



St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft  
Universität St. Gallen

Sebastian Reichle

# Zurechnung bei unklaren Beschwerdebildern

Eine kritische Analyse  
der höchstrichterlichen Rechtsprechung



DIKE 



ST. GALLER SCHRIFTEN ZUR RECHTSWISSENSCHAFT (SGRW)

SGRW Band 38

Herausgegeben von der Juristischen Abteilung  
der Universität St. Gallen



**Dr. iur. Sebastian Reichle**

# **Zurechnung bei unklaren Beschwerdebildern**

**Eine kritische Analyse  
der höchstrichterlichen Rechtsprechung**

**DIKE** 

Abdruck der an der Universität St. Gallen auf Antrag der Herren  
Prof. Dr. V. Roberto und Prof. Dr. U. Kieser  
genehmigten Dissertation Nr. 4790.

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.

© 2018 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen  
ISBN 978-3-03891-048-0

[www.dike.ch](http://www.dike.ch)

«Haftpflicht bedeutet den Streit,  
Versicherung den Frieden.»  
(Ludwig Forrer, 1889<sup>1</sup>)

---

<sup>1</sup> Botschaft Unfall- und Krankenversicherung 1889, Denkschrift über die Einführung einer schweizerischen Unfallversicherung, S. 901.





---

# Vorwort

Auf dem Weg zur Fertigstellung der vorliegenden Dissertation sind mir zahlreiche Personen zur Seite gestanden. An erster Stelle möchte ich mich bei meinem Referenten Prof. Dr. Vito Roberto bedanken, denn seine stetige Unterstützung hat dieses Projekt überhaupt erst möglich gemacht. Die grosszügigen Freiheiten, die er mir bei der Ausgestaltung der vorliegenden Arbeit gewährte, habe ich jederzeit sehr geschätzt. Aber auch über die Dissertation hinaus lernte ich während meiner Zeit als Assistent an seinem Lehrstuhl in verschiedener Hinsicht sehr viel dazu. Weiter gebührt meinem Korreferenten Prof. Dr. Ueli Kieser herzlicher Dank. Während des Verfassens der Dissertation ist mir dieser durchgängig mit hilfreichen Ratschlägen zur Seite gestanden. Für offene Fragen oder bei Zweifeln fand ich in Prof. Dr. Ueli Kieser stets einen aufmerksamen Gesprächspartner.

Im Weiteren gebührt meinem Bruder Niklaus sowie meinen Kollegen Benjamin Clément, Ruedi Lieberherr, Peter Nüesch, Roman Schister und Bernhard Stehle herzlicher Dank. Sie alle haben mich bei der Ausfertigung meiner Dissertation in wertvoller Art und Weise begleitet und unterstützt. Ohne den fachlichen und freundschaftlichen Austausch, den ich immer wieder lustvoll mit ihnen betrieb, wäre es mir nicht möglich gewesen, diese Arbeit in der vorliegenden Form fertigzustellen. Speziell bedanken möchte ich mich zudem bei Daniela De Marco, die mir mit ihrem umfangreichen EDV-Wissen, teilweise sogar während ihrer Ferien, zahlreiche nervenaufreibende Arbeitsstunden erspart hat, und bei der SUVA sowie im Speziellen deren wissenschaftlichen Experten Herrn Dr. Stefan Scholz-Odermatt, die mir gleich mehrfach zahlreiche Daten und Berichte zur Verfügung stellten.

Ein grosser Dank gebührt schliesslich meiner Lebenspartnerin Patricia Feliser, meinen Eltern Elisabeth und Lukas, meinen Schwestern Eva und Jolanda sowie meinem besten Freund Ralf Wüthrich. Sie alle haben mich während meines Ausbildungswegs unterstützt und waren stets für mich da. Euch ist diese Arbeit gewidmet.

Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende April 2018 berücksichtigt.

St. Gallen, im Mai 2018

Sebastian Reichle



---

# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	XI
Kurzzusammenfassung.....	XIX
Résumé succinct.....	XX
Abstract.....	XXI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
Literaturverzeichnis.....	XXIX
Materialienverzeichnis.....	XLIII
Erlassverzeichnis.....	XLV
<b>1. Teil: Einleitung und Grundlagen.....</b>	<b>1</b>
1. Einleitung.....	1
2. Vorgehen.....	4
3. Eingrenzung und Begründung des Dissertationsvorhabens.....	5
<b>2. Teil: Begründung und Entwicklung der Zurechnungspraxis.....</b>	<b>21</b>
4. Die «Rückenmarkentzündung» (1875–1881).....	23
5. Die somatogene «traumatische Neurose» (1882–1904).....	29
6. Die «traumatische Neurose» als psychogenes Beschwerdebild? (1905–1915)..	38
7. Zusammenfassung der Entwicklung (1875–1915).....	55
8. Die rein psychogene «Neurose» (1916–1990).....	74
9. Die somatogene «HWS-Distorsion» (1991–2007).....	112
10. Die «HWS-Distorsion» als rein psychogenes Beschwerdebild? (ab 2008).....	155
11. Auswertung der Analyse.....	210
<b>3. Teil: Stand der Lehre und zukünftiger Umgang mit unklaren Beschwerdebildern.....</b>	<b>245</b>
12. Rechtsgebietsabhängige Beurteilung der haftungsbegründenden Zurechnung.....	245
13. Haftungsbegründende Zurechnung im Haftpflichtrecht.....	263
14. Alternative Zurechnungskonzeption?.....	283
<b>4. Teil: Gesamtfazit.....</b>	<b>311</b>



---

# Inhaltsverzeichnis

Kurzzusammenfassung.....	XIX
Résumé succinct.....	XX
Abstract.....	XXI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
Literaturverzeichnis.....	XXIX
Materialienverzeichnis.....	XLIII
Erlassverzeichnis.....	XLV
<b>1. Teil: Einleitung und Grundlagen.....</b>	<b>1</b>
1. Einleitung.....	1
2. Vorgehen.....	4
3. Eingrenzung und Begründung des Dissertationsvorhabens.....	5
3.1. Beschränkung auf fremdverursachte unklare Beschwerdebilder.....	6
3.1.1. Die organisch nicht nachweisbare HWS-Distorsion.....	9
3.1.2. Mitberücksichtigung früherer unklarer Beschwerdebilder.....	11
3.1.3. Bedeutung der konstitutionellen Prädisposition.....	12
3.2. Kontroverse über legitime Schadenszurechnung.....	13
3.3. Die Frage der Zurechnung.....	14
<b>2. Teil: Begründung und Entwicklung der Zurechnungspraxis.....</b>	<b>21</b>
4. Die «Rückenmarkentzündung» (1875–1881).....	23
4.1. Unklare Beschwerdebilder im 18. und 19. Jahrhundert.....	23
4.2. Charakterisierung des Beschwerdebildes.....	25
4.3. Gerichtliche Anerkennung des Beschwerdebildes.....	26
5. Die somatogene «traumatische Neurose» (1882–1904).....	29
5.1. Charakterisierung des Beschwerdebildes.....	31
5.2. Gerichtliche Anerkennung des Beschwerdebildes.....	31
5.3. Haftung für langanhaltende unklare Beschwerden.....	32
5.4. Fehlen einer systematischen Zurechnungsprüfung.....	35
6. Die «traumatische Neurose» als psychogenes Beschwerdebild? (1905–1915)..	38
6.1. Charakterisierung des Beschwerdebildes.....	39
6.2. Gerichtliche Anerkennung des Beschwerdebildes.....	41

6.3.	Restriktivere Beurteilung der haftungsbegründenden Zurechnung .....	42
6.3.1.	Natürlicher und juristischer Kausalzusammenhang .....	43
6.3.2.	Beispiele aus der Praxis .....	48
6.3.3.	Zurechnungsprüfung anhand des Normzwecks.....	51
6.4.	Restriktivere Zurechnung beim Schadenstatbestand .....	51
6.4.1.	Beispiele aus der Praxis .....	52
6.4.2.	Verzicht auf Einräumung von Rektifikationsvorbehalten .....	54
6.4.3.	Grosse Bedeutung des Falles «Sidler» .....	54
7.	Zusammenfassung der Entwicklung (1875–1915).....	55
7.1.	Uneinheitliche Zurechnungsprüfung .....	56
7.2.	Haftungsbegründende Zurechnung.....	58
7.3.	Zurechnung beim Schadenstatbestand.....	61
7.4.	Kasuistik.....	64
8.	Die rein psychogene «Neurose» (1916–1990).....	74
8.1.	Charakterisierung des Beschwerdebildes .....	75
8.2.	Gerichtliche Anerkennung.....	75
8.3.	Begründung und Entwicklung der Neurosenpraxis im Unfallversicherungsrecht.....	77
8.3.1.	Massgeblichkeit der damaligen Haftpflichtpraxis.....	77
8.3.2.	Herausbildung der unfallversicherungsrechtlichen Neurosenpraxis .....	78
8.3.3.	Juristische Zurechnungskonzeption des EVG .....	81
8.3.4.	Haltung der SUVA zu Neurosen in der Zwischenkriegszeit .....	84
8.3.5.	Jahrzehntelange Beibehaltung der Abfindungspraxis .....	85
8.4.	Weiterentwicklung der Neurosenpraxis im Privatrecht .....	87
8.4.1.	Verneinung der Zurechnung bei Simulation .....	87
8.4.2.	Der «Securitas-Fall» .....	88
8.4.3.	Der «Krallenhand-Fall» .....	90
8.4.4.	Zwischenfazit.....	91
8.5.	Weiterentwicklung der Neurosenpraxis im Haftpflichtrecht .....	92
8.5.1.	Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs .....	93
8.5.2.	Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs .....	93
8.5.3.	Zurechnung beim Schadenstatbestand .....	96
8.6.	Ablehnung der Übernahme der Neurosenpraxis des EVG in das Privatrecht .....	98
8.7.	Zusammenfassung der Entwicklung (1916–1990) .....	99

8.7.1.	Zurechnungspraxis im Unfallversicherungsrecht .....	99
8.7.1.1.	Haftungsbegründender Kausalzusammenhang .....	100
8.7.1.2.	Zurechnung beim Schadenstatbestand .....	101
8.7.1.3.	Kasuistik .....	101
8.7.2.	Zurechnungspraxis im Haftpflichtrecht .....	104
8.7.2.1.	Haftungsbegründender Kausalzusammenhang .....	109
8.7.2.2.	Zurechnung beim Schadenstatbestand .....	111
8.7.2.3.	Kasuistik .....	111
9.	Die somatogene «HWS-Distorsion» (1991–2007) .....	112
9.1.	Charakterisierung des Beschwerdebildes .....	113
9.2.	Gerichtliche Anerkennung des Beschwerdebildes .....	114
9.3.	Zurechnungskonzeption im sozialen Unfallversicherungsrecht .....	115
9.3.1.	Natürlicher Kausalzusammenhang .....	115
9.3.2.	Adäquater Kausalzusammenhang .....	117
9.3.3.	Zurechnung beim Schadenstatbestand .....	121
9.4.	Zurechnungskonzeption im Haftpflichtrecht .....	122
9.4.1.	Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs .....	123
9.4.2.	Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs .....	123
9.4.3.	Umgang mit Prädispositionen beim Schadenstatbestand .....	125
9.5.	Auswirkungen der neuen Rechtsprechung zur «HWS-Distorsion» .....	129
9.5.1.	Kostenzunahme in der sozialen Unfallversicherung .....	129
9.5.2.	Kostenzunahme bei Privatversicherern .....	131
9.6.	Kritische Haltung gegenüber der neuen Rechtsprechung .....	131
9.6.1.	Die «Litauen-Studie» .....	132
9.6.2.	Ländervergleichende Studie des europäischen Versicherungsverbandes .....	135
9.6.3.	Innerschweizerische Vergleiche .....	138
9.7.	Zusammenfassung der Entwicklung (1991–2007) .....	142
9.7.1.	Zurechnungspraxis im Unfallversicherungsrecht .....	144
9.7.1.1.	Haftungsbegründender Kausalzusammenhang .....	145
9.7.1.2.	Zurechnung beim Schadenstatbestand .....	147
9.7.2.	Zurechnungspraxis im Haftpflichtrecht .....	147
9.7.2.1.	Haftungsbegründender Kausalzusammenhang .....	149
9.7.2.2.	Zurechnung beim Schadenstatbestand .....	150
9.7.2.3.	Kasuistik .....	152
10.	Die «HWS-Distorsion» als rein psychogenes Beschwerdebild? (ab 2008) .....	155
10.1.	Charakterisierung des Beschwerdebildes .....	155
10.2.	Gerichtliche Anerkennung des Beschwerdebildes? .....	159

10.3.	Restriktivere Zurechnungspraxis im Unfallversicherungsrecht.....	160
10.3.1.	Restriktivere Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs .....	160
10.3.2.	Restriktivere Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs .....	162
10.4.	Restriktivere Zurechnungspraxis im Haftpflichtrecht .....	164
10.4.1.	Interdisziplinäre Rekonstruktion von Unfallereignissen .....	165
10.4.2.	Diskussion zur Bedeutung verkehrsmedizinischer Gutachten .....	167
10.4.3.	Ablehnung einer «Erheblichkeitsschwelle» .....	168
10.4.4.	Restriktivere Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs .....	170
10.4.5.	Erhöhte Anforderungen an das erforderliche Beweismass.....	171
10.4.6.	Deutlich restriktivere Zurechnungspraxis ab 2008.....	172
10.5.	Restriktive Zurechnungspraxis im Bereich der Invalidenversicherung ..	174
10.5.1.	Übernahme der Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung.....	175
10.5.2.	Zentrale Frage der Zumutbarkeit.....	176
10.5.3.	Struktur der Überwindbarkeitspraxis .....	177
10.5.4.	Auswirkungen der Überwindbarkeitspraxis .....	178
10.5.5.	Ablösung der Überwindbarkeitspraxis durch ein strukturiertes, normatives Prüfungsrastrer .....	180
10.5.6.	Auswirkungen der neuen Praxis.....	184
10.5.7.	Massgebende Zumutbarkeitsprüfung bei UV-Rentenansprüchen .....	185
10.6.	Bedeutungsverlust der HWS-Distorsion.....	186
10.6.1.	Statistische Daten zur Unfallversicherung .....	187
10.6.2.	Bedeutungsverlust im Haftpflichtrecht .....	193
10.7.	Zusammenfassung der Entwicklung (ab 2008) .....	194
10.7.1.	Zurechnungspraxis im Unfallversicherungsrecht.....	196
10.7.1.1.	Haftungsbegründender Kausalzusammenhang.....	196
10.7.1.2.	Zurechnung beim Schadenstatbestand.....	199
10.7.2.	Zurechnungspraxis im Haftpflichtrecht.....	201
10.7.2.1.	Haftungsbegründender Kausalzusammenhang.....	202
10.7.2.2.	Zurechnung beim Schadenstatbestand.....	204
10.7.2.3.	Kasuistik.....	206



11. Auswertung der Analyse .....	210
11.1. Haftungsbegründende Zurechnung im Haftpflichtrecht .....	211
11.1.1. Natürlicher Kausalzusammenhang .....	211
11.1.1.1. Massgeblichkeit der Bedingungslehre .....	212
11.1.1.2. Vermutung des «typischen Beschwerdebildes» bei HWS-Distorsionen .....	212
11.1.1.3. Verschärfung der Rechtsprechung zum typischen Beschwerdebild .....	213
11.1.2. Adäquater Kausalzusammenhang .....	214
11.1.2.1. Normzweck und Voraussehbarkeit .....	215
11.1.2.2. Gelegenheitsursache und Verwerflichkeit des Willens .....	215
11.1.2.3. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs .....	217
11.1.2.4. Objektive «ex post»-Prognose und generelle Eignung .....	217
11.1.2.5. Wesentliche Ursache und Anerkennung singulärer Unfallfolgen .....	218
11.1.2.6. Unbeachtlichkeit der Unfallschwere .....	220
11.1.2.7. Billigkeit und Normzweck .....	220
11.1.3. Zwischenfazit .....	221
11.2. Zurechnung beim Schadenstatbestand im Haftpflichtrecht .....	222
11.2.1. Schwankende Zurechnungspraxis .....	222
11.2.2. Konstitutionelle Prädisposition in der Schadensberechnung ..	226
11.2.3. Konstitutionelle Prädisposition in der Schadenersatzbemessung .....	227
11.2.4. Schadenminderungspflicht .....	229
11.2.5. Berücksichtigung des Erfahrungswissens .....	229
11.2.6. Gutachterliche Einschätzungen .....	229
11.3. Haftungsbegründende Zurechnung im Unfallversicherungsrecht .....	230
11.3.1. Klassifizierende Neurosenpraxis .....	230
11.3.2. Natürlicher Kausalzusammenhang .....	231
11.3.2.1. Massgeblichkeit der Bedingungslehre .....	231
11.3.2.2. Vermutung des «typischen Beschwerdebildes» bei HWS-Distorsionen .....	232
11.3.2.3. Verschärfung der Rechtsprechung zum typischen Beschwerdebild .....	232
11.3.3. Adäquater Kausalzusammenhang .....	233
11.3.3.1. Kriterium des entfernten Zusammenhangs .....	233
11.3.3.2. Berücksichtigung der Unfallschwere bei der Adäquanzbeurteilung .....	234

11.3.3.3.	Verschärfter Kriterienkatalog bei mittelschweren HWS-Distorsionen .....	234
11.3.3.4.	Beurteilungsmassstab des normal veranlagten Versicherten .....	235
11.3.3.5.	Normzweck .....	235
11.3.4.	Zwischenfazit .....	236
11.4.	Zurechnung beim Schadenstatbestand im Unfallversicherungsrecht .....	236
11.4.1.	Restriktive Abfindungspraxis (1918–1990) .....	236
11.4.2.	Grosszügige Rentengewährungspraxis (1991–2007) .....	237
11.4.3.	Restriktive Rentengewährungspraxis (ab 2008) .....	238
11.4.4.	Kriterium der Zumutbarkeit .....	239
11.4.5.	Gutachterliche Einschätzungen .....	240
11.5.	Kritische Betrachtung .....	240
<b>3. Teil:</b>	<b>Stand der Lehre und zukünftiger Umgang mit unklaren Beschwerdebildern .....</b>	<b>245</b>
12.	Rechtsgebietsabhängige Beurteilung der haftungsbegründenden Zurechnung .....	245
12.1.	Konstante rechtsgebietspezifische Beurteilung .....	246
12.2.	Begründung der rechtsgebietspezifischen Adäquanzbeurteilung .....	247
12.3.	Natürlicher Kausalzusammenhang .....	247
12.3.1.	Rechtsgebietsspezifische Anforderungen an erforderliches Beweismass .....	248
12.3.2.	Stellungnahme .....	249
12.4.	Adäquater Kausalzusammenhang .....	250
12.4.1.	Unterschiedliche Schutzzwecke der Schadenausgleichssysteme .....	251
12.4.1.1.	Berücksichtigung des Schutzzwecks der Unfallversicherung .....	251
12.4.1.2.	Berücksichtigung des Schutzzwecks des Haftpflichtrechts .....	255
12.4.2.	Möglichkeit des differenzierteren Schadenausgleichs im Haftpflichtrecht .....	256
12.4.3.	Stand der Lehre .....	257
12.4.4.	Stellungnahme .....	261
13.	Haftungsbegründende Zurechnung im Haftpflichtrecht .....	263
13.1.	Unterscheidung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität .....	263

13.2. Kritik an der Rechtsprechung zum natürlichen Kausalzusammenhang .....	266
13.2.1. Naturwissenschaftliche und logische Beurteilung .....	266
13.2.2. Beweisrechtliche Aspekte .....	268
13.2.3. Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit .....	269
13.2.4. Bedeutung der Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs .....	271
13.3. Kritik an der Rechtsprechung zum adäquaten Kausalzusammenhang ..	272
13.3.1. Massstab der Generalisierung .....	272
13.3.2. Möglichkeits- und Wahrscheinlichkeitsurteil .....	273
13.3.3. Retrospektive Beurteilung .....	274
13.3.4. Umgang mit singulären Unfallfolgen .....	275
13.3.5. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs .....	276
13.3.6. Bedeutung der Billigkeit .....	278
13.3.7. Grundsätzliche Haltung zur Adäquanzprüfung .....	278
13.4. Stellungnahme .....	281
14. Alternative Zurechnungskonzeption? .....	283
14.1. Haftungs begründung und -beschränkung .....	283
14.1.1. Übernahme der unfallversicherungsrechtlichen Praxis .....	283
14.1.2. Schutzzweck- resp. Normzwecktheorie .....	286
14.1.3. Theorie der wesentlichen Bedingung .....	288
14.1.4. Kriterium der Gelegenheitsursache .....	289
14.1.5. Lehre vom allgemeinen Lebensrisiko .....	290
14.1.6. Wahrscheinlichkeitshaftung in unsicheren Fällen .....	291
14.2. Zurechnung beim Schadenstatbestand .....	292
14.2.1. Hypothetische Kausalität und konstitutionelle Prädisposition .....	293
14.2.2. Zumutbarkeit und Schadenminderungspflicht .....	295
14.2.3. Notwendigkeits- und Angemessenheitsüberlegungen .....	295
14.3. Vorschlag einer neuen Zurechnungskonzeption .....	295
14.3.1. Haftungs begründung .....	296
14.3.2. Prüfung des juristischen Kausalzusammenhangs .....	297
14.3.3. Ausscheidung von allgemeinen Lebensrisiken .....	298
14.3.4. Zurechnung beim Schadenstatbestand .....	300
14.3.5. Schematische Darstellung .....	301
14.3.5.1. Haftungs begründende Zurechnung .....	301
14.3.5.2. Haftungsbeschränkung .....	301
14.3.5.3. Zurechnung beim Schadenstatbestand .....	303

14.3.6. Beispiele nicht zurechnungswürdiger Unfallfolgen .....	305
14.3.7. Unterschiedliche Beurteilung im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht? .....	307
<b>4. Teil: Gesamtfazit .....</b>	<b>311</b>

---

# Kurzzusammenfassung

Untersuchungsgegenstand dieser Dissertation ist die Entwicklung der Zurechnungspraxis bei unklaren Beschwerden im schweizerischen Haftpflicht- und Unfallversicherungsrecht. Die Problematik für die Rechtspraxis liegt in diesem Bereich vor allem darin, dass sich die betreffenden «unklaren Beschwerden» allein aufgrund medizinischer Befunde nicht oder nur sehr beschränkt objektivieren lassen. In diesem Zusammenhang wurde um die Jahrtausendwende vor allem die «HWS-Distorsion ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle» kontrovers diskutiert. Doch neu war diese Diskussion keineswegs. Ein Blick in die Vergangenheit belegt, dass sich die Rechtsprechung bereits viel früher mit vergleichbaren unklaren Beschwerden zu befassen hatte.

Die Dissertation zeigt auf, dass die für die Anspruchsgewährung bei Fällen mit unklaren Beschwerden entscheidende Frage der Zurechnung zwischen schädigendem Ereignis, eingetretenen Beschwerden und geltend gemachtem Schaden im Laufe der Jahrzehnte immer dann grosszügiger gehandhabt wurde, wenn die entsprechenden Beschwerden auf eine somatische (körperliche) Ursache zurückgeführt werden konnten. Hingegen fiel die Rechtspraxis in der Regel deutlich restriktiver aus, wenn die unklaren Beschwerden als rein psychogene Störungen betrachtet wurden.

Der Fokus dieser Arbeit liegt auf der kritischen Analyse der Entwicklung der Rechtsprechung zum natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang. Diese ist vor allem deshalb wichtig, da sowohl im Haftpflicht- als auch im Unfallversicherungsrecht seit langer Zeit auf diese Zurechnungstheorien zurückgegriffen wird. Im Anschluss an diese Analyse wird die nach Rechtsgebieten differenzierende Beurteilung der Zurechnung kritisch betrachtet.

Letztlich verfolgt die Dissertation das Ziel, Verbesserungsmöglichkeiten in der derzeit praktizierten haftpflichtrechtlichen Zurechnungspraxis aufzuzeigen bzw. zu entwickeln. Im Vordergrund steht dabei die Entwicklung einer praxistauglichen Zurechnungskonzeption.

---

## Résumé succinct

L'objet de cette thèse de doctorat a pour but d'explorer les circonstances de l'application du concept de causalité, dans le cas de plaintes peu claires relevant du droit suisse des assurances en matière de responsabilité civile et accidents. La problématique sous-jacente pour la pratique juridique dans ce domaine réside essentiellement dans le fait que les «plaintes peu claires» en question ne peuvent guère, si ce n'est de manière très limitée, être objectivées sur la seule base des constatations médicales. Dans ce contexte, le «traumatisme du rachis cervical sans défaillances fonctionnelles détectables organiquement», mieux connu sous la dénomination de «coup du lapin», a fait l'objet d'une controverse au tournant du millénaire. Néanmoins, cette polémique n'avait rien de nouveau. Une vue rétrospective atteste du fait que la jurisprudence a eu à traiter des plaintes peu claires de ce type bien plus tôt.

La présente thèse démontre qu'au fil des décennies, le lien de causalité, élément crucial dans l'évaluation d'une plainte survenant à la suite de symptômes dus à une cause peu claire, entre le comportement délictuel, les blessures subies et les dommages réclamés, a été interprété de manière large si les symptômes pouvaient être attribués à une cause somatique (corporelle). En revanche, la pratique juridique s'est montrée généralement beaucoup plus restrictive lorsque les plaintes peu claires étaient qualifiées de troubles purement psychogènes.

Du point de vue juridique, l'accent est mis sur l'analyse critique de l'évolution de la jurisprudence par rapport à la causalité de fait et de droit. Ceci est d'autant plus important que ces concepts sont utilisés depuis longtemps en droit de la responsabilité civile et en droit des accidents. Cette interprétation divergente de la causalité dans les différents domaines du droit est examinée, au regard de l'analyse critique des arrêts du Tribunal fédéral.

En fin de compte, la présente thèse vise à identifier et à développer de potentielles améliorations dans la compréhension actuelle du concept de causalité en droit de la responsabilité civile. Cette contribution s'attache au développement d'une approche pratique de la théorie de la causalité.

---

# Abstract

The present PhD thesis aims to explore how the application of the concept of causation with regard to so-called «symptoms of unclear cause» has developed in Swiss tort and accident insurance law since the establishment of the Supreme Court. The underlying legal problem in these cases stems from the fact that symptoms of unclear cause cannot or can only partially be objectified by medical examinations. «Cervical acceleration-deceleration injuries without an organically provable loss of function», better known as «whiplash injuries», for instance, caused controversy at the turn of the 21st century. The debate, however, was not new after all. A close look at earlier cases reveals that courts had had to deal with symptoms of unclear cause since decades.

This thesis demonstrates that over the decades the link of causation, a crucial element in the assessment of a claim arising from symptoms of unclear cause, between tortious conduct, injuries suffered, and damages claimed, was interpreted extensively if the symptoms could be attributed to a somatic cause whereas courts were considerably more restrictive if the complaints had been qualified as a psychogenetic disease.

From a legal point of view, the analysis especially focuses on the development of case law on the concepts of factual and legal causation. This is particularly important because these concepts are well established in both tort and accident insurance law. Based on the critical analysis of Supreme Court judgments, the differing interpretation of the causation in different fields of law is scrutinised.

This PhD thesis finally aims to present possible improvements to and developments in the current understanding of the concept of causation in tort law. This contribution focuses on the development of a practicable approach to the theory of causation.





