

(Retrospektive) Schätzungen von Zeugen über Alter und Größe von Personen,<sup>2141</sup> Zeiten,<sup>2142</sup> Entfernungen<sup>2143</sup> und vor allem Geschwindigkeiten<sup>2144</sup> sind nach allgemeiner Erfahrung häufig sehr ungenau<sup>2145</sup>, aber nicht, wie immer wieder behauptet wird<sup>2146</sup>, schlechterdings unbrauchbar<sup>2147</sup>. 667

Es kommt immer auf den Einzelfall an. Dabei ist zunächst die physische, intellektuelle 667a und psychische Konstitution des Zeugen zu klären. So kann beispielsweise die negative körperliche oder psychische Verfassung eines Zeugen das Zeitschätzungsvermögen beeinträchtigen.

**Literaturhinweise:** *O Boyle/Freeman/Cody*, The accuracy and precision of timing of self-paced, repetitive movements in subjects with Parkinson's disease, in: *Brain* 119 (1995), 51–70; *Tenckhoff/Tost/Braus*, Veränderte Wahrnehmung zeitlicher Relationen bei schizophrenen Psychosen, in: *Der Nervenarzt* 75 (2002), 428–433; *Mundt/Richter/van Hees/Stumpf*, Zeiterleben und Zeitschätzung depressiver Patienten, in: *Der Nervenarzt* 69 (1998), 38 ff.; *Rubia/Halari/Christakou/Taylor*, Impulsiveness as a timing disturbance: neurocognitive abnormalities in attention-deficit hyperactivity disorder during temporal processes and normalisation with methylphenidate, in: *Philosophical Transactions of the Royal Society B*, 12, 364 (2009), 1919–1931.

Im Übrigen muss man sich auch hier vor unreflektierten Beweisregeln hüten wie etwa der 667b in der verkehrsstrafrechtlichen Rechtsprechung beliebten Annahme, Polizeibeamte könnten aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer Berufstätigkeit besser schätzen<sup>2148</sup> – sie entbehrt einer wissenschaftlichen Grundlage<sup>2149</sup> und widerspricht auch der forensischen Erfahrung, wie

(ohne Erwähnung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Schrifttums); *Rinsche*, Rn. 19; *HdbStrVerkR/Burmann/Heß* Kap. 3 B Rn. 385 unter bloßer Berufung auf *Rinsche*; *Oberheim*, Taktik Rn. 581 ohne Erwähnung der gegenteiligen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Schrifttums unter Berufung auf die zur hier nicht einschlägigen Beifahrerrechtsprechung ergangene Entscheidung BGH NJW 1988, 566; das Problem wird verkannt von *Schneider*, Klage Rn. 243.

<sup>2140</sup> BGHZ 147, 220 (Architektenhonorarprozess); NJW 2007, 1753 (Verkehrsunfallprozess); ZIP 2017, 1719 (Tz. 21 – mangelhafte Anlageberatung); *Höfle*, S. 399; *Schöler*, S. 525 f.; a. A. *Jäckel*, Rn. 135 ohne Erwähnung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

<sup>2141</sup> Vgl. dazu *Kersting*, passim; *Artkämper/Schilling*, S. 33.

<sup>2142</sup> KG NZV 2002, 34; 14. VGT 1976, AK IV, Empfehlung I 1 lit. a; *Wielke*, „Falsche“ Zeugenaussagen, S. 554.

<sup>2143</sup> KG NZV 2002, 34; OLG Köln DAR 2012, 271; 14. VGT 1976, AK IV, Empfehlung I 1 lit. a; zu den lichttechnisch-physiologischen Hintergründen siehe eingehend *Hartmann*, Physiologie des Sehens S. 133 ff.

<sup>2144</sup> OLG Koblenz DAR 1959, 111; OLG Celle VersR 1973, 526; OLG Hamm DAR 1974, 77; VRS 58 (1980), 380; KG, Urt. v. 25.4.1996 – 12 U 1631/95 (juris Rn. 23); NZV 2002, 34; NZV 2008, 626; OLG Karlsruhe NZV 2008, 586; OLG München, Urt. v. 6.9.2013 – 10 U 2336/13 (juris Rn. 8 m. Anm. *Siegel* SVR 2014, 105); 14. VGT 1976, AK IV, Empfehlung I 1 lit. a; *Wielke*, „Falsche“ Zeugenaussagen, S. 554; *Zimmermann*, Gutachten Rn. 197; *Geigel/Knerr*, Kap. 37 Rn. 33; *Schellhammer*, Zivilprozess Rn. 637.

<sup>2145</sup> *Bernhardt*, Aufklärung S. 45; 14. VGT 1976, AK IV, Empfehlung I 1 lit. a; ganz allgemein auch der 21. VGT 1983, AK VII, Empfehlung III; *Schellhammer*, Zivilprozess Rn. 637.

<sup>2146</sup> So von KG zfs 2011, 508 (Geschwindigkeitsschätzung) m. zust. Anm. *Diehl* ebd.; im Ergebnis OLG Hamm VRS 58 (1980), 380 ff; *Schneider*, Beweis Rn. 932 ff.; *Schellhammer*, Zivilprozess Rn. 637 und *Geipel*, Handbuch Kap. 31 Rn. 66–75.

<sup>2147</sup> BGH VerkMitt. 1963, 25; VersR 1973, 745; NJW 1985, 3078; OLG Hamm VRS 4 (1951), 293 f. (für einen Zeugen, der kein Kraftfahrer war); DAR 1971, 218; BayObLG DAR 1958, 338; KG VRS 8 (1955), 298 ff.; 14 (1958), 443 (446); OLG Karlsruhe NZV 2008, 586; OLG München, Urt. v. 6.9.2013 – 10 U 2336/13 (juris Rn. 8 m. Anm. *Siegel* SVR 2014, 105).

<sup>2148</sup> BGH VRS 38 (1970), 104 (105: Schätzungen von Verkehrspolizisten komme „ein hoher Grad von Zuverlässigkeit zu“); BayObLGSt. 58, 197 ff.; NZV 2001, 139 (einschränkend bejaht für den Fall einer Schätzung einer über Schrittgeschwindigkeit [= 5–7 km/h, vgl. BGH NJW 1963, 152, 153; OLG Köln NJW 1989, 600] liegenden Geschwindigkeit); OLG Hamm VRS 23 (1962), 54 (55 f.); OLG Karlsruhe NZV 2008, 586 (für einen „in der Verkehrsüberwachung erfahrenen Beamten“); AG Dortmund NZV 1992, 378 (für „einen erfahrenen Polizeibeamten, der seit 1969 mit der Verkehrsüberwachung auf der Straße betraut ist. Von einem solchen Polizeibeamten darf angenommen [!] werden, dass er einigermaßen [!] zuverlässig, zumindest erhebliche [!] Geschwindigkeitsüberschreitungen auch durch persönliche Wahrnehmung feststellen kann.“); tendenziell ohne nähere Begründung auch *Prechtel*, S. 387.

<sup>2149</sup> Vgl. *Wielke*, „Falsche“ Zeugenaussagen, S. 554; ferner *Einmahl* S. 471 Fn. 23 und für die Identifizierungsleistung *Kalteis*, passim.

der überzeugende Beschluss des OLG Köln vom 20.3.2012<sup>2150</sup> in einer Ordnungswidrigkeitensache zeigt, wo ein Polizeibeamter die entscheidungserhebliche Entfernung mittels Fahrzeuglängen schätzte, wobei er diese jeweils mit 3,50 m bis 4 m ansetzte, ein offensichtlich fehlerhafter Wert (man setzt in Übereinstimmung mit wissenschaftlichen Untersuchungen<sup>2151</sup> als Faustregel 5 m an<sup>2152</sup>). Weiter muss die jeweilige Schätzung durch geeignete Maßnahmen konkretisiert werden, z. B. Entfernungsschätzungen anhand der Länge des Gerichtssaals<sup>2153</sup> (bei Vorgängen im Freien sollte die Schätzung am Ort des Geschehens, aber jedenfalls auch im Freien erfolgen<sup>2154</sup>) oder der Länge eines (möglichst eigenen) Wagens oder Zeitschätzungen mittels des sog. Doppelklopftests<sup>2155, 2156</sup>

668 Bei sog. **Spontanäußerungen** gilt folgendes: Was z. B. ein **Unfallbeteiligter** unmittelbar nach dem Unfallgeschehen erklärt, entspricht erfahrungsgemäß häufig dem tatsächlichen Geschehen, von dem sich der Erklärende manchmal auch unbewusst mit zunehmender Zeit mehr und mehr distanziert, als seine späteren Angaben, die auch dem Zweck dienen können, ein momentanes Fehlverhalten sich und anderen zu erklären.<sup>2157</sup> Die zum Unfallgeschehen zeitliche nächste Erklärung eines **Zeugen** ist dagegen nicht stets, wenn auch in der Regel<sup>2158</sup>, die bessere und maßgebliche: Wenn der Zeuge diese Erklärung etwa neun Tage nach dem Geschehen zurückzieht und hierfür eine plausible Erklärung gibt, kann auch der neuen Version getraut werden, jedenfalls, wenn der Zeuge von dem Unfallgeschehen nicht betroffen ist.<sup>2159</sup>

669 c) **Sachverständigengutachten.** Ein Sachverständigengutachten unterliegt wie jedes andere Beweismittel der freien Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO.<sup>2160</sup> Das Gericht (unabhängig von etwaigen Einwänden der Parteien<sup>2161</sup>) und spiegelbildlich der **Anwalt**<sup>2162</sup> müssen deshalb Gutachten gerichtlich bestellter Sachverständiger **sorgfältig und kritisch würdigen**,<sup>2163</sup> wobei sie sich nicht wie so häufig auf die Zusammenfassungen beschränken

<sup>2150</sup> DAR 2012, 271; eine ähnlich unbrauchbare Schätzung lieferte eine Zeugin im Verfahren 12 U 8440/97 des Kammergerichts, wo sie eine Fahrzeuglänge mit 3 m bis 3,5 m ansetzte (vgl. Rn. 4 bei juris).

<sup>2151</sup> Vgl. *Bachmeier* Rn. 834 auf der Grundlage älterer Untersuchungen und die neuere Primärstudie von *Schuster/Sattler/Hoffmann*, Bestimmen der aktuellen Abmessungen differenzierter Personen-Bemessungsfahrzeuge, Zwickau 2011, <http://www.fh-zwickau.de/fileadmin/ugroups/kt/iev/projekte/FoBemPkw.pdf> (21.11.2016), die als durchschnittliche Fahrzeuglänge 4,90 m und als durchschnittliche Fahrzeugbreite 1,90 m bzw. 2,15 m (ohne/mit Außenspiegel) ergeben hat.

<sup>2152</sup> So explizit etwa OLG Bremen VersR 1979, 1079; OLG Köln VersR 1989, 59; OLG Düsseldorf SP 2002, 143; OLG Hamm SVR 2007, 64; KG, Urt. v. 12.7.2012 – 22 U 322/11 (juris Rn. 7); OLG München, Urt. v. 9.11.2012 – 10 U 834/12 (juris Rn. 10); LG Dresden DAR 2006, 214; AG Nürtingen zfs 2012, 327; a. A. ohne nähere Begründung KG DAR 2001, 497 („maximal 4,50 m“); AG Berlin-Mitte, Urt. v. 10.11.2011 – 12 C 3124/10 (juris Rn. 23, 24), das von 3,75 m bis 4,30 m ausgeht; das LG Hamburg, Urt. v. 16.9.2011 – 306 O 506/10 (juris Rn. 16) und ihm folgend OLG Hamburg zfs 2012, 316 setzen für 1½Wagenlängen 5 m bis 6 m an.

<sup>2153</sup> *Krönig*, S. 34; *Bernhardt*, Aufklärung S. 45.

<sup>2154</sup> *Krönig*, S. 34.

<sup>2155</sup> OLG München, Urt. v. 23.1.2009 – 10 U 4104/08 (juris Rn. 9); aus unfallanalytischer Sicht eingehend *Wielke*, „Falsche“ Zeugenaussagen, S. 554.

<sup>2156</sup> Nicht beigetreten werden kann der gegenteiligen Ansicht von *Geipel*, Handbuch Kap. 17 Rn. 36 und Kap. 31 Rn. 67, wonach solche Maßnahmen unbrauchbar seien (die forensische Erfahrung lehrt das Gegenteil) und der Anwalt deshalb intervenieren müsse (*Geipel* verrät leider nach wie vor nicht, auf welche Rechtsgrundlage ein Anwalt eine solche Intervention stützen könnte).

<sup>2157</sup> KG NZV 2004, 526 f.; VerkMitt. 2005, 22 Nr. 18; *Schellhammer*, Zivilprozess Rn. 636.

<sup>2158</sup> OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 191; *Schellhammer*, Zivilprozess Rn. 636.

<sup>2159</sup> KG NZV 2007, 247.

<sup>2160</sup> BGH NJW 1951, 566, st. Rspr., etwa NJW 2008, 2845 (2848); BayObLGZ 2002, 189; OLG München NJW 2011, 3729 (3730); r+s 2016, 153; *Pukall/Kießling*, Rn. 979, 1279; *Jauernig/Hess*, § 54 Rn. 16; a. A. *Pieper*, S. 30 ff.; *Evers*, S. 124 ff.

<sup>2161</sup> BGH GRUR 1968, 581 (583) – Blunazit, GRUR 1987, 171 – Schlußverkaufswerbung und GRUR 1987, 535 (538) – Wodka Woronoff (jeweils für Meinungsforschungsgutachten); der gegenteiligen Ansicht von *Balzer*, Rn. 356 kann nicht beigetreten werden, da sie einer gesetzlichen Grundlage entbehrt.

<sup>2162</sup> *Oberheim*, Taktik Rn. 1888.

