

Ueli Kieser (Hrsg.)

Sozialversicherungsrechts- tagung 2018

Brennpunkte in der
sozialversicherungsrechtlichen
Rechtsprechung

DIKE 

Ueli Kieser (Hrsg.)

Sozialversicherungsrechtstagung 2018

Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis (IRP-HSG)

Band 107

Herausgegeben von

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Prof. Dr. Vito Roberto

Prof. Dr. Ueli Kieser

Ueli Kieser (Hrsg.)

Sozialversicherungsrechts- tagung 2018

**Brennpunkte in der sozialversicherungs-
rechtlichen Rechtsprechung**

Mit Beiträgen von

Kaspar Gehring

Jörg Jeger

Ueli Kieser

Hardy Landolt

Hans-Jakob Mosimann

Sebastian Reichle

Eva Slavik

Referate der Tagung vom 5. Juni
und vom 4. September 2018

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2019 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-088-6

www.dike.ch

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
JÖRG JEGER	1
Wegfall von Erwerbsmöglichkeiten/ monetäre Bewertung	
Der Beitrag des Mediziners und was der Rechtsanwender daraus macht	
HARDY LANDOLT	15
Wegfall von Erwerbsmöglichkeiten	
Der Beitrag des Mediziners und was der Rechtsanwender daraus macht	
SEBASTIAN REICHLÉ	49
Unklare Beschwerdebilder – wohin des Weges?	
Die Vergangenheit lehrt uns die Zukunft	
KASPAR GEHRING	107
Der Schlag an die Wand: Kranken- oder Unfallversicherung?	
Vom «Willen» der Versicherten	
EVA SLAVIK	123
Arbeitgeberähnliche Stellung in der Arbeitslosenversicherung	
Die Bundesgerichtspraxis zum Ausschluss von Arbeitslosen- entschädigung für arbeitgeberähnliche Personen	

Ueli KIESER	135
Selbständige und unselbständige Tätigkeit im Sozialversicherungsrecht	
Eine althergebrachte Abgrenzung mit Entwicklungspotential	
HANS-JAKOB MOSIMANN	161
Problemzone Invalideneinkommen	
Alter, Leidensabzug, Selbsteingliederung, Parallelisierung	
Verzeichnis der Autoren	191

Unklare Beschwerdebilder – wohin des Weges?

Die Vergangenheit lehrt uns die Zukunft*

SEBASTIAN REICHLE

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	50
II.	Zentrale Frage der Zurechnung	51
III.	Schwankende Zurechnungspraxis im Laufe der Zeit	53
	A. Rückenmarkentzündung (1875–1880)	53
	B. Somatogene traumatische Neurose (1881–1904)	55
	C. Traumatische Neurose als psychogenes Beschwerdebild? (1905–1915)	57
	D. Rein psychogene Neurose (1916–1990)	62
	1. Restriktive Praxis im Unfallversicherungsrecht	63
	2. Etwas grosszügigere Praxis im Haftpflichtrecht	68
	E. Somatogene HWS-Distorsion (1991–2007)	74
	1. Grosszügige Praxis im Unfallversicherungsrecht	75
	2. Noch grosszügigere Praxis im Haftpflichtrecht	80
	F. HWS-Distorsion als rein psychogenes Beschwerdebild? (ab 2008)	82
	1. Restriktive Praxis im Unfallversicherungsrecht	83
	2. Restriktive Praxis im Haftpflichtrecht	87
IV.	Wesentliche Erkenntnisse	93
	A. Grosszügigere Zurechnung bei (organischen) Verletzungen	93
	B. Rechtsgebietsspezifische Beurteilung der haftungsbegründenden Kausalität	94
	C. Schwankende Zurechnung beim Schadenstatbestand	95
	D. Bedeutende Rolle der Gerichte	96
	E. Bedeutung der zügigen Fallbehandlung	97
	F. Unzulänglichkeiten der höchstrichterlichen Zurechnungskonzeption	97
V.	Wohin des Weges?	98
	A. Fokus auf Wiedereingliederung	98
	B. Anknüpfung an frühere Abfindungspraxis	98
	C. Vorschlag einer neuen Zurechnungskonzeption	99
	Literatur	101

* STEINER, S. 13. Ich danke Peter Nüesch, Angelo Schwizer und Bernhard Stehle für die aufmerksame und kritische Durchsicht des Manuskripts.

I. Einleitung

Im Jahre 1991 anerkannte das EVG¹ mit einer grundlegenden Praxisänderung HWS²-Distorsionen³ ohne nachweisbare Funktionsausfälle als entschädigungsberechtigendes Beschwerdebild für langanhaltende gesundheitliche Störungen.⁴ In der Folge nahm in der Schweiz die Anzahl der HWS-Distorsionsfälle, die durch Sozial- und Privatversicherungen abzuwickeln waren, erheblich zu. Gleichzeitig stiegen die damit zusammenhängenden Renten- und Schadenersatzzahlungen stark an.⁵ Dies führte zu einer zunehmend kritischen Betrachtung und kontroversen Diskussion des «Schleudertrauma»-Phänomens.

Inspiriert durch diese Diskussion entschied ich mich, eine Dissertation über die Beurteilung des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs bei unklaren Beschwerdebildern zu verfassen. Da damals bereits zahlreiche Autoren den Stand der Lehre aufgearbeitet, sich kritisch mit der jüngeren Rechtsprechung auseinandergesetzt und interdisziplinäre Erkenntnisse wie z.B. biomechanische Gegebenheiten berücksichtigt hatten, legte ich – getreu dem Sprichwort «Die Vergangenheit lehrt uns die Zukunft»⁶ – den Fokus auf die historische Begründung und Entwicklung der Rechtsprechung zum Kausalzusammenhang. Der vorliegende Beitrag hält wesentliche Erkenntnisse dieses – nunmehr abgeschlossenen – Dissertations-Projekts in kurzer Form

¹ Eidgenössisches Versicherungsgericht. Dieses wurde im Jahre 2007 in die sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts integriert.

² Halswirbelsäule.

³ Distorsionen der HWS treten regelmässig nach Verkehrsunfällen auf. Diese Beschwerden sind auf Beschleunigungskräfte zurückzuführen, die im Zeitpunkt des Unfallereignisses auftreten und im Sinne einer Überdehnung (Extension) und Überbiegung (Hyperflexion) auf die HWS einwirken. Lassen sich keine pathologischen Veränderungen an den die HWS umgebenden Weichteilen, am Hirn oder an der HWS selbst feststellen, spricht man von einer HWS-Distorsion ohne sichtbare Folgen (GALLI, S. 13; MURER, HWS-Distorsionstrauma, N 5; vgl. DGN, S. 2).

⁴ BGE 117 V 359.

⁵ Vgl. u.a. CHAPPUIS, S. 214; CEA/AREDOC, S. 7; Interpellation Parmelin vom 21.06.2007 (07.3475), Schleudertrauma. Eine «Epidemie» der Deutschschweiz?; vgl. zudem die Nachweise bei REICHLI, S. 129 ff.

⁶ STEINER, S. 13.

fest. Einzelne Passagen wurden unverändert aus der Dissertation übernommen.

An dieser Stelle möchte ich mich bei den Herren Prof. Dr. Ueli Kieser und Prof. Dr. Vito Roberto herzlich bedanken. Neben ihrer stetigen Unterstützung während des Verfassens meiner Dissertation ermöglichten sie mir zudem, die gewonnenen Erkenntnisse im Rahmen der Sozialversicherungsrechtstagung 2018 zu präsentieren.

II. Zentrale Frage der Zurechnung

In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung wird gemeinhin angenommen, die Zurechnung habe in haftpflicht- und unfallversicherungsrechtlichen Fällen anhand zweier Formeln, nämlich derjenigen des natürlichen und derjenigen des adäquaten Kausalzusammenhangs, zu erfolgen⁷ und sei jeweils zwischen der schädigenden Handlung und dem eingetretenen Schaden zu prüfen.⁸

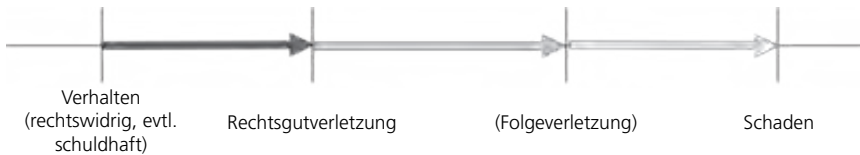
Bei genauerer Betrachtung ist wohl die Prüfung sämtlicher für die Beurteilung (Bejahung oder Verneinung) der ausservertraglichen Ersatzpflicht erforderlichen Haftungsvoraussetzungen zurechnungsrelevant.⁹ Im Haftpflichtrecht

⁷ HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, N 133 und 134; HUSMANN, S. 5; MÜLLER URS, S. 67; RUMO-JUNGO, N 742 ff.; im Besonderen für das Haftpflichtrecht statt vieler: BK-BREHM, N 104 zu OR 41; BSK OR I-KESSLER, N 14 ff. zu OR 41; im Besonderen für das soziale Unfallversicherungsrecht statt vieler: KIESER, Sozialversicherungsrecht, N 7/14.

⁸ BK-BREHM, N 120 zu OR 41; GALLI, S. 69; GUHL/KOLLER, § 10 N 18; HUGUENIN, nutshell, S. 122; DIES., Obligationenrecht, N 1914; KELLER, S. 79; REY/WILDHABER, N 620; OFTINGER/STARK, § 3 N 2; WERRO, N 218; kritisch zu dieser Auffassung FELLMANN/KOTTMANN, N 418 ff.; ROBERTO, N 06.02.

⁹ In diesem Sinne auch WEBER, S. 112 ff., wonach die Zurechnung eines Schadens in verschiedenen Schritten vorzunehmen sei. Bei der Haftungsbegründung werde darüber entschieden, ob sich die schädigende Ursache einem Haftungstatbestand zuordnen lasse. Diese Zurechnung sei anhand des Kausalzusammenhangs, der Widerrechtlichkeit und des Verschuldens bzw. bei Gefährdungshaftungen der Betriebsgefahr zu prüfen. Bei der Haftungsausfüllung stehe dagegen die Frage nach dem «Wieviel» der Haftung im Vordergrund. Um die zuzurechnenden Folgen zu bestimmen, sei bei diesem Schritt wiederum der Kausalzusammenhang sowie der Schadensbegriff und die nochmalige Überprüfung der Angemessenheit des Zurechnungsentscheids im Rahmen der Schadenersatzbemessung massgebend.

gelten herkömmlicherweise als Voraussetzung von Ansprüchen des Geschädigten der Schaden, die Widerrechtlichkeit, der adäquate Kausalzusammenhang zwischen schädigender Handlung und Schaden sowie das Verschulden.¹⁰ Traditionell wird der haftungsbegründende Tatbestand nicht von den Haftungsfolgen abgegrenzt.¹¹



Sinnvollerweise wäre bei der Beurteilung eines «Sachverhalts» jedoch danach zu unterscheiden, ob es um den Kausalzusammenhang zwischen schädigender Handlung und Verletzung eines schützenswerten Rechtsgutes (haftungsbegründende Kausalität), um die adäquate Zurechnung von Folgeverletzungen (haftungsausfüllende Kausalität) oder um die Zurechnung finanzieller Schadenspositionen geht.¹² Auch das Bundesgericht scheint sich dessen allmählich bewusst zu werden. So führte es in BGE 143 III 254 unter Bezugnahme auf neuere Lehrmeinungen¹³ aus, dass die Rechtswidrigkeit, die Rechtsgutverletzung, der adäquate Kausalzusammenhang zwischen rechtswidriger Handlung und Rechtsgutverletzung sowie das Verschulden die Haftung begründen würden, der zu ersetzende Schaden jedoch systematisch zu den Folgen dieser Verletzung gehöre.¹⁴

In diesem Beitrag wird an diese neuere Haftungskonzeption angeknüpft. Zum einen wird die Haftungsbegründung in Fällen mit unklaren Beschwerdebildern untersucht. Dabei steht die Prüfung des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen schädigendem Verhalten, zunächst eingetretener organischer Körperverletzung und sich danach entwickelten unklaren Beschwerden im Vordergrund. Zum andern wird ein besonderes Augen-

¹⁰ BGE 143 III 254 E. 3.2 S. 257; 137 III 539 E. 5.2 S. 544.

¹¹ FELLMANN/KOTTMANN, N 61 ff.

¹² Diese Unterteilung basiert auf der von ROBERTO, N 06.72 ff., vertretenen Zurechnungskonzeption; vgl. hierzu auch ROBERTO/GRECHENIG, S. 59 ff.

¹³ FELLMANN/KOTTMANN, N 63 f.; ROBERTO, N 03.04 ff.; ebenso WEBER, S. 112.

¹⁴ BGE 143 III 254 E. 3.2 S. 257.

merk auf die jeweils in Fällen mit unklaren Beschwerden erfolgte Schadensberechnung und -ersatzbemessung gelegt (sogenannte Zurechnung beim Schadenstatbestand). Die Beurteilung der haftungsausfüllenden Kausalität spielt dagegen in dieser Untersuchung keine Rolle, da die Zurechnung von Folgeverletzungen in den hier interessierenden Fällen in der Regel nicht relevant ist.¹⁵

III. Schwankende Zurechnungspraxis im Laufe der Zeit

Die Zurechnung zwischen schädigendem Ereignis, eingetretenen unklaren Beschwerden und daraus resultierendem Schaden (namentlich Erwerbsausfallsschaden) wurde im schweizerischen Schadensausgleichsrecht zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich und uneinheitlich beurteilt. Auffallend ist, dass immer dann, wenn die unklaren Beschwerden auf organische Verletzungen zurückgeführt wurden, die zugesprochenen Leistungen und Schadenersatzbeträge eher grosszügig ausfielen.¹⁶ Dies gilt im Besonderen für die nachfolgend unter A., B. und E. dargelegten Phasen der Rechtsprechung. Wurden die unklaren Beschwerdebilder dagegen als weitgehend psychogenetischer Natur betrachtet, so handhabte die Rechtspraxis die Anspruchs- und Leistungsgewährung insgesamt deutlich restriktiver.¹⁷ Zu dieser Kategorie zählen die nachfolgend unter D. und F. dargelegten Phasen der Rechtsprechung sowie überwiegend auch die unter C. erläuterte Periode.

A. Rückenmarkentzündung (1875–1880)

Als erstes unklares Beschwerdebild trat 1880 die sogenannte Rückenmarkentzündung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Erscheinung. Damals herrschte die Meinung vor, dass sich die krankhaften Zustände, die unter dem Begriff «Rückenmarkentzündung» zusammengefasst wurden und

¹⁵ Dies gilt freilich nicht, wenn man der von WEBER, S. 112, vertretenen Auffassung folgt, wonach es bei der Haftungsausfüllung in grundsätzlicher Weise um das «Wieviel» gehe (vgl. hierzu WEBER, Fn. 91).

¹⁶ Vgl. zu dieser Schlussfolgerung REICHLI, S. 241 f. und 311.

¹⁷ Vgl. zu dieser Schlussfolgerung REICHLI, S. 241 f. und 311.

die oft im Nachgang von Eisenbahnunfällen auftraten, mit einer Veränderung des Rückenmarkes erklären liessen.¹⁸ Diese Auffassung widerspiegelte sich auch in der damaligen Rechtsprechung des Bundesgerichts. In BGE 6 256 vom 19. Juni 1880 wurde beim geschädigten Bahnangestellten, der während der Arbeit zwei Unfälle erlitten hatte, eine solche Rückenmarkentzündung diagnostiziert.¹⁹ Das Gericht zitierte die gutachterliche Diagnosestellung wie folgt:

«Während die erwähnten äusserlichen Verletzungen geheilt sind, hat sich in Folge der Erschütterung der Centraltheile des Nervensystems, nach dem Gutachten des Experten, eine chronische Entzündung des Rückenmarkes und seiner Häute entwickelt und ist Kläger dadurch bleibend gänzlich arbeitsunfähig. An eine Wiederherstellung sei nicht mehr zu denken; die Krankheit konnte, nach dem Ausspruche des Experten, wohl wieder einen Stillstand machen, werde aber sehr wahrscheinlich in allgemeine, fortschreitende Lähmung übergehen.»²⁰

Während demnach die äusseren Verletzungen vier Monate nach dem Unfallereignis vollständig ausgeheilt waren,²¹ bildete sich nach gutachterlicher Einschätzung aufgrund der erlittenen Erschütterung eine chronische Rückenmarkentzündung. Infolge der diagnostizierten Rückenmarkentzündung und angesichts der gemäss dem betreffenden Gutachten dadurch ausgelösten Beschwerden sprach das Bundesgericht dem Geschädigten gestützt auf das Bundesgesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen- und Dampfschiffahrtunternehmen (aEHG) vom 1. Juni 1875 unter anderem eine lebenslange

¹⁸ FELLER, S. 172; KÖHL, S. 155; NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 70; WEYENETH-PÜNTER, S. 8.

¹⁹ Bei einem ersten Unfall erlitt der Kläger einen Rippenbruch. Nach dem zweiten Unfall wies er folgende Verletzungen auf: bedeutende Quetschung des Kniegelenks und Oberschenkels, Bruch des linken Mittelhandknochens und des linken Mittelfingers, mehrere Quetschungen des Kopfes und der Brust (BGE 6 256 E. 1 S. 259).

²⁰ BGE 6 256 E. 1 S. 259; vgl. hierzu auch die Kommentierung dieses Entscheids bei WEYENETH-PÜNTER, S. 28 f.

²¹ Gemäss BGE 6 256 E. 1 S. 259 ereignete sich der massgebende Unfall am 30. November 1876. Das im Haupttext zitierte Gutachten wurde am 26. März 1877 eingeholt.

Rente von jährlich CHF 1'600 zu.²² Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 14'697.²³

Dieser Entscheid zeigte nach Einschätzung von WEYENETH-PÜNTER beispielhaft, dass die Gerichte in der damaligen Zeit in der Regel ohne Weiteres den gutachterlichen Einschätzungen folgten. Wie im hier besprochenen Fall wurden aufgrund der regelmässig negativen gutachterlichen Prognosen oftmals lebenslängliche 100%ige Haftpflichtrenten zugesprochen.²⁴

B. Somatogene traumatische Neurose (1881–1904)

Nachdem die «Rückenmarkentzündung» aufgrund neuer medizinischer Erkenntnisse bald an Bedeutung verloren hatte, folgte mit der «traumatischen Neurose» ein neues Krankheitsbild. Wie schon ihre Vorgängerin wurde die traumatische Neurose auf organische Verletzungen – in der Regel auf die starke Erschütterung des Gehirns und des gesamten Nervensystems – zurückgeführt.²⁵

Wie bei der Rückenmarkentzündung bejahten die Gerichte meist ohne Weiteres den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und den eingetretenen langanhaltenden unklaren Beschwerden. Sie übernahmen jeweils die Einschätzungen der medizinischen Experten, die den als

²² BGE 6 256 E. 8 S. 267.

²³ Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner kann nur auf die Indexreihen ab dem Jahr 1915 zurückgegriffen werden. Unter Zugrundelegung der Indexbasis Juni 1914 würden im Jahr 1915 zugesprochene CHF 1'600 einem Betrag von CHF 14'697 im Jahr 2018 entsprechen. Das Abstellen auf diesen Betrag ist insofern gerechtfertigt, als die Inflation gemäss Schätzungen des Bundesamts für Statistik zwischen 1890 und 1915 nur wenig zugenommen hat. Für die Zeit vor 1890 stehen keine Schätzungen zur Verfügung (vgl. zur Schätzung der Inflation vor 1915 BFS, Preisindizes 1914–2014, S. 2; vgl. zum Teuerungsrechner <http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm> [besucht am: 18. Januar 2019]).

