendung auf elektronische Dokumente schlechthin Ahrens, FS Geimer, S. 1 (11).

## Beweiswürdigung medizinischer Aufzeichnungen

Körpers „erklärt“ jedoch nichts, sondern ist nur ein Abbild der körperlichen Verfassung des Patienten und in dieser Deutung kein elektronisches Dokument.

Die Gesetzessystematik kann jedoch auch für die gegenteilige Auffassung fruchtbar gemacht werden: Wenn nämlich für das elektronische Dokument stets die Erfassung einer Wissens- oder Willenserklärung in Schriftform vorauszusetzen wäre, dann hätte es näher gelegen, die Regelungen der §§ 371 I 2, 371a ZPO in den Titel über den Beweis durch Urkunden (§§ 415 ff. ZPO) aufzunehmen und nur auf die „Verkörperung“ der Erklärung zu verzichten. Da dies nicht geschehen ist, kann das elektronische Dokument auch inhaltlich von einer Urkunde abweichen. Schließlich stellt § 130a ZPO auf Anträge, Erklärungen und Schriftsätze ab, die der Schriftform bedürfen und die *auch* in elektronischer Form eingereicht werden dürfen. Auch die §§ 126a, 126b BGB sind bloße Formvorschriften. Wenn in diesen Normen aber jeweils auf „Erklärungen“ Bezug genommen wird, der Wortlaut des § 371 I 2 BGB dies jedoch gerade nicht tut, dann folgt daraus, dass der Begriff des elektronischen Dokuments *hier* weiter auszulegen ist und daher auch Inhalte ohne Erklärungswert erfasst.

Gegen die strengere Auffassung spricht auch der Sprachgebrauch. Zwar versteht man unter einem „Dokument“ allgemein ein Schriftstück oder eine Urkunde, aber speziell auf dem Gebiet der elektronischen Datenverarbeitung ist ein Dokument jede „strukturierte Datenmenge“ bzw. jede „Datei“<sup>22</sup>. Die Begriffsbedeutung in der EDV-Sprache ist, wenn sich eine Norm auf elektronische Dokumente, also Produkte der EDV, bezieht, maßgeblich.

Es ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb zwischen Schriftdateien einerseits und Audio-, Bild- und Videodateien andererseits hinsichtlich ihrer Qualität als Augenscheinsobjekt unterschieden werden soll.<sup>23</sup> Deutlich wird dies durch einen Vergleich von Fotografie und Bilddatei: Erstere ist ein Augenscheinsobjekt i.S.v. § 371 I 1 ZPO und dient der mittelbaren Wahrnehmung des Richters über das abgebildete Objekt.<sup>24</sup> Angesichts des Vormarschs der digitalen Fotografie gelten zahlreiche Fotografien im Ursprung jedoch nicht mehr auf einen „Film“, also ein greifbares Objekt i.S.v. § 371 I 1 ZPO, zurück, sondern auf eine originäre *Fotodatei*. Die engere

Ansicht müsste zu dem Ergebnis kommen, dass die Ursprungsdatei kein Augenscheinsobjekt ist, ihr Ausdruck hingegen schon, da dieser unmittelbar sinnlich wahrnehmbar ist. Eine Unterscheidung zwischen Ausdruck und Datei ist jedoch nicht sinnvoll: Der Ausdruck der Fotodatei ist lediglich eine Kopie der Ursprungsaufnahme und kann mit der entsprechenden Software bearbeitet und somit bereits verändert worden sein; dass man ihn in die Hand nehmen kann, erhöht also nicht dessen Zuverlässigkeit als Beweismittel. Wollte man nur Digitalfotos aus dem Anwendungsbereich des § 371 I 1 ZPO ausscheiden, ergäbe sich jedoch das Folgeproblem, dass man einem Foto ohne Weiteres nicht ansehen kann, ob es „klassisch“ oder digital erstellt wurde. Außerdem sind auch „klassische“ Fotografien nicht manipulationssicher. Konsequenterweise müsste man dann *allen* Fotografien (und -dateien) ihre Tauglichkeit als Augenscheinsobjekte absprechen.<sup>25</sup> Diese zu einem beweisrechtlichem „Nullum“ zu erklären hieße jedoch, eine wichtige Beweisquelle auszuschließen. Demgegenüber kann die weniger strenge Auffassung schon die originäre Datei und erst recht jeden Ausdruck einer Fotografie als Augenscheinsobjekt begreifen, sodass alle Abgrenzungsschwierigkeiten entfallen.<sup>26</sup>

Ebenso kann ein Schriftstück i.S.d. § 371 I 1 ZPO zusätzlich eine grafische Darstellung enthalten. Warum dieselbe Grafik beweisrechtlich irrelevant werden soll, nur weil sie separat z.B. auf einer CD-ROM als eigenständiges Beweismittel eingereicht wird, ist nicht ersichtlich.

Folglich sprechen Wortlaut und praktische Erwägungen dafür, dass der Begriff des elektronischen Dokuments weit zu verstehen ist und dass er daher auch die dreidimensionalen Aufnahmen eines Digitalen Volumentomografen erfasst.

## b) Beweiswert der DVT-Aufnahme

Können die Aufnahmen des Digitalen Volumentomografen demnach also Gegenstand eines Augenscheinsbeweises gem. § 371 I 2 ZPO sein, so bleibt zu klären, welchen Beweiswert sie in einem Prozess haben. Da § 371a ZPO ersichtlich auf elektronische Dokumente schriftlichen Inhalts ausgerichtet ist, können seine Beweiserleichterungsregeln nicht angewandt werden. Wie auch die Augenscheinsobjekte des § 371 I 1 ZPO unterliegen sie daher der sog. „freien Beweiswürdigung“ des § 286 I 1 ZPO.<sup>27</sup>

## c) Einnahme des Augenscheins

Aus dem Unmittelbarkeitsprinzip des § 355 I 1 ZPO folgt, dass der Augenschein grds. durch den oder die Richter, also das Prozessgericht, selbst eingenommen werden muss.<sup>28</sup> Nur auf diesem Wege kann die für § 286 I 1 ZPO erforderliche Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit behaupteter Tatsachen erlangt werden.<sup>29</sup> Im Ausgangspunkt ist es also Sache des Richters, DVT-Aufnahmen zu Kenntnis zu nehmen, also per Computer durch die dreidimensionalen Aufzeichnungen zu navigieren und sich z.B. im wahrsten Sinne des Wortes ein Bild davon zu verschaffen, wie die abgebildete Behandlungsregion vor und/oder nach einem streitigen ärztlichen Heileingriff aussieht.

