

# **SCHMERZ AUS JURISTISCHER SICHT IN DEUTSCHLAND**

Vortrag, gehalten am 07.06.2013  
auf der 3. GMTTB – Jahrestagung in Konstanz

von  
Norman Doukoff  
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht München

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>INHALTSVERZEICHNIS</b> .....	2
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	3
<b>EINLEITUNG</b> .....	5
<b>ERSTER TEIL: DIE RECHTLICHEN RAHMENBEDINGUNGEN</b> .....	6
<b>A. Ausgangspunkt</b> .....	6
<b>B. Art und Umfang des Schadensersatzes</b> .....	7
<b>ZWEITER TEIL: PRAKTISCHE PROBLEME</b> .....	8
<b>A. Der Zeugenbeweis</b> .....	8
<b>B. Der Sachverständigenbeweis</b> .....	8
<b>ZUSAMMENFASSUNG</b> .....	13

## LITERATURVERZEICHNIS

- Balzer*, Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess, 2. Aufl. Berlin 2005.
- Bayerlein/Bearbeiter*, Praxis-Handbuch Sachverständigenrecht, 4. Aufl. München 2008.
- Bolm-Audorff*, Arbeitsmedizinische Ethik aus der Sicht des Gewerbearztes, in: *Baur/Letzel/Nowak* (Hrsg.), Ethik in der Arbeitsmedizin, Landsberg 2009, S. 107–119.
- Born*, Zivilrecht, in: *Madea/Mußhoff/Berghaus* (Hrsg.), Verkehrsmedizin. Fahrsicherheit, Fahreignung, Unfallrekonstruktion, Köln 2007, S. 87–101.
- Brauer/Dick/Walther*, Qualitätsanforderungen an zahnärztliche Gerichtsgutachten, ZWR 117 (2008) 514–520 und <http://tinyurl.com/abjygyj> (28.3.2010).
- Dannert*, Erneute Schädigung einer bereits vorgeschädigten Halswirbelsäule, in: NZV 2000, 9–13.
- Geigell/Bearbeiter*, Der Haftpflichtprozeß, 26. Aufl. München 2011.
- Göbel*, Über die Schwierigkeit einer umfassenden Definition des Phänomens Schmerz, in: Der Schmerz, 2 (1988) 88–93.
- Grifka/Hedtmann/Pape/Witte/Bär*, Beschleunigungsverletzung der Wirbelsäule, in: Der Orthopäde 1998, 802–812.
- Häfner*, Allgemeine und spezielle Krankheitsbegriffe in der Psychiatrie, in: Der Nervenarzt 54 (1983) 231–238.
- IASP*, Pain terms: a list with definitions and notes on usage, in: Pain 6 (1979) Suppl., 253–264.
- Krämer*, Bandscheibenbedingte Erkrankungen, 5. Aufl. Stuttgart 2006.
- Krumbholz*, Juristische Fragestellungen, in: *Buck/Krumbholz*, Sachverständigenbeweis im Verkehrsrecht, Baden-Baden 2008, § 2 (zit. *Krumbholz*, Juristische Fragestellungen).
- Kügelgen et al.*, Das sogenannte Schleudertrauma der Halswirbelsäule – Koblenzer Konsensus 2002, S. 1–18 (<http://tinyurl.com/bftcb7o> [10.2.2011]).
- Lang/Badke/Grifka/Köllner/Marx/Stoll/Tegenthoff/Weise*, Leitlinie: Begutachtung der Halswirbelsäulendistorsion, Akt Neurol 2008; 35: 131–137.
- Marx u. a.*, Allgemeine Grundlagen der neurologischen Begutachtung, in: Akt Neurol 2004, 1–9.
- Müller*, Der HWS-Schaden – Bestandsaufnahme und Perspektiven, in: VersR 2003, 137–148.
- MüKo-BGB/Bearbeiter*, 5. Aufl. München 2009.
- Mumenthaler*, Grundsätzliches zum ärztlichen Unfallgutachten, in: Schweizerische Ärztezeitung 2001, 1521–1524.
- Palandt/Bearbeiter*, BGB, 72. Aufl. München 2013.
- Schelter*, Verletzungen und ihre medizinischen Folgen, in: *Berz/Burmann* (Hrsg.), Handbuch des Straßenverkehrsrechts, 29. Aufl. München 2012, Kap. 20.