²⁴ WEYENETH-PÜNTER, S. 29 und 41.

²⁵ Vgl. hierzu z.B. BGE 19 785 E. 1 S. 786, wonach der Geschädigte «eine augenscheinlich starke Erschütterung des Gehirns und des gesamten Nervensystems» davongetragen hatte.

«traumatische Neurose»²⁶ oder teilweise als «traumatische Hysterie»²⁷ oder «traumatische Neurasthenie»²⁸ bezeichneten Krankheitszustand weitgehend als unmittelbare Folge des Unfalls betrachteten.²⁹ Die prognostische Beurteilung fiel in zahlreichen Fällen ungünstig aus.³⁰ Da die Leiden meist schon längere Zeit bestanden hatten, lautete die Prognose oft auf Unheilbarkeit und gänzliche Erwerbsunfähigkeit.³¹ Auffallend ist bei genauerer Betrachtung, dass die Geschädigten in einigen Fällen eher unbedeutende äusserliche Verletzungen erlitten hatten und ursprünglich eine relativ günstige Heilung prognostiziert wurde.³² Oft traten nach Heilung der äusseren Verletzungen Störungen der Nerventätigkeit auf (u.a. Angst, Aufgeregtheit, Mattigkeit, Wahnideen, Zuckungen an verschiedenen Körperteilen, Unsicherheit beim Stehen und Gehen, Sprach- und Sensibilitätsstörungen, Angst und Unruhe, Schlaflosigkeit, Angst beim Eisenbahnfahren, leichte oder grosse Ermüdbarkeit, erhebliche Abnahme des Gedächtnisses, Unbeholfenheit in der Ausdrucksweise, unruhiger Schlaf mit schrecklichen Träumen).³³

Exemplarisch für die damalige, in Eisenbahnpflichtfällen verhältnismässig grosszügige Praxis, ist BGE 28 II 200 vom 1. Mai 1902. Gemäss Sachverhalt dieses Entscheids diagnostizierte der zuständige Arzt beim Betroffenen nach einem Eisenbahnunfall mit unbedeutenden äusseren Verletzungen eine

²⁶ Diese Diagnose wurde den Geschädigten u.a. in folgenden Fällen gestellt: BGE 30 II 486 E. 1 S. 488; 29 II 614 E. 1 S. 615; 28 II 200 Sachverhalt A. S. 201; 19 785 E. 1 S. 786; 19 420 E. 5 S. 423.

²⁷ Diese Diagnose wurde den Geschädigten u.a. in folgenden Fällen gestellt: BGE 27 II 253 Sachverhalt D S. 256; 18 268 E. 1 S. 270 und 272.

²⁸ Diese Diagnose wurde den Geschädigten u.a. in folgenden Fällen gestellt: BGE 30 II 486 E. 4 S. 492; 19 801 E. 1 S. 802.

²⁹ In diesem Sinne KÖHL, S. 155.

³⁰ Vgl. BGE 30 II 486 E. 4 S. 492, wonach bei traumatischen Neurasthenien die Prognose quoad vitam erfahrungsgemäss generell keine günstige sei; analog BGE 21 1042 E. 3 S. 1048 betreffend die traumatische Neurose; vgl. auch die gutachterliche Einschätzung in BGE 19 420 E. 5 S. 423: Leide er an einer traumatischen Neurose, so «müsse die Aussicht auf Genesung bei der bereits langen Dauer der Krankheit, bei Anwesenheit nicht nur spinaler, sondern auch cerebraler Erscheinungen, als eine schlechte bezeichnet werden.»

³¹ WEYENETH-PÜNTER, S. 9.

³² Vgl. u.a. BGE 30 II 486 E. 1 S. 487 ff.; 28 II 200 Sachverhalt A S. 200 und 201; 21 1042 E. 1 S. 1044 ff.; 19 801 E. 1 S. 801; 18 268 E. 1 S. 269.

³³ Vgl. u.a. BGE 28 II 200 E. 3 S. 211; 19 801 E. 1 S. 803; 19 785 E. 1 S. 786 f.

schwere traumatische Neurose.³⁴ Dem Geschädigten wurden unter der Annahme dauerhafter Arbeitsunfähigkeit als Kompensation eine Haftpflichtentschädigung von CHF 25'600 und zusätzlich CHF 10'000 als Genugtuung zugesprochen.³⁵ Unter Berücksichtigung der Teuerung entsprechen diese Beträge zusammengerechnet heute näherungsweise CHF 327'016.³⁶

C. Traumatische Neurose als psychogenes Beschwerdebild? (1905–1915)

In Ärztekreisen war schon während dem auslaufenden 19. Jahrhundert ein heftiger Streit über die Konzeption der traumatischen Neurose entbrannt.³⁷ Im Vergleich zu früher wurde sie vermehrt unter dem Hinweis auf Simulation in Frage gestellt oder als rein psychogen und damit als überwiegend unabhängig von Unfallereignissen verursacht betrachtet. Insbesondere CHARCOT wies relativ früh auf die psychische Genese solcher Leiden hin.³⁸ Im Zuge dieser Auseinandersetzungen hinsichtlich der Natur sowie der Ursachen der traumatischen Neurose, änderte sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts allmählich auch die Sichtweise der Gerichte in der Schweiz zu entsprechend beklagten Beschwerden.³⁹

³⁴ BGE 28 II 200 Sachverhalt A und B S. 200 f.

³⁵ BGE 28 II 200 Sachverhalt, insbesondere S. 205, sowie E. 5 S. 213. Der Anspruch auf Genugtuung setzte gemäss damaligem Art. 7 aEHG ein grobfahrlässiges Verhalten der Bahngesellschaft voraus.

³⁶ Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner kann nur auf die Indexreihen ab dem Jahr 1915 zurückgegriffen werden. Unter Zugrundelegung der Indexbasis Juni 1914 würden im Jahr 1915 zugesprochene CHF 35'600 einem Betrag von CHF 327'016 im Jahr 2018 entsprechen. Das Abstellen auf diesen Betrag ist insofern gerechtfertigt, als die Inflation gemäss Schätzungen des Bundesamtes für Statistik zwischen 1890 und 1915 nur wenig zugenommen hat (vgl. zur Schätzung der Inflation vor 1915 BFS, Preisindizes 1914–2014, S. 2; vgl. zum Teuerungsrechner <http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm> [besucht am: 18. Januar 2019]).

³⁷ Vgl. NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 71, zu den berühmten Auseinandersetzungen zwischen CHARCOT und OPPENHEIM.

³⁸ NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 71.

³⁹ Traumatische Neurosen wurden weiterhin regelmässig diagnostiziert, so u.a. in folgenden Urteilen: BGE 41 II 393; 38 II 646; 36 II 104; 34 II 586; 34 II 287; 32 II 13; 31 II 590. Weiterhin wurden in einzelnen dieser Fälle langanhaltende gesundheitliche Beschwerden beklagt, obwohl die ursprünglichen Heilungsprognosen recht günstig

Zentrale Bedeutung kam dabei dem BGE 31 II 590 vom 13. Dezember 1905 zu, der als Fall «Sidler» Bekanntheit erlangte.⁴⁰ Gemäss Sachverhalt dieses Entscheids war der Kläger in einem Strassenschacht mit der Kanalreinigung beschäftigt, als ihm ein etwa 20 kg schwerer Kübel aus einer Höhe von ungefähr 60 cm auf den Rücken fiel. Die äusseren Verletzungen (Hautschürfungen und Kontusionen) waren unbedeutend. Der Kläger beklagte sich aber über schwere allgemeine Beschwerden, die er auf den Unfall zurückführte. Er wurde in der Folge von verschiedenen Ärzten und wiederholt auch im Kantonsspital Zürich behandelt. Gegenüber seiner Arbeitgeberin machte er gestützt auf das damalige Fabrikhaftpflichtgesetz (FHG) vom 25. Juni 1881 eine Schadenersatzforderung von CHF 4'000 geltend.⁴¹ Er behauptete, dass seine Erwerbsfähigkeit aufgrund des Unfalls dauerhaft um 50 % vermindert sei. Das Bundesgericht wies den geltend gemachten Schadenersatzanspruch aufgrund erwiesener Simulation vollumfänglich ab.⁴²

Zwecks Begründung des Entscheids griff das Bundesgericht auf eine Definition des Kausalzusammenhangs zurück, an deren grundsätzlicher Wertung es – rückblickend betrachtet – bei der Beurteilung langanhaltender, organisch nicht nachweisbarer unklarer Beschwerden bis heute festhält.⁴³ Es führte aus,

«dass die Körperschädigung, damit ein Fall der Haftpflicht gegeben ist, nicht die unmittelbare Folge des Betriebsunfalles zu sein braucht, sondern dass es unter Umständen genügt, wenn die Einwirkung des Betriebes auf den Körper des Arbeiters eine mittelbare Ursache

ausgefallen waren, so u.a. in folgenden Urteilen: BGE 41 II 393 Sachverhalt A S. 394; 34 II 586 E. 1 S. 590; 32 II 13 E. 1 S. 15; 31 II 590 E. 1 S. 591. Vgl. zum damals typischen Beschwerdebild der traumatischen Neurose in medizinischer Hinsicht insb. BGE 38 II 646 Sachverhalt A S. 646 f.; 34 II 586 E. 1 S. 590.

⁴⁰ Vgl. hierzu WEYENETH-PÜNTER, S. 54 f.

⁴¹ Die ab 1881 in Arbeitgeberhaftpflichtfällen zugesprochenen Schadenersatzbeträge fielen aufgrund des damals gesetzlich eingeführten Maximalbetrages von CHF 6'000 (Art. 6 Abs. 2 FHG) verhältnismässig gering aus.

⁴² BGE 31 II 590 E. 2 S. 592 ff.

⁴³ Das Bundesgericht bejahte nämlich seither in ständiger Rechtsprechung den rechtserheblichen Kausalzusammenhang zwischen Unfallereignis und in der Folge sich zeitigenden und mithin – bewusst oder unbewusst – aggravierten unklaren Beschwerden, solange dem Geschädigten für die Herausbildung der unklaren Beschwerden in tatsächlicher Hinsicht keine verwerfliche Willensbetätigung vorgeworfen werden konnte. Vgl. zu dieser Schlussfolgerung REICHEL, S. 215 f.

ist, sei es, dass der Erfolg im Momente des Unfalls selbst durch dem Betrieb fremde Bedingungen, z.B. eine körperliche Disposition, begünstigt wird, sei es, dass die körperliche Beeinträchtigung sich daraus unter Mitwirkung anderer, dem Betrieb fremder Momente entwickelt. Und zwar muss dies nicht nur für physische, sondern auch für psychische Störungen gelten. Dagegen liegt [der] Kausalzusammenhang im Sinne des Gesetzes zwischen dem Unfall und der körperlichen Beeinträchtigung jedenfalls dann nicht vor, wenn der erstere zwar als äusserer Anlass der Störung erscheint, diese aber auf dem eigenen fehlerhaften Willen des Betroffenen beruht, vorausgesetzt, dass dieser Wille nicht von Zwangsvorstellungen, die ihrerseits durch den Unfall und dessen unmittelbare Folgen ausgelöst wurden, beherrscht [wird], sondern ein – nach den Auffassungen des Lebens – freier Wille ist. Ob dies im einzelnen zutrifft, ist wiederum Tatfrage.»⁴⁴

Im betreffenden Fall verneinte das Bundesgericht den juristischen Kausalzusammenhang unter Anwendung dieser Formel. Es ging davon aus, dass der Wille von Sidler nicht von Zwangsvorstellungen, die ihrerseits durch den Unfall und dessen unmittelbare Folgen ausgelöst wurden, beherrscht gewesen war, sondern bei ihm ein – nach den Auffassungen des Lebens – freier Wille vorgelegen hatte.⁴⁵ Es hielt es für erwiesen, dass die beklagten gesundheitlichen Beschwerden weitgehend auf bewusste Autosuggestion resp. Simulation zurückzuführen waren. Im Unfallereignis erblickte es dagegen eine reine Gelegenheitsursache («äusserer Anlass») der eingetretenen traumatischen Neurose, das sinngemäss nur gerade zufälligerweise dazu Anlass gegeben hatte, dass sich bei Sidler ein fehlerhafter Wille herausbilden konnte.

⁴⁴ BGE 31 II 590 E. 2 S. 593; vgl. auch BGE 36 II 104 E. 2 S. 114, mit welchem diese Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt wurde.

⁴⁵ BGE 31 II 590 E. 2 S. 593; in diesem Sinne auch 36 II 104 E. 2 S. 112: «Par contre, la causalité est exclue lorsque l'accident apparaît bien comme l'occasion extérieure de l'affection, mais que la cause doit en être cherchée dans la volonté défectueuse du blessé, supposé que cette volonté puisse être considérée comme libre et non comme déterminée par un état mental malade qui, de son côté, serait apparu ensuite de l'accident et de ses conséquences.»

Für die Herausbildung der neurotischen Folgen mass es dem Unfall mit anderen Worten praktisch keine Bedeutung bei.

Nach Einschätzung von WEYENETH-PÜNTER führte der betreffende Entscheid eine allgemeine Wende in der gesamten schweizerischen Rechtsprechung herbei.⁴⁶ Die Gutachter stellten in Fällen mit unklaren Beschwerden ab 1905 weniger pessimistische Arbeitsunfähigkeitsprognosen. Daraus resultierte eine ab diesem Zeitpunkt insgesamt erheblich restriktivere Beurteilung der Neurosefälle als noch wenige Jahre zuvor. Freilich wurde die Kausalität zwischen dem Unfallereignis und den später eingetretenen unklaren Beschwerden (sogenannte haftungsbegründende Kausalität) in vergleichbaren Fällen weiterhin regelmässig bejaht. In dieser Hinsicht war der Fall «Sidler» eine Ausnahme gewesen. In Abweichung zur vorangegangenen Praxis nahm das Bundesgericht ab 1905 mehrheitlich jedoch an, dass in solchen Fällen bei der Schadensberechnung (sogenannte Zurechnung beim Schadenstatbestand) eine gewisse Zurückhaltung geboten sei, «da erfahrungsgemäss die Erledigung des Prozesses geeignet ist, einen günstigen Einfluss auf das Befinden des Haftpflichtklägers auszuüben.»⁴⁷

Diese im Vergleich zu früher restriktivere Praxis (zwar Bejahung der haftungsbegründenden Kausalität trotz erheblicher Autosuggestion, aber Annahme einer erheblich kürzeren Arbeitsunfähigkeitsprognose) lässt sich exemplarisch anhand des BGE 32 II 13 vom 31. Januar 1906 illustrieren. Gemäss Sachverhalt dieses Entscheids fiel einem Metzgerknecht während der Arbeit eine 5 m lange Röhre auf den Kopf. Dabei erlitt er eine Quetschwunde am Kopf, die im Spital genäht werden musste. In der Folge litt er an diffusen Beschwerden (Kopfwahl, Zittern, Betäubungsgefühl, Schwindel usw.). Diese subjektiven Gefühle fanden objektiv jedoch keinen Niederschlag, d.h. liessen sich objektiv nicht nachweisen.⁴⁸

Unter ausdrücklicher Anwendung der im Fall «Sidler» eingeführten Zurechnungskonzeption wurde der Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und den gesundheitlichen Störungen trotz erwiesener Autosuggestion bejaht. Massgebend war in diesem Fall, dass die Aggravation gemäss gutach-

⁴⁶ WEYENETH-PÜNTER, S. 51.

⁴⁷ Anstelle vieler: BGE 32 II 13 E. 6 S. 19.

⁴⁸ BGE 32 II 13 E. 1 S. 15.

terlicher Einschätzung auf eine Zwangsvorstellung zurückgeführt werden konnte und sich der Betroffene auch bei gutem Willen nicht von der falschen Gedankenrichtung hätte befreien können, da diese auf einer krankhaften Schwäche⁴⁹ beruhte.⁵⁰ Im Weiteren attestierte der Gutachter dem Kläger, dass ihm die Energie zur Rückkehr zur Arbeit gefehlt habe, «weil er seine Hoffnung auf eine grosse Entschädigungssumme gesetzt habe. Gleichwohl müsse man ihm, da eben in dieser Schwäche seine Krankheit bestehe, eine kleine Entschädigung zuerkennen, jedoch nur für kurze Dauer, da er so am ehesten wieder seine volle Erwerbsfähigkeit erlangen werde.» Das Bundesgericht nahm eine beschränkte Erwerbsfähigkeit für die Dauer von fünf Jahren an. Für das erste Jahr ging es von einer Erwerbseinbusse von 30 %, für das zweite von einer solchen von 20 % und für die letzten drei Jahre von jeweils 10 % aus.⁵¹ Letztlich sprach es dem Kläger CHF 930 zu. Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 8'543.⁵² Eingeklagt wurden ursprünglich CHF 5'430, was heute näherungsweise einem Betrag von CHF 49'879 entspricht.⁵³ Die konkrete Festlegung des Quantitativs der Entschädigung lässt den Schluss zu, dass das Bundesgericht dem beim Kläger festgestellten ausgeprägten Sinnen und Trachten nach einer Entschädigung⁵⁴ bei der Schadensfestlegung in erheblicher Weise Rechnung getragen hat.

⁴⁹ Es umschrieb diese Schwäche als eine «auf beeinträchtigte Einsicht und gehemmten Willen zurückzuführende fehlerhafte Vorstellung, die sich seit dem Unfall beim Kläger entwickelt hat» (BGE 32 II 13 E. 5 S. 19).

⁵⁰ BGE 32 II 13 E. 5 S. 18 f.

⁵¹ BGE 32 II 13 E. 2 S. 17 und E. 6 S. 20.

⁵² Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner kann nur auf die Indexreihen ab dem Jahr 1915 zurückgegriffen werden. Unter Zugrundelegung der Indexbasis Juni 1914 würden im Jahr 1915 zugesprochene CHF 930 einem Betrag von CHF 8'543 im Jahr 2018 entsprechen. Das Abstellen auf diesen Betrag ist insofern gerechtfertigt, als die Inflation gemäss Schätzungen des Bundesamtes für Statistik zwischen 1890 und 1915 nur wenig zugenommen hat (vgl. zur Schätzung der Inflation vor 1915 BFS, Preisindizes 1914–2014, S. 2; vgl. zum Teuerungsrechner <http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm> [besucht am: 18. Januar 2019]).

⁵³ BGE 32 II 13 Sachverhalt A S. 13 sowie E. 6 S. 20. Unter Zugrundelegung der Indexbasis Juni 1914 würden im Jahr 1915 eingeklagte CHF 5'430 einem Betrag von CHF 49'879 im Jahr 2018 entsprechen. Vgl. zur Berechnung Fn. 52.

⁵⁴ Vgl. BGE 32 II 13 E. 5 S. 18.