Allerdings räumt die ZPO die Möglichkeit ein, sich eines Augenscheinsgehilfen oder eines Sachverständigen zu bedienen.<sup>30</sup>

aa) Die Hinzuziehung des sog. Augenscheinsgehilfen ist in der ZPO nicht geregelt, kann aber durch Auslegung aus § 372 I ZPO abgeleitet werden.<sup>31</sup> Dies ist eine Person, derer sich ein Richter bedient, weil die Einnahme des Augenscheins (ausnahmsweise) nicht von ihm selbst

22 Duden, Fremdwörterbuch, 8. Aufl. 2005, S. 246.

23 Berger, NJW 2005, 1016 (1017), unter Berufung auf die Gesetzesbegründung.

24 Vgl. Ahrens, FS Geimer, S. 1 (6 I.); Baumbach, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 371 Rz. 4; Musielak/Huber, § 371 Rz. 3; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl. 2006, vor § 371 Rz. 4.

25 Vgl. Baumbach, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 371 Rz. 2, der den Aussagewert eines Fotos generell infrage stellt.

26 Das Problem der Manipulierbarkeit kann dann durch Hinzuziehung eines technischen Sachverständigen (§ 372 I BGB) gelöst werden.

27 Dass die Geltung des § 371a ZPO nicht unbedingt vorteilhafter ist, zeigen z.B. die Unsicherheiten hinsichtlich der Beweiskraft elektronischer Dokumente in Arzthaftungssachen, vgl. Dierks, DuD 2006, 142 (145, 147) oder die Diskussion um die Erstreckung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) auf elektronische Patientenakten eines Arztes (Für deren Geltung Ortner/Gens, MedR 1997, 37 (339), ablehnend Abschner, VersR 2006, 621 (624)).

28 Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl. 2006, vor § 371 Rz. 14.

29 Baumbach, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 355 Rz. 4 und § 372 Rz. 1; Musielak/Huber, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 372 Rz. 2; Zöllert/Greger, 26. Aufl. 2007, § 355 Rz. 1.

30 Nicht einzugehen ist hier auf die Möglichkeit, den Augenschein auf einen Richter oder beauftragten Richter zu übertragen, da auch in diesem Fall die Augenscheinnahme durch ein Mitglied der Judikative erfolgt.

31 Schulken, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rz. 517.

## Beweiswürdigung medizinischer Aufzeichnungen

erwartet werden kann, da sie unzulässig bzw. unzumutbar wäre<sup>32</sup> oder er sie faktisch nicht selbst durchführen kann.<sup>33</sup> Als Beispiele werden in der Literatur u.a. genannt: Die Untersuchung einer weiblichen Person durch einen männlichen Richter (Einschaltung einer weiblichen Mittelsperson) und umgekehrt,<sup>34</sup> die Untersuchung eines Schiffswracks<sup>35</sup> (Augenscheinnahme durch Taucher) sowie die Inaugenscheinnahme des oberen Abschlussrandes eines Schornsteins<sup>36</sup> (Übertragung auf Schornsteinbauer). Der Augenscheinshilfe wird als Zeuge vernommen,<sup>37</sup> sodass sich der Richter seinerseits ein „eigenes Bild“ von dessen Wahrnehmungen machen kann. Letztlich gelten die Beobachtungen des Augenscheinshilfs daher als eigene, unmittelbare Wahrnehmung des Richters.<sup>38</sup>

Die Inaugenscheinnahme der DVT-Aufnahmen durch Richter ist weder mit besonderen Gefahren verbunden, noch in irgendeiner Weise unangebracht, sondern im Gegenteil grds. möglich; jedenfalls scheidet eine Gleichsetzung mit den o.g. Beispielen aus. So macht es keinen bemerkenswerten Unterschied, ob der Richter selbst vor einem Computer Platz nimmt und die Darstellung der Behandlungsregion betrachtet, oder ob eine sonstige Hilfsperson ohne speziellen (medizinischen) Sachverstand ihm berichtet, was sie sieht.

Etwas anderes könnte sich zwar dann ergeben, wenn das Betriebsprogramm eines Volumentomografen nicht die Möglichkeit vorsieht, die aufgezeichneten Daten auf eine CD-ROM zu brennen und diese im DVT oder einem angeschlossenen Rechner gespeichert bleiben. In diesem Fall müsste der Richter vor Ort in der Praxis des behandelnden Arztes bzw. des auf die DVT-Technik spezialisierten Radiologen am DVT selbst Einblick nehmen. Allerdings sieht § 219 I ZPO (i.V.m. § 166 GVG) gerade vor, dass das Gericht auch vor Ort den Augenscheinbeweis durchführen kann. Hiervon wird bei Streitigkeiten anlässlich Verkehrsunfällen, Nachbarstreitigkeiten oder Bausachen rege Gebrauch gemacht,<sup>39</sup> aber auch der Besuch psychiatrischer Kliniken (in Unterbringungssachen) ist nicht unüblich.<sup>40</sup> Selbst die Lärmbelästigung der Anwohner eines nahe gelegenen Flughafens wird – sogar zur Nachtzeit (!) – von Richtern mittels Ortsterminen bemessen. Ausgehend davon ist nicht ersichtlich, warum der Besuch einer Arztpraxis zwecks Betrachtung von DVT-Aufnahmen grds. unzumutbar sein soll.<sup>41</sup> Vielmehr bietet dieser den Richtern die Möglichkeit, gezielte Fragen zu dem zu stellen, was sie sehen, ein Vorteil, der bei Einschaltung eines Augenscheinshilfs entfällt. Folglich ist die Betrachtung der Aufnahmen vor Ort im Grundsatz nicht unzumutbar.

Sollten sich „Schwierigkeiten“ in Form technischer Probleme daraus ergeben, dass eine Datei in Augenschein zu nehmen ist, so kann das Gericht insoweit die Hilfe eines technischen Sachverständigen in Anspruch nehmen,<sup>42</sup> so z.B. um diese zu öffnen, sei es vor Ort oder im Gerichtssaal.<sup>43</sup> Auch unter diesem Aspekt ist die Inaugenscheinnahme durch das Prozessgericht also nicht unzumutbar.