---

# Abkürzungsverzeichnis

aArt.	alt Artikel (frühere, aufgehobene Fassung eines Artikels)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
aEHG	altes Bundesgesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen- und Dampfschiffunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen; s. Erlassverzeichnis
a.M.	anderer Meinung
aMVG	altes Bundesgesetz betreffend Versicherung der Militärpersonen gegen Unfall und Krankheit; s. Erlassverzeichnis
aOR	altes Obligationenrecht; s. Erlassverzeichnis
AREDOC	Association pour l'étude et la Réparation du Dommage Corporal = Verband für die Untersuchung des Schadenausgleichs von Personenschäden
Art.	Artikel
AS	amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts; s. Erlassverzeichnis
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
ÄZS	Schweizerische Ärztezeitung (Basel/Bern)
BBl	Schweizerisches Bundesblatt
Bd.	Band
betr.	betreffend
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BFS	Bundesamt für Statistik (Neuenburg)
BGG	Bundesgerichtsgesetz; s. Erlassverzeichnis
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BPV	Bundesamt für Privatversicherungen
BSK	Basler Kommentar
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen

BV	Schweizerische Bundesverfassung; s. Erlassverzeichnis
bzw.	beziehungsweise
CEA	Comité Européen des Assurances = Dachverband der nationalen Verbände der Versicherungsunternehmen Europas
CHF	Schweizer Franken
CISG	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises = Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
ders., dies., dass.	derselbe, dieselbe(n), dasselbe
DGN	Deutsche Gesellschaft für Neurologie
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EHG	Bundesgesetz über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Schweizerischen Post; s. Erlassverzeichnis
et. al.	et alii = und weitere
etc.	et cetera = usw.
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht (bis 31. Dezember 2006; in der Folge als Bundesgericht bezeichnet)
EVGE	Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Expl.	Explorand/in
f./ff.	und folgende/fortfolgende (Seite/n, Note/n usw.)
FHG	Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb; s. Erlassverzeichnis
Fn.	Fussnote
gl.A.	gleicher Ansicht
gl.M.	gleicher Meinung
Habil.	Habilitationsschrift
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich)
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
HWS	Halswirbelsäule
ICD-10	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (Internationale Klassifikation der Krankhei-

	ten und verwandter Gesundheitsprobleme) der WHO, Ausgabe 10
i.d.R.	in der Regel
In.	Interpellation; s. Materialienverzeichnis
insb.	insbesondere
IV	Invalidenversicherung (Schweiz)
IVG	Invalidenversicherungsgesetz; s. Erlassverzeichnis
KUVG	Kranken- und Unfallversicherungsgesetz; s. Erlassverzeichnis
lat.	lateinisch
LFG	Bundesgesetz über die Luftfahrt; s. Erlassverzeichnis
lit.	litera = Buchstabe
Mia.	Milliarde(n)
Mio.	Million(en)
MRT	Magnetresonanztomografie
m. Verw.	mit Verweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N/N.	Note(n); Randnote(n)
NCM	New Case Management
n.F.	neue Fassung
NFP	Nationales Forschungsprogramm
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift (Frankfurt am Main)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenzeitschrift – Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NVB	Nationales Versicherungsbüro Schweiz (Zürich)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht; s. Erlassverzeichnis
PÄUSBONOG	pathogenetisch-ätiologisch unklare syndromale Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage
Praxis	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
QTF	Quebec Task Force
resp.	respektive
RO	Recueil officiel du droit fédéral = AS
S.	Seite

s.	siehe
SchlBest	Schlussbestimmungen
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SMF	Swiss Medical Forum (Muttenz)
SMW	Schweizerische medizinische Wochenschrift (Basel)
SNF	Schweizerischer Nationalfonds
sog.	sogenannt/e/er/en
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundes
SSUV	Sammelstelle für die Statistik der Unfallversicherung (Luzern)
SUV	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Luzern)
SVA	Sammlung der Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungstreitigkeiten, 1907–1995 hrsg. vom BPV
SVG	Strassenverkehrsgesetz; s. Erlassverzeichnis
SVR	Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung (Basel)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
TF	Tribunal fédéral = BGer
u.a.	unter anderem
UV	Unfallversicherung
UVG	Unfallversicherungsgesetz; s. Erlassverzeichnis
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VVG	Versicherungsvertragsgesetz; s. Erlassverzeichnis
VVV	Verkehrsversicherungsverordnung; s. Erlassverzeichnis
WAD	Whiplash Associated Disorders
WHO	World Health Organization (Weltgesundheitsorganisation)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch; s. Erlassverzeichnis
zit.	zitiert (als)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (Wien)

ZR

Registerzeichen in Zivilsachen für Revisionen, Beschwerden gegen die Nichtzulassung der Revision, Anträge auf Zulassung der Sprungrevision, Berufungen in Patentsachen (im Zusammenhang mit BGH-Urteilen in Zivilsachen)



---

# Literaturverzeichnis

- ACKERMANN THOMAS, Adäquanz und Vorhersehbarkeitsregel, Diss. Bern, Bern/Stuttgart/Wien 2002.
- ARNDT RUDOLF, Die Neurasthenie, Wien/Leipzig 1885.
- BERGER MAX B., «Nur, aber immerhin», Kommentierung des Urteils 9C:492/2014 vom 03. Juni 2015, in: HAVE 3/2015, S. 291 ff. (zit. BERGER, Nur, aber immerhin).
- Unfallanalytik und Biomechanik – beweisrechtliche Bedeutung, in: SJZ 2006, S. 25 ff. (zit. BERGER, Biomechanik).
- BERGER-STEINER ISABELLE, Der Kausalitätsbeweis, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2009, Zürich 2009, S. 68 ff. (zit. BERGER-STEINER, Kausalitätsbeweis).
- Das Beweismass im Privatrecht, Diss. Bern 2008 (zit. BERGER-STEINER, Beweismass).
- BFS, 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: 22. März 2017) (zit. BFS, Preisindizes 1914–2014).
- BING ROBERT, Lehrbuch der Nervenkrankheiten, 9. Aufl., Basel 1952.
- BK-AUTOR/BEARBEITER, s. BREHM ROLAND; HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE; WALTER HANS PETER.
- BOHNY PETER, Der Mythos der adäquaten Unfallfolge, in: plädoyer 1/1994, S. 32 ff.
- BORLE MARKUS, Keine haftpflichtrechtliche Kausalität bei banalen Unfallereignissen, Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 – Bestätigung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 16. Juni 2008, in: HAVE 2/2010, S. 135 ff.
- 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.
- BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, s. Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum ZGB.
- BSV, IV-Statistik 2014, Bern 2015 <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/soziale-sicherheit/sozialversicherungen.assetdetail.350246.html>> (besucht am: 22. Februar 2017) (zit. BSV, IV-Statistik 2014).
- IV-Statistik 2010, Bern 2011 <<http://www.bsv.admin.ch/dokumentation/zahlen/00095/00442/index.html?lang=de>> (besucht am: 8. Oktober 2011) (zit. BSV, IV-Statistik 2010).
  - Argumentarium zur 5. IV-Revision, Bern 2007 <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/publikationen-und-service/gesetzgebung/abstimmungen/5-iv-revision.html>> (besucht am: 5. Mai 2016) (zit. Arg. 5. IV-Revision).

- BÜHLER ALFRED, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in: Jusletter 21. Juni 2010.
- BÜRGER HERIBERT/PFEFFER WOLFGANG/RAUCHECKER FRANZ/SACHER FRITZ/WIELKE BERNHARD, Unfallaufklärung und Fahrzeugschaden, 2. Teil (Band) von Fucik Robert/Hartl Franz/Schlosser Horst/Wielke Bernhard (Hrsg.), Handbuch des Verkehrsunfalls, Wien 2008.
- BÜRGI WOLF, Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtsprechung, Diss. Bern 1927.
- CEA/AREDOC, Minor Cervical Trauma Claims, Comparative Study (2004), Brussels (Belgium) 2006 <<http://www.svv.ch/de/medizin/spezialfaelle/cea-studie>> (besucht am: 2. Februar 2016).
- 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 Kozziol zum 70. Geburtstag, Wien 2010, S. 529 ff.
- DE FÉLICE S., GUEx R., RAMBERT P., BGE 41 II 90 – Remarque, in: de Félice S., Guex R., Rambert P. (Hrsg.) Journal des Tribunaux et Revue Judiciaire (JdT), Droit Fédéral, No 12/1915, 63me année, Lausanne 1915, S. 375 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/030-0951\\_S1\\_Beschleunigungstrauma\\_der\\_HWS\\_2012\\_verlaengert.pdf](https://www.dgn.org/images/red_leitlinien/030-0951_S1_Beschleunigungstrauma_der_HWS_2012_verlaengert.pdf)> (besucht am: 2. Juli 2017).
- ERICHSEN JOHN ERIC, On railway spine and other injuries of the nervous system, London 1866.
- ERISMANN OSKAR, Das schweizerische Eisenbahn-Haftpflicht-Gesetz vom 1. Juli 1875 – interpretiert durch das Bundesgericht von 1875–1894, Basel 1895.
- 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.
- FISCHER WILLI, Ausservertragliche Haftung für Schockschäden Dritter – Ein Beitrag zur dogmatischen Analyse der sog. Fernwirkungsschäden, Diss. Zürich 1988.
- FISCHER-HOMBERGER ELISABETH, Die traumatische Neurose, Vom somatischen zum sozialen Leiden, Bern 1975, Neudruck 2004 (zit. FISCHER-HOMBERGER, traumatische Neurose).
- Railway Spine und traumatische Neurose – Seele und Rückenmark, Gesnerus 28, Aarau 1970 (zit. FISCHER-HOMBERGER, Railway Spine).
- FREI MIRJAM ANNIKA, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2010.



- FUHRER STEPHAN, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheiden des Bundesgerichts, VIII. Somatoforme Schmerzstörungen – Urteil 4A\_5/2011 vom 24.3.2011, in: HAVE 3/2011, S. 166 ff.
- FUHRER STEPHAN/BECK PETER, Die Maschen werden weiter – Sozialversicherungen auf dem Rückzug, in: HAVE 3/2011, S. 286.
- FURRER ANDREAS/MÜLLER-CHEN MARKUS, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018.
- GÄCHTER THOMAS, Funktion und Kriterien der Adäquanz im Sozialversicherungsrecht, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 13 ff. (zit. GÄCHTER, Funktion).
- Falsche Frage – falsche Antwort, in: HAVE 3/2013, S. 276 ff. (zit. GÄCHTER, Frage).
  - Grundsätzliche Einordnung von BGE 136 V 279, in: HAVE 1/2011, S. 55 ff. (zit. GÄCHTER, Einordnung).
- 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. (zit. GÄCHTER/MEIER, Schleudertrauma).
- Einordnung von BGE 141 V 281 aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: HAVE 4/2015, S. 435 ff. (zit. GÄCHTER/MEIER, Einordnung).
- 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.
- GAUCH PETER, Die Haftpflicht der Eisenbahnen – Haftung nach Eisenbahnhaftpflichtgesetz, in: recht 5/1998, S. 194 ff. (zit. GAUCH, Eisenbahnen).
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.
- GERMANN THOMAS, BGE 136 V 279 und die Auswirkungen im Haftpflichtrecht, in: HAVE 1/2011, S. 70 ff. (zit. GERMANN, Auswirkungen).
- 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).
- GITTER WOLFGANG, Schadenausgleich im Arbeitsunfallrecht, Tübingen 1969.
- GMÜR ARNOLD, Der Kausalzusammenhang in der zivilrechtlichen Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts und der Kausalzusammenhang im Strafrecht, Diss. Zürich 1926.

- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, bearbeitet von KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. GUHL/BEARBEITER, § ... N ...).
- HÄFLIGER BRUNO, HWS-Distorsionstrauma: Beweiswert eines unfalldynamischen/biomechanischen Gutachtens – Urteil des Bundesgerichts 4A\_540/2010 vom 8. Februar 2011, in: HAVE 2/2011, S. 149 ff.
- HAUSOTTER WOLFGANG, Begutachtung somatoformer und funktioneller Störungen, 3. Aufl., München 2013.
- HENNINGSEN PETER, Probleme und offene Fragen in der Beurteilung der Erwerbsfähigkeit bei Probanden mit funktionellen Körperbeschwerdesyndromen, in: SZS 6/2014, S. 499 ff.
- HERZOG-ZWITTER IRIS, HWS-Schleudertrauma – Status Quo und Quo Vadis?, in: Schaffhauser René (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2016, Bern 2016, S. 29 ff.
- HONSELL HEINRICH/ISENRING BERNHARD/KESSLER MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, N ... zu ZGB ...).
- 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 ...).
- HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Kommentar zu Art. 4 ZGB, in: CARONI PIO ET AL., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Einleitung (Art. 1–9 ZGB), Bern 2012 (zit. BK-HRUBESCH-MILLAUER, N ... zu ZGB 4).
- HUBER CHRISTIAN, Ersatzfähigkeit von HWS-Schäden bei Auffahrunfällen in Österreich und im deutschsprachigen Ausland, in: ZVR 259/2011, S. 423 ff. (zit. HUBER CHRISTIAN, Ersatzfähigkeit).
- Regulierung von HWS-Schäden in Österreich und Deutschland – Anmerkung zu BGE 17.11.2009, 4A\_494/2009, in: HAVE 4/2010, S. 309 ff. (zit. HUBER CHRISTIAN, Regulierung).
- HUBER JEAN BAPTISTE, Hohe Beweisanforderungen für das Vorliegen einer Verletzung der Halswirbelsäule, Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 17. November 2009, in: HAVE 1/2010, S. 140 f.
- 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](http://www.rahuber.ch/Hearing_SSG-S_09012007.pdf)> (besucht am: 8. Februar 2016).
- HUBER WOLFGANG, Das Schleudertrauma der Halswirbelsäule (HWS), Fahrzeug-Insassenbelastung, in: ZVR 148/2008, S. 331 ff. <[http://www.kfz-unfallforschung.at/Wissenshaft\\_Auszuege%20aus%20eigenen%20Berichten.pdf](http://www.kfz-unfallforschung.at/Wissenshaft_Auszuege%20aus%20eigenen%20Berichten.pdf)> (besucht am: 6. September 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.
- HÜSLER MARKUS, BGE 136 V 279: Auswirkungen auf die Unfallversicherung, in: HAVE 1/2011, S. 59 ff.
- HUSMANN DAVID, «Schleudertrauma» und Versicherungsleistungen – Eine Katze ist kein Hund, wer A sagt muss auch B sagen und Totgegläubte leben länger!, in: Schaffhauser René (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2016, Bern 2016, S. 1 ff.
- HUSMANN DAVID/RIESEN SILVIO, Unklare Beschwerdebilder aus der Geschädigtenperspektive, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2015, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 43 ff.
- JAUN MANUEL, Die haftpflicht- und privatversicherungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, in: ZBJV 150/2014, S. 749 ff.
- JEGER JÖRG, Die persönlichen Ressourcen und ihre Auswirkungen auf die Arbeits- und Wiedereingliederungsfähigkeit – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Überwindbarkeitspraxis, in: Riemer-Kafka Gabriela (Hrsg.), Psyche und Sozialversicherung, Luzern 2014, S. 131 (zit. JEGER, Ressourcen).
- Die Entwicklung der «FOERSTER-Kriterien» und ihre Übernahme in die bundesgerichtliche Rechtsprechung: Geschichte einer Evidenz, in: Jusletter 16. Mai 2011 (zit. JEGER, Entwicklung).
- JENZER GERHARD, 15 Jahre «helvetisches Schleudertrauma», in: ÄZS 26/2006, S. 1230 ff.
- KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Aufl., Bern 2002.
- KELLER MAX/GABI SONJA/GABI KARIN, Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Basel 2012.
- KIESER UELI, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. KIESER, Sozialversicherungsrecht).
- Ein Blick zurück – die Entwicklung der Rechtsprechung zu unklaren Beschwerdebildern, in: Kieser Ueli/Lendfers Miriam (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2016, S. 129 ff. (zit. KIESER, Ein Blick zurück).
  - ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. KIESER, ATSG-Kommentar, Art. ... N ...).
  - Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2015, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 197 ff. (zit. KIESER, Entwicklungen).
  - Unfallversicherungsrechtliche Deckung von Verkehrsunfällen, in: Strassenverkehr 4/2014, Zürich/St. Gallen 2014, S. 23 ff. (zit. KIESER, Deckung).
  - Unklare und nicht objektivierbare Beschwerdebilder – was kann und soll das Sozialversicherungsrecht tun?, in: HAVE 1/2013, S. 12 ff. (zit. KIESER, Beschwerdebilder).

- Auswirkungen des Urteils 9C\_510/2009 auf die einzelnen Sozialversicherungszweige, in: HAVE 1/2011, S. 64 ff. (zit. KIESER, Auswirkungen).
  - Die rechtliche Würdigung von medizinischen Gutachten, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung, St. Gallen 1997, S. 115 ff. (zit. KIESER, Gutachten).
- KIESER UELI/LANDOLT HARDY, Unfall – Haftung – Versicherung, Zürich/St. Gallen 2012.
- KIND HANS, Das «Elend» mit dem Neurosebegriff in der Unfallversicherung, in: EVG (Hrsg.), Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 197 ff.
- KLEMPERER GEORG, 50 Jahre Kongress für innere Medizin 1882–1932, Berlin 1932.
- KLINGLER MAX, Über die Spätfolgen von Hirnschädelfrakturen. Katamnestiche Untersuchungen an Abgefundenen, in: SMW, 1947, S. 166 ff.
- KNECHT THOMAS, Distorsionstrauma der Halswirbelsäule – Eine Standortbestimmung aus psychiatrischer Sicht, in: SMF, 18/2011, S. 314 ff.
- KÖHL KARL, Die rechtliche Bedeutung der konstitutionellen Prädisposition bei ausservertraglichen Haftungen unter Berücksichtigung der Neurosen, Diss. Zürich 1947, Zürich 1948.
- KOPP HANS GEORG/MARELLI RENATO, «Somatoforme Störungen, wie weiter?», in: SZS 3/2012, S. 249 ff.
- KRAMER ERNST A., Schockschäden mit Krankheitswert – noch offene Fragen?, in: Apathy Peter et. al. (Hrsg.), Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, Wien 2010, S. 743 ff. (zit. KRAMER, Schockschäden).
- Schleudertrauma: Das Kausalitätsproblem im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, in: BJM 2001, S. 153 ff. (zit. KRAMER, Kausalitätsproblem).
  - Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, in: ZBJV 123/1987, S. 289 ff. (zit. KRAMER, Kausalität).
- KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS, Grundkurs Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2013 Basel.
- KRÄUCHI THOMAS, Die konstitutionelle Prädisposition, Diss. Bern 1998.
- LANDOLT HARDY, Erfahrungen als Opfer und als Haftpflichtanwalt, in: HAVE 3/2011, S. 293 f. (zit. LANDOLT, Erfahrungen).
- Ersatzpflicht für «Schockschäden», in: Lorandi Franco/Staehelin Daniel (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 361 ff. (zit. LANDOLT, Schockschäden).
  - Kausalität und Verkehrsunfall – Einschliesslich der Adäquanz von mittelbaren Unfallverletzungen, in: Schaffhauser René (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2010, St. Gallen, S. 145 ff. (zit. LANDOLT, Kausalität).
  - Der Zumutbarkeitsgrundsatz im Haftpflichtrecht, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden? Die Zumutbarkeit als Schlüsselbegriff des Versicherungs- und des Haftpflichtrechts sowie der Versiche-

- rungsmedizin, Freiburger Sozialrechtstage 2008, Bern 2008, S. 141 ff. (zit. LANDOLT, Zumutbarkeitsgrundsatz).
- Kurze Geschichte des Schadenausgleichsrechts, in: Weber Stephan/Fuhrer Stephan (Hrsg.), *Retouchen oder Reformen? Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand*, Vorträge der Tagung des Vereins Haftung und Versicherung (HAVE) der schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht und des Schweizerischen Versicherungsverbandes vom 22. April 2004, Zürich 2004, S. 67 ff. (zit. LANDOLT, Geschichte).
- LANDOLT HARDY/ROBERTO VITO, *Haftpflichtrecht in a nutshell*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016.
- LANZ WALTER, *Alternativen zur Lehre vom Adäquaten Kausalzusammenhang*, Diss. St. Gallen, Bern 1974.
- LARENZ KARL, *Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadenersatzrecht*, in: *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen 1970, S. 79 ff.
- LAUBER WERNER, *Praxis des sozialen Unfallversicherungsrechts der Schweiz*, Bern 1928.
- LAURI HANS, *Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht*, Diss. Bern 1976.
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Bern 2016.
- LOCKER LEANDER, *Durchsetzungsprobleme der Haftung für emerging risks am Beispiel der Beweisführung*, in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), *Jahrbuch SGHVR 2016*, Zürich 2016, S. 41 ff.
- 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.
- MÄDRICH MATTHIAS, *Das allgemeine Lebensrisiko, Ein Beitrag zur Lehre von der Haftungsbegrenzung im Schadenersatzrecht*, Berlin 1980.
- MALLESON ANDREW, *Whiplash and other usefull Illnesses*, Montreal 2002.
- MAURER ALFRED, *Schweizerisches Unfallversicherungsrecht*, 2. Aufl., Bern 1989 (zit. MAURER, *Unfallversicherungsrecht*).
- *Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung*, Bern 1963 (zit. MAURER, *Unfallversicherung*).
- MERSKEY HAROLD, *Research paradigms in psychosomatic medicine with special emphasis on «whiplash» – Cervical Hyperextension Flexion Injury (CHFI)*, 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. 3 ff.
- 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, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 27 ff. (zit. MEYER-BLASER, Rechtsbegriff).
- Kausalitätsfragen aus dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts, in: SZS 2/1994, S. 81 ff. (zit. MEYER-BLASER, Kausalitätsfragen).
- MORGER WILLI, Back to work: Die Herausforderung für die Unfallversicherungen, in: Gabriela Riemer-Kafka/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 491 ff.
- MOSIMANN HANS JAKOB, Unklare Beschwerdebilder im Sozialversicherungsrecht, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2015, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 17 ff. (zit. MOSIMANN, Beschwerdebilder).
- Bedeutung des Sozialversicherungsrechts für den Haftpflichtprozess, in: Jusletter 12. April 2010 (zit. MOSIMANN, Bedeutung).
- MÜLLER JÖRG PAUL, Verfahrensgerechtigkeit in der Sozialversicherung, IV-Renten für Schmerzpatienten?, in: Jusletter 27. Januar 2014.
- MÜLLER URS, Das Verwaltungsverfahren in der Invalidenversicherung, Bern 2010 (zit. MÜLLER URS, Verwaltungsverfahren).
- Der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang nicht objektivierbarer Gesundheitsschäden: Die Leitentscheide des Bundesgerichts und des Eidgenössischen 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. (zit. MÜLLER URS, Kausalzusammenhang).
- 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).
- Moral Hazard und die Versicherungsfälle unklarer Kausalität, unter besonderer Berücksichtigung der psychogenen Störungen nach Unfällen sowie des sog. «Schleudertraumas», in: SZS 50/2006, S. 248 ff. (zit. MURER, Moral Hazard).
  - «Entmedikalisierung» 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).
  - Die UV- und IV-rechtliche Auseinandersetzung mit psychischen Störungen – eine Zwischenbilanz, in: Murer Erwin (Hrsg.), Psychische Störungen und die Sozialversicherung – Schwerpunkt Unfallversicherung, Freiburger Sozialrechtstag 2002, Bern 2002, S. 1 ff. (zit. MURER, Zwischenbilanz).
- 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.
- 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).
- Nationale Suisse, Medienmitteilung der Nationale Suisse vom 03. März 2012 <<http://www.nationalesuisse.ch/de-CH/ueber-uns/media-relations/Aktuelle%20Medienmitteilungen.aspx?newsarticle=20120203>> (besucht am: 5. April 2012).
- NEUBURGER MAX, Steifzüge durch die ältere deutsche Myelitis-Literatur, in: Jahrbuch der Psychiatrischen Neurologie 33, 1912.
- NFP 53 Synthesebericht, Leitungsgruppe des nationalen Forschungsprogramms «Muskeloskeletale Gesundheit – Chronische Schmerzen» NFP 53, Synthesebericht der Leitungsgruppe, Oktober 2009, Bern <[http://www.nfp53.ch/files/download/NFP53\\_Synthesebericht\\_1004\\_d.pdf](http://www.nfp53.ch/files/download/NFP53_Synthesebericht_1004_d.pdf)> (besucht am: 2. Februar 2016).
- NZZ, Wenn Anreize Beschwerden auslösen, NZZ vom 2. Dezember 2006 <<https://www.nzz.ch/articleEPMYG-1.80152>> (besucht am: 19. Juni 2017).
- OFTINGER KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, Zürich 1958.
- 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).



- PILGRIM URS, Nicht oder schwer objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen: Erfahrungen des Hausarztes und Rheumatologen, in: Murer Erwin (Hrsg.), Nicht objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen: Ein Grundproblem des öffentlichen und privaten Versicherungsrechts sowie des Haftpflichtrechts, Freiburger Sozialrechtstage 2006, Bern 2006, S. 1 ff.
- PRIBNOW VOLKER, Privatrechtlicher Blick auf die geänderte sozialversicherungsrechtliche Schmerzsprechungspraxis, in: HAVE 4/2015, S. 445 ff. (zit. PRIBNOW, Blick).
- Schadenausgleich nach Schleudertrauma in der nicht perfekten Welt, in: HAVE 1/2011, S. 68 ff. (zit. PRIBNOW, Schadenausgleich).
  - Die überwiegende Undurchsichtigkeit – wie viel Beweis für welches Mass? Gleichzeitig ein Kommentar zu den Urteilen des Bundesgerichts 4A\_397/2008 vom 23.9.2008 und 6B\_649/2008 vom 15.1.2009, in: HAVE 2/2009, S. 158 ff. (zit. PRIBNOW, Undurchsichtigkeit).
  - Neuere Urteile zum Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2008, Zürich 2008, S. 301 ff. (zit. PRIBNOW, Neuere Urteile).
- PROBST THOMAS, La causalité aujourd’hui, in: Chappuis Christine/Winiger Bénédict (Hrsg.), Journée de la responsabilité 2006, Genf/Zürich/Basel 2007, S. 15 ff.
- PROSSER WILLIAM L./KEETON W. PAGE/DOBBS DAN B./KEETON ROBERT E./OWEN DAVID G., Prosser and Keeton on the law of torts, 5. Aufl., St Paul 1984 (zit. PROSSER/KEETON).
- PSCHYREMBEL WILLIBALD, Pschyrembel klinisches Wörterbuch 2017, 267. Aufl., Berlin 2017 <<http://www.pschyrembel.de/>> (besucht am: 21. Juni 2017).
- RABEL ERNST, Das Recht des Warenkaufs, Band I, Berlin 1936.
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008.
- REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018.
- RIBI ALFRED, Neurose – an der Grenze zwischen krank und gesund, Eine Ideengeschichte zu den Grundfragen des Menschen, Berlin/Heidelberg 2011.
- ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Bern 2018 (zit. ROBERTO, Haftpflichtrecht).
- Haftpflichtrechtliche Auswirkung von BGE 136 V 279, in: HAVE 1/2011, S. 73 ff. (zit. ROBERTO, Auswirkung).
  - Schadensrecht, Habil. Zürich, Basel/Frankfurt am Main 1997 (zit. ROBERTO, Schadensrecht).
- ROBERTO VITO/GRECHENIG KRISTOFFEL, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, in: ZSR 1/2011, S. 5 ff. (zit. ROBERTO/GRECHENIG, Rückschaufehler).
- 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/REICHLÉ SEBASTIAN, Haftung für «Phantom-Beschwerden»? in: HAVE 1/2013, S. 3 ff.
- RÜMELIN MAX, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, in: AcP 1900, S. 171 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).
  - HWS-Distorsion-Schleudertrauma: Sinngemässe Anwendung der Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung – Urteil des Bundesgerichts 9C\_510/2009, in: HAVE 4/2010, S. 356 ff. (zit. SAMUELSSON, Anwendung).
- SCHAER ROLAND, Die Praxis des EVG zur obligatorischen Unfall- und Krankenversicherung in den Jahren 2001–2005, in: ZBJV 142/2006, S. 679 ff. (zit. SCHAER, EVG).
- Unerträglich 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. (zit. SCHAER, Adäquanz).
  - Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt am Main 1984 (zit. SCHAER, Grundzüge).
- SCHMID MARKUS, Keine Übernahme der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien ins Haftpflichtrecht, in: HAVE 3/2011, S. 250 ff. (zit. SCHMID MARKUS, Übernahme).
- Veränderte Kultur der Schadenerledigung – Zwangsläufig subjektive Betrachtungsweise eines Geschädigtenanwaltes, in: HAVE 3/2011, S. 295 ff. (zit. SCHMID MARKUS, Veränderte Kultur).
  - Schadenausgleich nach Schleudertrauma, in: HAVE 1/2011, S. 53 (zit. SCHMID MARKUS, Schadenausgleich).
- SCHMID WALTER, Auswirkungen auf die Sozialhilfe, in: HAVE 1/ 2011, S. 79 ff.
- SCHMIDT HANS ET. AL., Schmidt Hans/Senn Jürg (Hrsg.), Schleudertrauma – neuester Stand: Medizin, Biomechanik, Recht und Case Management, Zürich 2004.
- SCHNEIDER ROLF/NUGEL MICHAEL, Psychische Folgen nach einem Verkehrsunfall und ihre rechtliche Bewertung, in: NJW 2014, S. 2977 ff.
- SCHNYDER ANTON K./PORTMANN WOLFGANG/MÜLLER-CHEN MARKUS, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.
- SCHRADER HARALD ET AL., Natural evolution of late whiplash syndrome outside the medico-legal context, in: The Lancet, Vol. 347, 1996, S. 1207–1211.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016.