*Schmoekel u. a.* (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Tübingen 2003 ff. (HKK-BGB).

*Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung, 5. Aufl. München 1994.

*Schröter*, HWS-„Schleudertrauma“ – faktenorientierte rationale Begutachtung, in: MED-SACH 107 (2011) 69–75.

*Staudinger/Bearbeiter*, Kommentar zum BGB – Eckpfeiler des Zivilrechts 2011, Berlin 2010.

*Tegenthoff/Schwenkreis*, HWS-Beschleunigungsverletzungen, in: *Widder/Gaidzik* (Hrsg.), Begutachtung in der Neurologie, Stuttgart 2007, S. 333–348.

*Widder*, Fallstricke der Begutachtung, in: *Widder/Gaidzik* (Hrsg.), Begutachtung in der Neurologie, Stuttgart 2007, S. 46–59 (zit. *Widder*, Fallstricke).

*Wyrwich/Heyde*, Gutachterliche Probleme nach Beschleunigungsverletzungen der Halswirbelsäule. in: *Der Orthopäde* 2006, 319–330.

## **EINLEITUNG**

Die Erscheinung des Schmerzes gehört zu den häufigsten Themen in deutschen Zivilprozessen – jede Woche sind Hunderte von Schmerzensgeldprozesse zu verhandeln.

Erstaunlicherweise gibt es aber auch in den einschlägigen Spezialwerken zu den Fragen, was Schmerz aus juristischer Sicht ist, wie er rechtlich zu verorten und vor allem, wie er festzustellen ist, kaum Hinweise. Die Praxis geht insoweit augenscheinlich davon aus, daß Schmerz jedem ein Begriff, seine Zufügung grundsätzlich schadensersatzpflichtig und die Feststellung Sache des medizinischen Sachverständigen sei, dessen Gutachten dann weitgehend unbesehen zu übernehmen sei. Eine solche Vorgehensweise führt aber leider häufig zu langwierigen Prozessen mit unbefriedigendem Ausgang.

Im folgenden sollen diese defizitären Aspekte näher beleuchtet werden, wobei der Haupttext auch für den Nichtjuristen verständlich sein soll, während der Anmerkungsapparat dem Nachweis des Meinungsstandes und der juristischen Einzeldiskussion dient.

## ERSTER TEIL

### DIE RECHTLICHEN RAHMENBEDINGUNGEN

#### A. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtung ist die gesetzliche Vorgabe in § 823 Abs. 1 BGB, wo zwischen

- der Körperverletzung (= **Verletzung** der äußeren Integrität<sup>1</sup>)
- und der Gesundheitsverletzung (= jede Störung, die von einem Menschen herührt und das natürliche Wachstum und die natürliche Entfaltung hindert oder beeinträchtigt,<sup>2</sup> jedes Hervorrufen oder Steigern eines von den normalen körperlichen Funktionen abweichenden Zustandes, wobei es unerheblich ist, ob Schmerzzustände auftreten oder bereits eine tiefgreifende Veränderung der Befindlichkeit eingetreten ist<sup>3</sup> – kurz: **Beschwerden**),

unterschieden wird, diese aber **hinsichtlich der Rechtsfolgen gleich** behandelt werden.

Das Gesetz definiert weder Krankheit noch Schmerz, sondern verweist stillschweigend auf die entsprechenden medizinischen Definitionen,<sup>4</sup> was nicht sehr hilfreich ist, weil es weder allgemein anerkannte noch forensisch operationalisierbare medizinische Definitionen von Krankheit und Schmerz gibt.

- **Krankheit** ist ein „bestimmter Zustand unwillkürlich gestörter Lebensfunktionen eines Individuums, der eine Zeitdimension aufweist – Beginn und Verlauf – und in der Regel eine Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit (d. h. der Fähigkeit zur Bewältigung konkreter Lebensaufgaben) zur Folge hat.“<sup>5</sup> Diesem wissenschaftlichen Krankheitsbegriff ist der lebensweltliche vorgelagert – Krankheit wird erfahren als „Befallenwerden durch Leiden“, in der Regel verbunden mit „Schwäche, Schmerzen, Fieber [...] und ähnlichen, nicht unmittelbar von außen bewirkten Beeinträchtigungen des Wohlbefindens“.<sup>6</sup> Krankheit ist etwas anderes als etwa auf Röntgenbildern sichtbare degenerative Veränderungen oder sonstige Normabweichungen.<sup>7</sup> Dies ist erstaunlicherweise auch vielen Medizinern nicht klar.<sup>8</sup> Hieran knüpft denn auch das Recht an, wenn es die Aktivierung „klinisch stummer“, „latenter“ oder „symptomloser“ Vorbelastungen als entschädigungspflichtig

---

<sup>1</sup> Staudinger/Hager Kap. T Rz. 203; Palandt/Sprau § 823 Rz. 4.