Daraus folgt, dass die Augenscheinnahme durch das Prozessgericht erfolgen kann, sodass Richter hinsichtlich der Auswertung medizinischer Aufzeichnungen auf die Einschaltung eines (bloßen) Augenscheinshilfs verzichten sollten.<sup>44</sup>

bb) Gemäß § 372 I ZPO kann das Gericht zur Einnahme des Augenscheins aber auch einen Sachverständigen hinzuziehen. Von dieser Möglichkeit darf es z.B. Gebrauch machen, wenn beweisrelevante Wahrnehmungen ohne spezielle Sachkunde nicht gemacht werden können.<sup>45</sup> Gibt der Sachverständige nur seine Wahrnehmungen wei-

ter, so handelt er als Mittelsperson oder Augenscheinshilfe des Gerichts und ist als (sachverständiger) Zeuge zu vernehmen.<sup>46</sup> Wendet er auch seine Fachkenntnisse an, so wandelt sich der Augenscheinshilfe zum Sachverständigenbeweis.<sup>47</sup> Im ersten Fall gelten die Ausführungen zum Augenscheinshilfen entsprechend,<sup>48</sup> zum zweiten Fall s. sogleich beim Sachverständigenbeweis (III., 3. und IV.).

### 3. DVT-Aufnahmen als Gegenstand des Sachverständigenbeweises

Ein Arzthaftungsprozess muss basierend auf medizinischem Sachverstand entschieden werden. Hierzu bedient sich der Richter gemäß der §§ 144, 402 ff. ZPO regelmäßig des medizinischen Sachverständigen, der Auskunft über medizinische Standards gibt,<sup>49</sup> sie auf einen konkreten Einzelfall anwendet und Schlussfolgerungen zieht oder Feststellungen macht, die dem „Fachmann“ vorenthalten sind.<sup>50</sup> Richter sind insoweit auf die Angaben des Sachverständigen angewiesen,<sup>51</sup> um die Rechtsfragen des Prozesses überhaupt erst lösen zu können. Die Hinzuziehung des Sachverständigen kann daher geradezu verpflichtend sein.<sup>52</sup>

32 Vgl. Pieper, ZZP 84, 1 (11).

33 Musielak, ZPO, 9. Aufl. 2007, Rz. 427; Musielak/Huber, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 372 Rz. 4; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl. 2006, vor § 371 Rz. 14.

34 Baumbach, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 372 Rz. 4; Schilken, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2007, Rz. 516; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl. 2006, vor § 371 Rz. 14.

35 Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl. 2006, vor § 371 Rz. 14.

36 Musielak/Huber, § 372 Rz. 4.

37 Pieper, ZZP 84, 1 (11); Schilken, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2007, Rz. 517.

38 Musielak/Huber, § 371 Rz. 4 und § 372 Rz. 4.

39 Vgl. Musielak/Huber, § 371 Rz. 1.

40 Roth in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2005, § 219 Rz. 4.

41 Anders ggf. bei räumlich großer Distanz von Gerichtsort und Belegenheitsort des DVT: Hier kann von der Möglichkeit des § 372 II ZPO Gebrauch gemacht werden.

42 Zu dessen Aufgabengebieten s. Hoppen/Streitz, CR 2007, 270.

43 Vgl. Berger, NJW 2005, 1016 (1018); Musielak/Huber, ZPO, 5. Aufl. 2007, Rz. 13; Lüke/Waxl/Davranau, ZPC1-Aktualisierungsband, 2. Aufl. 2002, § 371 Rz. 9.

44 Dementsprechend wird auch vertreten, ein Richter solle selbst durch ein Mikroskop schauen, Musielak Grundkurs, ZPO, 9. Aufl. 2007, Rz. 426; vgl. Ahrens, FS Geimer, S. 1161; In beiden Fällen handelt es sich lediglich um technische Hilfsmittel, deren Benutzung nicht mit großen Gefahren verbunden und daher dem Richter zuzumuten ist; a.A. Baumbach, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 371 Rz. 2 bzgl. des Mikroskops.

45 Musielak/Huber, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 371 Rz. 5 und § 372 Rz. 3; Schilken, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2007, Rz. 516; Zoller/Greger, 26. Aufl. 2007, § 372 Rz. 2.

46 Musielak/Huber, § 372 Rz. 3; Schilken, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2007, Rz. 517; Zoller/Greger, 26. Aufl. 2007, § 372 Rz. 2.

47 Musielak/Huber, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 371 Rz. 5; Schilken, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2007, Rz. 516.

48 Zwar handelt es sich dann um einen Augenscheinshilfen mit speziellem Sachverstand. Da das Sonderwissen in dieser Konstellation jedoch nicht genutzt werden musste, kann der Richter auch hier den Augenschein selbst anstelle des Sachverständigen einnehmen.

49 Jessnitzner/Friehling/Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl. 2007, Rz. 276.

50 Franke, DRiZ 1991, 314 (318); Olszen, ZZP 93, 66 (69); Pieper, ZZP 84, 1 (8); Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2006, vor § 402 Rz. 22–25.

51 Vgl. BGH, Ur. v. 12.2.2008 – VI ZR 221/06, Rz. 16, GesR 2008, 250; vgl. Broß, ZZP 102, 413 (425); Ahlför, MedR 2001, 487 (490); vgl. Pieper, ZZP 84, 1 (11); Sessler, NJW 1986, 2907 (2908).

52 Olszen, ZZP, 93, 66 (74); vgl. Pieper, ZZP 84, 1 (11).

## Beweiswürdigung medizinischer Aufzeichnungen

## a) Anschluss- und Befundtatsachen

Bei der Vorbereitung bzw. Durchführung eines Sachverständigengutachtens muss zwischen sog. Anschlussstatsachen einerseits und Befundtatsachen andererseits unterschieden werden.

