

Die gerichtlichen Vorgaben an polydisziplinäre Gutachten bei Schleudertraumen und äquivalenten Verletzungen¹

I Einleitung

Mit Urteil vom 4. Februar 1991 hat das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) einen in der Folgezeit viel und kontrovers diskutierten Grundsatzentscheid zu Schleudertraumen ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle gefällt.² Es hat entschieden, dass bei diagnostiziertem Schleudertrauma der HWS und bei Vorliegen eines gemäss EVG für diese Verletzung typischen Beschwerdebildes (mit einer Häufung von Beschwerden wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression, Wesensveränderung usw.) der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der danach eingetretenen Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit in der Regel anzunehmen ist. Für die rechtliche Wertung im Einzelfall bzw. die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs normierte das EVG die analoge Anwendung der Methode, wie sie für psychische Störungen entwickelt wurde. Die selben Überlegungen galten auch für die Folgen von Schädelhirn-Traumen, soweit sie sich mit denjenigen eines Schleudertraumas der HWS vergleichen liessen.³ Damit war die sogenannte Schleudertrauma-Praxis geboren. Danach hatte für die Prüfung von Ansprüchen aus UVG⁴ bei Vorliegen eines nicht auf einem (hinreichend) organischen Substrat beruhenden sowie „typisch bunten“ Beschwerdebildes fortan eine an die Unfallschwere⁵ anknüpfende, separate Adäquanzprüfung zu erfolgen, wobei bei leichten Unfällen⁶ der adäquate Kausalzusammenhang in der Regel zu verneinen, bei schweren Unfällen⁷ dagegen in der Regel zu bejahen war. Für die Adäquanzprüfung im weitaus häufigsten Bereich der mittelschweren Unfallereignisse⁸ übernahm das EVG die in der „Psycho-Praxis“ definierten sieben Zusatzkriterien,⁹ wobei je nach Schweregrad des

¹ Dieser Beitrag wird drei Monate nach Erscheinen in diesem Heft auf der Internetseite des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SVV) abgelegt (www.svv.ch) und periodisch aktualisiert.

² BGE 117 V 359 (dieses Urteil ist – wie alle anderen im vorliegenden Beitrag zitierten Bundesgerichtsurteile – unter www.bger.ch abrufbar).

³ BGE 117 V 369 vom 19. Dezember 1991.

⁴ Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981.

⁵ Die Unfallschwere beurteilt sich einzig nach dem augenfälligen Geschehensablauf (vgl. dazu Urteil U 2/07 vom 19. November 2007 Erwägung 5.3.1).

⁶ Als leichte Unfälle im Rechtssinne gelten etwa einfache Stürze (vgl. dazu Urteil U 292/06 vom 11. April 2007 Erwägung 2). Auch Auffahrunfälle mit geringer kollisionsbedingter Geschwindigkeitsänderung werden mitunter als „leicht“ im rechtlichen Sinne kategorisiert.

⁷ Ein schwerer Unfall im Rechtssinne ist nur in Ausnahmefällen anzunehmen, namentlich wenn sehr hohe physikalische Kräfte im Spiel sind. In aller Regel wird der Betroffene diesfalls organische Verletzungen erleiden, weshalb ein schwerer Unfall im Anwendungsbereich von BGE 134 V 109 kaum je vorliegen dürfte.

⁸ Die mittelschweren Unfallereignisse werden ihrerseits eingeteilt in solche an der Grenze zu den leichten Unfällen (hierzu gehören die meisten Auffahrunfälle mit einer geringen kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung), in mittlere Unfälle im engeren Sinne sowie in mittlere Unfälle an der Grenze zu den schweren Unfällen.

⁹ Die sieben Zusatzkriterien gemäss BGE 117 V 359 bzw. 369 lauteten wie folgt (die *kursiven* Ergänzungen betreffen die Zusatzkriterien, wie sie in der Psycho-Praxis nach Massgabe von BGE 115 V 133 nach wie vor Gültigkeit haben):

- besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalls;

Ereignisses innerhalb des mittleren Unfallschwerebereichs eine grössere oder kleinere Anzahl dieser Zusatzkriterien erfüllt sein mussten, damit der adäquate Kausalzusammenhang bejaht werden konnte. Die Charakteristik der Schleudertrauma-Praxis bestand darin, dass im Unterschied zur „Psycho-Praxis“ bei der Prüfung der sieben Zusatzkriterien nicht zwischen somatischen und psychischen Beschwerdeanteilen unterschieden wurde, womit psychische Beschwerden fortan eine höhere Hürde für deren adäquanzrechtlichen Anerkennung zu nehmen hatten als wenn Folgen eines sogenannten Schleudertraumas oder einer äquivalenten Verletzung vorlagen.¹⁰

Gut zwei Jahre später, mit Urteil vom 18. Mai 1993, hat das EVG präzisiert, dass (auch) das Vorliegen eines Schleudertraumas wie seine Folgen durch zuverlässige ärztliche Angaben gesichert sein müssen.¹¹

In seinem neuen Leiturtel BGE 134 V 109 vom 19. Februar 2008 hat das – nach der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Reorganisation der Bundesrechtspflege nunmehr zuständige - Bundesgericht das Bestehen und die Auswirkungen von Schleudertraumen mit konsekutivem pluriformem Beschwerdebild¹² in nosologischer Hinsicht nicht in Frage gestellt. Es hielt zudem fest, dass derzeit keine Untersuchungsmethoden ersichtlich seien, welche in wissenschaftlich anerkannter Weise den bislang nicht möglichen Nachweis von organischen Störungen im Bereich der HWS oder Schädel-Hirn gestatteten.¹³ Ferner hat das Bundesgericht an der Konzeption einer besonderen Adäquanzprüfung bzw. der Schleudertrauma-Praxis festgehalten, die entsprechenden sieben Zusatzkriterien, soweit sie zeitbezogen definiert waren, jedoch modifiziert.¹⁴ Hingegen hat das Bundesgericht

-
- die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen, *insbesondere ihre erfahrungsgemässe Eignung, psychische Fehlentwicklungen auszulösen*;
 - ungewöhnlich lange Dauer der ärztlichen Behandlung;
 - *körperliche* Dauerschmerzen;
 - ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert;
 - schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen;
 - Grad und Dauer der *physisch bedingten* Arbeitsunfähigkeit.

¹⁰ M.a.W. ist die Berufung auf die Schleudertrauma-Praxis für die versicherte Person günstiger als ein Abstellen auf die Psycho-Praxis (vgl. auch Urteil 8C_669/2008 vom 25. Februar 2009 Erwägung 4.2).

¹¹ BGE 119 V 335 vom 18. Mai 1993 Erwägung 2b/aa.

¹² Das höchstrichterliche Paradigma des „typischen Beschwerdebildes“ nach Schleudertrauma ist wiederholt auf Kritik gestossen (vgl. u.a.: Erwin Murer, Moral Hazard und die Versicherungsfälle unklarer Kausalität; in: SZS 2006 S. 268 ff. mit Hinweisen; Jörg Jeger, Wie viel Gericht erträgt die Medizin? Eine Anfrage; in: SZS 2008 S. 354 ff.). Der deutsche Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 3. Juni 2008 zudem erkannt, dass die von der schweizerischen Rechtsprechung als schleudertraumatypisch erachteten Beschwerden unspezifischer und wenig verletzungstypischer Natur sind (VI ZR 235/07 Rz 12, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de; darauf Bezug nehmend: Rolf P. Steinegger, Die bitter-zarte Pflanze des „typischen Beschwerdebildes“ im helvetischen Alpengarten, in: HAVE 4/2008 S. 380). Die Auseinandersetzung rund um die Frage nach der medizinischen Validität des „bunten Beschwerdebildes“ nach Schleudertraumen bildet indes nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Denn unabhängig von Art und Ausmass der nach einem Schleudertrauma oder einer äquivalenten Verletzung geklagten Beschwerden, ist deren gutachterliche Beurteilung in jedem Fall ergebnisoffen durchzuführen. Mithin lässt das Vorliegen eines Schleudertraumamechanismus allein nicht schon auf eine unfallbedingte Beschwerdeproblematik schliessen.

¹³ Die Erklärungsversuche hinsichtlich Ätiologie und Pathogenese chronifizierter Beschwerden nach Schleudertraumen und äquivalenten Verletzungsmechanismen sind mannigfaltig und Gegenstand anhaltender und kontroverser Diskussionen (vgl. u.a. auch: M. Graf, C. Grill, H.-D. Wedig [Hrsg.], Beschleunigungsverletzung der Halswirbelsäule, Steinkopff Verlag, 2009). Indes geht der medizinische Konsens dahin, dass die pathophysiologische Grundlage dieser Beschwerden nach wie vor unklar ist, wobei „insbesondere im Stadium der Chronifizierung [...] Mechanismen wie psychovegetative Symptome im Rahmen des Schmerzes, Korrelate des subjektiven Schmerzerlebens, -verarbeitens und -verhaltens sowie andere erlebnisreaktive Momente eine Rolle spielen“ (Kommission Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Neurologie [Hrsg.], in: Leitlinien für Diagnostik und Therapie in der Neurologie, 4. überarbeitete Auflage 2008, Thieme Verlag 2008, S. 741, nachfolgend: Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Neurologie 2008).

¹⁴ Die in der Schleudertrauma-Praxis geltenden sieben Zusatzkriterien lauten nun wie folgt (die neu gefassten Kriterien sind *kursiv* gedruckt):

seine bisherige Rechtsprechung zur Frage der medizinischen Ausgewiesenheit eines Schleudertraumas oder einer äquivalenten Verletzung einer kritischen Überprüfung unterzogen und die (beweisrechtlichen) Anforderungen an den Nachweis einer natürlich unfallkausalen Verletzung, welche die Anwendung der Schleudertrauma-Praxis rechtfertigt, erhöht. Neben der medizinischen Erstabklärung erfordert nach höchstrichterlicher Auffassung namentlich die medizinische Begutachtung dieser Beschwerdebilder eine kritischere Handhabung.¹⁵

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den inhaltlichen Anforderungen an die Beweistauglichkeit polydisziplinärer Begutachtungen bzw. Gutachten im Lichte von BGE 134 V 109. Ausgeklammert bleiben verfahrensrechtliche Aspekte hinsichtlich selbständig anfechtbarer Zwischenverfügungen aufgrund formeller Einwendungen gegen Gutachter.¹⁶ Als Richtschnur der nachstehenden Ausführungen dient die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Zum Schluss der Einleitung ist folgendes anzufügen: Wohl hat die Rechtsprechung ihre Grundsätze rund um die Frage nach dem Beweiswert von Gutachten vorweg im Sozialversicherungsrecht entwickelt. Da es jedoch um die Abklärung von (medizinischen) Tatfragen¹⁷ geht, können diese Grundsätze auch auf entsprechende Fragestellungen in zivilrechtlichen Streitigkeiten übertragen werden. Gleiches gilt im Übrigen für die in BGE 134 V 109 entwickelten Kriterien zum Nachweis betreffend Ausgewiesenheit eines Schleudertraumas und seiner Folgen.¹⁸ Die nachstehenden Ausführungen können somit, soweit nicht spezifische sozialversicherungsrechtliche Aspekte angesprochen sind, analog oder zumindest sinngemäss für zivilrechtliche Streitigkeiten Geltung beanspruchen.

II Das polydisziplinäre Gutachten nach Massgabe von BGE 134 V 109

A Der Anwendungsbereich von BGE 134 V 109

1. Im Allgemeinen

-
- besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalls;
 - die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen;
 - *fortgesetzt spezifische, belastende ärztliche Behandlung*;
 - *erhebliche Beschwerden*;
 - ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert;
 - schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen;
 - *erhebliche Arbeitsunfähigkeit trotz ausgewiesener Anstrengungen*.

Für die in den Anwendungsbereich von BGE 115 V 133 fallenden Beschwerdebilder wurden die Zusatzkriterien beibehalten (vgl. Fussnote 9 vorne).

¹⁵ BGE 134 V 109 beschlägt somit einen tatsächlichen und einen rechtlichen Aspekt: Die Aufgabe des Arztes bzw. des Gutachters ist es, dem Rechtsanwender, mithin der Verwaltung oder (im Prozessfall) dem Gericht die medizinischen bzw. tatsächlichen Grundlagen (Arztberichte, Gutachten) zu liefern. Die Aufgabe des Rechtsanwenders ist es dann, gestützt auf diese tatsächlichen Grundlagen seine rechtlichen Schlussfolgerungen vorzunehmen, so im sozialen Unfallversicherungsrecht beispielsweise die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs.

¹⁶ Die Einwendungen formeller Natur betreffen namentlich die Ausstandsgründe gemäss Art. 36 Abs. 1 des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts (ATSG), welche mit denjenigen von Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) übereinstimmen.

¹⁷ Ulrich Meyer, N 34c zu Art. 105 BGG, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008.

¹⁸ Urteil 4A_494/2009 Erwägung 2.2.

BGE 134 V 109 normiert die tatsächliche und daraus fließende rechtliche Beurteilung von Beschwerdebildern, welche nach Schleudertraumen, äquivalenten Verletzungen und Schädelhirn-Traumen ohne strukturelle Läsionen¹⁹ auftreten können. Die in Erwägung 9.5 des Entscheids postulierten Empfehlungen und Kriterien hinsichtlich der Anforderungen an beweiskräftige medizinische (polydisziplinäre) Gutachten sind somit auf diese Verletzungsbilder zugeschnitten.