D. Rein psychogene Neurose (1916–1990)

1910 stellte sich NAEGELI in der Schweiz dezidiert auf den Standpunkt, dass der Schwerpunkt aller solchen Erscheinungen unzweifelhaft auf psychischem Gebiete liege.⁵⁵ Aufgrund der von ihm publizierten Untersuchungsergebnisse, wonach in 115 von 138 Fällen mit «traumatischen Neurosen», die mit einer Abfindung erledigt worden waren, die betroffenen Personen wieder die volle Erwerbsfähigkeit erlangt hatten und auch bei der grossen Mehrheit der restlichen Personen die unklaren Beschwerden nach Erledigung des Falles nicht mehr zu beobachten waren,⁵⁶ setzte sich in der Schweiz die von ihm vertretene Auffassung in den darauffolgenden Jahren verhältnismässig zügig durch. NAEGELI berichtete bereits im Jahre 1910 über folgende Einigung der Ärzte über die Pathogenese und das Wesen der traumatischen Neurose:

«Wir legen dem Unfall als solchem nur eine geringe Bedeutung bei und betrachten ihn nur als das zeitliche Moment, von dem an die Krankheit ihre Entwicklung nimmt. Beherrscht wird die traumatische Neurose durch die Begehrungsvorstellungen, welche aus dem Verlangen nach Genugtuung und Entschädigung beim Versicherten entspringen. Die Tatsache des Versichertseins und das Recht auf Entschädigung sind die treibenden Momente, die in ihren Konsequenzen alle die Befürchtungen und Verstimmungen der Kranken wachrufen,

⁵⁵ NAEGELI, Nachuntersuchungen, S. 34.

⁵⁶ Das Hauptaugenmerk der Untersuchung lag auf der Feststellung des nach Erledigung mittels Abfindung bestehenden Lohnes. Bei der Untersuchung von 138 erledigten traumatischen Neurosen ergab sich, dass in 115 Fällen die betroffenen Personen danach wieder die volle Erwerbsfähigkeit erlangt hatten (vgl. NAEGELI, Nachuntersuchungen, S. 38. f.). Von den wahllos herausgegriffenen 138 Fällen, die als traumatische Neurosen begutachtet worden waren, konnte in keinem einzigen Fall eine durch die Neurose bedingte bleibende Erwerbseinbusse festgestellt werden (NAEGELI, Nachuntersuchungen, S. 68). In der Regel erfolgte eine rasche Wiederaufnahme der Arbeit nach der Erledigung. Gewöhnlich ist nach einigen Monaten der volle Lohn wieder erreicht worden. NAEGELI folgerte daraus, dass die definitive Erledigung mittels Kapitalabfindung eine kausale Therapie sei. Im Vergleich dazu befand er zur Situation in Deutschland, dass die betroffenen Leute nach Erhalt einer Rentenabfindung aufgrund immer neuer Revisionsbegutachtungen krank geblieben waren (NAEGELI, Nachuntersuchungen, S. 69).

unter deren Einfluss das Nervensystem so schwer leidet.»⁵⁷

Im Bereich des Haftpflichtrechts wirkte sich die nun definitiv vorherrschende psychogenetische Betrachtungsweise in einer im Vergleich zur Jahrhundertwende deutlich restriktiveren Schadenszurechnungs-Praxis bei Neurosen aus. Die geänderte Sichtweise über entsprechend geltend gemachte Beschwerden widerspiegelte sich auch in der Entschädigungspraxis der Privatversicherer. So stellte etwa die «Zürich»-Versicherungsgesellschaft 1916 fest:

«In der Schweiz drohten vor Jahren die Unfallsneurosen in gleicher Weise zu einer sozialen Gefahr zu werden wie in Deutschland. Es fingen aber, gestützt durch die Ergebnisse der bekannten Naeglichen Arbeit, die Begutachter in Erkenntnis der sozialen Gefahr und der wahren Entstehungsgründe der Neurosen an, konsequent nur noch eine progressiv abnehmende Arbeitsunfähigkeit für längstens 1–1½ Jahre zu attestieren. Die Gerichte billigten diese Auffassung durch entsprechend geringe Kapitalabfindung. Dadurch sind in der Schweiz im [Arbeitgeberhaftpflichtrecht] die Neurosen bis auf ganz vereinzelte Fälle verschwunden!»⁵⁸

1. Restriktive Praxis im Unfallversicherungsrecht

Anknüpfend an diese zur Zeit des Ersten Weltkrieges massgebende restriktive Haftpflicht- und Privatversicherungspraxis schuf der Gesetzgeber im Hinblick auf die Einführung der sozialen Unfallversicherung Art. 82 KUVG (Bundesgesetz vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung).⁵⁹ Diese Bestimmung wies folgenden Wortlaut auf:

«Wenn von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung eine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes des Versicherten nicht erwartet werden kann, jedoch die Annahme begründet ist, dass der Versicherte nach

⁵⁷ NAEGELI, Nachuntersuchungen, S. 35.

⁵⁸ Schreiben der «Zürich»-Versicherungsgesellschaft vom 14. Juni 1916 an HOCHÉ (zit. nach NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 187).

⁵⁹ WEYENETH-PÜNTER, S. 85; in diesem Sinne auch PICCARD, Haftpflichtpraxis, S. 120.

Erledigung seiner Versicherungsansprüche und bei Wiederaufnahme der Arbeit die Erwerbsfähigkeit wieder erlangen werde, hören die bisherigen Leistungen auf und es erhält der Versicherte statt einer Rente eine Abfindung.

Die Höhe der Abfindung entspricht dem Barwert einer gleichbleibenden oder sinkenden Rente für höchstens drei Jahre. Diese Rente wird auf Grundlage des bisherigen Jahresverdienstes des Versicherten, nach seinen gesundheitlichen Verhältnissen und dem Grade seiner Erwerbsunfähigkeit im Zeitpunkt der Abfindung bemessen.»

In der Zwischenkriegszeit hatte das EVG in zahlreichen Fällen zu entscheiden, ob der Geschädigte an einer Neurose litt, die im Sinne von Art. 82 KUVG als abfindungswürdig zu betrachten war. Es führte dabei eine Praxis ein, nach der die Neurose in verschiedene Arten eingeteilt wurde.⁶⁰ In konstanter Rechtsprechung anerkannte es ab den 1920er-Jahren nur die wirkliche traumatische Neurose, die Schreckneurose, die es als eine Unterart der traumatischen Neurose verstand, sowie die durch die Art der Behandlung verursachte sogenannte Behandlungsneurose als abfindungswürdig.⁶¹ Dagegen lehnte das EVG es in konstanter Rechtsprechung ab, Begehrungsneurosen als leistungsberechtigte Unfallfolgen anzuerkennen.⁶² Ausführlich äusserte es sich erstmals in EVGE 1927 S. 11 vom 8. März 1927⁶³ zur sogenannten Begehrungsneurose:

⁶⁰ Vgl. zur Neurosenpraxis des EVG insb. MAURER, Unfallversicherung, S. 257 ff.

⁶¹ Vgl. insb. EVGE 1927 S. 155 E. 2 S. 161, wo das EVG ausführte, dass aus zahlreichen Urteilen der letzten Jahre hervorgehe, dass nur eine wirkliche traumatische Neurose sowie die durch die Art der Behandlung verursachte sog. Behandlungsneurose zu einer Entschädigung berechtigten.

⁶² EVGE 1927 S. 11 E. 3 S. 14; ebenso S. 199 E. 1 S. 205; vgl. auch BGE 70 II 168 E. 1 S. 171; EVGE 1929 S. 15, 74, 81; 1928 S. 22; 1927 S. 206 E. 1 S. 209: «[...] considérant que d'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral des assurances la névrose de revendication n'est en principe pas assurée [...]».

⁶³ Diesem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Arbeiter wurde von einer Kurbel heftig am linken Arm getroffen. Nach einigen Wochen war er aus ärztlicher Sicht vollständig geheilt. Er beklagte sich jedoch immer noch über Schmerzen im betreffenden Arm (EVGE 1927 S. 11 Sachverhalt A S. 11). Er brachte vor, auch gut drei Monate nach dem Unfall noch nicht arbeitsfähig zu sein. Das kantonale Versicherungs-

«Ben altra è la situazione nei casi di nevrosi d'assicurazione o di rivendicazione. Si tratta qui di una malattia (deformazione) della volontà che ha origine nel desiderio dell'assicurato di ottenere delle prestazioni d'assicurazione, desiderio il quale degenera in una idea fissa ed impedisce al sinistrato di lavorare, sebbene ne sia fisicamente capace. La scienza medica moderna non ammette alcuna relazione di causa ad effetto tra l'infortunio in sè stesso e una nevrosi di questa natura [...]. Ne segue logicamente che la responsabilità dell'[Istituto nazionale svizzero di assicurazione] non può, die regola, essere ammessa. Anche la dottrina giuridica e la giurisprudenza si sono recentemente pronunciate in questo senso ed il Tribunale federale delle assicurazioni si rifiuta d'indennizzare le pure nevrosi di assicurazione o di rivendicazione.»⁶⁴

In seinen Entscheiden unterschied es demnach im Wesentlichen danach, ob eine Neurose unmittelbar durch den Unfallvorgang erzeugt wurde, entweder durch die Körperverletzung selbst oder durch Schreck- oder Angstwirkung («echte traumatische Neurose,⁶⁵ Schreckneurose,⁶⁶ Angstneurose»), oder sich diese erst nachträglich, zumeist aufgrund des Entschädigungswunsches, herausgebildet hatte (sogenannte «Begehrungsneurose»⁶⁷). Eine Ausnahme vom Grundsatz, dass nur unmittelbar durch den Unfall verursachte Neurosen zu Versicherungsleistungen berechtigten, betraf lediglich die Fälle, in welchen die Neurose ganz unabhängig vom Willen des Verunfallten auf anfängliche

gericht wies die Klage des Arbeiters gegen die Versicherungsanstalt ab. Der Arbeiter zog den Fall in der Folge an das EVG weiter und verlangte dabei eine Entschädigung von CHF 7'810 (Sachverhalt B und C S. 12).

⁶⁴ EVGE 1927 S. 11 E. 3 S. 14; ebenso S. 199 E. 1 S. 205.

⁶⁵ Vgl. zur echten traumatischen Neurose Urteil des EVG vom 2. Juni 1925, zit. nach LAUBER, N 91 S. 177. Gestützt auf Art. 82 KUVG sprach das EVG in diesem Entscheid dem Geschädigten aufgrund der nach einem Elektrizitätsunfall aufgetretenen traumatischen Neurose eine Abfindung zu.

⁶⁶ Vgl. zur Schreckneurose EVG 1929 S. 9. In diesem Entscheid sprach das EVG einem Bauarbeiter, der infolge eines Unfalls an einer Schreckneurose litt, gestützt auf Art. 82 KUVG eine Abfindung von CHF 1'527.40 zu (E. 5 S. 18).

⁶⁷ Vgl. statt vieler zur Begehrungsneurose EVGE 1927 S. 206. Das EVG lehnte in diesem Entscheid die geforderte Abfindung ab.

ärztliche Fehldiagnosen oder eine lang andauernde Fehlbehandlung zurückzuführen war (sogenannte «Behandlungsneurose»⁶⁸). Diesfalls konnte ausnahmsweise doch ein Leistungsanspruch bestehen. Diese schematische Klassifizierung der verschiedenen Neurosearten wurde noch bis in die 1980er-Jahre hinein beibehalten.

Exemplarisch für die damalige restriktive Praxis ist EVGE 1925 S. 117 vom 10. November 1925. Der Geschädigte verletzte sich unterhalb des Auges durch einen abgesprengten Nietenkopf. 20 Tage nach dem Unfall war die entsprechende Wunde weitgehend verheilt. Der Geschädigte litt jedoch an heftigen Kopfschmerzen, Schwindel, Blutandrang und Hitze im Kopf.⁶⁹ Ausgehend von der Diagnose einer «echten traumatischen Neurose» wurde dem Geschädigten gestützt auf Art. 82 Abs. 1 KUVG eine Abfindung von CHF 1'369 zugesprochen. Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 8'448.⁷⁰

Die unfallversicherungsrechtliche Abfindungspraxis galt von Anfang an als erfolgreich. Die infolge von Neurosen geleisteten Abfindungen spielten im Vergleich zur Gesamtzahl der Unfälle und zur Totalbelastung der SUVA stets eine untergeordnete Rolle. In diesem Sinne stellte die SUVA unter anderem im Fünfjahresbericht der Jahre 1923–1927 fest:

«Die Häufigkeit der Neurosen und die aus ihnen resultierende Belastung ist – wenigstens bei der Schweiz. Unfallversicherungsanstalt – glücklicherweise weniger bedrohlich, als man nach der Heftigkeit des Meinungsaustausches annehmen sollte. Die ausgesprochenen traumatischen Neurosen, die durch Kapitalabfindung erledigt wurden, haben in der Berichtsperiode die Zahl 50 pro Jahr nie überschritten, und – was besonders

⁶⁸ EVGE 1927 S. 155 E. 2 S. 161; S. 206 E. 1 S. 209; vgl. auch BGE 70 II 168 E. 1 S. 172.

⁶⁹ EVGE 1925 S. 117 Sachverhalt A S. 118 f.

⁷⁰ Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner entsprechen im Jahr 1925 zugesprochene CHF 1'369 unter Zugrundelegung der Indexbasis Juni 1914 einem Betrag von CHF 8'448 im Jahr 2018 (vgl. zum Teuerungsrechner <http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm> [besucht am: 16. Januar 2019]).

beruhigend ist – ihre Zahl ging von Jahr zu Jahr zurück.»⁷¹

Wie NÄGELI schon über 20 Jahre zuvor, stellte die SUVA 1937 in einer eigenen Untersuchung fest, dass die Grosszahl der im Zusammenhang mit traumatischen Neurosen Abgefundenen nach kurzer Zeit wieder eine Arbeit aufgenommen hatte. Zudem war sie damals der Meinung, dass die traumatischen Neurosen für sie ihren Schrecken verloren hätten. Im Fünfjahresbericht über die Jahre 1933–1937 fasste sie dies folgendermassen zusammen:

«Wenn das Verhältnis der ausbezahlten Summen zu den gesamten Versicherungsleistungen gegenüber der frühern Periode etwas gestiegen ist, so ist das bedeutungslos. Die Höhe der Summe spielt gegenüber der Tatsache, dass die Abfindungen ihren Zweck erreicht haben, keine Rolle. Und dass der Zweck, durch eine Abfindung die Wiederaufnahme der Arbeit zu bewirken, erreicht worden ist, hat eine direkte Untersuchung über das erwerbliche Schicksal der Abgefundenen erbracht. Die Grosszahl derselben hat nach der Abfindung innert kürzester Zeit die Arbeit wieder aufgenommen, und nur eine verschwindend kleine Minderheit hat aus Gründen, die mit dem Unfall nicht im Zusammenhange standen (Alter, Alkohol), die Arbeitsfähigkeit nicht zurückerlangt.»⁷²

Auch zahlreiche weitere Untersuchungen bestätigten offenbar den Befund, dass die Mehrzahl der Abgefundenen jeweils wieder den Weg ins Arbeitsleben fand und die Neurosen nach deren rechtlicher Erledigung in der Regel verschwunden waren.⁷³ MAURER wies 1989 freilich darauf hin, dass die entsprechenden Untersuchungen veraltet und daher nur wenig aussagekräftig seien.⁷⁴

⁷¹ SUVA, Fünfjahresbericht 1923–1927, S. 33.

⁷² SUVA, Fünfjahresbericht 1933–1937, S. 41.

⁷³ BING, S. 711; KLINGLER, S. 5 ff. und S. 16 f.; NÄGELI, Unfallsneurosen, S. 76; vgl. weitere Nachweise bei MAURER, Unfallversicherung, S. 257 Fn. 16a; vgl. hierzu auch KÖHL, S. 134, und PICCARD, Versicherungsneurosen, S. 307.

⁷⁴ MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 405.

Insbesondere aufgrund der als positiv empfundenen Erfahrungen mit der aufgezeigten, ab 1918 massgebenden Abfindungspraxis wurde diese bis in die 1980er-Jahre hinein angewendet. Im Jahre 1979 erhielten noch 92 Versicherte eine solche Abfindung.⁷⁵ In der Folge ging die Anzahl erheblich zurück. 1983 wurden nur noch acht Versicherte in dieser Weise abgefunden.⁷⁶

2. Etwas grosszügigere Praxis im Haftpflichtrecht

Das Bundesgericht hatte nach dem Ersten Weltkrieg für längere Zeit keine Fälle mit unklaren Beschwerden mehr zu beurteilen. Insbesondere waren die früheren Arbeitgeberhaftpflichtfälle von der neu geschaffenen sozialen Unfallversicherung übernommen worden. Aus diesem Grund blieb letztlich die Praxis, wie sie zu Beginn des 20. Jahrhunderts geprägt wurde, als höchststrichterliche Rechtsprechung massgebend. Es vergingen über 50 Jahre, bis das Bundesgericht 1970 wieder einen Neurosefall im Haftpflichtrecht zu beurteilen hatte.

Weiterentwickelt wurde die haftpflichtrechtliche Praxis rückblickend betrachtet vor allem durch zwei privatversicherungsrechtliche Entscheide, die 1944 und 1954 ergingen.⁷⁷ Über die Frage, ob das Bundesgericht Neurosefälle im Haftpflichtrecht in den 1920er-Jahren aufgrund der geänderten medizinischen Erkenntnisse – analog dem EVG – ebenfalls strenger beurteilt hätte, kann damit nur spekuliert werden, wobei eine entsprechende Annahme aufgrund des damals herrschenden Zeitgeists nicht abwegig erscheint.

In BGE 70 II 168 vom 13. Juli 1944, dem sogenannten «Securitas-Fall», bildete sich bei einem Securitas-Hilfswächter nach einem eher unbedeutenden Sturz vom Fahrrad eine psychisch anormale Reaktion resp. eine hypochondrische Neurose heraus. Gemäss einem Gutachten war erwiesen, dass nur die äusserlichen Verletzungen unmittelbare Folgen des Unfalls gewesen waren und diese höchstens eine Arbeitsunfähigkeit von sechs Wochen bewirkt hätten.⁷⁸ Unter ausdrücklicher Anknüpfung an die frühere Rechtsprechung im Fall «Sidler», dergemäss bei der Beurteilung der haftungsbegründenden Zu-

⁷⁵ MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 407.

⁷⁶ SUVA, Jahresbericht 1983, S. 22, zit. nach MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 407.

⁷⁷ BGE 80 II 338; 70 II 168.

⁷⁸ BGE 70 II 168 Sachverhalt A und B S. 168 f.

rechnung zwischen schädigendem Ereignis und eingetretenen unklaren Beschwerden auf den Charakter des Willens des Geschädigten, die Beschwerden zu übertreiben, abzustellen ist, bejahte das Bundesgericht den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den eingetretenen langanhaltenden unklaren Beschwerden.⁷⁹

Bemerkenswerterweise wich das Bundesgericht im «Securitas-Fall»⁸⁰ im Gegensatz zu seiner früheren Praxis bewusst von der vom Gutachter vorgeschlagenen medizinisch-biologischen Feststellung ab, wonach nur die äusserlichen Verletzungen als zurechenbare Folgen zum Unfall zu betrachten waren.⁸¹ Hinter der Entscheidung des Bundesgerichts, entgegen der medizinischen Kausalitätsbeurteilung den adäquaten Kausalzusammenhang im Grundsatz auch für spätere, ungewöhnliche psychische Beschwerden zu bejahen, steht offensichtlich die Wertung, dass der Schädiger den Geschädigten so zu nehmen hat, wie er ist.⁸² Ein Blick in die nicht publizierten Erwägungen zum Quantitativ des «Securitas-Falls» relativiert diese Wertung. Das Bundesgericht ging nämlich gar nicht von einer dauerhaften Invalidität aus. Dem Geschädigten wurden die Taggeldleistungen nur für eine beschränkte Zeit, nämlich für insgesamt ein Jahr, zugesprochen.⁸³ Gerade die Publikation dieser Erwägungen wäre für das Verständnis des Entscheides von wesentlicher Bedeutung gewesen.⁸⁴

Im gut zehn Jahre später ergangenen BGE 80 II 338 vom 18. November 1954, dem sogenannten «Krallenhand-Fall», bejahte das Bundesgericht die privatrechtliche Deckung in noch weiter gehendem Ausmass, näm-

⁷⁹ BGE 70 II 168 E. 1 S. 177 f.