Mit Anschlussstatsachen, auch Anknüpfungstatsachen genannt, sind die Fakten des zu begutachtenden Sachverhalts gemeint, also die Tatsachenbasis der Tätigkeit des Sachverständigen.<sup>53</sup> Dieser Sachverhalt ist vom Prozessgericht selbst festzustellen, vgl. § 404a III ZPO, und bildet die Ausgangsbasis des Sachverständigengutachtens.<sup>54</sup>

Befundtatsachen betreffen demgegenüber nicht den Sachverhalt selbst, sondern die vom Sachverständigen anzuwendende Sachkunde.<sup>55</sup> Schon für ihre Erhebung ist besondere Fachkunde nötig, sodass hier der Sachverständige zuständig ist.<sup>56</sup> Hierzu gehört z.B. die Einholung von Informationen über Krankheitsverläufe,<sup>57</sup> die Erörterung medizinischer Standards oder der fachliche Inhalt von Krankenunterlagen.<sup>58</sup>

Ein Digitaler Volumetomograf erstellt eine naturgetreue dreidimensionale Darstellung einer Körperregion des Patienten (s.o.). Als „Ablichtung“ enthalten die Aufnahmen eindeutige Angaben über die körperliche Verfassung des Patienten zu einem bestimmten Zeitpunkt. So zeigen sie z.B., ob nach einer Operation ein „Fremdkörper“ zurückgeblieben ist oder ob ein Zahnimplantat nicht

richtig eingesetzt wurde. Die Bilddatei enthält daher Tatsachen, die für die Beurteilung des Vorliegens oder Fehlens eines Behandlungsfehlers erforderlich sind. Erst deren Auswertung erfordert medizinischen Sachverstand. Die Darstellung zählt damit zu den Sachverhaltsangaben, die dem medizinischen Sachverständigen die Begutachtung erst ermöglichen und somit zu den Anschlussstatsachen. Daraus folgt, dass sie vom Prozessgericht ermittelt und festgestellt werden müssen, sodass auch beim Sachverständigenbeweis eine Kenntnisnahme durch die Richter verlangt werden kann.

Allerdings ist anerkannt, dass in Ausnahmefällen auch die Tatsachenermittlung hinsichtlich der Anknüpfungstatsachen dem Sachverständigen obliegen kann,<sup>59</sup> nämlich dann, wenn deren Ermittlung bereits besondere Sachkunde voraussetzt oder die Parteien mit der Feststellung durch den Sachverständigen einverstanden sind.<sup>60</sup> Übertragen auf den Bereich der digitalen Volumetomografie ergibt sich, dass es durchaus Sinn macht, wenn der Sachverständige allein die Aufnahmen betrachtet und ihren Inhalt feststellt, denn der Richter und der Sachverständiger sehen zwar dasselbe, aber nur letzterer versteht im Zweifel das, was er da sieht.<sup>61</sup> Die Einschaltung des Gerichts könnte sich somit als „bloßer Formalismus“ darstellen,<sup>62</sup> sodass es diesem – jedenfalls nach dem bisher Gesagten – nicht versagt ist, schon die Feststellungen hinsichtlich der DVT-Aufnahmen dem Sachverständigen zu überlassen.

## b) Beweiswert des Sachverständigengutachtens

Auch als Anschlussstatsache eines Sachverständigengutachtens unterliegt eine DVT-Aufnahme dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung gem. § 286 I 1 ZPO.

## IV. Verhältnis von Richter und Sachverständigem bei der „Beurteilung“ von DVT-Aufnahmen

Es zeigt sich, dass das Prozessgericht zwar grds. selbst die DVT-Aufnahmen in Augenschein nehmen bzw. als Anschlussstatsachen eines Sachverständigengutachtens feststellen muss, dass ihm aber (fast) immer das „Hinter-türchen“ eröffnet wird, einen Sachverständigen allein mit der Feststellung und Betrachtung zu beauftragen oder ihn jedenfalls als sachverständigen Augenscheinshilfen einzusetzen.<sup>63</sup>

Dementsprechend obliegt in der Praxis die Sachverhalts-ermittlung häufig allein dem Sachverständigen<sup>64</sup> und die Richter sind bei ihrer Entscheidung wenigstens mittelbar an dessen Ergebnisse gebunden,<sup>65</sup> dürfen jedenfalls nicht ohne ausführliche Begründung von seinem Gutachten abweichen und müssen nachweisen, woher sie ihre eigene (bessere) Sachkunde ableiten wollen.<sup>66</sup> Dies führt zu der Kritik, faktisch sei der Sachverständige Richter,<sup>67</sup> während der Richter nur sein Vollzugsgehilfe sei.<sup>68</sup>

Diese Entwicklung wird mit Recht kritisch gesehen,<sup>69</sup> denn Richter und Sachverständige sind zwei strikt zu trennende Personengruppen unterschiedlichen Ranges.<sup>70</sup>

## 1. Verfassungsrechtliche Vorgaben zum Verhältnis von Richter und Sachverständigem

Die Rechtsprechung obliegt den Gerichten (Art. 92 GG), deren Richter unabhängig entscheiden und nur dem Gesetz unterworfen sind, Art. 97 I GG. Das Grundgesetz kennt also keine Bindung des Richters an Sachverständigengutachten und damit auch nicht an dessen Wahrneh-

53 BGH, Urt. v. 13.7.1962 – IV ZR 21/62, BGHZ 37, 389 (394); Zül-ler/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 355 Rz. 1.

54 Vgl. Jessmitzer/Frießing/Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 11. Aufl. 2007, Rz. 686; Musielak, Grundkurs, ZPO, 9. Aufl. 2007, Rz. 438; Züller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 402 Rz. 5.

55 Züller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 402 Rz. 5d. Demgegenüber stellen Stein/Jonas/Lospichl, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 404a Rz. 9 auf die in dem Gutachten verwerteten Tatsachen ab. Zu verwerren sind aber auch Anschlussstatsachen, sodass nach diesem Begriffsverständnis eine klare Abgrenzung scheitert.

56 Musielak, Grundkurs, ZPO, 9. Aufl. 2007, Rz. 438.

57 Züller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 402 Rz. 5d.

58 Jessmitzer/Frießing/Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 11. Aufl. 2007, Rz. 276 und 683.

59 Baumbach, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 286 Rz. 50; Musielak/Haber, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 372 Rz. 3.

60 Vgl. BGH, Urt. v. 13.7.1962 – IV ZR 21/62, BGHZ 37, 389 (393 f.); Lükel/Wax/Damrau, ZPO, 2. Aufl. 2000, § 404a, Rz. 9; Musielak/Haber, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 372 Rz. 3; vgl. Olsen, ZJP 93, 66 (73); Züller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 355 Rz. 2 und § 402 Rz. 5.

61 Nach Kienzel/Smotkowski, MedR 2007, 477 könne selbst von einem klinisch tätigen Arzt ohne radiologische Fachkenntnisse nicht erwartet werden, bildgebende Untersuchungsverfahren, deren Ergebnisse auf CD-ROM gespeichert sind, selbstständig auszuwerten.

62 Luke/Wax/Damrau, ZPO, 2. Aufl. 2000, § 404a Rz. 7; vgl. auch Musielak/Haber, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 373, Rz. 3 für die Einschaltung eines sachverständigen Augenscheinshilfen beim Augenscheinbeweis.