<sup>2163</sup> Vgl. etwa BVerfGE 91, 176; RGZ 162, 223 (226 f.); BGH NJW 1951, 558 f., st. Rspr., etwa NJW 2013, 74 (Tz. 7); BayObLG NJW-RR 1991, 1098 (1100); FamRZ 2005, 1782; 2006, 68; OLG Saarbrücken NJW 1999, 719; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2007, 19; OLG München NJW 2011, 396 (397); NJW 2011, 3729

dürfen<sup>2164</sup>. Das Gericht ist, wie der Bundesgerichtshof in einem Urteil in einem Patentverletzungsrechtsstreit plastisch formuliert hat, nicht „lediglich das Sprachrohr des vom Sachverständigen dargelegten fachmännischen Verständnisses“.<sup>2165</sup> All dies gilt auch für Gutachten von „weltberühmten und führenden“ Sachverständigen<sup>2166</sup> oder namhafter wissenschaftlicher Institute (vgl. hier unten Fn. 2175). Dies schließt es natürlich nicht aus, dass ein Gericht die ihm aus anderen Verfahren bekannte Vertrauenswürdigkeit eines Sachverständigen nach Gewährung rechtlichen Gehörs in der Beweiswürdigkeit berücksichtigt.<sup>2167</sup>

Es mag nun auf den ersten Blick paradox erscheinen, dass der Jurist, der sich mangels eigener Sachkunde eines Sachverständigen bedient, die Sachkunde und das Gutachten eben dieses Sachverständigen überprüfen und bewerten soll.<sup>2168</sup> Entscheidend ist hierbei aber zweierlei: Zum einen ist die Entscheidung gemäß Art. 92 Hs. 1 GG dem gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gesetzlich bestimmten Richter und nicht dem jederzeit austauschbaren Sachverständigen übertragen,<sup>2169</sup> zum anderen hat ein Gutachten eines vom Gericht ernannten Sachverständigen keinen „Anschein der Richtigkeit“ für sich, der von einer Prozesspartei entkräftet werden müsste.<sup>2170</sup>

Man sollte sich immer vor Augen halten, dass ein nicht unerheblicher Teil der Gutachten mehr oder weniger fehlerhaft ist.<sup>2171</sup> So waren nach einer mehrfach bestätigten Untersuchung von *Meine* aus dem Jahr 1998 nur 35% der medizinischen Gutachten einwandfrei, 36% lückenhaft und 29% schwer mangelhaft<sup>2172</sup> – Werte, die aus berufsgerichtlicher Sicht durchaus bestätigt werden können. Auch Baugutachten<sup>2173</sup> und familienpsychologische Gutachten<sup>2174</sup> weisen eine signifikante Fehlerquote auf, desgleichen Gutachten über ausländisches Recht<sup>2175</sup>. Erstaunlicherweise wurden aber nach der oben Rn. 612 erwähnten

(3730); r+s 2016, 153; *Döbring* S. 260 ff.; *Müller*, Sachverständiger Rn. 686; *Müller*, Arzthaftungsprozeß S. 3055; *Musielak/Stadler*, Rn. 156; *Pukall/Kießling*, Rn. 1279; *Müller*, Würdigung S. 34; *Bayerlein/Bayerlein*, § 22 Rn. 1; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 121 Rn. 66; *Jauernig/Hess*, § 54 Rn. 16; *BRiHb/Bruinier*, A XI Rn. 86; *Schellhammer*, Zivilprozess Rn. 564; *BL/Hartmann* Rn. 5 und 15 vor § 402.

<sup>2164</sup> Vgl. zu den Gefahren, die mit der nahezu allgegenwärtigen Unsicherheit, nur die Zusammenfassungen zu lesen, verbunden sind, nachdrücklich *Bayerlein/Bayerlein*, § 22 Rn. 10.

<sup>2165</sup> BGHZ 184, 49 ff – Kettenradanordnung II; ebenso *Boehme-Neßler*, S. 222 m. w. N.

<sup>2166</sup> BGHZ 53, 245 (258 f.) – Anastasia.

<sup>2167</sup> RG, Urt. v. 12.1.1900 – VI 320/99 u. ö. (*Schubert*, Nachschlagewerk § 286 Nr. 4).

<sup>2168</sup> Statt aller *Boehme-Neßler*, S. 225; vgl. auch *Jannsen*, S. 161 (gewaltige Qualitätsunterschiede).

<sup>2169</sup> Dies betont auch *Müller*, Würdigung S. 34 zu Recht.

<sup>2170</sup> BGH MDR 1982, 212; OLG München NJW 2011, 3729 (3730); r+s 2016, 153.

<sup>2171</sup> *Keunke*, S. 9; *Pukall/Kießling*, Rn. 993, 1280.

<sup>2172</sup> *Meine*, Ärztliche Begutachtung in der Schweiz – Erfüllt sie die heutigen Qualitätsanforderungen? *Swiss Surgery* 1998;4:53–7; zu ähnlichen Werten kam *Ludwig*, Medizinische Mitteilungen (Suva) 2006, 77:5–16; ferner die Studie zur medizinischen Gutachtersituation in der Schweiz von *Auerbach/Bollag/Eichler/Gyr/Imhof/Stöhr* aus dem Jahr 2008 (<https://core.ac.uk/download/pdf/33030776.pdf> [17.4.2017]): 22,7% der medizinischen Gutachten waren ungenügend, 48,4% genügend bis gut und 28,9% sehr gut.

<sup>2173</sup> *Kniffka*, S. 126 und *Kniffka/Koebler/Kniffka*, Teil 18 Rn. 36.

<sup>2174</sup> *Salewski/Stürmer*, Qualitätsmerkmale der familienpsychologischen Begutachtung – Untersuchungsbericht 2014 (abrufbar unter [http://www.fernuni-hagen.de/psychologie/qpfq/pdf/Untersuchungsbericht1\\_FRPGutachten\\_1.pdf](http://www.fernuni-hagen.de/psychologie/qpfq/pdf/Untersuchungsbericht1_FRPGutachten_1.pdf) [20.11.2016]), wonach zwischen einem Drittel bis über 50% der Gutachten mangelhaft waren, ferner *Amann/Neukirch*, Fragwürdige Instrumente, *DER SPIEGEL* 2/2015, S. 30 f.

<sup>2175</sup> Vgl. etwa BGH NJW-RR 1991, 1211, wo der Sachverständige des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht eingeräumt hatte, „erstmalig einen Fall aus dem venezolanischen Recht begutachtet zu haben und über keinerlei spezielle Kenntnisse dieses Rechts und vor allem der dort bestehenden Rechtspraxis zu verfügen“, weshalb er sich letztlich auf die Auswertung der ihm zugänglichen Literatur und die Auslegung der einschlägigen Gesetze beschränkt hatte; BGH NJW 2003, 2685 (gleicher Fehler); OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 3 (der Sachverständige beurteilte ein Problem aus dem türkischen Zivilrecht anhand des schweizerischen Rechts, obwohl nach der türkischen Rechtspraxis gefragt worden war); 10 U 3433/09 OLG München, wo vom Erstgericht ein Gutachten des Max-Planck-Instituts über kroatisches Recht eingeholt worden war, das nicht nur eine Reihe handwerklicher Mängel aufwies (fehlerhafte Verweise, Nichtwiedergabe des ausländischen Gesetzestextes, unzulässige rechtliche Unterstellungen), sondern vor allem auch nicht die kroatische höchstrichterliche Rechtsprechung ausgewertet hatte. Angesichts dieser Sachlage und des Umstands, dass große Anwaltskanzleien häufig im Ausland mit erstklassigen, sprachkundigen Anwälten besetzte Niederlassungen unterhalten, kann die These von *Schütze*, § 293 Rn. 33, deutsche Rechtsanwälte in dem jeweiligen Staat seien wegen ungesicherter Qualifikation grundsätzlich ungeeignet, nicht nachvollzogen werden

Aktenanalyse von den Amtsgerichten 78,6% und von den Landgerichten 86,4% aller Gutachten ausschließlich und weitere 17,4% bzw. 10,2% überwiegend positiv bewertet<sup>2176</sup>, also 96% bzw. 96,6% der Gutachten als frei von gravierenden Fehler.

- 672 Die Pflicht zur sorgfältigen und kritischen Prüfung der Gutachten besteht auch dann, wenn diese, insbesondere bei fehlender Spezialisierung, nur in beschränktem Umfang möglich ist. Natürlich haben Spezialspruchkörper für Arzthaftungssachen, Bausachen, Verkehrsunfallsachen, Wettbewerbsachen usw. aufgrund ihrer – für eine sachgerechte Beweiswürdigung immer erforderlichen<sup>2177</sup> – Fachkenntnisse, die sie durch zahlreiche im Laufe der Jahre von verschiedenen Sachverständigen zu immer wiederkehrenden Fragen erstattete Gutachten<sup>2178</sup> erlangt haben, und die häufig vorhandene Spezialliteratur, deren sich ein Richter auch bedienen darf und soll,<sup>2179</sup> besonders gute Voraussetzungen, Gutachten zu überprüfen.<sup>2180</sup> Der Ansicht von *Jäckel*, die geforderte kritische Prüfung könne „realistischerweise auch in Spezialspruchkörpern kaum ein Richter leisten“,<sup>2181</sup> ist deshalb entschieden zu widersprechen. Entsprechendes gilt auch für den erfahrenen Fachanwalt.<sup>2182</sup> Dass dies auch in der Praxis der Instanzgerichte möglich ist, zeigt etwa das AG Gemünden (Main) in seinem überzeugenden Urteil vom 18.8.2016<sup>2183</sup>. Es finden sich im Übrigen im Schrifttum genügend Handreichungen, die auch sonst eine ausreichende Überprüfung von Gutachten ermöglichen (vgl. oben Rn. 114).<sup>2184</sup>
- 673 Das hier Geforderte soll anhand eines terminsvorbereitenden Auflagen- und Beweisbeschlusses des OLG München vom 11.8.2014<sup>2185</sup> belegt werden, wo es u. a. heißt:

„a) Die Darlegung des Sachverständigen in seiner Anhörung vom 27.9.2012, bei der psychogenen Parese handle es sich um „kein eigenständiges psychiatrisches Krankheitsbild“ (Prot. S. 5 = Bl. II 272d. A.), ist schon deshalb unverständlich, weil eine diesbezügliche Behauptung im vorliegenden Verfahren nicht aufgestellt worden ist und angesichts der Tatsache, daß 20%-60% aller psychogenen Paresen mit einer organischen neurologischen Erkrankung assoziiert sind (*Nowak/Fink*, Psychogene Parese, in: *Bewermeyer/Fink/Limmroth*, Neurologische Differenzialdiagnostik, Stuttgart 2011, S. 260 [261]), auch fernliegend wäre.

b) Die hieran unmittelbar anschließende Behauptung, es handle sich bei der psychogenen Parese um „lediglich eine Aggravation“ (Prot. v. 27.9.2012, S. 5 = Bl. II 272d. A.), entbehrt einer Begründung im Rahmen der Anhörung oder des vorausgegangenen schriftlichen Gutachtens vom 2.3.2012 (Bl. II 231/249d. A.). Natürlich kann, wie medizinisch (vgl. *Hufschmidt/Lücking/Rauer*, Neurologie compact, 5. Aufl. Stuttgart 2006, S. 333 f.) und juristisch (vgl. LSG Sachsen, Urt. v. 17.7.2001 – L 5 RJ 213/00; LSG Bayern, Urt. v. 18.12.2003 – L 14 RA 221/00 [juris, dort Rz. 44]) unstrittig ist, eine

(auch *Pfeiffer*, S. 284 sieht „in der betreffenden Rechtsordnung besonders ausgewiesene Rechtsanwälte“ als legitime Gutachter an).

<sup>2176</sup> Pieper/Breunung/Stahlmann/Breunung, S. 258.

<sup>2177</sup> *Bühler*, Rz. 11.

<sup>2178</sup> BGHZ 44, 75 (82); BGH MDR 1967, 745 (Volltext bei juris).

<sup>2179</sup> *Müller*, Arzthaftungsprozeß S. 3055; Geigel/*Knerr*, Kap. 37 Rn. 14; Musielak/*Voit/Huber* § 402 Rn. 12; für die Schweiz *Bühler*, Rz. 12; vgl. auch BGH NJW 1977, 2120.

<sup>2180</sup> *Boehme-Neßler*, S. 218; vgl. auch 20. VGT 1982, AK VI, Empfehlung 1: „Spezialabteilungen, -kammern und -senate haben die Sachkunde der Richter und Staatsanwälte verbessert [...]; 54. VGT 2016, AK IV, Empfehlung 1: „Die Erfahrung zeigt, dass Spezialspruchkörper sich positiv auf die Dauer der Verfahren und die Qualität der Entscheidungen auswirken.“ Spätestens hier zeigt sich, dass die Behauptung von *Hirtz*, Zukunft S. 2532, die These, die Spezialisierung von Richtern trüge zu effektiveren Gestaltung der Prozesse bei, sei empirisch nicht belegt, ihrerseits einer Tatsachengrundlage entbehrt.

<sup>2181</sup> Rn. 618. Auch die von ihm angeführte Entscheidung BGHZ 2, 6 = NJW 1951, 558 stützt seinen Standpunkt nicht: Abgesehen davon, dass der Bundesgerichtshof die zentrale Aussage dieser Entscheidung, einem fachgerechneten Blutgruppengutachten komme „eine absolute, jeden Gegenbeweis ausschließende Beweiskraft zu“, in NJW 1973, 1411 ausdrücklich aufgegeben hat, beweisen die umfangreichen und mit Belegen aus dem medizinischen Schrifttum untermauerten Ausführungen des Bundesgerichtshofs zu möglichen Fehlerquellen gerade, dass eine solche kritische Würdigung sehr wohl möglich ist.

<sup>2182</sup> *Oberheim*, Taktik Rn. 1896.

<sup>2183</sup> (K) 11 C 420/14 (juris). Ein weiteres Beispiel für eine umfassende Auseinandersetzung mit Gutachten bietet etwa das Urteil des OLG Dresden v. 10.1.2017 – 4 U 693/16 (juris).

<sup>2184</sup> Vgl. zur Problematik der richterlichen Überprüfung von Sachverständigengutachten umfassend *Marburger*, passim; ferner, wenn auch teilweise zu pessimistisch *Müller*, Sachverständiger Rn. 688–693; *Bayerlein/Bayerlein*, § 22 Rn. 4–27; *Jauernig/Hess*, § 54 Rn. 16; *Boehme-Neßler*, S. 218 ff.

<sup>2185</sup> 10 U 4543/13; das in dieser Sache dann ergangene Urt. v. 8.5.2015 findet sich bei juris.