- SHORTER EDWARD, Nicht oder schwer objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen in der Medizingeschichte, in: Murer Erwin (Hrsg.), Nicht objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen: Ein Grundproblem des öffentlichen und privaten Versicherungsrechts sowie des Haftpflichtrechts, Freiburger Sozialrechtstage 2006, Bern 2006, S. 165 ff.
- SIDLER MAX, Beweisfragen rund um das Schleudertrauma, in: HAVE 1/2005, S. 79 ff.
- SOLTERMANN BRUNO, Bestrebungen zur Verbesserung der HWS-Problematik von seiten des Schweizerischen Versicherungsverbandes SVV und der Swiss Insurance Medicine SIM, in: HAVE 1/2005, S. 61 ff.
- SonntagsZeitung, Schleudertrauma: Geldsegen für Versicherer, SonntagsZeitung vom 26. Februar 2012.
- 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.
- STOLL HANS, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Tübingen 1968.
- STRADAL WOLFGANG, Medizinische Fragen, 5. Teil (Band) von Fucik Robert/Hartl Franz/Schlosser Horst (Hrsg.), Handbuch des Verkehrsunfalls, Wien 2003.
- STUDHALTER BERNHARD, Konstitutionelle Prädisposition – Anmerkungen zur einschlägigen haftpflichtrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts seit «Di Bello», in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), Festschrift Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, S. 615 ff. (zit. STUDHALTER, Prädisposition).
- When push comes to shove – Bedeutung von Unfallanalyse und Biomechanik für die haftpflichtrechtliche Zurechnung?, in: HAVE 4/2010, S. 389 f. (zit. STUDHALTER, Unfallanalyse).
- 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).
  - Schadenregulierung in der Praxis, insbesondere Kausalitätsprobleme, in: Fellmann Walter (Hrsg.), Haftpflicht des Motorfahrzeughalters – neue Antworten auf alte Fragen, Bern 2013, S. 203 ff. (zit. SUTER, Schadenregulierung).
  - 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).
  - Die Berücksichtigung von Vorzuständen nach BGE 123 III 110, in: HAVE 1/2005, S. 36 ff. (zit. SUTER, Berücksichtigung).

- 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](https://www.unfallstatistik.ch/d/publik/fuenfjb/pdf/D1998_2002.pdf)> (besucht am: 19. Juni 2017) (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](https://www.unfallstatistik.ch/d/publik/fuenfjb/pdf/D1933_1937.pdf)> (besucht am: 19. Juni 2017) (zit. SUVA, Fünfjahresbericht 1933–1937).
  - Ergebnisse der Unfallstatistik der dritten fünfjährigen Beobachtungsperiode, 1928–1932 <[https://www.unfallstatistik.ch/d/publik/fuenfjb/pdf/D1928\\_1932.pdf](https://www.unfallstatistik.ch/d/publik/fuenfjb/pdf/D1928_1932.pdf)> (besucht am: 19. Juni 2017) (zit. SUVA, Fünfjahresbericht 1928–1932).
  - Ergebnisse der Unfallstatistik der zweiten fünfjährigen Beobachtungsperiode, 1923–1927 <[https://www.unfallstatistik.ch/d/publik/fuenfjb/pdf/D1923\\_1927.pdf](https://www.unfallstatistik.ch/d/publik/fuenfjb/pdf/D1923_1927.pdf)> (besucht am: 19. Juni 2017) (zit. SUVA, Fünfjahresbericht 1923–1927).
- THOMANN KLAUS-DIETER/RAUSCHMANN MICHAEL, Von der «railway spine» zum Schleudertrauma – Geschichte und aktuelle Bedeutung seelischer Störungen nach entschädigungspflichtigen Ereignissen, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 92/2003, S. 533 ff.
- TILLMANN ARTHUR, Neurose und Unfallversicherung, in: SZS 1/1957, S. 181 ff.
- TOGNELLA REINHARD, Erwerbsunfähigkeitsproblematik bei somatisch nicht nachweisbaren Beschwerdebildern im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2004.
- VON CLERIC GEORG FRANZ, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Strafsachen, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR) 24/1911, S. 243 ff.
- VON TUHR ANDREAS, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, München und Leipzig 1914.
- WALTER HANS PETER, Kommentar zu Art. 8 ZGB, in: CARONI PIO ET AL., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Einleitung (Art. 1–9 ZGB), Bern 2012 (zit. BK-WALTER, N ... zu ZGB 8).
- WALZ FELIX, Bemessung der Verletzungsschwelle der HWS bei Heckkollisionen <<http://agu.ch/1.0/pdf/HWS-2007.pdf>> (besucht am: 21. Juni 2017).
- WEBER STEPHAN, Dogmatisch Ungereimtes beim Personenschaden, in: Böhme Anna et al. (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich 2016, S. 555 ff. (zit. WEBER, Dogmatisch Ungereimtes).
- Reduktion von Schadenersatzleistungen, Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich 2007, S. 111 ff. (zit. WEBER, Reduktion).
- WEITNAUER HERMANN, Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang – Versuch einer Ehrenrettung, in: Keller Max (Hrsg.), Revolution der Technik, Evolution des Rechts, Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Ofinger, Zürich 1969, S. 321 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.

- WIDMER PIERRE/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, *Privatrechtliche Haftung*, in: Weber Stephan/Münch Peter (Hrsg.), *Haftung und Versicherung*, 2. Aufl., Basel 2015, S. 7 ff.
- WINZENRIED VIVIAN, *Schleudertrauma: Sinngemässe Anwendung der Überwindbarkeitspraxis auf vorübergehende UV-Leistungen?*, in: *Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide*, publ. am 5. August 2011 (zit. WINZENRIED, *Schleudertrauma*).
- *Die Überwindbarkeitspraxis*, in: Kieser Ueli/Lendfers Miriam (Hrsg.), *Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2012*, Zürich/St. Gallen 2012, S. 231 ff. (zit. WINZENRIED, *Überwindbarkeitspraxis*).
- ZIMMERMANN MARKUS, *Somatoforme Schmerzstörung in der Privatversicherung*, Urteil des Bundesgerichts vom 24.3.2011 (4A\_5/2011), in: *HAVE 3/2011*, S. 259 ff.

---

# Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 14. Dezember 1889 betreffend Einführung des Gesetzgebungsrechtes über Unfall- und Krankenversicherung, BBl 1889 IV 825 ff. (zit. Botschaft Unfall- und Krankenversicherung 1889).

Interpellation Parmelin vom 21.06.2007 (07.3475), Schleudertrauma. Eine «Epidemie» der Deutschschweiz? (zit. In. Parmelin).



---

# Erlassverzeichnis

- Bundesgesetz vom 1. Juli 1875 betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen- und Dampfschiffunternehmungen bei Tötungen und Verletzungen (zit. aEHG), AS n.F. 1 S. 787 (aufgehoben am 1. August 1905).
- Bundesgesetz vom 23. März 1877 betreffend die Arbeit in den Fabriken, AS n.F. 3 S. 241 (aufgehoben am 1. Januar 1920).
- Bundesgesetz vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht (zit. aOR), AS n.F. 5 S. 635 (aufgehoben am 1. Januar 1912).
- Bundesgesetz vom 25. Juni 1881 betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb (zit. FHG), AS n.F. 5 S. 562 (aufgehoben am 1. April 1918).
- Bundesgesetz vom 28. Juni 1901 betreffend Versicherung der Militärpersonen gegen Unfall und Krankheit (zit. aMVG), AS n.F. 18 S. 803 (aufgehoben am 1. Januar 1950).
- Bundesgesetz vom 28. März 1905 über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Schweizerischen Post (zit. EHG), SR 221.121.742 (aufgehoben am 1. Januar 2010).
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (zit. ZGB), SR 210.
- Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (zit. VVG), SR 221.229.1.
- Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (5. Teil: Obligationenrecht) (zit. OR), SR 220.
- Bundesgesetz vom 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung (zit. KUVG), SR 832.10 (aufgehoben am 1. Januar 1996).
- Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (zit. LFG), SR 748.0.
- Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (zit. SVG), SR 741.01.
- Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (zit. IVG), SR 831.20.
- Verkehrsversicherungsverordnung vom 20. November 1959 (zit. VVV), SR 741.31.
- Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (zit. UVG), SR 832.20.
- Schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (zit. BV), SR 101.
- Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (zit. ATSG), SR 830.1.
- Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (zit. BGG), SR 173.110.





---

# 1. Teil: Einleitung und Grundlagen

## 1. Einleitung

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie des früheren Eidgenössischen Versicherungsgerichts<sup>2</sup> sind die entscheidenden Zurechnungsfragen bei unklaren Beschwerdebildern sowohl im Haftpflicht- als auch im sozialen Unfallversicherungsrecht anhand des adäquaten Kausalzusammenhangs zu beurteilen.<sup>3</sup> Obwohl auf dieselbe Zurechnungstheorie zurückgegriffen wird, fällt die entsprechende Prüfung in den erwähnten Rechtsgebieten seit längerer Zeit unterschiedlich aus. Im sozialen Unfallversicherungsrecht wird die Adäquanz erheblich restriktiver beurteilt als im Haftpflichtrecht. Während heutzutage etwa die Unfallschwere im Haftpflichtrecht bei der Adäquanzprüfung keine Rolle spielt, wird im Unfallversicherungsrecht primär auf dieses Kriterium abgestellt.<sup>4</sup> Im Gegensatz dazu sind die Beweisanforderungen für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs in Fällen mit unklaren Beschwerden gemäss jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichts im Haftpflichtrecht strenger als im Sozialversicherungsrecht.<sup>5</sup>

Die unterschiedliche Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs fiel nach gängiger Auffassung erstmals 1970 im Zusammenhang mit einem Entscheid über

---

<sup>2</sup> Die Entstehung des EVG (Eidgenössisches Versicherungsgericht) mit Sitz in Luzern ist eng mit der Schaffung der obligatorischen Unfallversicherung verbunden. Das EVG nahm seine Tätigkeit am 1. Dezember 1917 auf. Bis 1949 amtete es als letztinstanzliches Gericht für militär- und unfallversicherungsrechtliche Streitigkeiten. Danach wurden ihm weitere Zuständigkeitsbereiche übertragen. Im Jahr 2007 wurde das EVG in die sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts integriert. Der Standort Luzern wurde beibehalten. Der Sitz des Bundesgerichts ist in Lausanne. Vgl. zur Entstehung und Entwicklung des EVG <<https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-status/federal-status-geschichte.htm>> (besucht am: 5. April 2017).

<sup>3</sup> Anstelle vieler für das Unfallversicherungsrecht: BGE 117 V 359 E. 5a S. 361; anstelle vieler für das Haftpflichtrecht: BGE 123 III 110 E. 3 S. 111 f.

<sup>4</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112 f.

<sup>5</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4. Das Bundesgericht führte in diesem Entscheid aus, dass im Haftpflichtrecht für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen schädigendem Verhalten und eingetretenen unklaren Beschwerden das bloss leichte Überwiegen (51 %) wie im Sozialversicherungsrecht nicht genüge. Vgl. hierzu 10.4.5.

eine sogenannte Begehrungsneurose auf.<sup>6</sup> Um die Jahrtausendwende waren vor allem Urteile über die organisch nicht nachweisbare HWS-Distorsion betroffen.<sup>7</sup> Im Laufe der Zeit ist diese rechtsgebietsabhängige Rechtsprechung Gegenstand einer langandauernden und kontroversen Diskussion geworden. Seit Jahrzehnten werden in der Lehre verschiedenste Argumente für und wider diese nach Rechtsgebieten differenzierende Adäquanzbeurteilung vorgebracht. Ein Ende der Debatte ist aus heutiger Sicht nicht absehbar. Der Hauptgrund dieser Auseinandersetzung liegt zweifellos in der – bis heute bestehenden – Unmöglichkeit, die nach Unfällen beklagten unklaren Beschwerden zuverlässig überprüfen und nachweisen zu können. Aufgrund ihrer komplexen Natur können sie selbst von medizinischen Fachpersonen regelmässig nur sehr beschränkt erklärt werden. Sie sind irgendwo im Zusammenspiel zwischen individueller Anlage und Umwelt zu verorten.<sup>8</sup>

In juristischer Hinsicht geht es letztlich seit über einem Jahrhundert um ein grundsätzliches Beweisproblem und die Frage nach dem sachgerechten Umgang damit. Aufgrund der Beweisschwierigkeiten besteht bei unklaren Beschwerden jedenfalls unbestrittenermassen ein gewisses Missbrauchspotential.<sup>9</sup> Betrügerische Absicht spielt in diesem Zusammenhang im Vergleich zum Aggravationsverhalten freilich nur eine untergeordnete Rolle,<sup>10</sup> und in der Regel werden die Leiden der Betroffenen auch nicht bestritten.<sup>11</sup> Umstritten ist hingegen vor allem die Bedeutung der ver-

---

<sup>6</sup> BGE 96 II 392. Der Grund für die unterschiedliche Beurteilung liegt bei genauerer Betrachtung in der vom EVG in den 1920er-Jahren eingeführten Neurosenpraxis. Diese kam im Privatrecht nie zur Anwendung. Vgl. hierzu insb. 8.6.

<sup>7</sup> Vgl. insb. BGE 123 III 110.

<sup>8</sup> GALLI, S. 158.

<sup>9</sup> Auch das Bundesgericht teilt diese Ansicht in konstanter Rechtsprechung, zumindest betr. Unfallfolgen nach HWS-Distorsionen: BGE 134 V 109 E. 9 S. 122; Urteile des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 3.2.1; 4A\_607/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.2; 4A\_549/2014 vom 28. Januar 2015 E. 4.2; 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.2; ebenso TOGNELLA, S. 3; vgl. zu dieser Thematik auch den in der NZZ vom 2. Dezember 2006 erschienenen Artikel «Wenn Anreize Beschwerden auslösen».

<sup>10</sup> Diese Auffassung teilte die SUVA schon im Jahr 1927; vgl. etwa SUVA, Fünfjahresbericht 1923–1927, S. 31. Einzelfälle gibt es freilich gelegentlich. Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts 6B\_531/2012 vom 23. April 2013, wo das Bundesgericht die bedingte Geldstrafe von 240 Tagessätzen für einen Versicherungsbetrüger bestätigte. Dieser hatte nach einer kollisionsbedingten Verletzung der Halswirbelsäule eine erhebliche Arbeitsunfähigkeit vorgetäuscht. Unter anderem trat er trotz geltend gemachter Arbeitsunfähigkeit an elf Rockkonzerten als Gitarrist und Bandleader auf, wobei er durch sogenanntes «Headbanging» (rhythmisches Schütteln des Kopfes) den Bereich von Kopf und Nacken dauernd sehr stark beanspruchte (vgl. insb. Sachverhalt A).

<sup>11</sup> Auf diesen Standpunkt stellte sich NAEGELI, Nachuntersuchungen, S. 34, schon 1910: «[R]eine Simulation ist selten und schwer zu beweisen, Aggravation dagegen ist ausseror-

schiedenen Ursachen, mit welchen die beklagten Leiden zu erklären versucht werden. Während der Geschädigte seit je den konkret erlittenen Unfall für seine langanhaltenden gesundheitlichen Störungen verantwortlich macht, bestreiten Privat- und Sozialversicherungen angesichts der oftmals bagatellären Natur von Unfallereignissen und der ihrer Ansicht nach grossen Bedeutung unfallfremder Faktoren regelmässig diese Zurechnung.

Seit das Bundesgericht seine Tätigkeit als höchstrichterliches Gericht der Schweiz aufgenommen hat, verfocht es im Bereich des Haftpflichtrechts stets den Grundsatz, dass eine Person, die eine andere schädigt, für den gesamten daraus resultierenden Schaden einzustehen hat.<sup>12</sup> Mit anderen Worten hat ein Schädiger keinen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als habe er ein durchschnittlich widerstandsfähiges Opfer geschädigt.<sup>13</sup> Es ist demnach in jedem Fall der betroffenen geschädigten Person und den jeweils ihr eigenen Charakteristiken Rechnung zu tragen. Mitunter geht es zu Recht um einen respektvollen Umgang des Rechts mit den Schwachen und Schwächsten.<sup>14</sup> Gleichzeitig gilt jedoch seit Jahrhunderten auch der unbestrittene Grundsatz, dass ein Geschädigter den erlittenen Schaden in der Regel selber zu tragen hat<sup>15</sup> und diesen nur ausnahmsweise auf einen Dritten abwälzen kann. Diese sich aus der Privatautonomie ergebende prinzipielle Selbstverantwortung<sup>16</sup> äussert sich etwa in der Schadenminderungspflicht, wobei zu fragen ist, welche Anstrengungen nach Treu und Glauben zwecks Schadensverhütung und -minimierung von einem Unfallopfer erwartet werden dürfen resp. ihm zuzumuten sind.

Um im Haftpflichtrecht zu sinnvollen und fairen Zurechnungsentscheidungen zu gelangen, bedarf es eines angemessenen, vernünftigen Ausgleichs zwischen den beiden erwähnten tragenden Prinzipien. Wie ein solcher vernünftiger Ausgleich bei nach Unfällen beklagten langanhaltenden unklaren Beschwerden aussehen könnte

---

dentlich häufig, zum grössten Teil aber unbewusst und gehört zu den Krankheitserscheinungen selbst».

<sup>12</sup> 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 Nachtheile einstehen, ohne Rücksicht darauf, dass diese Nachtheile, wenn die frühere Verletzung nicht vorangegangen wäre, durch den zweiten Unfall nicht oder nicht in gleichem Masse verursacht worden wären.»; KÖHL, S. 55.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 113 II 86 E. 3b S. 90.

<sup>14</sup> Ähnlich auch die Präambel der Schweizerischen Bundesverfassung: «[...] und dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen, [...]».

<sup>15</sup> Lat. *casum sentit dominus*; vgl. auch Art. 6 BV: «Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr [...]»; vgl. zu diesem Grundsatz WIDMER/KRAUSKOPF, N 2.6.

<sup>16</sup> Ähnlich GUHL/KOLLER, § 23 N 13.

und ob in solchen Fällen bis zu einer gewissen Schwelle die Haftung gar grundsätzlich zu verneinen ist, soll Inhalt dieser Dissertation sein. Besonders delikat erscheinen hierbei vor allem Situationen, in welchen infolge eines geringfügig erscheinenden Unfalls bzw. einer geringfügig erscheinenden gesundheitlichen Beeinträchtigung langanhaltende unklare Beschwerden beklagt werden und dafür ein verhältnismässig hoher finanzieller Ersatzanspruch geltend gemacht wird. Die Frage, ob gar die grundsätzliche Haftpflicht zu verneinen ist, ist zudem vor allem in denjenigen Fällen berechtigt, in welchen selbst Sozialversicherungen Leistungen aufgrund des bagatelären Charakters des jeweiligen Unfallereignisses verweigern.<sup>17</sup>

Mit der Darlegung der Entwicklung der Rechtsprechung zur Zurechnung bei unklaren Beschwerdebildern im Haftpflicht- und sozialen Unfallversicherungsrecht sowie der anschliessenden Darstellung und kritischen Betrachtung des aktuellen Lehrmeinungsstandes verfolgt diese Dissertation das Ziel, Verbesserungsmöglichkeiten in der derzeit bestehenden haftpflichtrechtlichen Zurechnungspraxis aufzuzeigen bzw. zu entwickeln.

Wer keine Zeit für die Lektüre der gesamten Analyse der Rechtsprechung findet, dem sei empfohlen, im zweiten Teil dieser Dissertation die jeweiligen Zusammenfassungen zu den verschiedenen Perioden (Kapitel 7, 8.7, 9.7 und 10.7) sowie die Auswertung der Analyse (Kapitel 11) zu lesen.

## 2. Vorgehen

In diesem ersten Teil der Arbeit erfolgen eine kurze Darlegung der Problematik der unklaren Beschwerden und die Klärung wesentlicher Begriffe und Definitionen.

Anschliessend wird im zweiten Teil die rechtshistorische Entwicklung des Umgangs mit unklaren Beschwerden im schweizerischen Haftpflicht- und Unfallversicherungs-

---

<sup>17</sup> In diesem Sinne BGE 117 V 359 E. 6a S. 366 f.: Es «ist für die Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhangs im Einzelfall zu verlangen, dass dem Unfall für die Entstehung der Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit eine massgebende Bedeutung zukommt. Dies trifft dann zu, wenn er objektiv eine gewisse Schwere aufweist oder mit anderen Worten ernsthaft ins Gewicht fällt [...]. [B]ei leichten Unfällen [...] kann der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Unfall und nachfolgenden Gesundheitsstörungen in der Regel ohne weiteres verneint werden, weil aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung, aber auch unter Einbezug unfallmedizinischer Erkenntnisse davon ausgegangen werden darf, dass ein solcher Unfall nicht geeignet ist, einen erheblichen Gesundheitsschaden zu verursachen [...]»

recht nachgezeichnet. In dieser Analyse wird die Entwicklung der Rechtsprechung von 1875 bis heute in sechs Phasen eingeteilt. Angeknüpft wird dabei an die in diesen verschiedenen Perioden überwiegend vertretenen medizinischen Auffassungen, die namentlich über die gutachterlichen Einschätzungen die jeweilige Entwicklung der Rechtspraxis wesentlich mitgeprägt haben. Insgesamt soll die Analyse anhand der höchstrichterlichen Leitentscheide sowie ausgewählter weiterer Entscheide die Entwicklung und Begründung der Zurechnungspraxis bei unklaren Beschwerdebildern im schweizerischen Haftpflicht- und sozialen Unfallversicherungsrecht aufzeigen. Dabei werden die wesentlichen Sachverhalte und im Besonderen die entscheidenden Erwägungen zur Frage der Zurechnung eingehend erläutert, eingeordnet und analysiert.

Im dritten Teil folgt eine kritische Beurteilung der analysierten höchstrichterlichen Praxis unter Berücksichtigung der verschiedenen in der Lehre vertretenen Auffassungen. Dabei wird unter anderem eine Antwort auf die immer wieder aufgeworfene Grundsatzfrage angestrebt, ob es haltbar ist, die Adäquanz im Sozialversicherungsrecht und im Privatrecht unterschiedlich zu beurteilen.<sup>18</sup> Zugleich stehen die im Haftpflichtrecht angewendeten Zurechnungstheorien auf dem Prüfstand. Unter anderem stellt sich die Frage, ob die Adäquanztheorie ein geeigneter Ansatz ist, um die heiklen Zurechnungsfragen, insbesondere bei fremdverursachten unklaren Beschwerdebildern, sachgerecht beurteilen zu können. Entsprechend werden auch alternative Zurechnungskonzepte dargestellt, verglichen und bewertet. Abschliessend werden aus den gewonnenen Erkenntnissen Handlungsempfehlungen für die Rechtsanwendung abgeleitet. Im Vordergrund steht dabei, für den Bereich des Haftpflichtrechts die Zurechnung zwischen schädigendem Verhalten, eingetretener Rechtsgutverletzung, beklagten unklaren Beschwerden und ersatzfähigem Schaden zumindest teilweise neu zu konzipieren.

## **3. Eingrenzung und Begründung des Dissertationsvorhabens**

Untersuchungsgegenstand dieser Dissertation sind diejenigen Fälle, in welchen eine Person einer anderen Person eine körperliche Verletzung zufügt, die regelmässig (bei «normalen Menschen») innert weniger Tage, Wochen oder Monate folgenlos ausheilt. Bei gewissen betroffenen Personen treten jedoch nach dieser «normalen»

---

<sup>18</sup> In diesem Sinne zuletzt im Jahr 2016 GÄCHTER, Funktion, S. 39.

Heilungsphase langanhaltende gesundheitliche Störungen auf, deren (kausaler)<sup>19</sup> Zusammenhang zum Unfallereignis umstritten ist und die deshalb als unklare Beschwerden bezeichnet werden. Daraus folgt ein Beweisproblem, welches der schweizerischen Rechtspraxis seit je verhältnismässig grosse Schwierigkeiten bereitet. Der Eintritt dieser unklaren Beschwerden ist regelmässig auf eine konstitutionelle Prädisposition auf Seiten des Geschädigten zurückzuführen. Dabei steht die Neigung zu psychogenen Reaktionen, die sich in der Regel freilich erst im Nachgang eines schädigenden Ereignisses manifestieren, im Vordergrund. In rechtlicher Hinsicht stellen sich in solchen Fällen schwierige Zurechnungsfragen, bei denen die Beurteilung des natürlichen und adäquaten Zusammenhangs zwischen dem schädigenden Ereignis und den unklaren gesundheitlichen Störungen und damit dem dafür geltend gemachten finanziellen Schaden umstritten ist. Dabei wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass die geltend gemachten Beschwerden in Art und Ausmass erstellt sind. Die diesbezüglichen (Beweis-) Fragen sind mit andern Worten grundsätzlich nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

### **3.1. Beschränkung auf fremdverursachte unklare Beschwerdebilder**

Der Begriff der unklaren Beschwerdebilder stammt ursprünglich aus dem Bereich der Invalidenversicherung. Im Jahr 2004 führte das damalige EVG mit BGE 130 V 352 die sogenannte Schmerzrechtsprechung<sup>20</sup> (auch bekannt als Überwindbarkeits- oder Zumutbarkeitsrechtsprechung) zur Beurteilung somatoformer Schmerzstörun-

---

<sup>19</sup> Korrekterweise ist eine Ursache für eine Wirkung entweder kausal oder nicht. Ein solches naturwissenschaftliches oder gar philosophisches Verständnis des Begriffs der Kausalität steht in dieser Arbeit jedoch nicht im Vordergrund. Es geht bei der juristischen Bewertung der Kausalität vielmehr darum, ob Unfallfolgen gerechtfertigterweise einem Schädiger zuzurechnen sind oder nicht. Dass ohne die jeweilige schädigende Handlung die unklaren Beschwerden nicht im gleichen Zeitpunkt eingetreten wären, ist in der Regel in den im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Fällen nicht umstritten und jedenfalls nicht Gegenstand der Untersuchung (z.B. die Frage, ob jemand gar keine [gravierenderen] Beschwerden hat, sondern sie nur vortäuscht). Selbst im Falle von absichtlicher Simulation müsste nämlich eine «naturwissenschaftliche» Kausalität zum Unfallereignis jeweils bejaht werden.

<sup>20</sup> 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).

gen ein, die in den darauffolgenden Jahren auf folgende Krankheitsbilder ausgeweitet wurde:

- anhaltende somatoforme Schmerzstörung;<sup>21</sup>
- Fibromyalgie (chronische Schmerzkrankung);<sup>22</sup>
- spezifische und unfalladäquate HWS-Verletzungen (Schleudertrauma) ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle;<sup>23</sup>
- dissoziative Sensibilitäts- und Empfindungsstörung;<sup>24</sup>
- nicht organische Hypersomnie (Schlafsucht);<sup>25</sup>
- Neurasthenie (Nervenschwäche);<sup>26</sup>
- Chronic Fatigue Syndrom (CFS; chronisches Müdigkeitssyndrom);<sup>27</sup>
- dissoziative Bewegungsstörung;<sup>28</sup>
- leichte Persönlichkeitsveränderung bei chronischem Schmerzsyndrom.<sup>29</sup>

Das Bundesgericht fasste die betreffenden Krankheitsbilder unter der Bezeichnung der «pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage» (Kurzform: PÄUSBONOG<sup>30</sup>) zusammen.<sup>31</sup> Mit der am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen temporären Übergangsbestimmung a zur IV-Revision 6a<sup>32</sup> fand diese Begriffsdefinition vorübergehend auch Aufnahme in einer gesetzlichen Bestimmung.<sup>33</sup> Jedoch wurde die Zusammenfassung der verschiedenen Leiden unter den Begriff der PÄUSBONOG und vor allem die sogenannte «Überwindbarkeitsrechtsprechung»<sup>34</sup> aus medizinischer Sicht aus verschiedenen Gründen

<sup>21</sup> BGE 130 V 352. Somatoforme Schmerzstörungen zeichnen sich dadurch aus, dass funktionelle Störungen vorliegen, obwohl sich kein psychisches Trauma bestätigen lässt (vgl. zur Diagnose ICD-10 [F45.0 bis F45.8]). Laut SHORTER, S. 167, hätte die Diagnose früher «Hysterie» gelautet.

<sup>22</sup> BGE 132 V 65.

<sup>23</sup> BGE 136 V 279.

<sup>24</sup> SVR 2007 IV Nr. 45 = Urteil des Bundesgerichts I 9/07 vom 9. Februar 2007.

<sup>25</sup> BGE 137 V 64.

<sup>26</sup> SVR 2011 IV Nr. 26 = Urteil des Bundesgerichts 9C\_662/2009 vom 17. August 2010; SVR 2011 IV Nr. 17 = Urteil des Bundesgerichts 9C\_98/2010 vom 28. April 2010.