63 Obgleich von Letzterem abzurufen ist (s. C. II. 3.).

64 Vgl. Bajerlein, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 3. Aufl. 2002, § 15 Rz. 93.

65 Vgl. Olsen, ZJP 93, 66 (78, 80 ff.), der diese Bindung auf die Zu-nahme verbindlicher Erfahrungssätze der Wissenschaften zurück-führt. Zur zu befürwortenden Bindung an Denk-, Naturgesetze und Erfahrungssätze auch Musielak/Fürst, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 286 Rz. 10.

66 BGH, Urt. v. 10.5.1994 – VI ZR 192/93, NJW 1994, 2419 (2421); Vgl. Baß, ZJP 102, 413 (431); Müller, MedR 2001, 487 (492); Pieper, ZJP 84, 1 (25 ff.); Stein/Jonas/Lospichl, ZPO, 11. Aufl. 2006, § 412 Rz. 6.

67 Pieper, ZJP 84, 1 (32).

68 Schäfer, NJW 1986, 2907 (2909); vgl. Stephan, DRiZ 1995, 45.

69 Pieper, ZJP 84, 1 (33).

70 Vgl. Frankes, DRiZ 1991, 314 (315 f.); Sander, NJW 1986, 1907 (1908).

## Beweiswürdigung medizinischer Aufzeichnungen

mungen. Hieraus folgt vielmehr, dass relevante Tatsachen durch die Gerichte festzustellen sind.<sup>71</sup> Auch eröffnet es zwar einen Anspruch auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 I 2 GG, aber nicht auf einen „gesetzlichen Sachverständigen“. Schon aus der Verfassung folgt daher, dass der Sachverständige dem Richter untergeordnet sein muss.

„Herren des Geschehens“<sup>72</sup> müssen also die Richter sein, die gem. Art. 103 I GG verpflichtet sind, „alle Ausführungen der Prozessbeteiligten zu Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen“<sup>73</sup> und den gesamten streitigen Sachverhalt zu erschöpfen.<sup>74</sup> Auch hier werden die Richter in die Pflicht genommen, während das Grundgesetz hinsichtlich der Funktion des Sachverständigen schweigt. Dieser Anspruch auf rechtliches Gehör spricht daher ebenfalls dafür, von der Möglichkeit, die Tatsachenfeststellung oder Augenscheinnahme zu delegieren, nur sehr restriktiv Gebrauch zu machen.

## 2. Einfachgesetzliche Vorgaben

Abgesehen von diesen ersten Erkenntnissen überlässt die Verfassung die Konkretisierung des „Zusammenspiels“ von Richter und Sachverständigen dem einfachen Gesetzesrecht. Geregelt ist deren Verhältnis in den Verfahrensordnungen, für den Arzthaftungsprozess also in der ZPO, z.B. in den bereits erwähnten §§ 144, 372 I, 402 ff. ZPO.

Gemäß § 406 I 1 ZPO kann der Sachverständige aus denselben Gründen abgelehnt werden wie ein Richter (§§ 41, 42 ZPO). Aus dieser Vorschrift wird geschlossen, dass das Zivilprozessrecht die Stellung von Sachverständigem und Richter einander angenähert habe und dass der Sachverständige Aufgaben des Richters wahrnehme.<sup>75</sup> Andere wiederum entnehmen ihr, dass dem Sachverständigenbeweis eine hervorgehobene Rolle zukomme und dass der Richter diesen nicht umfassend kontrollieren könne.<sup>76</sup> Richtig ist, dass der Sachverständige Gehilfe des Richters<sup>77</sup> ist, denn er vermittelt ihm das Sachwissen, das dieser braucht, um ein Urteil fällen zu können und auch, dass der Sachverständigenbeweis deswegen (nicht nur) im Medizinrecht eine besondere Stellung einnimmt.<sup>78</sup> Indes zollt § 406 ZPO lediglich dem Umstand Rechnung, dass man einen Zeugen, eine beweiserhebliche Urkunde oder ein Augenscheinsobjekt und erst recht nicht die Prozessparteien ohne Weiteres austauschen kann, wohl aber einen Sachverständigen. Hierin unterscheidet er sich deutlich von den übrigen Beweismitteln der ZPO. Er wendet sein Fachwissen auf den Streitfall an, ohne selbst „Bestandteil“ desselben zu werden – jeder andere, ebenso qualifizierte Sachverständige könnte dies genau so tun. Richter und Sachverständige entsprechen einander daher insoweit, als dass beide nur aufgrund ihrer beruflichen Fähigkeiten eingesetzt werden und unparteiisch sein sollen, aber eben auch ersetzbar sind.<sup>79</sup> Wenn aus § 406 ZPO aber eine „Gleichrangigkeit“ abgeleitet werden soll, dann ist unklar, weshalb die ZPO den Sachverständigen genau in die Mitte der fünf strengen Beweismittel einordnet. Gegen diese

Annahme spricht auch § 404a ZPO, eine Vorschrift, deren Zweck darin besteht, das Miteinander aller Prozessbeteiligten zu verbessern,<sup>80</sup> und nach der das Prozessgericht den Sachverständigen anleiten muss und ihm Weisungen erteilen kann.

Vielmehr greift die Zivilprozessordnung in § 286 I 1 ZPO den Grundsatz unabhängiger Entscheidung des Art. 97 I GG wieder auf, indem sie bestimmt, dass der Richter „nach freier Überzeugung“ entscheidet. Hierzu

genügt mit dem BGH, dass er bzgl. der Wahrheit oder Unwahrheit einer behaupteten Tatsache bei streitigem Sachverhalt einen „für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit“ erlangt, „der Zweifel Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“.<sup>81</sup> Um zu dieser Überzeugung zu gelangen, kann zwar gerade ein Sachverständiger eingeschaltet werden, §§ 144 I 1, 372 I ZPO. „Frei“ entscheidet ein Richter aber nur, wenn er nicht an die Meinung des Sachverständigen gebunden ist,<sup>82</sup> sondern diese hinterfragen darf und auch tatsächlich überprüft.

Dieser Grundkonzeption von Verfassung und freier Beweiswürdigung entspricht es, dass Rechtsprechung und Literatur verlangen, dass Richter ein Sachverständigen-gutachten, bevor sie es ihrer Entscheidung zugrunde legen, kritisch würdigen<sup>83</sup> und kontrollieren, ob der Sachverständige die zu berücksichtigenden Tatsachen vollständig und korrekt erfasst hat.<sup>84</sup> Insbesondere soll es Unklarheiten, Widersprüche oder Lücken eines Sachverständigen-gutachtens durch Anhörung des Sachverständigen oder Einholung eines weiteren (Ober-)Gutachtens aufklären.<sup>85</sup> Diese Pflichten bestehen gerade hinsichtlich medizinischer Sachverständigen-gutachten.<sup>86</sup>

Wie aber soll ein Richter diesen Vorgaben entsprechen, wenn er die Inaugenscheinnahme bzw. Feststellung der

71 *Franzki*, DRiZ 1991, 314 (317).