Aggravation vorliegen. Die insoweit erforderlichen einwandfrei erhobenen tatsächlichen Feststellungen und darauf aufbauenden Schlussfolgerungen fehlen hier aber vollständig:

- Hinsichtlich möglicher somatischer Ursachen ist auf vorstehend a) zu verweisen.
- Die Frage, ob die von der Klägerin beklagte motorische Funktionsstörung (Parese des linken Arms), für die bislang keine körperliche Ursache nachgewiesen werden kann, als konversionsneurotische Störung (ICD-10 F44.4–44.7) interpretiert werden könnte (vgl. *Dohrenbusch/Meise*, Begutachtung somatoformer Störungen und chronifizierter Schmerzen, Stuttgart 2007, Kap. 6.3.7 [S. 131–133]), ist nicht gestellt worden, obwohl im medizinischen Schrifttum die Ansicht vertreten wird, daß Ursache einer psychogenen Parese eine Konversionsstörung sein kann (*Hufschmidt/Lücking/Rauer* a. a. O. unter Anführung von Literatur: „i. d. R.“). Auch in der Rechtsprechung ist ein solcher Zusammenhang nach einer umfangreichen medizinischen Begutachtung bereits angenommen worden (so vom OLG Hamm in VersR 1997, 374 für eine psychogene Parese des rechten Arms [!]).
- Im übrigen sind die Ausführungen zur behaupteten Aggravationstendenz der Klägerin auch deshalb nicht ausreichend, weil der Sachverständige, obwohl er wußte, daß die Klägerin aus einem fremden Kulturkreis stammt und es dann zum gesicherten medizinischen Basiswissen gehört, daß psychische Reaktionsweisen und Bewertungen seitens solcher Probanden besonders differenziert zu beurteilen sind (vgl. Leitlinie zur Begutachtung psychischer und psychosomatischer Erkrankungen [AWMF-Leitlinien-Register Nr. 051/029], Kap. 2.5.2 [S. 52] sowie die nicht aktualisierte Leitlinie für die ärztliche Begutachtung in der Psychosomatik und Psychotherapeutischen Medizin – Sozialrechtsfragen [AWMF-Leitlinien-Register Nr. 051/022], Kap. 4.4 [S. 3] jeweils zum kulturell unterschiedlich ausgeprägten Verdeutlichungsverhalten, auch und gerade in süd- im Vergleich zu nordeuropäischen Kulturen; zum gleichen Problem bei der Schmerzbeurteilung die Leitlinie für die ärztliche Begutachtung von Menschen mit chronischen Schmerzen [AWMF-Leitlinien-Register Nr. 030/102], S. 5 sowie eingehend *Engel/Hoffmann*, Transkulturelle Aspekte des Schmerzerlebens, in: *Egle/Hoffmann/Lehmann/Nix*, Handbuch Chronischer Schmerz, Stuttgart 2003, Kap. 2.2 [S. 17–25]), insoweit keine Überlegungen angestellt hat.“

All dies hat nichts damit zu tun, das eigene Wissen an Stelle desjenigen des Sachverständigen zu setzen oder den „Experten zu belehren“<sup>2186</sup>. Es geht vielmehr nur um kritische Fragen desjenigen, der die alleinige Verantwortung für das Urteil trägt.

Für eine kritische Würdigung ist im Übrigen ein gesundes Misstrauen erforderlich, weil etwa in Arzthaftungssachen manche Sachverständige aus falsch verstandener Kollegialität (vgl. zu dieser die differenzierte Regelung in § 29 Abs. 1 MBO-Ä 1997<sup>2187</sup>) Behandlungsfehler nur sehr zurückhaltend ansprechen<sup>2188</sup> oder in Verkehrsunfallsachen Sachverständige nicht selten sog. Patientenschutzverbänden<sup>2189</sup>, Berufsgenossenschaften oder Versicherungen nahestehen, meist ohne dies aufzudecken (hier erweist sich eine intensive Internetrecherche oft als sehr erhellend). Auch der Umstand, dass viele Sachverständige einen erheblichen Teil ihres Einkommens aus der Gutachtertätigkeit erzielen und dann unter Umständen ihre gutachterlichen Feststellungen im Hinblick auf notwendige Folgeaufträge ausrichten, ist im Einzelfall zu bedenken.

**Literaturhinweise zur Abhängigkeit der Sachverständigen von den Gerichten:** *Jordan/Gresser*, Gerichtsgutachten: Oft wird die Tendenz vorgegeben, in: Deutsches Ärzteblatt 111 (2014), A 210–A 212 (auch abrufbar unter <https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=154014> [20.4.2017]); *Boehme-Neßler*, Prekäre Balance: Überlegungen zum heiklen Verhältnis von Richtern und Gutachtern, RW 2014, 189 (215); *Schwintowski* in seiner Stellungnahme vom 10.3.2016 zum SachVÄndG gegenüber dem BT-Rechtsausschuss als Beispiel für das principal-agent-Problem (<https://www.bundestag.de/blob/414864/449231736a0c70ceab307b5ae300185b/schwintowski-data.pdf> [20.4.2017]).

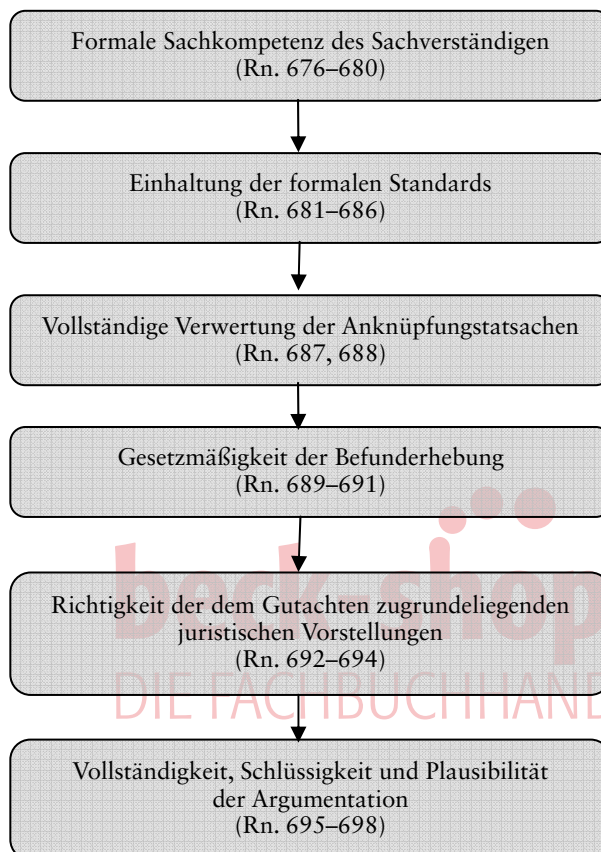
<sup>2186</sup> So aber *Schellhammer*, Zivilprozess Rn. 663.

<sup>2187</sup> Abrufbar unter [http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user\\_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO\\_02.07.2015.pdf](http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_02.07.2015.pdf) (21.11.2016).

<sup>2188</sup> Vgl. insoweit eindringlich BGH NJW 1975, 1463; 1993, 1524 und 1999, 3408; eingehend Bayerlein/*Franzki*, § 52 Rn. 7; a. A. nur *Sanner*, S. 114 f.

<sup>2189</sup> Etwa der Unfall-Opfer-Bayern e. V., <http://unfall-opfer-bayern.de/> (21.11.2016).

675 Die Überprüfung eines Sachverständigengutachtens muss folgende Gesichtspunkte umfassen:<sup>2190</sup>



aa) *Formale Sachkompetenz des Sachverständigen.* Die Beurteilung erfolgt zweistufig.

676 (1) Ausgangspunkt ist die **allgemeinen Sachkunde**. Für sie ist entsprechend § 404 Abs. 3 ZPO grundsätzlich

- die gemäß §§ 3 Abs. 1; 7; 12 Abs. 1 und 3 MSVO/DIHT sowie § 1 Nr. 2 und 1.3 der Richtlinien zur MSVO/DIHT für ein bestimmtes Sachgebiet erfolgende **öffentliche Bestellung**,<sup>2191</sup>
- die Bestellung als **Wirtschaftsprüfer** oder **vereidigter Buchprüfer** (§§ 2 Abs. 3 Nr. 1; 15 Satz 1; 129 Abs. 3 Nr. 1, 130 Abs. 1 Satz 1 WiPrO)
- und im Bereich der Medizin die **Facharztzulassung**<sup>2192</sup> (vgl. auch § 280 Abs. 1 Satz 2 FamFG)

maßgeblich. Ersatzweise können an Stelle der öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen auch nach DIN EN ISO IEC 17024 persönlich zertifizierte Sachverständige

<sup>2190</sup> OLG München NJW 2011, 3729 (3730); ein Beispiel hierfür findet sich im Urteil des OLG München v. 14.7.2006 – 10 U 5624/05 (juris Rn. 26–31); im Ansatz ähnliche, aber kürzere Prüfungsschemata bieten *Schellhammer*, Zivilprozess Rn. 664 und *Musielak/Voit/Huber* § 402 Rn. 13.

<sup>2191</sup> OLG München SP 2012, 111; r+s 2016, 153; zur forensischen Bedeutung der Bestellung vgl. auch *Bayerlein/Mayr*, § 28 Rn. 17 und *Jäckel*, Rn. 621; a. A. *Kramarz*, S. 171.

<sup>2192</sup> BGH NJW-RR 2011, 649 (Tz. 17); BVerwGE 69, 70 (Rn. 31 bei juris); OLG München, Urt. v. 15.4.2011 – 10 U 5655/10 (juris Rn. 28); SP 2012, 111f.; Urt. v. 23.10.2015 – 10 U 1124/15 (juris Rn. 23, 26); *Roller*, S. 334.

herangezogen werden, die eine vergleichbare Qualifikation haben (das Zertifizierungsverfahren ist aber entgegen den Darstellungen von interessierter Seite, etwa in der Internet-Enzyklopädie „Wikipedia“, weder transparenter noch sonst wie der öffentlichen Bestellung überlegen).<sup>2193</sup>

Soweit Rechtsprechung und Literatur jeweils im Wege bloßer Verweisungen auf Fundstellen ohne nähere Begründungen überwiegend die Ansicht vertreten, bei § 404 Abs. 3 ZPO handle es sich um eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Missachtung nicht die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit davon betroffener Rechtsakte nach sich ziehe,<sup>2194</sup> wird dies weder dem Wortlaut („sollen andere Personen **nur dann** gewählt werden, wenn **besondere Umstände** es erfordern“) noch dem zwingenden Charakter der Vorschrift (zur Bedeutung von Sollvorschriften eingehend unten Rn. 1282) noch ihrem Regelungszweck<sup>2195</sup> und der auch andernorts, etwa in § 558a Abs. 2 Nr. 3 BGB wiederholten Bewertung der öffentlichen Bestellung und Vereidigung durch den Gesetzgeber gerecht. Gutachten der öffentlich bestellten Sachverständigen kommt nämlich, wie das Bundesverwaltungsgericht betont hat, ein besonderer Wert zu, weil solche Sachverständige das „Privileg erhöhter Glaubwürdigkeit“ genießen.<sup>2196</sup> Die häufige Missachtung des Gesetzes hat zur Folge, dass nicht selten bei genauer Prüfung weitgehend unbrauchbare Gutachten erstellt und von Gerichten dann durchgewunken werden.

Fehlt die erforderliche Bestellung/Facharztzulassung oder, wenn es eine solche nicht gibt – z. B. bei Sachverständigen für ausländisches Recht, demoskopischen Gutachten<sup>2197</sup> und Fahrtenschreiberauswertungen<sup>2198</sup> –, die durch Ausbildung und Berufstätigkeit gewonnene formale Kompetenz, muss die Sachkunde des Sachverständigen vom Gericht stets besonders geprüft und im Urteil dargelegt werden,<sup>2199</sup> wobei insoweit zwar strenge, aber auch nicht überzogene Anforderungen bestehen<sup>2200</sup>.

<sup>2193</sup> Zur Zertifizierung siehe näher Bayerlein/Bleutge, § 5. Es darf nicht übersehen werden, dass ISO-Normen sehr stark von politischen und wirtschaftlichen Interessen der an der ISO beteiligten 119 Staaten bestimmt werden, vgl. eingehend *Reto U. Schneider*, Was die Welt zusammenhält, in: NZZ-Folio, Februar 2005 (<http://folio.nzz.ch/2005/februar/was-die-welt-zusammenhaelt> [12.6.2017]).

<sup>2194</sup> So BayObLGZ 1987, 10 (15) und BayObLG FamRZ 1991, 618 jeweils unter bloßen Verweis auf die seinerzeitige Kommentierung bei *Zöller*, wo sich ebenfalls keine Begründung fand; OLG Düsseldorf NJW 2013, 619 (620) und *Zöller/Greger* § 404 Rn. 2 unter Verweis auf BayObLG ebd.; *BL/Hartmann* § 404 Rn. 6 unter Verweis auf BayObLGZ ebd.; ansatzweise a. A. *Evers*, S. 138 Fn. 473 (rügepflichtiger Ermessensfehler); *MüKo-ZPO/Zimmermann* § 404 Rn. 7 (allerdings ohne Konsequenzen); *Musielak/Voit/Huber* § 404 Rn. 7 (rügepflichtiger Ermessensfehler); *Bayerlein/Grossam*, § 13 Rn. 16 schließt sich der h. M. an und stellt dann resignierend fest, dass eine solche Sachverständigenauswahl „gleichwohl [...] fehlerhaft“ bleibe.

<sup>2195</sup> Vgl. dazu *Protokolle*, S. 141 f. (bei *Hahn*, S. 636 f.).

<sup>2196</sup> BVerwG NJW 1960, 890.

<sup>2197</sup> Vgl. BGH GRUR 1957, 426 u. ö. Anders ist die Rechtslage in Österreich: dort gibt es den „allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für das Fachgebiet Markt- und Meinungsforschung, insbesondere Rechtsforschung im Wettbewerbs-, Marken- und Kartellrecht/Rechtstatsachenforschung“ (vgl. <http://suche.gerichts-sv.at/Default.aspx?LV=wnb&NG=81.90> [14.10.2017]).

<sup>2198</sup> Vgl. BGH NJW 1963, 586 (587).

<sup>2199</sup> BGH NJW-RR 1998, 1117 (1118) für einen Sachverständigen in einem Patentverletzungsstreit, wo als maßgeblicher Durchschnittsfachmann ein „an einer Technischen Universität oder Fachhochschule ausgebildeter Diplom-Ingenieur der Fachrichtung Maschinenbau mit vertieften Kenntnissen auf dem Gebiet der Halmguterntetechnik“ gefordert wurde; NJW-RR 2011, 649 für einen medizinischen Sachverständigen; MDR 2012, 916 und NJW-RR 2017, 260 für medizinische Sachverständige im Betreuungsverfahren; OLG München, Urt. v. 20.2.2015 – 10 U 1722/14 (juris Rn. 40) für die – fehlerhafte – Bestellung eines „öffentlich bestellten und beeidigten Sachverständigen für das Kraftfahrzeugmechanikerhandwerk“ an Stelle eines Sachverständigen für Straßenverkehrsunfälle.