2. Im Speziellen: BGE 134 V 109 Erwägung 9.5

In Erwägung 9.5 von BGE 134 V 109 setzt sich das Bundesgericht einerseits mit den (fachmedizinischen) Vorgaben an den Begutachtungsprozess als solchen und andererseits mit den inhaltlichen Anforderungen an das Gutachten auseinander:

„Ein [...] poly-/interdisziplinäres Gutachten hat bestimmten Voraussetzungen zu genügen. Nebst den allgemein gültigen Anforderungen an beweiskräftige medizinische Berichte und Gutachten [...] ist empfehlenswert, dass die Begutachtung durch mit diesen Verletzungsarten besonders vertraute Spezialärzte erfolgt [vgl. STREBEL et al., Diagnostisches und therapeutisches Vorgehen in der Akutphase nach kranio-zervikalem Beschleunigungstrauma (sog. Schleudertrauma), Empfehlungen einer schweizerischen Arbeitsgruppe, in: Schweizerisches Medizin-Forum 2002, S. 1123 ff.]. Im Vordergrund stehen dabei Untersuchungen neurologisch/orthopädischer (soweit indiziert mit apparativen Mitteln) und psychiatrischer sowie gegebenenfalls auch neuropsychologischer Fachrichtung. Bei spezifischer Fragestellung und zum Ausschluss von Differentialdiagnosen sind auch otoneurologische, ophthalmologische oder andere Untersuchungen angezeigt [vgl. STÖCKLI et al., Diagnostisches und therapeutisches Vorgehen in der chronischen Phase nach kraniozervikalem Beschleunigungstrauma (cKZBT, sog. Schleudertrauma) (ohne Commotio cerebri/mild traumatic brain injury), Pragmatische Empfehlungen der multidisziplinären Konsensusgruppe Olten vom 13. Januar 2005, in: Schweizerisches Medizin-Forum 2005, S. 1184 f.]. Die Gutachter müssen hiebei über zuverlässige Vorakten verfügen. Dies unterstreicht nochmals die Wichtigkeit einer sorgfältigen Dokumentierung des Unfallereignisses und der medizinischen Erstabklärung, aber auch des weiteren Verlaufes bis zur Begutachtung.

Inhaltlich sind überzeugende Aussagen dazu erforderlich, ob die geklagten Beschwerden überhaupt glaubhaft sind, und bejahendenfalls, ob für diese Beschwerden trotz Fehlens objektiv ausgewiesener organischer Unfallfolgen ein beim Unfall erlittenes Schleudertrauma (Distorsion) der HWS, eine äquivalente Verletzung oder ein Schädel-Hirntrauma überwiegend wahrscheinlich zumindest eine Teilursache darstellt [...]. Aufgrund der Besonderheiten der Schleudertrauma-Praxis soll das Gutachten bei gefestigter Diagnose auch darüber Auskunft geben, ob eine bestehende psychische Problematik als Teil des für solche Verletzungen typischen, einer Differenzierung kaum zugänglichen somatisch-psychischen Beschwerdebildes zu betrachten ist, oder aber ein von diesem zu trennendes, eigenständiges psychisches Leiden darstellt. Nur wenn in der Expertise überzeugend dargetan wird, dass die psychische Störung nicht Symptom der Verletzung ist, kann dafür eine andere Ursache gesehen werden. Der Hinweis auf ungünstige soziale und soziokulturelle Verhältnisse der versicherten Person und dergleichen genügt nicht. Weiter ist zu beantworten, inwieweit die Arbeitsfähigkeit in der bisherigen und (mit Blick auf eine allfällige Berentung) in alternativen Tätigkeiten durch die festgestellten natürlich unfallkausalen Leiden eingeschränkt ist.“

Das Postulat des Bundesgerichts, wonach die Gutachter über zuverlässige Vorakten verfügen müssen, namentlich hinsichtlich Dokumentierung des Unfallereignisses sowie der medizinischen Erstabklärung und des Verlaufes, bildet nicht Gegenstand der vorliegenden Ausführungen.²⁰ Im Übrigen bedürfen die Erwägungen des Bundesgerichts nachfolgend

¹⁹ Zur Frage, wann von einer (beweisrechtlich hinreichend erstellten) „strukturellen Läsion“ auszugehen ist, vgl. Kap. II/B/2.2.1.3 hinten.

²⁰ Vgl. dazu: David Weiss, Gerichtliche Vorgaben für die ärztliche Erstabklärung, in: Schweizerische Ärztezeitung 2008 S. 2031 ff.

der Konkretisierung, welche sich – wie bereits erwähnt – an der bisherigen Rechtsprechung zu orientieren hat.

B Die Durchführung der Begutachtung und die Abfassung des polydisziplinären Gutachtens nach Massgabe von BGE 134 V 109

1. Die Anforderungen an beweiskräftige (polydisziplinäre) Gutachten im Allgemeinen

Das Bundesgericht bezieht sich in seinem Leitentscheid BGE 134 V 109 in Erwägung 9.5 auf „allgemein gültige Anforderungen“ an die Beweiskraft von Gutachten, welche nachstehend der Vollständigkeit halber rekapituliert werden:

Von einem (polydisziplinären) Gutachten ist inhaltlich in grundsätzlicher Hinsicht zu verlangen, dass es „für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und dass die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind“.²¹ Ein Gutachten muss mit andern Worten vollständig,²² nachvollziehbar und schlüssig sein.²³ Um vollen Beweiswert zu beanspruchen, muss es grundsätzlich auf umfassenden und lückenlosen medizinischen Vorakten beruhen. „Lückenlos“ ist indes nicht so zu verstehen, dass den Gutachtern „stets sämtliche bei irgendeiner Versicherung oder bei irgendeiner medizinischen Fachperson allenfalls vorhandenen Akten vorliegen müssen“,²⁴ zumal das Fehlen eines ärztlichen Berichts den Beweiswert einer Expertise nur dann entscheidend mindert, wenn er „wenigstens Zweifel an deren Schlüssigkeit zu wecken vermag [...]“.²⁵ Im Übrigen wird von den Gutachtern eine in Kenntnis der Aktenlage gewonnene, eigenständige Beurteilung erwartet, wobei es „keiner ausdrücklichen Stellungnahme zu jeder einzelnen abweichenden Meinung bedarf.“²⁶

Im Kern hat sich das Gutachten zur Anamnese (namentlich zur Symptom- und Krankheitsanamnese sowie zur psychosozialen und Berufsanamnese), zu den geklagten Beschwerden und den objektiven Befunden, zu(r) Diagnose(n), zur Frage des natürlichen Kausalzusammenhangs, zur Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit sowie zu weiteren therapeutischen Massnahmen zu äussern. Die einzelnen Elemente müssen klar gegliedert sein und voneinander getrennt werden; Interpretationen sind als solche zu benennen und von den Befunden abzugrenzen.

Hinsichtlich der Beurteilung der Kausalität genügt es, dass der Unfall lediglich eine Teilursache des Beschwerdebildes darstellt. Hingegen muss der Nachweis einer Teilkausalität mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erbracht werden können. „Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit [...] gilt

²¹ BGE 125 V 351 vom 14. Juni 1999 Erwägung 3a.

²² An der Vollständigkeit fehlt es, „wenn das Gutachten nicht alle gestellten Gutachterfragen beantwortet oder der Fragenkatalog nicht alle rechtserheblichen Tatfragen umfasst, wenn der Gutachter wesentliche Anknüpfungstatsachen, d.h. in den Vorakten enthaltene tatsächliche Grundlagen nicht berücksichtigt, wenn er erhebliche - nicht den Akten entnommene - Befundstatsachen nicht durch eigene Befragungen, Untersuchungen oder Abklärungen erhoben hat oder wenn er die fachlichen Schwierigkeiten, die eine Beantwortung der Expertenfragen erschweren oder verunmöglichen, nicht darlegt“ (vgl. Urteil I 568/06 vom 22. November 2006 Erwägung 5.1; Urteil 8C_360/2008 vom 20. Februar 2009 Erwägung 3.3.2).

²³ Vgl. dazu Meyer-Blaser, Rechtliche Vorgaben an die medizinische Begutachtung, in: Schaffhauser/Schlauri [Hrsg.], Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, St. Gallen 1997, S. 23 f.

²⁴ Urteil 8C_924/2008 vom 8. April 2009 Erwägung 3.3.

²⁵ Urteil 9C_802/2008 vom 22. Dezember 2008 Erwägung 3.2.1.

²⁶ Urteil 8C_669/2008 vom 25. Februar 2009 Erwägung 3.

ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen [...].²⁷ Mit andern Worten schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, zwar nicht aus, darf aber für die zu beweisende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen.²⁸ Unklar ist, welcher Prozentwert dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit entspricht. Mit Blick auf die höchstrichterliche Judikatur steht lediglich fest, dass ein Wert von >50% noch nicht mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit gleichgesetzt werden kann.²⁹ Es ist deshalb wenig sinnvoll, den Wahrscheinlichkeitsgrad im Gutachten in Prozenten anzugeben. Vielmehr sind ausschliesslich die Begriffe der Möglichkeit sowie der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu verwenden.

Als essentieller Teil eines jeden Gutachtens erweist sich sodann die Begründung der von einem Gutachter bzw. von den Gutachtern aus den verwerteten Vorakten und den von ihm bzw. ihnen selbst erhobenen Befunden gezogenen Schlussfolgerungen - regelmässig als "Beurteilung" betitelt. „Hier hat der Gutachter [...] die Gedankengänge im Einzelnen darzulegen, aufgrund derer er zu seinen Schlussfolgerungen gelangt. Die anschliessende Beantwortung der einzelnen Expertenfragen muss anhand der begründeten Schlussfolgerungen nachvollzogen werden können. Sie darf nicht als blosser Behauptung sozusagen im "luftleeren Raum" stehen [...]. Enthält ein Gutachten überhaupt keine Begründung der vom Experten getroffenen Schlussfolgerungen und damit keine argumentative Basis für die Beantwortung der Gutachterfragen, ist es weder nachvollziehbar noch schlüssig und deshalb nicht beweiskräftig.“³⁰ Diese prinzipiellen Voraussetzungen an die Beweiskraft eines (polydisziplinären) Gutachtens gelten auch im Anwendungsbereich von BGE 134 V 109, wenn auch in konkretisierter Form.

Sowohl die Begutachtung an sich als auch die eigentliche Abfassung des Gutachtens haben soweit möglich ohne Beeinflussung Dritter zu erfolgen. Entsprechend besteht kein Anspruch auf eine anwaltliche Verbeiständung des Exploranden anlässlich einer medizinischen Begutachtung.³¹ Gleiches gilt auch hinsichtlich des „Beistandes“ durch eine beliebige Drittperson,³² wobei es jedoch dem Gutachter anheim gestellt ist, eine solche Drittperson zuzulassen. Es verhält sich diesbezüglich ähnlich wie mit dem Beizug eines Dolmetschers. Dieser ist dann angezeigt, wenn sich Verständigungsschwierigkeiten zwischen dem Gutachter und dem Exploranden abzeichnen, wobei es Letzterem obliegt, ein entsprechendes Gesuch gegenüber der Verwaltung zu stellen.³³

2. Die Anforderungen an beweiskräftige polydisziplinäre Gutachten mit Blick auf BGE 134 V 109

Die Begutachtung der BGE 134 V 109 zugrunde liegenden Beschwerdebilder stellt für die medizinischen Experten eine besondere Herausforderung dar. Dies liegt in erster Linie am oftmals schwer fassbaren Beschwerdebild (ohne hinreichenden organischen Kern) sowie

²⁷ BGE 132 III 715 vom 28. August 2006 Erwägung 3.1.

²⁸ BGE 130 III 321 vom 29. Januar 2004 Erwägung 3.3.

²⁹ Urteil 4A_397/2008 vom 23. September 2008 Erwägung 4.1. In der Lehre wird etwa die Auffassung vertreten, dass der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit einem Prozentwert (oder „Überzeugungsgrad“) von $\geq 75\%$ zu entsprechen hat, dies unter der Annahme, wonach 100% absoluter Sicherheit entspräche (vgl. Isabelle Berger-Steiner, Der Kausalitätsbeweis, in: Stephan Weber [Hrsg.], HAVE, Personen-Schaden-Forum 2009, S. 26).

³⁰ Urteil I 99/05 vom 10. Juni 2005 Erwägung 2.3.

³¹ BGE 132 V 443 vom 14. August 2006 Erwägungen 3.4 bis 3.7.

³² Urteil I 42/06 vom 26. Juni 2007 Erwägung 4.5.

³³ Vgl. dazu hinten Kap. II/B/2.2.2.3.

am Umstand, dass die vorgebrachten Klagen in mehr oder weniger starker Ausprägung von psychischen, versicherungsmässigen und rechtlichen Momenten mit unterhalten werden können. Dadurch charakterisieren sich diese Beschwerdebilder als prädestiniert für die Ausrichtung nicht „ziel-konformer“ Versicherungsleistungen,³⁴ was genaues Hinsehen und Hinhören seitens der Gutachter als besonders wichtig erscheinen lässt.