72 Vgl. *Zöllner/Greger*, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 404a Rz. 1.

73 BVerfG, Beschl. v. 22.1.2001 – 1 BvR 2075/98, NJW-RR 2001, 1006 (1007).

74 *Baumbach*, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 286 Rz. 14.

75 *Olzen*, ZZZ 93, 66 (72); *Pieper*, ZZZ 84, 1 (30 f.).

76 *Broß*, ZZZ 102, 413 (416).

77 *Baumbach*, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 404a Rz. 5; *Musielak*, ZPO, 9. Aufl. 2007, Rz. 437; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. 2007, Rz. 530.

78 Vgl. *Franzki*, DRiZ 1991, 314 (315); *Müller*, MedR 2001, 487 (491); vgl. *Olzen*, ZZZ 93, 66 (67); *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl. 2002, vor § 402 Rz. 8.

79 *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 406 Rz. 1. Zur Geltung des prozessualen Gleichbehandlungsgebots OLG Saarbrücken, Ur. v. 14.12.2006 – 5 W 276/06-82, MedR 2007, 484 (485).

80 *Baumbach*, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 404a Rz. 2. Hier ist ein „age“ stehen geblieben.

81 BGH, Ur. v. 17.2.1970 – III ZR 139/67, BGHZ 53, 245 (256); BGH, Ur. v. 12.2.2008 – VI ZR 221/06, Rz. 9, GesR 2008, 250.

82 Vgl. *Franzki*, DRiZ 1991, 314 (316): „Denn der Richter ist frei darin, wie er das Gutachten würdigt.“ Ähnlich *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl. 2006, vor § 402 Rz. 15. Hingegen waren Richter bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts tatsächlich an die Auffassung des Sachverständigen gebunden; dieser war „iudex facti“. Zur Abkehr von diesem Prinzip *Olzen*, ZZZ 93, 66 (74 ff.).

83 *Baumbach*, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 286 Rz. 57; *Jessnitzner/Ulrich/Frieling*, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl. 2007, Rz. 274, 675; *Musielak*, ZPO, 9. Aufl. 2007, Rz. 438; *Musielak/Fuerste*, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 286 Rz. 11; Nach *Müller*, MedR 2001, 487 (492) muss der Richter alle relevanten Tatsachen selbst feststellen und den Sachverhalt inkl. seiner medizinischen Fragen „in eigener Verantwortung würdigen“, wenn das Vorliegen eines Behandlungsfehlers zu prüfen ist.

84 BGH, Ur. v. 16.1.2001 – VI ZR 408/99, NJW 2001, 1787 (1788); *Baumbach*, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 286, Rz. 50, 58; *Broß*, ZZZ 102, 413 (420); *Jessnitzner/Frieling/Ulrich*, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl. 2007, Rz. 273, 278; *Müller*, MedR 2001, 487 (492).

85 BGH, Ur. v. 16.1.2001 – VI ZR 408/99, NJW 2001, 1787 (1788); BGH, Ur. v. 12.2.2008 – VI ZR 221/06, Rz. 16, GesR 2008, 250; *Baumbach*, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 286 Rz. 55; *Franzki*, DRiZ 1991, 314 (319); vgl. *Jessnitzner/Frieling/Ulrich*, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl. 2007, Rz. 278; *Müller*, MedR 2001, 487 (493); *Musielak/Fuerste*, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 286 Rz. 11; *Zöllner/Greger*, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 402 Rz. 7a.

86 BGH, Ur. v. 10.5.1994 – VI ZR 192/93, NJW 1994, 2419 (2420); BGH, Ur. v. 3.12.1996 – VI ZR 309/95, NJW 1997, 803 (803 f.); BGH, Ur. v. 6.7.1999 – VI ZR 290/98, NJW 1999, 3408 (3410).

## Beweiswürdigung medizinischer Aufzeichnungen

Anschlussstatistiken medizinischer Aufzeichnungen einem Sachverständigen überlässt? In diesem Fall kann das Gericht nicht einmal absehen, welche Tatsachen feststellungsbedürftig waren und ob der Sachverständige diese in ihrer Gesamtheit erfasst hat oder Lücken gelassen hat. Auch kann es Widersprüche zwischen den – mündlichen oder schriftlichen – Ausführungen des Sachverständigen und der Aufzeichnung nicht erkennen. Bei der digitalen Volumetomografie tritt ferner das Für und Wider der Dreidimensionalität hinzu: Einerseits kann der menschliche Körper, der nun mal nicht zweidimensional ist, naturgetreu erfasst werden, andererseits besteht die Gefahr, dass der Sachverständige seiner Begutachtung einen „unglücklichen“ Blickwinkel zugrunde legt: Wenn z.B. wegen eines Behandlungsfehlers bei der Implantation eines Zahns gestritten wird und der Abstand von Zahn und Nerv hierzu festgestellt werden muss, so ist eine vertikale Sicht von oben auf den Zahn ungünstiger als eine horizontale Sicht. Kreist man gar horizontal um Zahn und Nerv, kann man vielleicht noch besser erkennen, ob ein Berührungspunkt besteht, weil das Implantat „schief sitzt“. Oder man kann versuchen, eine bestimmte Stelle „heranzuzoomen“. Die Möglichkeit, per DVT-Aufnahme im dreidimensionalen Raum zu navigieren bietet also im Vergleich z.B. mit einer statischen Röntgenaufnahme bessere Erkenntnismöglichkeiten, eröffnet aber auch Fehlerquellen der Begutachtung oder gar Manipulationsmöglichkeiten durch entsprechende Wahl eines Ausschnitts. Daher muss das Gericht in der Lage sein zu beurteilen, ob eine andere Einstellung des Blickwinkels nicht zu einem anderen Ergebnis führen könnte und sich folglich mit der DVT-Aufnahme auseinandersetzen.