⁸⁰ BGE 70 II 168.

⁸¹ BGE 70 II 168 E. 1 S. 177 ff.

⁸² Vgl. BGE 113 II 86 E. 1b S. 90, wo das Bundesgericht diese schon in seiner Anfangszeit vertretene Auffassung erstmals ausdrücklich offenlegte. Sinngemäss ist diese Wertung schon in BGE 6 267 E. 7 S. 272, mit dem das Bundesgericht seine Praxis zum Umgang mit Vorzuständen begründet hat, erkennbar: «[Die] Beklagte muss für alle beim Kläger in Folge der von ihr zu vertretenden Verletzung erwachsenden Nachteile eintreten, ohne Rücksicht darauf, dass diese Nachteile, wenn die frühere Verletzung nicht vorangegangen wäre, durch den zweiten Unfall nicht oder nicht in gleichem Masse verursacht worden wären.»

⁸³ Vgl. den vollständig abgedruckten Entscheid inkl. Erwägungen zum Quantitativ in SVA IX Nr. 173 S. 433.

⁸⁴ In diesem Sinne auch SCHAER, S. 569.

lich auch für den Fall singulärer Unfallfolgen. Gemäss Sachverhalt dieses Entscheids glitt eine Verkäuferin auf einem stellenweise vereisten Trottoir aus und stürzte rücklings zu Boden. Dabei verletzte sie sich am Hinterkopf. Sie erlitt weder eine Schädel- noch eine Hirnverletzung. Jedoch traten nach dem Abklingen der ersten körperlichen und psychischen Beschwerden Störungen in den oberen Extremitäten auf. Namentlich blieb die rechte Hand psychisch bedingt in Form einer Krallenhand versteift.⁸⁵ Auch in diesem Fall bejahte das Bundesgericht sowohl den natürlichen als auch den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und den eingetretenen gesundheitlichen Störungen.⁸⁶

Hatte es noch zehn Jahre zuvor im «Securitas-Fall» erklärt, dass die Unfallfolgen zwar ungewöhnlich, nicht aber ganz aussergewöhnlich waren und kein zureichender Grund bestehe, den adäquaten Kausalzusammenhang zum Unfall zu verneinen, so galt diese Rechtsprechung fortan selbst für aussergewöhnliche Unfallfolgen. In der Konsequenz bedeutete diese Rechtsprechung, was auch das Bundesgericht zumindest sinngemäss erwähnte, dass der adäquate Kausalzusammenhang nur bei bewusster Aggravation und Simulation resp. einer verwerflichen Willensbetätigung sowie gegebenenfalls bei schon vor dem Unfall manifesten Krankheiten zu verneinen wäre.

Gemäss der massgebenden Bestimmung des Versicherungsvertrages war im Invaliditätsfall der sechsfache Jahreslohn als Entschädigung vereinbart worden. Ausgehend von einer festgestellten Invalidität von 45 % sprach das Bundesgericht der Geschädigten CHF 7'254.10 zu.⁸⁷ Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 32'096.⁸⁸ Im Gegensatz zum «Securitas-Fall», der zehn Jahre zuvor ergangen war, wurde in diesem Entscheid von einer dauerhaften Invalidität ausgegangen.

⁸⁵ BGE 80 II 338 Sachverhalt A S. 339.

⁸⁶ BGE 80 II 338 E. 2 und 3 S. 342 ff.

⁸⁷ BGE 80 II 338 E. 3 S. 347.

⁸⁸ Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner entsprechen im Jahr 1954 zugesprochene CHF 7'254 unter Zugrundelegung der Indexbasis August 1939 einem Betrag von CHF 32'096 im Jahr 2018 (vgl. zum Teuerungsrechner <http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm> [besucht am: 18. Januar 2019]).

Im Jahre 1970 übertrug das Bundesgericht die aufgezeigte Rechtsprechung zum Privatversicherungsrecht mit BGE 96 II 392 vom 17. November 1970, dem sogenannten «Sacheli»-Entscheid, auf das Gebiet des Haftpflichtrechts. In diesem Entscheid ging es um einen Lehrling, der von einem Auto angefahren worden war. Dabei erlitt dieser eine Rissquetschwunde am Hinterkopf, eine Hirnerschütterung und eine Quetschung der linken Schulter. Er beklagte sich über Drehschwindel, Kopfwahl, Ohrengeräusche und Vergesslichkeit und später über weitere diffuse, mehrheitlich psychische Beschwerden. Die involvierten Ärzte und Gutachter schätzten es als unwahrscheinlich ein, dass die langanhaltenden psychischen Störungen auf eine unfallbedingte organische Schädigung zurückzuführen waren. Vielmehr diagnostizierten sie klare Anzeichen von Aggravation und führten die Störungen auf eine Begehrungsneurose zurück. In diesem Zusammenhang hielten sie fest, dass der Begehrungsneurotiker nur deswegen krank sei, weil der Unfall ihm Aussicht auf Leistungen Dritter gebe.⁸⁹

Das Bundesgericht führte im «Sacheli»-Entscheid unter Bezugnahme auf den «Krallenhand-Fall» aus, dass selbst singuläre, d.h. aussergewöhnliche Folgen adäquate Unfallfolgen darstellen könnten.⁹⁰ In diesem Sinne bejahte es sowohl den natürlichen als auch den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der eingetretenen Begehrungsneurose und erklärte damit dieses Beschwerdebild im Haftpflichtrecht für entschädigungswürdig. Mit der Einführung dieses Beurteilungsmassstabes bestätigte das Bundesgericht, dass die Adäquanz bei unklaren Beschwerdebildern im Haftpflichtrecht nur äusserst selten zu verneinen ist.

Bei genauerer Betrachtung knüpfte das Bundesgericht mit diesem Entscheid an seine frühere Praxis im Fall «Sidler» aus dem Jahre 1905 an.⁹¹ Zwar hatte es seither die Praxis zum Umgang mit Neurosefällen im Privatrecht – insbesondere zwischen 1944 und 1954 mit den zwei aufgezeigten Entscheiden zum privaten Versicherungsrecht⁹² – entscheidend weiterentwickelt. In grundsätzlicher Hinsicht beruhten jedoch bereits diese Entscheide – insbesondere betreffend die Beurteilung der haftungsbegründenden Kausalität zwischen

⁸⁹ BGE 96 II 392 Sacherhalt A und B S. 393 f.

⁹⁰ Vgl. BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

⁹¹ Vgl. zur mit dem Fall «Sidler» begründeten Rechtsprechung Kapitel III.C.

⁹² BGE 80 II 338; 70 II 168.

schädigendem Ereignis und eingetretenen unklaren Beschwerden – weitgehend auf der mit dem Fall «Sidler» eingeführten Rechtsprechung, was sich überdies anhand der massgebenden Verweise eindeutig zurückverfolgen lässt.⁹³ Auch wenn das Bundesgericht im «Sacheli»-Entscheid vordergründig mit dem Begriff der Begehrungsneurose argumentierte, ging es letztlich darum, dass die beim Kläger festgestellte verwerfliche Willensbetätigung nicht auf einem freien Willen, sondern auf einer krankhaften Schwäche beruhte. Die Parallelen zum Beurteilungsmassstab der Natur des Willens, wie er mit dem Fall «Sidler» eingeführt worden war, sind deutlich zu erkennen.

Unter der Annahme einer dauerhaften Teilinvalidität von 60 % wurde im «Sacheli»-Entscheid ein Erwerbsausfall von CHF 153'343.10 berechnet. Insbesondere aufgrund der neurotischen Veranlagung wurde danach gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR der Schadenersatzbetrag um $66\frac{2}{3}\%$ herabgesetzt.⁹⁴ Insgesamt wurden dem Geschädigten CHF 37'780.20 als Schadenersatz und CHF 5'000 als Genugtuung zugesprochen. Unter Berücksichtigung der Teuerung entsprechen diese Beträge zusammengerechnet heute näherungsweise CHF 111'842.⁹⁵

Das Bundesgericht hatte letztlich in diesem Fall den Begehrungstendenzen durch die Kürzung der Entschädigung erheblich Rechnung getragen. Zugleich knüpfte es mit dem «Sacheli»-Entscheid an die mit dem im Jahre 1954 ergangenen «Krallenhand-Fall» eingeführte Praxis an, wonach in Fällen mit unklaren Beschwerden fortan auch im Haftpflichtrecht grundsätzlich wieder länger andauernde Arbeitsunfähigkeit resp. Invalidität angenommen werden konnte. Hinsichtlich der Zurechnung beim Schadenstatbestand entspricht

⁹³ Vgl. die Verweise in BGE 96 II 392 E. 2 S. 396 und E. 3 S. 399 auf BGE 70 II 168 und diejenigen in BGE 70 II 168 E. 1 S. 172 auf BGE 32 II 13 und BGE 31 II 590 (Fall «Sidler»).

⁹⁴ Urteil des Bundesgerichts C 44/72 vom 30. Mai 1972 Sachverhalt C S. 5 und E. 3 S. 12. Entgegen der Einschätzung von SCHAER, S. 571, wurde die Kürzung um $\frac{2}{3}$ nicht in vertikaler Weise im Rahmen der Schadensberechnung berücksichtigt. Daher erhielt der Geschädigte aufgrund des Quotenvorrechts vermutlich mehr, als der tatsächliche Schaden ausmachte.

⁹⁵ Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner entsprechen im Jahr 1972 zugesprochene CHF 42'780 unter Zugrundelegung der Indexbasis September 1966 einem Betrag von CHF 111'842 im Jahr 2018 (vgl. zum Teuerungsrechner <http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm> [besucht am: 18. Januar 2018]).

diese Rechtsprechung demnach einer Abkehr von der Haftpflichtpraxis, die zu Beginn des 20. Jahrhunderts massgebend war. Ab 1905 waren Gutachter und Gerichte nämlich bei unklaren Beschwerden in der Regel nur noch von vorübergehender Arbeitsunfähigkeit ausgegangen.

Im Gegensatz zur unfallversicherungsrechtlichen Praxis hatte das Bundesgericht bei Begehrungsneurosen die haftungsbegründende Zurechnung zwischen schädigendem Ereignis und eingetretenen unklaren Beschwerden – zumindest der Wertung nach – stets bejaht.⁹⁶ Im «Sacheli»-Entscheid argumentierte es freilich erstmals selbst mit dem Begriff der Begehrungsneurose, was es zuvor stets abgelehnt hatte.⁹⁷ Es lässt sich aus diesen Ausführungen ableiten, dass das EVG von Anfang an bis in die 1980er-Jahre hinein eine restriktivere Haltung vertrat als das Bundesgericht im Bereich des Haftpflichtrechts. Begehrungsneurosen wurden vom EVG in konstanter Rechtsprechung nicht als entschädigungswürdig betrachtet.

Fraglich bleibt, weshalb es infolge der grundsätzlichen Anerkennung der Begehrungsneurose als entschädigungswürdig nicht zu weiteren, ähnlich gelagerten haftpflichtrechtlichen Urteilen kam. Die Annahme, dass diese dem Geschädigten gegenüber eher als grosszügig zu betrachtende Rechtsprechung zu einer Zunahme an entsprechenden Fällen führen würde, würde an sich nahe liegen. Eine solche Entwicklung ist jedoch zwischen 1970 und 1990 nicht eingetreten. Hingegen wirkte sich diese Rechtsprechung letztlich über 20 Jahre später bei dem neu aufgekommenen Beschwerdebild der «HWS-Distorsion» im entsprechenden Sinne aus.

⁹⁶ Oder anders formuliert: Die vom EVG als Begehrungsneurosen bezeichneten Zustände psychischer Störungen wurden im Unfallversicherungsrecht von Anfang an restriktiver beurteilt als im Haftpflichtrecht.

⁹⁷ Das Bundesgericht lehnte zwischen 1918 und 1970 eine Übernahme der Neurosenpraxis des EVG in das Privatrecht stets ab. 1934 kritisierte es die Praxis des EVG heftig. Es erhob gegenüber dem EVG den Vorwurf, es sei unangebracht, eine rechtliche Entscheidung auf ungenauen und mehrdeutigen Begriffen wie etwa demjenigen der Versicherungsneurose aufzubauen. Es warnte zudem vor einer schablonenhaften Verwendung der verschiedenen Neurosebegriffe. Seiner Ansicht nach stiftete die Diagnose «Versicherungsneurose» oder «Begehrungsneurose» Verwirrung und begünstigte Fehlentscheidungen (BGE 60 II 132 E. 3 S. 142 f.).

E. Somatogene HWS-Distorsion (1991–2007)

Wie bereits erwähnt, wurde 1970 im Haftpflichtrecht mit dem «Sacheli»-Entscheid von der zu Beginn des 20. Jahrhunderts massgebenden Abfindungspraxis Abstand genommen, indem wieder von langanhaltenden unklaren Beschwerden ausgegangen wurde. Im Sozialversicherungsrecht verlor die Neurosenpraxis im Verlauf der 1980er-Jahre ihre Bedeutung.⁹⁸ Die verschiedenen Arten von Neurosen und insbesondere der Begriff der «Begehrungsneurose» werden seither sowohl in der Medizin als auch in der schweizerischen Rechtspraxis praktisch nicht mehr verwendet.⁹⁹

Die Aufgabe dieser von vielen Seiten als erfolgreich bezeichneten Praxis ist insbesondere deshalb erstaunlich, weil das entsprechende Institut auch in das am 1. Januar 1984 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG), welches für den Bereich der Unfallversicherung das frühere KUVG ablöste, überführt worden ist (vgl. Art. 23 Abs. 1 UVG). Schon kurze Zeit nach dem Verschwinden der Neurose aus der Gerichtspraxis trat das Phänomen der «HWS-Distorsion» in Erscheinung.

In den 1980er-Jahren kam in der medizinischen Wissenschaft die Meinung auf, dass bei «einem Schleudertrauma der Halswirbelsäule auch ohne nachweisbare pathologische Befunde noch Jahre nach dem Unfall funktionelle Ausfälle verschiedenster Art auftreten [könnten].»¹⁰⁰ Es wurde zudem als wahrscheinlich bezeichnet, dass diesen gesundheitlichen Folgen organische Verletzungen zugrunde lägen: «Gemäss fachärztlichen Publikationen bestehen [...] Anhaltspunkte dafür, dass der Unfallmechanismus bei einem Schleudertrauma der Halswirbelsäule zu Mikroverletzungen führt, welche für das erwähnte bunte Beschwerdebild mit Wahrscheinlichkeit ursächlich oder zumindest im Sinne einer Teilursache mitverantwortlich sind.»¹⁰¹ Das erwähnte

⁹⁸ Die letzten Entscheide, in welchen noch auf diese Neurosenarten Bezug genommen wurde, stammen aus den Jahren 1981 (BGE 107 V 173 und 239) und 1986 (BGE 112 V 30 E. 3a S. 35); vgl. auch MEYER-BLASER, S. 98, wonach unter der Geltung des UVG zwischen 1984 und Ende 1992 bloss noch 105 Abfindungen zugesprochen worden seien.

⁹⁹ Kritisch zum Begriff der Neurosen MURER/KIND/BINDER, S. 128 ff.; vgl. RUMO-JUNGO, N 773, die den Begriff der «Begehrungsneurose» in ihrer Habilitationsschrift aus dem Jahr 1998 als überholt bezeichnete.

¹⁰⁰ BGE 117 V 359 E. 5d/aa S. 363.

¹⁰¹ BGE 117 V 359 E. 5d/aa S. 363 f.

«bunte Beschwerdebild» wurde als komplex und vielschichtig beschrieben.¹⁰² Es wurde zudem mit eng ineinander verwobenen Beschwerden physischer und psychischer Natur, die einer Differenzierung kaum zugänglich seien, charakterisiert.¹⁰³ Insbesondere galten diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression oder Wesensveränderungen als typische Folgen einer HWS-Distorsion.¹⁰⁴ Ähnlich wie schon gegen Ende des 19. Jahrhunderts bei der «traumatischen Neurose» wurden damit die infolge von HWS-Distorsionen aufgetretenen diffusen Beschwerden von einem Teil der medizinischen Lehre in grundsätzlicher Weise auf eine organische Verletzung zurückgeführt.

1. Grosszügige Praxis im Unfallversicherungsrecht

Unter anderem aufgrund dieser neu auf gekommenen medizinischen Auffassung sah sich das EVG dazu veranlasst, seine Rechtsprechung zur HWS-Distorsion grundlegend zu ändern. Mit dem sogenannten «Salanitri»-Entscheid (BGE 117 V 359) vom 4. Februar 1991 entschied es für den Bereich der sozialen Unfallversicherung, dass ein Unfall mit Schleudertrauma der Halswirbelsäule in der charakteristischen Erscheinungsform einer Häufung von typischen Beschwerden ungeachtet der fehlenden organischen Nachweisbarkeit eine länger dauernde Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit zur Folge haben könne.¹⁰⁵ Zuvor hatte das EVG HWS-Distorsionen ohne neurologische Ausfälle und ohne nachweisbare Veränderungen im Röntgenbild generell die Eignung abgesprochen, gesundheitliche Beeinträchtigungen im Sinne eines Dauerschadens (Anmerkung: in diesem Zusammenhang wäre es korrekter, anstelle des Begriffs «Dauerschaden» dauerhafte Arbeitsunfähigkeit oder Invalidität zu verwenden) zu verursachen. Das EVG vertrat noch 1985 in einem Entscheid die Auffassung, dass HWS-Distorsionen ohne fassbare organische Befunde in der Regel harmlos verlaufen würden.¹⁰⁶

¹⁰² BGE 117 V 359 E. 4b S. 360; 119 V 335 E. 1 S. 338.

¹⁰³ BGE 134 V 109 E. 7.1 S. 118.

¹⁰⁴ Anstelle vieler: BGE 117 V 359 E. 4b S. 360 f.

¹⁰⁵ BGE 117 V 359 E. 5d/aa S. 363 f.

¹⁰⁶ EVGE vom 18.11.1985, zit. in SZS 30/1986, S. 84; vgl. auch die entsprechende Erläuterung dieses Entscheids in BGE 117 V 359 E. 5c S. 362.