<sup>27</sup> BGE 139 V 346.

<sup>28</sup> Urteil des Bundesgerichts 9C\_903/2007 vom 30. April 2008.

<sup>29</sup> BGE 139 V 547.

<sup>30</sup> JEGER, Entwicklung, N 3.

<sup>31</sup> BGE 139 V 547 E. 2.1 S. 549; 136 V 279 E. 3.2.3 S. 283.

<sup>32</sup> AS 2011 S. 5670 f.

<sup>33</sup> Vgl. SchlBest a IVG. Die Geltung dieser Bestimmung war auf drei Jahre und damit bis Ende 2014 befristet.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu 10.5.1 ff.

kritisiert,<sup>35</sup> woraufhin das Bundesgericht die Überwindbarkeitsrechtsprechung im Jahr 2015 wieder aufgab.<sup>36</sup> An der Bezeichnung «unklare Beschwerden» wurde seither dennoch festgehalten. Gemein haben diese verschiedenen Beschwerdebilder vor allem, dass sie sich namentlich auch durch bildgebende Verfahren nicht in ausreichender Weise objektivieren lassen und deswegen als «unklar» bezeichnet werden.<sup>37</sup> Insofern dient der Begriff dazu, verschiedene Gesundheitsbeeinträchtigungen mit gewissen Gemeinsamkeiten zusammenzufassen. In Judikatur und Literatur werden für diese relativ häufig<sup>38</sup> auftretenden Beschwerdebilder freilich auch Begriffe wie «nicht oder nur schwer objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen»,<sup>39</sup> «nicht objektivierbarer Gesundheitsschaden»<sup>40</sup> oder «psychogene Störungen»<sup>41</sup> verwendet. Es besteht folglich nicht einmal hinsichtlich des Wortgebrauchs ein Konsens.

Wie bereits einleitend erklärt, beschränkt sich die in dieser Dissertation durchgeführte Analyse einzig auf die Entwicklung der Rechtsprechung zu denjenigen unklaren Beschwerdebildern, bei denen der Geschädigte die eingetretenen unklaren Beschwerden auf ein schädigendes Verhalten einer anderen Person zurückführt. Nur in diesen Fällen stellt sich die umstrittene Frage nach der Haftpflicht für langanhaltende unklare und diffuse Beschwerden. Von den durch das Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung als unklare Beschwerdebilder bezeichneten Diagnosen wird daher ausschliesslich die spezifische, mutmasslich auf einen Unfall zurückgeführte HWS-Verletzung ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle berücksichtigt. In diesem Sinn weisen auch GÄCHTER/MEIER darauf hin, dass bei den weiteren unklaren Beschwerdebildern, auf die die frühere invalidenversicherungsrechtliche Schmerzrechtsprechung angewendet wurde, eine Unfallursache als Auslöser höchst selten und kaum vorstellbar sei.<sup>42</sup>

---

<sup>35</sup> HENNINGSSEN, Probleme, S. 514 ff.; JEGER, Entwicklung, N 159–161; DERS., Ressourcen, S. 162 ff.; KOPP/MARELLI, S. 253 und 260; vgl. zur Kritik aus juristischer Perspektive Fn. 965.

<sup>36</sup> BGE 141 V 281; vgl. hierzu 10.5.5.

<sup>37</sup> Vgl. zur Definition JEGER, Ressourcen, S. 163; KIESER, Ein Blick zurück, S. 130; DERS., Sozialversicherungsrecht, N 6/115 und 119; vgl. BGE 139 V 547 E. 7.2 S. 562 und E. 9.4 S. 568.

<sup>38</sup> Vgl. PILGRIM, S. 14, der im allgemeinmedizinisch-rheumatologischen Patientengut den Anteil von nicht oder nur teilweise objektivierbaren Gesundheitsbeeinträchtigungen auf 18 % bei Kindern, auf 25 % bei erwerbstätigen Erwachsenen und auf 6 % bei Pensionierten schätzt.

<sup>39</sup> PILGRIM, S. 8.

<sup>40</sup> MÜLLER URS, Kausalzusammenhang, S. 67.

<sup>41</sup> GALLI, S. 36.

<sup>42</sup> GÄCHTER/MEIER, Schleudertrauma, S. 122.



### 3.1.1. Die organisch nicht nachweisbare HWS-Distorsion

Distorsionen<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup>

Am häufigsten ereignen sich solche Verletzungen im Strassenverkehr, typischerweise in Situationen, in welchen ein Motorfahrzeug von hinten auf ein anderes auffährt und dabei Beschleunigungskräfte auf die Insassen des gerammten Fahrzeugs einwirken. Bei einem solchen Heckaufprall besteht die Gefahr, dass die heftige Relativbewegung zwischen dem frei beweglichen Kopf und dem fixierten Rumpf in Verbindung mit einem regelmässigen Aufprall des Kopfes auf die Nackenstütze zu einer Distorsion der HWS führt.<sup>45</sup>

Ein sogenanntes «Schleudertrauma» liegt aber nur dann vor, wenn der Kopf einer Person, die sich im getroffenen Fahrzeug befindet, durch die plötzliche Beschleunigung zunächst im Begriff ist, nach hinten zu knicken, jedoch vor dem Aufprall wieder nach vorne beschleunigt wird.<sup>46</sup> Aufgrund der serienmässigen Ausstattung der Personewagen mit Kopfstützen kommen solche Schleudertraumata ohne Kopfanprall mittlerweile kaum mehr vor.<sup>47</sup> Eignet sich hingegen bedingt durch den Beschleunigungsmechanismus zusätzlich zum Knicken des Kopfes nach hinten ein Kopfaufprall, so liegt definitionsgemäss kein eigentliches Schleudertrauma, sondern eine sogenannte HWS-Distorsion vor.<sup>48</sup>

Ungeachtet dieser subtilen Begriffsdifferenzierungen ist vor allem die grosse Bedeutung der HWS-Distorsionen, bei denen keine pathologischen Befunde bzw. organisch

---

<sup>43</sup> Lat. *distorsio* = Verdrehung (PSCHYREMBEL zur Distorsion).

<sup>44</sup> GALLI, S. 13; MURER, HWS-Distorsionstrauma, N 5; vgl. dazu DANZL, S. 540; LOCHER, S. 31 ff.; DGN, S. 2.

<sup>45</sup> LOCHER, S. 32.

<sup>46</sup> LOCHER, S. 32.

<sup>47</sup> GALLI, S. 13.

<sup>48</sup> Gemäss LOCHER, S. 32, werden die beiden erläuterten Begriffe jedoch häufig nicht präzise unterschieden; vgl. seinen Hinweis auf derselben Seite, wonach schon der Begriff der vom damaligen EVG entwickelten sog. Schleudertrauma-Praxis unpräzise sei; vgl. dazu ebenfalls MURER, HWS-Distorsionstrauma, N 6, der unter Bezugnahme auf BGE 117 V 359 darauf hinweist, dass die Gerichte unter Schleudertrauma auch den Beschleunigungsmechanismus mit Kopfanprall verstehen.

nachweisbaren Funktionsausfälle nachgewiesen werden können, entscheidend.<sup>49</sup> In verschiedenen Studien wurden die nach Unfällen eintretenden Verletzungen an Halswirbelsäule und Kopf zu klassifizieren versucht. Wissenschaftlich anerkannt ist vor allem die Klassifikation gemäss der Quebec-Task-Force-Studie zu WAD (Whiplash Associated Disorders), auf welche sich unter anderem auch die Deutsche Gesellschaft für Neurologie bezieht.<sup>50</sup> In der QTF-Klassifikation werden die entsprechenden Verletzungen verschiedenen Schweregraden zugeordnet. Insgesamt wird zwischen den Kategorien 0–4 differenziert. Die HWS-Distorsionen ohne pathologische Befunde bzw. organisch nachweisbare Funktionsausfälle werden dabei den Schweregraden 0–2 zugeordnet.<sup>51</sup> Gemäss den Leitlinien der deutschen Gesellschaft für Neurologie sind 90–95 % aller HWS-Distorsionen als leicht bis mittelschwer einzustufen und entsprechen damit den Schweregraden 0–2.<sup>52</sup> Im Gegensatz dazu betreffen HWS-Distorsionen mit neurologischen Defiziten (z.B. Läsion einer Nervenwurzel<sup>53</sup>), Frakturen bzw. Dislokationen nur 5–10 % aller Fälle. Diese sind in medizinischer Hinsicht regelmässig objektivierbar und entsprechen den Schweregraden 3 und 4 der QTF-Klassifikation.<sup>54</sup>

Bei einer HWS-Distorsion treten oft unmittelbar oder auch erst kurze Zeit nach der Kollision gesundheitliche Beschwerden wie akute Nacken- und Kopfschmerzen, eventuell in Kombination mit Schulterbeschwerden auf, die aber in der Regel in den darauffolgenden Wochen und Monaten wieder verschwinden.<sup>55</sup> Der rechtliche Umgang mit diesen Unfallfolgen ist grundsätzlich unproblematisch, zumal die typischerweise einer möglichen Invalidisierung vorangehenden Phasen der Heilung und vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit auch nicht wirklich umstritten sind.<sup>56</sup> Hingegen stellen sich bei einer geringen Prozentzahl aller Betroffenen weit über den Bereich der HWS hinausgehende lang andauernde Beeinträchtigungen der Gesundheit ein. In diesen Fällen, die in der vorliegenden Untersuchung von besonderem Interesse sind,

---

<sup>49</sup> STEINEGGER/JENZER, S. 570; vgl. auch DANZL, S. 541.

<sup>50</sup> Vgl. DGN, S. 2.

<sup>51</sup> PSCHYREMBEL zur HWS-Distorsion; STEINEGGER/JENZER, S. 570; vgl. auch HAUSOTTER, S. 100; MEYER, Schleudertrauma, S. 485; kritisch SAMUELSSON, Anwendung, S. 356.

<sup>52</sup> DGN, S. 2; PSCHYREMBEL zur HWS-Distorsion.

<sup>53</sup> STEINEGGER/JENZER, S. 570.

<sup>54</sup> PSCHYREMBEL zur HWS-Distorsion; STEINEGGER/JENZER, S. 570; vgl. auch HAUSOTTER, S. 100; a.M. SAMUELSSON, Anwendung, S. 356.

<sup>55</sup> LOCHER, S. 33.

<sup>56</sup> Vgl. MURER, Entmedizinalisierung, N 2. Allerdings fordert z.B. MEYER, Schleudertrauma, S. 486 f., die Leistungspflicht des Unfallversicherers für Heilbehandlung und Taggeld auf ein Jahr seit dem versicherten Unfall zu beschränken.

ist weitgehend umstritten, ob und inwiefern die gesundheitlichen Beschwerden auf das Unfallereignis zurückzuführen sind.<sup>57</sup>

### 3.1.2. Mithberücksichtigung früherer unklarer Beschwerdebilder

Aus medizin- und vor allem auch rechtshistorischer Perspektive ist festzustellen, dass es im Laufe der Zeit weitere unklare Beschwerdebilder gegeben hat, die – vergleichbar mit der HWS-Distorsion – regelmässig auf ein schädigendes Verhalten einer anderen Person zurückgeführt wurden. Diese Beschwerdebilder prägten die Rechtspraxis jeweils während einer gewissen Zeit und verschwanden danach im Zuge einer jeweils neu aufgekommenen medizinischen Auffassung wieder aus dem Rechtsalltag. Es rechtfertigt sich daher, in dieser Untersuchung Beschwerdebilder zu berücksichtigen, die heute nicht mehr geläufig sind. Letztlich ging und geht es demnach bei den nachfolgend aufgelisteten unklaren Beschwerdebildern, die seit Aufnahme der Tätigkeit des Bundesgerichts im Jahr 1875 zu unterschiedlichen Zeiten Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen waren, stets um dieselbe Problematik:

- Rückenmarkentzündung oder -erschütterung (Railway Spine);<sup>58</sup>
- Spinalirritation;<sup>59</sup>
- traumatische Neurosen wie Schreckneurosen resp. unmittelbar durch den Unfall ausgelöste psychische Unfallfolgen;<sup>60</sup>
- Begehrungs- oder Behandlungsneurosen resp. durch den Unfall ausgelöste psychische Unfallfolgen, die sich erst nachträglich herausbilden;<sup>61</sup>
- HWS-Verletzungen (Schleudertrauma) ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle.<sup>62</sup>

Oft traten bei diesen Beschwerdebildern Symptome wie Schlafstörungen, Mutlosigkeit, Angst, Müdigkeit, Schwindel sowie verschiedene Schmerzzustände auf (u.a. Kopfschmerzen, Gelenkschmerzen ohne Gelenksreizung, Muskelschmerzen, Nervenschmerzen oder Phantomschmerzen).<sup>63</sup> Das Bestehen dieser Symptome ist in der Regel nicht umstritten. Die Problematik liegt vielmehr darin, dass die beklagten

---

<sup>57</sup> Vgl. LOCHER, S. 33.

<sup>58</sup> Vgl. u.a. BGE 6 256 E. 8 S. 267.

<sup>59</sup> Vgl. BGE 6 621 E. 1 S. 623.

<sup>60</sup> Vgl. u.a. BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

<sup>61</sup> Vgl. u.a. BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

<sup>62</sup> Vgl. u.a. BGE 136 V 279; 123 III 110.

<sup>63</sup> Vgl. PILGRIM, S. 8; anstelle vieler: BGE 70 II 168 Sachverhalt A S. 169.

Beschwerdebilder in hohem Masse von individuellen Empfindungen und Wahrnehmungen der betroffenen Personen abhängen und deren Ursachen Dritten, vor allem auch den medizinischen Sachverständigen, nicht unmittelbar zugänglich sind.<sup>64</sup>

Die aufgezeigten Problemfelder betreffen im Grunde auch die sogenannten «Schockschäden».<sup>65</sup> Diese kennzeichnen sich freilich dadurch, dass sie rein psychisch vermittelt, ohne direkte körperliche Einwirkung, entstehen.<sup>66</sup> Ein Einbezug der Entwicklung der Rechtsprechung zu «Schockschäden» sprengt den Rahmen dieser Arbeit. Dementsprechend werden in dieser Analyse nur diejenigen unklaren Beschwerden betrachtet, die im Nachgang einer zunächst unfallbedingten organischen Verletzung entstanden sind. Untersuchungsgegenstand sind demnach organisch vermittelte psychische Leiden, die als Folge einer physischen Gesundheitsstörung auftreten.<sup>67</sup>

### 3.1.3. Bedeutung der konstitutionellen Prädisposition

Definitionsgemäss liegt eine konstitutionelle Prädisposition dann vor, wenn aus dem Zustand des individuellen menschlichen Organismus eine besondere Anfälligkeit für gewisse Körperschäden oder für anormal schwere Reaktionen auf Schädigungen

---

<sup>64</sup> In diesem Sinn schon BGE 36 II 104 Sachverhalt G S. 108: «Il n'y a aucune lésion anatomique, aucune altération organique.»

<sup>65</sup> Als «Schockschaden» wird grundsätzlich ein Schaden bezeichnet, der als Folge eines «Schocks» eintritt. In begrifflicher Hinsicht erscheint es freilich sachgerechter, entsprechende Fälle als Schreckereignisse zu bezeichnen. Insbesondere plötzliche katastrophenartige oder aussergewöhnlich belastende Ereignisse sind dazu geeignet, bei Betroffenen einen grossen Schrecken auszulösen, infolgedessen ein Kreislaufversagen oder eine Reaktionsstörung eintritt (eingehend zum Begriff des Schockschadens LANDOLT, Schockschäden, S. 361, insb. Fn. 1). Das Bundesgericht anerkennt seit je, dass auch eine rein psychisch vermittelte Beeinträchtigung der Gesundheit zu einer Haftung führen kann (vgl. insb. BGE 51 II 73: Haftung bejaht bei schockbedingter traumatischer Neurose infolge Miterlebens eines Autounfalls). Besonders schwierige Zurechnungsfragen stellen sich bei Schockschäden von Drittpersonen, die nur mittelbar – als Zeuge eines Unfalls oder z.B. durch den Erhalt einer tragischen Nachricht – verursacht werden; vgl. zu diesen teilweise als «unechte Reflexschäden» (BK-BREHM, N 24 zu OR 41) bezeichneten Schockschäden insb. BGE 138 III 276; 112 II 18 («Hunterfall»). Weiterführend zur Problematik der Schockschäden insb. FISCHER, S. 1 ff.; KRAMER, Schockschäden, S. 743 ff.; LANDOLT, Schockschäden, S. 361 ff.

<sup>66</sup> HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 4 N 12; LANDOLT, Schockschäden, S. 364; SCHAER, Adäquanz, S. 559.

<sup>67</sup> Vgl. zu dieser Einteilung der verschiedenen Arten psychischer Leiden ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 05.19 ff.

resultiert.<sup>68</sup> Als Synonym findet auch der Begriff «krankhafter Vorzustand» Verwendung.<sup>69</sup> Ein solcher ist in den in dieser Arbeit untersuchten Fällen, in denen nach Unfällen langanhaltende unklare Beschwerden auftraten, regelmässig anzunehmen. Im Vordergrund steht die konstitutionell bedingte Neigung zu psychischen Reaktionen auf eher unbedeutende Unfallereignisse, die bei «normalen» Menschen regelmässig ausgeblieben wären.<sup>70</sup> Im Laufe der Zeit war in diesem Zusammenhang unter anderem von hysterischer Begehrungsreaktion,<sup>71</sup> verschiedenen Arten von Neurosen<sup>72</sup> oder auch von diffusen Beschwerden infolge eines HWS-Schleudertraumas<sup>73</sup> die Rede. Relevante Prädispositionen können selbstverständlich auch organische Vorschädigungen sein wie z.B. eine schwere pathologische Veränderung im Bereich der Wirbelsäule durch die Scheuermann-Krankheit<sup>74</sup> oder das Vorliegen degenerativer Veränderungen und Diskushernien der Halswirbelsäule.<sup>75</sup> Derartige organische Vorzustände sind in der vorliegenden Dissertation jedoch nicht Untersuchungsgegenstand.

## 3.2. Kontroverse über legitime Schadenszurechnung

In Fällen mit unklaren Beschwerden ist vor allem die grundlegende Frage umstritten, welche Ansprüche eine Person, deren langanhaltende Leiden überwiegend mit einem «unklaren Beschwerdebild» resp. «unklaren Beschwerden» erklärt werden können, in sozialversicherungsrechtlicher, in haftpflichtrechtlicher und auch in privatversicherungsrechtlicher Hinsicht geltend machen kann.

Seit 1990 lässt sich in der Schweiz ein signifikanter Anstieg von arbeitsfähigkeitsrelevanten Gesundheitsbeeinträchtigungen feststellen, die nicht oder nur schwer objektivierbar sind und deren Diagnose überwiegend lediglich auf den Darlegungen der

---

<sup>68</sup> Vgl. BK-BREHM, N 54 zu OR 44; FELLMANN/KOTTMANN, N 484; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 10 N 98; KELLER/GABI/GABI, S. 117; OFTINGER/STARK, § 3 N 95; REY, N 584.

<sup>69</sup> BK-BREHM, N 54 zu OR 44.

<sup>70</sup> Vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts C 44/72 vom 30. Mai 1972 E. 3 S. 12.

<sup>71</sup> Vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts C 44/72 vom 30. Mai 1972 E. 3 S. 12.

<sup>72</sup> Vgl. zur unfallversicherungsrechtlichen Klassifizierung in verschiedene Arten von Neurosen insb. EVGE 1927 S. 11; vgl. auch BGE 96 II 392 zur haftpflichtrechtlichen Beurteilung der Begehrungsneurose.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu insb. BGE 117 V 359 E. 4b S. 360 f.

<sup>74</sup> BGE 113 II 86 E. 1a S. 89.

<sup>75</sup> STUDHALTER, Prädisposition, S. 617.

Betroffenen selbst beruht.<sup>76</sup> Im Gleichschritt mit dieser Entwicklung ist die Frage nach einer legitimen Anspruchsgewährungspraxis für Folgen medizinisch nicht nachweisbarer Störungen Gegenstand einer kontroversen Diskussion geworden – einer Diskussion, die um die Jahrtausendwende besonders erbittert in Bezug auf die HWS-Distorsion geführt wurde. Im Vordergrund der betreffenden Auseinandersetzung stand vor allem die Frage, ob bei nicht objektivierbaren Gesundheitsbeeinträchtigungen die Ausrichtung von Invalidenrenten und hohen Haftpflichtentschädigungen für dauerhafte Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich gerechtfertigt ist oder nicht.<sup>77</sup> Der Grund für die erbitterte Härte dieses Streites ist nicht zuletzt in den relativ hohen finanziellen Auswirkungen entsprechender Fälle zu suchen.<sup>78</sup>

### 3.3. Die 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 erfolgen<sup>79</sup> und sei jeweils zwischen der schädigenden

---

<sup>76</sup> GALLI, S. 1; MURER, *Moral Hazard*, S. 248 f.

<sup>77</sup> Vgl. MURER, *Entmedizinalisierung*, N 2.

<sup>78</sup> So hat z.B. die überdurchschnittliche Zunahme von zugesprochenen Renten aufgrund psychischer bzw. nicht oder nur beschränkt objektivierbarer gesundheitlicher Beeinträchtigungen zwischen 1991 und 2003 massgeblich zum späteren Defizit der IV beigetragen. Vgl. hierzu BSV, IV-Statistik 2014, S. 32; IV-Statistik 2010, S. 5; GERMANN, *Abschaffung*, S. 16; vgl. zudem BSV, Arg. 5. IV-Revision, S. 6, wonach im Zeitraum von 1996–2006 die infolge von psychischen Erkrankungen ausgerichteten Renten eine überdurchschnittliche Zunahme aufwiesen hatten. In diesem Sinne auch MURER, *Zwischenbilanz*, S. 3; vgl. zudem auch JEGER, *Entwicklung*, S. 2, demgemäss die Zahl der jährlich zugesprochenen Neurenten nach 2004 wieder um die Hälfte abgenommen hat. Er führt diese Abnahme auf die mit BGE 130 V 352 geänderte Rechtsprechung im Bereich der Invalidenversicherung zurück, wonach «eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung allein in der Regel keine lang dauernde zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Sinne von Art. 4 IVG zu bewirken» vermag. Diese als sog. «Überwindbarkeitsrechtsprechung» bezeichnete Rechtsprechung ist infolge heftiger Kritik vom Bundesgericht im Jahr 2015 mit BGE 139 V 547 wieder fallen gelassen worden und durch ein strukturiertes, normatives Prüfungsaster ersetzt worden (vgl. hierzu 10.5.5; weiterführend zur Entwicklung dieser Rechtsprechung insb. KIESER, *Sozialversicherungsrecht* N 6/114 ff.).

<sup>79</sup> HUSMANN, S. 5; HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, N 133 und 134; MÜLLER URS, *Kausalzusammenhang*, 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.

Handlung und dem eingetretenen Schaden zu prüfen.<sup>80</sup> Nach überwiegender Auffassung dient die Adäquanzprüfung zudem der vernünftigen Begrenzung der Haftung.<sup>81</sup> Die massgebenden Haftungsbestimmungen<sup>82</sup> sprechen sich selbst jedoch nicht über den erforderlichen Kausalzusammenhang aus.<sup>83</sup> In Art. 41 Abs. 1 OR wird zum Beispiel nur erwähnt, dass eine Haftbarmachung eine widerrechtliche und schuldhaft «Zufügung» eines Schadens voraussetze. Auch Art. 58 Abs. 1 SVG verlangt einzig, dass die Verletzung oder Tötung durch den Betrieb erfolgen müsse. Die geschilderten Feststellungen legen den Schluss nahe, dass die heutzutage angewandte Zurechnungsprüfung überwiegend als ein Produkt langjähriger Rechtsanwendung zu betrachten ist.<sup>84</sup> Bei der Beurteilung des erforderlichen Kausalzusammenhangs können daher grundsätzlich verschiedenste Zurechnungstheorien und -kriterien angewandt werden. In diesem Sinn greift das Bundesgericht bei der Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs zum Beispiel auch auf die Normzwecklehre zurück.<sup>85</sup>

Seit Jahrzehnten steht ein Grossteil der Lehre der Verwendung der Adäquanztheorie relativ positiv gegenüber.<sup>86</sup> Nichtsdestotrotz wird sie auch seit ihrer Adaption in die

<sup>80</sup> 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, Haftpflichtrecht, N 06.02.

<sup>81</sup> BGE 142 III 276 E. 4 S. 438; 138 III 276 E. 4 S. 286; 123 III 110 E. 3a S. 112; 96 II 392 E. 2 S. 397; GALLI, S. 183; GÄCHTER, Funktion, S. 24 und 43; KELLER, S. 81; KELLER/GABI/GABI, S. 31; KIESER, Deckung, S. 30; KÖHL, S. 11; OFTINGER, S. 58; OFTINGER/STARK, § 3 N 20; REY/WILDHABER, N 629; RUMO-JUNGO, N 746; WERRO, N 262; vgl. hierzu ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.72.

<sup>82</sup> U.a. für den Bereich des Haftpflichtrechts: Art. 41 Abs. 1, 55 Abs. 1, 56 Abs. 1 und 58 Abs. 1 OR, Art. 58 Abs. 1 SVG sowie Art. 333 Abs. 1 ZGB; u.a. für den Bereich des Unfallversicherungsrechts: Art. 16 Abs. 1, 18 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 1 UVG sowie (früher) Art. 82 KUVG.

<sup>83</sup> GALLI, S. 49; LANZ, S. 19. In diesem Sinn auch schon GMÜR, S. 42, im Jahr 1926: «Ferner spricht sich das Gesetz selbst nicht über den erforderlichen Kausalzusammenhang aus und bietet auch der Auslegung keine so festen Anhaltspunkte, dass man auf dem Wege der Interpretation die Anforderungen des Gesetzes an den Kausalzusammenhang erkennen könnte.»

<sup>84</sup> GÄCHTER, Adäquanz, S. 20; LAURI, S. 46.

<sup>85</sup> Vgl. z.B. BGE 123 III 110 E. 3a S. 112.

<sup>86</sup> Vgl. u.a. ACKERMANN, S. 201; BÜRGI, S. 120; BK-BREHM, N 163 zu OR 41; KELLER, S. 86; vgl. auch RUMO-JUNGO, N 747, wonach nach herrschender schweizerischer Lehre und Rechtsprechung die Zurechnung nach der Adäquanztheorie vorzunehmen ist; ebenso WEITNAUER, S. 346, der sich in grundsätzlicher Hinsicht für die Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang ausspricht.

schweizerische Rechtspraxis immer wieder kritisch hinterfragt<sup>87</sup> und es werden alternative Zurechnungskonzepte diskutiert.<sup>88</sup>

Ein Blick zurück in die Entwicklung der Rechtsprechung zeigt freilich, dass in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von Beginn an verschiedenste Zurechnungskonzepte Anwendung gefunden haben. In diesem Zusammenhang hat SCHAER für den Bereich des sozialen Unfallversicherungsrechts in überzeugender Weise aufgezeigt, dass über die Jahrzehnte in der Rechtspraxis – oft auch unerkannt und unbewusst – auf unterschiedliche Zurechnungstheorien zurückgegriffen wurde.<sup>89</sup> So fanden namentlich in der Rechtsprechung des EVG zwecks Beurteilung heikler Zurechnungsfragen der Unfallbegriff bei Schockschäden, die Theorie der wesentlichen Bedingung bei Sekundärschäden und Zweiteunfällen oder die *causa ultima* und der Unfallbegriff bei Suizidfällen Anwendung.<sup>90</sup>

Bei genauerer Betrachtung ist wohl die Prüfung sämtlicher für die Beurteilung (Bejahung oder Verneinung) der ausservertraglichen Ersatzpflicht erforderlichen Haftungsvoraussetzungen zurechnungsrelevant.<sup>91</sup> Im Haftpflichtrecht gelten herkömmlicherweise als Voraussetzung von Ansprüchen des Geschädigten der Schaden, die Widerrechtlichkeit, der adäquate Kausalzusammenhang zwischen schädigender Handlung und Schaden sowie das Verschulden.<sup>92</sup> Traditionell wird der haftungsbegründende

---

<sup>87</sup> GALLI, S. 49; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 6 ff.; BSK OR I-KESSLER, N 16a zu OR 41; KRAMER/PROBST, N 362; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.54 ff.; DERS., Schadensrecht, S. 75 ff.; ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 57 ff.; vgl. auch die schon 1974 geäußerte deutliche Kritik von LANZ, insb. S. 25 ff.