<sup>2</sup> BGHZ 8, 243 (245) = NJW 1953, 417 (418).

<sup>3</sup> BGH NJW 1991, 1948 (1949 m. w. N.); Palandt/Sprau § 823 Rz. 4.

<sup>4</sup> MüKo-BGB/Wagner § 823 Rz. 73 m. w. N.

<sup>5</sup> Häfner S. 232.

<sup>6</sup> Häfner a. a. O.

<sup>7</sup> Kügelgen et al. a. a. O.; ebenso nachdrücklich Grifka/Hedtmann/Pape/Witte/Bär S. 809, Krämer S. 90 und Schröter S. 70.

<sup>8</sup> Ein klassisches Beispiel bieten Tegenthoff/Schwenkreis S. 342 (unter 29.4.2), wo sie ohne Problembewußtsein darauf hinweisen, daß die gutachterliche Feststellung, spätestens nach zwei Jahren würde sich der vorübergehend unfallbedingt verschlimmerte Zustand auf den vorher bestehenden „krankhaften Befund [!]“ zurückentwickeln, bei den vor dem Unfall beschwerdefreien (!) Geschädigten „nur schwer“ auf Verständnis stießen.

ge Gesundheitsbeschädigung ansieht<sup>9</sup> und den Rechtssatz aufstellt, daß es ist für die Annahme einer Unfallkausalität nicht erforderlich, daß der Geschädigte vor dem Unfall gesund war<sup>10</sup>. So kann auch die (Mit-)Verursachung einer bloßen Verschlechterung im Befinden ausreichen, um die volle Haftung auszulösen.

- **Schmerz** wurde 1979 von der International Association for the Study of Pain als „eine unangenehme sensible und emotionale Erfahrung, die in Zusammenhang mit einer tatsächlichen oder potentiellen Gewebeschädigung steht oder im Sinne einer solchen Schädigung beschrieben wird“ definiert. Dies mag aus medizinischer Sicht zumindest ein Ansatz sein,<sup>11</sup> für den Juristen stellt diese Definition nichts dar, was nicht im lebensweltlichen Alltagsverständnis auch enthalten wäre. Für die zivilrechtliche Beurteilung ist aber ein genauere Begriff des Schmerzes auch nicht erforderlich, da der Gesetzgeber von Anfang an nur eine objektive Kompensation für die erlittene Beeinträchtigung vorsah und subjektive Empfindungen des Verletzten unberücksichtigt ließ.<sup>12</sup>

## B. Art und Umfang des Schadensersatzes

Diese sind in §§ 249 Abs. 2 S. 1, 253 Abs. 1 BGB grundsätzlich geregelt. Die Höhe des zuzubilligenden Schmerzensgeldes hängt entscheidend vom Maß der durch das haftungsbegründende Ereignis verursachten körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen des Geschädigten ab, soweit diese bei Schluß der mündlichen Verhandlung bereits eingetreten sind oder zu diesem Zeitpunkt mit ihnen als künftiger Verletzungsfolge ernstlich gerechnet werden muß.<sup>13</sup> Die Schwere dieser Belastungen wird vor allem durch die Stärke, Heftigkeit und Dauer der erlittenen **Schmerzen** und Funktionsbeeinträchtigungen bestimmt.<sup>14</sup> Hier ist nochmals zu betonen, daß es auf eine objektive Betrachtung ankommt, weil das Empfinden des Einzelnen kaum intersubjektiv vermittelbar ist.<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> Vgl. BGH VersR 1969, 43 (44 unter I 2); OLG Köln NJW-RR 1999, 720; OLG Hamm SP 2000, 412 und OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.7.2003 – 1 U 221/02 (juris, dort Rz. 16); eingehend *Dannert*, passim; *Born* S. 94; in dieser Richtung auch *Müller* S. 145 (unter III 3 c).

<sup>10</sup> BGH NJW 1997, 455.