<sup>2200</sup> Vgl. für medizinische Sachverständige BGHZ 132, 341 (347 f.) (Neurologe/Psychiater); BGH NJW 2011, 520 („Fachärztin für Allgemeinmedizin, Akupunktur und suchtmittelmedizinische Grundversorgung“); NJW-RR 2011, 649 („Arzt für öffentliches Gesundheitswesen, Psychiatrie und Sozialmedizin“) – jeweils verneinend; andererseits BGH VersR 2011, 1384 und 2012, 1133 (wo der Bundesgerichtshof zustimmend die Ausführungen der dortigen Sachverständigen referiert, dass es beim Orthopäden zum beruflichen Arbeitsalltag gehöre, anhand von Röntgenbildern, Kernspin- oder Computertomographien Pathologien des Skelettsapparates zu erkennen, zu klassifizieren und zu diagnostizieren); OLG München r+s 2006, 474 (ein Neurochirurg ist zur Beurteilung einer somatoformen Schmerzstörung befähigt); DAR 2014, 273 (Orthopäde ist kompetent für die Auswertung radiologischer, nicht aber neuroradiologischer Befunde); LSG Thüringen, Urt. v. 26.6.2012 – L 6

679 Im Bereich der Medizin muss es sich darüber hinaus um eine für die medizinische Frage **einschlägige Facharztzulassung** handeln. Damit erweist sich der bei vielen Gerichten beliebte Weg, die Begutachtung pauschal einem Institut für Rechtsmedizin zu übertragen, als kaum gangbar. Dies gilt zunächst für den Arzthaftungsprozess, wenn es um gynäkologische, urologischen und anästhesiologische oder unfallchirurgische Fragestellungen geht,<sup>2201</sup> ganz abgesehen davon, dass der Sachverständige nach dem Grundsatz der fachgleichen Begutachtung aus dem Fachgebiet des beklagten Arztes zu wählen ist, weil auf die in dessen Fachkreis zu fordernde objektive Sorgfalt abzustellen ist<sup>2202</sup> (vgl. auch § 20 Abs. 1 Satz 2 MBO-Ä 1997, demzufolge sich ein Arzt grundsätzlich nur durch einen Facharzt desselben Fachgebiets vertreten lassen darf). Ebenso ist die Lage in einem Haftpflichtfall, wenn es um die Klärung der Unfallbedingtheit und des Ausmaßes von Verletzungen des Bewegungsapparates geht, welche grundsätzlich durch Orthopäden/Unfallchirurgen zu erfolgen hat<sup>2203</sup> und erst recht für neurologische Folgeerkrankungen. In dieser Fachgebietsfrage verbirgt sich noch ein weiteres Manko des Rechtsmediziners, nämlich das Fehlen des für die Beurteilung der richtigen Behandlung oder des Ausmaßes der Beschwerden erforderlichen, aufgrund mehrjähriger klinischer Tätigkeit gewonnenen sog. **Behandlungswissens**<sup>2204, 2205</sup>

680 (2) Neben der allgemeinen Sachkunde muss der Sachverständige auch über die **spezielle Sachkunde** gerade für die verfahrensgegenständliche Fragestellung verfügen. Dies gilt für den Bereich der Medizin (man denke nur an die zahlreichen Spezialgebiete etwa in der Chirurgie wie die Bauch-, Gefäß-, Hand-, Herzchirurgie),<sup>2206</sup> des Bauwesens (wo es 48 Spezialgebiete gibt<sup>2207</sup>) oder der Technik<sup>2208</sup>. Auch hier ist eine Interretrecherche sehr hilfreich.<sup>2209</sup> Angesichts der Tatsache, dass nicht selten versucht wird, einen Sachverständigen aus einem „ähnlichen“ Spezialgebiet heranzuziehen, muss der Anwalt des Geschädigten insbesondere in Arzthaftungsfällen frühzeitig und umfassend vortragen, dass der vom Gericht ausgewählte Sachverständige nicht über die erforderliche spezielle Sachkunde verfügt. So hat etwa das OLG Köln dahin argumentiert, ein Thorax- und Herzchirurg sei, weil er ja Chirurg sei, auch zur Beurteilung von Fragen der Adipositaschirurgie befähigt und als „Facharzt für Intensivmedizin“ auch für sämtliche anästhesiologische Fragen<sup>2210</sup> (dass es in Deutschland anders als etwa in der Schweiz gar keinen „Facharzt für Intensivmedizin“ gibt, sondern nur die Zusatzbezeichnung „Intensivmedizin“, war dem OLG Köln dabei nicht aufgefallen).

*bb) Einhaltung der formalen Standards.* Zu den formalen Standards gehört insbesondere folgendes:

R 592/09 (juris Rn. 23: Die Zusatzbezeichnung „Spezielle Schmerztherapie“ befähigt zur Diagnostik und Beurteilung von Schmerzstörungen).

<sup>2201</sup> Schlund, S. 1045.

<sup>2202</sup> BGH NJW 1987, 2300; OLG Jena MedR 2012, 266; zu den Grenzen dieses Grundsatzes OLG Hamm ZMGR 2006, 110 f.

<sup>2203</sup> OLG München, Urt. v. 11.3.2011 – 10 U 4677/10 (juris Rn. 10); v. 15.4.2011 – 10 U 5655/10 (juris Rn. 27); SP 2012, 111.

<sup>2204</sup> Vgl. zu diesem aus juristischer Sicht OLG Koblenz, Beschl. v. 10.9.2012 – 5 U 581/12: „Prof. Dr. ... [C] verfügt über eine jahrzehntelange praktische Berufserfahrung [...]“ (juris Rn. 15); KG VersR 2014, 205 für einen medizinischen Sachverständigen, der die zu beurteilende Operation noch nie selbst durchgeführt hatte; Bayerlein/Franzki, § 52 Rn. 15; BL/Hartmann § 286 Rn. 57 s. v. Sachkunde des Sachverständigen; aus medizinischer Sicht Dohrenbusch, S. 69; Oehler, S. 84.

<sup>2205</sup> Adamec/Bäumler/Doukoff/Graw, S. 6.

<sup>2206</sup> Ebenso Bayerlein/Franzki, § 52 Rn. 13; Schlund, S. 1046 für das Gebiet der Gynäkologie.

<sup>2207</sup> Bayerlein/Grossam, § 13 Rn. 13.

<sup>2208</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 2013, 1272 (Tz. 18) – Tretkurbelinheit, wonach für die Beurteilung der Frage, ob es sich im konkreten Fall um eine technische Besonderheit oder Selbstverständlichkeit handelt, auf die Sicht eines „Fachschulingenieurs der Fachrichtung Maschinenbau abzustellen ist, der bei einem Fahrradhersteller oder -zulieferer mit der Konstruktion von Tretkurbelmechanismen befasst ist und auf diesem Gebiet über mehrjährige Berufserfahrung verfügt“.

<sup>2209</sup> Jannsen, S. 162.

<sup>2210</sup> Urt. v. 4.2.2015 – 5 U 88/14 (juris Rn. 21, 22).



(1) Grundsätzlich die Beifügung eines **Literaturverzeichnisses** mit Einzelnachweisen in Text- oder in Fußnoten<sup>2211</sup> (vorsorglich sollte das Gericht dies im Beweisbeschluss anordnen<sup>2212</sup>). Dies hat für die Verfahrensbeteiligten und das Gericht eine Reihe von Vorteilen:

- Zunächst kann man einen – gelegentlich sehr erhellenden – Einblick in die Berufsauffassung und Arbeitsweise des Sachverständigen gewinnen, so etwa, wenn ein medizinischer Sachverständiger zur Untermauerung seiner Behauptung einer angeblich herrschenden medizinischen Ansicht zu einer bestimmten Frage auf ein Literaturverzeichnis Bezug nahm, das er gar nicht vorgelegt hatte (was übrigens das Erstgericht nicht weiter störte),<sup>2213</sup> oder ein anderer medizinischer Sachverständiger als einzige Quelle die Internet-Enzyklopädie „Wikipedia“ zitierte und dies in der mündlichen Anhörung vor dem Erstgericht damit rechtfertigte, dass ein solches „Zitat aus der Laienpresse“ die Nachvollziehbarkeit für den „medizinisch nicht vorgebildeten Leser“ erhöhe<sup>2214</sup>.
- Weiter kann man anhand des Literaturverzeichnisses sehr gut feststellen, ob der Sachverständige mit dem aktuellen Diskussionsstand vertraut ist (was durchaus nicht immer der Fall ist<sup>2215</sup>) und seinem Gutachten die Methoden und Ansichten zugrundegelegt hat, die in den maßgeblichen Fachkreisen als richtig und zuverlässig allgemein anerkannt sind<sup>2216</sup>, z. B. im Bereich der Medizin die sog. herrschende Lehrmeinung<sup>2217</sup> (hier wird es u. U. auch geboten sein, sich mit Hilfe von – ggf. zitierten – Standardwerken<sup>2218</sup> und etwa der PubMed-Datenbank<sup>2219</sup> über diesen Diskussionsstand zu informieren). Vertritt der medizinische Sachverständige dagegen eine – als solche zu kennzeichnende<sup>2220</sup> – Sondermeinung etwa einer bestimmten Schule wie der Homöopathie oder Naturheilkunde,<sup>2221</sup> wobei die Zugehörigkeit zu einer bestimmten „Schule“ nicht nur die Bewertung der Befunde, sondern auch schon deren Erhebung beeinflusst,<sup>2222</sup> oder verwendet er Literatur, deren Autoren etwa aktive oder ehemalige Bedienstete von Versicherungsträgern sind oder diesen in anderer Weise nahe stehen,

<sup>2211</sup> Aus rechtlicher Sicht: OLG Naumburg OLG R 2007, 2 (3); OLG München, Urt. v. 6.7.2012 – 10 U 3111/11 (juris Rn. 16); Ziegert, S. 260; Leitner, S. 58; Roller, S. 335; Janssen, S. 164; aus sachverständiger Sicht: Bär, S. 14 (der Internet-Version); HdbStrVerkR/Schelter, Kap. 20 D Rn. 41 und 55; IfS, Empfehlungen S. 4; Oehler, S. 89; grundsätzlich auch Brauer/Dick/Walther, S. 8 und Dohrenbusch/Meise, Kap. 5.4.3 (S. 113, allerdings mit folgender befreudlichen Einschränkung: „Obgleich insbesondere das Anführen neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse die Qualität des Gutachtens erhöhen kann, ist mit Hinblick auf die Zielgruppe des Gutachtens (Richter, Rechtsanwälte, Sachbearbeiter, Kläger) eine sparsame und gezielte [!] Verwendung von Literaturhinweisen zu empfehlen.“); a. A. OLG Köln GesR 2015, 497 (Tz. 4) ohne Auseinandersetzung mit der h. M. und mit lediglich spekulativen Erwägungen darüber, was für den beauftragten Professor für Orthopädie „Basiswissen bzw. Basiserfahrung“ gewesen sein könnte (wobei auch nicht bedacht wurde, dass zwischen dem, was in einschlägigen Fachkreisen „Basiswissen“ ist und dem, was der jeweilige Sachverständige tatsächlich weiß, oft sehr große Unterschiede bestehen, vgl. das Beispiel oben Rn. 673); Widder, S. 43 (unter 4.3.3), demzufolge Literaturnachweise „im allgemeinen von den Auftraggebern weder gewünscht noch honoriert [sic!]“ würden.

<sup>2212</sup> So auch Janssen, S. 164.

<sup>2213</sup> So im Verfahren 7 U 203/98 OLG Karlsruhe (bei juris Rn. 35).

<sup>2214</sup> So im Verfahren 10 U 4709/10 OLG München.

<sup>2215</sup> Vgl. etwa Leitner, S. 59: bis zu 20 Jahren Rückstand gegenüber dem aktuellen Diskussionsstand.

<sup>2216</sup> Attlmayr, Rn. 1.048 (S. 15); vgl. exemplarisch OLG München, Urt. v. 6.7.2012 – 10 U 3111/11 (juris Rn. 16) und LSG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 25.9.2012 – L 7 VJ 3/08 (juris Rn. 7).

<sup>2217</sup> Vgl. für das Zivilrecht OLG München, Urt. v. 6.7.2012 – 10 U 3111/11 (juris Rn. 16); für das Strafrecht BGHSt 5, 34 (36); für das Sozialrecht BSG, Urt. v. 20.9.1977 – 8 RU 24/77 (juris); Beschl. v. 26.2.1997 – 9 BV 221/96 (juris); allgemein Marx et al., S. 3.

<sup>2218</sup> Vgl. BGH NJW 1984, 1408 und etwa BSG NZS 2011, 910.

<sup>2219</sup> <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/>, Rechercheanleitung von Egidi/Gebhardt unter <http://www.ebm-netzwerk.de/pdf/ebm-klinik-praxis/pubmed-recherche.pdf> (15.2.2017); für den Bereich der Psychologie/Psychiatrie/Psychoanalyse gibt es die PubPsych-Datenbank (<https://pubpsych.zpid.de/pubpsych/Search.action?lang=DE&showAdvancedSearchForm=>).

<sup>2220</sup> Marx et al., S. 3.

<sup>2221</sup> Vgl. BGHSt 5, 34 (36); zur Problematik der Zugehörigkeit eines Sachverständigen zu einer bestimmten Schule vgl. auch Steinke, S. 272.

<sup>2222</sup> Vgl. Sanner, S. 78 f.; vgl. auch OLG Zweibrücken GesR 2016, 527 (Rn. 124 bei juris; Arzthaftung im Zusammenhang mit naturheilkundlicher Zahnbehandlung).

was Einseitigkeiten nahelegt,<sup>2223</sup> besteht aus der Sicht des Gerichts und der Parteivertreter zumindest Nachfragebedarf.