<sup>88</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.60 ff.; vgl. u.a. ACKERMANN, S. 131 ff.; KRAMER/PROBST, N 362; SCHWENZER, N 19.07.

<sup>89</sup> SCHAER, Adäquanz, S. 575.

<sup>90</sup> SCHAER, Adäquanz, S. 576; vgl. auch WEITNAUER, S. 324 ff., wonach auch in Deutschland seit langer Zeit auf andere Theorien abgestellt wird. Er erwähnt in diesem Zusammenhang etwa die Theorie der wesentlichen Bedingung, anhand derer im Sozialversicherungsrecht die Abgrenzung des Arbeits- oder Dienstoffalls von arbeits- oder dienstunabhängigen Ereignissen vorgenommen wird.

<sup>91</sup> In diesem Sinn auch WEBER, Reduktion, 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. der Betriebsgefahr bei Gefährdungshaftungen 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.

<sup>92</sup> BGE 143 III 254 E. 3.2 S. 257; 137 III 539 E. 5.2 S. 544.



Tatbestand nicht von den Haftungsfolgen abgegrenzt.<sup>93</sup> 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.<sup>94</sup> Auch das Bundesgericht scheint sich dessen allmählich bewusst zu werden. So führte es in BGE 143 III 254 unter Bezugnahme auf neuere Lehrmeinungen<sup>95</sup> 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.<sup>96</sup>

In dieser Dissertation 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. Die weiteren Haftungsvoraussetzungen im Haftpflichtrecht, namentlich – bei den Verschuldenshaftungen – das Verschulden, die Rechtswidrigkeit sowie – bei den Gefährdungshaftungen – der Betriebsbegriff, sind dagegen grundsätzlich nicht Gegenstand der Untersuchung, da das den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.<sup>97</sup> Gleiches gilt auch etwa für den Unfallbegriff im Unfallversicherungsrecht.<sup>98</sup> Bei der Prüfung des erforderlichen Kausalzusammenhangs greift das Bundesgericht freilich auch auf die Normzwecklehre zurück. Es spielt mit Blick auf die haftungsbegründende Zurechnung im Weiteren eine Rolle, ob bei der Beurteilung von Unfallfolgen

<sup>93</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 61 ff.

<sup>94</sup> Diese Unterteilung basiert auf der von ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.72 ff., vertretenen Zurechnungskonzeption; vgl. hierzu auch ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 59 ff.

<sup>95</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 63 f.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 03.04 ff.; ebenso WEBER, Reduktion, S. 112 (vgl. hierzu Fn. 91).

<sup>96</sup> BGE 143 III 254 E. 3.2 S. 257.

<sup>97</sup> Das Verschulden spielte überdies in der Praxis im Zusammenhang mit unklaren Beschwerden bisher ohnehin nur eine untergeordnete Rolle, weil die meisten entsprechenden Haftungsfälle nach Tatbeständen, die eine Gefährdungshaftung vorsehen, zu beurteilen waren.

<sup>98</sup> Ein Unfall liegt nach Art. 4 ATSG vor, wenn eine plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper erfolgt, die eine Beeinträchtigung der Gesundheit oder den Tod zur Folge hat. Vgl. zu den einzelnen Kriterien dieses Unfallbegriffs KIESER, Deckung, S. 26 ff., und BGE 134 V 72 (Grundsatzurteil zum Unfallbegriff).

auf einen psychisch Gesunden abzustellen ist oder nicht.<sup>99</sup> Die für den Zurechnungsentscheid massgebenden Kriterien können zudem auch tatsächlicher Natur sein. Allein schon erhöhte Anforderungen an die Dokumentation von gesundheitlichen Unfallfolgen im Rahmen der Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs sind nach dem hier vertretenen Verständnis zurechnungsrelevant.<sup>100</sup>

Zum andern wird ein besonderes Augenmerk auf die jeweils in Fällen mit unklaren Beschwerden erfolgte Schadensberechnung und -ersatzbemessung gelegt (sogenannte Zurechnung beim Schadenstatbestand). Diese Zurechnung fiel im Lauf der Zeit sehr uneinheitlich aus. Teilweise kam es hier zu signifikanten Kürzungen, während in anderen Perioden verhältnismässig grosszügige Renten zugestanden wurden. 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.<sup>101</sup>

Im zweiten Teil dieser Dissertation wird folglich der Frage nachgegangen, welche Zurechnungselemente bisher im Haftpflicht- und Unfallversicherungsrecht bei der Prüfung des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs in Fällen mit unklaren Beschwerdebildern Anwendung gefunden haben. Hierfür werden sämtliche relevanten haftpflichtrechtlichen Urteile des Bundesgerichts seit 1875 sowie die wichtigsten höchstrichterlichen unfallversicherungsrechtlichen Urteile einer Analyse unterzogen.<sup>102</sup> Soweit sachdienlich werden auch Urteile aus dem Bereich des übrigen Sozialversicherungsrechts sowie des privaten Versicherungsrechts mitberücksichtigt. Bei dieser Analyse wird, wie bereits erwähnt, neben der für die Frage der grundsätzlichen Haftung massgebenden Zurechnung insbesondere auch der jeweils konkret zugesprochene Schadenersatzbetrag resp. im Unfallversicherungsrecht die konkrete

---

<sup>99</sup> Vgl. hierzu BGE 112 V 30 E. 3b S. 35, wo das EVG entschied, fortan bei der Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs im Unfallversicherungsrecht nicht mehr auf einen durchschnittlich veranlagten Versicherten abzustellen, sondern den Geschädigten so zu nehmen, wie er tatsächlich ist. Mit diesem Entscheid senkte das EVG den für die Annahme der Adäquanz zwischen Unfall und eingetretenen psychischen Störungen anzulegenden Wertungsmassstab erheblich.

<sup>100</sup> In diesem Sinn erhöhte das Bundesgericht mit BGE 134 V 109 E. 9.2 S. 123 die Anforderungen für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen Unfall und eingetretenen unklaren Beschwerden.

<sup>101</sup> Dies gilt freilich nicht, wenn man der von WEBER, Reduktion, S. 112, vertretenen Auffassung folgt, wonach es bei der Haftungsausfüllung in grundsätzlicher Weise um das «Wieviel» gehe (vgl. hierzu Fn. 91).

<sup>102</sup> Bei dieser Analyse wurden alle publizierten Bundesgerichtsentscheide sowie ausgewählte nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts zu «unklaren Beschwerdebildern» berücksichtigt. Zudem wurden die wesentlichen Urteile des früheren EVG berücksichtigt.

Leistungsgewährung von Bedeutung sein. Nur durch diese weitergehende Betrachtung lässt sich die höchstrichterliche Zurechnungspraxis angemessen einschätzen. Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht seit Beginn seiner Tätigkeit die prinzipielle Haftbarkeit in den hier interessierenden Fällen oft bejaht hat, den ersatzfähigen Schaden jedoch in den verschiedenen Perioden unterschiedlich berechnete und bemass.



---

## 2. Teil: Begründung und Entwicklung der Zurechnungspraxis

In der nachfolgenden Analyse wird aufgezeigt, dass sich das Bundesgericht nahezu von Beginn<sup>103</sup> seiner Tätigkeit an mit nach Unfällen eingetretenen langandauernden unklaren Beschwerdebildern zu befassen hatte. Bei einer genaueren Betrachtung fällt auf, dass sich die Rechtspraxis zu unklaren Beschwerdebildern über die Jahrzehnte in der Regel im Gleichschritt mit der jeweils vorherrschenden medizinischen Auffassung entwickelte. Das Resultat war rückblickend betrachtet eine Rechtsprechung, die vor allem in Bezug auf langanhaltende gesundheitliche Unfallfolgen erheblich zwischen grosszügiger und restriktiver Anspruchs- und Leistungsgewährung schwankte. Die Praxis änderte auffälligerweise regelmässig dann, wenn die unklaren Beschwerden infolge einer neu aufgekommenen medizinischen Auffassung auf ein neu definiertes Beschwerdebild zurückgeführt wurden. Um die Jahrhundertwende vom 19. in das 20. Jahrhundert war dies gleich mehrfach der Fall. Selten unterlag ein Leiden im Laufe der Dezennien einem so grossen und prinzipiellen Wechsel der Auffassung wie die damalige «traumatische Neurose».<sup>104</sup>

Als erstes Beschwerdebild kam 1881 die sogenannte «Rückenmarkentzündung» in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf. Diese krankhafte Erscheinung hatte vor allem im Zusammenhang mit Eisenbahnunfällen Bekanntheit erlangt. Im Vordergrund stand bei diesem Beschwerdebild die infolge von Erschütterungen eingetretene Verletzung und Entzündung des Rückenmarkes und seiner Häute.<sup>105</sup> Nachdem diese Erscheinung aufgrund neuer medizinischer Erkenntnisse jedoch bald an Bedeutung verloren hatte, folgte mit der «traumatischen Neurose» ein neues Krankheitsbild. Wurde dieses zu Beginn noch auf organische Hirnverletzungen zurückgeführt, kam gegen die Jahrhundertwende vom 19. in das 20. Jahrhundert hin zunehmend die Auffassung auf, die traumatische Neurose sei rein psychogenen Ursprungs.<sup>106</sup> Diese zweite Meinung setzte sich nach dem Ersten Weltkrieg definitiv durch und dominierte in der Folge während gut sechs Jahrzehnten den Rechtsalltag der Schweiz.

---

<sup>103</sup> Das Bundesgericht nahm seine Tätigkeit 1875 auf. Der erste in dieser Arbeit analysierte Entscheid stammt aus dem Jahr 1881.

<sup>104</sup> NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 67.

<sup>105</sup> NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 70.

<sup>106</sup> NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 71 und 78.

Infolge des unzureichenden Schutzes der Arbeiter vor den ständigen Gefahren der Industriearbeit durch die damalige Fabrikhaftpflichtgesetzgebung<sup>107</sup> und insbesondere aufgrund der positiven Erfahrungen der bereits 1884 eingeführten Unfallversicherung in Deutschland wurde 1918 auch in der Schweiz die soziale Unfallversicherung eingeführt. Die SUVA nahm am 1. April 1918 ihren Betrieb auf. Fortan bestand für die Beschäftigten des Industriesektors eine obligatorische Unfallversicherung.<sup>108</sup> Der Gesetzgeber hatte im Hinblick auf die Einführung dieser Versicherung mit Art. 82 des Bundesgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung (KUVG) eine spezifisch auf den Umgang mit Neurosen zugeschnittene gesetzliche Bestimmung geschaffen. Diese sah die Möglichkeit vor, Neurosefälle durch eine einmalige Abfindung zu erledigen. Gestützt darauf beurteilte das ebenfalls im Jahr 1918 in Funktion getretene EVG fortan die nach Unfällen beklagten langanhaltenden unklaren Beschwerden im sozialen Unfallversicherungsrecht deutlich restriktiver als das Bundesgericht noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts im Bereich des Haftpflichtrechts.<sup>109</sup>

In Laufe der 1980er-Jahre verlor das Beschwerdebild der traumatischen Neurose seine Bedeutung für die Rechtspraxis gänzlich. Insbesondere fanden sich aufgrund eines grundsätzlichen Wandels im medizinischen Bereich (Aufkommen des biopsychosozialen Gesundheitsbegriffs) praktisch keine Gutachter mehr, die bei Unfallopfern eine abfindungswürdige Unfallneurose diagnostiziert hätten.<sup>110</sup>

An ihre Stelle trat mit der «HWS-Distorsion», die auch heute noch kontrovers diskutiert wird, ein neues Beschwerdebild. Zunächst wurde die HWS-Distorsion von einem Teil der medizinischen Experten auf organische Verletzungen zurückgeführt.<sup>111</sup> Unter anderem gestützt auf diese Erkenntnisse entschied das EVG in einem unfallversicherungsrechtlichen Entscheid aus dem Jahr 1991, dass bei organisch nicht nachweisbaren HWS-Distorsionen grundsätzlich Rentenansprüche zugespro-

---

<sup>107</sup> Vgl. MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 39, wonach Verunfallte, die den eigenen Arbeitgeber belangten, oft leer ausgingen. Zudem verloren die Arbeitnehmer regelmässig ihren Arbeitsplatz, wenn sie gegen ihren Arbeitgeber einen Prozess einleiteten. Die Haftung des Unternehmers war ab 1881 gesetzlich auf CHF 6'000 beschränkt. Vgl. zu den damaligen Haftungsgrundlagen insb. die Fn. 153 und 154.

<sup>108</sup> MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 40 f.

<sup>109</sup> Vgl. zur Begründung dieser Einschätzung insb. 8.3.3.

<sup>110</sup> MEYER, Schmerzstörung, S. 18.

<sup>111</sup> BGE 117 V 359 E. 5d/aa S. 363 f.: «Gemäss fachärztlichen Publikationen bestehen nämlich 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.»

chen werden können.<sup>112</sup> Infolge einer erheblichen, kostenintensiven Zunahme solcher Fälle sowohl im Bereich des Haftpflicht- als auch des Sozialversicherungsrechts und da sich organisch nicht zu erklärende langanhaltende gesundheitliche Folgen nach einer leichten HWS-Distorsion auch Jahre später nicht in wissenschaftlich anerkannter Weise bildgebend nachweisen liessen,<sup>113</sup> nahm das Bundesgericht ab 2008 wieder eine restriktivere Haltung ein. Heute gibt es in der Rechtspraxis praktisch keine Fälle solcher leichter HWS-Distorsionen mehr, in welchen Entschädigungen oder Leistungen für langanhaltende Arbeitsunfähigkeit zugesprochen werden.<sup>114</sup>

## 4. Die «Rückenmarkentzündung» (1875–1881)

Für ein besseres Verständnis der ab 1876<sup>115</sup> in der Rechtspraxis der Schweiz aufgenommenen «Rückenmarkentzündung» erweist sich ein Blick in die Entwicklung der unklaren Beschwerdebilder im 18. und 19. Jahrhundert als aufschlussreich.

### 4.1. Unklare Beschwerdebilder im 18. und 19. Jahrhundert

Im 18. Jahrhundert verbreitete sich die Vorstellung, dass bestimmte innere Organe als Steuerungszentrum des Körpers fungieren. Insbesondere Funktionsausfälle der Gebärmutter konnten gemäss der damals gängigen Sichtweise schädliche Auswirkungen auf Organe wie etwa das Herz oder das Gehirn zur Folge haben.<sup>116</sup> Während Jahrzehnten diente der Uterus als Erklärung für eine Vielzahl von organisch nicht nachvollziehbaren Beschwerden. Der in diesem Zusammenhang verwendete Begriff hysterisch (= auf den Uterus bezogen) fand anschliessend, wenn auch in unterschied-

<sup>112</sup> BGE 117 V 359.

<sup>113</sup> BGE 134 V 109 E. 7.2 S. 119: «Es sind sodann derzeit auch keine neuen Untersuchungsmethoden ersichtlich, welche in wissenschaftlich anerkannter Weise den bislang nicht möglichen Nachweis von organischen Störungen im Bereich von HWS (bei Unfall mit Schleudertrauma resp. äquivalenter Verletzung) oder Schädel-Hirn gestatteten.»

<sup>114</sup> SAMUELSSON, Schleudertrauma, S. 17 f.; vgl. hierzu insb. GÄCHTER/MEIER, Schleudertrauma, S. 123 f. und 138, wonach die Zahl der Berentungen massiv gesunken ist und Rechtsstreitigkeiten, die im Zusammenhang mit HWS-Traumata bis vor Bundesgericht ausgetragen werden, eher selten geworden sind.

<sup>115</sup> NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 67.

<sup>116</sup> HAUSOTTER, S. 22.

licher Konnotation, bis in das 20. Jahrhundert hinein Verwendung.<sup>117</sup> In der damaligen Zeit war auch die «Hypochondrie», eine der «Hysterie» entsprechende Erscheinung, zunehmend diagnostiziert worden.<sup>118</sup> Im Laufe der Zeit wurde die Hypochondrie jedoch in Frage gestellt, weil deren angebliche säftepathologische oder nervöse Ursache im Unterleib (hypochondrion = der weiche Teil des Leibes unter dem Brustknorpel) sich nicht bestätigt hatte. Das Fehlen einer pathologisch-anatomischen Ursache des «Hypochondrie-Phänomens» begünstigte in der Folge das Aufkommen der sogenannte «Spinalirritation».<sup>119</sup>

Die Entstehung der Spinalirritation geht auf die im Verlauf des 18. Jahrhunderts aufgekommenen sogenannten «Reflextheorien» zurück. Diese rückten das Gehirn, das Rückenmark und die peripheren Nerven in den Fokus der Betrachtung. Zufolge der bekanntesten dieser Theorien war bereits die «Irritation» resp. ein schwacher Reiz des über das Rückenmark laufenden Reflexbogens dazu geeignet, eine unverhältnismässig starke Reaktion mit zahlreichen Beschwerden hervorzurufen. Im Zuge des Aufkommens derartiger Theorien erlangte die allgemeine «Empfindlichkeit des Nervensystems» als Phänomen zunehmend an Relevanz.<sup>120</sup> Entsprechend wurde die Diagnose Myelitis (Rückenmarkentzündung) in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts auch bei höchst vagen Symptomen ausgesprochen häufig gestellt. ARNDT und NEUBURGER sprachen diesbezüglich gar von einer Sucht vieler Ärzte, Rückenmarkentzündungen resp. -reizungen zu diagnostizieren.<sup>121</sup>

Ab 1820 löste der Begriff der «Spinalirritation» die Reflextheorien ab. Der Spinalirritation lag die Annahme zugrunde, dass weit entfernte periphere Symptome ihre Ursache in einer nicht fassbaren, aber doch realen Erkrankung des Rückenmarkes hätten. Begünstigt wurde die Entstehung dieses Krankheitsbildes durch tatsächlich verbreitete Erkrankungen wie etwa die «Spondylitis tuberculosa», welche neben den Symptomen der Wirbelsäulenmanifestation jeweils auch eine Reihe von Allgemeinbeschwerden mit sich brachte. Allerdings führte dies in kurzer Zeit dazu, dass in verallgemeinernder Form eine Vielzahl von körperlich nicht erklärbaren Beschwerden als Spinalirritation betrachtet wurden und diese damit zum allgemein anerkannten Krankheitskonzept in der Vorstellungswelt von Ärzten und Patienten wurde.<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> HAUSOTTER, S. 22.

<sup>118</sup> RIBI, S. 98.

<sup>119</sup> FISCHER-HOMBERGER, Railway Spine, S. 106; RIBI, S. 98.

<sup>120</sup> HAUSOTTER, S. 22 f.; ähnlich auch FISCHER-HOMBERGER, Railway Spine, S. 100.

<sup>121</sup> ARNDT, S. 13–14; NEUBURGER, S. 17 ff.; vgl. zur Bedeutung des Rückenmarks in der damaligen Zeit im Besonderen FISCHER-HOMBERGER, Railway Spine, S. 100.

<sup>122</sup> FISCHER-HOMBERGER, Railway Spine, S. 98; HAUSOTTER, S. 23.



Ab 1875 gelangte zunehmend das Konzept der «Neurasthenie» (= reizbare Schwäche) in den Fokus, das schliesslich die frühere Spinalirritation gewissermassen ablöste.<sup>123</sup> Das Aufkommen des Konzepts der «Nervenschwäche» wurde insbesondere durch die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungen, welche die Industrialisierung mit sich brachte, verstärkt.<sup>124</sup> Die Neurasthenie baute auf der Annahme auf, dass dem Nervenleiden, das infolge von Unfällen eintrat, unsichtbare feine Läsionen des Nervengewebes zugrunde lägen.<sup>125</sup> Zahlreiche Beschwerden, wie etwa Ermüdbarkeit, Mangel an Energie, nachlassende Gedächtnisleistung, Verdauungsstörungen oder Kopfschmerzen, wurden in der Folge auf dieses Krankheitsbild zurückgeführt. Im Laufe der Zeit wurde die Neurasthenie zur Modekrankheit, welche eine derartige Ausweitung auf unterschiedlichste Beschwerden erfuhr, dass sie letztlich nahezu das gesamte Spektrum psychosomatischer Leiden umfasste.<sup>126</sup>

Die aus der Spinalirritation und der Neurasthenie resultierte Sensibilisierung für das Nervensystem und insbesondere das Rückenmark bildeten die Grundlage für die Entstehung der «Rückenmarkentzündung».

## 4.2. Charakterisierung des Beschwerdebildes

Das Aufkommen des technischen Wunders Eisenbahn ging einher mit zahlreichen Eisenbahnunfällen. In diesem Zusammenhang trat die unfallbedingte Rückenmarkentzündung resp. -erschütterung, die auch als «Railway Spine» bezeichnet wurde, als neues Krankheitsbild in Erscheinung und wurde ab den 1860er-Jahren zunehmend diagnostiziert. Entscheidend für die Herausbildung des damaligen Railway-Spine-Phänomens war mitunter die Tatsache, dass Eisenbahnunfälle die ersten in moderner Weise einklagbaren Unfälle waren.<sup>127</sup> Auch nicht zu unterschätzen waren Ängste, Befürchtungen sowie eine allgemeine Aufgewühltheit, die mit dem Aufkommen und der Ausbreitung des Eisenbahnverkehrs einhergingen.<sup>128</sup>

---

<sup>123</sup> FISCHER-HOMBERGER, *Railway Spine*, S. 108; RIBI, S. 99.

<sup>124</sup> HAUSOTTER, S. 25.

<sup>125</sup> RIBI, S. 99.

<sup>126</sup> HAUSOTTER, S. 25.

<sup>127</sup> Dies war zum Beispiel in Deutschland auf die 1871 eingeführte Haftpflichtgesetzgebung zurückzuführen. Vgl. MURER, *Entmedizinisierung*, N 12 ff., wonach Konjunktur als auch Verschwinden der «Eisenbahnkrankheit» in grossen Teilen auf die Spruchpraxis der Gerichte zurückzuführen sei.

<sup>128</sup> Vgl. FISCHER-HOMBERGER, *Railway Spine*, S. 99.

Gemäss damals vertretener Auffassung trat bei Eisenbahnunfällen häufig eine Rückenmarkerschütterung infolge einer Gewalteinwirkung ein, die indessen die Gegend des Rückenmarks nicht direkt betreffen musste.<sup>129</sup> Dabei war weitgehend unbekannt, was am Rückenmark selbst geschah. Sicher war man sich damals nur darin, dass infolge der Erschütterung später entzündliche Veränderungen im Bereich des Rückenmarks einträten.<sup>130</sup> Das in diesen Fällen auftretende Krankheitsbild charakterisierte sich insbesondere durch subjektive Beschwerden sowie das Fehlen von äusserlich sichtbaren Verletzungen an Rücken und Wirbelsäule. Oft haben sich die Beschwerden im weiteren Verlauf über die Wirbelsäule hinaus bis hin zu allgemeiner Erschöpfung, Konzentrationsschwäche, diffusen Schmerzen im gesamten Körper, Kopfschmerzen, Schlafstörungen etc. ausgeweitet.<sup>131</sup>

### 4.3. Gerichtliche Anerkennung des Beschwerdebildes

Um 1880 herrschte auch in der Schweiz die Meinung vor, dass sich die krankhaften Erscheinungen, die unter dem Begriff «Rückenmarkentzündung» zusammengefasst wurden und die oft im Nachgang von Eisenbahnunfällen auftraten, mit einer Veränderung des Rückenmarkes erklären liessen.<sup>132</sup> Diese Auffassung widerspiegelte sich auch in der damaligen Rechtsprechung des Bundesgerichts. In BGE 6 256 wurde beim geschädigten Bahnangestellten, der während der Arbeit zwei Unfälle erlitten hatte, eine solche Rückenmarkentzündung diagnostiziert.<sup>133</sup> Das Gericht zitierte die Diagnosestellung des Gutachters 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 [der] Kläger dadurch bleibend gänzlich arbeitsunfähig. An eine Wiederherstellung sei nicht mehr zu denken; die Krankheit konnte, nach dem Ausspruche des Experten,

---

<sup>129</sup> FISCHER-HOMBERGER, *Railway Spine*, S. 97 f.

<sup>130</sup> ERICHSEN, S. 94–95; NAEGELI, *Unfallsneurosen*, S. 67 ff.

<sup>131</sup> HAUSOTTER, S. 23 f.; ähnlich auch FISCHER-HOMBERGER, *Railway Spine*, S. 97.

<sup>132</sup> FELLER, S. 172; KÖHL, S. 155; NAEGELI, *Unfallsneurosen*, S. 70; WEYENETH-PÜNTER, S. 8.

<sup>133</sup> 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).

wohl wieder einen Stillstand machen, werde aber sehr wahrscheinlich in allgemeine, fortschreitende Lähmung übergehen.»<sup>134</sup>

Während demnach im konkreten Fall die äusseren Verletzungen vier Monate nach dem zweiten Unfall vollständig ausgeheilt waren,<sup>135</sup> bildete sich nach gutachterlicher Einschätzung infolge der erlittenen Erschütterung eine chronische Rückenmarkentzündung heraus. Dem Urteil ist jedoch nicht zu entnehmen, an welchen Beschwerden der Geschädigte nach Heilung der äusseren Verletzungen noch litt. Infolge der diagnostizierten Rückenmarkentzündung und angesichts der gemäss dem betreffenden Entscheid dadurch ausgelösten Beschwerden sprach das Bundesgericht dem Geschädigten gestützt auf das Bundesgesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen- und Dampfschiffahrtsunternehmen (aEHG) vom 1. Juni 1875 unter anderem eine lebenslange Rente von jährlich CHF 1'600 zu.<sup>136</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 14'561.<sup>137</sup> Dieser Entscheid zeigte nach Einschätzung von WEYENETH-PÜNTER exemplarisch, dass die Gerichte in der damaligen Zeit unkritisch den gutachterlichen Einschätzungen folgten. Wie im hier besprochenen Fall wurden dementsprechend aufgrund der eher negativen gutachterlichen Prognosen oftmals 100%ige lebenslängliche Haftpflichtrenten zugesprochen.<sup>138</sup>

In BGE 6 621 ging es um denselben Eisenbahnunfall.<sup>139</sup> Der Lokomotivführer verletzte sich in ähnlicher Weise wie der Bahnangestellte im vorne dargelegten Urteil.<sup>140</sup>

<sup>134</sup> BGE 6 256 E. 1 S. 259; vgl. hierzu auch die Kommentierung dieses Entscheids bei WEYENETH-PÜNTER, S. 28 f.

<sup>135</sup> 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.

<sup>136</sup> BGE 6 256 E. 8 S. 267.

<sup>137</sup> 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 14'561 im Jahr 2017 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](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>138</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 29 und 41.

<sup>139</sup> Vgl. hierzu Fn. 135.

<sup>140</sup> BGE 6 621 E. 1 S. 623: Der Kläger wurde zur Erde geschleudert. Dabei erlitt er einen Bruch des rechten Schlüsselbeins sowie mehrerer Rippen rechts, einen Bruch der linken grossen Zehe am ersten Zehenglied, ferner eine Verletzung der Brustfelle mit nachheriger Entzündung derselben und eine Gehirnerschütterung, wahrscheinlich verbunden mit Quetschung und unter Mitbeteiligung des Rückenmarks.

Fast drei Jahre nach dem Unfallereignis<sup>141</sup> stellte der vom Gericht bestellte medizinische Gutachter fest, dass in der Zwischenzeit sämtliche Verletzungen verheilt waren. Die verbliebenen nervösen Erscheinungen erklärte er mit der Diagnose einer «Spinalirritation».<sup>142</sup> Er ging zudem davon aus, dass die Erwerbseinschränkung fünf Jahre nach dem Unfall wieder verschwinden würde. Sowohl die Vorinstanz als auch das Bundesgericht nahmen gestützt auf diese gutachterliche Einschätzung für etwas weniger als die ersten drei Jahre eine gänzliche und anschliessend für zwei Jahre eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit an.<sup>143</sup> Insgesamt wurde dem Kläger als Kompensation für die eingetretene Arbeitsunfähigkeit eine Kapitalentschädigung von CHF 12'825 zugesprochen.<sup>144</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 116'719.<sup>145</sup>

WEYENETH-PÜNTER hielt die dem BGE 6 621 zugrundeliegende gutachterliche Prognose für relativ günstig und damit untypisch für die damalige Zeit. Charakteristisch für die damalige Zeit waren ihrer Einschätzung nach vielmehr schwerwiegende Diagnosen und negative Heilungsprognosen.<sup>146</sup> In diesem Sinne war in BGE 6 621 auch der Kläger selbst von einer gänzlichen und dauerhaften Erwerbsunfähigkeit ausgegangen.<sup>147</sup>

In BGE 6 621 bestätigte das Bundesgericht auch den von der Vorinstanz auf Antrag des Klägers eingeräumten Rektifikationsvorbehalt.<sup>148</sup> Damit blieb es dem Geschädigten möglich, auch zu einem späteren Zeitpunkt noch «Weiteres zu fordern, sofern die Erwerbsfähigkeit noch eine geminderte sein sollte.»<sup>149</sup> Die Einräumung des Rektifikationsvorbehalts steht sinnbildlich dafür, dass die Diagnose «unklarer Beschwer-

---

<sup>141</sup> Gemäss BGE 6 621 E. 1 S. 623 untersuchte der gerichtliche Sachverständige den Kläger am 17. September 1879.