Hintergrund der Anerkennung des hier beschriebenen Beschwerdebilds der HWS-Distorsion war die in den 1980er-Jahren aufgegebene Rechtsprechung, wonach im Unfallversicherungsrecht bei der Beurteilung der Adäquanz auf einen psychisch gesunden resp. normal veranlagten Versicherten abgestellt wurde. Das EVG erklärte damit den im Haftpflichtrecht seit je geltenden Grundsatz, wonach der Schädiger den Geschädigten so zu nehmen hat, wie er ist, auch für das Unfallversicherungsrecht für massgebend.¹⁰⁷

In Anbetracht der aufgezeigten grundlegenden Änderung der Rechtsprechung lässt sich der Schluss ziehen, dass das EVG Fälle, die es früher als Begehrungsneurosen qualifiziert und deswegen jegliche Leistungen verweigert hätte, zur Jahrtausendwende aufgrund der Schleudertrauma-Praxis als adäquate Folge einer HWS-Distorsion und damit als rentenanspruchsberechtigende Unfallfolgen beurteilte.¹⁰⁸

Als Hilfe für die Fällung des Zurechnungsentscheids führte das EVG mit dem «Salanitri»-Entscheid eine spezifische Rechtsprechung zur Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs bei Schleudertraumen der Halswirbelsäule ein. Demgemäss ist der natürliche Kausalzusammenhang in der Regel zu bejahen, wenn zwischen dem Unfall und der danach eingetretenen Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule diagnostiziert wurde und das für diese Verletzung typische Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Sehstörungen, Reizbarkeit usw. vorliegt.¹⁰⁹ Mit BGE 119 V 335 vom 18. Mai 1993 wurde die dargelegte Rechtsprechung insoweit konkretisiert, als zusätzlich verlangt wurde, dass das Vorliegen sowie die Folgen einer HWS-Distorsion durch zuverlässige ärztliche Angaben gesichert sein müssten.

Im «Salanitri»-Entscheid erklärte das EVG zudem die für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs mit dem Leitentscheid BGE 115 V 133 eingeführten Adäquanzkriterien für psychische Unfallfolgen als massgebend. Demgemäss war – ausgehend vom Unfallereignis – in einem ersten Schritt zu

¹⁰⁷ Vgl. zur Übernahme dieser Rechtsprechung insb. BGE 112 V 30 E. 3c S. 36; vgl. zudem REICHEL, S. 117 ff.

¹⁰⁸ Ähnlich RUMO-JUNGO, N 772.

¹⁰⁹ BGE 117 V 359 E. 4b S. 360.

entscheiden, ob ein leichter, mittelschwerer oder schwerer Unfall vorlag.¹¹⁰ Im Falle eines leichten Unfalls war nach Ansicht des EVG der adäquate Kausalzusammenhang ohne Weiteres zu verneinen. Als Beispiel führte es einen gewöhnlichen Sturz an. Es sei aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung, aber auch unter Berücksichtigung unfallmedizinischer Erkenntnisse, nicht davon auszugehen, dass ein solcher Unfall dazu geeignet sei, zu einem erheblichen Gesundheitsschaden zu führen.¹¹¹ Bei schweren Unfällen sei dagegen anzunehmen, dass die Adäquanz zwischen Unfallereignis und eingetretenem Schaden gegeben sei. Für die Unfälle im mittleren Bereich müsse sodann auf weitere objektiv erfassbare Kriterien abgestellt werden. Gemäss der Rechtsprechung im «Salanitri»-Entscheid wurden folgende in einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigende Kriterien für massgebend erklärt:

- besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalles;
- die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen;
- ungewöhnlich lange Dauer der ärztlichen Behandlung;
- Dauerbeschwerden;
- ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert;
- schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen;
- Grad und Dauer der Arbeitsunfähigkeit.

Aufgrund der grundsätzlichen Anerkennung der als typisch bezeichneten Unfallfolgen nahmen entsprechende Fälle innert kurzer Zeit erheblich zu. Im Unfallversicherungsrecht war neben den verhältnismässig tiefen Anforderungen, die – insbesondere in den Fällen des mittleren Bereichs – an die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs gestellt wurden, vor allem massgebend, dass die Anwendung des Art. 36 Abs. 2 des am 1. Januar 1984 in Kraft getretenen UVG im Endeffekt jeweils auf eine «Alles oder nichts»-Lösung hinauslief. Anders als im Vorgängererlass bestand bei Bejahung der rechtserheblichen Kausalität zwischen Unfall und eingetretenem Schaden keine Möglichkeit mehr, dem Anteil der konstitutionellen Prädisposition am

¹¹⁰ BGE 117 V 359 E. 6a S. 366.

¹¹¹ BGE 117 V 359 E. 6a S. 366.

Eintritt des Schadens durch einen Abzug Rechnung zu tragen, wenn sich die konstitutionelle Prädisposition nicht schon vor dem Unfall ausgewirkt hat.

Die Unfallversicherung wies ab 1990 insbesondere infolge der Zunahme erfolgreich geltend gemachter Invalidenrentenansprüche nach HWS-Distorsionen ein beträchtliches Ausgabenwachstum aus.¹¹² «Entstanden früher praktisch keine Rentenansprüche aus solchen Unfällen, waren es im Jahr 2002 alleine bei der Suva rund 10 % der Renten.»¹¹³ Betreffend Kosten wurde der Höhepunkt im Jahr 2004 erreicht. Die gesamten Ausgaben der obligatorischen Unfallversicherung für HWS-Distorsionen beliefen sich im betreffenden Jahr auf insgesamt fast CHF 471.9 Mio. 1990 waren die gesamten Kosten für dieselben Diagnosen mit CHF 91.6 Mio. noch bedeutend geringer.¹¹⁴

¹¹² Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

¹¹³ SUVA, Fünfjahresbericht 1998–2002, S. 65.

¹¹⁴ Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

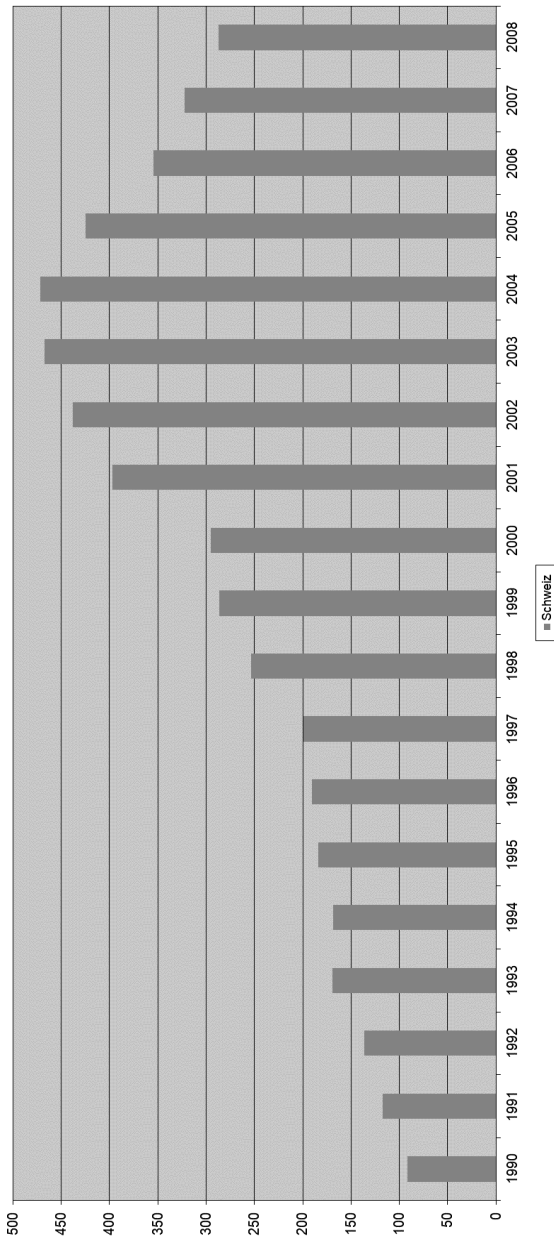


Abbildung:¹¹⁵ Spezialstatistik UVG: Laufende Kosten der anerkannten Fälle als Haupt- oder Nebendiagnose in Mio. CHF nach Diagnosen (bis 2002: 847.0 = Distorsion/Zerrung HWS; 847.01 = HWS-Schleudertrauma; ab 2003: Distorsion/Zerrung HWS mit ICD-10-Code S13.4 ist diagnostiziert, andere Verletzungen können vorkommen).

¹¹⁵ Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

2. Noch grosszügigere Praxis im Haftpflichtrecht

Mit BGE 123 III 110 übernahm das Bundesgericht die vom EVG geschaffene spezifische Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs bei HWS-Distorsionen in das Haftpflichtrecht. Sofern nach erlittenem Unfall eine HWS-Distorsion diagnostiziert worden war und zudem das typische Beschwerdebild vorlag, war demnach der natürliche Kausalzusammenhang grundsätzlich als gegeben zu betrachten.¹¹⁶

Dagegen lehnte das Bundesgericht die Übernahme der mit BGE 117 V 359 begründeten «Schleudertrauma-Praxis» in das Haftpflichtrecht ab. Es gestand in seinen Erwägungen zwar ein, es sei im Grundsatz einleuchtend, dass der Adäquanzbegriff im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht gleich gehandhabt werden müsse.¹¹⁷ Auch sei der rechtspolitische Zweck der Adäquanz in beiden Gebieten der gleiche, nämlich derjenige der Haftungsbegrenzung. Dennoch sprach es sich gegen die Übernahme der auf die Schwere des Unfalls und damit auf objektiv erfassbare Umstände abstellenden unfallversicherungsrechtlichen Adäquanzpraxis in das Haftpflichtrecht aus.

Die Nichtübernahme der nach Unfallschwere schematisierenden Praxis des EVG in das Haftpflichtrecht hatte zur Folge, dass die Adäquanzbeurteilung bei HWS-Distorsionen fortan in den beiden Rechtsgebieten unterschiedlich ausfiel. Die Anforderungen waren zum damaligen Zeitpunkt im Unfallversicherungsrecht freilich auch nicht sehr hoch angesetzt. Dennoch führte diese Rechtsprechung, wie in BGE 123 III 110, dazu, dass die Adäquanz im Haftpflichtrecht bejaht wurde, obwohl diese im Unfallversicherungsrecht aufgrund der Geringfügigkeit des Unfalls und der entsprechenden Qualifikation als «leichter Unfall» zu verneinen gewesen wäre.¹¹⁸

Unter anderem begründete das Bundesgericht die Nichtübernahme damit, dass die unbesehene schematische Übernahme sozialversicherungsrechtlicher Kriterien dem haftpflichtrechtlichen Zweck zuwiderliefe, im Einzelfall eine billige Zurechnungsentscheidung zu fällen. Zusätzlich rechtfertigte es die nach Rechtsgebieten differenzierende Adäquanzbeurteilung mit der früheren

¹¹⁶ Vgl. BGE 123 III 110 E. 2 S. 111.

¹¹⁷ BGE 123 III 110 E. 3a S. 113.

¹¹⁸ Vgl. hierzu REICHLER, S. 123 ff.

unterschiedlichen Beurteilung von Begehrungsneurosen sowie der im Vergleich zum Unfallversicherungsrecht im Haftpflichtrecht bestehenden flexibleren Möglichkeiten im Rahmen der Schadenersatzberechnung und -bemessung (Art. 42–44 OR).¹¹⁹

Exemplarisch für diese Periode der Rechtsprechung ist BGE 131 III 12 vom 14. September 2004. Infolge eines Verkehrsunfalls litt die Geschädigte am darauffolgenden Tag an starken Kopfschmerzen, Nackenschmerzen, Schwindelgefühl und Ohrensausen. Fünf Tage nach dem Unfall begab sie sich in ärztliche Behandlung. Der Arzt diagnostizierte eine HWS-Distorsion. Vor der ersten Instanz machte sie gegenüber der Haftpflichtversicherung einen Schaden von CHF 1'303'747.90 geltend. Das Gericht kam zum Schluss, dass die gesundheitliche Beeinträchtigung der Klägerin auf den Unfall zurückzuführen war, und sprach ihr CHF 1'287'673 zu. Gestützt auf ein MEDAS-Gutachten ging die zweite Instanz davon aus, dass der krankhafte Vorzustand der Geschädigten den Eintritt des Schadens in nicht unerheblicher Weise begünstigt habe. Weil es zudem das Verschulden des Kollisionsverursachers als gering einstufte, reduzierte es gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR den Schadenersatzanspruch um 20 %.¹²⁰ Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid.¹²¹

In den 1990er-Jahren und vor allem um die Jahrtausendwende verzeichneten die schweizerischen Haftpflichtversicherer eine bedeutende Zunahme an oft kostenintensiven Fällen infolge von HWS-Distorsionen. Besonders deutlich hat dies die Studie des europäischen Versicherungsverbands (CEA) aus dem Jahr 2004 aufgezeigt. Diese hat ergeben, dass in der Schweiz aus der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung 40 % der Leistungen für Personenschäden allein für die Folgen leichter HWS-Distorsionen erbracht wurden. Zu Zeiten der «Hochkonjunktur» des Schleudertrauma-Phänomens entsprach dies insgesamt einem Betrag von jährlich rund CHF 500 Mio.¹²²

¹¹⁹ BGE 123 III 110 E. 3a S. 113 ff.; ausführlich hierzu REICHLÉ, S. 123 ff.

¹²⁰ Vgl. BGE 131 III 12 Sachverhalt S. 13.

¹²¹ BGE 131 III 12 E. 4.2 S. 15.

¹²² CEA/AREDOC, S. 7; vgl. dazu GERMANN, Abschaffung, S. 17.

F. HWS-Distorsion als rein psychogenes Beschwerdebild? (ab 2008)

Insbesondere aufgrund der erheblichen finanziellen Auswirkungen wurde das «Schleudertrauma»-Phänomen zunehmend kritisch betrachtet und kontrovers diskutiert.¹²³ Negative Kritik erwuchs unter anderem an dem vom EVG als typisch bezeichneten «bunten Beschwerdebild».¹²⁴ Unter anderem die SUVA vertrat von Beginn weg die Haltung, dass es nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft bei Schleuderverletzungen der HWS weder ein typisches Beschwerdebild noch eine charakteristische Häufung von unspezifischen Beschwerden gebe.¹²⁵

Es kam zudem die Meinung auf, dass bei «leichten bis mittelschweren Schleudertraumen der HWS [...] ein längerer oder gar dauernder Ausstieg aus dem Arbeitsprozess vom medizinischen Standpunkt aus als eher ungewöhnlich erscheint.»¹²⁶ Auch die frühere medizinische Auffassung, wonach Anhaltspunkte dafür bestünden, «dass der Unfallmechanismus bei einem Schleudertrauma der Halswirbelsäule zu Mikroverletzungen führt, welche für das erwähnte bunte Beschwerdebild mit Wahrscheinlichkeit ursächlich oder zumindest im Sinne einer Teilursache mitverantwortlich sind»,¹²⁷ wurde in zunehmendem Masse in Frage gestellt.¹²⁸

¹²³ SCHMID, S. 53; vgl. BGE 134 V 109 E. 7.1 S. 118, wonach die «Schleudertrauma-Praxis [...] seit Begründung [...] Gegenstand verschiedenartiger Diskussionen» gebildet habe. Vgl. auch BGE 119 V 335 E. 2a S. 338, wonach diese Rechtsprechung in mehreren Publikationen kritisiert worden war; weitere Nachweise bei REICHLER, S. 131 ff.

¹²⁴ BGE 134 V 231 E. 5.2 S. 233; vgl. LOCHER, S. 42.

¹²⁵ Vgl. die heftige Kritik von Seiten der SUVA an dieser Rechtsprechung in BGE 119 V 335 E. 2a S. 338.

¹²⁶ BGE 134 V 109 E. 10.2.7 S. 29.

¹²⁷ BGE 117 V 359 E. 5d/aa S. 363 f.

¹²⁸ GERMANN, Abschaffung, S. 2; DERS., Anachronismus, S. 173 ff.; LOCHER, S. 43 ff.; MEYER, Schleudertrauma, S. 483; MURER, Entmedizinisierung, N 6; DERS., Nachfrage, S. 365; STEINEGGER, S. 403; SUTER, Preisgabe, S. 448; a.M. HUBER/SAMUELSSON, S. 5 (vgl. SAMUELSSON, Schleudertrauma, S. 27, die nun zehn Jahre später entgegen ihrer früheren Auffassung auch eher davon ausgeht, dass Verlauf und Chronifizierung von akuten Schleudertrauma-Verletzungen nicht mit verletzungsbedingten körperlichen oder mechanischen Faktoren zusammenhängen); SIDLER, S. 83 ff.; vgl. auch STEINEGGER/JENZER, S. 570, die kritisieren, dass das Bundesgericht nie die fachärztlichen Publikationen oder

Infolge des sich wandelnden Verständnisses über Ursachen und gesundheitliche Folgen von organisch nicht nachweisbaren HWS-Distorsionen sah sich allmählich auch das Bundesgericht dazu veranlasst, seine in den 1990er-Jahren eingeführte Rechtspraxis zu diesem Beschwerdebild zu überdenken. Ab 2008 beurteilte das Bundesgericht die infolge von leichten HWS-Distorsionen geltend gemachten Ansprüche wieder deutlich restriktiver.

Das Bundesgericht hielt trotz der aufgezeigten Kritik bis heute an den seiner Rechtsprechung zugrunde gelegten Annahmen fest (Organizität der Leiden und Auftreten eines typischen Beschwerdebildes). Es bestätigte noch in BGE 139 V 547 vom 31. Oktober 2013 seine Sichtweise, wonach auch leichteren Schleudertraumen organische Verletzungen zugrundelägen: «Bei den Folgen von Schleudertraumen [...] etwa ist die Ätiologie – die zu Grunde liegende Ursache – in leichteren Fällen meist nicht objektiv ausgewiesen. Immerhin ist aber von morphologischen Schädigungen (Mikroverletzungen [...]) auszugehen». Infolge der aufgezeigten Kritik gegenüber der höchstrichterlichen Rechtsprechung sah sich das Bundesgericht dennoch dazu veranlasst, seine Rechtsprechung zu überdenken. Insbesondere die mit BGE 134 V 109 vom 19. Februar 2008 eingeleiteten Verschärfungen (strengere Anforderungen für Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs sowie Verschärfung der massgebenden Adäquanzkriterien) lassen jedenfalls eine solche Interpretation zu.

1. Restriktive Praxis im Unfallversicherungsrecht

Mit den Urteilen U 215/05 vom 30. Januar 2007 und dem bereits erwähnten BGE 134 V 109 vom 19. Februar 2008 verschärfte das Bundesgericht für den Bereich des Unfallversicherungsrechts die Anforderungen an die Bejahung der haftungsbegründenden Kausalität zwischen Unfallereignis, erlittener HWS-Distorsion und danach eingetretenen unklaren Beschwerden.

Im Urteil U 215/05 stellte das Bundesgericht klar, dass Beschwerden in der Halsregion und an der Halswirbelsäule innert maximal 72 Stunden seit dem Versicherungsereignis aufgetreten sein müssten. Ohne einen entsprechenden

die medizinische Forschung enthüllt habe, welche die «Mikroverletzungen» der HWS belegen soll.

