

Die Gretchenfrage «Wer trägt den Schaden?» deckt sich deshalb nur bedingt mit der sprichwörtlichen Frage «Wer soll das bezahlen – wer hat so viel Geld?». Es ist nicht immer die Solidargemeinschaft der Sozialversicherten, die den Aufwand des Schadenseintritts hätte vermeiden können, mit dem geringsten Aufwand den Schaden versichern kann oder der die Schadenstragung am ehesten zumutbar ist. Eigentlich müsste mit Bezug auf jede Schadenkategorie die vorerwähnte ökonomische Trilogie zur Hand genommen und geklärt werden, auf welche Weise die Schaden(tragungs)last aller minimiert werden kann. Allein, diese reflektierte Analyse wird nicht gemacht. Es ist letztlich Aufgabe des Gesetzgebers, die *Wertungsfrage*, ob dem Gefährdungshaftpflichtigen oder dem Sozialversicherer die Last der Schadenstragung aufzubürden ist, zu entscheiden. Dies hat der Gesetzgeber auch dort getan, wo Sozialversicherer und Gefährdungshaftpflichtiger miteinander einzustehen haben: *Sozialversicherer regressieren integral (auch) auf Gefährdungshaftpflichtige*⁸, weshalb Letztere prioritär die Schadenslast tragen.

Was bleibt, ist die Frage, was zu geschehen hat, wenn der Sozialversicherer seit je nichts entschädigte, nicht mehr für Schäden aufkommen kann oder nicht (mehr) leisten will, wie das bei den nicht objektivierbaren Personenschäden oder den Sachschäden der Fall ist. In diesen Fällen ist allein die Verteilgerechtigkeit massgebend: Ist es dem Kollektiv der Gefährdungshaftpflichtigen zumutbar, die Gesamtheit der Schadenslast bei Eintritt des fraglichen Risikos zu tragen oder zu versichern? Für Sachschäden wird diese Frage seit je mit Selbstverständlichkeit bejaht⁹, für nicht objektivierbare Personenschäden von einzelnen Protagonisten zunehmend verneint. Dass auch nicht objektivierbare Personenschäden in zumutbarer Weise vom Kollektiv der Gefährdungshaftpflichtigen getragen werden können, hat die jüngste Geschichte gezeigt, als Schleudertraumaschäden noch ersetzt wurden und kein Versicherer Konkurs ging. Es ist deshalb müssig, über die Zumutbarkeit der Schadenstragungslast zu rasonieren. Denn letztlich fragt es sich einzig, ob nicht objektivierbare Personenschäden als Schaden im Rechtssinne zu qualifizieren sind. Sind sie es, hat der Gefährdungshaftpflichtige diese Schäden zu tragen, auch dann, wenn der Sozialversicherer nicht mehr will. Dass sie es sind, hat das Bundesgericht bis anhin bejaht – ähnlich dem Gesetzgeber, der auch eine immaterielle Unbill, genauso wenig objektivierbar, als ersatzfähig qualifiziert¹⁰.

⁸ Vgl. Art. 72 ff. ATSG.

⁹ Vgl. Art. 58 Abs. 1 SVG.

¹⁰ Vgl. Art. 47 und 49 OR.

Das Rad neu erfinden?

Peter Kaufmann*

Einleitung

Die Autoren ROBERTO/REICHLÉ vergleichen die Schleudertraumaproblematik mit früher aufgetauchten «Phantom-Schädigungen» wie zum Beispiel dem «railway spine» und postulieren, dass eine zivilrechtliche Haftbarkeit für organisch nicht nachweisbare Gesundheitsbeeinträchtigungen infolge von Bagatellereignissen abzulehnen ist. Es sei Aufgabe des Sozialversicherungsrechts für diese Fälle eine angemessene Lösung zu finden¹.

Die vor langer Zeit diagnostizierte «railway spine» (Eisenbahnkrankheit) hat offenbar früher zu Schadenersatzzahlungen geführt. Der Autor fühlt sich aber nicht befähigt, rechts- und medizinhistorisch Kritik hierüber auszuüben. Das Wissen über die damaligen medizinischen Einsichten und Ansichten fehlt, sodass aus heutiger Sicht diese Schadenersatzzahlungen nicht beurteilt werden können.

Neuere von ROBERTO und REICHLÉ zitierte Beschwerdebilder wie Burnout, CFS oder Mobbing beschlagen nicht primär das Haftpflichtrecht. Es besteht ein weltweiter Konsens unter den Medizinerinnen darüber, dass ein Burnout², Mobbing oder anderes eine Krankheit darstellen, die zu Leistungseinschränkungen führen kann. So kann ein Burnout zu einer psychosomatischen Erkrankung oder zu einer Depression führen.