2.1 Die Gutachter bestimmen die Fachrichtungen

Auch nach BGE 134 V 109 gilt, dass es grundsätzlich Sache der Gutachter ist, über Art und Umfang der aufgrund der konkreten Fragestellung erforderlichen Untersuchungen zu befinden.³⁵ Denn der Gutachter ist es, der beurteilen kann, welche medizinischen Fachrichtungen für die Beurteilung der Gutachterfragen erforderlich sind. Andererseits ist es die Aufgabe des Versicherungsträgers oder allenfalls des beurteilenden Gerichts zu entscheiden, ob das Gutachten für die streitigen Belange umfassend ist bzw. die rechtlich relevanten Fragen hinreichend zu beantworten vermag. Mit Blick auf die in BGE 134 V 109 bezüglich der medizinischen Fachrichtungen statuierten Empfehlungen ist es deshalb angezeigt, im Gutachten allenfalls kurz darzulegen, warum auf die eine oder andere vom Bundesgericht als vordergründig³⁶ erachtete fachmedizinische Abklärung verzichtet wurde. Es ist jedoch zu betonen, dass die Beweiskraft eines Gutachtens nicht alleine deshalb in Zweifel gezogen werden darf, weil die eine oder andere fachmedizinische Abklärung nicht erfolgt ist. Die Frage, ob ein Gutachten beweiskräftig ist oder nicht, beurteilt sich stets anhand des konkreten Einzelfalls bzw. danach, ob sich gestützt auf die Expertise die rechtsrelevanten Fragen beantworten lassen oder nicht.

Beurteilungen von medizinischen Fachpersonen kommt nur in ihrem eigenen Fachgebiet gesteigerter Beweiswert zu.³⁷ Deshalb ist es ideal, wenn - unabhängig davon, welche Fachrichtungen bei der Durchführung der polydisziplinären Begutachtung berücksichtigt wurden - die abschliessende, gesamthafte Beurteilung von Kausalität und Arbeitsunfähigkeit auf der Grundlage einer Konsensdiskussion der einzelnen Gutachter erfolgt, in welcher die Ergebnisse aus den einzelnen Fachrichtungen dargelegt werden können.³⁸

2.2 Anforderungen an die Qualifikation der Fachärzte im Allgemeinen

Das Bundesgericht empfiehlt, die Begutachtung, welche „in der Regel“ nach rund sechs Monaten Beschwerdepersistenz zu veranlassen ist,³⁹ durch „mit diesen Verletzungsarten besonders vertraute Spezialärzte“ durchführen zu lassen. Eine FMH-Ausbildung der in die Begutachtung involvierten Ärzte ist empfehlenswert, jedoch nicht zwingend.⁴⁰ Erforderlich ist jedoch eine Weiterbildung zum Facharzt, welche auch im Ausland absolviert werden kann,⁴¹ wobei der begutachtende Arzt oder zumindest der den Bericht visierende Arzt im Besitze eines fachärztlichen Titels bezüglich der Gegenstand der Begutachtung

³⁴ Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW, Departement Gesundheit; Jan Kool, André Meichtry, René Schaffert, Peter Rüesch, Der Einsatz von Beschwerdevalidierungstests in der IV-Abklärung: Gutachten zuhanden des BSV, Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Nr. 4/08, August 2008, S. 4.

³⁵ Urteile U 343/02 vom 10. September 2003 Erwägung 2.2 sowie 8C_124/2008 vom 17. Oktober 2008 Erwägung 6.3.1.

³⁶ Vgl. dazu hinten Kap. II/B/2.2 sowie 2.2.1.1 und 2.2.2.1.

³⁷ Urteil 8C_444/2008 vom 23. Dezember 2008 Erwägung 4.3.2.

³⁸ Urteil 8C_323/2007 vom 25. Februar 2008 Erwägung 4.3.2.

³⁹ BGE 134 V 109 vom 19. Februar 2008 Erwägung 9.4.

⁴⁰ Urteil 8C_65/2010 vom 6. September 2010 Erwägung 3.1. Anzufügen ist jedoch, dass die Titelanmassung ein Gutachten beweisrechtlich invalidiert.

⁴¹ Urteil 9C_270/2008 vom 12. August 2008 Erwägung 3.3. Die Basisbefragung kann auch durch eine Person ohne abgeschlossene Ausbildung erfolgen (9C_218/2008 vom 4. März 2009 Erwägung 4.2).

darstellenden Disziplin sein sollte.⁴² Ausnahmen sind restriktiv zu handhaben.⁴³ Ferner sollte der Facharzt zumindest über eine kantonale Zulassung verfügen.⁴⁴ Im Weiteren ist – in genereller Hinsicht - einschlägige Erfahrung mit den Folgen hier diskutierter Verletzungsbilder zu verlangen.⁴⁵ Über solche einschlägige Erfahrung dürften - sofern keine konkreten Umstände dagegen sprechen - die für interdisziplinäre Gutachterstellen wiederholt tätigen Fachärzte in der Regel verfügen, bilden schleudertraumabedingte bzw. schleudertraumaähnliche Verletzungsbilder doch schon seit geraumer Zeit Gegenstand polydisziplinärer Abklärungen und konnten auf diesem Gebiet in den vergangenen Jahren zahlreiche medizinische und gutachtliche Erfahrungswerte generiert werden, was sich auch in einem reichen (wenn auch kontroversen) Schrifttum manifestiert. Indes sollten die Gutachter nicht nur über den Stand des einschlägigen medizinischen Wissens informiert sein; ebenso wichtig sind auch versicherungsmedizinische Kenntnisse. Dies gilt gerade bei (syndromalen) Beschwerdebildern, welchen kein hinreichend organisches Substrat zugrunde liegt und welche deshalb an eine Kausalitätsbeurteilung besonders hohe Anforderungen, in der Ausgestaltung einer differenzierten Abwägung von unfallfremden und unfallbedingten Faktoren, stellen.

2.2.1 Die neurologische und orthopädische Abklärung

2.2.1.1 Erwägungen des Bundesgerichts

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat die medizinische Begutachtung vordergründig die neurologische und orthopädische Disziplin, mithin somatische Fachrichtungen, zu beinhalten. Wirkt anstelle des Orthopäden ein Gutachter rheumatologischer Fachrichtung mit, so erweist sich das Gutachten nicht allein deshalb als beweisrechtlich unzulänglich. Dasselbe gilt, wenn die Begutachtung durch einen Chirurgen durchgeführt wird.⁴⁶ Soweit indiziert, müssen die Untersuchungen auch mittels apparativer Mittel erfolgen. Eine Priorität der einen oder anderen Fachrichtung besteht sodann nicht. Namentlich besteht aus medizinischer Sicht keine allgemeingültige Veranlassung, der neurologischen Fachrichtung a priori eine federführende Rolle zuzuerkennen, zumal dies dem Wesen einer polydisziplinären Begutachtung widersprechen würde, welche gerade nicht bezweckt, den Schwerpunkt systematisch auf ein Fachgebiet zu verlegen, sondern

⁴² Urteil 9C_955/2008 vom 8. Mai 2009 Erwägung 3.2.

⁴³ Anstelle des vom Bundesgericht wiederholt verwendeten Begriffs des „Spezialarztes“ gilt in der medizinischen Nomenklatur heute derjenige des „Facharztes“. Die Bezeichnung „Facharzt“ dürfen nur Inhaber eines Facharztstitels verwenden. „Spezialarzt“ ist dagegen kein Titel mehr. Insofern erweist sich das Urteil 9C_53/2009 vom 29. Mai 2009 als missverständlich: In dieser Entscheidung hat das Bundesgericht einem psychiatrischen Gutachten den Beweiswert zuerkannt, obwohl der Gutachter nicht über einen entsprechenden Facharztstitel verfügte. Es begründete dies damit, dass der Gutachter die Ausbildung zum Arzt und die langjährige Spezialisierung auf dem Gebiet der Psychiatrie sowie den Titel „Dr. med.“ (rechtsgenügend) nachgewiesen habe. Ferner machte das Bundesgericht geltend, dass der Arzt über eine nachgewiesene Weiterbildung und eine langjährige Assistenz- und oberärztliche Tätigkeit und einer langjährigen gerichtsnotorischen Expertentätigkeit auf dem Fachgebiet verfüge, weshalb er sich „mit Recht als Spezialarzt bezeichnen“ könne (vgl. Erwägung 4.3). Richtigerweise ist die Formulierung des Bundesgerichts wohl so zu verstehen, dass dieser Arzt angesichts jahrelanger Tätigkeit als psychiatrischer Experte über das notwendige spezialärztliche (bzw. fachärztliche) Wissen für die Durchführung psychiatrischer Gutachten verfügt. Damit statuiert das Bundesgericht eine Ausnahme von der Regel, wonach der Gutachter hinsichtlich der Begutachtung im Besitze des entsprechenden Facharztstitels sein sollte.

⁴⁴ Urteil I 65/07 vom 31. August 2007 Erwägung 3.

⁴⁵ STREBEL et al., Diagnostisches und therapeutisches Vorgehen in der Akutphase nach kranio-zervikalem Beschleunigungstrauma [sog. Schleudertrauma], Empfehlungen einer schweizerischen Arbeitsgruppe, in: Schweizerisches Medizin-Forum 2002, S. 1123.

⁴⁶ Urteil U 51/05 vom 21. April 2006 Erwägung 2.2.

das Ziel verfolgt, die Ergebnisse der einzelnen Fachrichtungen in die Form einer (versicherungs)medizinisch-synthetischen Schlussfolgerung zu giessen.⁴⁷

2.2.1.2 Ziel und Zweck der neurologischen und orthopädischen Abklärung

In erster Priorität dient die neurologische sowie orthopädische Abklärung der Erhebung des somatischen Status präsens. In versicherungsrechtlicher Hinsicht bzw. im sozialen Unfallversicherungsrecht kommt den Ergebnissen der somatischen Fachrichtungen sodann insofern eine erhebliche Tragweite zu, als dass die Schleudertrauma-Praxis nur dann Anwendung findet, wenn sich die geklagten Beschwerden nicht bzw. nicht hinreichend auf ein organisches Substrat zurückführen lassen.⁴⁸ Das Bundesgericht hat im Entscheid 134 V 109 nochmals ausdrücklich festgehalten, wonach die in seinen Anwendungsbereich fallenden Beschwerdebilder sich gerade dadurch auszeichnen, dass sie nach dem heutigen Stand der Wissenschaft über kein (hinreichendes) organisches Korrelat verfügen. Eine polydisziplinäre Begutachtung im Sinne von BGE 134 V 109 Erw. 9.5 hat somit vorrangig die Frage zu beantworten, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass ein organisches Substrat für die Beschwerden verantwortlich zeichnet. Von der Antwort auf diese Frage hängt dann das weitere Vorgehen des (Unfall)versicherers ab, dies nicht nur hinsichtlich der Zulässigkeit einer separaten Adäquanzprüfung, sondern auch bezüglich der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit bzw. einer allfälligen Überwindbarkeitsprüfung.⁴⁹

2.2.1.3 Die Durchführung der neurologischen und orthopädischen Begutachtung

Die Organizität geklagter Beschwerden ist dann hinreichend nachgewiesen, wenn die erhobenen Befunde mit apparativen/bildgebenden Abklärungen bestätigt werden, mithin objektivierbar sind. Gemäss Bundesgericht sind Ergebnisse dann objektivierbar, wenn sie reproduzierbar und von der Person des Untersuchenden und den Angaben des Patienten unabhängig sind.⁵⁰ Eine blossе Verdachtsdiagnose reicht zur Begründung der Organizität eines Befundes nicht.⁵¹ Ebenso wenig vermag eine manuelle Untersuchung objektivierbare Ergebnisse zu Tage fördern.⁵² Die (für den Nachweis einer organisch begründeten Beschwerdeproblematik) angewandten medizinisch-diagnostischen Methoden müssen zudem wissenschaftlich anerkannt sein. Als wissenschaftlich anerkannt gilt eine Untersuchungsmethode gemäss Bundesgericht dann, „wenn sie von Forschern und Praktikern der medizinischen Wissenschaft auf breiter Basis anerkannt ist.“⁵³ Funktionsradiologische Verfahren erweisen sich – nach dem gegenwärtigen Stand der medizinischen Wissenschaft – als diagnostische Mittel prinzipiell ungeeignet bzw. stellen keine geeignete Abklärungsmethode zur zuverlässigen Beurteilung der Unfallkausalität von Beschwerden nach HWS-Traumen dar.⁵⁴ Als ungeeignet hat die höchstrichterliche Rechtsprechung namentlich funktionell bildgebende Verfahren wie SPECT (Single Photon

⁴⁷ Vgl. dazu auch Kap. II/B/2.1 vorne.

⁴⁸ Mit anderen Worten: Wenn der Gutachter die Beschwerden mit einem organischen Substrat hinreichend zu erklären vermag, deckt sich im sozialen Unfallversicherungsrecht der natürliche mit dem adäquaten Kausalzusammenhang. Der Rechtsanwender wird dann – sofern das Gutachten den beweisrechtlichen Anforderungen genügt – die Beurteilung des Gutachters hinsichtlich der Kausalität „übernehmen“ und keiner separaten rechtlichen Wertung (der Adäquanzprüfung) zuführen. Vgl. auch Kap. I vorne.

⁴⁹ Vgl. Kap. II/B/2.2.2.4 hinten. Insofern ist die Frage nach dem Vorliegen eines organisch hinreichenden Korrelats der geltend gemachten Beschwerden auch für die Invalidenversicherung von grosser Bedeutung.