<sup>11</sup> Zu den Problemen vgl. etwa *Göbel*, passim.

<sup>12</sup> Vgl. eingehend HKK-BGB/*Jansen* §§ 249-253 Rz. 52 ff.

<sup>13</sup> BGH VersR 1976, 440; 1980, 975; 1988, 299; OLG Hamm zfs 2005, 122 (123); **OLG München (10. ZS)**, Urt. v. 01.07.2005 – 10 U 2544/05 (juris) = SVR 2006, 180 (nur Ls.); v. 14.07.2006 – 10 U 2623/05 (juris); v. 27.10.2006 – 10 U 3345/06 (juris); v. 24.11.2006 – 10 U 2555/06 (juris); Beschl. v. 19.01.2009 – 10 U 4917/08; Urt. v. 13.08.2010 – 10 U 3928/09 (SP 2011, 107 = AGS 2011, 46 = NJW-Spezial 2010, 617 [red. Ls., Kurzwiedergabe]); v. 24.09.2010 – 10 U 2671/10 (juris); v. 29.10.2010 – 10 U 3249/10 (juris).

<sup>14</sup> Grdl. RG, Urt. v. 17.11.1882 – RGZ 8, 117 (118); BGHZ - GSZ - 18, 149 (154) = NJW 1955, 1675 ff. = MDR 1956, 19 ff. = VersR 1955, 615 ff.; ferner BGH NJW 2006, 1068 (1069); OLG Hamm zfs 2005, 122 (123); **OLG München (10. ZS)**, Urt. v. 01.07.2005 – 10 U 2544/05 (juris = SVR 2006, 180 [nur Ls.]); v. 14.07.2006 – 10 U 2623/05 (juris); v. 27.10.2006 – 10 U 3345/06 (juris); v. 24.11.2006 – 10 U 2555/06 (juris); Beschl. v. 19.01.2009 – 10 U 4917/08; Urt. v. 26.02.2010 – 10 U 3655/09 (n. v.); v. 13.08.2010 – 10 U 3928/09 (SP 2011, 107 = AGS 2011, 46 = NJW-Spezial 2010, 617 [red. Ls., Kurzwiedergabe]); v. 24.09.2010 – 10 U 2671/10 (juris); v. 29.10.2010 – 10 U 3249/10 (juris); OLG Brandenburg, Urt. v. 08.03.2007 – 12 U 154/06 (juris).

<sup>15</sup> HKK-BGB/*Jansen* §§ 249-253 Rz. 52.

## ZWEITER TEIL

### PRAKTISCHE PROBLEME

Im Mittelpunkt der praktischen Beschäftigung des Juristen mit Schmerzen steht die Bestimmung der Schmerzen nach Art, Intensität und Dauer. Dies erweist sich wie einleitend bereits angemerkt in der forensischen Realität oft als außerordentlich schwierig und fehlerträchtig. Dabei ist daran zu erinnern, daß entgegen einer auch bei Juristen weit verbreiteten Fehlvorstellung der Schwerpunkt der meisten Zivilprozesse im Tatsächlichen und nicht im Rechtlichen liegt. Es liegt auf der Hand, daß eine brillante rechtliche Bewertung eines unzulänglich festgestellten Sachverhalts wertlos ist.

Die Bestimmung der Schmerzen geschieht – in der Praxis selten – durch Zeugenbeweis, etwa Vernehmung der (erst-)behandelnde Ärzte<sup>16</sup> und vor allem durch Einholung eines Sachverständigenutachtens.

#### A. Der Zeugenbeweis

Neben den hinlänglich bekannten allgemeinen Problemen des Zeugenbeweises sind hier besondere Fragestellungen zu bedenken:

- Der behandelnde Arzt soll häufig über Jahre zurückliegende Behandlungen Auskunft geben. Häufig ist er dann auf die Patientenakte, nicht selten nur aus einem Krankenblatt bestehend, angewiesen.
- Der behandelnde Arzt gerät angesichts noch bestehender Beschwerden seines (früheren) Patienten in einen Rechtfertigungszwang gegenüber dem Sachverständigen, der ex post immer alles besser weiß, und dem Gericht.