<sup>142</sup> BGE 6 621 E. 1 S. 623.

<sup>143</sup> BGE 6 621 E. 1 S. 623 und E. 5 und 6 S. 627 ff.; WEYENETH-PÜNTER, S. 32.

<sup>144</sup> BGE 6 621 Sachverhalt A S. 621 und E. 8 S. 628.

<sup>145</sup> 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 12'825 einem Betrag von CHF 116'719 im Jahr 2017 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. 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](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>146</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 32.

<sup>147</sup> BGE 6 621 E. 1 S. 623.

<sup>148</sup> Vgl. BGE 6 621 Sachverhalt S. 622 und E. 6 S. 628.

<sup>149</sup> BGE 6 621 Sachverhalt S. 622.

den» in der damaligen Zeit allgemein mit negativen Heilungsverläufen assoziiert wurde.

Nach Ansicht von WEYENETH-PÜNTER konnte man sich kaum des Gedankens erwehren, dass bewusste Begehrungsvorstellungen in diesem Fall mitgespielt hätten. Sie stellte die Vermutung an, dass die Zusprechung einer lebenslänglichen Rente an den Unglückskollegen und die allgemein in der damaligen Zeit hohen Entschädigungen für nervöse Zustände nach Unfällen in dem Sinne eine suggestive Wirkung ausübten, als sich der Kläger für möglichst lange entschädigungsberechtigt hielt.<sup>150</sup>

## 5. Die somatogene «traumatische Neurose» (1882–1904)

Gegen Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts musste sich das Bundesgericht regelmässig mit Fällen befassen, in denen bei den Betroffenen nach Eisenbahn- oder Arbeitsunfällen sogenannte «traumatische Neurosen» diagnostiziert wurden.<sup>151</sup> Die infolgedessen geltend gemachten Ansprüche wurden überwiegend auf die spezialgesetzlichen Gefährdungshaftungsbestimmungen in den damaligen Eisenbahn-<sup>152</sup> und Fabrikhaftpflichtgesetzen<sup>153</sup> gestützt. Das ab 1881 in Kraft getretene Fabrikhaft-

<sup>150</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 31.

<sup>151</sup> Vgl. BGE 31 II 227; 30 II 486; 29 II 614; 28 II 200; 27 II 253; 19 801; 19 785; 19 420; 18 268; 16 137.

<sup>152</sup> Art. 2 aEHG lautete: «Wenn beim Betriebe einer Eisenbahn- oder Dampfschiffahrt-Unternehmung ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet die Transportanstalt für den dadurch entstandenen Schaden, sofern sie nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt, oder durch Versehen und Vergehen der Reisenden oder dritter bei der Transportanstalt nicht angestellter Personen (Art. 3) ohne eigenes Mitverschulden der Anstalt, oder durch die Schuld des Getöteten oder Verletzten selbst verursacht worden ist.»

<sup>153</sup> Art. 5 lit. b des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877 lautete: «Der Fabrikant haftet gleichfalls, wenn, auch ohne ein solches spezielles Verschulden, durch den Betrieb der Fabrik Körperverletzung oder Tod eines Arbeiters oder Angestellten herbeigeführt wird, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Verletzten oder Getödteten erfolgt ist. Fällt dem Verletzten oder Getödteten eine Mitschuld zur Last, so wird dadurch die Ersatzpflicht des Fabrikanten angemessen reduziert.»; vgl. BBI 1877 II 483, S. 485 f. Art. 5 war nur eine Übergangsbestimmung. Bereits im Jahr 1881 erliess der Gesetzgeber das diese Übergangsregelung ablösende Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb (FHG). Art. 2 des neu eingeführten Erlasses sah wie schon die Vorgängerbestimmung

pflichtgesetz (FHG) sah unter anderem einen maximalen Schadenersatzbetrag von CHF 6'000 vor.<sup>154</sup> Zudem waren in Art. 5 FHG die zulässigen Reduktionsgründe wie etwa Zufall, Mitverschulden des Verunglückten oder frühere Verletzungen des Geschädigten abschliessend normiert.<sup>155</sup> Im aEHG und dem dieses 1905 ablösenden Bundesgesetz über die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmen und der Schweizerischen Post (EHG) vom 28. März 1905 waren weder ein maximaler Haftungsbetrag noch vergleichbare Reduktionsgründe gesetzlich geregelt. Damit lässt sich erklären, dass ab 1881 nach Eisenbahnunfällen weitaus höhere Haftpflichtrenten und -entschädigungen zugesprochen wurden als in vergleichbaren Fabrikhaftpflichtfällen.

---

eine sehr ähnliche verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung vor: «Der Betriebsunternehmer haftet gleichfalls, wenn auch ohne ein solches Verschulden in den Räumlichkeiten seiner Fabrik und durch den Betrieb derselben eine Körperverletzung oder der Tod eines Angestellten oder eines Arbeiters herbeigeführt wird, insofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder durch Verbrechen oder Vergehen dritter Personen, welche nicht in Art. 1 aufgezählt sind, oder durch eigenes Verschulden des Verletzten oder Getöteten erfolgt ist.» (vgl. BBl 1881 III 549, S. 549 f.).

<sup>154</sup> Die ab 1881 geltende spezialrechtliche Haftungsregelung sah im Vergleich zur zuvor angewendeten Übergangsbestimmung (vgl. Fn. 153) wesentliche Haftungseinschränkungen vor. Eine besondere Tragweite kam in diesem Zusammenhang Art. 6 Abs. 2 FHG zu, der die vormals grundsätzlich unbeschränkte Haftung mit der Festlegung eines selbst in schwersten Fällen anzuwendenden Maximalbetrags erheblich einschränkte (vgl. BBl 1881 III 549, S. 551): «Der Richter wird mit Berücksichtigung aller Umstände eine Entschädigungssumme festsetzen, welche jedoch in den schwersten Fällen (Art. 1 und 3) weder den sechsfachen Jahresverdienst des Betroffenen, noch die Summe von Fr. 6000 übersteigen soll.»

<sup>155</sup> Art. 5 des entsprechenden Erlasses sah die Reduktion der Ersatzpflicht aus unter anderem folgenden Billigkeitsgründen vor (vgl. BBl 1881 III 549, S. 551): «Die Ersatzpflicht des Betriebsunternehmers wird in billiger Weise reduziert:

- a. wenn die Tötung oder die Verletzung [...] aus Zufall eingetreten ist;
- b. [...]
- c. wenn des Geschädigten früher erlittene Verletzungen auf die letzte und deren Folgen Einfluss haben, oder wenn die Gesundheit des Erkrankten durch seine frühere Gewerbeausübung bereits geschwächt war.»

## 5.1. Charakterisierung des Beschwerdebildes

Ab 1883 setzte sich in Bezug auf die Beurteilung unklarer Beschwerden die Auffassung von HERMANN OPPENHEIM durch.<sup>156</sup> Für diesen gründete die Ursache von traumatischen Neurosen vor allem in nicht nachweisbaren funktionellen Störungen der Grosshirnrinde.<sup>157</sup> Er führte dieses Beschwerdebild mit anderen Worten auf materielle, d.h. organische und durch Erschütterungen bewirkte Strukturveränderungen im zentralen und peripheren Nervensystem zurück.<sup>158</sup> Damit fasste OPPENHEIM die bis dahin unter anderem als «Railway spine» oder «traumatische Neurasthenie» bezeichneten Krankheitszustände unter dem Begriff der «traumatischen Neurose» zusammen. Diese grenzte er gegenüber den hysterischen Störungen ab, die seiner Ansicht nach rein durch Vorstellungen ausgelöst wurden.<sup>159</sup> Die unter anderem auf OPPENHEIM zurückgehende Sichtweise drang in der Folge bei der grossen Mehrzahl der damaligen Forscher und Praktiker durch und wurde zur herrschenden Auffassung.<sup>160</sup>

## 5.2. Gerichtliche Anerkennung des Beschwerdebildes

Wie schon zuvor bei der Rückenmarkentzündung bejahten die Gerichte regelmässig den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und den eingetretenen langanhaltenden unklaren Beschwerden. Sie übernahmen jeweils die Einschätzungen der medizinischen Experten, die den als «traumatische Neurose»<sup>161</sup> oder teilweise als «traumatische Hysterie»<sup>162</sup> oder «traumatische Neurasthenie»<sup>163</sup> bezeichneten Zustand weitgehend als unmittelbare Folge des Unfalls betrachteten.<sup>164</sup> Die traumatische Neurose wurde regelmässig auf die starke Erschütterung des Ge-

<sup>156</sup> TILLMANN, S. 182; vgl. NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 71, wonach OPPENHEIM damals davon ausging, dass die Lehre dieser Krankheiten aufgrund seiner Erkenntnisse «von Grund aus umgestaltet» werde.

<sup>157</sup> FELLER, S. 98.

<sup>158</sup> TILLMANN, S. 182.

<sup>159</sup> FELLER, S. 98.

<sup>160</sup> TILLMANN, S. 182.

<sup>161</sup> 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.

<sup>162</sup> 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.

<sup>163</sup> 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.

<sup>164</sup> In diesem Sinne KÖHL, S. 155.

hirns und des gesamten Nervensystems zurückgeführt.<sup>165</sup> Die prognostische Beurteilung fiel in zahlreichen Fällen höchst ungünstig aus.<sup>166</sup> Da die Leiden meist schon längere Zeit bestanden hatten, lautete die Prognose oft auf Unheilbarkeit und gänzliche Erwerbsunfähigkeit.<sup>167</sup> 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.<sup>168</sup> 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).<sup>169</sup> Die Diagnose der traumatischen Neurose wurde nach Einschätzung von WEYENETH-PÜNTER oftmals summarisch dazu verwendet, sämtliche Krankheitserscheinungen nach Unfällen zu erklären.<sup>170</sup> Dies dürfte wohl auch dazu geführt haben, dass andere Krankheiten als traumatische Neurosen begutachtet und entsprechend entschädigt wurden.

### 5.3. Haftung für langanhaltende unklare Beschwerden

Im Sinne der gegen Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts dominierenden medizinischen Auffassung, wonach die infolge von Unfällen aufgetretenen unklaren Beschwerden auf organische Verletzungen zurückgeführt wurden,<sup>171</sup> sprach das Bundesgericht den Betroffenen – freilich nur in Eisenbahnhaftpflichtfällen – teilweise

---

<sup>165</sup> Vgl. die entsprechenden Ausführungen in BGE 19 785 E. 1 S. 786.

<sup>166</sup> Vgl. BGE 30 II 486 E. 4 S. 492, wonach überhaupt bei der traumatischen Neurasthenie die Prognose quoad vitam erfahrungsgemäss 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.»

<sup>167</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 9.

<sup>168</sup> 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.

<sup>169</sup> Vgl. u.a. BGE 28 II 200 E. 3 S. 211; 19 801 E. 1 S. 803; 19 785 E. 1 S. 786 f.

<sup>170</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 46.

<sup>171</sup> Vgl. BGE 16 137 E. 1 S. 139: «Durch die Verletzung vom 7. März 1988 sei eine Läsion des Gehirns herbeigeführt worden, welche in der Hirnsubstanz selbst und in einzelnen Nervengebieten krankhafte Störungen zur Folge gehabt habe.»



hohe Kapitalentschädigungen und Renten für dauerhafte Arbeitsunfähigkeit zu.<sup>172</sup> Illustrativ sind in diesem Zusammenhang BGE 28 II 200 und BGE 30 II 486. Im erstgenannten Entscheid erhielt der Kläger eine Haftpflichtentschädigung von insgesamt CHF 25'600 für dauerhafte Invalidität. Zusätzlich erhielt er eine Genugtuung von CHF 10'000.<sup>173</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entsprechen diese Beträge zusammengerechnet heute näherungsweise CHF 323'922.<sup>174</sup>

In BGE 30 II 486 wurde dem Kläger unter anderem in der Annahme einer dauerhaften 66%igen Erwerbsunfähigkeit eine Kapitalabfindung von CHF 23'000 zugespro-

<sup>172</sup> BGE 30 II 486 E. 4 S. 492; 29 II 614 E. 6 S. 622; 28 II 200 Sachverhalt F S. 205 und E. 6 S. 215; 21 1042 Sachverhalt A S. 1042 und E. 6 S. 1050; 19 785 Sachverhalt A und E. 4 S. 788; 18 268 Sachverhalt A S. 268 und E. 5 S. 274; vgl. auch WEYENETH-PÜNTER, insb. S. 29, 32, 38 und 44; vgl. auch die Beispiele bei NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 181 ff., wonach die besonders hohen Renten vor allem in den 1880er- und frühen 1890er-Jahren gewährt wurden.

<sup>173</sup> Vgl. BGE 28 II 200 vom 1. Mai 1902: Ein Bremser erlitt bei einem Eisenbahnunfall unbedeutende äussere Verletzungen. Er konnte dennoch bei den Rettungsarbeiten (mehrere Verletzte und zwei Todesopfer) mithelfen und nahm auch die Arbeit bald wieder auf. Einige Tage später wurde er jedoch vollumfänglich arbeitsunfähig. Zudem starben seine beiden Kinder nach dem Unfall (Sachverhalt A S. 200 und 201). Die Gutachter diagnostizierten eine schwere traumatische Neurose, die als unmittelbare Folge des erlittenen Unfalls eingetreten war. Sie prognostizierten eine dauerhafte Arbeitsunfähigkeit und betrachteten ihn als unheilbar (Sachverhalt B S. 201). Unter anderem litt er an Wahnideen, Zuckungen an verschiedenen Körperteilen, Unsicherheit beim Stehen und Gehen, Sprach- und Sensibilitätsstörungen, Angst und Unruhe (E. 3 S. 211). Der Geschädigte klagte gegen die Bahngesellschaft auf Schadenersatz (Sachverhalt C S. 201). Diese anerkannte ihre grundsätzliche Haftpflicht (Sachverhalt C S. 203). Umstritten war jedoch der Umfang der Haftung. Das damalige aEHG sah in Art. 7 eine weiter gehende Haftung der Bahngesellschaft vor, wenn diese oder ihre Leute den Unfall grobfahrlässig herbeigeführt hatten. Im konkreten Fall war nach Einschätzung des Bundesgerichts ein grobfahrlässiges Verhalten der betreibenden Bahngesellschaft gegeben (E. 2 S. 207). Das Bundesgericht bestätigte letztlich das vorinstanzliche Urteil, wonach die Beklagte unter anderem zur Zahlung von CHF 25'600 für bleibende Invalidität sowie CHF 10'000 wegen grobfahrlässigen Verhaltens der Bahngesellschaft im Sinne des damaligen Art. 7 aEHG verpflichtet worden war (vgl. Sachverhalt, insb. S. 205, sowie E. 5 S. 213).

<sup>174</sup> 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 323'922 im Jahr 2017 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](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

chen. Zusätzlich erhielt er eine Genugtuung von CHF 5'000.<sup>175</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entsprechen diese Beträge zusammengerechnet heute näherungsweise CHF 254'825.<sup>176</sup>

Sofern nicht Entschädigungen oder Renten für gänzliche und dauerhafte Arbeitsunfähigkeit zugesprochen wurden, räumten die Gerichte den Geschädigten regelmässig Rektifikationsvorbehalte ein.<sup>177</sup> Infolgedessen blieb es den Geschädigten möglich, nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils noch Forderungen für länger andauernde Arbeitsunfähigkeit zu stellen.<sup>178</sup> Dieses Instrument wurde auch für die Möglichkeit des infolge der unfallbedingten traumatischen Neurose eintretenden vorzeitigen Todes eingesetzt.<sup>179</sup> In diesen Fällen blieb es den Hinterbliebenen möglich, nachträglich noch Forderungen geltend zu machen.<sup>180</sup> Sowohl die Annahme dauerhafter Arbeitsunfähigkeit wie auch die regelmässige Einräumung von Rektifikationsvorbehalten stehen sinnbildlich dafür, wie negativ damals die Heilungsaussichten eingeschätzt wurden.

Die Betrachtung der Urteile BGE 30 II 486 und 28 II 200 lässt den Schluss zu, dass es zu Beginn des 20. Jahrhunderts durchaus möglich war, infolge leichter organischer Verletzungen einen Schädiger für langanhaltende unklare gesundheitliche Unfallfol-

---

<sup>175</sup> Vgl. BGE 30 II 486 vom 26. Oktober 1904: Aufgrund des überfüllten Zuges musste der Kläger auf einer der Plattformen der Wagen stehen. Nachdem der Zug abgefahren war, gab es ca. 200 m vom Bahnhof entfernt einen heftigen Ruck. Der Kläger fiel daraufhin von der Plattform auf den Bahnkörper und erlitt (zumindest nach damaliger Auffassung) unbedeutende Verletzungen. Seit dem Unfall litt der Kläger an einer traumatischen Neurose, die ihm die Wiederaufnahme der Arbeit verunmöglichte (E. 1 S. 487 ff.). Das Bundesgericht schloss sich der Feststellung der Vorinstanz an, dass der Kläger infolge des Unfalls dauerhaft zu 66 % in seiner Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt sei (E. 4 S. 491). Es bestätigte damit das Urteil der Vorinstanz, welches dem im Zeitpunkt des Unfalls 34 Jahre alten Kläger bei einem Jahresverdienst von CHF 2'250 unter anderem eine Kapitalabfindung von CHF 23'000 zugesprochen hatte (E. 4 S. 492).

<sup>176</sup> 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 28'000 einem Betrag von CHF 254'825 im Jahr 2017 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 1914–014, S. 2; vgl. zum Teuerungsrechner [http://www.portal-stat.admin.ch/lik\\_rechner/d/lik\\_rechner.htm](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)) [besucht am: 13. März 2018].

<sup>177</sup> BGE 30 II 486 E. 3 S. 491; 16 137 E. 5 S. 143; WEYENETH-PÜNTER, S. 49.

<sup>178</sup> BGE 16 137 E. 5 S. 143; WEYENETH-PÜNTER, S. 32.

<sup>179</sup> BGE 16 137 E. 5 S. 143; WEYENETH-PÜNTER, S. 32.

<sup>180</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 29.

gen haftbar zu machen. Bei genauerer Analyse sämtlicher zehn Bundesgerichtsentscheide, die zwischen 1890 und 1904 zum Beschwerdebild der traumatischen Neurose, Neurasthenie oder Hysterie ergingen,<sup>181</sup> fällt freilich – insbesondere aus heutiger Perspektive gesehen – auf, dass die Betroffenen teilweise in schwere Unfälle verwickelt waren.<sup>182</sup>

## 5.4. Fehlen einer systematischen Zurechnungsprüfung

In den damaligen Leitentscheiden des Bundesgerichts zu traumatischen Neurosen stellten die Gerichte, wie bereits erwähnt, in der Regel ohne weiteres auf die gutachterlichen Einschätzungen ab.<sup>183</sup> Auffallend ist, dass sowohl in den Gutachten als auch in den Entscheiden praktisch keine Kausalitätsfragen diskutiert wurden. WEYENETH-PÜNTER führte diesen Umstand auf zwei Ursachen zurück: erstens auf die organische Genese des Leidens, die den Zusammenhang mit dem Unfall eo ipso annahm, und zweitens auf die nach Einführung der Entschädigungssysteme damals allgemein in Ärzte- und Gerichtskreisen vertretene Haltung, dass sämtliche Krankheitserscheinungen nach Unfällen als durch diese verursacht vermutet wurden («post hoc ergo propter hoc»)<sup>184</sup> Entsprechend war in den meisten Fällen vor Bundesgericht die grundsätzliche Haftpflicht nicht mehr umstritten.<sup>185</sup> Die Auseinandersetzung betraf letztinstanzlich regelmässig nur noch die jeweilige Festlegung des Schadenersatzes. Mit anderen Worten war die Frage der Haftungsbegründung vor Bundesgericht selten Gegenstand strittiger Auseinandersetzungen. Ein solcher seltener Fall betraf etwa BGE 18 268. In diesem Entscheid bestritt die beklagte Eisenbahngesell-

<sup>181</sup> BGE 30 II 486; 29 II 614; 28 II 200; 27 II 253; 21 1042; 19 801; 19 785; 19 420; 18 268; 16 137. Vgl. die kasuistische Betrachtung dieser Entscheide in 7.3.

<sup>182</sup> Dies gilt im Besonderen für BGE 28 II 200 (Eisenbahnunfall mit Verletzten und Todesopfern); 21 1042 (Eisenbahnunfall von Zollikofen vom 17. August 1891); 19 801 (Münchensteiner Eisenbahnkatastrophe vom 14. Juni 1891); 19 785 (Münchensteiner Eisenbahnkatastrophe vom 14. Juni 1891); 19 420 (Sturz aus 4.95 m); 16 137 (Hirnverletzung).

<sup>183</sup> Diese Aussage gilt ausnahmsweise nicht für BGE 18 268, in welchem die Gutachter – für die damalige Zeit untypisch – die eingetretene traumatische Hysterie als abgelaufen betrachteten und deshalb diagnostizierten, dass der Geschädigte gut zwei Jahre nach dem Unfall nicht mehr an deren Folgen leide (vgl. E. 2 S. 270 f.). Interessanterweise gingen sowohl die Vorinstanz als auch das Bundesgericht in diesem Fall dennoch von einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit von 20 % aus (vgl. E. 5 S. 273).

<sup>184</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 29.

<sup>185</sup> Vgl. u.a. BGE 28 II 200 E. 2 S. 207; 21 1042 E. 3 S. 1046.

schaft ihre prinzipielle Haftung.<sup>186</sup> Im gesamten Entscheid wurden jedoch keine eigentlichen Kausalitätsüberlegungen angestellt. Vielmehr stand in dogmatischer Hinsicht die Prüfung gegenseitiger Schuldvorwürfe im Vordergrund.<sup>187</sup>

Bei genauerer Betrachtung fallen jedoch drei Fälle<sup>188</sup> auf, in welchen das Bundesgericht Zurechnungsfragen im weiteren Sinne beurteilte. In BGE 19 420 prüfte es den Kausalzusammenhang zwischen dem Betrieb und dem Unfall. Es bejahte diesen, da sich der Geschädigte im Zeitpunkt des Unfalls zum Zwecke des Betriebs auf dem mangelhaften Hochgerüst befunden hatte.<sup>189</sup> Indem das Bundesgericht prüfte, ob die konkret eingetretenen Schadensfolgen auf die Verwirklichung der spezifischen Gefahr des Betriebes zurückzuführen waren, griff es auf einen Kerngedanken der erst später dogmatisch begründeten Normzwecklehre zurück.<sup>190</sup>

In BGE 19 801 stand die Frage im Vordergrund, ob die zu beurteilenden einschneidenden gesundheitlichen Beschwerden tatsächlich auf den Unfall zurückzuführen waren oder vielmehr einer blossen Krankheitserscheinung entsprachen.<sup>191</sup> Das Bundesgericht nahm die Prüfung der grundsätzlichen Haftung dementsprechend anhand der Abgrenzung des Begriffs des Unfalls von demjenigen einer blossen Krankheit vor. Es folgte freilich, wie damals üblich, auch in diesem Entscheid weitgehend den gutachterlichen Einschätzungen.<sup>192</sup>

Ein direkter Zusammenhang zwischen dem Unfallereignis und nachfolgenden unklaren Beschwerden wurde auch in BGE 29 II 614 bestätigt. Im betreffenden Entscheid vom 9. Oktober 1903 bejahte das Bundesgericht den Kausalzusammenhang zwischen dem Versetzen eines Schläges auf die Brust des Klägers, dem dadurch bedingten

---

<sup>186</sup> BGE 18 268 Sachverhalt B S. 269.

<sup>187</sup> Vgl. BGE 18 268 E. 3 S. 272 und E. 4 S. 272 f.

<sup>188</sup> BGE 29 II 614; 19 801; 19 420.

<sup>189</sup> BGE 19 420 E. 3 S. 422.

<sup>190</sup> Vgl. zur Normzwecktheorie insb. ROBERTO, N 06.65.

<sup>191</sup> BGE 19 801 E. 3 S. 806.

<sup>192</sup> Die in diesem Fall geltend gemachte Haftpflichtklage beruhte auf dem am 14. Juni 1891 stattgefundenen Einsturz der Münchensteinerbrücke, die als grösste Eisenbahnkatastrophe, die sich bis zum heutigen Tag in der Schweiz ereignet hat, in die Geschichtsbücher einging (vgl. BGE 19 801 E. 1 S. 801). Die Störung der Nervenstätigkeit wurde in diesem Fall vom erstbehandelnden Hausarzt, für die damalige Zeit eher untypisch, mit dem im Zeitpunkt der Katastrophe erlittenen Schrecken erklärt (E. 1 S. 802). Der gerichtlich eingesetzte Gutachter führte später diese Erscheinungen auf eine durch den Unfall verursachte Herzerkrankung zurück. Die äusseren Verletzungen wie auch die traumatische Neurose lagen seiner Ansicht nach im Zeitpunkt der Begutachtung, zwei Jahre nach dem Unfall, nicht mehr vor (E. 1 S. 804).

Hinfallen und der infolgedessen beim Kläger entstandenen traumatischen Neurose.<sup>193</sup> In seinen Erwägungen warf das Bundesgericht unter anderem die Frage auf, ob der Beklagte nicht deshalb von der Ersatzpflicht zu entbinden sei, weil er die Folgen seiner Tätlichkeit resp. den Sturz des Klägers nicht habe voraussehen müssen oder können.<sup>194</sup> Es verneinte diese Frage, da der Beklagte hätte wissen müssen, dass er den angetrunkenen Kläger möglicher- oder sogar wahrscheinlicherwise durch einen Stoss oder Schlag zu Fall bringen würde.<sup>195</sup>

Interessanterweise erfolgte die Beurteilung der haftungsbegründenden Zurechnung in diesem nach den Prinzipien der Verschuldenshaftung zu beurteilenden Fall im Wesentlichen aufgrund der Frage nach der Voraussehbarkeit sowie damit in Zusammenhang stehenden Wahrscheinlichkeitsüberlegungen. Indem es auf Seiten des Schädigers die Voraussehbarkeit der eingetretenen traumatischen Neurose bejahte, betrachtete es eo ipso auch den Kausalzusammenhang als gegeben.<sup>196</sup> Demnach kann festgehalten werden, dass im Entscheid zwar die Kausalität bejaht wurde, die Frage der Zurechnung jedoch bei genauerer Betrachtung weitgehend anhand des Kriteriums der individuellen Voraussehbarkeit beurteilt worden war. Das Bundesgericht konnte den Schaden im Übrigen nicht bestimmen, weil die vor der Vorinstanz von der Beklagten als neue Tatsachen vorgebrachten Behauptungen, die möglicherweise auf erhebliche Aggravation schliessen liessen, gutachterlich noch nicht berücksichtigt worden waren.<sup>197</sup> Entsprechend wies es den Entscheid zwecks Festsetzung des Schadens zurück an die Vorinstanz.

VON CLERIC vertrat mit Blick auf die gesamte damalige Rechtsprechung die Ansicht, das Bundesgericht habe die Zurechnungsfragen bis 1896 einzig anhand der Bedingungstheorie beurteilt. Danach sei es umgeschwenkt und habe die Theorie der adä-

<sup>193</sup> BGE 29 II 614 E. 5 S. 621; vgl. zum Sachverhalt E. 1 S. 614 ff.: Der angetrunkene Kläger geriet mit einem Wirt wegen dessen Hundes in Wortwechsel. Als sich der Kläger im Verlaufe dieses Streites erhob, trat der Beklagte, ein anderer Gast, auf ihn zu und versetzte ihm mit der Faust einen Schlag auf die Brust. Daraufhin fiel der Kläger zu Boden. Er klagte auf Schadenersatz und machte geltend, bei ihm habe sich infolge der Misshandlung eine traumatische Neurose entwickelt, die seine Erwerbsfähigkeit erheblich beeinträchtigte. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage unter anderem mit der Begründung, der Zusammenhang der behaupteten Erkrankung mit der Misshandlung sei nicht erwiesen.

<sup>194</sup> BGE 29 II 614 E. 5 S. 620.