Im Beitrag der beiden Autoren geht es letztlich um die Frage, ob organisch nicht nachweisbare Beschwerden (gemeint wohl primär das Schleudertrauma), haftpflichtrechtlich zu entschädigen sind oder nicht.

Es stellen sich hierbei vorab 2 Fragen, auf welche der Autor nachfolgend in Kürze eingeht.

Schaffung einer 2-Klassen-Gesellschaft von Geschädigten?

Derjenige, der wegen eines Verkehrsunfalls das Bein bricht, hat Anspruch auf haftpflichtrechtliche Leistungen. Derjenige, der wegen eines Verkehrsunfalls nicht bildgebend nachweisbare Beschwerden und

* RA Peter Kaufmann, Bern, FA SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht.

¹ VITO ROBERTO/REICHLÉ SEBASTIAN, Haftung für «Phantom-Beschwerden»? HAVE 1/2013, 3 ff., 11.

² Burnout wird in der «Internationalen Klassifikation der Erkrankungen» (ICD-10) als «Ausgebranntsein» und «Zustand der totalen Erschöpfung» mit dem Diagnoseschlüssel Z73.0 erfasst.

Schmerzen hat, soll leer ausgehen? Auch rein psychische Probleme sind bildgebend nicht nachweisbar und somit nicht objektivierbar. Sollen unfallkausale Depressionen und Angstzustände nicht mehr entschädigt werden, da diese eben nicht bildgebend nachweisbar sind³? Sind künftig auch sog. Schockschäden (Stichwort: Hunterfall⁴) auszuklammern⁵? Sollen Phantomschmerzen nach einer Amputation haftpflichtrechtlich unbeachtet bleiben⁶? Soll gar die Genugtuung für Hinterbliebene gestrichen werden? Auch diese leiden «nur» unter Trauer und Schmerzen, was nicht objektivierbar oder bildgebend nachweisbar ist. Wer soll die Grenze ziehen, was noch entschädigungswürdig ist oder nicht? Mediziner oder Richter? Was verstehen die beiden Autoren ganz grundsätzlich unter organisch nicht nachweisbaren Gesundheitsbeeinträchtigungen?

Die geltende Regelung im Obligationenrecht besagt, dass derjenige, der einem anderen einen Schaden zufügt, ihm diesen Schaden zu ersetzen hat. Es gilt das Prinzip des vollen Schadenausgleichs, indem die geschädigte Person so zu stellen ist, wie wenn sie die Schädigung nicht erlitten hätte. Der Schädiger hat den Geschädigten so zu nehmen, wie er ist, mit all seinen Schwächen, gesundheitlichen Vorzuständen, psychosozialen Belastungen und seinem soziokulturellen Umfeld (BGE 113 II 86)⁷. Der volle Ersatz im Rahmen der Ersatzbemessung ist sehr wohl nach unten korrigierbar; das ist gerade Sinn der Kompetenzzuweisung an den Richter durch die Art. 43 und 44 OR. Der Richter soll grundsätzlich die Ersatzleistung in Würdigung aller Umstände bemessen, d.h. sie adäquat auf den Haftungsgrund abstellen⁸. Das Bundesgericht hat sodann in jüngerer Zeit mit einem intensitätsarmen Kausalzusammenhang argumentiert, um offenbar den gesamten Umständen Rechnung zu tragen⁹. Entgegen VITO ROBERTO¹⁰ werden somit in der Praxis die Bestimmungen von Art. 43 und 44 OR sehr wohl angewendet. Mithin bietet das heutige Haftpflichtrecht Gewähr, um einzelfallgerechte Lösungen zu realisieren. Sodann hat jüngst das Obergericht des Kantons Bern mus-

terhaft ausgeführt, weshalb die Schmerzrechtsprechung (sog. Pausbonog-Rechtsprechung) nichts im Haftpflichtrecht zu suchen hat^{11, 12}.

Diesem grundlegenden Prinzip des vollen Schadenausgleichs widerspricht es diametral, bestimmte Geschädigtengruppen schlechterdings auszuschliessen.

Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass es keine seriöse Begründung gibt, weshalb der Schädiger lediglich für organisch nachweisbare Befunde haften soll¹³. Bei Unsicherheiten gibt das Gesetz die Möglichkeit, im Rahmen der Schadenersatzbemessung dieser Rechnung zu tragen. Das Gesetz bietet keinerlei Grundlage, eine Zweiklassengesellschaft zu schaffen.