Hiergegen könnte man erneut einwenden, es sei den wahrlich überlasteten Richtern nicht zuzumuten, sich auch noch mit komplizierten medizinischen Aufzeichnungen zu befassen.<sup>87</sup> Zum einen ist das Navigieren durch eine Bilddatei aber mit weniger Zeit- und Arbeitsaufwand verbunden, also z.B. die Inaugenscheinnahme einer rissigen Wand eines feuchten Kellers vor Ort. Zum anderen fassen dreidimensionale Bilddarstellungen, sei es durch CT oder DVT, zunehmend in der Medizin Fuß. Dieser Entwicklung muss auf lange Sicht auch die Rechtsprechung folgen. Medizinischer und technischer Fortschritt sollte jedoch keinen juristischen Nachteil erzeugen! Auch angesichts Art. 3 I GG ist nicht einzusehen, warum ein Patient dadurch benachteiligt werden soll, dass er eine Ablichtung z.B. nur auf CD-ROM und nicht in Form eines handlicheren Röntgenbildes vorweisen kann: Ein dreidimensionales Bild kann nun mal nicht in

seiner Gesamtheit zu Papier gebracht werden. Solange der Richter aber zur kritischen Kontrolle des Gutachters und der zugrunde gelegten Tatsachen verpflichtet ist, muss er digitale Bildaufzeichnungen ebenso wie Röntgenbilder und sonstige Beweismittel selbst würdigen. Insofern ist auch zu bedenken, dass das Arzthaftungsrecht dann, wenn ein Patient Schwierigkeiten hat, einen groben Behandlungs- oder Aufklärungsfehler, ggf. auch Dokumentationsfehler, zu beweisen, diesem Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr<sup>88</sup> gewährt. Die Rechtsprechung tendiert also dahin, Beweisschwierigkeiten nicht zu lasten des Patienten gehen zu lassen. In diesem Zusammenhang wäre es kontraproduktiv, den Richter von einer Inaugenscheinnahme dreidimensionaler Darstellungen zu entbinden, nur weil das Procedere umständlicher ist, als bei Vorlage einer zweidimensionalen, papiernen Darstellung. Mit anderen Worten: Dem Patienten gelingt der Nachweis eines Behandlungsfehlers vielleicht nur deshalb nicht, weil die Richter blindlings dem Sachverständigen vertrauen, der bei der Wahl des zu begutachtenden Ausschnitts einen Fehler gemacht hat. In den Genuss einer Beweiserleichterung hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität des (groben) Behandlungsfehlers für seinen Gesundheitsschaden kommt er dann erst recht nicht. Die fehlerhafte Wahl des Sachverständigen hinsichtlich der begutachteten Schichtaufnahme führt auch nicht per se zur erfolgreichen Ablehnung wegen Befangenheit.<sup>89</sup>

Für das Erfordernis einer umfangreichen Kontrolle von Gutachten und medizinischen Aufzeichnungen spricht nicht zuletzt, dass medizinische Sachverständige dazu neigen, ein Gefühl von Kollegialität ggü. dem am Rechtsstreit beteiligten Arzt zu entwickeln.<sup>90</sup> Etwaige Benachteiligungen der Patientenseite kann der Richter deshalb frühzeitig unterbinden, wenn er seine Kontrollpflichten ernst nimmt. Diesen Anforderungen wird er aber nur dann gerecht, wenn er medizinische Darstellungen selbst – ggf. zusammen mit dem Sachverständigen – betrachtet.

Aus dem Grundsatz des § 286 I 1 ZPO folgt ferner, dass kein Beweismittel originär höherrangiger ist als die übrigen,<sup>91</sup> sondern dass der Richter stattdessen über den jeweiligen Beweiswert und das Verhältnis verschiedener Beweismittel zueinander ebenso „frei“ entscheidet.<sup>92</sup> Auch aus diesem Grunde ist eine strikte Bindung an das Sachverständigengutachten abzulehnen: Begutachtung durch den Sachverständigen und Inaugenscheinnahme durch den Richter stehen vielmehr gleichrangig nebeneinander, entscheidend ist nur die Überzeugungskraft des Beweismittels.<sup>93</sup>

Konsequenz dessen ist jedoch, dass sich Richter in einer Art „Zwickmühle“ befinden: Weichen sie ohne überzeugende Begründung vom Sachverständigengutachten ab, droht die Aufhebung des Urteils in der nächst höheren Instanz – nehmen sie das Gutachten widerspruchlos hin, ergibt sich dieselbe Konsequenz.<sup>94</sup> Diese Hürde kann ein Richter jedoch überwinden, indem er sich selbst die Mühe macht, sich mit medizinischen Aufzeichnungen, seien sie zwei- oder dreidimensional, auseinanderzusetzen. Auf diesem Wege genügt er der Pflicht zur kritischen Würdigung der Anschlussstatistiken des Sachverständigengutachters und nimmt den Augenschein ein. Zugleich erlangt er so selbst die Wissensbasis, die er benötigt, um etwaige Mängel des Gutachtens aufzudecken, oder um seine abweichende Auffassung zu untermauern. Schließlich wird von Richtern gefordert, dass sie in der Urteilsbegründung wiedergeben, dass und warum sie dem Sachverständigengutachten aus eigener Überzeugung folgen.<sup>95</sup> Zur Auswertung der Aufzeichnungen des Digita-

87 Zum Einwand der Unzumutbarkeit s. schon III.2.a.bb.

88 BGH, Urt. v. 12.2.2008 – VI ZR 221/06, Rz. 13 f., GesR 2008, 250; Müller, MedR 2001, 487/489 ff.).

89 Vgl. hierzu allgemein OLG Saarbrücken, Urt. v. 14.12.2006 – 5 W 276/06-82, MedR 2007, 484 (485).

90 Vgl. BGH, Urt. v. 6.7.1999 – VI ZR 290/98, NJW 1999, 3408/3410f.; Müller, MedR 2001, 487 (492 f.); Seidler, NJW 1986, 2907 (2913). So heißt es bei Seidler etwa: „Sage mir, welchen Wissenschaftler du als Sachverständigen heranziehst, und ich sage Dir, was herauskommen wird. (...) Sage ihm welches Ergebnis du wünschst, und er wird es Dir liefern (a.a.O., 2912f.“

91 Jessutzer/Frieding/Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl. 2007, Rz. 677.

92 Maschek/Foerster, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 286 Rz. 9.

93 Vgl. Jessutzer/Frieding/Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl. 2007, Rz. 677.

94 Franke, DRiZ 1991, 314 (315); Seidler, NJW 1986, 2907 (2910).

95 Vgl. Jessutzer/Frieding/Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl. 2007, Rz. 689; Stein/Jonas/Lepold, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 412 Rz. 6.