<sup>195</sup> BGE 29 II 614 E. 5 S. 621.

<sup>196</sup> Vgl. BGE 29 II 614 E. 5 S. 621.

<sup>197</sup> BGE 29 II 614 E. 2 S. 616: Unter anderem behauptete der Beklagte, der Kläger sei auf die Jagd gegangen, habe seinen Garten gepflegt, eine Kegelbahn aufgestellt und sei auf dem Dache seines Hauses spazieren gegangen.

quaten Verursachung angewandt.<sup>198</sup> GMÜR wies diese Auffassung unter anderem mit der überzeugenden Argumentation zurück, dass das Bundesgericht schon früh nicht einzig darauf abgestellt habe, ob eine Bedingung den eingetretenen Erfolg verursacht habe. Vielmehr habe es bereits in seiner Anfangszeit die Frage der Zurechnung zwischen schädigendem Ereignis und eingetretenem Schaden mit Hilfe weiterer Differenzierungen, etwa derjenigen zwischen Verursachung und blosser Veranlassung, gelöst.<sup>199</sup> Diese Feststellung sprach für ihn klar gegen die Vermutung der konstanten Anwendung der Bedingungstheorie, weil sich aus deren Ursachenbegriff ergebe, dass eine jede der unzähligen Bedingungen gleichermaßen kausal für den Eintritt des Erfolges sei. GMÜR zog daher die Schlussfolgerung, dass das Bundesgericht in der ersten Zeit seiner Rechtsprechung die Frage, ob ein rechtlich relevanter Kausalzusammenhang gegeben sei oder nicht, nach freiem Ermessen und ohne Adoption einer bestimmten Theorie beurteilt habe.<sup>200</sup> Da in sämtlichen Entscheiden zu unklaren Beschwerden, wie vorne dargelegt, betreffend die Kausalitätsfrage ohnehin keine ausführlichen Überlegungen angestellt wurden, rechtfertigt es sich, an dieser Stelle nicht weiter auf diese dogmatische Diskussion einzugehen.

## 6. Die «traumatische Neurose» als psychogenes Beschwerdebild? (1905–1915)

Die auf OPPENHEIM zurückgehende medizinische Auffassung über die Natur der traumatischen Neurose wurde von einem Teil der medizinischen Lehre von Anfang an abgelehnt.<sup>201</sup> Dennoch hatte sie sich um die vorletzte Jahrhundertwende durchgesetzt. Aufgrund neuer Erkenntnisse wurde der anatomisch-neurologische Erklärungsansatz in den darauffolgenden Jahren jedoch in stärkerem Masse durch die zunehmend vertretene psychogenetische Genese unklarer Beschwerden in Frage gestellt.

---

<sup>198</sup> VON CLERIC, S. 281.

<sup>199</sup> GMÜR, S. 44 f.

<sup>200</sup> GMÜR, S. 45.

<sup>201</sup> Vgl. TILLMANN, S. 182, wonach es nie an kritischen Gegenstimmen gefehlt habe.

## 6.1. Charakterisierung des Beschwerdebildes

Ab den 1890er-Jahren entbrannte ein heftiger Streit über die Konzeption der traumatischen Neurose.<sup>202</sup> Sie wurde zum Beispiel schon damals 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 und konstatierte, dass in den Unfallneurosen nichts als Hysterie<sup>203</sup> zu sehen sei.<sup>204</sup> Mit dem Aufkommen der psychoanalytischen Schule rückte vermehrt die Frage in den Vordergrund, ob der Hysterie selbst überhaupt Krankheitswert zukomme und inwiefern diese vom Patienten versteh- und beherrschbar sei. Die betreffende Abgrenzung versuchte man mit Hilfe des Gegensatzpaares Bewusstheit und Unbewusstheit vorzunehmen. In diesem Zusammenhang agierten zahlreiche Wissenschaftler im weiten Feld zwischen Simulation und Krankheit mit Begrifflichkeiten wie der Begehrensvorstellung, der Rentenhysterie oder dem Willen zur Krankheit.<sup>205</sup> Infolge dieser wissenschaftlichen Auseinandersetzungen wurde allmählich Zurückhaltung bei der Rentengewährung empfohlen, da in der Wiederaufnahme der Arbeit und der durch diese bedingten Willenskräftigung die einzig wirksamen Heilfaktoren gesehen wurden.<sup>206</sup> Diese neue

---

<sup>202</sup> Vgl. NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 71, zu den berühmten Auseinandersetzungen zwischen CHARCOT und OPPENHEIM.

<sup>203</sup> Im Laufe der Geschichte hat sich die Bedeutung des Begriffs «Hysterie» mehrfach gewandelt. Im 19. Jahrhundert lag der Schwerpunkt dieses meist femininen Krankheitsbildes auf motorischen und sensiblen Störungen, auf einem «In-Ohnmacht-Fallen», auf vielfältigen Gefühlsstörungen, Anfällen oder etwa Lähmungen (HAUSOTTER, S. 24 f.). Im Prinzip ist die Entwicklung der «Hysterie» parallel zur Entstehung der in dieser Arbeit dargelegten «traumatischen Neurose» verlaufen. JEAN MARTIN CHARCOT (1825-1893) ging aufgrund des inkonstanten Auftretens pathologisch-anatomischer Veränderungen von einer Läsion «sine materia» oder einer «lésion dynamique» im Nervensystem aus. Bezeichnend für die damalige Zeit war für ihn jedenfalls selbstverständlich, dass der Hysterie eine lokalisierbare nervliche Störung, analog wie bei anderen Krankheiten, zugrunde liegen müsse (FISCHER-HOMBERGER, traumatische Neurose, S. 104 und 111; RIBI, S. 99). Im Konzept von CHARCOT entsprach die «Railway Spine» der männlichen Hysterie, wogegen deutsche Wissenschaftler die Bezeichnung der traumatischen Neurasthenie bevorzugten (FISCHER-HOMBERGER, Railway Spine, S. 111). Parallel zum Aufkommen der traumatischen Neurose in Deutschland entwickelte in Frankreich CHARCOTS Schule sodann den Begriff der traumatischen Hysterie (FISCHER-HOMBERGER, Railway Spine, S. 97).

<sup>204</sup> NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 71.

<sup>205</sup> Vgl. hierzu FELLER, S. 12; TOGNELLA, S. 258 ff.

<sup>206</sup> FELLER, S. 10.

Sichtweise führte letztlich auch dazu, dass das deutsche Reichsgericht ab 1902 bei eigentlichen «Rentenkampfneurosen» keine Entschädigungen mehr zusprach.<sup>207</sup>

In der Schweiz stellte sich NAEGELI 1910 dezidiert auf den Standpunkt, dass der Schwerpunkt aller Erscheinungen unzweifelhaft auf psychischem Gebiete liege.<sup>208</sup> Aufgrund der von ihm in der damaligen Zeit publizierten Untersuchungsergebnisse<sup>209</sup> setzte sich in der Schweiz die von ihm vertretene Auffassung in den darauffolgenden Jahren zunehmend durch. NAEGELI berichtete schon im Jahr 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, unter deren Einfluss das Nervensystem so schwer leidet.»<sup>210</sup>

Infolge des Aufkommens der neuartigen Betrachtungsweise trat demnach vermehrt die Annahme in den Vordergrund, dass es sich bei der traumatischen Neurose um ein unfallbedingtes psychisches Trauma handle, dem keine anatomischen Verletzungen zugrunde liegen würden.<sup>211</sup> Für diesen Erklärungsansatz sprach auch die Erfahrung aus der Unfallpraxis, nach der im Allgemeinen nicht die schweren, sondern die mittleren und leichteren Unfälle eine Neurose zur Folge hatten.<sup>212</sup> Vermehrt wurde auch

---

<sup>207</sup> NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 82.

<sup>208</sup> NAEGELI, Nachuntersuchungen, S. 34.

<sup>209</sup> 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).

<sup>210</sup> NAEGELI, Nachuntersuchungen, S. 35.

<sup>211</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 11.

<sup>212</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 10.



angenommen, dass ganz gewöhnliche Affekte, wie z.B. ein alltäglicher Schock, ausreichen würden, um ein psychisches Trauma mit langanhaltenden gesundheitlichen Störungen zu erzeugen.<sup>213</sup> In diesem Sinne führten die Gutachter die gesundheitlichen Störungen auch in der Schweiz teilweise auf den im Moment des Unfalls erlittenen Schrecken zurück.<sup>214</sup> Unabhängig von der zunehmenden Kritik aus den eigenen Reihen dominierte insgesamt das somatische Erklärungsmodell von OPPENHEIM dennoch bis zum Beginn des Ersten Weltkriegs.<sup>215</sup>

## 6.2. Gerichtliche Anerkennung des Beschwerdebildes

Im Zuge des sich abzeichnenden Paradigmenwechsels 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 den entsprechenden beklagten Beschwerden.<sup>216</sup> Zentrale Bedeutung kam dabei dem BGE 31 II 590<sup>217</sup>

<sup>213</sup> NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 77 ff.; WEYENETH-PÜNTER, S. 11.

<sup>214</sup> Vgl. z.B. BGE 41 II 393 Sachverhalt A S. 394 f., wo der gerichtlich eingesetzte Experte in seinem Gutachten über die Krankheit des Klägers befand: «Zunächst sind es Zeichen von krankhafter Angst, unter denen die Platzangst mit ihren psychischen und körperlichen Erscheinungen das hervorragendste ist. Er fürchtet zusammenzufallen, wenn er über einen nur kleinen offenen Platz gehen muss, bekommt das Gefühl, wie wenn er auf Filz ginge: sein Puls wird schnell, unregelmässig bis zu eigentlichen Doppelschlägen, das Gesicht fahl, fängt an zu schwitzen. Eine Ueberwindung der Erscheinung durch den bewussten Willen ist dem Patienten nicht möglich; sein Aussehen verfällt rasch so stark, dass man wirklich fürchten muss, er könnte zusammenstürzen, wenn er sich forcieren wollte [...] Sodann die Angst vor Menschenansammlungen; [...] zum Teil damit in Verbindung steht, dass Expl. nicht mehr öffentlich reden kann, während er sonst ein guter, wahrscheinlich sogar ein hervorragender Redner war [...] Wir haben vor uns lauter Symptome einer funktionellen Krankheit, einer Neurose. Daraus folgert zweierlei: erstens, dass der Expl. keine materielle Schädigung des Gehirns davongetragen hat, und zweitens, dass die Krankheit nicht bloss der Ausdruck einer schon vorher bestehenden organischen Hirnkrankheit in Folge vorzeitigen Alterns, von Arterienverhärtung oder Alkoholismus sein kann. Damit stimmen denn auch restlos die übrigen Daten überein. Von einer Hirnverletzung, ja nur Hirnerschütterung, kann schon deshalb keine Rede sein, weil der Expl. durch den Unfall in keiner Weise die Besinnung verloren hatte. Er ist allerdings sehr stark erschrocken, ist aber dann hinausgegangen, hat an alles gedacht, ans Reklamieren, an die Feststellung seiner Verletzung zum Zwecke späterer Ansprüche usw.»; vgl. zu solchen «Schreckneurosen» auch BGE 34 II 586 E. 1 S. 590; 19 I 801 E. 1 S. 802 ff.

<sup>215</sup> FELLER, S. 13; TILLMANN, S. 182.

<sup>216</sup> 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 ausgefallen waren,

vom 13. Dezember 1905 zu, der als Fall «Sidler» Bekanntheit erlangte und mit welchem das Bundesgericht eine restriktivere Zurechnungspraxis einführte.<sup>218</sup>

### 6.3. Restriktivere Beurteilung der haftungsbegründenden Zurechnung

Im Fall «Sidler» verneinte das Bundesgericht erstmals Ansprüche aufgrund erwiesener Simulation, die der Geschädigte aufgrund einer nach einem eher unbedeutenden Unfall eingetretenen traumatischen Neurose geltend gemacht hatte. Nach Einschätzung von WEYENETH-PÜNTER führte der betreffende Entscheid eine allgemeine Wende in der gesamten schweizerischen Rechtsprechung herbei.<sup>219</sup> Mit BGE 32 II 13<sup>220</sup> vom 31. Januar 1906 und BGE 36 II 104<sup>221</sup> vom 27. Januar 1910 konkretisierte

---

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.

<sup>217</sup> Vgl. zum Sachverhalt BGE 31 II 590 E. 1 S. 591 ff.: Der Kläger war 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. Er machte gegenüber seinem Arbeitgeber eine Schadenersatzforderung von CHF 4'000 geltend. Er behauptete, dass seine Erwerbsfähigkeit aufgrund des Unfalls dauerhaft um 50 % vermindert worden sei.

<sup>218</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 54 f.

<sup>219</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 51.

<sup>220</sup> Einem Metzgerknecht fiel während der Arbeit eine 5 m lange Röhre auf den Kopf. Er erlitt dabei eine Quetschwunde am Kopf, die im Spital genäht wurde. In der Folge litt er an diffusen Beschwerden (Kopfweh, Zittern, Betäubungsgefühl, Schwindel usw.). Diese subjektiven Gefühle machten sich objektiv nicht bemerkbar (BGE 32 II 13 E. 1 S. 15). Der Arbeitnehmer klagte in der Folge gegen den Arbeitgeber.

<sup>221</sup> Der Kläger brach sich während der Arbeit das rechte Bein. Der erstbehandelnde Arzt ging zunächst von einer gut dreimonatigen Arbeitsunfähigkeit aus (BGE 36 II 104 Sachverhalt A S. 104), diagnostizierte aber auch, dass der Hilfsarbeiter simulierte. Ein weiterer involvierter Arzt befand später, dass die eigentliche Verletzung geheilt war. Gleichzeitig erkannte er eine beginnende Versteifung des entsprechenden Beines. Er führte dies auf eine zu lang andauernde Erholung zurück (Sachverhalt A S. 105). Der Kläger klagte gegen seine Arbeitgeberin auf Schadenersatz (Sachverhalt B S. 106). Das erstinstanzliche Gericht stellte drei medizinischen Sachverständigen unter anderem die Frage, ob die Arbeitsunfähigkeit des Klägers ihrer Auffassung nach auf den Unfall vom 15. Januar 1907 zurückzuführen sei. Die Experten befanden, dass der erlittene Knochenbruch vollständig geheilt

das Bundesgericht die mit dem Fall «Sidler» eingeführte Rechtsprechung in zwei weiteren Fällen, in welchen es um die Beurteilung vergleichbarer unklarer Beschwerdebilder ging.

### 6.3.1. Natürlicher und juristischer Kausalzusammenhang

Die Betrachtung der erwähnten bundesgerichtlichen Entscheide zu «unklaren Beschwerden» zu Beginn des 20. Jahrhunderts führt zur Annahme, dass das Bundesgericht noch nicht zwischen dem natürlichen und einem engeren juristischen Kausalzusammenhang differenzierte. Mit Blick auf seine gesamte damalige Rechtsprechung zum Umgang mit der Problematik der konstitutionellen Prädisposition ist jedoch eindeutig festzustellen, dass es bereits 1905 zwischen der Prüfung des natürlichen und eines Kausalzusammenhangs im Rechtssinn differenzierte.<sup>222</sup> Hierfür spricht

---

sei. Sie stellten aber unter anderem eine Verminderung der Sensibilität des gesamten Beines fest, weswegen sie von einer unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit von 25 % ausgingen. Zur voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit wollten die Sachverständigen dagegen keine Einschätzung abgeben (Sachverhalt D S. 106). Das erstinstanzliche Gericht sprach dem Kläger die geforderten Schadenersatzpositionen vollumfänglich zu (Sachverhalt F S. 108). Das zweitinstanzliche Gericht lud wiederum mehrere Experten zur Stellungnahme ein. Die Experten hielten in ihrem gemeinsamen Gutachten fest, dass der Kläger schon lange von der Knochenfraktur geheilt sei. Die Symptome, die sich danach entwickelt hatten, waren ihrer Einschätzung nach hysterischer Natur. Der Kläger sei zwar kein Simulant, er übertreibe aber die das Bein betreffende Unfähigkeit erheblich. Sie hielten in ihrem Gutachten fest, dass sich keine anatomischen Verletzungen und auch keine organischen Veränderungen nachweisen liessen. Die hysterischen Symptome könnten entsprechend komplett und rasch wieder verschwinden (Sachverhalt G S. 108). Gemäss den Sachverständigen resultierte die Arbeitsunfähigkeit nur mittelbar als Folge des Unfalls vom 15. Januar 1907. Der Hauptgrund für die Funktionsunfähigkeit des Klägers lag ihrer Einschätzung nach in dem degenerativen mentalen Zustand des Geschädigten, der schon vor dem schädigenden Ereignis bestanden hatte (Sachverhalt G S. 109). Das zweitinstanzliche Gericht sprach gestützt auf diese Befunde eine Haftpflichtentschädigung von CHF 113.40 zu. Es stützte seinen Entscheid auf die mit BGE 31 II 590 begründete restriktivere Rechtsprechung zum Umgang mit Simulation. Diesen Entscheid zog der Kläger ans Bundesgericht weiter. Er forderte die Bezahlung von insgesamt CHF 6'186 zuzüglich Zinsen (Sachverhalt J S. 110). Zugesprochen wurden ihm vom Bundesgericht letztlich CHF 1'200. Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 10'921 (vgl. zur Berechnung Fn. 273).

<sup>222</sup> Vgl. etwa BGE 31 II 227 E. 4 S. 232, wo das Bundesgericht ausführte: «Der natürliche Kausalzusammenhang zwischen jenem Ereignis und damit zwischen dem Betrieb und dem Bruchaustritt kann füglich nicht geleugnet werden, da ja ohne den plötzlichen Schlag und den dadurch bewirkten Sturz des Klägers der Bruchaustritt damals nicht erfolgt wäre. Aber auch der Kausalzusammenhang im Rechtssinn, d.h. im Sinne des FHG, ist als gegeben zu erachten».

auch die von GMÜR im Jahr 1926 durchgeführte Analyse über den Kausalzusammenhang in der zivilrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts. Er wies in überzeugender Weise nach, dass das Bundesgericht schon sehr früh zwischen einem Kausalzusammenhang als Tatfrage und einem solchen als Rechtsfrage resp. einem tatsächlichen und einem rechtlichen Kausalzusammenhang unterschieden hatte.<sup>223</sup>

Im Jahr 1915 liess das Bundesgericht zudem durchblicken, der eigenen Auffassung nach schon seit einiger Zeit bei der Beurteilung der Kausalität die Adäquanztheorie angewandt zu haben.<sup>224</sup> Mit Blick auf die gesamte Rechtsprechung und im Besonderen auf ein Urteil aus dem Jahr 1915 leitete GMÜR folgende Adäquanzformel ab:

«[E]ine Tatsache [ist] dann als Ursache eines Erfolgs anzusehen, wenn diese Tatsache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens an sich geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, und daher der Eintritt dieses Erfolges durch die konkrete Tatsache allgemein als begünstigt erscheint.»<sup>225</sup>

Die Anlehnung an eine bestimmte der um die damalige Jahrhundertwende diskutierten Theorien (v.a. diejenigen von RÜMELIN, TRÄGER oder VON BAR) war oft unverkennbar.<sup>226</sup> Betrachtet man die damaligen höchstrichterlichen Entscheide genauer, so fällt unter anderem auf, dass sich das Bundesgericht in der Tendenz in den Fällen der Gefährdungshaftung an andere Zurechnungstheorien anzulehnen schien als in denje-

---

<sup>223</sup> Vgl. GMÜR, S. 40, m.w.H., insb. auch unter Berufung auf BGE 25 II 312 E. 4 S. 315.

<sup>224</sup> Der Begriff des adäquaten Kausalzusammenhangs war erstmals in BGE 33 II 564 E. 6 S. 571 vom Bundesgericht erwähnt worden; vgl. dazu SCHAER, Adäquanz, S. 568. Damit war freilich noch nicht absehbar gewesen, welche der damals in der Lehre diskutierten Theorien der adäquaten Verursachung es tatsächlich anzuwenden gedachte. Weiterführend zu den verschiedenen damals diskutierten Theorien der adäquaten Verursachung (insb. die verschiedenen Ansätze nach V. BAR, V. KRIES, RÜMELIN und TRÄGER) GMÜR, S. 21 ff. In BGE 41 II 90 S. 94 vom 6. Februar 1915 gab das Bundesgericht sodann erstmals die seiner Ansicht nach massgebende Adäquanzformel wieder: « [...] on ne doit regarder comme la «cause» d'un dommage que les actes qui, d'après les données de l'expérience, étaient généralement propres à amener le résultat dommageable et l'on doit dénier la qualité de cause (au sens juridique de ce mot) aux conditions qui ont contribué il est vrai, à la survenance de l'effet, mais qui objectivement, dans le cours ordinaire des choses, n'étaient pas de nature à le produire.» Es gab zudem an selbiger Stelle preis, schon seit längerem diese Theorie angewandt zu haben: «En effet, d'après la théorie de la causalité adéquate, à laquelle le Tribunal fédéral paraît se rallier dans le dernier état de sa jurisprudence, [...]»; vgl. zur Rezeption der Adäquanztheorie in der Schweiz insb. BÜRGI, S. 103 ff., und GMÜR, S. 38 ff.; vgl. auch GALLI, S. 98.

<sup>225</sup> GMÜR, S. 52, mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen; ähnlich auch VON CLERIC, S. 48. Erstmals wurde die Formel in diesem Sinne in BGE 41 II 90 E. 1 S. 94 angewandt.

<sup>226</sup> Vgl. die bei GMÜR, S. 50 f., analysierten Anhaltspunkte in den damaligen Entscheiden zu den Theorien von RÜMELIN, TRÄGER oder VON BAR.

nigen der Verschuldenshaftung.<sup>227</sup> Womit diese Differenzierung genau zu begründen ist, ist wohl retrospektiv nicht eindeutig feststellbar. Jedoch stand oftmals, so vorliegend die Annahme, offenbar eher die persönliche Einstellung des jeweiligen Urteils-Redaktors als eine eigentliche Stellungnahme des Bundesgerichts hinter der unterschiedlichen Begründungspraxis.<sup>228</sup> Von grösserer Bedeutung scheint ohnehin die Einzelfallgerechtigkeit gewesen zu sein. GMÜR analysierte in diesem Sinne mit Blick auf die gesamte damalige Rechtsprechung treffend, dass mit der Bezeichnung «adäquat» jeweils der Kausalzusammenhang bezeichnet wurde, der billigerweise als ein zu vertretender erschien.<sup>229</sup> Das Erfordernis, dass der Kausalzusammenhang stets ein adäquater sein müsse, wurde um die vorletzte Jahrhundertwende jedenfalls zum festen Grundsatz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>230</sup>

In den zu Beginn des 20. Jahrhunderts ergangenen Entscheiden zu unklaren Beschwerden nahm das Bundesgericht regelmässig auf die konstante Rechtsprechung<sup>231</sup> Bezug, wonach in Fällen der konstitutionellen Prädisposition generell Teilursächlichkeit zwischen dem Betriebsunfall und den eingetretenen psychischen oder physischen Störungen ausreichte, um den Kausalzusammenhang zu bejahen.<sup>232</sup> Die Ent-

---

<sup>227</sup> Vgl. GMÜR, S. 50, wonach in Gefährdungshaftungs-Fällen eher auf die Adäquanzlehren im Sinne von RÜMELIN oder TRÄGER zurückgegriffen wurde. Im Gegensatz dazu analysierte er in den nach den Prinzipien der Verschuldenshaftung zu beurteilenden Fällen eine Anlehnung an die Theorie VON BARS.

<sup>228</sup> In diesem Sinne auch GMÜR, S. 45.

<sup>229</sup> GMÜR, S. 48.

<sup>230</sup> Vgl. GMÜR, S. 51.

<sup>231</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang insb. BGE 36 II 104 E. 2 S.111, wo das Bundesgericht ausführte, dass es den Begriff des Kausalzusammenhangs immer im Sinne der Rechtsprechung von BGE 6 267 interpretiert habe. Es verwies in diesem Zusammenhang u.a. auch auf folgende weitere Entscheide: BGE 31 II 590 (Fall «Sidler»); 27 II 253; 17 737; 16 542.

<sup>232</sup> Vgl. BGE 31 II 590 E. 2 S. 593; vgl. auch BGE 36 II 104 E. 2 S. 111, wo das Bundesgericht ausführte: «La relation de cause à effet entre l'accident dommageable et le préjudice subi, est-il dit dans cet arrêt, n'est pas rompue par le fait que l'accident n'apparaît point comme la cause unique et immédiate du dommage, d'autres facteurs, dont le défendeur ne doit pas répondre, ayant aussi contribué à amener ce résultat. Et le Tribunal ajoute: admettre le contraire aurait pour conséquence d'exonérer le patron responsable ensuite d'un accident de l'obligation d'indemniser complètement l'ayant-droit aux dommages-intérêts lorsque le résultat d'accident, par exemple la mort de la victime, n'a pu se produire que par suite de la constitution physique du blessé. Or cette conséquence et inadmissible». Anschliessend nahm es eingehend auf den Fall «Sidler» Bezug und bestätigte die mit jenem Entscheid begründete Rechtsprechung (E. 2 S. 112): «Dans l'arrêt Sidler, le Tribunal fédéral a reconnu que, suivant les circonstances, le lien de causalité entre l'accident et le dommage doit être admis alors même que le résultat aurait été favorisé par des facteurs étrangers à l'exploitation, par exemple une prédisposition physique du blessé, ou que

wicklung dieser Rechtsprechung zu Vorzuständen lässt sich bis auf BGE 6 267 zurückverfolgen, einem Entscheid zu einem sogenannten Bruchaustritt.<sup>233</sup> BÜRGI interpretierte diese Rechtsprechung in dem Sinn, dass nach der Bundesgerichtspraxis ganz allgemein die Pflicht bestand, physische Defekte des Verletzten in ihrer ganzen Auswirkung vollumfänglich dem Beklagten zuzurechnen.<sup>234</sup>

Aufbauend auf dieser Rechtsprechung führte das Bundesgericht mit dem Fall «Sidler»<sup>235</sup> 1905 eine spezifisch für Neurosefälle massgebende Definition des juristischen Kausalzusammenhangs ein. 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 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, sondern ein – nach den Auffassungen des Lebens – freier Wille ist. Ob dies im einzelnen zutrifft, ist wiederum Tatfrage.»<sup>236</sup>

Auf den ersten Blick ist nicht sofort ersichtlich, ob das Bundesgericht im Fall «Sidler» sowohl auf den natürlichen als auch auf den juristischen Kausalzusammenhang zurückgriff. Insbesondere der Hinweis, die Beurteilung des Willens sei eine Tatfrage, lässt zunächst auf die Anwendung der Bedingungslehre schliessen. Wie bereits vorne erwähnt, unterschied das Bundesgericht in Fällen mit konstitutioneller Prädisposition jedoch schon 1905 klar zwischen einem natürlichen Kausalzusammenhang und einem solchen im Rechtssinn.<sup>237</sup> Dies gilt bei genauerer Betrachtung auch für die

---

*l'affection dont l'ouvrier est atteint se serait développé sous l'influence de causes absolument étrangères à l'exploitation. Il peut d'ailleurs s'agir de troubles psychiques aussi bien que de troubles physiques.»*

<sup>233</sup> Grundlage dieser Fälle waren Leistenbrüche und der dadurch bedingte Austritt eines Teils der Eingeweide.

<sup>234</sup> BÜRGI, S. 118.

<sup>235</sup> Vgl. zum Sachverhalt dieses Entscheids Fn. 217.

<sup>236</sup> 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.

<sup>237</sup> Vgl. hierzu Fn. 222.