⁵⁰ Urteil 8C_806/2007 vom 7. August 2008 Erwägung 8.2.

⁵¹ Urteil U 289/04 vom 23. Dezember 2005 Erwägung 3.1.

⁵² Urteil 8C_806/2007 vom 7. August 2008 Erwägung 8.2.

⁵³ BGE 134 V 231 vom 26. Mai 2008 Erwägung 5.1 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁴ BGE 134 V 231 vom 26. Mai 2008 Erwägung 5.4, mit Verweis auf die damals geltenden Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Neurologie zum Beschleunigungstrauma.

Emission Computed Tomography),⁵⁵ PET (Positronen-Emissions-Tomographie)⁵⁶ und fMRI (Functional magnetic resonance imaging)^{57 58} beurteilt, was sich auch mit den neuesten Empfehlungen in den Leitlinien 2008 der Deutschen neurologischen Gesellschaft zum Beschleunigungstrauma der Halswirbelsäule deckt.⁵⁹ Als ungeeignet zur Beurteilung der Unfallkausalität gelten auch Ergebnisse, welche mittels Upright-MRI erhoben wurden.⁶⁰ Nicht empfohlen (ausser bei Verdacht auf epileptogene Symptomatik) werden ferner Untersuchungen mittels EEG (Elektroenzephalogramm).⁶¹ Die Untersuchungsmethode DTI (Diffusion Tensor Imaging) befindet sich noch in einer experimentellen Phase und bildet deshalb ebenso wenig ein taugliches Beweismittel im Sinne von BGE 134 V 231.⁶² Ebenso wenig vermag die Posturographie – mittels welcher sich sonst nicht fassbare Gleichgewichtsstörungen objektivieren lassen – hinreichende Aussagen zur Ätiologie von Beschwerden und deren allfälliger Unfallkausalität zu machen.⁶³ Die Beurteilung von Röntgenbildern kann in der Regel durch die Gutachter erfolgen. Der Beizug eines (Neuro)radiologen ist allenfalls in Ausnahmefällen angezeigt.⁶⁴ Im Übrigen hat sich das Bundesgericht wiederholt zur Frage geäußert, welche Befunde als organischer bzw. nicht organischer Natur zu bezeichnen sind. Als für sich allein nicht hinreichend organischer Natur erachten die höchsten Richter beispielsweise Verhärtungen/Verspannungen der Muskulatur, Druckdolenzen, eine verminderte Motilität der HWS-Segmente,⁶⁵ myofasziale Befunde sowie das TOS (Thoracic-outlet-Syndrom).⁶⁶

Sind die Beschwerden nicht hinreichend mit einem objektivierbaren organischen Korrelat erklärbar (was nach dem bereits Gesagten bei den in den Anwendungsbereich von BGE 134 V 109 fallenden Beschwerdebildern nach geltendem medizinischem Wissensstand regelhaft der Fall ist⁶⁷), müssen sich das orthopädische und neurologische Teilgutachten inhaltlich überzeugend mit der Frage auseinandersetzen, ob die geklagten Beschwerden – trotz grundsätzlich fehlender Objektivierbarkeit – dennoch plausibel sind. Diese Frage ist vor dem Hintergrund der Tatsache zu prüfen, dass das Bundesgericht in BGE 134 V 109 die Anforderungen an den Nachweis einer natürlich unfallkausalen Verletzung, welche die

⁵⁵ Vgl. u.a. Urteil U 320/98 vom 7. März 2001 Erwägung 3b/bb, bestätigt u.a. in Urteil U 231/06 vom 15. Juni 2007 Erwägung 3.2 sowie in BGE 134 V 231 vom 26. Mai 2008 Erwägung 5.4.

⁵⁶ Vgl. u.a. Urteil U 231/06 vom 15. Juni 2007 Erwägung 3.2, bestätigt in BGE 134 V 231 Erwägung 5.4.

⁵⁷ BGE 134 V 231 vom 26. Mai 2008 Erwägung 5.3; darauf Bezug nehmend: David Weiss, Gerichtliche Vorgaben für die ärztliche Erstabklärung, in: Schweizerische Ärztezeitung 2008 S. 2032.

Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass eine bildgebende Veränderung der Ligamenta alaria gemäss neuester Studien nicht beweisend für das Vorliegen eines Unfallschadens ist. Vielmehr handelt es sich hierbei um einen unspezifischen Befund, der auch bei Nicht-Schleudertraumapatienten vorliegen kann (vgl. dazu Myran et al., Magnetic Resonance Imaging Assessment of the Alar Ligaments in Whiplash Injuries – A Case-Control Study, in: SPINE Band 33, Nummer 18, S. 2012-2016).

⁵⁸ Die Ergebnisse der Funktions-CT's zu Rotationsinstabilitäten lassen sich – aus beweisrechtlicher Sicht – mit denjenigen einer Untersuchung mittels fMRI vergleichen.

⁵⁹ Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Neurologie 2008, S. 744; für die Diagnostik ebenso nicht empfohlen werden gemäss den erwähnten Leitlinien die ENG (Elektronystagmographie) sowie – sofern keine visuellen oder vestibulocochleären Reiz- oder Ausfallserscheinungen vorliegen - AEP (akustisch evozierte Potentiale) und die VEP (visuell evozierte Potentiale).

⁶⁰ Urteil 8C_238/2009 Erwägung 3.2.2 vom 3. November 2009.

⁶¹ STÖCKLI et al., Diagnostisches und therapeutisches Vorgehen in der chronischen Phase nach kraniozervikalem Beschleunigungstrauma [cKZBT, sog. Schleudertrauma] [ohne Commotio cerebri/mild traumatic brain injury], Pragmatische Empfehlungen der multidisziplinären Konsensusgruppe Olten vom 13. Januar 2005, in: Schweizerisches Medizin-Forum 2005, S. 1185, nachstehend: "Empfehlungen Konsensusgruppe".

⁶² Urteil 8C_238/2009 Erwägung 3.2.2 vom 3. November 2009.

⁶³ Urteil 8C_614/2007 vom 10. Juli 2008 Erwägung 4.3.

⁶⁴ Urteil U 599/06 vom 10. Januar 2008 Erwägung 3.4.4.

⁶⁵ Urteil 8C_986/2008 vom 23. März 2009 Erwägung 3.3.

⁶⁶ Statt vieler: Urteil 8C_806/2007 vom 7. August 2008 Erwägungen 8.2 und 8.3 sowie Urteil 8C_33/2008 vom 20. August 2008 Erwägung 5.1.

⁶⁷ Vgl. Kap. 2.2.1.2 vorne.

Anwendung der Schleudertrauma-Praxis rechtfertigt, erhöht hat. Schon bisher mussten Schmerzangaben durch damit korrelierende Befunde erklärbar sein, um als (sozial)versicherungsrechtlich relevant gelten zu können.⁶⁸ Ein anderes Postulat lässt sich bezüglich der in den Anwendungsbereich von BGE 134 V 109 fallenden Beschwerdebilder sachlich nicht rechtfertigen bzw. es liefe Sinn und Zweck des genannten Grundsatzurteils zuwider. Der Begriff des Befundes umfasst indes sämtliche körperlichen und psychischen Erscheinungen bei der untersuchten Person, weshalb es einer genaueren Eingrenzung dessen bedarf, was als „mit Schmerzangaben korrelierender Befund“ taxiert werden kann und was nicht:

Die Gutachter können sich nicht damit begnügen darzulegen, inwiefern sich die Beschwerden gestützt auf die Angaben des Exploranden somatisch manifestieren. Vielmehr hat der medizinische Experte bei Fehlen eines (potentiellen) organischen Beschwerdesubstrats die von der versicherten Person vorgetragene Beschwerden einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen. Diese sollte namentlich eine Antwort auf die Frage geben können, ob die einzelnen Funktionsprüfungen im Rahmen der gutachtlichen Untersuchung ein einheitliches, konsistentes Ergebnis zeitigen oder nicht, wobei diese Funktionsprüfungen direkt (mittels gezielter Untersuchung) und indirekt (beispielsweise durch Ablenkung des Exploranden) sowie offen (angekündigt) und versteckt (indem vorgeblich ein anderer als der unfallversehrte Körperteil untersucht wird) zu erfolgen haben, um ein von den Angaben des Exploranden möglichst unbeeinflusstes Bild von dessen Beschwerdesituation zu gewinnen.⁶⁹ Im Gutachten sollte alsdann nachvollziehbar begründet werden, wie die Plausibilitätsprüfung bezüglich der Schmerzangaben konkret erfolgte. Weiter hat der Gutachter zu prüfen, ob die Untersuchungsbefunde mit den Angaben des Patienten bezüglich seiner Aktivitäten (Beruf, Freizeit, Autofahren etc.) übereinstimmen. Beispielsweise ist auf Muskelatrophien, Beschwielung an den Extremitäten und Ähnliches zu achten. Der kritische Gutachter wird auch bedenken müssen, dass im Vorfeld der Begutachtung allenfalls Instruktionen seitens von Rechtsvertretern oder durch Internetforen erfolgt sind.

Im Übrigen sind Beschwerden und Einschränkungen im Bereich der HWS möglichst genau zu beschreiben. Der Befund, die HWS sei „in der Beweglichkeit in allen Richtungen leicht eingeschränkt“, ist zu unpräzise, da er nach Auffassung des Bundesgerichts einen zu grossen Interpretationsspielraum offen lässt. Die Einschränkung der Beweglichkeit der HWS ist vielmehr genau zu beschreiben,⁷⁰ wozu auch ein Vermerk gehört, ob allfällige Myogelosen die Bewegungseinschränkungen zu erklären vermögen. Allgemein gehaltene Feststellungen wie etwa diejenige, wonach das Beschwerdebild dem „typischen bunten Beschwerdebild“ nach Schleudertraumen entspricht und deshalb auf den Unfall zurückzuführen ist, weil keinerlei Anhaltspunkte für unfallfremde Ursachen vorliegen, genügen nicht.⁷¹ Ebenso müssen allfällige Diskrepanzen zwischen den Angaben der untersuchten Person und den objektiven Befunden explizit im Gutachten Erwähnung finden, da solche Angaben mit Blick auf die an die somatischen Fachrichtungen anschliessende psychiatrische Untersuchung von Bedeutung sein können. Zur Plausibilitätsprüfung gehört allenfalls – und namentlich bei der Begutachtung von chronischen Schmerzpatienten – auch die Erhebung des Medikamentenspiegels, welcher es erlaubt, die Angaben des Patienten hinsichtlich konsumierter Medikamente zu verifizieren oder falsifizieren, darf doch bei Medikamentenspiegeln deutlich unterhalb der therapeutischen Wirkspiegel von deren fehlender oder zumindest erheblich unterdosierter Einnahme ausgegangen werden.⁷²

⁶⁸ Urteil 24/04 vom 30. April 2004 Erwägung 1.

⁶⁹ Vgl. dazu auch Urteil 9C_566/2008 vom 6. Oktober 2008 Erwägung 4.1, wonach „regelmässig dem gesamten anlässlich einer ärztlichen Begutachtung gezeigten Verhalten Aussagekraft zukommt“.

⁷⁰ Urteil 8C_369/2008 vom 11. August 2008 Erwägung 6.1.

⁷¹ Urteil U 14/05 vom 29. Mai 2006 Erwägung 3.2.

⁷² Urteil 8C_499/2007 vom 4. November 2008 Erwägung 3.2.4. Die Interpretation einmaliger Blutanalysen hat indes unter Berücksichtigung der Resorption, der Verstoffwechslung sowie allfälliger Nonrespondereinflüssen zu erfolgen (vgl. dazu Urteil 8C_474/2008 vom 4. Dezember 2008 Erwägung 6).

Für die Plausibilitätsprüfung kann im Übrigen auch eine Evaluation der arbeitsbezogenen funktionellen Leistungsfähigkeit (EFL) nützliche Dienste leisten, zumal mittels der in deren Rahmen durchzuführenden Testverfahren relevante Aussagen zum Leistungsverhalten und zur Konsistenz der untersuchten Person gewonnen werden können. Der Entscheid darüber, ob zusätzlich zur Begutachtung eine EFL durchgeführt werden soll, liegt – sofern deren Anordnung nicht seitens des Auftraggebers gewünscht wird – grundsätzlich im Ermessen der Gutachter.⁷³ Ferner können auch Beschwerdevalidierungstests (als integraler Bestandteil neuropsychologischer Testverfahren) Hinweise zur Plausibilität von Beschwerdenangaben liefern.⁷⁴

Im Rahmen der Beurteilung müssen die Gutachter sodann darlegen, inwiefern die im hievor erwähnten Sinne befundmässig hinreichend untermauerten Beschwerden zumindest eine Teilursache⁷⁵ eines beim Unfall erlittenen Schleudertraumas, einer äquivalenten Verletzung oder eines Schädelhirn-Traumas darstellen. Dabei ist der Verlockung einer Schlussfolgerung von post hoc auf propter hoc zu widerstehen, zumal dieselbe beweisrechtlich unzulässig ist.⁷⁶ Namentlich in Bezug auf ubiquitär bzw. auch ohne stattgehabtes Unfallereignis häufig auftretende Beschwerden (so weist auch die höchstrichterliche Rechtsprechung darauf hin, dass muskuläre Verspannungen in der Bevölkerung – unfallunabhängig – häufig auftreten⁷⁷) ist es deshalb angezeigt, darzulegen, welche medizinischen Fakten dennoch für eine unfallbedingte Verursachung sprechen und auf welchen pathophysiologischen Grundlagen die festgestellten Befunde beruhen. Schliesslich müssen die erhobenen Befunde im Rahmen eines anerkannten Klassifikationssystems (z.B. ICD-10) kategorisiert werden. Eine allfällige Diagnose muss aus den erhobenen und beschriebenen Befunden nachvollziehbar abgeleitet werden können.