Privatisierung der Gewinne – Sozialisierung der Verluste?

Wenn dem Votum der Autoren ROBERTO/REICHLÉ nachgelebt würde, müsste der Sozialstaat für die Geschädigten aufkommen¹⁴. Der Staat solle für Personen, denen infolge einer minimalen gesundheitlichen Beeinträchtigung die Weiterführung des gewohnten, früheren Lebens nicht mehr gelingen mag, eine angemessene Lösung finden. Was heisst das? Soll hierfür eine neue Sozialversicherung geschaffen werden? Liegt es wirklich an der Allgemeinheit, solche Kosten zu übernehmen? HWS-Schleudertraumata sind eine typische Erscheinung des motorisierten Strassenverkehrs. Hier werden Haftpflichtleistungen von einem privaten Versicherungssystem der Motorfahrzeughalter getragen.

Die Assekuranz kassiert Prämien für den Leistungsfall. Es kann nicht sein, dass zwar die Prämien einkassiert werden, im Leistungsfall dann aber eine Sozialversicherung oder der Sozialstaat, mithin die Allgemeinheit, aufzukommen hat. Zudem ist die wirtschaftliche Situation der Assekuranz glücklicherweise viel positiver als diejenige der öffentlichen Hand oder gar der hoch verschuldeten Invalidenversicherung. Gemäss den Zahlen des Schweizerischen Versicherungsverbands SVV wurden im Jahre 2011 rund 2,86 Mia. Prämien bzgl. Motorfahrzeughaftpflicht eingenommen, währenddem im selben Jahr rund 1,6 Mia. Schadenersatzzahlungen flossen. Gesamthaft (Haftpflicht-, Fahrzeug- und Transport-

³ Entgegen dem Urteil des Bundesgerichts 4A.45/2009 vom 25. März 2009.

⁴ Hunterfall: BGE 112 II 118.

⁵ Entgegen dem Urteil des Bundesgerichts 4A.364/2011 vom 7. Februar 2012.

⁶ Phantomschmerz ist nach ICD-10 klassifiziert (G54.6).

⁷ Hierzu kann auch auf einen Beitrag von VOLKER PRIBNOW verwiesen werden (Schadenausgleich nach Schleudert trauma in der nicht perfekten Welt, HAVE 1/2011, 68 ff.).

⁸ PIERRE WIDMER, Privatrechtliche Haftung, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden-Haftung-Versicherung, Basel 1999, § 2, Rz. 2.42.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 und HAVE 3/2009, 278.

¹⁰ VITO ROBERTO, Haftpflichtrechtliche Auswirkung von BGE 136 V 279, HAVE 1/2011, 73 ff., 75.

¹¹ Urteil des OGer Bern ZK 11 22 vom 31. Januar 2013.

¹² Sozialversicherungsrechtstagung 2012: Referat von RA Jean Baptiste Huber, weshalb die Überwindbarkeitsrechtsprechung nichts im Haftpflichtrecht zu suchen hat.

¹³ JÜRIG SENN, Moral Hazard der Überwindbarkeitsrechtsprechung, HAVE 2/2012, 234 ff., 235: «Es gibt keine seriöse Begründung dafür, weshalb der Schädiger lediglich für bildgebende Befunde haften soll».

¹⁴ ROBERTO/REICHLÉ (Fn. 1), 11.

versicherung) wurden im Jahre 2011 rund 7,8 Mia. an Prämien eingenommen, während Zahlungen brutto von rund 4,8 Mia. erfolgten¹⁵. Selbst unter Hinzuziehung weiterer Kosten (Verwaltung, Personal und dgl.) weisen die Versicherungen Gewinne aus. Die Schadenversicherungsunternehmen haben im Jahre 2011 einen Jahresgewinn von rund 5,3 Mia. ausgewiesen. Das Combined Ratio hat dabei 89,7% betragen¹⁶. Im Lichte dieser Tatsachen wäre es unverständlich, wenn der Sozialstaat für die kausalitätsarmen Haftpflichtopfer aufzukommen hätte.