- Schließlich erleichtert ein Literaturverzeichnis die inhaltliche Überprüfung des Gutachtens.<sup>2224</sup>

- 682 (2) **Unterzeichnung** des Gutachtens, und zwar durch den beauftragten Sachverständigen – gerade bei solchen scheinbaren Nebensächlichkeiten finden sich z. T. groteske Fehler, wie etwa der Fall, dass ein Unfallanalytiker und Biomechaniker (Diplomingenieur und Humanbiologe), der mit einem Rechtsmediziner ein Sachverständigenbüro betreibt, wiederholt für Letzteren mit „i. V.“ unterschrieb, in einem Fall sogar für einen eingeschalteten externen HNO-Arzt.
- 683 (3) Wenn sich der Sachverständige einer **Hilfskraft** bedient hat, die eindeutige **Übernahme der vollen Verantwortung** durch den beauftragten Sachverständigen aufgrund maßgeblicher eigener Tätigkeit, wie dies von § 407a Abs. 2 Satz 1 ZPO gefordert wird.<sup>2225</sup> Es genügt nicht, dass der beauftragte Sachverständige lediglich unterschreibt oder sich mit dem Gutachten „einverstanden“ erklärt<sup>2226</sup>; gleiches gilt nach richtiger Ansicht im Schrifttum für die beliebte Formulierung „mit Befund und Beurteilung einverstanden“<sup>2227</sup>. Erforderlich sind nämlich – im Einzelfall zu überprüfende<sup>2228</sup> – Vermerke, die eine eigene gutachterliche Tätigkeit des beauftragten Sachverständigen ausweisen,<sup>2229</sup> wie „Einverstanden aufgrund eigener Untersuchung und Urteilsbildung“ oder „Einverstanden aufgrund eigener Untersuchung und Beurteilung“<sup>2230</sup>.
- 684 Was den Einsatz solcher Hilfskräfte angeht, gibt es keine allgemeingültigen Regeln, so dass nicht nur etwa Zurichtungs-, Vermessungs-, Labor- und Schreivarbeiten, sondern auch wichtige Abschnitte (!) der gutachterlichen Untersuchungen beispielsweise einem Oberarzt<sup>2231</sup> oder einem Assistenzarzt<sup>2232</sup> übertragen werden dürfen. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts und des 2. Senats des Bundessozialgerichts (letzterer in nur notdürftig verdecktem Gegensatz [„Abgrenzung“] zu einer Entscheidung des 9. Senats<sup>2233</sup>) darf ein medizinischer Sachverständiger „die Vorarbeiten, Aufnahme der Krankheitsgeschichte, Befunderhebung, Untersuchung und die Abfassung des schriftlichen Gutachtens einem seiner Mitarbeiter überlassen“ bzw. gehört bei der „Beurteilung neurologischer [!] oder anderer organmedizinischer Krankheitsbilder [...] weder die Durchführung der körperlichen Untersuchung noch die schriftliche Abfassung des Gutachtens in jedem Fall zu den Tätigkeiten, die der Sachverständige zwingend selbst erledigen muss“.<sup>2234</sup> Diese Rechtsprechung ist abzulehnen, weil danach der beauftragte Sachverständige praktisch keinerlei eigene Leistung

<sup>2223</sup> So BSGE 96, 196.

<sup>2224</sup> Vgl. jetzt *Pflüger*, Rechtsdemoskopische Gutachten – Fallstricke bei der Verkehrsbefragung, GRUR 2017, 992 (997 f.); ferner den Fall OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 16.3.2010 – 8 U 58/09 (juris Rn. 50), wo mit Hilfe mehrerer Sachverständiger und anhand der von den Parteien vorgelegten Fachliteratur der z. Zt. des operativen Eingriffs herrschende medizinische Standard ermittelt wurde.

<sup>2225</sup> Vgl. BGH NJW 1951, 558; zu den insoweit bestehenden Missständen nachdrücklich *Kniffka*, S. 128 und *Schlund*, S. 1045 f.

<sup>2226</sup> BVerwGE 69, 70 (75 f.); OLG Frankfurt a. M. MDR 1983, 849; OLG Köln GesR 2014, 347; *Scholz*, S. 61; *Jannsen*, S. 164, der zu Recht gegen alle solchen Formeln Bedenken anmeldet.

<sup>2227</sup> *Scholz*, S. 61; a. A. aber BVerwG NJW 1969, 1591; BVerwGE 69, 70 (75 f.); OLG München, Beschl. v. 25.11.2005 – 10 U 2378/05, die alle sich letztlich auf den Hinweis beschränken, dass es sich um eine „gebräuchliche Formulierung“ handle.

<sup>2228</sup> Vgl. BGH NJW 1951, 558 und *Sanner*, S. 107.

<sup>2229</sup> *Scholz*, S. 61.

<sup>2230</sup> BGH VersR 1972, 927 (929); BVerwGE 69, 70 (75 f.); NVwZ 1993, 771; OLG München, Beschl. v. 25.11.2005 – 10 U 2378/05.

<sup>2231</sup> BGH VersR 1972, 927 (929); OLG Frankfurt a. M. VersR 1994, 610 (611); OLG München, Beschl. v. 25.11.2005 – 10 U 2378/05.

<sup>2232</sup> OLG Saarbrücken OLGR 2004, 248 (250).

<sup>2233</sup> NZS 2004, 559, die im Beschl. v. 17.4.2013 – B 9 V 36/12 B (juris Rn. 7) ausdrücklich aufrechterhalten wurde.

<sup>2234</sup> BVerwGE 69, 70 (75 f.); BSG GesR 2007 236 und öfter, von OLG Köln GesR 2014, 347 und Bayerlein/*Franzki*, § 52 Rn. 20 ungenau wiedergegeben. Eine ähnliche Ansicht vertritt *Wellmann*, S. 20, wonach der Sachverständige die Fixierung des Gutachtenstextes einem Dritten überlassen dürfe, wenn er seinen Inhalt wesentlich selbst festgelegt habe und dann bei der Überprüfung des Textes „peinlich genau und verantwortungsvoll“ vorgehe.

erbringt,<sup>2235</sup> so dass sich die Frage stellt, wofür er eigentlich eine Vergütung verlangt. Dies führt, wie die forensische Praxis zeigt, darüber hinaus immer wieder dazu, dass der ernannte Sachverständige bei einer späteren Anhörung teilweise ahnungslos ist, ja sich sogar in Widerspruch zu dem schriftlichen Gutachten setzt. Ein bemerkenswertes Beispiel für diese Situation bietet ein vom OLG Bremen entschiedener Fall, wo der Sachverständige auf die Ladung zur Anhörung mitteilen ließ, er erstatte schon seit Jahren (!) keine Gutachten mehr und sehe „sich inhaltlich nicht in der Lage [...], das Gutachten [...] vor Gericht zu vertreten.“<sup>2236</sup> Die Hilfskräfte des Sachverständigen dürfen nicht einfach an seiner statt geladen werden;<sup>2237</sup> kein Ausweg ist es auch, weil es nur der Gesetzesumgehung dient, dem Sachverständigen zu gestatten, seinen Kollegen, der am schriftlichen Gutachten mitgearbeitet hat, mitzubringen, damit er diesem die Ausführungen überlassen kann.<sup>2238</sup> Einziger gesetzmäßiger Ausweg ist die Entbindung des ursprünglich ernannten Sachverständigen (natürlich unter Verneinung seines Vergütungsanspruchs) und Ernennung des tatsächlich tätig gewordenen Sachverständigen gemäß §§ 360 Satz 2; 404 Abs. 1 Satz 3 ZPO, vorausgesetzt, er verfügt über die gleiche Qualifikation wie der ursprünglich vorgesehene Sachverständige.<sup>2239</sup> Zu Recht halten deshalb die Leitlinie „Allgemeine Grundlagen der medizinischen Begutachtung“<sup>2240</sup> und die „Leitlinie für die ärztliche Begutachtung von Menschen mit chronischen Schmerzen“<sup>2241</sup> diese Entscheidungen jedenfalls bei der Begutachtung von psychischen und psychosomatisch (mit-)verursachten Störungen und chronischen Schmerzsyndromen für nicht anwendbar.<sup>2242</sup>

Keine Hilfskraft ist ein **Fachmann einer anderen Fachrichtung**, z. B. ein Radiologe im Verhältnis zum Orthopäden,<sup>2243</sup> der vom gerichtlich bestellten Sachverständigen aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender<sup>2244</sup> Ermächtigung hinzugezogen wurde.

(4) Schließlich das Vorliegen einer stringenten **Disposition** (vgl. etwa Nr. 8.3.7 der Richtlinien zur SVO).<sup>2245</sup>

cc) **Vollständige Verwertung der Anknüpfungstatsachen.** Die Feststellung des für den Sachverständigen relevanten Sachverhalts (der sog. Anknüpfungs- oder Anschlussstatsachen) ist wegen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 355 Abs. 1 ZPO) Aufgabe des Gerichts und darf grundsätzlich nicht dem Sachverständigen überlassen werden (vgl. auch § 404a Abs. 3 ZPO für streitigen Sachverhalt).<sup>2246</sup> Auch die Beziehung von

<sup>2235</sup> So auch *Scholz*, S. 61.

<sup>2236</sup> OLGR 2008, 542.

<sup>2237</sup> BVerwGE 69, 70 (75 f.); OVG Münster, Urt. v. 5.8.1998 – 12 A 1758/93 (juris); OLG München, Beschl. v. 23.9.2009 – 10 U 3296/09.

<sup>2238</sup> A. A. Bayerlein/*Franzki*, § 52 Rn. 22.

<sup>2239</sup> BGH NJW 1985, 1399 (1400); BVerwGE 69, 70 (75 ff.); OLG Zweibrücken VersR 2000, 605; BayObLGZ 2002, 189; OLG Hamm FamRZ 2010, 1262.

<sup>2240</sup> S. 8.

<sup>2241</sup> AWMF-Leitlinien-Register Nr. 030/102 unter Abschn. 2.

<sup>2242</sup> Ebenso *Toparkus*, S. 231, der im Übrigen aber einen wenig überzeugenden vermittelnden Standpunkt einnimmt und die persönliche Untersuchung außerhalb der psychiatrischen Begutachtung einschließlich der Schmerzbegutachtung lediglich als „nobile officium“ ansieht; *Jannsen*, S. 164.

<sup>2243</sup> OLG Frankfurt a. M. MDR 1983, 849; *Abrens*, Kap. 47 Rn. 63; BGH NJW 1980, 1850 (1851) spricht ungenau von „Hilfssachverständigen“.

<sup>2244</sup> BGH NJW 1980, 1850 (1851) unter Hinweis auf BGHSt 22, 268; *Sanner*, S. 105.

<sup>2245</sup> Vgl. aus juristischer Sicht Bayerlein/*Grossam*, § 17 Rn. 2–5 und Bayerlein/*Mayr*, § 28 Rn. 13; *Bleutge*, S. 81 ff.; aus medizinischer Sicht *Mumenthaler*, S. 1522 f., *Oehler*, S. 97 und für psychiatrische Gutachten Bayerlein/*Baer* (4. Aufl.), § 53 Rn. 53–62; für die öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen die Empfehlungen des *IfS*.

<sup>2246</sup> RGZ 156, 334 (338) für Vernehmung von Zeugen oder Parteien; BGHZ 37, 389 (394); BGH VersR 1985, 245; BGHZ 119, 263; BVerwGE 23, 314 (316); OLG Frankfurt a. M. OLGR 1997, 306 (307); OLG Stuttgart OLGR 2002, 417; OLG Saarbrücken OLGR 2003, 252; OLG München, Urt. v. 14.7.2006 – 10 U 5764/05 (juris Rn. 16); *DGNB*, Medizinische Begutachtung S. 11; *Müller*, Arzthaftungsprozeß, S. 3055; *Reichold*, S. 300; Bayerlein/*Franzki*, § 52 Rn. 30; Geigel/*Knerr*, Kap. 37 Rn. 16; *Schellhammer*, Zivilprozess Rn. 649; *Jannsen*, S. 163; a. A. BGH VersR 1960, 998 (999), wenn die vom sachverständigen ermittelten Tatsachen später „durch eine ordnungsmäßige Beweisaufnahme bestätigt oder zwischen den Parteien unstrittig geworden sind“ (die vom BGH angeführten angeblichen weiteren Ausnahmen vom Grundsatz betreffen im Übrigen durchwegs nicht Anknüpfungs- oder Anschlussstatsachen); *Abrens*, Kap. 47 Rn. 24 ohne Auseinandersetzung mit den Vorstehenden.

Bauplänen, Vorerkrankungsverzeichnissen, Krankenhausunterlagen, Arztberichten, Röntgenbilder o. ä. gehört zu dieser Pflicht des Gerichts, wobei es zu ihrer Erfüllung ggf. von der in § 142 ZPO eröffneten Möglichkeit Gebrauch machen muss.<sup>2247</sup> Etwas anderes kommt nur in Betracht, wenn es bei der Sachverhaltsermittlung auf ein besonderes, dem Gericht nicht zur Verfügung stehendes Fachwissen ankommt;<sup>2248</sup> dies gilt aber in der Regel nicht für den Fall, dass ein medizinischer Sachverständiger die Befragung von Angehörigen für notwendig erachtet – sog. Fremdanamnesen sind nur ausnahmsweise zulässig und vom Sachverständigen im Gutachten zu begründen<sup>2249</sup>.

**Literaturhinweise:** *Pantle*, Die Beweismittelbarkeit im Zivilprozeß, Frankfurt a.M. 1991; *Kern*, Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess, ZZP 2012 (125) 53 ff.; *Wallmann*, Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess, Tübingen 2016

- 688 Diese Anknüpfungstatsachen sind durch den Sachverständigen vollständig zu verwerfen.<sup>2250</sup> Die bewusste Ausblendung vorhandener Anknüpfungstatsachen durch Sachverständige ist aber ein durchaus nicht seltenes Phänomen.<sup>2251</sup>
- 689 *dd) Gesetzmäßigkeit der Befunderhebung.* Gelegentlich spielt die Gesetzmäßigkeit der sachverständigen Befunderhebung eine Rolle.<sup>2252</sup> Beispiele hierfür sind die unzulässige Verwertung geheim gehaltener Unterlagen einer Partei<sup>2253</sup> oder die Nichtoffenlegung von Befundtatsachen<sup>2254</sup>.