Eine abschliessende Beurteilung bezüglich Ursache und Auswirkungen der geklagten Beschwerden wird in der Regel jedoch erst nach der an die somatischen Abklärungen anschliessenden psychiatrischen Begutachtung möglich sein.

2.2.2 Die psychiatrische Abklärung

2.2.2.1 Erwägungen des Bundesgerichts

An die Erhebung der objektiven somatischen Befunde schliesst, ebenfalls in erster Priorität, eine psychiatrische Abklärung der BGE 134 V 109 zugrunde liegenden Beschwerdebilder an. Nach dem bereits Gesagten,⁷⁸ verlangt das Bundesgericht, dass das Gutachten bzw. das psychiatrische Teilgutachten darüber Auskunft gibt, ob eine bestehende psychische Problematik als Bestandteil des „schleudertraumatypischen“ Beschwerdebildes zu betrachten ist oder aber als davon entkoppelte, sekundäre Gesundheitsstörung. Nur wenn in der Expertise überzeugend dargetan wird, dass die psychische Störung nicht Symptom der Verletzung ist, kann dafür eine andere Ursache gesehen werden. Der Hinweis auf ungünstige soziale und soziokulturelle Verhältnisse der versicherten Person und dergleichen genügt, so das Bundesgericht, nicht.

⁷³ Vgl. dazu Urteil 8C_547/2008 Erwägung 4.2.1 ff vom 16. Januar 2009: Demnach ist zu berücksichtigen, dass die EFL nicht zum Ziel hat, die Natur geltend gemachter Beschwerden und Einschränkungen zu ermitteln. Ebenfalls ist die EFL nicht geeignet, Leistungseinschränkungen aufzuzeigen, die auf Erkrankungen ausserhalb des Bewegungsapparates zurückzuführen sind.

⁷⁴ Vgl. dazu Kap. 2.2.3.3 hinten.

⁷⁵ Vgl. dazu Kap. II/B/1 vorne.

⁷⁶ Statt vieler: Urteil 8C_619/2007 vom 29. Januar 2008 Erwägung 3.2.4.

⁷⁷ Vgl. Urteil U 295/06 vom 1. Februar 2007 Erwägung 6.2.2. Ebenso weisen Nackenschmerzen eine sehr hohe Prävalenzrate auf (vgl. dazu Hans Rudolf Stöckli, Das Medizinische Kausalitätsgutachten. Probleme der Kausalitätsbeurteilung aus Sicht des Medizinischen Gutachters, in: Stephan Weber [Hrsg.], HAVE Personen-Schaden-Forum 2009, S. 85).

⁷⁸ Vgl. dazu Kap. II/A/2 vorne.

2.2.2.2 Ziel und Zweck der psychiatrischen Abklärung

Das psychiatrische Teilgutachten hat vorweg den psychischen Gesundheitszustand der versicherten Person darzulegen (bzw. den psychopathologischen Befund zu erheben) sowie die Bedeutung des Unfalls und/oder dessen Folgen im Kontext der Anamnese auszuleuchten. Auch hier gilt, dass Teilursächlichkeit für eine Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs genügt. Damit der Rechtsanwender die ihm obliegende Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs vornehmen kann, hat sich - wie hievor erwähnt - das psychiatrische Teilgutachten namentlich auch zur Frage nach dem Verhältnis der psychischen Beschwerden zum übrigen Beschwerdenkomplex zu äussern. Die Unterscheidung einer „schleudertraumatypischen“, darin aufgehenden psychischen Problematik einerseits von einer sekundären psychischen Fehlentwicklung andererseits, ist von erheblicher rechtlicher Tragweite, weil die Schleudertrauma-Praxis nach geltender Rechtsprechung nur dann zur Anwendung gelangt, wenn die psychische Problematik als Bestandteil des gesamten Beschwerdekomplexes zu werten ist, andernfalls die „Psycho-Praxis“ Anwendung erheischt,⁷⁹ was letztlich dem Gleichbehandlungsgrundsatz – mindestens im Ansatz – Rechnung trägt: Denn würden psychische Beschwerden, die im Anschluss an einen Unfall mit Distorsionsverletzung der HWS auftreten, ungeachtet ihrer Pathogenese stets nach den Grundsätzen der Schleudertrauma-Praxis auf ihre Adäquanz hin überprüft, „bestünde die Gefahr, identische natürlich kausale psychische Unfallfolgen adäquanzrechtlich allein deshalb unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem, ob beim Unfall zusätzlich eine Distorsionsverletzung der HWS (oder ein äquivalenter Verletzungsmechanismus) auftrat oder nicht [...]“⁸⁰ Vergleichbare Sachverhalte sollen also nicht deshalb rechtlich ungleich behandelt werden, weil eine versicherte Person bei einem Unfall (auch) eine Distorsion der HWS erlitten hat, was dem Umstand Rechnung trägt, dass Schmerzsyndrome diverse Ursachen, auch solche psychosozialer oder soziokultureller Natur, haben können.⁸¹ Ein sekundäres psychisches Leiden im Sinne der Rechtsprechung zeichnet sich mit andern Worten dadurch aus, dass es – im Hinblick auf einen (allenfalls latenten) psychopathologischen Vorzustand des Exploranden – auch ohne HWS-Distorsion bzw. durch einen anderen Unfall oder ein anderes belastendes Ereignis früher oder später hätte ausgelöst werden können. Präzisierend ist jedoch darauf hinzuweisen, dass mit der blossen Feststellung einer sekundären psychischen Fehlentwicklung noch keine abschliessende Beurteilung der (vom Gutachter zu beantwortenden) Frage nach dem Vorliegen des natürlichen Kausalzusammenhangs einhergeht, weil Teilursächlichkeit nach dem bereits Gesagten für dessen Annahme grundsätzlich genügt. Die Frage nach dem Vorliegen einer sekundären Fehlentwicklung bezweckt einzig – aber immerhin – eine sachgerechte Beurteilung geltend gemachter versicherungsrechtlicher Ersatzansprüche, indem die Natur der geklagten Beschwerden unter Einbezug sämtlicher Umstände zu eruieren ist.⁸²

Die Frage nach dem Verhältnis der psychischen Beschwerden zum übrigen Beschwerdebild muss der Experte grundsätzlich stets anhand des konkreten Einzelfalls,

⁷⁹ Vgl. dazu Kap. I vorne.

⁸⁰ Urteil U 277/04 vom 30. September 2005 Erwägung 4.2.2; bestätigt mit Urteil 8C_957/2008 vom 1. Mai 2009 Erwägung 4.2.

⁸¹ Urteil U 425/04 vom 14. September 2005 Erwägung 2.3 mit Hinweisen.

⁸² Während im sozialen Unfallversicherungsrecht beim Vorliegen einer (natürlich kausalen) sekundären psychischen Beschwerdenproblematik die Frage nach deren rechtlichen Zurechenbarkeit zum Unfall schlechthin geprüft wird, führt sie im Haftpflichtrecht – sofern der adäquate Kausalzusammenhang nicht auch hier verneint werden muss – nach heute geltender Rechtsprechung in der Regel lediglich zu einer Herabsetzung des Ersatzanspruchs im Sinne von Art. 43 bzw. 44 Abs. 1 OR, je nach Massgabe des Ausmasses der im Zivilrecht als solche bezeichneten konstitutionellen Prädisposition (BGE 131 III 12 vom 14. September 2004 Erwägung 4; vgl. dazu jedoch Fussnote 137 hinten).

unter Berücksichtigung sämtlicher prä- und posttraumatischer Faktoren (psychosoziales und/oder soziokulturelles Umfeld) sowie gestützt auf Art und Ausmass (Pathogenese) des psychischen Leidens, beurteilen.⁸³ Die Judikatur geht etwa dann von einem eigenständigen psychischen Leiden aus, wenn die psychische Problematik schon kurze Zeit nach dem Unfall einsetzte und bis zum massgebenden Zeitpunkt des Fallabschlusses (in der obligatorischen Unfallversicherung) ausgeprägt war⁸⁴ oder wenn die nach einem Unfall aufgetretene psychische Problematik als reaktiver vorbestehender (allenfalls latenter) Gesundheitsschaden einzustufen ist, dessen posttraumatische Ausprägung sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch nach einem Unfall mit anders gearteter Verletzung in gleicher Weise hätte einstellen können.⁸⁵ So gelten beispielsweise die somatoforme Schmerzstörung,⁸⁶ die Neurasthenie,⁸⁷ die Konversionsstörung,⁸⁸ die dissoziative Störung⁸⁹, die Fibromyalgie⁹⁰ sowie das (generalisierte) myofasziale Syndrom⁹¹ als Beschwerdebilder sekundärer Natur – mithin nicht als blossе Symptome der anlässlich des Unfalls erlittenen Distorsion der HWS oder einer äquivalenten Verletzung. Aber auch eine reaktive Depression kann eine sekundäre psychische Gesundheitsstörung darstellen.⁹²

2.2.2.3 Die Durchführung der psychiatrischen Begutachtung

Sowohl die Durchführung der Begutachtung als solche als auch die anschliessenden Schlussfolgerungen der Experten in den Gutachten geben in der Praxis immer wieder zu Diskussionen Anlass. Das Bundesgericht hat deshalb wiederholt zur beweisrechtlichen Validität psychiatrischer Beurteilungen Stellung genommen.

Das psychiatrische Teilgutachten sollte in aller Regel⁹³ von einem Experten durchgeführt werden, der über einen Facharzttitel für Psychiatrie und Psychotherapie⁹⁴ sowie über versicherungsrechtliche und versicherungsmedizinische Kenntnisse verfügt (die Durchführung der Begutachtung einzig durch einen Psychologen ist zumindest nicht unproblematisch⁹⁵). Dazu ist – nebst den üblichen Erhebungen zum klinisch-

⁸³ Vgl. Kap. II/B/2.2.2.3 hinten.

⁸⁴ Urteil 8C_33/2008 vom 20. August 2008 Erwägung 6.2.2.

⁸⁵ Urteil U 462/04 vom 13. Februar 2006 Erwägung 2.2.2.

⁸⁶ Urteil U 277/04 vom 30. September 2005 Erwägung 4.2.

⁸⁷ Urteil U 379/04 vom 1. April 2005 Erwägung 5.3.

⁸⁸ Urteil U 274/04 vom 17. März 2005 Erwägung 5.1.

⁸⁹ Urteil U 210/05 vom 23. März 2006 Erwägung 5.3.

⁹⁰ Urteil U 435/06 vom 19. Juni 2007 Erwägung 5.2; bestätigt in Urteil 8C_217/2008 vom 20. März 2009 Erwägung 7.1.

⁹¹ Urteil U 339/06 vom 6. März 2007 Erwägung 5.1: Als sekundär ist das myofasziale Syndrom nach höchstrichterlicher Rechtsprechung insbesondere dann zu bezeichnen, wenn es sich nicht lediglich auf einen lokalen (zervikalen) Bereich beschränkt.

⁹² Urteil U 238/05 vom 31. Mai 2006 Erwägung 4.2.2: Dieses Beispiel zeigt auf, wie die unmittelbaren Unfallfolgen durch sekundäre psychosoziale Belastungsfaktoren (Verlust des Geschäfts, Scheidung, finanzielle Probleme) verdrängt wurden. Auch dokumentiert dieses Beispiel, wie wichtig die Erhellung der gesamten psychosozialen (und allenfalls soziokulturellen) Aspekte für eine sämtlichen Umständen Rechnung tragende psychiatrische Exploration ist.

⁹³ Zu allfälligen (und restriktiv) zu handhabenden Ausnahmen von der Regel, vgl. Kap 2.2 vorne.

⁹⁴ Urteil 9C_164/2008 vom 7. August 2008 Erwägung 4.3 sowie Urteil I 142/07 vom 20. November 2007, welches in Erwägung 3.2.4 bezüglich fachlicher Qualifikation des Experten auf die Leitlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie für die Begutachtung psychischer Störungen (nachstehend: Leitlinien Versicherungspsychiatrie) verweist. Diese Leitlinien haben indes nicht verbindlich-behördlichen Charakter, sondern formulieren „den fachlich anerkannten Standard für eine sachgerechte, rechtsgleiche psychiatrische Begutachtungspraxis in der Schweiz“ (vgl. Urteil 8C_694/2008 vom 5. März 2009 Erwägung 5.3).