## Beweiswürdigung medizinischer Aufzeichnungen

len Volumentomografen wird der Richter zwar der Erläuterung durch den Sachverständigen bedürfen, dennoch macht er eigene Erfahrungen, und kann sich seine Überzeugung bilden. Wenn ein Richter selbst durch die DVT-Aufnahme navigiert, kann er z.B. besten Gewissens zu dem Schluss kommen, dass sich Zahnimplantat und Nerv nicht berühren oder dass ein Fremdkörper in der Behandlungsregion zurückgeblieben ist. Auch unter diesem Aspekt ist es mehr als ratsam, nicht „blind“ dem Gutachten zu vertrauen.

Für diese Folgerung kann auch § 412 ZPO angeführt werden, dem zufolge es keine Vermutung dafür gibt, dass ein Sachverständigengutachten richtig ist.<sup>96</sup> Sollte dieses ungenügend erscheinen, kann das Gericht gem. § 412 I ZPO ein neues (Ober-) Gutachten einholen. Ob dies erforderlich ist, muss das Gericht selbstständig prüfen.<sup>97</sup> Dies setzt wiederum voraus, dass das Prozessgericht in der Lage ist, überhaupt Mängel des eingeholten Gutachtens zu erkennen. Ergo muss sich ein Richter auch mit medizinischen Aufzeichnungen befassen<sup>98</sup> und darf deren Betrachtung und Auswertung nicht allein dem Sachverständigen überlassen.

Auch das einfache Gesetzesrecht manifestiert somit den – verfassungsrechtlich vorgezeichneten – Vorrang des Richters ggü. dem Sachverständigen und zeugt davon, dass Richter sich aufgrund seiner Kontrollfunktion (auch) selbst mit medizinischen Aufzeichnungen befassen sollten.

### 3. Schlussfolgerungen

Es zeigt sich, dass ein Richter nur dann den Anforderungen einer kritischen Würdigung des Sachverständigengutachtens gerecht wird, wenn er sich mit den Anschlussstaten als Grundlagen des Sachverständigengutachtens vertraut macht. Dies ergibt sich sowohl aus dem einfachen Gesetzesrecht als auch aus dem Grundgesetz, die den Sachverständigen als Hilfsperson des Gerichts – und nicht umgekehrt! – erfassen.

Demnach darf die Auswertung einer DVT-Aufnahme nicht allein dem Sachverständigen überlassen werden, auch wenn sie auf den ersten Blick vielleicht unverständlich und kompliziert erscheint und dies erhöhten Arbeitsaufwand<sup>99</sup> für das Prozessgericht bedeutet.

Für diese Forderung spricht auch ein obiter dictum des OLG München, demzufolge ein Prozessgericht ggf. einen Videofilm daraufhin prüfen muss, ob dieser einen Bezug zum zu begutachtenden Objekt hat, falls dieser Bezug streitig ist.<sup>100</sup> Mit anderen Worten soll zunächst das Prozessgericht das Video ansehen. Wenn von Richtern erwartet werden kann, sich vor einen Fernseher mit Videorekorder bzw. -player zu setzen und einen Videofilm in Augenschein zu nehmen, dann können sie sich auch vor einen Computer bzw. DVT setzen und DVT-Aufnahmen in Augenschein nehmen.

In eine ähnliche Richtung geht auch die „Segelanweisung“ des BGH an ein Berufungsgericht, „einen groben Behandlungsfehler nur auf der Grundlage einer vollständigen und widerspruchsfreien Würdigung der *medizinischen* Anknüpfungstatsachen“ verneinen zu können.“<sup>101</sup>

## V. Endergebnis

- Aufnahmen des Digitalen Volumentomografen können Gegenstand eines Augenscheins- oder Sachverständigenbeweises sein.
- Sie sind elektronische Dokumente i.S.v. § 371 I 2 ZPO.
- Von der Inaugenscheinnahme durch einen Augenscheinsgehilfen ist abzuraten: Die Durchführung des Augenscheinsbeweises ist dem Prozessgericht grds. möglich und zumutbar. In Ausnahmefällen ist ein technischer Sachverständiger einzuschalten oder ein Ortstermin durchzuführen.
- DVT-Aufnahmen sind zwar Anschlussstaten für das Sachverständigengutachten, ausnahmsweise könnte ihre Anschauung aber auch einem Sachverständigen überlassen werden.
- Angesichts des Grundsatzes freier Beweiswürdigung (§ 286 I 1 ZPO), weiterer Vorschriften der ZPO aber auch der Maßgaben der Verfassung sollte ein Richter sich dennoch stets auch selbst mit (dreidimensionalen) medizinischen Aufzeichnungen befassen, um seiner Pflicht, das Sachverständigengutachten hinreichend kritisch zu würdigen, gerecht zu werden.
- Unabhängig davon, ob DVT-Aufnahmen daher „nur“ in Augenschein genommen werden sollen oder auch Grundlage eines Sachverständigengutachtens sind, muss sich daher der Richter mit ihnen auseinandersetzen.

96 Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 412 Rz. 1 ff.

97 Zöllner/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 412 Rz. 2.

98 Vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 412 Rz. 4.

99 Vgl. Frankzi, DRiZ 1991, 314 (320) zur Möglichkeit eines Richters, sich von der Abhängigkeit vom Sachverständigen zu befreien: „Freilich gehört dazu ein Richter, der sich nicht durch ein Übermaß an Arbeitslast genötigt fühlt, stets auf dem kürzesten Wege zur Prozess erledigung zu kommen.“

100 OLG München, Beschl. v. 25.5.2000 – 28 W 1469/00 NJW-RR 2001, 1652: „Folglich müsste das Gericht erst klären, ob der Videofilm überhaupt Bezug zum Objekt der Begutachtung hat, und je nach Ausgang dieser Abklärung gem. §§ 492 I, 404a III ZPO entscheiden, ob der Videofilm bzw. dessen Inhalt als Anknüpfungstatsache der Begutachtung zugrunde zu legen ist oder nicht. Diese Klärung kann, wenn die Anknüpfungstatsache, nämlich die Tatsache, dass aus dem Videofilm ein mit dem Objekt der Begutachtung zusammenhängendes Geschehen ersichtlich ist, streitig ist, nie durch den Sachverständigen erfolgen, sondern ist ureigene Aufgabe des Gerichts.“

101 BGH, Irt. v. 12.2.2008 – VI ZR 221/06, Rz. 17, GesR 2008, 250.