<sup>2247</sup> OLG Oldenburg NJW-RR 1997, 535 (Arzthaftungsprozess); OLG Saarbrücken OLGR 2003, 252 (Arzthaftungsprozess); KG KGR 2004, 474 (Arzthaftungsprozess); OLG München, Urt. v. 14.7.2006 – 10 U 5764/05 (juris Rn. 16, Verkehrsunfallprozess); Bayerlein/*Grossam*, § 15 Rn. 209; a. A. BGH VersR 2011, 1432 (Deckungsklage gegen eine private Unfallversicherung) als Möglichkeit neben der Ermächtigung des Sachverständigen nach § 404a Abs. 4 ZPO; OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 1440 (ohne Erwähnung seiner eigenen, im Kern gegenteiligen Entscheidung SP 2002, 416); *Abrens*, Kap. 47 Rn. 22; BL/*Hartmann* Rn. 13 vor § 402. Zum *Vorerkrankungsverzeichnis* siehe außer OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 1440 die gegenteiligen Entscheidungen OLG München, Urt. v. 15.4.2011 – 10 U 5655/10 (juris Rn. 32); v. 29.4.2011 – 10 U 4208/10 (juris Rn. 52); v. 12.8.2011 – 10 U 3369/10 (juris Rn. 39); LG Ravensburg, Urt. v. 12.10.2006 – 1 S 10/06 (juris Rn. 32); zu Ausnahmen vgl. OLG München r+s 2016, 106.

<sup>2248</sup> BGHZ 37, 389 (394); OLG München, Urt. v. 14.7.2006 – 10 U 5764/05 (juris Rn. 16); nur insoweit richtig *Abrens*, Kap. 47 Rn. 24.

<sup>2249</sup> *Toparkus*, S. 234.

<sup>2250</sup> BVerfGE 91, 176; BGH WM 2007, 1901; OLG Saarbrücken OLGR 2003, 252 (für dem Sachverständigen vom Gericht in einem Arzthaftungsprozess überlassene Krankenunterlagen); OLG München, Urt. v. 21.5.2010 – 10 U 2853/06 (juris Rn. 128); NJW 2011, 3729 (3730).

<sup>2251</sup> Einen krassen Fall behandelt OLG Hamm NJW-RR 1994, 481. Ähnlich abwegig war die Erklärung eines Orthopäden im Rahmen der Anhörung vor dem LG Landshut (Berufungsverfahren 10 U 1319/14 OLG München), er habe die zahlreich vorhandenen radiologischen Befunde nicht „gesichtet“ und nicht „ausgewertet“, weil er als Orthopäde hierfür nicht kompetent sei, eine Auffassung, deren Unrichtigkeit auf der Hand liegt (siehe auch oben Fn. 2200).

<sup>2252</sup> OLG München, Urt. v. 21.5.2010 – 10 U 2853/06 (juris Rn. 128).

<sup>2253</sup> BGHZ 2, 310 und BGHZ 116, 47 für nur dem Sachverständigen, nicht aber dem Gericht und/oder dem Gegner zur Verfügung gestellte Geschäftsunterlagen einer Partei; OLG Stuttgart NJW 1981, 2581; *Schneider*, Beweis Rn. 1426; *Schellhammer*, Zivilprozess Rn. 664; vgl. auch *Abrens*, Kap. 47 Rn. 33.

<sup>2254</sup> BGH WM 2007, 1901 für Erkenntnisse eines Sachverständigen aus Gesprächen mit „Experten“, denen er Vertraulichkeit zugesichert hat; OLG Brandenburg, Urt. v. 12.8.2009 – 3 U 2/07 (juris Rn. 26) für geheimgehaltene Vergleichsobjekte in einem Gutachten zur Nutzungsentschädigung bei Weiternutzung; OLG München, Beschl. v. 27.3.2012 – 10 W 511/12 (BeckRS 2012, 210436 Rn. 15) für geheimgehaltene psychologische Testverfahren zur Entlarvung von angeblichen Simulanten; v. 10.8.2015 – 10 W 1385/15 (BeckRS 2015, 116385 Rn. 13) für Erkenntnisse eines Sachverständigen aus Telefongesprächen mit namentlich nicht genannten Mitarbeitern der Herstellerfirma, die sich im Übrigen aber geweigert hätten, seine Fragen schriftlich zu beantworten; OLG Karlsruhe DS 2015, 189 für nicht offengelegte Internetrecherchen; Bayerlein/*Bayerlein*, § 22 Rn. 5; *Jäckel*, Rn. 616; BL/*Hartmann* § 286 Rn. 58 s. v. Tatsächliche Feststellungen des Sachverständigen; a. A. BVerfG NJW 1997, 311 (ihm folgend LG Halle [Saale] GuT 2002, 49 ff.) in erheblicher Verschärfung der Aussagen in BVerfGE 91, 176 (182). Die Offenlegung von in einem Gutachten zur ortsüblichen Vergleichsmiete herangezogenen Vergleichswohnungen sei eine Frage des Einzelfalls, wobei maßgebend sei, ob der Mieter seine Einwände „hinreichend substantiiert“, und zwar insbesondere durch eine eigene Benennung von Vergleichswohnungen – diese Ansicht lässt regelmäßig das Recht einer Partei, ein Sachverständigengutachten zu überprüfen und den Sachverständigen entsprechend zu befragen, ins Leere laufen, da der geforderte substantiierte Vortrag angesichts der fehlenden Kenntnis der Befundtatsachen und der vom Bundesverfassungsgericht in der

Bei medizinischer, insbesondere psychiatrischer Begutachtung von der deutschen Sprache nicht nachweislich ausreichend mächtigen Ausländern oder Migranten ist ein gleichgeschlechtlicher, möglichst vereidigter Dolmetscher hinzuzuziehen, grundsätzlich nicht ein Angehöriger oder eine sonstige Begleitperson, tunlichst auch kein Mitarbeiter des Gutachters oder der Klinik.<sup>2255</sup> 690

**Literaturhinweise:** Zur Einschaltung von Dolmetschern und zu transkulturellen Fragen bei medizinischen Begutachtungen hat sich ein umfangreiches Schrifttum entwickelt. Zu nennen sind etwa *DGNB*, Medizinische Begutachtung S. 12; *Deutsche Rentenversicherung Bund*, Leitlinien für die sozialmedizinische Begutachtung – Sozialmedizinische Beurteilung bei psychischen und Verhaltensstörungen, Berlin 2012, online unter [http://www.deutsche-rentenversicherung.de/Allgemein/de/Inhalt/3\\_Infos\\_fuer\\_Experten/01\\_sozialmedizin\\_forschung/downloads/sozmed/begutachtung/leitlinien\\_rehabeduerftigkeit\\_psychische\\_stoerungen\\_pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=7](http://www.deutsche-rentenversicherung.de/Allgemein/de/Inhalt/3_Infos_fuer_Experten/01_sozialmedizin_forschung/downloads/sozmed/begutachtung/leitlinien_rehabeduerftigkeit_psychische_stoerungen_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=7) (21.11.2016), S. 31; *Elling*, Medizinische Sachverständigen-gutachten in der sozialgerichtlichen Praxis – Qualitätssicherung bei Auftraggeber und Auftragnehmer, NZS 2005, 121 (124f. unter III); *Engel/Hoffmann*, Transkulturelle Aspekte des Schmerzerlebens, in: *Egle/Hoffmann/Lehmann/Nix*, Handbuch Chronischen Schmerz, Stuttgart 2003, Kap. 2.2. (S. 25); *Fankhauser*, Begutachtung von Migrantinnen und Migranten, SZS 2005, 417 ff.; *Hausotter/Schouler-Ocak*, Begutachtung von Menschen mit Migrationshintergrund und Arbeitnehmern nichtdeutscher Herkunft, München 2006, S. 102 f.; *Jeger*, Die Mitwirkung Dritter bei der Begutachtung aus der Sicht des medizinischen Gutachters, Jusletter 3.9.2007, Rn. 31–38, online unter [http://www.sjwz.ch/\\_files/Jeger\\_Begutachtung\\_Mitwirkung\\_Medizinersicht.htm](http://www.sjwz.ch/_files/Jeger_Begutachtung_Mitwirkung_Medizinersicht.htm) (21.11.2016); *Knecht*, Somatoforme Schmerzstörungen, Schweizer Zeitschrift für Psychiatrie & Neurologie 9 (2009), 31 ff.; *Miller*, Transkulturelle Kompetenz im ärztlichen Alltag – wie gelingt der Transfer des theoretischen Konzeptes in die psychiatrische Praxis? in: Dokumentation der Abschlussveranstaltung „Diversity und transkulturelle Kompetenz: Vielfältige Herausforderungen und mögliche Problemlösungen für kulturell kompetentes Handeln in Medizin, Beratung und Psychotherapie“, Düsseldorf 7.12.2007, online unter [http://www.wiki.psz-duesseldorf.de/images/4/47/Diversity\\_onlinepublikation\\_12\\_2007.pdf](http://www.wiki.psz-duesseldorf.de/images/4/47/Diversity_onlinepublikation_12_2007.pdf) (21.11.2016), S. 30; *Toparkus*, Typische Fehler in der Begutachtung – aus sozialrichterlicher Sicht, MedSach 2006, 230 (234). 691

*ee) Richtigkeit der dem Gutachten zugrundeliegenden juristischen Vorstellungen.* Auf die Richtigkeit der dem Gutachten zugrundeliegenden **juristischen Vorstellungen** ist stets zu achten;<sup>2256</sup> dies gilt insbesondere hinsichtlich des zugrunde gelegten, in verschiedenen Rechtsgebieten auch noch sehr unterschiedlichen Kausalitätsbegriffs und Beweismaßes.<sup>2257</sup> 692

Hier finden sich in der Praxis zahlreiche oft verfahrensbestimmende Fehler wie etwa die fehlerhafte Verwendung des sozialversicherungsrechtlichen Kausalitätsbegriffs der richtunggebenden Verschlimmerung im Haftpflichtrecht (siehe des näheren unten Rn. 697) oder selbst erfundene Kausalitätsbegriffe wie „beweissicherer Kausalzusammenhang“ oder „beginnende Wahrscheinlichkeit“<sup>2258</sup>. In diesem Zusammenhang ist auch, worauf *Jannsen* zu Recht hingewiesen hat, daran zu denken, dass ärztliche Leitlinien und medizinisches Schrifttum immer wieder rechtlich unzutreffende Ausführungen aufweisen.<sup>2259</sup>

**Literaturhinweise:** Zur Bedeutung ärztlicher Leitlinien vgl. außer BGH NJW-RR 2014, 1053 (mit einer umfass. Darstellung der Rechtsprechung) etwa *Rehborn*, Leitlinien und Haftung, GesR 2011, 391 ff.;

zweiten Entscheidung inzident aufgestellten Forderung, ein Privatgegengutachten zu erholen, nicht oder nur mit unzumutbarem finanziellem Aufwand gebracht werden kann.

<sup>2255</sup> OLG München, Terminshinweise v. 6.3.2014 – 10 U 4543/13; *Fankhauser*, S. 425; *Elling*, S. 124; *Roller*, S. 334.

<sup>2256</sup> BGH NJW-RR 1995, 914 (915); GRUR 2006, 131 – Seitenspiegel und GRUR 2007, 410 – Kettenradanordnung jeweils für die Ermittlung des Sinns eines in einem Patentanspruch verwendeten Begriffs; BayObLG FamRZ 2002, 1066 (1067); FamRZ 2006, 68 für Testierfähigkeit; OLG München NJW 2011, 3729 (3730); *PG/Laumen* § 286 Rn. 12.

<sup>2257</sup> BGHZ 159, 254; OLG Hamm NZV 1994, 189 (190); OLG Brandenburg, Urt. v. 8.3.2007 – 12 U 48/06 (juris); OLG München, Urt. v. 14.7.2006 – 10 U 5624/05 (juris); NJW 2006, 1293; 2011, 396 (397); 2011, 3729 (3730); SP 2012, 111. Eindrucksvolle Beispiele für eine sorgfältige Prüfung der einem medizinischen Gutachten zugrundeliegenden juristischen Vorstellungen bieten AG Gemünden (Main), Urt. v. 18.8.2016 – (K) 11 C 420/14 (juris Rn. 37) und die Entscheidung des Kantonsgerichts Zug v. 1.7.2013 – A2 2010 26 (abrufbar unter <http://www.advo5.ch/media/medialibrary/2013/11/HWSUrtelZug01072013.pdf>).

<sup>2258</sup> Vgl. zu diesen Begriffen OLG München SP 2012, 111 f.; siehe ferner OLG München NJW 2011, 3729 (3730), wo der Sachverständige eine prozentuale Zuordnung der Beschwerden nach ihrer Ursachen (degenerativ oder unfallbedingt) vornahm.

<sup>2259</sup> *Jannsen*, S. 163 zur Leitlinie „Begutachtung psychischer und psychosomatischer Erkrankungen“.

Nölling, Es bleibt dabei: Leitlinien sind nicht rechtlich verbindlich, GMS Mitt AWMF 2014, Doc6 (abrufbar unter <http://www.egms.de/static/de/journals/awmf/2014-11/awmf000295.shtml> [20.3.2017]); Hart, Anmerkung zu OLG Koblenz, Hinweisbeschl. v. 4.11.2014 – 5 U 869/14, MedR 2015, 426 f.; Muche-Borowski/Kopp, Medizinische und rechtliche Verbindlichkeit von Leitlinien, Z Herz-Thorax-Gefäßchir 29 (2015), 116 ff.; Müller/Ulrich, Rechtliche Bedeutung medizinischer Leitlinien, MKG-Chirurg 9 (2016), 131 ff.

693 Beruht etwa das die Kausalität bejahende oder verneinende Gutachten auf einem rechtlich fehlerhaften Beweismaß, ist das Gutachten unvollständig und als Entscheidungsgrundlage untauglich, weshalb das Gericht dann im Rahmen einer Ergänzung des Gutachtens eine Neubewertung herbeiführen muss, andernfalls ein Verfahrensfehler vorliegt<sup>2260</sup>. Solche Fehler werden nur dadurch vermieden, dass das Gericht seiner Verpflichtung, den Sachverständigen in die für die Begutachtung relevanten rechtlichen Zusammenhänge einzuweisen,<sup>2261</sup> nachkommt.