⁹⁵ Urteil I 77/07 vom 4. Januar 2008 Erwägung 6.3.

psychiatrischen Status – eine eingehende und kritische Exploration der häuslichen, familiären Verhältnisse, der sozialen Beziehungen und Kontakte, der sozialen Einbindung – kurz: des psychosozialen Umfelds – unerlässlich.⁹⁶ Dazu gehören auch Fragen u.a. zur Freizeitgestaltung und des Tagesablaufs sowie Fragen zu Zukunftsvorstellungen.⁹⁷ Ebenso sind allfällige soziokulturelle Faktoren (kulturelles Niveau, Mentalität, Analphabetismus)⁹⁸ im Rahmen der Exploration zu berücksichtigen. Sofern dieselbe eine psychosoziale und/oder soziokulturelle Konfliktkonstellation ans Licht befördert, ist es wichtig, dass das psychiatrische Gutachten nicht nur pauschal auf deren Vorliegen hinweist (was nicht genügen würde), sondern die festgestellten Konflikte benennt und die darauf zurückgeführten psychodynamischen Prozesse aufzeigt, wobei derlei Interpretationen und Wertungen klar als solche zu kennzeichnen und von den Befunden abzugrenzen sind. Zusätzliche fremdanamnestic Erhebungen sind allenfalls dann durchzuführen, wenn sich der Gutachter von einer solchen Abklärung einen wesentlichen Erfahrungsgewinn verspricht.⁹⁹ Ein solcher kann sich dann ergeben, wenn der Explorand anlässlich der gutachtlichen Untersuchung über sein Schmerzerlebnis und/oder sein psychosoziales/soziokulturelles Umfeld ungenügend Auskunft gibt oder sich ganz ausschweigt.¹⁰⁰

Die zeitliche Dauer einer psychiatrischen Abklärung sollte sich nach der abzuklärenden Psychopathologie und den sich stellenden versicherungsrechtlichen Fragen richten: Ein unangemessen kurzes Explorationsgespräch kann die Beweiskraft eines psychiatrischen (Teil)gutachtens schmälern oder ganz in Frage stellen.¹⁰¹ Angaben zur Dauer der psychiatrischen Begutachtung sind mithin wünschenswert. Allerdings kann der Beweiswert des psychiatrischen (Teil)gutachtens nicht allein mit dem Argument in Frage gestellt werden, dass es an entsprechenden zeitlichen Angaben fehlt oder die Untersuchung zu kurz war, was jedenfalls dann gilt, wenn – mit Blick auf den im medizinischen Dossier dokumentierten Sachverhalt – keine Hinweise auf materielle Mängel des Gutachtens bestehen.¹⁰²

Auch die vom psychiatrischen Gutachter erhobenen Befunde müssen im Rahmen eines anerkannten Klassifikationssystems (ICD-10 oder DSM IV) kategorisiert werden.¹⁰³ Eine (rechtsprechungsgemässe) Priorisierung des einen oder anderen Klassifikationssystems besteht nicht. In der gutachtlichen Praxis hat sich jedoch die Klassifizierung mittels ICD-10 weit überwiegend durchgesetzt.¹⁰⁴ Eine allfällige psychiatrische Diagnose muss – unter Bezugnahme auf die diagnostischen Kriterien – begründet werden, wobei differentialdiagnostische Erwägungen erkennbar sein sollten. Es liegt sodann auf der Hand, dass der bestmöglichen Verständigung zwischen dem Gutachter und der

⁹⁶ Vgl. Urteil 9C_164/2008 vom 7. August 2008, worin das Bundesgericht in Erwägung 4.3 darauf hinweist, dass die Ausleuchtung des sozialen Hintergrundes und der Beziehungen des Exploranden für gewisse Diagnosestellungen (in casu dissoziative Störung und Konversionsstörung) vorauszusetzen ist.

⁹⁷ Empfehlungen Konsensusgruppe, a.a.O. S. 1184.

⁹⁸ Vgl. dazu Urteil I 568/06 vom 22. November 2006 Erwägung 5.3.1.

⁹⁹ Urteil I 58/06 vom 13. Juni 2006 Erwägung 2.3.

¹⁰⁰ Vgl. dazu MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: SCHAFFHAUSER/SCHLAURI [Hrsg.], Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 63.

¹⁰¹ Urteil I 1094/06 vom 14. November 2007 Erwägung 3.1.1: Die diesem Entscheid zugrunde liegende Exploration dauerte 20 Minuten.

¹⁰² Urteile 9C_531/2007 vom 3. Juni 2008 Erwägung 2.2.4 sowie 8C_491/2008 vom 9. März 2009 Erwägung 3.2. Im Grundsatz wird eine psychiatrische Begutachtung einen höheren Zeitaufwand erfordern als eine Begutachtung somatischer Fachrichtung (vgl. Urteil 9C_55/2009 vom 1. April 2009 Erwägung 3.3).

¹⁰³ Urteil I 391/06 vom 9. August 2006 Erwägung 3.2; vgl. auch Empfehlungen Konsensusgruppe, a.a.O., S. 1184 sowie Leitlinien Versicherungspsychiatrie, a.a.O., S. 1051.

¹⁰⁴ Vgl. auch Urteil I 203/06 vom 28. Dezember 2006 Erwägung 4.4, worin das damalige EVG bei der Beurteilung einer posttraumatischen Belastungsstörung dem Klassifikationssystem ICD-10 den Vorrang einräumte.

versicherten Person besonderes Gewicht zukommt, andernfalls muss ein Dolmetscher¹⁰⁵ beigezogen werden, wobei der entsprechende Antrag grundsätzlich von der versicherten Person auszugehen hat und beim Versicherungsträger zu stellen ist.¹⁰⁶ Wird kein Dolmetscher beigezogen ist es angezeigt, wenn der Gutachter gegebenenfalls bei der Abfassung des Teilgutachtens einleitend darauf hinweist und kurz aufzeigt, dass im Rahmen der Exploration keine Verständigungsschwierigkeiten bestanden haben.¹⁰⁷ Die im Schrifttum etwa geäusserte Forderung nach einer Aufzeichnung der Gespräche mit dem Exploranden¹⁰⁸ ist nicht zielführend. Zum Einen sind Angaben von Patienten mitunter ambivalent und bedürfen der Interpretation, welche in der Begutachtungssituation in einem medizinischen Kontext zu erfolgen hat und welche deshalb dem Arzt anheim gestellt ist.¹⁰⁹ Zum Andern ist zu beachten, dass für eine kritische Begutachtung generell und eine psychiatrische Exploration im Besonderen die Berücksichtigung nonverbaler Äusserungen (Mimik, Gestik, Verhalten generell, Diskrepanzen zwischen Aussagen und Verhalten etc.) mindestens genauso wichtig ist wie das Explorationsgespräch an sich.¹¹⁰ Im Übrigen ist die Qualität des Begutachtungsprozesses weitgehend von der Motivation und Mitarbeit des Exploranden abhängig, wozu sich der Gutachter auch zu äussern hat. Gemäss höchstrichterlicher Judikatur ist es überdies Aufgabe des Gutachters, auf offene Fragen oder Widersprüche aufmerksam zu machen und Diskrepanzen zwischen den Angaben des Exploranden und dem psychischen Befund zu erläutern.¹¹¹ Von testpsychologischen Untersuchungen (z.B. gemäss den AMDP-Richtlinien [Arbeitsgemeinschaft für Methodik und Dokumentation in der Psychiatrie]) ist sodann – wenn überhaupt – mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen. Sie können eine Ergänzung sein, vermögen aber die umfassende klinische Untersuchung nicht zu ersetzen.¹¹² Selbstverständlich muss sodann – wie schon der Experte der somatischen Fachrichtung¹¹³ – auch der psychiatrische Gutachter die Angaben der versicherten Person auf deren Konsistenz und Plausibilität hin überprüfen.¹¹⁴

¹⁰⁵ Der Beizug eines Dolmetschers kann selbstredend auch für andere Fachbegutachtungen erforderlich sein (vgl. Kap. II/B/1 vorne). Nicht erforderlich ist der Beizug eines professionellen (oder über medizinisches Fachwissen verfügenden) Übersetzers (vgl. Urteil I 77/07 vom 4. Januar 2008 Erwägung 5.2).

¹⁰⁶ Urteil I 58/06 vom 13. Juni 2006 Erwägung 2.4.

¹⁰⁷ Es besteht kein Anspruch der versicherten Person auf Untersuchung in der Muttersprache oder den Beizug eines Dolmetschers. Im Rahmen sorgfältiger Auftragserfüllung hat indes letztlich der Gutachter zu entscheiden, ob – trotz fehlendem Gesuch seitens der versicherten Person – der Beizug eines Dolmetschers im Einzelfall erforderlich ist, damit das Gutachten eine rechtsgenügende Beweisbasis darstellt bzw. einem unter Verständigungsschwierigkeiten zustande gekommenen Gutachten der Beweiswert allenfalls abgehen kann (vgl. Urteil 9C_822/2008 vom 21. April 2009 Erwägung 3.4.1).

¹⁰⁸ Vgl. Evalotta Samuelsson, Präzisierung der Schleudertrauma-Praxis, in: HAVE 2/2008 S. 146 f.

¹⁰⁹ Von einer professionell tätigen Gutachterstelle darf angenommen werden, dass deren für sie tätigen Ärzte in der Lage sind, eine vollständige und korrekte Anamneseerhebung durchzuführen und im Gutachten wiederzugeben. Gegenteiliges zu vermuten hiesse, den Gutachtern a priori systematische Falschangaben im Gutachten zu unterstellen.

¹¹⁰ Leitlinien Versicherungspsychiatrie, a.a.O., S. 1050; vgl. auch Urteil I 77/07 vom 4. Januar 2008 Erwägung 5.1.1.

¹¹¹ Urteil 8C_802/2007 vom 5. Mai 2008 Erwägung 5.3; vgl. auch Leitlinien Versicherungspsychiatrie, a.a.O., S. 1050.

¹¹² Leitlinien Versicherungspsychiatrie, a.a.O., S. 1051 Ziffer 7, vgl. auch Urteil I 391/06 vom 9. August 2006 Erwägung 3.2.2, bestätigt mit Urteil 9C_305/2009 vom 26. Juni 2009 Erwägung 3.4.1.

¹¹³ Vgl. Kap. II/B/2.2.1.3 vorne.

¹¹⁴ Hans-Jakob Mosimann und Gerhard Ebner nennen in ihrer Abhandlung „Objektiv nicht überwindbare“ Erwerbsunfähigkeit: Überlegungen zu Art. 7 Abs. 2 ATSG aus juristischer und psychiatrischer Sicht, in: SZS 2008 S. 532 dazu folgende Prüfungskriterien: Diskrepanz zwischen vorgetragene Beschwerden und erhobenen Befunden, Vagheit und Undifferenziertheit bei den Schilderungen, appellatives/demonstratives Vorbringen der Klagen, Differenzen zwischen Eigen- und Fremdanamnese, keine Abhängigkeit von Tageszeit, Differenzen zwischen geschilderter Beeinträchtigung und eruiertes Aktivität, Differenzen zwischen Beschwerden und Therapiemassnahmen (Medikamentenspiegel), fehlende Strategien zur Schmerzbewältigung sowie keine Möglichkeit für eine sachliche Diskussion über allfällige Verweistätigkeiten.

2.2.2.4 Die Beurteilung der Arbeits- bzw. Erwerbsfähigkeit

2.2.2.4.1 Im Allgemeinen

Das Gutachten hat sich auch zur Frage der verbliebenen Arbeits- bzw. Erwerbsfähigkeit (im angestammten Beruf sowie bezüglich allfälliger Verweistätigkeiten) bzw. dazu zu äussern, inwiefern die versicherte Person durch ihre Beschwerden in ihren physischen und/oder mentalen Funktionen eingeschränkt ist. Auch diese Beurteilung hat grundsätzlich polydisziplinär – mithin unter Berücksichtigung der Ergebnisse sämtlicher Fachdisziplinen – zu erfolgen, doch kann der psychiatrischen Beurteilung bei den BGE 134 V 109 unterliegenden Beschwerdebildern besondere Bedeutung zukommen.

Eine psychisch bedingte Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit setzt voraus, dass eine von einer soziokulturellen oder psychosozialen Belastungssituation zu unterscheidende und verselbständigte, fachärztlich erstellte psychische Störung mit Auswirkungen auf die Arbeits- bzw. Erwerbsfähigkeit vorliegt.¹¹⁵ Oder mit andern Worten: Sind die geltend gemachten Beschwerden und die darauf zurückgeführten erwerblichen Einschränkungen eine direkte Folge psychosozialer und/oder soziokultureller Faktoren, liegt insofern keine Krankheit im Rechtssinne vor.¹¹⁶ Ist demgegenüber ein psychisches Leiden diagnostiziert, so begründet dieses für sich alleine noch keine länger dauernde Arbeits- oder Erwerbsunfähigkeit. Massgebend ist diesfalls, ob die psychischen Beschwerden mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sind oder nicht. Es ist somit vom Grundsatz der Überwindbarkeit einer psychischen Störung auszugehen.¹¹⁷

Sind die psychischen Beschwerden im Sinne der Rechtsprechung überwindbar, so fehlt es am Kausalzusammenhang zwischen dem Gesundheitsschaden und der geltend gemachten Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit.

2.2.2.4.2 Im Speziellen: Grundsatz der Überwindbarkeit syndromaler Beschwerden

Bei Vorliegen eines „pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildes ohne nachweisbare organische Grundlage“¹¹⁸ – mithin im Falle einer Schmerzverarbeitungsstörung - kommt der psychiatrischen Fachperson bzw. dem Gutachter rechtsprechungsgemäss die Aufgabe zu, „durch die zur Verfügung stehenden diagnostischen Möglichkeiten fachkundiger Exploration der Verwaltung (und im Streitfall dem Gericht) aufzuzeigen, ob und inwiefern eine versicherte Person über psychische Ressourcen verfügt, die es ihr [...] erlauben, mit ihren Schmerzen umzugehen. Entscheidend ist, ob die betroffene Person, von ihrer psychischen Verfassung her besehen, objektiv an sich die Möglichkeit hat, trotz ihrer subjektiv erlebten Schmerzen einer Arbeit nachzugehen.“ Die Frage, ob die versicherte Person über Ressourcen zur willentlichen Schmerzüberwindung verfügt, prüft der Rechtsanwender anhand der in BGE

¹¹⁵ BGE 127 V 294 vom 5. Oktober 2001 Erwägung 5a.