Nachweis sei der natürliche Kausalzusammenhang als nicht gegeben zu betrachten.¹²⁹

In BGE 134 V 109 führte das Bundesgericht aus, dass die nach HWS-Distorsionen geklagten Verletzungen abgesehen von ossären Läsionen (Verletzungen am Knochen) und dergleichen nicht bildgebend objektiviert werden könnten. Daher komme den Angaben der versicherten Person über bestehende Beschwerden besondere Bedeutung zu, was aber auch ein Missbrauchspotential berge.¹³⁰ Auch räumte es nun explizit ein, dass bei identischer Symptomatik die erhobenen Befunde aus dem Katalog des für derartige Verletzungen als typisch erachteten Beschwerdebildes unter Umständen auch nicht-traumatischer Genese sein könnten. In Anbetracht dieser Feststellungen führte das Bundesgericht aus, dass an die Grundlagen für den Schluss auf das Vorliegen solcher Verletzungen hohe Anforderungen zu stellen seien.¹³¹ In der Folge erhöhte es die für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs erforderlichen Dokumentations- und Begutachtungsanforderungen erheblich.

Anschliessend hielt das Bundesgericht in BGE 134 V 109 an der mit dem «Salanitri»-Entscheid eingeführten spezifischen Adäquanzprüfung fest, wonach zunächst an die Schwere des Unfalls anzuknüpfen ist. Es sah sich jedoch veranlasst, die für die Beurteilung mittelschwerer Unfälle hinzuzuziehenden zusätzlichen Kriterien zu überarbeiten und zu modifizieren. Es standen dabei vor allem diejenigen Kriterien im Vordergrund, die eine Zeitkomponente enthielten. Zusätzlich präziserte es jene Kriterien, die sich in der Praxis als zu wenig eindeutig erwiesen hatten. Auch hielt es nun fest, dass die Aufzählung der Kriterien als abschliessend zu betrachten sei.¹³² Insgesamt erklärte es damit den nachfolgenden Kriterienkatalog¹³³ für massgebend:

- besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindringlichkeit des Unfalles;
- die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen;

¹²⁹ Urteil des Bundesgerichts U 215/05 vom 30. Januar 2007 E. 5.1.

¹³⁰ BGE 134 V 109 E. 9 S. 122.

¹³¹ BGE 134 V 109 E. 9 S. 122.

¹³² BGE 134 V 109 E. 10.2 S. 127.

¹³³ BGE 134 V 109 E. 10.2 S. 127 (Katalog gemäss BGE 117 V 359) und E. 10.3 S. 130 (mit diesem Entscheid neu gefasster Katalog).

- fortgesetzt spezifische, belastende ärztliche Behandlung (zuvor: ungewöhnlich lange Dauer der ärztlichen Behandlung);
- erhebliche Beschwerden (zuvor: Dauerbeschwerden);
- ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert;
- schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen;
- erhebliche Arbeitsunfähigkeit trotz ausgewiesener Anstrengungen (zuvor: Grad und Dauer der Arbeitsunfähigkeit).

Mit BGE 134 V 109 erhöhte das Bundesgericht im Jahre 2008 die Anforderungen für die Bejahung der rechtserheblichen Kausalität derart, dass seither für HWS-Distorsionen ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle nur noch ausnahmsweise UV-Renten zugestanden werden. Insbesondere die Verschärfung der Rechtsprechung zur Adäquanz hat zu zahlreichen Leistungseinstellungen geführt.¹³⁴

Mit BGE 136 V 279 setzte das Bundesgericht 2010 die Anforderungen an die Gewährung von sozialversicherungsrechtlichen Renten bei organisch nicht nachweisbaren HWS-Distorsionen noch höher an.¹³⁵ Diese Praxisänderung betraf die Frage der Zumutbarkeit und erlangte damit auch für die Beurteilung von UV-Rentenansprüchen Geltung.¹³⁶ Mit der Übernahme der Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung gemäss BGE 130 V 352,¹³⁷ wonach die Überwindbarkeit des Leidens vermutet wurde, gingen die Anzahl gewährter Rentenansprüche weiter zurück.

In der bundesgerichtlichen Praxis zum Unfallversicherungsrecht fand die Überwindbarkeitsrechtsprechung jedoch nur einen geringen direkten Niederschlag.¹³⁸ Der Grund lag darin, dass aufgrund der mit BGE 134 V 109 ver-

¹³⁴ SUTER, straw, S. 642.

¹³⁵ Vgl. HUSMANN, S. 3, wonach sich die Doppelhürde der Adäquanz und Schmerzpraxis fortan als unüberwindbare Wand erwies.

¹³⁶ Das Urteil betraf nämlich einen Anwendungsfall von Art. 7 Abs. 2 ATSG, der auch für das Leistungsrecht der Unfallversicherung massgebend ist.

¹³⁷ Gemäss dieser Rechtsprechung begründet eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung als solche noch keine Invalidität. Vielmehr besteht die Vermutung, dass diese Krankheit und ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sind (BGE 130 V 352 E. 2.2.3 S. 354).

¹³⁸ NABOLD, S. 29.

schärften Adäquanzpraxis in der Regel bereits der Kausalzusammenhang zwischen dem versicherten Ereignis und den psychischen Beschwerden verneint wurde. Dementsprechend stellte sich die nur im Falle einer Bejahung des Kausalzusammenhangs relevante Frage nach der invalidisierenden Wirkung dieser Beschwerden in der Rechtspraxis nur sehr selten. Möglicherweise hat aber die geänderte Rechtsprechung auch dazu beigetragen, dass entsprechende Fälle mangels Erfolgsaussicht gar nicht mehr an das Bundesgericht gezogen wurden.¹³⁹

Im Jahr 2015 gab das Bundesgericht mit BGE 141 V 281 die «Überwindbarkeitsrechtsprechung» infolge heftiger Kritik¹⁴⁰ wieder auf. Gleichzeitig führte es ein strukturiertes, normatives Prüfungsraster ein, das auch für die Abklärung von UV-Rentenansprüchen massgebend ist.¹⁴¹ Im Bereich der Unfallversicherung ist tendenziell nicht mit einer Zunahme erfolgreicher Ansprüche zu rechnen, da meistens bereits die Kausalität zwischen Unfallereignis und den beklagten langanhaltenden gesundheitlichen Beschwerden verneint wird.¹⁴²

Spätestens mit der Unterstellung unter die Überwindbarkeitsrechtsprechung im Jahre 2010 verlor die um die Jahrtausendwende als teilweise dominierend empfundene Stellung der Schleudertraumabeschwerden an Bedeutung.¹⁴³ Die abnehmende Tendenz setzte freilich schon ab dem Jahr 2005 ein, wie aus den statistischen Daten zur Unfallversicherung hervorgeht.

Wurden 2004 noch 506 Invalidenrenten zugesprochen, so waren es im Jahr 2015 lediglich noch 57. Dies ist umso bemerkenswerter, als sich die Anzahl nach UVG Vollbeschäftigter in derselben Zeit von etwas mehr als 3.57 Mio. (2004) auf 3.96 Mio. (2015) erhöht hat.¹⁴⁴

¹³⁹ NABOLD, S. 29.

¹⁴⁰ Vgl. u.a. GÄCHTER/TREMP, N 13; MÜLLER JÖRG PAUL, N 2 ff.; SAMUELSSON, Evidenz, insb. N 73 ff.; WINZENRIED, S. 243.

¹⁴¹ BGE 141 V 574 E. 5.2 S. 582.

¹⁴² NABOLD, S. 29; a.M. HUSMANN S. 3.

¹⁴³ GÄCHTER/MEIER, S. 123.

¹⁴⁴ Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt) zu anerkannten HWS-Fällen als Haupt- oder Nebendiagnose: Distorsion/Zerrung HWS (ICD-10-Code S13.4) ist diagnostiziert, wobei andere Verletzungen vorkommen können.

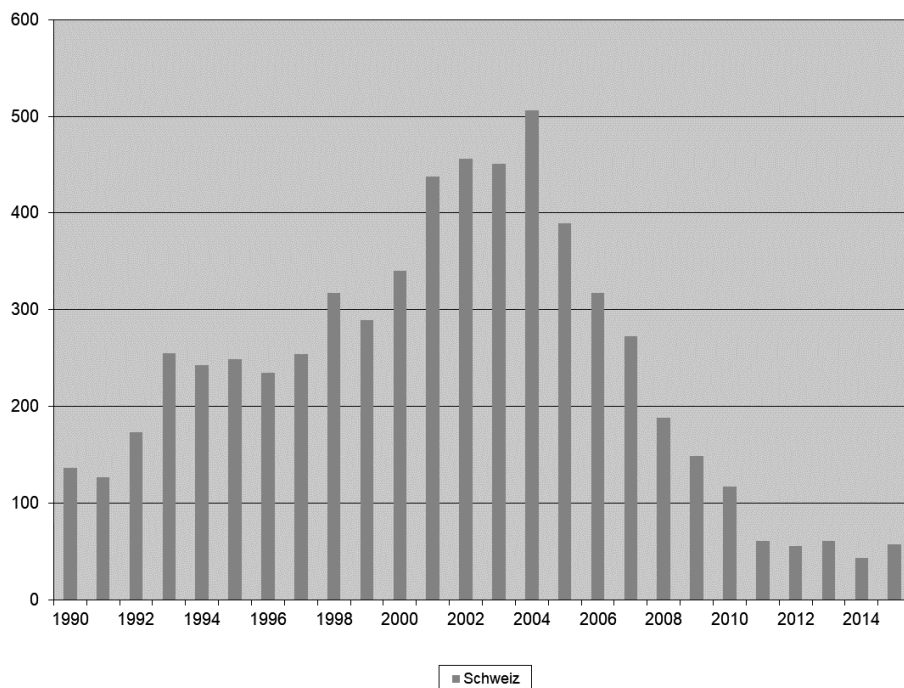


Abbildung:¹⁴⁵ Spezialstatistik UVG: Zugesprochene Invalidenrenten der anerkannten Fälle als Haupt- oder Nebendiagnose (bis 2002: 847.0 = Distorsion/Zerrung HWS; 847.01 = HWS-Schleudertrauma; ab 2003: Distorsion/Zerrung HWS mit ICD-10-Code S13.4 ist diagnostiziert, andere Verletzungen können vorkommen).

2. Restriktive Praxis im Haftpflichtrecht

Gemäss dem im vorangegangenen Abschnitt dargelegten BGE 134 V 109 sprach sich das Bundesgericht ausdrücklich für die Beibehaltung der nach Rechtsgebieten differenzierenden Adäquanzbeurteilung aus. Es bezeichnete die in früheren Entscheiden hierzu gemachten Erwägungen als überzeugend.¹⁴⁶ Die rechtsgebietspezifische Adäquanzbeurteilung bestätigte es später erneut in einem haftpflichtrechtlichen Entscheid aus dem Jahre 2012, in welchem die Vorinstanz die Prüfung anhand der sozialversicherungsrecht-

¹⁴⁵ Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

¹⁴⁶ BGE 134 V 109 E. 8.1 S. 119, u.a. mit Verweis auf BGE 123 III 110 E. 3a S. 112 f.

lichen Schleudertrauma-Praxis vorgenommen hatte.¹⁴⁷ Die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs spielt daher in der haftpflichtrechtlichen Beurteilung unklarer Beschwerden nach wie vor praktisch keine Rolle.¹⁴⁸

Insbesondere aufgrund dieser klaren und konstanten Haltung des Bundesgerichts verlagerte sich die Diskussion über die Zurechnung bei unklaren Beschwerdebildern im Haftpflichtrecht immer mehr auf die Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs. Zunehmend wurde eine kontroverse Diskussion darüber geführt, welche Beweisanforderungen an den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen einem Unfall und danach eingetretenen langanhaltenden unklaren Beschwerden überhaupt zu stellen sind.¹⁴⁹

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs in Fällen mit unklaren Beschwerdebildern im Haftpflichtrecht der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit massgebend.¹⁵⁰ Aus dem Beweiserfordernis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wurde hinsichtlich der Beurteilung von leichten HWS-Distorsionen zunehmend geschlossen, dass die ärztliche Diagnose des typischen Beschwerdebildes, insbesondere in Anbetracht des medizinischen

¹⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_171/2012 vom 25. Juni 2012 E. 2.4.

¹⁴⁸ HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 10 und 29; KRAMER, S. 168 ff.; MÜLLER URS, S. 140; SCHAER, S. 564; SUTER, Beschwerdebilder, S. 97; TOGNELLA, S. 104. Im Zusammenhang mit organisch vermittelten psychischen Leiden wurde die Adäquanz einzig im Urteil des Bundesgerichts 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 verneint (vgl. E. 4); vgl. SUTER, Beschwerdebilder, S. 97, der insbesondere unter Betrachtung kantonaler Entscheide eine schwache Tendenz hin zu einer strengeren haftpflichtrechtlichen Adäquanzprüfung in Prädispositionsfällen erkennt.

¹⁴⁹ Vgl. hierzu u.a. KRAMER, S. 166 ff.; MURER, Entmedizinisierung, N 18.

¹⁵⁰ Nach dem bundesgerichtlichen Regelbeweismass gilt im Haftpflichtrecht ein Beweis grundsätzlich als erbracht, «wenn das Gericht von der Richtigkeit einer Sachbehauptung so überzeugt ist, dass allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen [...]. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung nach objektiven Gesichtspunkten ergeben sich einerseits aus dem Gesetz und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Danach wird insbesondere eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder zumutbar ist» (BGE 131 III 12 E. 2 = Pra 2005 Nr. 119 S. 830); BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275). Im Sozialversicherungsrecht ist dagegen prinzipiell der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit massgebend (KIESER/LANDOLT, N 1921). Zu den unterschiedlichen Anforderungen an den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit vgl. die letzten drei Absätze dieses Kapitels.

Kenntnisstandes, für sich allein beweisrechtlich nicht mehr ausreichen könne, um eine invalidisierende Auswirkung der Gesundheitsbeeinträchtigung anzunehmen.¹⁵¹ In ähnlicher Weise argumentierte MEYER, es könne aus rechtlicher Perspektive nicht mehr angehen, die von der jeweils behandelnden Arztperson bestätigte subjektive Krankheitsüberzeugung der Patienten in Verbindung mit der jeweils gestellten Diagnose ohne Weiteres als invalidisierenden, renten- sowie haftpflichtanspruchs begründenden Tatbestand zu akzeptieren. Eine derartige Praxis, wie sie de facto infolge des «Salanitri»-Entscheids während mehreren Jahren praktiziert worden sei, komme dem Ende der gerichtlichen Anspruchs(über)prüfung gleich.¹⁵²

Weil bei HWS-Distorsionen kein medizinisch-objektiver Nachweis möglich ist, reifte die Einsicht, dass die Frage, ob eine diagnostizierte oder zumindest behauptete HWS-Verletzung als Folge eines Unfalls überwiegend wahrscheinlich ist, regelmässig nur noch interdisziplinär in angemessener Weise beantwortet werden könne.¹⁵³ Bis 2009 hatten in der Schweiz jedoch unfallanalytische sowie biomechanische Gutachten im Rahmen der Prüfung des haftpflichtrechtlich relevanten Kausalzusammenhangs – im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht – keine beweisrechtliche Bedeutung erlangt.¹⁵⁴ Es genügte für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs jeweils, wenn der Unfall für eine bestimmte gesundheitliche Störung eine Teilursache darstellte.¹⁵⁵ Hinsichtlich der haftpflichtrechtlichen Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs lautete die Begründung jeweils dahingehend, dass entgegen der unfallversicherungsrechtlichen Praxis die Schwere des Unfalls im Haftpflichtrecht nicht von Bedeutung sei.¹⁵⁶

Aufgrund dieser Rechtsprechung folgerte etwa STUDHALTER, dass unfalltechnische und biomechanische Gutachten, deren Ziel gerade die Ermittlung der Schwere des Unfallereignisses sei, für die haftpflichtrechtliche Prüfung der

¹⁵¹ In diesem Sinne MURER, Entmedizinisierung, N 18 ff.

¹⁵² MEYER, Schmerzstörung, S. 19.

¹⁵³ LÖHLE, ADAC-Dokumentation 8, zit. nach DANZL, S. 541.

¹⁵⁴ STUDHALTER, S. 389; vgl. hierzu auch SIDLER, S. 82.

¹⁵⁵ BGE 96 II 392 E. 1 S. 395 f. anstelle vieler für das Haftpflichtrecht; BGE 117 V 359 E. 4b S. 360 anstelle vieler für das Unfallversicherungsrecht; vgl. SIDLER, S. 80.

¹⁵⁶ Vgl. STUDHALTER, S. 389.

Kausalität nicht relevant seien.¹⁵⁷ BÜHLER kritisierte diese zunächst auch vom Bundesgericht vertretene Haltung als beweisrechtlich nicht haltbar. Unfallanalytischen Erkenntnissen könne im Rahmen der freien Beweiswürdigung nicht generell die Beweistauglichkeit für die Frage der natürlichen Kausalität der gesundheitlichen Folgen von Auffahrunfällen abgesprochen werden.¹⁵⁸

Dieser von BÜHLER vertretenen Auffassung folgte das Bundesgericht erstmals im Urteil 4A_494/2009 vom 7. November 2009. Gestützt auf ein gerichtlich eingeholtes biomechanisches Gutachten verneinte es in diesem Entscheid den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen Unfallereignis ($\Delta v^{159} = 4.5 \text{ km/h}$), erlittener HWS-Distorsion und langanhaltenden gesundheitlichen Folgen. Etwas über ein Jahr später verneinte das Bundesgericht im Urteil 4A_540/2010 vom 8. Februar 2011 erneut unter Beachtung eines von der Vorinstanz gerichtlich angeordneten biomechanischen Gutachtens die natürliche Kausalität zwischen dem Unfall, der HWS-Distorsion und den langanhaltenden gesundheitlichen Störungen. Im Unterschied zum Entscheid 4A_494/2009 hielt es jedoch dieses Mal in den Erwägungen ausdrücklich fest, dass im Haftpflichtrecht die Mitberücksichtigung eines biomechanischen Gutachtens als Beweismittel für die Beurteilung der natürlichen Kausalität zulässig sei.¹⁶⁰

Mit dem Urteil 4A_494/2009 erklärte das Bundesgericht zudem die mit BGE 134 V 109 im Bereich des Unfallversicherungsrechts eingeführten Anforderungen bezüglich der Tatfrage der natürlichen Kausalität auch für das Haftpflichtrecht als massgebend. Die erhöhten Anforderungen an die Dokumentationspflicht und inter- resp. polydisziplinäre Gutachten sind seither auch im Bereich des Haftpflichtrechts zu beachten. In seinen Erwägungen führte das Bundesgericht aus, dass keine Gründe für eine unterschiedliche Handhabung des natürlichen Kausalzusammenhangs im Haftpflicht- und Sozialversiche-

¹⁵⁷ STUDHALTER, S. 389; gl.M. SIDLER, S. 82.

¹⁵⁸ BÜHLER, N 108; in diesem Sinne auch STEINEGGER, S. 402.

¹⁵⁹ Geschwindigkeitsänderung (Δv): Diese Messgrösse bezeichnet die durch eine Kollision bedingte Geschwindigkeitsänderung des Fahrzeugs (z.B. ein stillstehendes Fahrzeug ändert seine Geschwindigkeit durch einen Heckanprall von 0 auf 8 km/h: $\Delta v = 8 \text{ km/h}$). Vgl. hierzu WALZ, S. 1.