Unsicherheiten im System des Schadenausgleichs

Die Autoren ROBERTO/REICHLER stellen sich auf den Standpunkt, dass Unsicherheiten in tatsächlicher Hinsicht im Sozialversicherungsbereich besser aufgehoben seien. Das ist nicht grundsätzlich falsch, da ein Solidarsystem eher in der Lage ist, im Zweifelsfall ein soziales Risiko, das sich bei einem Mitglied der Solidargemeinschaft verwirklicht, zu tragen, während es einem individuell Verantwortlichen weniger zuzumuten ist, nur fragliche Zusammenhänge zu entschädigen. Beim Schleudertrauma geht es aber überhaupt nicht um solche tatsächlichen Unsicherheiten; dass der Unfall im Sinne einer *conditio sine qua non* zumindest Teilursache ist, ist in der Regel nicht fraglich, und der Richter kann im Rahmen von Art. 43 und Art. 44 OR dem Einzelfall gerecht werden. Wenn die tatsächlichen Unsicherheiten geklärt sind und damit entschieden ist, muss nach den je eigenen Regeln des Sozialversicherungsrechts einerseits und des Haftpflichtrechts andererseits festgelegt werden, welche Leistungen erbracht werden. Dabei muss das Sozialversicherungsrecht keineswegs weiter gehen als das Haftpflichtrecht; im Gegenteil trifft den individuell verantwortlichen Schädiger eine weitergehende Ersatzpflicht als das Sozialversicherungssystem, das nur aufgrund der Zwangsgemeinschaft Leistungen erbringen muss.

Es ist richtig, dass das Sozialversicherungssystem weiter ist als das Haftpflichtrecht, wenn es darum geht, ob überhaupt Leistungen erbracht werden müssen, wenn tatsächliche Gegebenheiten unsicher sind. Das betrifft die Einstandspflicht. Ist diese geklärt, bestimmen beide Systeme ihre Leistungspflichten eigenständig, ohne dass gesagt werden muss, das eine System müsse zwingend weitergehen als das andere.

¹⁵ <www.svv.ch>, für Zahlen und Fakten.

¹⁶ Gemäss Quelle Finma. «Combined Ratio» wird als kombinierte Schadenkostenquote verstanden. Die Quote gibt das Verhältnis zwischen den tatsächlichen Kosten und den Prämien wieder.

Fazit

Das Gesetz bietet mit Art. 43 und 44 OR Möglichkeiten, dem konkreten Einzelfall Rechnung zu tragen. Es ist einzig das Gesetz anzuwenden. Die Rechtsprechung setzt dies auch entsprechend um. Es muss vermieden werden, dass es verschiedene Kategorien von Geschädigten gibt. Der individuell verantwortliche Schädiger, respektive seine Haftpflichtversicherung, hat den Schaden auszugleichen, und nicht die Allgemeinheit. Es gibt keinen Grund, das Rad neu zu erfinden.

Falsche Frage – falsche Antwort

Es geht nicht darum, welches System restriktiver sein soll!

Thomas Gächter*

Kaum ein Thema hat in den letzten Jahren im Sozialversicherungsrecht die Gemüter im gleichen Mass bewegt wie die Auseinandersetzung rund um die Frage der nicht objektivierbaren Gesundheitsschäden. Die Schmerzrechtsprechung (v.a. *BGE 130 V 352*)¹, die später auch auf andere Beschwerdebilder und namentlich die Folgen eines HWS-Traumas ausgeweitet wurde (*BGE 136 V 279*), hat zu einer grossen Zahl pointierter Stellungnahmen aus allen möglichen Richtungen und Interessenlagern geführt. Die Nerven liegen blank, es geht um Prinzipien und Interessen, um die Grundeinstellung zum Stellenwert von Gesundheitsschäden und – in der jüngsten, vor allem durch den Beitrag ROBERTO/REICHLER² angestossenen Diskussion³ – auch um das Verhältnis der verschiedenen Entschädigungssysteme. Die Frage, die diesem Forum im Gefolge dieser jüngsten Diskussion zugrunde liegt, lautet, welches System im Umgang mit den nicht objektivierbaren Gesundheitsschäden restriktiver sein soll.

* Prof. Dr. iur., Inhaber des Lehrstuhls für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht der Universität Zürich.

¹ Zur gesamten Entwicklung massgeblich ULRICH MEYER, Somatoforme Schmerzstörung. Ein Blick zurück auf eine Dekade der Entwicklung, in: Schaffhauser/Kieser (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2010, St. Gallen 2011, 9 ff.

² Vito ROBERTO/SEBASTIAN REICHLER, Haftung für «Phantom-Beschwerden»? HAVE 1/2013, 3 ff.

³ Es sind allerdings – wie ROBERTO/REICHLER auch offen deklarieren – Gedanken, die sie bei anderen Autoren zusammengetragen haben, vor allem bei ERWIN MURER und in verschiedenen von diesem betreuten Tagungsbänden.