¹¹⁶ Im Gegensatz zur Medizin folgt die Rechtsprechung nicht dem bio-psycho-sozialen Krankheitsmodell, sondern dem bio-psychischen Krankheitsverständnis, welches soziale Faktoren unberücksichtigt lässt (vgl. u.a. Urteil I 303/06 vom 17. August 2006 Erwägung 5.2).

¹¹⁷ Bereits in BGE 102 V 165 vom 11. Oktober 1976 hat das damalige EVG festgehalten, dass psychisch bedingte Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, Arbeit in ausreichendem Masse zu verrichten, zu vermeiden vermöchte, invalidenversicherungsrechtlich nicht von Belang sind. Mit der Annahme der 5. IV-Revision durch den Souverän hat der heute als solcher bezeichnete Überwindbarkeitsgrundsatz auch Eingang in den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) gefunden, welcher im am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Art. 7 Abs. 2 Satz 2 festhält, dass eine Erwerbsunfähigkeit nur vorliegt, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist.

¹¹⁸ Urteil I 70/07 vom 14. April 2008 Erwägung 5.

130 V 352 vom 12. März 2004 (Erwägung 2.2.3) für die Beurteilung invalidenversicherungsrechtlicher Ansprüche genauer umschriebenen Foerster-Kriterien,¹¹⁹ wobei das Kriterium der psychischen Komorbidität im Vordergrund steht.¹²⁰

Ob eine Schmerzverarbeitungsstörung im Sinne der Rechtsprechung vorliegt, ist vorab insoweit aufgrund der Begutachtungsergebnisse aus den somatischen Fachbereichen zu beurteilen, als es darum geht, allfällige organische Ursachen der Beschwerden mit hinreichender Gewissheit auszuschliessen.¹²¹ Sind sodann die Voraussetzungen für eine Kategorisierung der Befunde im Rahmen eines anerkannten Klassifikationssystems erfüllt,¹²² erfolgt gegebenenfalls die Zuordnung des Syndromenkomplexes zu einer – in der Regel – psychiatrischen Diagnose, oftmals einer Somatisierungsstörung oder einer somatoformen Schmerzstörung. Diesen sind - sozialversicherungsrechtlich¹²³ - u.a. die dissoziative, die konversionsneurotische Störung¹²⁴ und die Neurasthenie¹²⁵ in Bezug auf die Rechtsprechung zur Überwindbarkeit (BGE 130 V 352) gleichgestellt, ebenso die Fibromyalgie¹²⁶ (als rheumatologische Diagnose), wobei unerheblich ist, ob am Anfang einer chronifizierten Schmerzproblematik die Folgen eines Schleudertraumas oder einer äquivalenten Verletzung standen.¹²⁷ In adäquanzrechtlicher Hinsicht dürfte in diesen Fällen in der Regel jeweils eine sekundäre psychische Fehlentwicklung vorliegen.¹²⁸ Indes kann nicht jedes syndromale Beschwerdebild in eine psychiatrische (oder rheumatologische) Diagnose gefasst werden, sei es, dass die entsprechenden Kriterien nicht erfüllt sind bzw. vermeintlich nicht erfüllt sind (etwa, wenn die versicherte Person keine, unvollständige oder unzutreffende anamnestische Angaben zu ihrer psychischen Verfassung und/oder ihrer psychosozialen Situation macht) oder sei es, dass die Beschwerden vorrangig durch psychosoziale und/oder soziokulturelle Faktoren verursacht werden.¹²⁹ Dies ändert jedoch nichts am Erfordernis, dass die Beschwerden im Rahmen eines wissenschaftlich anerkannten Klassifikationssystems fachärztlich diagnostisch zu erstellen sind; ist dies nicht möglich, liegt in rechtlicher Hinsicht kein Gesundheitsschaden mit Krankheitswert vor.

¹¹⁹ Weil die invalidenversicherungsrechtliche Bedeutung sogenannter somatoformer Schmerzstörungen und damit vergleichbarer, syndromaler Zustände in den vergangenen Jahren stark zugenommen hat, wurden für die Prüfung deren Überwindbarkeit die sogenannten „Foerster-Kriterien“ in die Rechtsprechung aufgenommen, um eine rechtsgleiche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit von Schmerzpatienten zu gewährleisten. Die Rechtsprechung gemäss BGE 130 V 352 kann somit als Konkretisierung der bereits mit BGE 102 V 165 ins Leben gerufenen Judikatur (vgl. Fussnote 118 vorne) betrachtet werden. Sie kommt selbstredend auch im Bereich des sozialen Unfallversicherungsrechts zum Tragen (vgl. Urteil U 84/04 vom 9. Dezember 2004 Erwägung 4.4).

¹²⁰ Nebst dem bereits erwähnten Kriterium der psychischen Komorbidität definiert das Bundesgericht unter Berufung auf Klaus Foerster die folgenden Kriterien, bei deren (teilweisen) Vorliegen ausnahmsweise von der Unüberwindbarkeit einer somatoformen Schmerzstörung oder einer ähnlichen syndromalen Pathogenese auszugehen ist: (1) chronische körperliche Begleiterkrankungen und mehrjähriger Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerfristige Remission, (2) ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens, (3) ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn [„Flucht in die Krankheit“]); oder schliesslich (4) unbefriedigende Behandlungsergebnisse trotz konsequent durchgeführter ambulanter und/oder stationärer Behandlungsbemühungen (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) und gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung.

¹²¹ Vgl. Kap. 2.2.1.2 vorne.

¹²² Vgl. Kap. 2.2.2.3 vorne.

¹²³ Vgl. jedoch Fussnote 137 hinten.

¹²⁴ Urteil 9C_903/2007 vom 30. April 2008 Erwägung 3.4.

¹²⁵ Urteil I 70/07 vom 14. April 2008 Erwägung 5.

¹²⁶ BGE 132 V 65 vom 8. Februar 2006 Erwägung 4.

¹²⁷ Urteil 9C_903/2007 vom 30. April 2008 Erwägung 3.3 sowie Urteil 9C_320/2008 vom 26. August 2008 Erwägung 4.3.3.

¹²⁸ Vgl. Kap. 2.2.2.2 vorne.

¹²⁹ Vgl. Kap. 2.2.2.4.1 vorne.

Mit Blick auf die Judikatur ist für die Beurteilung der Frage hinsichtlich Anwendbarkeit der Rechtsprechung zur Überwindbarkeit syndromaler Beschwerdebilder denn auch einzig entscheidend, ob eine mutmassliche, länger dauernde Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit aufgrund eines solchen Gesundheitsschadens überhaupt besteht oder nicht. Die möglichen Ursachen desselben sind in diesem Zusammenhang zweitrangig,¹³⁰ denn nach Massgabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterliegen „sämtliche“ unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage den Anforderungen, wie sie in BGE 130 V 352 konzipiert wurden.¹³¹ Sofern solche Beschwerden somit nicht oder nicht hinreichend durch ein organisches Substrat erklärt werden können, kommt die Rechtsprechung gemäss BGE 130 V 352 zum Tragen. Die Organizität eines Beschwerdesubstrats hat sich dabei nach Massgabe derselben Voraussetzungen zu beurteilen, wie sie für die Frage nach der Zulässigkeit einer separaten Adäquanzprüfung im Unfallversicherungsrecht gemäss UVG statuiert wurden.¹³²

Daraus ist zu folgern, dass die BGE 134 V 109 subsumierten Beschwerdebilder insofern analog der Rechtsprechung zu den somatoformen Schmerzstörungen und damit vergleichbaren Pathogenesen zu handhaben sind, als es um die Beurteilung deren geltend gemachten Folgen für die Arbeits- bzw. Erwerbsfähigkeit geht. Dies gilt unabhängig davon, ob allfällige psychische Beschwerden sekundärer Natur im Sinne der Rechtsprechung oder aber „lediglich“ Bestandteil des sogenannten „typischen bunten Beschwerdebildes“ sind. Denn wie das Bundesgericht in BGE 134 V 109 Erwägung 7.2 bekräftigt hat, zählen die Folgen von Schleudertraumen und äquivalenten Verletzungen zu den organisch nicht oder nicht hinreichend nachweisbaren Gesundheitsschäden,¹³³ welchen überdies – aufgrund der fehlenden Spezifität der in ihrem Zusammenhang geklagten Beschwerdebilder – syndromaler Charakter zukommt. Es würde kaum einleuchten, z.B. das Fibromyalgiesyndrom der Konzeption von BGE 130 V 352 zu unterwerfen, die Folgen von Schleudertraumen und äquivalenten Verletzungen jedoch nicht, nachdem sich in Bezug auf die Symptomatologie der beiden Syndromenkomplexe kaum Unterschiede ausmachen lassen. Damit sind die BGE 134 V 109 unterliegenden Beschwerdebilder rechtlich den übrigen syndromalen Beschwerdebildern in Bezug auf die Beurteilung der Frage des Kausalzusammenhangs zwischen dem Gesundheitsschaden und einer länger dauernden Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit gleichzustellen. Gegenteilig zu verfahren hiesse, vergleichbare Gesundheitsschäden trotz ihrer Vergleichbarkeit rechtlich ungleich zu behandeln, was nicht statthaft wäre.¹³⁴

Liegt ein (medizinisch hinreichend erstelltes) unklares syndromales Beschwerdebild im erwähnten Sinne vor, so hat der psychiatrische Gutachter – wie bereits eingangs dieses Kapitels erwähnt – zu erörtern, ob die versicherte Person über Ressourcen zur willentlichen Schmerzüberwindung verfügt. Er tut dies, indem er prüft, ob eine psychische Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer oder weitere Umstände gegeben sind, welche die Schmerzbewältigung im konkreten Fall behindern. Die Frage, ob eine allfällige psychische Komorbidität hinreichend erheblich ist und/oder einzelne oder mehrere der Foerster-Kriterien in genügender Intensität erfüllt sind, um den Schluss auf eine nicht überwindbare Schmerzverarbeitungsstörung zuzulassen, ist jedoch rechtlicher Natur.¹³⁵

¹³⁰ Urteil 9C_320/2008 vom 26. August 2008 Erwägung 4.3.2: Namentlich impliziert die Bejahung sowohl des natürlichen wie des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen einem Unfall und den in der Folge geklagten Beschwerden noch nicht deren invalidisierende Relevanz.

¹³¹ Urteil I 70/07 vom 14. April 2008 Erwägung 5.

¹³² Vgl. dazu Kap. 2.2.1.3 vorne.

¹³³ Vgl. dazu Kap. I vorne.

¹³⁴ Mit Urteil vom 30.8.2010 hat das Bundesgericht diese Auffassung nun bestätigt (vgl. 9C_510/2009 Erwägung 3.2.3).

¹³⁵ Vgl. dazu statt vieler: Urteil 9C_820/2007 vom 2. September 2008 Erwägung 4.1. Anzuführen ist, dass die Feststellungen hinsichtlich des Vorliegens psychischer Beeinträchtigungen tatsächlicher Natur sind.

Nach bisheriger Judikatur ist bei Fehlen einer hinreichend ausgeprägten psychiatrischen Komorbidität die Überwindbarkeit in der Regel zu bejahen, was es jedoch nicht ausschliesst, dass - bei Fehlen oder nicht hinreichender Ausprägtheit einer psychiatrischen Komorbidität und gleichzeitig gehäuftem Vorliegen der übrigen Foerster-Kriterien - die Überwindbarkeit ausnahmsweise zu verneinen ist.^{136 137}

2.2.3 Die neuropsychologische Abklärung

2.2.3.1 Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht verlangt „gegebenenfalls auch“ eine neuropsychologische Abklärung. Die Einbindung dieser Fachrichtung in eine polydisziplinäre Begutachtung hat somit zweite Priorität und deren Erforderlichkeit hat sich nach den jeweils konkreten Umständen zu beurteilen.

2.2.3.2 Fehlende Eignung für einen rechtsgenügenden Kausalitätsnachweis

¹³⁶ Urteil 9C_119/2009 vom 27. Februar 2009 Erwägung 2.3.2.

¹³⁷ Der Grundsatz, wonach eine somatoforme Schmerzstörung oder ein damit vergleichbarer syndromaler Schmerzzustand mit zumutbarer Willensanstrengung überwindbar ist, stellt eine sich auf die medizinische Empirie stützende Vermutung dar, weshalb sich die Anwendbarkeit des Überwindbarkeitsgrundsatzes nicht auf den öffentlich-rechtlichen Normenbereich beschränkt, sondern auch im Zivilrecht - namentlich im Haftpflichtrecht - Geltung beansprucht. Denn es wäre kaum nachvollziehbar, eine geschädigte Person in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht als grundsätzlich arbeits- bzw. erwerbsfähig, aus haftpflichtrechtlicher Sicht dagegen – aufgrund desselben Beschwerdebildes – als grundsätzlich arbeits- bzw. erwerbsunfähig zu beurteilen (vgl. auch: Hardy Landolt, Zürcher Kommentar, Band V 1c, N 89 ff. zu Art. 46 OR; Bruno Schatzmann, Die Invaliditätsbemessung im Haftpflichtrecht am Beispiel des Erwerbsschadens, in: Stephan Weber [Hrsg.], HAVE, Personen-Schaden-Forum 2008, S. 57).