¹⁶⁰ Urteil 4A_540/2010 vom 8. Februar 2011 E. 1.3.2.

rungsrecht ersichtlich seien.¹⁶¹ Diese Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht seither in weiteren Entscheiden.¹⁶²

Die Übernahme der mit BGE 134 V 109 eingeführten strengen Anforderungen betreffend Begutachtung und Dokumentation in das Haftpflichtrecht, das Abstellen auf biomechanische und unfallanalytische Gutachten seit 2009 und insbesondere auch die in den jüngeren Entscheiden zu HWS-Distorsionen regelmässige Erwähnung des Missbrauchspotentials, welches eine strenge Beurteilung rechtfertige,¹⁶³ führten zu einer insgesamt deutlich restriktiveren Zurechnungspraxis als noch einige Jahre zuvor. Im Haftpflichtrecht werden heute kaum mehr erfolgreich Direktschäden für langanhaltende gesundheitliche Störungen infolge organisch nicht nachweisbarer HWS-Distorsionen geltend gemacht.¹⁶⁴

Betrachtet man die in den letzten Jahren ergangenen bundesgerichtlichen Entscheide genauer, so fällt auf, dass der natürliche Kausalzusammenhang zwischen erlittenem Unfall und beklagten langanhaltenden unklaren Beschwerden oft verneint wurde.¹⁶⁵

In Fällen, in welchen der natürliche Kausalzusammenhang bejaht wurde, trugen die Gerichte ab 2006 im Rahmen der Schadenersatzbemessung vermehrt der für den Eintritt des Schadens mitwirkenden konstitutionellen Prädisposition Rechnung. Die Praxis ist freilich recht uneinheitlich. In einem Urteil aus dem Jahr 2008 lehnte das Bundesgericht etwa eine Reduktion des Schadenersatzes für eine infolge einer HWS-Distorsion eingetretene Neurose gänzlich ab.¹⁶⁶ Hingegen reduzierte es in zwei anderen Urteilen aus den Jahren 2006 und 2008, in denen jeweils mitwirkende Prädispositionen zu

¹⁶¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.2.

¹⁶² Vgl. u.a. Urteil des Bundesgerichts 4A_658/2016 vom 5. April 2017 E. 3.2.1.

¹⁶³ Urteil des Bundesgerichts 4A_658/2016 vom 5. April 2017 E. 3.2.1 unter Verweisung auf BGE 134 V 109 E. 9.4 S. 124; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 4A_607/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.2; 4A_549/2014 vom 28. Januar 2015 E. 4.2.

¹⁶⁴ SAMUELSSON, Schleudertrauma, S. 17 f.

¹⁶⁵ Urteile des Bundesgerichts 4A_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4; 4A_610/2016 vom 16. Januar 2017 E. 4.3; 4A_263/2015 vom 29. September 2015 E. 5.1 ff.; 4A_607/2014 vom 9. Februar 2015 E. 4.2; 4A_744/2011 vom 12. Juli 2012 E. 10.2; 4A_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.9.

¹⁶⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.5.

beurteilen waren, die Haftung gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR um 66,7 %¹⁶⁷ bzw. 50 %.¹⁶⁸ Diese Kürzungen sind beachtlich, muss doch bis anfangs der 1970er-Jahre zurückgegangen werden, um ähnliche Ansätze in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu finden.¹⁶⁹

Betrachtet man nun die in den letzten Jahren ergangenen Entscheide, in welchen der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und den eingetretenen unklaren Beschwerden bejaht wurde, so hält die Tendenz an, wonach die Gerichte im Vergleich zu früher den Schadenersatzbetrag in bedeutenderem Ausmasse kürzen. In diesem Sinne wurden die von den Vorinstanzen vorgenommenen Kürzungen des Schadenersatzbetrages um 75 %¹⁷⁰, 80 %¹⁷¹ oder 20 %¹⁷² vom Bundesgericht nicht beanstandet. Wie einheitlich diese Praxis unterdessen ist, kann nicht abschliessend beurteilt werden, zumal das Bundesgericht nur sehr zurückhaltend in solche Ermessensentscheide eingreift.

Mit der Verlagerung der Diskussion auf die Ebene des natürlichen Kausalzusammenhangs kam in der Lehre eine kontroverse Diskussion darüber in Gang, ob im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht unterschiedliche Anforderungen an den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu stellen sind. Insbesondere SUTER vertritt schon seit längerem die Auffassung, dass die Anforderungen an die überwiegende Wahrscheinlichkeit im Haftpflichtrecht höher anzusetzen seien als im Unfallversicherungsrecht. Er begründet seine Auffassung damit, dass im Sozialversicherungsrecht gemäss langjähriger Praxis ein Wahrscheinlichkeitsgrad von 50 % ausreiche, um eine Tatsache als bewiesen betrachten zu können. Dagegen sei im Haftpflichtrecht ein Beweisgrad von 75 % erforderlich, um überwiegende Wahrscheinlichkeit annehmen zu können.¹⁷³

¹⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.2 und 5.5.

¹⁶⁸ Urteile des Bundesgerichts 4A_307/2008 und 4A_311/2008 vom 27. November 2008 E. 2.5.

¹⁶⁹ Vgl. SUTER, straw, S. 642, der in diesem Zusammenhang auf das Urteil des Bundesgerichts C 44/72 vom 30. Mai 1972 in Sachen Sacheli verweist.

¹⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_65/2009 vom 17. Februar 2010.

¹⁷¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_25/2011 vom 21. März 2011 Sachverhalt B und E. 4.

¹⁷² Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 6.2.

¹⁷³ SUTER, Preisgabe, S. 449.

In einem Entscheid aus dem Jahre 2017 schloss sich das Bundesgericht, zumindest in grundsätzlicher Weise, der von SUTER vertretenen Auffassung an. Das Bundesgericht führte im Urteil 4A_658/2016 aus, «dass bei zwei konkurrierenden Ursachen das bloss leichte Überwiegen (51 %) wie im Sozialversicherungsrecht jedenfalls nicht genüge».¹⁷⁴ Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanz gestützt auf Lehrmeinungen davon ausging, überwiegende Wahrscheinlichkeit werde zivilrechtlich als Wahrscheinlichkeit von 75 % konkretisiert. Diese neue Rechtsprechung ist zumindest dahingehend klar, als im Haftpflichtrecht höhere Anforderungen an den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu stellen sind als im Sozialversicherungsrecht.

Damit ist davon auszugehen, dass künftig in zahlreichen Fällen mit langanhaltenden unklaren Beschwerden eine mögliche Haftung bereits an der Hürde des natürlichen Kausalzusammenhangs scheitern dürfte. Bei Bejahung der rechtserheblichen Kausalität ist damit zu rechnen, dass die Gerichte, wie in der jüngsten Praxis üblich, der regelmässig mitwirkenden konstitutionellen Prädisposition mit teilweise erheblichen Reduktionen der Schadenersatzbeiträge Rechnung tragen werden.

IV. Wesentliche Erkenntnisse

Die Analyse der Entwicklung der Rechtsprechung zur Zurechnung bei unklaren Beschwerdebildern hat unter anderem gezeigt, dass die Schadenzurechnung im Laufe der Zeit uneinheitlich und in schwankender Weise vorgenommen wurde. Die Gerichte sprachen den betroffenen Personen immer dann tendenziell grosszügige Schadenersatzbeträge zu, wenn die unklaren Beschwerden auf organische Verletzungen zurückgeführt wurden.

A. Grosszügigere Zurechnung bei (organischen) Verletzungen

Aus der Darlegung der Zurechnungspraxis im Haftpflicht- und Unfallversicherungsrecht lässt sich schliessen, dass sowohl gegen Ende des 19. Jahrhunderts bei traumatischen Neurosen als auch gegen Ende des 20. Jahrhunderts

¹⁷⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4.

bei HWS-Distorsionen im Vergleich zur jeweils gut zehn bis fünfzehn Jahre später massgebenden Praxis nach einem Unfall geltend gemachte unklare Beschwerden deutlich grosszügiger entschädigt wurden. Sowohl bei der traumatischen Neurose als auch bei der HWS-Distorsion nahm die höchstrichterliche Rechtsprechung zunächst unter Berücksichtigung medizinischer Auffassungen an, dass die Geschädigten organische Verletzungen aufweisen würden, die sich einfach (noch) nicht bildgebend oder sonstwie objektivierend nachweisen liessen. In beiden Fällen wurde von einer dauerhaften Einbusse der Arbeitsfähigkeit ausgegangen. Wie schon früher bei der traumatischen Neurose liessen sich auch bei der HWS-Distorsion die vermuteten organischen Mikroverletzungen bis heute nicht bildgebend nachweisen.

Daher liegt der Schluss nahe, dass es in der schweizerischen Rechtspraxis seit je eine Privilegierung organischer gegenüber psychischen Schädigungen gegeben hat. Es genügte sowohl bei der traumatischen Neurose als auch beim späteren Schleudertrauma nur schon die Vermutung organischer Schädigungen, um trotz fehlender Nachweisbarkeit für die geltend gemachten langanhaltenden Beschwerden Leistungen und Schadenersatzzahlungen zugesprochen zu erhalten.

B. Rechtsgebietspezifische Beurteilung der haftungsbegründenden Kausalität

Die unterschiedliche Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs im Haftpflicht- und Unfallversicherungsrecht fiel nach gängiger Auffassung erstmals 1970 im Zusammenhang mit einem Entscheid über eine sogenannte Begehrungsneurose auf.¹⁷⁵ Der Grund für die unterschiedliche Beurteilung liegt bei genauerer Betrachtung jedoch in der vom EVG in den 1920er-Jahren eingeführten restriktiven Neurosenpraxis. Diese kam im Privatrecht nie zur Anwendung. Die haftungsbegründende Zurechnung wurde im Unfallversicherungsrecht von Anfang an strenger beurteilt als im Haftpflichtrecht.

Bis in das 21. Jahrhundert hinein wurde im Bereich des Haftpflichtrechts die haftungsbegründende Zurechnung in Fällen mit unklarem Beschwerdebild in konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich bejaht, sofern

¹⁷⁵ BGE 96 II 392.

in tatsächlicher Hinsicht keine Simulation nachgewiesen werden konnte. Im Gegensatz dazu wurden Begehrungsneurosen im Unfallversicherungsrecht nie als entschädigungswürdig angesehen.

Im Unterschied zum Haftpflichtrecht hängt heute die Frage der Haftungsbegründung bei unklaren Beschwerden im Unfallversicherungsrecht zu einem bedeutenden Teil von der Adäquanzprüfung ab. Dies gilt umso mehr, als die beweisrechtlichen Anforderungen an die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs im Sozialversicherungsrecht gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus dem Jahre 2017 tiefer sind als im Haftpflichtrecht.¹⁷⁶

Infolge der Verschärfung der Adäquanzkriterien bei mittelschweren Unfällen fällt die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs seit 2008 sehr restriktiv aus. Die Betrachtung der gesamten Anforderungen an die grundsätzliche Bejahung der Haftung, also sowohl hinsichtlich des natürlichen als auch des adäquaten Kausalzusammenhangs, lässt den Schluss zu, dass die sozialversicherungsrechtliche Praxis insgesamt immer noch erheblich restriktiver ist als jene im Haftpflichtrecht. Nach wie vor gibt es Fälle mit unklaren Beschwerden, in welchen im Haftpflichtrecht die haftungsbegründende Zurechnung bejaht wird, während diese gleichzeitig im Unfallversicherungsrecht verneint wird.

C. Schwankende Zurechnung beim Schadenstatbestand

Die Zurechnung beim Schadenstatbestand fiel in den verschiedenen analysierten Perioden sehr unterschiedlich aus. Während in gewissen Zeiten unter der Annahme dauerhafter Arbeitsunfähigkeit verhältnismässig hohe Schadenersatzbeträge zugesprochen wurden, fielen die Kapitalentschädigungen oder Abfindungen in anderen Zeiten relativ gering aus. Der massgebende Grund für die rückblickend betrachtet gleich mehrfach schwankende Schadenzurechnungspraxis ist hauptsächlich in den zu unterschiedlichen Zeiten vertretenen medizinischen Auffassungen zu verorten.

¹⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4.

D. Bedeutende Rolle der Gerichte

Nach Einschätzung von MURER habe das «Schleudertrauma-Phänomen» vorsichtig geschätzt Kosten von insgesamt rund CHF 4 Mia. verursacht.¹⁷⁷ Rückblickend erscheint es daher umso wichtiger, die richtigen Lehren aus der Entwicklung der Rechtsprechung zu unklaren Beschwerden seit 1875 zu ziehen. Insbesondere die Gerichte sollten nicht unterschätzen, welche gesellschaftlichen und finanziellen Folgen durch ihre Praxis ausgelöst werden können. Eine vorschnelle Annahme einer generell zu bejahenden Kausalität zwischen bestimmten Ursachen und ohnehin in der Bevölkerung oft beklagten diffusen Beschwerden kann ungeahnte, gravierende gesellschaftliche und finanzielle Folgen zeitigen.¹⁷⁸ Besonders heikel ist es vor allem dann, wenn solchen Beschwerden durch die gerichtliche Spruchpraxis generell ein invaliderender Charakter zugeschrieben wird. Aus heutiger Sicht erstaunt nicht, dass das entsprechende Beschwerdebild im Zuge der betreffenden Rechtsprechung eine rasche und kostenintensive Verbreitung erfuhr. In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass gelegentlich neue wissenschaftliche Studien erscheinen, die bestehende diffuse Beschwerden auf neue Ursachen zurückführen. Als Beispiele in diesem Zusammenhang sind etwa Verkehrslärm oder elektromagnetische Strahlen (Mobilfunkantennen usw.) zu nennen.¹⁷⁹ Damit sollen z.B. mögliche gesundheitsschädliche Auswirkungen von Lärm- oder Strahlenbelastungen bzw. ein möglicher Zusammenhang zwischen solchen Belastungen und geltend gemachten gesundheitlichen Störungen keineswegs bestritten werden. Kritisiert wird einzig die vorschnelle und generelle Annahme einer natürlichen und rechtserheblichen Kausalität zu langanhaltenden diffusen Beschwerden, die sich ebenso schwer widerlegen wie belegen lässt.

¹⁷⁷ MURER, *Medikalisierendes Recht*, S. 3.

¹⁷⁸ Vgl. hierzu ROBERTO/REICHLER, S. 3 ff.; ROBERTO, N 06.23b; vgl. in diesem Zusammenhang auch LUCIRE, S. 173 ff., wonach sich das in den 1980er-Jahren in Australien aufgekommene, zuvor weitgehend unbekannte Beschwerdebild der «Repetitive Strain Injury» (Schreibkrampf) infolge gerichtlicher Anerkennung rasch ausbreitete und dadurch beträchtliche Kosten verursacht wurden.

¹⁷⁹ Vgl. hierzu ROBERTO/REICHLER, S. 6 f.

E. Bedeutung der zügigen Fallbehandlung

Die Bedeutung einer raschen Fallbehandlung ist nicht zu unterschätzen. Das Bundesgericht stellte sich schon früh auf den Standpunkt, «[d]ie Erfahrung lehre, dass bei solchen Verletzungen ein langes Hin- und Herziehen des Falles für den Patienten nur von Schaden sein könne.»¹⁸⁰ An der Wende des 19. zum 20. Jahrhundert führte das Bundesgericht zudem in mehreren Entscheidungen aus, dass die traumatische Neurose erfahrungsgemäss nach Erledigung der Entschädigungsfrage und Beendigung des Prozesses auszuheilen pflege.¹⁸¹

F. Unzulänglichkeiten der höchstrichterlichen Zurechnungskonzeption

Die vom Bundesgericht im Haftpflicht- und Unfallversicherungsrecht angewandte Zurechnungskonzeption, die hauptsächlich auf den adäquaten Kausalzusammenhang abstellt, überzeugt aus verschiedenen Gründen nicht. Insbesondere sollte auf Vermutungen wie diejenige zum typischen Beschwerdebild oder Kategorisierungen wie jene nach der Unfallschwere im Unfallversicherungsrecht verzichtet werden.¹⁸² Zwar erleichtern die dort zur Anwendung gelangenden, schematischen Kriterien einerseits die Entscheidungsfindung und tragen damit ihren Beitrag zur Praktikabilität bei.¹⁸³ Andererseits ging im Zuge der Anwendung dieser Kriterien, wie KIESER zu Recht vorbringt, das für die Rechtsanwendung typische Wertungskriterium verloren.¹⁸⁴

¹⁸⁰ BGE 18 268 E. 1 S. 270.

¹⁸¹ Vgl. insb. BGE 41 II 393 E. 5 S. 405; 38 II 646 E. 5 S. 656; 32 II 13 E. 6 S. 19; 31 II 590 E. 5 S. 594 f.; vgl. auch die klare Haltung des Bundesgerichts im Jahre 1915 gemäss BGE 41 II 393 E. 5 S. 405: «Die traumatische Neurose pflegt übrigens erfahrungsgemäss erst nach der endgültigen Erledigung der Entschädigungsfrage zu heilen. Durch einen Rektifikationsvorbehalt würde also nur die Krankheit verlängert und der Schaden vergrössert.»

¹⁸² Vgl. hierzu REICHLÉ, S. 283 f.

¹⁸³ Für GÄCHTER, S. 27, liegen mitunter in diesen Punkten die Vorzüge der unfallversicherungsrechtlichen Praxis.

¹⁸⁴ Vgl. hierzu KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 4 N 104.

Die Adäquanz spielt im Haftpflichtrecht bei Fällen mit unklaren Beschwerden im Unterschied zum natürlichen Kausalzusammenhang für die Frage der grundsätzlichen Haftungsbegründung praktisch keine Rolle. Es ist bei der Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs unklar, welche Wahrscheinlichkeitsanforderungen für die Bejahung oder Verneinung des rechtserheblichen Kausalzusammenhangs massgebend sein sollen. Auch bleibt bei Anwendung dieser Zurechnungstheorie zwangsläufig im Dunkeln, auf welchen Generalisierungs-Massstab jeweils abgestellt werden soll. Der vom Bundesgericht angewandte Massstab widerspricht zudem dem Wortlaut der Formel. Das Abstellen auf die generelle Eignung und die Einnahme einer retrospektiven Perspektive sowie die grundsätzliche Bejahung des rechtserheblichen Kausalzusammenhangs auch bei singulären Unfallfolgen führen schlichtweg dazu, dass die Adäquanz bei unklaren Beschwerden in der Praxis praktisch gar nicht mehr verneint werden kann. Eine haftungsbegrenzende Funktion geht von diesem Kriterium kaum aus.¹⁸⁵ Aus all diesen Gründen ist die Adäquanzprüfung entbehrlich.

V. Wohin des Weges?

A. Fokus auf Wiedereingliederung

Der in den letzten Jahren im Bereich der eidgenössischen Invalidenversicherung eingeschlagene Weg, der den Fokus auf Wiedereingliederung setzt, scheint in Fällen mit unklaren Beschwerden in der Regel der richtige zu sein.

B. Anknüpfung an frühere Abfindungspraxis

Es erscheint sachgerecht, im Haftpflicht- und Unfallversicherungsrecht an die während Jahrzehnten erfolgreich praktizierte Abfindungspraxis des EVG anzuknüpfen.¹⁸⁶ In zahlreichen Fällen verschwanden die unklaren gesundheitlichen Beeinträchtigungen nach Ausrichtung einer Abfindung oder gänzlicher Ablehnung der geltend gemachten Ansprüche wieder. Offenbar gelang es

¹⁸⁵ Vgl. zur Kritik an der Adäquanzlehre REICHLÉ, S. 272 f.