694 Abgesehen davon bedarf es für eine richtige Bewertung eines Gutachtens durch den Juristen auch des Bewusstseins für die je verschiedenen **fachspezifischen Vorstellungen eines Gutachters von Kausalität und Beweismaß**. Wie die dabei auftretenden Probleme zu bewältigen sind, zeigen die beiden folgenden Grundsatzentscheidungen:

- Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.10.1993<sup>2262</sup>:

Das Berufungsgericht „meint aber, bei der Klägerin sei auf jeden Fall eine medikamentöse Behandlung mit Nitraten angezeigt gewesen und es lasse sich nicht hinreichend sicher feststellen, daß der Herzinfarkt der Klägerin dadurch nicht habe abgewendet werden können. Zu dieser auf die Darlegungen des Sachverständigen Prof. Sch. gegründeten Überzeugung ist das Berufungsgericht auf nicht rechtsfehlerfreie Weise gelangt. In seinem vom Einzelrichter eingeholten ersten Ergänzungsgutachten hat der Sachverständige ausgeführt, die Klägerin hätte auch bei früherem Einsatz der medikamentösen Therapie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit einen Herzinfarkt bekommen. Er hat dann zwar bei seiner Vernehmung durch den Einzelrichter diese eindeutige Aussage nicht mehr wiederholt, aber weiterhin erklärt, daß die Möglichkeit, einen Herzinfarkt mit den Medikamenten noch zu vermeiden, bei einer Wahrscheinlichkeitsskala von 0–100 „eindeutig auf der Skalähälfte der Unwahrscheinlichkeit“ gelegen habe. Auf wiederholtes Befragen, ob er die Möglichkeit der Vermeidung des Herzinfarktes als „hochgradig unwahrscheinlich“ einstufe, hat der Sachverständige ausgeführt, daß ihm dies zu sehr nach 99% klinge und daß ihm deshalb eine Formulierung als „sehr unwahrscheinlich“ oder „eher in Richtung des sehr Unwahrscheinlichen als des nur Unwahrscheinlichen“ lieber sei. Dabei ist der Sachverständige ersichtlich von einem medizinisch sicheren Grad der Vermeidbarkeit ausgegangen. Das Berufungsgericht meint nun, wegen der Zweifel des Sachverständigen daran, ob die von ihm letztlich gewählte Formulierung im Rahmen des Seriösen verantwortlich gewagt werden könne, habe der Beklagte den Beweis für die fehlende Ursächlichkeit nicht erbracht. Das wird der dem Richter obliegenden Aufgabe zu eigener Überzeugungsbildung (§ 286 Abs. 1 ZPO) nicht gerecht. Das Berufungsgericht stützt seine Entscheidung auf restliche, in der Gesamtschau der Äußerungen vom Sachverständigen selbst aus medizinischer Sicht als nur gering angesehene Zweifel; **entscheidend ist aber nicht der Grad der Überzeugung des Sachverständigen, sondern die persönliche Überzeugung des Tatrichters**, und diese setzt nicht den Ausschluß letzter Zweifel, sondern lediglich einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit voraus [...].“

- Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 9.3.2005<sup>2263</sup>

„Die Rechtsbeschwerde rügt ohne Erfolg, dass das Landgericht keine „vernünftigen Zweifel“ an der Echtheit des Testaments hat, obwohl der Sachverständige nur mit Wahrscheinlichkeit davon ausgeht, dass die Unterschrift vom Erblasser stammt. Sie verkennt, dass das Landgericht nach freier Überzeugung über das Ergebnis des von ihm eingeholten Sachverständigengutachtens zu entscheiden hatte [...] Es ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Landgericht nach diesen Grundsätzen

<sup>2260</sup> BGHZ 159, 254; NJW-RR 2009, 1193; BAGE 24, 264 (Blindenbegriff nach dem früheren Schwerbeschäftigtengesetz).

<sup>2261</sup> Für juristische Begriffe ganz allgemein BGHZ 119, 263; BAGE 24, 264; *Abrens*, Kap. 47 Rn. 16; hinsichtlich der Kausalität im allgemeinen BGH NJW-RR 2009, 1193; aus medizinischer Sicht *DGPM*, Leitlinie Begutachtung S. 79 und 96; hinsichtlich der unterschiedlichen Kausalitätsbegriffe in den verschiedenen Rechtsgebieten OLG Köln NJW-RR 1999, 720; 32. Deutscher Verkehrsgerichtstag 1994, Empfehlung 5 des Arbeitskreises VI (NZV 1994, 103); *Krumbholz*, Juristische Fragestellungen Rn. 25; *Titz*, S. 388; hinsichtlich baurechtlicher Fragen *Kniffka/Koebler/Kniffka*, Teil 18 Rn. 37.

<sup>2262</sup> NJW 1994, 801 (Hervorhebung vom *Verf.*).

<sup>2263</sup> FamRZ 2005, 1782 (Hervorhebung vom *Verf.*).

keine „vernünftigen Zweifel“ an der Echtheit des Testaments hatte, auch wenn der Sachverständige in seinem wissenschaftlich begründeten Gutachten im Hinblick auf die nicht optimale Materialsituation nur von Wahrscheinlichkeit der Urheberschaft des Erblassers ausgegangen ist. **Das Beweismaß des Sachverständigen hatte sich nach wissenschaftlichen Maßstäben auszurichten. Demgegenüber gilt für den Tatrichter das Beweismaß der persönlichen Überzeugung**, nämlich ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der vernünftige Zweifel ausschließt.“

**Literaturhinweis:** Jung, Ärztliches und juristisches Denken im Vergleich, JZ 2011, 459 ff.

ff) **Vollständigkeit, Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit der Argumentation.** Die Überprüfung der Vollständigkeit (Beantwortung aller gestellten Fragen<sup>2264</sup>), Schlüssigkeit (Widerspruchsfreiheit) und Plausibilität der Argumentation,<sup>2265</sup> also der Nachvollziehbarkeit für den Laien (die von der Nachprüfbarkeit durch den Fachmann zu unterscheiden ist<sup>2266</sup>), stellt zweifellos die größte Herausforderung für den Juristen dar, da hier die eigentliche sachverständige und dem Juristen deshalb im Kern nicht zugängliche Leistung berührt wird und wo dann das „fundierte, nicht blinde Vertrauen“<sup>2267</sup> des Juristen in die Arbeit des Sachverständigen Platz greifen muss. Jedenfalls dem durch jahrelange Beschäftigung mit einer bestimmten Materie, Literaturstudium und Fortbildung<sup>2268</sup> spezialisierten Juristen ist es aber möglich, zumindest eine Grobprüfung vorzunehmen<sup>2269</sup>.

Hierzu einige Beispiele:

- Bejaht z. B. ein Sachverständiger bei einer Frontalkollision eine Geschwindigkeitsdifferenz ( $\Delta v$ ) von ca. 30 km/h, obwohl sich der Airbag nicht geöffnet hat, wird der kundige Jurist zumindest Nachfragebedarf haben, weil ein Airbag im Fall einer Frontalkollision bei einer  $\Delta v$  von rund 25–30 km/h ausgelöst wird<sup>2270</sup>.
- Dem kundigen Juristen wird auffallen, dass 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,<sup>2271</sup> was insofern fehlsam ist, als die beiden Referenzsysteme von ihrem Ansatzpunkt wie von den verwendeten Klassifikationsschlüsseln keineswegs ohne weiteres vergleichbar sind und deshalb grundsätzlich nur alternativ angewandt werden dürfen<sup>2272</sup>.
- Es wird ihm 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) zeigt.

<sup>2264</sup> Vgl. etwa Nr. 8.3.7 der Richtlinien zur SVO; Kniffka/Koebler/Kniffka, Teil 18 Rn. 37 für Bausachen.

<sup>2265</sup> BGH MDR 2011, 429; NJW 2014, 71 (72 hinsichtlich der Widerspruchsfreiheit); OLG Stuttgart NJW 1981, 2581; OLG München, Urt. v. 21.5.2010 – 10 U 2853/06 (juris Rn. 128); NJW 2011, 3729 (3730).

<sup>2266</sup> Vgl. IfS, Empfehlungen S. 6.

<sup>2267</sup> Boehme-Neßler, S. 226.

<sup>2268</sup> Vgl. Krüger-Doyé, S. 27 f.; Kniffka, S. 129 f.

<sup>2269</sup> Ein Beispiel für eine solche durchaus in die Tiefe gehende „Grobprüfung“ bietet das Urteil des OLG München v. 4.9.2015 – 10 U 3814/14 (juris Rn. 24–34; insoweit in MDR 2015, 1294 nicht abgedruckt).

<sup>2270</sup> Weber, Physik des Schleudertraumas S. 381; Buck/Beier, Rn. 157.

<sup>2271</sup> Für die Diagnose von Erkrankungen gibt es heute zwei Klassifikationssysteme: die von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) herausgegebene ICD-10-GM Version 2017 (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems [Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme], German Modification, abrufbar unter <http://www.dimdi.de/static/de/klassi/icd-10-gm/kodesuche/onlinefassungen/htmlgm2017/index.htm> [21.11.2016]) und das von der American Psychiatric Association herausgegebene DSM-5 (Diagnostic and statistical manual of mental disorders, 2013, dt. Fassung hrsg. von Falkai/Wittchen: Diagnostisches und statistisches Manual Psychischer Störungen DSM-5, Göttingen u. a. 2015 [das DSM-5 wird auf absehbare Zeit aus urheberrechtlichen Gründen nicht frei zugänglich sein; der englische Text der IV. Version 2000 ist abrufbar unter <http://behavenet.com/apa-diagnostic-classification-dsm-iv-tr#301> <21.11.2016>]); zum DSM-5 vgl. Stevens, DSM-5: Bedeutung für die Begutachtung, MedSach 111 (2015) 162 ff.

<sup>2272</sup> Vgl. DGPM, Leitlinie Begutachtung S. 104 (unter 2.2.2.); Meyer/Steil, S. 880; Huber, Psychische Unfallfolgen S. 2: „konkurrierende Klassifikationssysteme“; im Ergebnis auch BSGE 96, 196; unrichtig deshalb OLG Hamm NZV 2017, 284 („Diagnoseschlüssel ICD – 10 bzw. DSM IV/V“ [abgesehen davon, dass sich DSM-IV und DSM-5 erheblich unterscheiden]); Bundesministerium für Soziales und Arbeit, Rundschreiben vom 2.12.2008 – Gz. IVc 3–46052-2/60, abgedruckt unter <http://www.angriff-auf-die-seele.de/cms/grundlagen/ptbs/133-posttraumatischebelastungsstoerung-klinik-und-begutachtung.html> (21.11.2016).

- Auch der wiederholte Wechsel in der Bezeichnung des Probanden als Frau und Mann wird nicht gerade vertrauensfördernd wirken.
- Das Kriterium der Widerspruchsfreiheit und Plausibilität wird er zweifelsfrei verneinen, wenn ein Neurologe (!) sein Zusatzgutachten mit folgenden Worten einleitet: „Gemäß dem Beweisbeschluss vom [...] wird das folgende Gutachten im orthopädischen und chirurgischen Fachgebiet erstellt, unter Einbeziehung arbeitsmedizinischer Gesichtspunkte.“<sup>2273</sup>
- Unproblematisch ist es dagegen, wenn ein Sachverständiger in der mündlichen Anhörung unter dem Eindruck eines Privatgutachtens mit nachvollziehbarer Argumentation von seinem schriftlichen Gutachten abweicht.<sup>2274</sup>

697 An Hand folgender Beispiele soll die Bandbreite sachverständiger (und richterlicher) Fehlleistungen weiter illustriert werden:<sup>2275</sup>

- Ein Orthopäde erstellte ein Gutachten über die aktuellen Schäden am Bewegungsapparat eines Unfallgeschädigten, ohne diesen untersucht zu haben. Abgesehen davon, dass ihm offensichtlich pflichtwidrig nicht bekannt war, dass eine Untersuchung jedenfalls im Bereich des Arzthaftungs- und Haftpflichtrechts rechtlich zwingend erforderlich ist<sup>2276</sup> und nicht durch ein Aktenlagegutachten<sup>2277</sup> ersetzt werden kann<sup>2278</sup>, rechtfertigte er dies mit der ebenfalls fehlerhaften Begründung, nur so könne er seine Neutralität gegenüber den Prozessparteien wahren, weil er andernfalls auch den Beklagten zur Untersuchung Zutritt gewähren müsste. Er hatte – wie übrigens auch das Erstgericht – dabei übersehen, dass es bei einer ärztlichen Untersuchung einer Person durch einen gerichtlichen Sachverständigen keine Parteiöffentlichkeit gibt, weil die Tatsachenfeststellung durch den Sachverständigen kein Teil der Beweisaufnahme ist<sup>2279</sup> und auch kein Recht auf Beiziehung von Personen des Vertrauens, etwa des Ehegatten oder Prozessbevollmächtigten, besteht, wie sich im Umkehrschluss aus der Sondervorschrift des § 81d Abs. 1 Satz 3 StPO ergibt.<sup>2280</sup>
- Ein Unfallchirurg führt im Rahmen seines Gutachtens, mit dem er auftragsgemäß mehrere, verschiedene medizinische Disziplinen betreffende Teilgutachten zusammenfassen sollte, aus, der Unfallgeschädigte habe eine unfallbedingte posttraumatische Belastungsstörung (PTBS), obwohl der hierfür zuständige psychiatrische Sachverständige dies mehrfach unmissverständlich verneint hatte.

<sup>2273</sup> Verfahren 1 O 1769/06 LG Traunstein (2. Instanz: 10 U 3369/10 OLG München [juris Rn. 28]), wo das Landgericht das Gutachten aber gleichwohl als „nachvollziehbar und plausibel“, „ausführlich“ und als Ausdruck „umfassender Sachkunde“ wertete.

<sup>2274</sup> OLG München, Beschl. v. 15.10.2015 – 24 U 2657/15 (juris Rn. 13) für einen Arzthaftungsprozess.

<sup>2275</sup> Weitere eindrucksvolle Beispiele bei Bayerlein/Bayerlein, § 22 Rn. 5–7 und Schlund, S. 1045.

<sup>2276</sup> BGH NJW-RR 2008, 1380; OLG München SP 2012, 111; r+s 2016, 153; aus medizinischer Sicht DGNB, Medizinische Begutachtung S. 16; Oehler, S. 91 ff.

<sup>2277</sup> Vgl. zu diesem Nieder, Die Begutachtung nach Aktenlage: Grundlagen, Grenzen, Fehlerquellen, in: Thomann/Jung/Letzl (Hrsg.), Schwerbehindertenrecht – Begutachtung und Praxis, Darmstadt 2006, S. 117–123.

<sup>2278</sup> Oehler, S. 100; zu § 280 Abs. 2 FamFG siehe BGH NJW 2014, 3445.

<sup>2279</sup> OLG München OLGZ 1983, 355; NJW 1984, 807; OLG Dresden NJW-RR 1997, 1354; BVerwG NJW 2006, 2058; Abrens, Kap. 1 Rn. 21.