Für die Einschätzung der wirtschaftlichen Folgen eines geltend gemachten Gesundheitsschadens wird der (Zivil)richter gestützt auf die tatsächlichen (medizinischen) Grundlagen als erstes feststellen, ob eine psychische Störung bzw. eine (hier interessierende) Schmerzverarbeitungsstörung im Sinne einer somatoformen Schmerzstörung oder eines vergleichbaren, syndromalen Zustandes mit medizinisch-theoretischer Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit und/oder einer Einschränkung in der Haushaltsführung vorliegt. Den Nachweis des Gesundheitsschadens hat die geschädigte Person zu erbringen, ebenso hat sie die Kausalität zwischen dem Gesundheitsschaden und den geltend gemachten wirtschaftlichen Folgen (haftungsausfüllender Kausalzusammenhang) zu beweisen. Letztere unterliegt jedoch dem Regime von Art. 42 Abs. 2 OR und der darin statuierten Beweiserleichterung zugunsten der geschädigten Person.

Der Richter wägt ab, welche Auswirkungen die im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR glaubhaft gemachte (medizinisch-theoretische) Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit konkret hat, wobei er abschätzen muss, ob es der geschädigten Person – trotz (gutachtlich festgestellter) gesundheitlicher Einschränkungen - mittels einer zumutbaren Willensanstrengung möglich ist, die geklagten Beschwerden bezogen auf eine geltend gemachte Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit oder eine Behinderung in der Haushaltsführung zu überwinden. Dabei orientiert er sich am Überwindbarkeitsgrundsatz, wobei er im Einzelfall anhand der Foerster-Kriterien falsifiziert oder verifiziert, ob der Schmerzzustand mittels einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar ist oder nicht, der geltend gemachte wirtschaftliche Schaden mithin besteht oder nicht.

Ferner kann der Überwindbarkeitsgrundsatz auch im privatversicherungsrechtlichen Bereich Geltung beanspruchen, sofern keine anders lautenden vertraglichen Vereinbarungen dem entgegenstehen. Im Fokus steht dabei namentlich die Krankentaggeldversicherung, zumal die Anwendung der Überwindbarkeitsrechtsprechung keinen dauerhaften psychischen bzw. psychogenen Gesundheitsschaden voraussetzt, sondern lediglich – aber immerhin – eine länger dauernde Arbeitsunfähigkeit: Das Bundesgericht hat für den Krankentaggeldbereich gemäss KVG die analoge Berücksichtigung der Überwindbarkeitsrechtsprechung bejaht (vgl. Urteil K 110/06 vom 30. Oktober 2007 Erwägung 3.2.2), weshalb nichts gegen deren Berücksichtigung auch im Rahmen der Krankentaggeldversicherung gemäss VVG spricht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit mehrere Monate andauert (vgl. auch: Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich, KK.2007.00019 vom 29. Mai 2009).

Die neuropsychologische Abklärung beruht in massgeblicher Weise auf Leistungstests, gestützt auf welche kognitive Störungen nicht ohne weiteres objektiviert werden können, da psychologische Testergebnisse nicht als objektive Leistungs- und Störungsmasse betrachtet werden dürfen.¹³⁸ Entsprechend kann eine neuropsychologische Abklärung nur im Verbund mit den Ergebnissen anderer medizinischer Fachrichtungen valide Aussagen zur Frage der natürlichen Kausalität zwischen einem Unfall und geklagten Beschwerden liefern.¹³⁹ Als Einzeldisziplin ist sie dagegen nicht geeignet, einen (den beweisrechtlichen Anforderungen genügenden) Nachweis unfallbedingter hirnorganischer Funktionsstörungen zu erbringen.¹⁴⁰ Somit lässt sich sagen, dass in denjenigen Fällen, in denen keine Anhaltspunkte für strukturelle hirnorganische Verletzungen oder neurologische Ausfälle im Sinne einer Schädigung des zentralen Nervensystems vorliegen und/oder der natürliche Kausalzusammenhang zwischen den Beschwerden und dem (mutmasslich) zugrunde liegenden Unfallereignis aufgrund der Beurteilungen der neurologischen, orthopädischen sowie psychiatrischen Fachrichtungen ohnehin zu verneinen ist, keine neuropsychologische Beurteilung erfolgen muss, da aus deren allenfalls von den Hauptbegutachtungen abweichenden Ergebnissen keine rechtlich relevanten Schlüsse gezogen werden könnten.¹⁴¹

2.2.3.3 Die Durchführung der neuropsychologischen Begutachtung

Wird eine neuropsychologische Testung durchgeführt - sei es, dass eine organische Hirnläsion ausgewiesen ist (diesfalls handelt es sich aber um einen Sachverhalt, der nicht in den Anwendungsbereich von BGE 134 V 109 fällt¹⁴²) oder sei es, dass der natürliche Kausalzusammenhang nach den Begutachtungen durch die neurologische und orthopädische sowie psychiatrische Fachrichtung bejaht wird und es um die Erfassung, Beschreibung und Quantifizierung psychischer Funktionen (Gedächtnis, Aufmerksamkeit, Konzentration, Reaktion, Motivation, Exekutivfunktion, emotionale Funktionen) geht - muss sie gewissen Qualitätskriterien standhalten. Da psychologische Testergebnisse in besonderem Masse von der Kooperationsbereitschaft des Exploranden abhängig sind bzw. psychologische Tests nicht ohne eine Überprüfung der Leistungsmotivation unbeschrieben als gültig akzeptiert werden dürfen, sind – damit die Motivation der untersuchten Person überprüft werden kann – routinemässig Beschwerde- bzw. Symptomvalidierungstests durchzuführen.^{143 144 145} Der verwendete Test ist zu benennen und die Testergebnisse sollten in der neuropsychologischen Fachexpertise nicht nur

¹³⁸ Vgl. auch Urteil I 391/06 vom 9. August 2006 Erwägung 3.2.2.

¹³⁹ Urteil U 43/07 vom 19. Februar 2008 Erwägung 3.4; Hans Rudolf Stöckli, Das Medizinische Kausalitätsgutachten. Probleme der Kausalitätsbeurteilung aus Sicht des Medizinischen Gutachters, in: Stephan Weber (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2009, S. 75.

¹⁴⁰ Urteil U 273/06 vom 9. August 2006 Erwägung 3.3.

¹⁴¹ Vgl. Urteil 8C_217/2008 vom 20. März 2009 Erwägung 6.1.

¹⁴² Vgl. Kap. II/A/1 vorne.

¹⁴³ Thomas Merten, Neue Aspekte in der Beurteilung psychoreaktiver und neuropsychologischer Störungen als Leistungsgrund - Nicht authentische Beschwerden: vorgetäuschte neuropsychologische Störungen, in: Der medizinische Sachverständige 2006, S. 58 f.; darauf Bezug nehmend: Urteil U 60/06 vom 19. September 2006 Erwägung 4.2.2.

¹⁴⁴ Der Beschwerdevalidierungstest (BVT) ist als notwendiges, jedoch nicht hinreichendes Abklärungselement zu qualifizieren. Mit andern Worten ergänzt er die medizinische Abklärung, ersetzt diese jedoch nicht. Zudem sind nicht alle (zahlreich zur Verfügung stehenden) BVT in gleichem Masse geeignet bzw. liefern nicht alle BVT gutachtlich verwertbare, zuverlässige Ergebnisse. Indes ist zu postulieren, dass die Verwendung von BVT systematisiert wird (vgl. dazu: Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW, Departement Gesundheit; Jan Kool, André Meichtry, René Schaffert, Peter Rüesch, Der Einsatz von Beschwerdevalidierungstests in der IV-Abklärung: Gutachten zuhanden des BSV, Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Nr. 4/08, August 2008, S. 81).

¹⁴⁵ Der BVT kann ferner nützliche Angaben liefern, wenn es um die Plausibilitätsprüfung von Beschwerdenangaben bei der Begutachtung in den übrigen Fachdisziplinen geht (vgl. Kap. 2.2.1.3 hinten).

kommentiert, sondern auch – beispielsweise in Form eines Anhangs – dem Gutachten beigelegt werden.¹⁴⁶

2.2.4 Otoneurologische und ophthalmologische Abklärungen?

Bei „spezifischer Fragestellung und zum Ausschluss von Differentialdiagnosen“ erachtet das Bundesgericht sodann auch die Durchführung von otoneurologischen und/oder ophthalmologischen Abklärungen als angezeigt. Es beruft sich dabei auf die Empfehlungen der Konsensusgruppe,¹⁴⁷ welche jedoch nicht näher ausführen, unter welchen Voraussetzungen solche Zusatzuntersuchungen erforderlich sein könnten. Die Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Neurologie zum Beschleunigungstrauma der Halswirbelsäule empfehlen demgegenüber ausdrücklich keine zusätzlichen otoneurologischen Untersuchungen.¹⁴⁸ Damit stellt sich die Frage, unter welchen Umständen dennoch solche Zusatzuntersuchungen allenfalls in Betracht zu ziehen sind: Eine otoneurologische Untersuchung ist aus medizinischer Sicht nur dann indiziert, wenn aufgrund der Klinik pathologische Befunde an den Gleichgewichtsorganen zu vermuten sind. Die Angabe von Schwindel stellt im Rahmen der Begutachtungssituation keine hinreichende medizinische Indikation für eine otoneurologische Abklärung dar, da dessen Ursachen mannigfaltiger Natur sein können und Schwindel eine sehr hohe Prävalenzrate aufweist, wobei der somatoforme Schwindel einen grossen Anteil der komplexen Schwindelsyndrome ausmacht.¹⁴⁹ Im Übrigen ist die Durchführung einer allfälligen otoneurologischen Zusatzuntersuchung von den Ergebnissen der neurologischen Exploration abhängig, welche u.a. auch der Untersuchung des Gleichgewichtssinns dient. Im Rahmen der neurologischen Schwindelabklärung erfolgt, abgesehen von einer Prüfung der Hirnnerven, eine Untersuchung der vestibulospinalen, vestibulookkulären sowie vestibulocerebellären Funktionen. Mittels verschiedener Manöver werden das Gleichgewichts- und Koordinationsvermögen geprüft. Konkret werden das Gangbild, die Standsicherheit (Romberg-Versuch), der Einbeinstand, die Sensibilität sowie die vestibulookkulären Reflexe untersucht. Ergeben diese Abklärungen keine Auffälligkeiten, ist eine organische Ursache des Schwindels unwahrscheinlich und es erübrigen sich zusätzliche otoneurologische Untersuchungen. Um allfälligen Spekulationen vorzubeugen kann es sich allenfalls empfehlen, wenn im Gutachten kurz dargelegt wird, warum auf eine otoneurologische Abklärung verzichtet wurde.

Eine ophthalmologische Untersuchung ist allenfalls dann erforderlich, wenn sich die versicherte Person anlässlich des Unfalls am Auge verletzt hat. Auch bei Angabe von Doppelbildern, Gesichtsfeldausfällen oder unspezifischen Störungen kann eine augenärztliche Abklärung hilfreich sein, sofern aus neurologischer Sicht die Beschwerden nicht (hinreichend) erklärt werden können.

¹⁴⁶ Bei der neuropsychologischen Begutachtung ist somit Transparenz in Bezug auf die angewandten Testverfahren erforderlich. Vgl. dazu auch das Urteil 9F_9/2007 vom 15. September 2008 Erwägungen 4.2.4.2 und 4.2.4.3: In diesem Verfahren wurde seitens eines Neurologen beanstandet, dass die Rahmenbedingungen und die Ausgangssituation einer neuropsychologischen Testung nicht näher dargelegt, das angewendete Testverfahren nicht bezeichnet und auch keinerlei numerische Norm- und Ergebniswerte angegeben wurden, welche eine wertende Einordnung der individuellen Befundergebnisse der Versicherten erlauben würden. Die berichteten Ergebnisse seien bloss deskriptiver Art und stünden ohne erkennbare Entsprechung zur individuellen klinischen, multidisziplinären Untersuchung im Raum; sie würden namentlich ohne hinreichende Bezugnahme auf den psychiatrischen Untersuchungsbefund interpretiert. Das Bundesgericht spricht diesbezüglich von „augenscheinlicher Intransparenz des Testverfahrens“ bzw. von einem „Mangel, der durch die nachträglichen Erläuterungen der Neuropsychologin [...] nicht gleichsam „geheilt“ werden könne“.

¹⁴⁷ a.a.O., S. 1184 f.

¹⁴⁸ Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Neurologie 2008, S. 744.

¹⁴⁹ Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Neurologie 2008 zum Schwindel, S. 523.

Hinweis: Der vorliegende Beitrag wird bei Bedarf aktualisiert. Die erste Version 1.0 entsprach derjenigen, welche in der SZS 4/2009 publiziert wurde. Künftige Aktualisierungen des Beitrags werden durch eine fortlaufende Nummerierung sowie durch rote Schrift im Text gekennzeichnet.

<u>Version</u>	<u>Publikation</u>
1.0	August 2009 (Publikation SZS)
2.0	November 2009
3.0	Januar 2010
4.0	September 2010
5.0	September 2010