#### B. Der Sachverständigenbeweis

##### I. Erstes Problem: Die Qualifikation des Sachverständigen

Ausgangspunkt für die Beurteilung der formalen Sachkompetenz des auszuwählenden Sachverständigen ist im Bereich der Medizin die **Facharztzulassung**<sup>17</sup>. Das Kriterium der Facharztzulassung (wie übrigens auch das der Bestellung sonstiger Sachverständiger) ist streng anzuwenden:

- So hat etwa der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Frage der Entwicklung einer Unfallneurose einen Neurologen im Verhältnis zu einem Psychiater als nicht ausreichend qualifiziert angesehen.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> BGH NJW 1986, 1541 = VersR 1986, 183 = r+s 1986, 95; Geigell/Pardey Kap. 7 Rz. 24.

<sup>17</sup> BGH NJW-RR 2011, 649; OLG München (10. ZS), Urt. v. 15.4.2011 – 10 U 5655/10 (juris, dort Rz. 28); SP 2012, 111; *Mumenthaler* S. 1521 f.; *Widder* S. 57 (unter 5.3.4).

<sup>18</sup> BGHZ 132, 341 (347 f.) = NJW 1996, 2425; zur Spezialisierung in der Medizin und ihren Auswirkungen auf den Zivilprozeß siehe auch Bayerlein/*Franzki* § 52 Rz. 12; aus medizinischer Sicht etwa *Schelter* Kap. 20 D Rz. 45 und *Wyrwich/Heyde*, die S. 324 darauf hinweisen, daß auch der orthopädisch-unfallchirurgisch ausgebildete Arzt für viele Folgebeschwerden einer HWS-Distorsionsverletzung nicht ausreichend qualifiziert ist; dies sei ganz besonders zu beachten, wenn es um psychische Folgebeschwerden geht, etwa eine posttraumatische Belastungsstörung (a. a. O. 328 f.); ebenso *Schröter* S. 73 f. Das OLG Brandenburg verkennt in VersR 2006, 237, daß es auf die Selbsteinschätzung des Sachverständigen nicht ankommt (BGH NJW 2011, 520) und Grenzüberschreitungen durch einen Sachverständigen nur ganz ausnahmsweise und unter eingehender



- Nicht ausreichend ist auch eine Zulassung als „*Fachärztin für Allgemeinmedizin, Akupunktur und suchtmmedizinische Grundversorgung*“, wenn eine psychiatrische Begutachtung erforderlich ist, selbst wenn es Berührungspunkte der Suchtmmedizin mit der Psychiatrie geben mag.<sup>19</sup>
- Die formale Sachkompetenz ist schließlich auch nicht gegeben, wenn der medizinische Sachverständige die Bezeichnung „*Arzt für öffentliches Gesundheitswesen, Psychiatrie und Sozialmedizin*“ führt, weil diese keiner anerkannten aktuellen Facharztbezeichnung auf dem Gebiet der Psychiatrie entspricht.<sup>20</sup>

Dies zugrundegelegt sind Schmerzen grundsätzlich durch einen **Neurologen** zu begutachten. Da es auf dem Gebiet der Neurologie aber vielfältige Spezialisierungen gibt (z. B. auf Schwindel und Gleichgewichtsstörungen), muß der Sachverständige darüber hinaus spezielle Erfahrungen auf dem Gebiet der Schmerzen aufweisen, etwa aufgrund der Weiterbildung für die Zusatzbezeichnung „*Spezielle Schmerztherapie*“.<sup>21</sup> Dabei kann z. B. bei Kopfschmerzen die Heranziehung eines noch weiter spezialisierten Sachverständigen erforderlich sein.

Bei der Auswahl kann zwar auf Sachverständigenverzeichnisse wie etwa das der Arbeitsgemeinschaft Neurologische Begutachtung (ANB e. V.) der Deutschen Gesellschaft für Neurologie (DGN)<sup>22</sup> zurückgegriffen werden, aber auch hier ist im Einzelfall eine sorgfältige Auswahl zu treffen<sup>23</sup>. Die sorgfältige und verantwortungsbewußte Auswahl erfordert es auch, in Fällen, in welchen sozialversicherungsrechtliche Ansprüche in Betracht kommen oder gar schon geltend gemacht worden sind, von der Bestellung von Ärzten Abstand zu nehmen, die in berufsgenossenschaftlichen Kliniken beschäftigt sind oder die einen erheblichen Teil ihres Einkommens (etwa über 33%) durch berufsgenossenschaftliche Gutachten erzielen.<sup>24</sup> Bei der Abklärung bietet das Internet eine ganz hervorragende Hilfe.