¹⁸⁶ Vgl. hierzu REICHLÉ, S. 313.

den betroffenen Personen nach Erledigung ihres Falls regelmässig wieder, im Erwerbsleben Fuss zu fassen. Mit Art. 23 Abs. 1 UVG besteht bis heute eine gesetzliche Grundlage, welche die Ausrichtung einer Abfindung anstelle einer Berentung ermöglicht. Auch im Haftpflichtrecht liesse sich eine entsprechende Abfindungspraxis ohne Weiteres auf Art. 42–44 OR stützen.

Alternativ oder ergänzend könnte in Fällen mit einer gewissen Erheblichkeit der Beschwerden auch die Leistung einer Genugtuung in Betracht gezogen werden. Sollte sich im Zuge einer entsprechenden Praxisänderung zeigen, dass in Einzelfällen unklare gesundheitliche Beeinträchtigungen trotz Ausrichtung einer Abfindung oder Genugtuung keine deutliche Besserung erfahren und eine fortgesetzte Erwerbsunfähigkeit besteht, müsste der Gesetzgeber für diese Fallgruppe eine spezifische sozialversicherungsrechtliche Lösung finden. In jedem Fall sollten Befürchtungen hinsichtlich solcher hypothetisch zu erwartenden Einzelfälle der grundsätzlichen Rückkehr zum historisch bewährten Ansatz der Abfindungslösung nicht im Weg stehen.

C. Vorschlag einer neuen Zurechnungskonzeption

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Frage der Haftungs begründung in Fällen der Gefährdungshaftung anhand der Schutzzwecklehre vorzunehmen. Da die anwendbaren Normen regelmässig den Schutz von Leib und Leben bezwecken, wäre dieser Schritt bei Fällen mit unklaren Beschwerden in der Regel unproblematisch. Die Haftungsbeschränkung soll im Anschluss daran durch die Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs erfolgen. Da schon dessen Beurteilung juristischer Wertung und Präzisierung bedarf, ist die Frage, ob zwischen dem schädigenden Ereignis und den eingetretenen unklaren Beschwerden ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, als Rechtsfrage zu betrachten. Passender wäre deshalb in Zukunft die Bezeichnung als juristischer Kausalzusammenhang. Für die Gerichte bliebe beweisrechtlich alles wie bislang. Der Geschädigte müsste den Zusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und eingetretenen langanhaltenden unklaren Beschwerden im Bereich der Unfallversicherung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (mindestens 51 %) und im Bereich des Haftpflichtrechts mit hoher Wahrscheinlichkeit (mindestens 75 %) nachweisen. Wenn ihm dies gelingt, wäre die Haftung grundsätzlich zu bejahen.

In einem weiteren Schritt sollte freilich noch darüber befunden werden, ob die langanhaltenden unklaren Beschwerden bei wertender Betrachtung nur als eine Aktualisierung des allgemeinen Lebensrisikos des Verletzten zu betrachten sind. Mit diesem Ansatz werden Risikobereiche definiert, welche jeder selber tragen muss. Zu denken ist dabei etwa an Begehrungsneurosen, bei welchen die Geschädigten wegen der Aussicht auf Leistungen von Dritten krank werden oder bleiben. Hier lässt sich durchaus argumentieren, das latente Risiko der Realisierung einer Begehrungsneurose gehöre primär zum allgemeinen Lebensrisiko des Geschädigten. Der grosse Vorteil dieses Ansatzes liegt darin, dass er eher zur Offenlegung der massgebenden Wertungen führt als die Adäquanzlehre. Zudem überzeugt das Heranziehen dieser Zurechnungslehre auch in dogmatischer Hinsicht. Die vorgestellte Zurechnungskonzeption sollte sowohl im Haftpflicht- als auch im Unfallversicherungsrecht zur Anwendung kommen. Dem sozialen Charakter der Unfallversicherung entsprechend sind die beweisrechtlichen Anforderungen an die erforderliche Wahrscheinlichkeit freilich tiefer angesetzt. Auch wäre denkbar, im Unfallversicherungsrecht die zusätzliche Beurteilung anhand des Massstabes des allgemeinen Lebensrisikos wegzulassen. Systemisch gesehen ist es im Bereich der Sozialversicherung nämlich eher hinzunehmen, dass jemand zu Unrecht eine Entschädigung erhält als im Haftpflichtrecht (bzw. eher hinzunehmen, dass die Sozialversicherung zu Unrecht zu einer Leistung verpflichtet wird als ein Haftpflichtiger), und umgekehrt weniger hinzunehmen, dass jemandem zu Unrecht eine Entschädigung verweigert wird.

Nicht sachgerecht ist jedenfalls, die Sozialverantwortung in grundsätzlicher Weise Dritten aufzuerlegen, die durch eine nur möglicherweise oder minimale schädigende Handlung nur eine Gelegenheitsursache für die Herausbildung langanhaltender unklarer Beschwerden gesetzt haben. Es ist Aufgabe eines verantwortungsbewussten Sozialstaates, sich um solche Personen zu kümmern.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Vgl. zur vorgeschlagenen Zurechnungskonzeption REICHLER, S. 295 ff.

Literatur

- BFS (Bundesamt für Statistik), Schweizerische Preisindizes 1914–2014, Bern 2014 <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/preise/schweizerische-preisindizes-1914-2014.assetdetail.308687.html>> (besucht am: 18. Januar 2019) (zit. BFS, Preisindizes 1914–2014).
- BING ROBERT, Lehrbuch der Nervenkrankheiten, 9. Aufl., Basel 1952.
- BK-AUTOR/BEARBEITER, s. Brehm Roland.
- BREHM ROLAND, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013 (zit. BK-BREHM, N ... ZU OR ...).
- BSK OR I-BEARBEITER/IN, s. Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum OR.
- BÜHLER ALFRED, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in: Jusletter 21. Juni 2010.
- CEA/AREDOC, Minor Cervical Trauma Claims, Comparative Study (2004), Brussels (Belgium) 2006 <https://www.svv.ch/sites/default/files/2017-12/CEA_HWS-Studie_deutsch.pdf> (besucht am: 18. Januar 2019).
- CHAPPUIS GUY, La sinistralité des lésions bénignes du rachis cervical: une spécificité suisse?, Un essai comparatif CEA/AREDOC – CEREDOC, in: HAVE 3/2005, S. 211 ff.
- DANZL KARL-HEINZ, Schmerzensgeld für HWS-Verletzungen, Update eines Dauerbrenners, in: Apathy Peter et al. (Hrsg.), Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, Wien 2010, S. 529 ff.
- DGN, Leitlinien der Deutschen Gesellschaft für Neurologie 2012 – Beschleunigungstrauma der Halswirbelsäule, in: Leitlinien für Diagnostik und Therapie in der Neurologie, 5. Aufl. 2012 <https://www.dgn.org/images/red_leitlinien/030-095I_S1_Beschleunigungstrauma_der_HWS_2012_verlaengert.pdf> (besucht am: 18. Januar 2019).
- FELLER WOLFGANG, Der Begriff der «Rentenneurose», geschichtliche Entwicklung und Stellung im Sozialrecht, Diss. Bochum 1993.
- FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012.
- GÄCHTER THOMAS, Funktion und Kriterien der Adäquanz im Sozialversicherungsrecht, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 13 ff.
- GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Das Schleudertrauma gestern heute und morgen – im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Strassenverkehrsrechts-Tagung 21.–22. Juni 2016, S. 121 ff.
- GÄCHTER THOMAS/TREMP DANIA, Praxisänderung zur Invalidenrente nach einem HWS-Trauma, in: Jusletter 27. September 2010.
- GALLI ANDREAS, Kausalität bei psychischen Störungen im Deliktsrecht, Diss. Basel 2006, Basel 2007.

- GERMANN THOMAS, BGE 136 V 279: Die Abschaffung einer rechtlichen Privilegierung und ihre Folgen für das soziale Unfallversicherungs- und das Haftpflichtrecht, in: SZS 1/2011, S. 1 ff. (zit. GERMANN, Abschaffung).
- Der adäquate Kausalzusammenhang im sozialen Unfallversicherungsrecht – Anachronismus oder Notwendigkeit?, in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), Festschrift Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, S. 161 ff. (zit. GERMANN, Anachronismus).
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, bearbeitet von Koller Alfred/Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. Guhl/BEARBEITER § ... N ...).
- HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, N ... ZU OR ...).
- HUBER JEAN BAPTISTE/SAMUELSSON EVALOTTA, Wirbelsäulenverletzungen nach Auffahrunfällen in der Schweiz, Hearing der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 9. Januar 2007 <http://www.rahuber.ch/Hearing_SSG-S_09012007.pdf> (besucht am: 8. Februar 2016).
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner Teil in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. HUGUENIN, nutshell).
- Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. HUGUENIN, Obligationenrecht).
- HÜRZELER MARC/TAMM NIKOLAUS/BIAGGI RAFFAELLA, Personenschadensrecht, Basel 2010.
- HUSMANN DAVID, «Schleudertrauma» und Versicherungsleistungen – Eine Katze ist kein Hund, wer A sagt muss auch B sagen und Totgeglaubte leben länger!, in: Schaffhauser René (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2016, Bern 2016, S. 1 ff.
- KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Aufl., Bern 2002.
- KIESER UELI, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. KIESER, Sozialversicherungsrecht).
- ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. ... N ...).
- KIESER UELI/LANDOLT HARDY, Unfall – Haftung – Versicherung, Zürich/St. Gallen 2012.
- KLINGLER MAX, Über die Spätfolgen von Hirnschädeltraumen. Katamnestiche Untersuchungen an Abgefundenen, in: SMW, 1947, S. 166 ff.
- KÖHL KARL, Die rechtliche Bedeutung der konstitutionellen Prädisposition bei ausservertraglichen Haftungen unter Berücksichtigung der Neurosen, Diss. Zürich 1947, Zürich 1948.
- KRAMER ERNST A., Das Kausalitätsproblem im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, in: BJM 2001, S. 153 ff.
- LAUBER WERNER, Praxis des sozialen Unfallversicherungsrechts der Schweiz, Bern 1928.

- LOCHER THOMAS, HWS-Distorsion (Schleudertrauma) – Einführung in die Rechtslage nach schweizerischem Recht, in: Murer Erwin et al. (Hrsg.), «Whiplash Associated Disorders» – medical, biomechanical and legal aspects, Das so genannte «Schleudertrauma» – medizinische, biomechanische und rechtliche Aspekte der Distorsionen der Halswirbelsäule, Bern 2002, S. 29 ff.
- LUCIRE YOLANDE, Das historische Beispiel einer erfundenen Krankheit: «Repetitive Strain Injury», in: Murer Erwin et al. (Hrsg.), «Whiplash Associated Disorders» – medical, biomechanical and legal aspects, Das so genannte «Schleudertrauma» – medizinische, biomechanische und rechtliche Aspekte der Distorsionen der Halswirbelsäule, Bern 2002, S. 173 ff.
- MAURER ALFRED, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 1989 (zit. MAURER, Unfallversicherungsrecht).
- Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, Bern 1963 (zit. MAURER, Unfallversicherung).
- MEYER ULRICH, Somatoforme Schmerzstörung – ein Blick auf eine Dekade der Entwicklung, in: Schaffhauser René/Kieser Ueli (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2010, St. Gallen 2011, S. 9 ff. (zit. MEYER, Schmerzstörung).
- Das Schleudertrauma, anders betrachtet, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 473 ff. (zit. MEYER, Schleudertrauma).
- MEYER-BLASER ULRICH, Kausalitätsfragen aus dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts, in: SZS 2/1994, S. 81 ff.
- MURER ERWIN, Medikalisierendes Recht, gezeigt an der «Repetitive Strain Injury» (RSI) und am sog. «Schleudertrauma», in: Murer Erwin (Hrsg.), Gesellschaft und Krankheit: Medikalisierung im Spannungsfeld von Recht und Medizin, Freiburger Sozialrechtstage 2012, Bern 2012 (zit. MURER, Medikalisierendes Recht).
- «Entmedizinalisierung» der Versicherungsfälle unklarer Kausalität, in: Murer Erwin (Hrsg.), Nicht objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen: Ein Grundproblem des öffentlichen und privaten Versicherungsrechts sowie des Haftpflichtrechts, Freiburger Sozialrechtstage 2006, Bern 2006, S. 253 ff. (zit. MURER, Entmedizinalisierung).
 - Die Rechtsprechung zum so genannten «Schleudertrauma»: eine Nachfrage, in: SZS 4/2003, S. 365 ff. (zit. MURER, Nachfrage).
 - HWS-Distorsionstrauma ohne sichtbare Folgen: Konstruktive Ansätze statt Schleuderkurs, in: Strassenverkehrsrechts-Tagung, Freiburg 2002, S. 1 ff. (zit. MURER, HWS-Distorsionstrauma).
- MURER ERWIN/KIND HANS/BINDER HANS UELI, Kriterien zur Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs bei erlebnisreaktiven (psychogenen) Störungen nach Unfällen, in: SZS 37/1993, S. 121 ff. und 213 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL, Verfahrensgerechtigkeit in der Sozialversicherung, IV-Renten für Schmerzpatienten?, in: Jusletter 27. Januar 2014.
- MÜLLER URS, Der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang nicht objektivierbarer Gesundheitsschäden: Die Leitentscheide des Bundesgerichts und des Eidgenössischen

- schen Versicherungsgerichts, in: Murer Erwin (Hrsg.), Nicht objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen: Ein Grundproblem des öffentlichen und privaten Versicherungsrechts sowie des Haftpflichtrechts, Freiburger Sozialrechtstage 2006, Bern 2006, S. 61 ff.
- NABOLD ANDRÉ, Nova et vetera zum Umgang der Unfallversicherung mit organisch nicht hinreichend nachweisbaren Beschwerden, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Psyche und Sozialversicherung, Luzern 2014, S. 27 ff.
- NAEGELI OTTO, Unfalls- und Begehrungsneurosen, Stuttgart 1917 (zit. NAEGELI, Unfallsneurosen).
- Nachuntersuchungen bei traumatischen Neurosen, in: Correspondenzblatt für Schweizer Aerzte 2/1910, Basel, S. 33 ff. und 65 ff. (zit. NAEGELI, Nachuntersuchungen).
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. Zürich 1995.
- PICCARD PAUL, Versicherungsneurosen, in: Lauber Werner (Hrsg.), Praxis des sozialen Unfallversicherungsrechts der Schweiz, Bern 1928, S. 307 ff. (zit. PICCARD, Versicherungsneurosen).
- Haftpflichtpraxis und soziale Unfallversicherung, Zürich 1917 (zit. PICCARD, Haftpflichtpraxis).
- REICHEL SEBASTIAN, Zurechnung bei unklaren Beschwerdebildern – Eine kritische Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Diss. St.Gallen 2018, Zürich/St.Gallen 2018.
- REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Aussservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018.
- ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Bern 2018.
- ROBERTO VITO/GRECHENIG KRISTOFFEL, Zurechnungsprobleme im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht – die Rolle der Adäquanz, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2009, Zürich 2009, S. 68 ff. (zit. ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme).
- ROBERTO VITO/REICHEL SEBASTIAN, Haftung für «Phantom-Beschwerden»? , in: HAVE 1/2013, S. 3 ff.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Haftpflicht und Sozialversicherung, Habil., Freiburg 1998.
- SAMUELSSON EVALOTTA, Schleudertrauma – quo vadis?, in: Dupont Anne-Sylvie/Klett Barbara (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2017, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 17 ff. (zit. SAMUELSSON, Schleudertrauma).
- Wieviel Evidenz für welche Objektivität?, in: Jusletter 27. Januar 2014 (zit. SAMUELSSON, Evidenz).
- SCHAER ROLAND, Unterträglich faszinierend – Borderlinesyndrom der Adäquanz oder soll das zivile Haftpflichtrecht Auffangbecken für intensitätsarme Adäquanz im Sozialversicherungsrecht sein?, in: Collezione Assista, 30 anni/ans/Jahre Assista TCS SA, Genf 1998, S. 554 ff.
- SCHMID MARKUS, Schadenausgleich nach Schleudertrauma, in: HAVE 1/2011, S. 53.
- SIDLER MAX, Beweisfragen rund um das Schleudertrauma, in: HAVE 1/2005, S. 79 ff.

- STEINEGGER ROLF P., Verschärfte «Schleudertrauma»-Praxis – Steife Bise von vorne oder von hinten?, in: HAVE 4/2010, S. 402 ff.
- STEINEGGER ROLF P./JENZER GERHARD, Der Kanarienvogel ist eine Zitrone – zum «typischen Beschwerdebild» nach «Schleudertrauma», unter besonderer Berücksichtigung «typischer funktioneller Defizite» bei leichtem Schädel-Hirn-Trauma (MTBI), in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), Festschrift Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, S. 567 ff.
- STEINER BERNHARD, Nachsicht. Ansichten und Behauptungen, Books on Demand, Nordstedt 2009.
- STUDHALTER BERNHARD, When push comes to shove – Bedeutung von Unfallanalyse und Biomechanik für die haftpflichtrechtliche Zurechnung?, in: HAVE 4/2010, S. 389 f.
- SUTER PATRICK, Unklare Beschwerdebilder im Haftpflichtrecht: Ein Lösungsvorschlag, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2015, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 79 ff. (zit. SUTER, Beschwerdebilder).
- Die Preisgabe der Überwindbarkeitsvermutung – einige Gedanken aus haftpflichtrechtlicher Sicht, in: HAVE 4/2015, S. 447 ff. (zit. SUTER, Preisgabe).
 - The straw that breaks the camel's back, in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), Festschrift Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, S. 633 ff. (zit. SUTER, straw).
- SUVA, Unfallstatistik UVG, Siebzehnte fünfjährige Beobachtungsperiode der Suva und dritte fünfjährige Beobachtungsperiode aller UVG-Versicherer, 1998–2002 <https://www.unfallstatistik.ch/d/publik/fuenfjb/pdf/D1998_2002.pdf> (besucht am: 18. Januar 2019) (zit. SUVA, Fünfjahresbericht 1998–2002).
- Ergebnisse der Unfallstatistik der vierten fünfjährigen Beobachtungsperiode, 1933–1937 <https://www.unfallstatistik.ch/d/publik/fuenfjb/pdf/D1933_1937.pdf> (besucht am: 18. Januar 2019) (zit. SUVA, Fünfjahresbericht 1933–1937).
 - Ergebnisse der Unfallstatistik der zweiten fünfjährigen Beobachtungsperiode, 1923–1927 <https://www.unfallstatistik.ch/d/publik/fuenfjb/pdf/D1923_1927.pdf> (besucht am: 18. Januar 2019) (zit. SUVA, Fünfjahresbericht 1923–1927).
- TOGNELLA REINHARD, Erwerbsunfähigkeitsproblematik bei somatisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2004.
- WALZ FELIX, Bemessung der Verletzungsschwelle der HWS bei Heckkollisionen <<http://agu.ch/1.0/pdf/HWS-2007.pdf>> (besucht am: 18. Januar 2019).
- WEBER STEPHAN, Reduktion von Schadenersatzleistungen, Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich 2007, S. 111 ff.
- WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 3. Aufl., Bern 2017.
- WEYENETH-PÜNTER PAULA, Die Entwicklung der Versicherungsneurose und die Auffassung in der schweizerischen Rechtsprechung, Diss. Zürich, Weida in Thüringen 1923.
- WINZENRIED VIVIAN, Schleudertrauma: Sinngemässe Anwendung der Überwindbarkeitspraxis auf vorübergehende UV-Leistungen?, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publ. am 5. August 2011.