<sup>2280</sup> OLG Saarbrücken OLGZ 1980, 37 (40f.); OLG München NJW-RR 1991, 896; OLGR 2000, 213; VersR 2006, 1709; OLG Köln NJW 1992, 1568; MedR 2010, 879; MDR 2013, 1195; OLG Hamm MedR 2004, 60; OLG Naumburg, Urt. v. 19.10.2012 – 10 U 17/12 (juris Rn. 33); OVG Koblenz NVwZ-RR 2013, 972; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 20.11.2009 – L 2 R 516/09 B (juris); LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 24.10.2011 – L 11 R 4243/10 (juris); Toparkus, S. 233; Bayerlein/Grossam, § 15 Rn. 90; Bayerlein/Franzki, § 52 Rn. 46; Abrens, Kap. 47 Rn. 48; Titz, S. 389; ebenso ist die Rechtslage in der Schweiz, vgl. BG, Urt. v. 7.10.1993 – BGE 119 Ia 260; Eidgenössisches Versicherungsgericht, Urt. v. 29.8.2006 – I 651/05, <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile/2000.htm> (21.11.2016); a. A. OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1441; OLG Bamberg, Beschl. v. 5.6.2006 – 5 U 115/99 (n. v.) ohne Begründung; OLG Frankfurt a. M. GesR 2011, 295; OLG Hamburg MDR 2015, 792 (ohne Erwähnung der Gegenansicht); OLG Hamm NJW 2015, 1461 (ohne Erwähnung seiner eigenen früheren gegenteiligen Entscheidung); LG Passau, Schreiben v. 10.1.2008 – 4 O 63/07 (n. v.) ohne Begründung; LG München I, Beschl. v. 1.2.2008 – 12 O 2400/07 (n. v.) ohne Erwähnung der gegenteiligen obergerichtlichen Rechtsprechung; LSG Rheinland-Pfalz NJW 2006, 1547; SG Konstanz, Schreiben v. 2.6.2008 – S 8 551/08 (n. v.) und 6.6.2008 – S 5 67/05 (n. v.) jeweils ohne Begründung; Francke, passim; Jäckel, Rn. 303 und Musielak/Voit/Stadler § 357 Rn. 4 – jeweils nur unter Verweis auf LSG Rheinland-Pfalz NJW 2006, 1547.



- Mehrfach haben medizinische Sachverständige in Verkehrsunfallprozessen eine unfallbedingte „richtunggebende Verschlimmerung“ der Leiden verneint, wobei sie wie stets auch die Erstgerichte übersahen, dass diese Theorie ebenso wie die im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung geltende Theorie der wesentlichen Bedingung<sup>2281</sup> im Haftpflichtrecht nicht gilt.<sup>2282</sup>
- Ein HNO-Arzt überließ die Anamnese und damit eine zentrale ärztliche und gutachterliche Leistung pflichtwidrig einer nichtärztlichen Hilfskraft, die – im Übrigen wahrheitswidrig – festhielt, der Proband habe erklärt, keinerlei Beschwerden im Nasen-Rachen-Raum und im Zusammenhang mit dem Gehör und dem Gleichgewichtssinn zu haben. Anschließend erstellt der Sachverständige gleichwohl ein umfangreiches (natürlich unbrauchbares) Gutachten.
- Eine Rechtsmedizinerin stellte in einem Kindeswohlgefährdungsverfahren aufgrund einer völlig unzulänglichen medizinischen Bewertung der vorhandenen Fakten und unter Anmaßung einer offensichtlich nicht gegebenen unfallanalytischen Kompetenz ein grob fehlerhaftes Gutachten mit der Folge, dass den Eltern über längere Zeit das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen wurde.<sup>2283</sup>
- Ein Unfallanalytiker besichtigte nicht die verfahrensgegenständliche Unfallkreuzung, sondern eine einige Kilometer entfernt liegende Unfallkreuzung – ein Fehler, der in der Literatur wiederholt, aber offensichtlich vergeblich erörtert worden ist<sup>2284</sup>.
- Ein Unfallanalytiker erklärt in einem Prozess, wo die beklagte Versicherung den Einwand eines sog. manipulierten Unfalls erhoben hatte, im Rahmen der mündlichen Anhörung, er könne den vom Kläger behaupteten Unfallhergang anhand der Unfallörtlichkeit ausschließen, obwohl er in seinem schriftlichen Gutachten mehrfach betont hatte, dass er mangels Besichtigung der Unfallstelle in Zentralanatolien keine tragfähigen Aussagen machen könne.<sup>2285</sup>
- Ein Unfallanalytiker und ihm folgend das Erstgericht treffen anlässlich eines (grundsätzlich lobenswerten) Ortstermins am Mittag eines Junis Feststellungen zu den Sichtverhältnissen, obwohl es sich um einen Dämmerungsunfall im Dezember gehandelt hatte<sup>2286</sup> – ein Fehler, vor dem *Döhring* schon vor über 50 Jahren (vergeblich) gewarnt hatte<sup>2287</sup>.
- Ein Unfallanalytiker stellt, weil er sich von dem Satellitenbild in Google Earth hatte täuschen lassen, den Schattenwurf von Laubbäumen an der Unfallstelle in seine Erwägungen ein, obwohl sich der Unfall im Januar ereignet hatte – auch dies ein altbekanntes Problem<sup>2288</sup>.
- Ein Bausachverständiger (und ihm folgend das Gericht) setzt DIN-Normen mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik gleich oder behandelt sie als Rechtsnormen.<sup>2289</sup>

**Literaturhinweise: Allgemein:** *Bayerlein*, Zur rechtlichen Bedeutung von technischen Normen, DS 2008, 49 ff.; zu den **DIN-Normen** vgl. etwa BGHZ 139, 16 (19); BVerwGE 77, 285 ff.; NJW 1997, 117; zu den sog. **allgemein anerkannten Regeln der Technik** vgl. RGSt. 44, 76 (grdl.); BVerfGE 49, 89 (135) – Kalkar I, Schneller Brüter; BVerwG NVwZ-RR 1997, 214; zu den sog. **anerkannten Regeln der Technik** (etwa in § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV) vgl. BGH NJW-RR 2015, 778 (Tz. 20); *Pauly*, Die anerkannten Regeln der Technik beim Bauvertrag, MDR 2017, 372 ff.; zum sog. **Stand der Technik** und dem sog. **Stand von Wissenschaft und Technik** vgl. BVerfGE ebd.; *Seibel*, Abgrenzung der „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ vom „Stand der Technik“, NJW 2013, 3000 ff.

<sup>2281</sup> Vgl. dazu grdl. BSGE 63, 277 ff.

<sup>2282</sup> Für die **Theorie der wesentlichen Bedingung**: OLG München, Urt. v. 8.10.2004 – 10 U 3166/04 (ADAJUR Dok.-Nr. 60 592); *Rath/Küppersbusch* VersR 2005, 890 (894); für die **Theorie der richtunggebenden Verschlimmerung**: BGHZ 132, 341 (347); NJW 2002, 504 (505); NJW-RR 2005, 897 (898); OLG Brandenburg, Urt. v. 25.9.2008 – 12 U 17/08 (juris Rn. 5); a. A. noch OLG Frankfurt a. M. NZV 1994, 26 (27).

<sup>2283</sup> OLG Koblenz NJW-RR 2016, 796.

<sup>2284</sup> Vgl. schon *Döhring*, S. 320 f. und dann eingehend *Diekel/Morawski*, Vermessung von Unfallstellen, in: *Hugemann* (Hrsg.), Unfallrekonstruktion, Münster 2007, S. 511 f.

<sup>2285</sup> Verfahren 10 U 5018/07 OLG München.

<sup>2286</sup> OLG München, Urt. v. 11.5.2007 – 10 U 4405/06 (juris; 1. Instanz: 3 O 360/05 LG Deggendorf).

<sup>2287</sup> S. 321.

<sup>2288</sup> Vgl. *Döhring*, S. 321 f.

<sup>2289</sup> BGHZ 139, 16 (19).

- 698 Eine **Beweiswürdigung** ist auch fehlerhaft, wenn sich die Tatsachengrundlage durch zulässigen neuen Sachvortrag geändert hat oder wenn es neue wissenschaftliche Erkenntnismöglichkeiten zur Beantwortung der Sachverständigenfrage gibt.<sup>2290</sup>
- 699 d) **Fehlerhafte Behandlung des Anscheinsbeweises.** Bei der Anwendung des in der forensischen Praxis allgegenwärtigen und auch unentbehrlichen Anscheinsbeweises kommt es, wie die nachdrückliche Mahnung etwa des Bundesgerichtshofs zu Sorgfalt und Zurückhaltung<sup>2291</sup> zeigt, sehr häufig zu gravierenden Fehlern. Eine Überprüfung einer auf einem Anscheinsbeweis gestützten Entscheidung wird durch die Kenntnis der ihn tragenden, wenn auch im Einzelnen stark umstrittenen Grundsätze erleichtert.
- 700 aa) **Rechtsnatur des Anscheinsbeweises.** Der Anscheinsbeweis ist neben dem Indizienbeweis eine weitere Methode der mittelbaren (indirekten) Beweisführung.<sup>2292</sup> Der auf Erfahrungsgrundsätzen basierende Anscheinsbeweis erlaubt es, Schlüsse von bewiesenen auf zu beweisende Tatsachen zu ziehen. Der Indizienbeweis, gestützt auf einfache Erfahrungssätze<sup>2293</sup>, betrifft dagegen sog. tatbestandsfremde Tatsachen, die den Schluss auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Tatbestandsmerkmals zulassen.<sup>2294</sup> Anders als beim Indizienbeweis ist die Anwendung des Anscheinsbeweises auf „typische Geschehensabläufe“ beschränkt.<sup>2295</sup>
- 701 Der Anscheinsbeweis ist ein **Element der Beweiswürdigung** und als solches von Amts wegen zu berücksichtigen.<sup>2296</sup> Ungeachtet dessen führt ein etwaig eingreifender Anscheinsbeweis zu einer Reduzierung der Substantiierungslast (vgl. näher oben Rn. 23).
- 702 Der Zweck des Anscheinsbeweises ist die Überwindung der Beweisschwierigkeiten im Ursachenzusammenhang (zwischen einem feststehenden Verhalten und einem eingetretenen Erfolg oder umgekehrt zwischen einem eingetretenen Erfolg und einem bestimmten Verhalten<sup>2297</sup>) oder bei der Feststellung des Verschuldens<sup>2298</sup>. Der Anscheinsbeweis ermöglicht es, Tatbestandsmerkmale einer anspruchsbegründenden Norm zu bejahen, ohne das anspruchsbegründende Geschehen im einzelnen zu kennen, ohne zu wissen, in welchem konkreten Tun oder Unterlassen das Verschulden des Schädigers im einzelnen besteht. Der Anscheinsbeweis erlaubt also eine sog. „Irgendwie-Feststellung“.<sup>2299</sup>
- 703 bb) **Voraussetzungen des Anscheinsbeweises.** Der Beweis des ersten Anscheins greift bei typischen Geschehensabläufen ein, also in Fällen, in denen ein bestimmter Tatbestand nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs hinweist.<sup>2300</sup>
- 704 (1) Die Lebenserfahrung  
Die den Anscheinsbeweis konstituierende Lebenserfahrung beruht auf Erfahrungssätzen,<sup>2301</sup> und zwar nicht-allgemeinen Erfahrungssätze, den sog. **Erfahrungsgrundsätze**<sup>2302</sup>, welche nicht mathematischer oder streng naturwissenschaftlicher, sondern statistischer

<sup>2290</sup> BGH NJW 2003, 3480 (3481); BGHZ 159, 254; BGH MDR 2005, 1308 – jeweils VI. ZS; KG KGR 2009, 900.

<sup>2291</sup> BGHZ 192, 84; so schon der 25. VGT 1987, AK II, Empfehlung 2; weitere Nachw. bei *Doukoff*, Anscheinsbeweis S. 245 (Fn. 9).

<sup>2292</sup> Vgl. näher *Doukoff*, Anscheinsbeweis S. 245 (Fn. 9).

<sup>2293</sup> Vgl. etwa MüKo-ZPO/Prütting § 286 Rn. 60.

<sup>2294</sup> BGH MDR 1951, 87; LG Würzburg MDR 1956, 490 f.; unklar *Jäckel*, Rn. 758.

<sup>2295</sup> *Blomeyer*, § 72 III 1 (S. 363); weitere Nachw. bei *Doukoff*, Anscheinsbeweis S. 249 (Fn. 77).

<sup>2296</sup> So die ständige Rechtsprechung seit RGZ 134, 237 ff.; BGHZ 2, 1 (5); ferner etwa BGH NJW 1998, 79 (80 f.); OLG München NJW 2015, 1892 (Tz. 19); MüKo-ZPO/Prütting § 286 Rn. 51, 55.

<sup>2297</sup> BGH NJW 1956, 1638; 1997, 528 (529); GRUR 2017, 386 – Alterlife.

<sup>2298</sup> *Blomeyer*, § 72 II 2 pr. (S. 364); *Jauernig/Hess*, § 50 Rn. 23.

<sup>2299</sup> *Kollbosser*, S. 62 im Anschluss an BGH LM § 286 ZPO Nr. 20; der Begriff hat sich mittlerweile eingebürgert, vgl. etwa *Lepa*, S. 130; *Jäckel*, Rn. 754; *Abrens*, Kap. 16 Rn. 24.

<sup>2300</sup> BGH VersR 1974, 750; BGHZ 163, 209 (212); VersR 2010, 392 (Tz. 8); 2014, 333 – alle VI. ZS; r+s 2014, 359 ff. (VII. ZS); GRUR 2017, 386 (I. ZS); ähnlich NJW 1951, 70 (I. ZS); BGHZ 31, 351 (357) und 100, 214 (jeweils IV. ZS).

<sup>2301</sup> RGZ 163, 21 (27); *Doukoff*, Anscheinsbeweis S. 246; anders wohl BGH NJW 1969, 1708: „Die Anwendung der Beweisregel [des Anscheinsbeweises] setzt voraus, daß der festgestellte Sachverhalt für den Richter unter Verwertung allgemeiner Erfahrungssätze, insbesondere auch der allgemeinen Lebenserfahrung [...]“.

<sup>2302</sup> Zu den verschiedenen Formen der Erfahrungssätze vgl. eingehend *Doukoff*, Anscheinsbeweis S. 246.