## II. Zweites Problem: Tatsächliche Gutachtenserstattung durch den vom Gericht bestimmten Sachverständigen

Es gibt zwar keine allgemeingültige Regeln für den Einsatz von Mitarbeitern, so daß auch wichtige Abschnitte der gutachterlichen Untersuchungen übertragen werden dürfen, beispielsweise dem Oberarzt durch den gerichtlich als Sachver-

---

Darlegung der Quellen des erforderlichen Zusatzwissens erlaubt sind (vgl. eingehend *Mumenthaler* S. 1522 und *Widder* S. 57 [unter 5.3.4]); als Beispiel für letzteres vgl. die Ausführungen des Neurochirurgen im Fall OLG München [10. ZS] r+s 2006, 474). Die Diagnose psychischer Unfallreaktionen ist im übrigen selbst für den spezialisierten Psychiater erfahrungsgemäß eine äußerst schwierige Angelegenheit.

<sup>19</sup> BGH NJW 2011, 520.

<sup>20</sup> BGH NJW-RR 2011, 649.

<sup>21</sup> „Leitlinie für die ärztliche Begutachtung von Menschen mit chronischen Schmerzen“, 2012, (AWMF-Leitlinien-Register Nr. 030/102), S. 6 unter Abschn. 2.

<sup>22</sup> Abrufbar unter <http://www.anb-ev.de/gutachterliste.pdf>.

<sup>23</sup> So findet sich in diesem Verzeichnis noch heute eine Sachverständige, die im Jahr 2007 in einem großen Verfahren vor dem 10. Zivilsenat des OLG München ein grob fehlerhaftes Gutachten erstattet hatte.

<sup>24</sup> Vgl. *Bolm-Audorff* S. 118 f.

ständigen bestellten Chefarzt<sup>25</sup>, es muß aber die Übernahme der vollen Verantwortung aufgrund maßgeblicher eigener Tätigkeit, wie dies von § 407 a Abs. 2 S. 1 ZPO gefordert wird, eindeutig zu ersehen sein. Wie für psychiatrische Begutachtungen<sup>26</sup> gilt auch für die Begutachtung chronischer Schmerzsyndrome, daß insbesondere die Anamnese, die primäre Untersuchung und die Gesamtbeurteilung von dem bestellten Sachverständigen selbst zu erbringen sind<sup>27</sup>.

Dem kann im Beweisbeschuß dadurch vorgebeugt werden, daß etwa folgende Klausel aufgenommen wird:

Der/Die Sachverständige darauf hingewiesen, daß er / sie

- gemäß § 407 a Abs. 2 ZPO nicht befugt ist, den Auftrag ohne vorherige Zustimmung des Senats ausdrücklich oder faktisch vollständig auf einen anderen Mitarbeiter zu übertragen  soweit eine Übertragung aus vorab darzulegenden zwingenden Gründen erforderlich sein sollte, wird bereits jetzt darauf hingewiesen, daß eine solche nur auf einen  habilitierten Mitarbeiter in leitender Funktion in Betracht kommt;
- soweit er / sie sich der Mitarbeit einer anderen Person bedient, diese namhaft zu machen und den Umfang ihrer Tätigkeit anzugeben hat, falls es sich nicht um Hilfsdienste von untergeordneter Bedeutung handelt.

### III. Drittes Problem: Beachtung und Ausschöpfung der Beweisfrage

Es sollte an sich selbstverständlich sein, daß der gerichtliche Beweisbeschuß für den Sachverständigen Grundlage und Maßstab seiner Tätigkeit ist. Vergangene Woche mußte sich der Referent leider wieder einmal mit der gegenteiligen Erfahrung vertraut machen – der Sachverständige sollte im Hinblick auf im Beweisbeschuß detailliert nach Fachrichtung, Name des Sachverständigen, Datum des Gutachtens und Fundstelle in den Akten aufgelistete zehn gerichtliche und außergerichtliche Gutachten ein sog. Obergutachten erstatten. Er tat dies, in dem er sich mit zwei (!) Gutachten auf vier Seiten auseinandersetzte. Es mußte ihm deshalb das geforderte Honorar in Höhe von rd. 5.800,- € versagt werden.

### IV. Viertes Problem: Untersuchung des Probanden

Die eigene Untersuchung des Klägers durch den Sachverständigen ist unverzichtbar<sup>28</sup> (ein Akten[lage-]gutachten ist „*nur eine Interpretation oder Neuinter-*

---

<sup>25</sup> BGH VersR 1972, 927 (929); OLG Frankfurt a.M. VersR 1994, 610 (611); OLG München (10. ZS), Beschl. v. 25.11.2005 – 10 U 2378/05 (n. v.); (1. ZS) OLGR 2007, 208; *Musielak/Huber* a. a. O.; ausführlich BL/*Hartmann* § 407 a Rz. 5 und 6.

<sup>26</sup> Siehe BSG NZS 2004, 559.

<sup>27</sup> „Leitlinie für die ärztliche Begutachtung von Menschen mit chronischen Schmerzen“ (AWMF-Leitlinien-Register Nr. 030/102) unter Abschnitt 2.

<sup>28</sup> BGH NJW-RR 2008, 1380; OLG München (10. ZS) in st. Rspr., zuletzt Urt. v. 11.3.2011 – 10 U 4677/10 (juris, dort insoweit nicht abgedruckt) und SP 2012, 111; aus medizinischer Sicht *Brauer/Dick/Walther* S. 3 m. w. N.; *Marx u. a.* S. 5 (unter D: Das Gutachten stützt sich „in der Regel auf eine eingehende Untersuchung des zu Begutachtenden [...]“); *Lang/Badke/Grifka/Köllner/Marx/Stoll/Tegenthoff/Weise* S. 134: „Für die Akut- wie gutachtliche Diagnostik ist die Erhebung eines körperlichen Befundes unerlässlich“; *Schelter* Kap. 20 D Rz. 16, 23–39 mit eingehender Darstellung der sachgerechten Durchführung der Untersuchung.

*pretation unkontrolliert und unergänzt übernommener Vorgänge und ärztlicher Befunde*<sup>29</sup>).

Hiergegen wird nicht selten verstoßen.

#### V. Fünftes Problem: Auswertung des gesamten Akteninhalts

Unverzichtbar ist die vollständige und richtige Verwertung der vom Gericht vorgegebenen Anknüpfungs- oder Befundtatsachen.<sup>30</sup>

Auch gegen dieses Gebot wird erstaunlich oft verstoßen. Ich darf beispielshalber aus einem Brief an einen sehr bekannten Sachverständigen zitieren:

- „(1) So wird auf S. 36 des Gutachtens in einem nach Ansicht des Sachverständigen zentralen Punkt ausgeführt,
- daß das Auto, in dem sich der Kläger befand, einen „Totalschaden“ gehabt habe, was zwar rechtlich zutrifft, aber den offensichtlich fehlerhaften Eindruck vermitteln soll, der Kläger habe mit den entsprechenden psychischen Folgen aus dem Unfallfahrzeug geradezu geborgen werden müssen, wohingegen der Kläger von seiner Frau (!) mit relativ geringem Aufwand aus dem Auto herausgeholt werden konnte (vgl. Bl. 117/118 d. A.);
  - daß der Kläger mit einem Hubschrauber abtransportiert worden sei, was nachweislich nicht der Fall war (vgl. Bl. 117/118 d. A.) und Beiakte der StA München I ... Js ...../.....).
- (2) Unrichtig ist auch die weitere Feststellung S. 36, die „früheste psychiatrische Befunderhebung“ stamme von Prof. Dr. Me, wohingegen in Wirklichkeit der Kläger bereits mit seiner Klage ein umfangreiches ärztliches Attest des Neurologen und Psychiaters Dr. Ma vom .... vorgelegt hat (siehe Anl. zur Klage in Bd. I der Akten). Dieses Attest wurde bezeichnenderweise im Gutachten auch nicht ausgewertet.“
- (3) .....
- (4) Ungenau und bei einem wissenschaftlichen Gutachten eigentlich nicht zu erwarten ist auch die Bemerkung auf S. 43 über das „fortgeschrittene Alter des Probanden“, wo sich aus der Akte unschwer entnehmen läßt, daß der Kläger 73 Jahr alt ist.“

#### VI. Sechstes Problem: Inhaltliche Stimmigkeit des Gutachtens

1. Vorliegen einer stringenten Disposition<sup>31</sup>
2. Beachtung der in verschiedenen Leitlinien und im Spezialschrifttum<sup>32</sup> formulierten Standards für die Begutachtung.

<sup>29</sup> Brauer/Dick/Walther S. 3 m. w. N.

<sup>30</sup> BVerfGE 91, 176 = NJW 1995, 40; BGH WM 2007, 1901; OLG München (10. ZS), Urt. v. 21.5.2010 – 10 U 2853/06 (juris, dort Rz. 128; Nichtzulassungsbeschwerde durch Beschl. des BGH v. 20.12.2011 – VI ZR 165/10 zurückgewiesen); v. 13.5.2011 – 10 U 3951/10 (NJW 2011, 3729 [3730 unter I 3 b] m. zust. Anm. Kääb FD-StrVR 2011, 318319; einen krassen, aber keineswegs seltenen Fall der bewußten Ausblendung von vorhandenen Anknüpfungstatsachen durch Sachverständige behandelt OLG Hamm NJW-RR 1994, 481.

<sup>31</sup> Vgl. dazu aus medizinischer Sicht eingehend *Mumenthaler* S. 1522 f. und für psychiatrische Gutachten *Bayerlein/Baer* § 53 Rz. 53–62; aus juristischer Sicht *Bayerlein* § 17 Rz. 2–5 und *Bayerlein/Mayr* § 28 Rz. 13; *Krumbholz* Rz. 43–50.

3. Die Widerspruchsfreiheit (innere Logik) und Schlüssigkeit (Plausibilität) der Argumentation<sup>33</sup>.

Diese Gesichtspunkte stellen zweifellos die größte Herausforderung für den Juristen dar, da hier die eigentliche sachverständige und dem Juristen deshalb in weitem Maß nicht zugängliche Leistung liegt. Dem spezialisierten Juristen ist es aber immerhin möglich, eine Grobprüfung vorzunehmen:

- So wird ihm etwa auffallen, wenn – wie unlängst geschehen – bei der Begutachtung behaupteter chronischer Schmerzen aufgrund posttraumatischen Zervikalsyndroms die Kriterien des DSM-IV aufgezählt werden und anschließend die Aussage getroffen wird, daß ein posttraumatisches Zervikalsyndrom nach ICD 10 vorläge.
- Dem spezialisierten Juristen wird auch auffallen, daß die Schmerzintensität anlässlich der Untersuchung mit einer visuellen Analogskala (VAS) geprüft worden sein soll, die in Bezug genommene Abbildung aber eine numerische Ratingskala (NRS) zeigte.
- Auch der wiederholte Wechsel in der Bezeichnung des Probanden als Frau und Mann wird nicht gerade vertrauensfördernd wirken.

---

<sup>32</sup> Etwa *Marx u. a.*, Allgemeine Grundlagen der neurologischen Begutachtung, in: *Akt Neurol* 2004, 1–9; *Dohrenbusch*, Begutachtung somatoformer Störungen und chronifizierter Schmerzen, Stuttgart 2007.

<sup>33</sup> BGH MDR 2011, 429; OLG Stuttgart NJW 1981, 2581; OLG München (10. ZS), Urt. v. 21.5.2010 – 10 U 2853/06 (juris, dort Rz. 128; Nichtzulassungsbeschwerde durch Beschl. des BGH v. 20.12.2011 – VI ZR 165/10 zurückgewiesen); NJW 2011, 3729 (3730 unter I 3 b) m. zust. Anm. *Kääb* FD-StrVR 2011, 318319; *Schneider* Rz. 1426, 1438, 1440; *Balzer* Rz. 356.

## ZUSAMMENFASSUNG

- (1) Körperverletzung und (nichtinvasive) Gesundheitsbeschädigung werden vom Gesetz gleich behandelt. Beide begründen gleichermaßen eine Schadensersatzpflicht.
- (2) Das Gesetz knüpft unausgesprochen an den medizinischen Vorstellungen von Krankheit und Schmerz an, ohne daß damit ein Erkenntnisgewinn für die forensische Praxis verbunden ist.
- (3) Die Schmerzensgeldbemessung orientiert sich an den objektiv feststellbaren Beschwerden.
- (4) Die Objektivierung der Beschwerden erfolgt in einer zweistufigen Beweisaufnahme (Vernehmung der behandelnden Ärzte; Sachverständigengutachten), wobei das Sachverständigengutachten in der Praxis zahlreiche Probleme aufwirft, die nur mit erheblichem Aufwand und auch dann nur teilweise gelöst werden können.