Beurteilung des Kausalzusammenhangs im «Fall Sidler». Das Bundesgericht führte nämlich aus, dass unter Umständen auch die mittelbare Einwirkung des Betriebs auf den Körper des Arbeiters ausreiche, um den Kausalzusammenhang zu bejahen. Damit legte es zugleich fest, dass der Kausalzusammenhang ab einem gewissen Punkt nicht mehr als gegeben zu werten ist, obwohl nach der Definition der Bedingungslehre grundsätzlich jede noch so unbedeutende notwendige Bedingung für die Bejahung desselben ausreicht.<sup>238</sup> Die Abgrenzung zwischen zu berücksichtigenden Ursachen und blossen Gelegenheitsursachen, die aufgrund ihrer geringen Bedeutung für die Beurteilung der Haftungsbegründung ausser Acht zu lassen sind, nahm das Bundesgericht anhand des Kausalzusammenhangs im Sinne des Gesetzes vor. Es führte aus, dieser liege zwischen dem Unfall und der körperlichen Beeinträchtigung dann nicht vor, wenn der erstere zwar als äusserer Anlass der Störung erscheine, diese aber auf dem fehlerhaften Willen des Betroffenen beruhe und zudem dieser Wille – nach den Auffassungen des Lebens – ein freier Wille sei.<sup>239</sup>

Mit anderen Worten war sich das Bundesgericht bewusst, dass der Kausalzusammenhang bei Anwendung der Bedingungslehre zwischen dem Unfall und den gesundheitlichen Störungen von «Sidler» grundsätzlich zu bejahen gewesen wäre. Denn auch wenn der Unfall nur als äusserer Anlass die Störung verursacht haben sollte, so wäre der Kausalzusammenhang im Sinne der Bedingungslehre dennoch zu bejahen gewesen, da ohne den Unfall die psychische Störung mit hoher Wahrscheinlichkeit zumindest nicht zum selben Zeitpunkt eingetreten wäre. Für die Anwendung eines juristischen Kausalzusammenhangs spricht im Übrigen der Umstand, dass im Fall «Sidler» der Kausalzusammenhang als unterbrochen beurteilt worden war.<sup>240</sup> Die Anwendung der Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wurde vom Bundesgericht schon ab den 1880er-Jahren regelmässig angewandt.<sup>241</sup> Bei dieser Theorie geht es gerade darum, dass ein tatsächlich bestehender (natürlicher) Kausalzusammenhang zwar gegeben ist, die entsprechende Zurechnung jedoch aus rechtlichen Wertungsgesichtspunkten dennoch zu verneinen ist. Die Beurteilung, ob ein

---

<sup>238</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang insb. auch BGE 25 II 312 E. 4 S. 315, wo das Bundesgericht ausführte: «Es ist zwar richtig, dass die Frage, ob zwei Tatsachen zueinander in einem ursächlichen Zusammenhang stehen, an sich nicht rechtlicher, sondern rein tatsächlicher Natur ist [...] Vielfach aber ist die Frage, ob eine bestimmte Tatsache einer anderen als deren Wirkung zugeschrieben werden dürfte, von Erwägungen rechtlicher Natur beeinflusst».

<sup>239</sup> BGE 31 II 590 E. 2 S. 593.

<sup>240</sup> Vgl. BGE 32 II 13 E. 5 S. 19, wo das Bundesgericht dies unter Bezugnahme auf den Fall «Sidler» darlegte.

<sup>241</sup> Vgl. die zahlreichen Nachweise bei GMÜR, S. 71.

Kausalzusammenhang durch eine hinzutretende Ursache unterbrochen wurde, war dementsprechend stets eine Rechtsfrage.<sup>242</sup>

Insgesamt kann retrospektiv jedoch, wie bereits in allgemeiner Weise festgehalten wurde, nicht abschliessend beurteilt werden, auf welche der damals diskutierten Lehren der adäquaten Verursachung das Bundesgericht im Fall «Sidler» hauptsächlich zurückgriff. Es genüge jedenfalls für die Bejahung der Haftung nicht, dass der Kausalzusammenhang «rein tatsächlich» gegeben war oder dass die schädigende Handlung nur als die entfernte Veranlassung des eingetretenen Schadens erschien.<sup>243</sup>

### 6.3.2. Beispiele aus der Praxis

Im Fall «Sidler» verneinte das Bundesgericht den Kausalzusammenhang resp. -nexus im Sinne des Gesetzes zwischen dem Unfallereignis und der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung unter Berufung auf eine von den Vorinstanzen festgestellte Aggravation der Beschwerden.<sup>244</sup>

«Partant de la déclaration positive du médecin-expert que le demandeur ne souffrait pas d'une névrose traumatique au sens médico-légal, le Tribunal avait admis qu'il s'agissait d'une volonté libre, dont la défectuosité était sans relation avec l'accident.»<sup>245</sup>

Das Bundesgericht 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.<sup>246</sup> Es hielt es für erwiesen, dass die beklagten gesundheitlichen Beschwerden weitgehend auf bewusste Autosuggestion zurückzuführen gewesen 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

---

<sup>242</sup> GMÜR, S. 70.

<sup>243</sup> GMÜR, S. 52; vgl. auch Fn. 238.

<sup>244</sup> BGE 31 II 590 E. 2 S. 593.

<sup>245</sup> BGE 36 II 104 E. 2 S. 112. In dieser Entscheidung wurde eingehend auf den Fall «Sidler» Bezug genommen.

<sup>246</sup> 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 maladif qui, de son côté, serait apparu ensuite de l'accident et de ses conséquences.»



ein fehlerhafter Wille herausbilden konnte. Für die Herausbildung der neurotischen Folgen mass es dem Unfall mit anderen Worten praktisch keine Bedeutung bei.

Neben der Gelegenheitsursache war demnach im Fall «Sidler» die Frage nach der Natur des fehlerhaft gebildeten Willens das massgebende Zurechnungselement. Das Bundesgericht unterschied in subtiler Weise danach, ob der fehlerhafte Wille, die Beschwerden zu übertreiben, auf übertriebenen Egoismus oder auf unfallbedingte Zwangsvorstellungen zurückzuführen war. Nur wenn Ersteres zutraf, erachtete es das Gericht als angemessen, den Kausalzusammenhang im Sinne des Gesetzes zu verneinen.<sup>247</sup> Freilich bezeichnete es die Frage nach dem Charakter des Willens als eine Tatfrage,<sup>248</sup> zu deren Überprüfung das Bundesgericht grundsätzlich gar nicht befugt ist. Damit hob es die Bedeutung der gutachterlichen Beurteilung und insgesamt der Feststellung des Sachverhalts hervor. Es ist daher nicht erstaunlich, dass der Gutachter im Fall «Sidler» ausführte, der Kläger habe sich in Gedanken beständig mit dem Prozess und dessen Aussichten beschäftigt und sei durch sein ununterbrochenes Sinnen und Trachten nach einer Entschädigung in einen Zustand psychischer Erregung und abnormer Empfindlichkeit geraten. Von dieser durch übertriebenen Egoismus zu erklärenden unrichtigen Gedankenrichtung hätte sich nach gutachterlicher Einschätzung der Kläger bei gutem Willen, namentlich wenn er die Arbeit schon früher wiederaufgenommen hätte, befreien können.<sup>249</sup>

Unter Anwendung der aufgezeigten Zurechnungskonzeption wurde in BGE 32 II 13, dem ein vergleichbarer Sachverhalt<sup>250</sup> mit unklaren Beschwerden zugrunde lag, dagegen der Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und den gesundheitlichen Störungen trotz erwiesener Autosuggestion bejaht.<sup>251</sup> Massgebend war in diesem Fall, dass die Aggravation gemäss gutachterlicher 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 Schwäche<sup>252</sup> beruhte.<sup>253</sup> 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

<sup>247</sup> BGE 31 II 590 E. 2 S. 593.

<sup>248</sup> BGE 31 II 590 E. 2 S. 592 f.; analog auch 32 II 13 E. 5 S. 18 f.

<sup>249</sup> BGE 31 II 590 E. 2 S. 594.

<sup>250</sup> Vgl. zum Sachverhalt dieses Entscheids Fn. 220.

<sup>251</sup> BGE 32 II 13 E. 5 S. 19.

<sup>252</sup> 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).

<sup>253</sup> BGE 32 II 13 E. 5 S. 18 f.

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.»<sup>254</sup> Ausgehend von diesen vorinstanzlichen Feststellungen bejahte das Bundesgericht in BGE 32 II 13 den Kausalzusammenhang zwischen der Störung und dem Unfall. Es räumte interessanterweise noch ein, dass das Vorhandensein eines Schadens infolge des Unfalls insofern auf den ersten Blick als zweifelhaft erscheinen möge, als der Experte erklärt habe, der Kläger könne trotz seiner Beschwerden einen Beruf vollständig ausfüllen.<sup>255</sup> Auch dürfte zudem massgebend gewesen sein, dass der Gutachter im Unterschied zu BGE 31 II 590 die Neurose auf eine funktionelle Nervenstörung und damit auf eine nicht nachweisbare organische Grundlage zurückgeführt hatte.<sup>256</sup> Da das Bundesgericht bis zum damaligen Zeitpunkt praktisch immer den gutachterlichen Einschätzungen gefolgt war, erscheint es insgesamt als natürlich, dass es im betreffenden Fall die grundsätzliche Schadenersatzpflicht ebenfalls bejahte.<sup>257</sup>

Weil der Kläger in BGE 32 II 13 im Gegensatz zum Fall «Sidler» seine Stelle verloren hatte, betrachtete das Bundesgericht die unterschiedliche Beurteilung der vergleichbaren Fälle zusätzlich als sachlich gerechtfertigt. Es führte aus, dass Sidler seine Stelle nicht verloren hatte und ihm stets der volle Lohn ausbezahlt sowie die Heilungskosten ersetzt worden seien. Vor diesem Hintergrund waren die Sorgen um die ökonomische Existenz und das Streben nach Entschädigung im jüngeren Entscheid für das Bundesgericht erklärbar. Es bezeichnete es als nicht auffällig, wenn sich beim Kläger durch den Unfall unter diesen Umständen eine Zwangsvorstellung entwickelt habe.<sup>258</sup> Aus diesen Ausführungen lässt sich erkennen, dass das Bundesgericht schon damals viel Wert darauf legte, im Einzelfall eine gerechte und billige Rechtsprechung auszuüben.

Wie schon in den beiden dargelegten Fällen betrachtete es das Bundesgericht auch im vergleichbaren BGE 36 II 104<sup>259</sup> als erwiesen, dass der Kläger bereits vor dem Unfall an einem degenerativen psychischen Zustand gelitten hatte und dieser den Nährboden für die Entstehung der traumatischen Hysterie, die infolge des Unfalls beim Geschädigten eingetreten war, gebildet hatte. Die Experten hatten die konstitutionelle Prädisposition als primäre und hauptsächliche Ursache der eingetretenen

---

<sup>254</sup> BGE 32 II 13 E. 1 S. 16.

<sup>255</sup> BGE 32 II 13 E. 5 S. 18.

<sup>256</sup> BGE 32 II 13 E. 1 S. 16.

<sup>257</sup> In diesem Sinne auch KÖHL, S. 156.

<sup>258</sup> BGE 32 II 13 E. 5 S. 18.

<sup>259</sup> Vgl. zum Sachverhalt dieses Entscheids Fn. 221.

traumatischen Hysterie beschrieben.<sup>260</sup> Eine Simulation schlossen sie dagegen in diesem Fall aus. Sie räumten aber ein, dass der Geschädigte die Beschwerden erheblich übertrieb. Für das Bundesgericht war jedenfalls massgebend, dass eine Simulation nicht in Betracht kam. Nur diesfalls wäre es, wie im Fall «Sidler», bereit gewesen, schon die haftungsbegründende Kausalität zu verneinen. Dementsprechend nahm es auch nicht an, dass der hysterische Zustand des Klägers als Folge seines freien Willens zu betrachten war,<sup>261</sup> und bejahte infolgedessen auch in diesem Entscheid den Kausalzusammenhang im Rechtssinn.

### 6.3.3. Zurechnungsprüfung anhand des Normzwecks

In BGE 32 II 13 prüfte das Bundesgericht vor der eigentlichen Kausalitätsbeurteilung in kurzer Form, ob überhaupt von einem Betriebsunfall im Sinne des damaligen Fabrikhaftpflichtgesetzes ausgegangen werden konnte. In seinen Erwägungen definierte es den massgebenden Unfallbegriff. Dabei führte es aus, dass der Arbeiter während der Verrichtung seiner Arbeit dem schädigenden Ereignis ausgesetzt worden war und deshalb von einem Unfall im Sinne des Gesetzes ausgegangen werden müsse.<sup>262</sup> Obwohl sich im konkreten Fall aufgrund des speziellen Unfallhergangs eine ausserordentliche Gefahr für das Gewerbe verwirklicht hatte, war nach Auffassung des Bundesgerichts dennoch von einem Unfall im Sinne des Gesetzes auszugehen.<sup>263</sup> Mit diesen Ausführungen griff das Bundesgericht auf zwei Kerngedanken der erst später dogmatisch begründeten Normzwecklehre zurück. So prüfte es nämlich, ob der Geschädigte zum geschützten Personenkreis gehörte und ob sich diejenige Gefahr verwirklicht hatte, vor der die betreffende Norm schützen sollte.<sup>264</sup>

## 6.4. Restriktivere Zurechnung beim Schadentatbestand

Wie bereits dargelegt, folgten die Gerichte in der Schweiz bis in das 20. Jahrhundert hinein praktisch immer den gutachterlichen Einschätzungen. Noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts prognostizierten die Gutachter regelmässig, dass die infolge leichter

<sup>260</sup> BGE 36 II 104 E. 2 S. 114.

<sup>261</sup> BGE 36 II 104 E. 2 S. 113.

<sup>262</sup> BGE 32 II 13 E. 3 S. 17.

<sup>263</sup> BGE 32 II 13 E. 3 S. 17.

<sup>264</sup> Vgl. zur erst später dogmatisch begründeten Normzwecklehre insb. ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.103 ff.

äusserlicher Verletzungen eingetretenen traumatischen Neurosen zu dauerhaften Arbeitsunfähigkeiten führten.<sup>265</sup> Allmählich wirkte sich die in Ärztekreisen zunehmend verbreitete psychogenetische Betrachtung der traumatischen Neurose jedoch auf die gutachterlichen Einschätzungen aus. Die Gutachter stellten in Fällen mit unklaren Beschwerden ab 1905 weniger pessimistische Arbeitsunfähigkeitsprognosen. Daraus resultierte eine ab diesem Zeitpunkt insgesamt restriktivere Beurteilung der Neurosefälle als noch wenige Jahre zuvor. Freilich wurde die Kausalität zwischen dem Unfall und den später eingetretenen unklaren Beschwerden weiterhin oft bejaht. In Abweichung zur vorangegangenen Praxis nahm das Bundesgericht ab 1905 mehrheitlich an, dass in solchen Fällen eine gewisse Zurückhaltung geboten sei, «da erfahrungsgemäss die Erledigung des Prozesses geeignet ist, einen günstigen Einfluss auf das Befinden des Haftpflichtklägers auszuüben.»<sup>266</sup>

### 6.4.1. Beispiele aus der Praxis

Die Annahme der erheblich kürzeren Arbeitsunfähigkeitsprognosen lässt sich anhand mehrerer Beispiele aus der Praxis illustrieren. Das Bundesgericht nahm zum Beispiel in BGE 32 II 13<sup>267</sup> 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.<sup>268</sup> Letztlich sprach es dem Kläger einen Betrag von CHF 930 zu. Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 8'464.<sup>269</sup> Eingeklagt hatte dieser ursprünglich CHF 5'430, was heute näherungsweise einem Betrag von CHF 49'418 entspricht.<sup>270</sup> Die konkrete Festlegung des Quantitativs der

---

<sup>265</sup> In diesem Sinne zuletzt noch im Jahr 1904 BGE 30 II 486; vgl. zu diesem Entscheid Fn. 175.

<sup>266</sup> BGE 32 II 13 E. 6 S. 19.

<sup>267</sup> Vgl. zum Sachverhalt dieses Entscheids Fn. 220.

<sup>268</sup> BGE 32 II 13 E. 2 S. 17 und E. 6 S. 20.

<sup>269</sup> 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 8'464 im Jahr 2017 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](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>270</sup> 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 49'418 im Jahr 2017 entsprechen. Vgl. zur Berechnung Fn. 269.

Entschädigung lässt den Schluss zu, dass das Bundesgericht dem beim Kläger festgestellten ausgeprägten «Sinnen und Trachten auf eine Entschädigung»<sup>271</sup> bei der Schadensfestlegung in erheblicher Weise Rechnung getragen hatte.

In BGE 36 II 104<sup>272</sup> sprach das Bundesgericht dem Geschädigten einen Schadenersatz von CHF 1'200 zu. Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 10'921.<sup>273</sup> Bei der Berechnung des Schadens ging das Bundesgericht von einer vollumfänglichen Arbeitsunfähigkeit von drei Jahren und einer anschliessend verminderten von sechs Monaten aus. Da die Umstände des Einzelfalls nach Ansicht des Bundesgerichts sehr speziell waren, reduzierte es aufgrund Zufalls im Sinne des damaligen Art. 5 lit. a FHG den Schadenersatzbetrag um etwas mehr als die Hälfte.<sup>274</sup> Dabei übte es vergleichsweise grosses Ermessen aus, zumal die medizinischen Sachverständigen bezüglich Arbeitsunfähigkeit keine genaue Prognose gestellt hatten. Zur Herabsetzung führte wohl die Feststellung der Sachverständigen, dass nach Beendigung des Prozesses mit einer raschen Heilung zu rechnen sei.<sup>275</sup> Die Kürzung wegen Zufalls erfolgte freilich ohne Darlegung der massgebenden Gründe. Es ist aber naheliegend, dass es mit dieser Herabsetzung der konstitutionellen Prädisposition des Geschädigten, die in bedeutender Weise zur Vergrösserung des Schadens beigetragen hatte, Rechnung trug.

In einem anderen Fall nahm das Bundesgericht an, dass es dem Kläger ohne den Unfall wahrscheinlich gelungen wäre, in absehbarer Zeit eine mehr oder weniger seiner kurz vor dem Unfall aufgegebenen langjährigen Stellung als Oberbürgermeister von Jena entsprechende berufliche Betätigung, z.B. im Aufsichtsrat einer grösseren Unternehmung, auszuüben.<sup>276</sup> Das Bundesgericht erwartete sodann die vollständige Heilung des Klägers innert ungefähr eines Jahres nach Beendigung des Prozesses. Entsprechend sprach es ihm eine Kapitalentschädigung von CHF 14'000, bemessen für dreieinhalb Jahre (zweieinhalb Jahre für die Zeit zwischen Unfall und Fällung

<sup>271</sup> BGE 32 II 13 E. 5 S. 18.

<sup>272</sup> Vgl. zum Sachverhalt dieses Entscheids Fn. 221.

<sup>273</sup> 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 1'200 einem Betrag von CHF 10'921 im Jahr 2017 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](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>274</sup> BGE 36 II 104 E. 3 S. 115 f.

<sup>275</sup> BGE 36 II 104 E. 3 S. 115.

<sup>276</sup> BGE 41 II 393 E. 2 S. 402.

des Urteils sowie ein Jahr für danach), zu. Es nahm mit anderen Worten an, dass der Geschädigte ab Herbst 1916 voraussichtlich eine ähnliche Tätigkeit würde ausüben können, wie wenn der Unfall nicht stattgefunden hätte.<sup>277</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht der zugesprochene Betrag von CHF 14'000 heute näherungsweise CHF 127'412.<sup>278</sup>

### **6.4.2. Verzicht auf Einräumung von Rektifikationsvorbehalten**

Von einer im Vergleich zu früher erheblich geänderten Auffassung zeugt insbesondere auch die ab 1905 in zahlreichen Entscheiden dargelegte Erfahrungsregel, dass von einem Hinausschieben der Liquidation des Haftpflichtfalles mittels eines Rektifikationsvorbehaltes schon deshalb abzusehen sei, weil dies einer Besserung des Zustands des Klägers zweifellos im Wege stehe.<sup>279</sup> Zuvor hatte das Bundesgericht nämlich zugunsten der Geschädigten in mehreren Entscheiden Rektifikationsvorbehalte eingeräumt, da – nach früherer medizinischer Auffassung – ganz allgemein mit einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes gerechnet worden war.<sup>280</sup>

### **6.4.3. Grosse Bedeutung des Falles «Sidler»**

Nach Einschätzung von WEYENETH-PÜNTER trug der Entscheid «Sidler» viel dazu bei, dass sich die damals aufgekommene moderne psychologische Auffassung auch in der Rechtsprechung durchzusetzen begann. Die unklaren Beschwerden wurden in der Folge in ihrer Bedeutung für die Arbeitsunfähigkeit als nicht mehr so gravierend eingeschätzt wie noch gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Angesichts der deutlich günstigeren Prognosen wurden fortan meist nur noch niedrigprozentige und zeitweilige Entschädigungen in Kapitalform ausgerichtet.<sup>281</sup> Der ursächliche Zusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und danach eingetretenen psychischen Störungen wurde jedoch in der Regel weiterhin grundsätzlich bejaht, da die Gutachter bei den

---

<sup>277</sup> BGE 41 II 393 E. 3 S. 404.

<sup>278</sup> Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner entsprechen im Jahr 1915 zugesprochene CHF 14'000 unter Zugrundelegung der Indexbasis Juni 1914 einem Betrag von CHF 127'412 im Jahr 2017 (vgl. zum Teuerungsrechner <[http://www.portal-stat.admin.ch/lik\\_rechner/d/lik\\_rechner.htm](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>279</sup> BGE 41 II 393 E. 5 S. 405; 38 II 646 E. 5 S. 656; 32 II 13 E. 6 S. 19.

<sup>280</sup> Vgl. BGE 16 137 E. 5 S. 143; 6 621 Sachverhalt A S. 621 und E. 8 S. 628; 6 256 E. 7 S. 266.

<sup>281</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 54 f.

Geschädigten selten einen freien Willen im Sinne einer egoistischen Begehrungshaltung diagnostizierten.<sup>282</sup>

## 7. Zusammenfassung der Entwicklung (1875–1915)

Bereits ab 1881 anerkannte das Bundesgericht die grundsätzliche Haftung für nach Unfällen eingetretene unklare Beschwerden. Zunächst traten Fälle der Rückenmarkentzündung und der Spinalirritation auf.<sup>283</sup> Diese Beschwerdebilder wurden schon wenige Jahre später durch dasjenige der traumatischen Neurose abgelöst.<sup>284</sup> Die in den Entscheiden beschriebenen Beschwerdebilder (Kopfweg, Zittern, Betäubungsgefühl, Schwindel, Gemütsstörungen, Wesensveränderungen, Angstzustände, Mattheit sowie weitere diffuse Beschwerden) weisen teilweise Parallelen zu später aufgetretenen «unklaren Beschwerdebildern», insbesondere zum um die Jahrtausendwende kontrovers diskutierten HWS-Schleudertrauma, auf.<sup>285</sup> Insgesamt beruhten einige der bis 1904 ergangenen Entscheide zu traumatischen Neurosen – im Vergleich zum organisch nicht nachweisbaren HWS-Schleudertrauma der 1990er- und 2000er-Jahre – freilich auf schweren Unfällen mit teilweise gravierenden Verletzungen der Betroffenen oder anderer Personen.

Schon in der Anfangszeit des Bundesgerichts bestand die Problematik vor allem darin, dass sich die subjektiv beklagten Beschwerden in zahlreichen Fällen nicht oder nur beschränkt objektivieren liessen.<sup>286</sup> Bis 1904 gingen die Gerichte in der Regel von unfallbedingtem langanhaltendem gesundheitlichen Beeinträchtigungen aus. Sie stützten sich dabei weitgehend auf die gutachterlichen Einschätzungen, welche die Aussichten auf Genesung regelmässig als ungünstig beurteilten.<sup>287</sup> Hierfür war vor allem massgebend, dass die Ursache unklarer Beschwerden nach damaliger medizi-

<sup>282</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 54.

<sup>283</sup> Vgl. BGE 6 621 E. 1 S. 623 und 6 256 E. 1 S. 259.

<sup>284</sup> Vgl. u.a. BGE 19 785; 19 420 E. 5 S. 423; 18 268 E. 1 S. 270.

<sup>285</sup> Ähnlich auch MEYER, Schmerzstörung, S. 15, wonach bei der «railway spine» wie bei der späteren HWS-Distorsion nach abgeschlossener erfolgreicher Heilung medizinisch nicht erklärbare Beschwerdebilder bestehen blieben.

<sup>286</sup> Vgl. z.B. BGE 36 II 104 Sachverhalt G S. 108: «Il n'y a aucune lésion anatomique, aucune altération organique.»

<sup>287</sup> Vgl. hierzu insb. BGE 30 II 486 E. 4 S. 492; 21 1042 E. 3 S. 1048; 19 420 E. 5 S. 423; 6 256 E. 1 S. 259; vgl. auch die entsprechenden Zitate aus den Entscheiden in Fn. 166.

nischer Auffassung jeweils in somatischen Verletzungen vermutet wurde. In einzelnen Fällen wurden verhältnismässig hohe Entschädigungen für dauerhafte Invaliddität zugesprochen, auch wenn die erlittenen äusserlichen Verletzungen nach gutachterlicher Einschätzung eher unbedeutend waren.<sup>288</sup>

Ab 1905 änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung im Zuge des sich damals anbahnenden medizinischen Paradigmenwechsels grundlegend. Zunehmend handhabte es die Neurosefälle restriktiver.<sup>289</sup> In relativ konstanter Rechtsprechung wies das Bundesgericht fortan darauf hin, dass die traumatische Neurose erfahrungsgemäss nach Erledigung der Entschädigungsfrage und Beendigung des Prozesses auszuheilen pflege.<sup>290</sup> Die zugesprochenen Kapitalentschädigungen fielen fortan deutlich tiefer aus als zuvor (bis 1904). Dauerhafte Renten wurden praktisch nicht mehr gewährt. In wenigen Fällen<sup>291</sup> nahm das Bundesgericht gleichwohl noch eine bleibende Invaliddität an, was im Zuspruch verhältnismässig hoher Entschädigungszahlungen resultierte. Der Grund dafür ist im Umstand zu suchen, dass regelmässig die vorinstanzlichen, auf Gutachten der Sachverständigen basierenden Einschätzungen betreffend Verursachung der gesundheitlichen Beeinträchtigungen, Heilungsdauer und des voraussichtlichen Grades der Arbeitsunfähigkeit übernommen wurden und diese medizinisch-gutachterlichen Einschätzungen zu Beginn des 20. Jahrhunderts sehr uneinheitlich ausfielen.<sup>292</sup>

### 7.1. Uneinheitliche Zurechnungsprüfung

Die Entscheide des Bundesgerichts um die Jahrhundertwende vom 19. zum 20. Jahrhundert beruhten mehrheitlich auf den Bestimmungen des Eisenbahnhaftpflicht- oder

---

<sup>288</sup> Vgl. BGE 30 II 486 E. 4 S. 492; 28 II 200 Sachverhalt F S. 205; vgl. auch den erst später ergangenen BGE 38 II 220 E. 4 S. 228.

<sup>289</sup> Vgl. hierzu insb. BGE 36 II 104; 32 II 13; 31 II 590 (Fall «Sidler»).

<sup>290</sup> 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. in diesem Zusammenhang auch die gutachterliche Einschätzung in BGE 18 268 E. 1 S. 270, wonach «[d]ie Erfahrung lehre, dass bei solchen Verletzungen ein langes Hin- und Herziehen des Falles für den Patienten nur von Schaden sein könne.» Vgl. auch die klare Haltung des Bundesgerichts im Jahr 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.»

<sup>291</sup> BGE 38 II 646; 34 II 287.

<sup>292</sup> Vgl. hierzu NÄGELI, S. 35 ff., Nachuntersuchungen, wonach die Prognosen höchst unterschiedlich ausfielen. Er weist an der erwähnten Stelle auf zahlreiche Beispiele hin. Insb. fielen die Prognosen in Deutschland deutlich ungünstiger aus als in der Schweiz.



Fabrikhaftpflichtgesetzes.<sup>293</sup> Diese Gesetze sahen verschuldensunabhängige Gefährdungshaftungen vor. In dogmatischer Hinsicht wurde die Beurteilung der Zurechnung in den bundesgerichtlichen Entscheiden uneinheitlich vorgenommen. Es kamen verschiedene Zurechnungselemente zur Anwendung. Auch legte das Bundesgericht seinen Entscheiden keine genauen Definitionen der verwendeten Zurechnungstheorien zugrunde. Das Bundesgericht wandte bei der Beurteilung schwieriger Zurechnungsfragen in Fällen mit unklaren Beschwerden unter anderem den natürlichen Kausalzusammenhang,<sup>294</sup> den Kausalzusammenhang oder -nexus im Rechtssinne,<sup>295</sup> die Theorie der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs,<sup>296</sup> Zurechnungskonzepte im Sinne der Normzwecklehre<sup>297</sup> sowie in Fällen der Verschuldenshaftung das Element der Voraussehbarkeit<sup>298</sup> an. Weiters erfolgte die Zurechnung im weiteren Sinne auch anhand des Begriffs des Unfalls im Sinne des anwendbaren Haftpflichtgesetzes.<sup>299</sup>

Im Journal des Tribunaux des Jahres 1915 wurde im Anschluss an die Wiedergabe des BGE 41 II 90 in der Form eines Resümees die damalige jüngere Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum adäquaten Kausalzusammenhang dargestellt.<sup>300</sup> Eingangs wurde in kritischer Weise bemerkt, dass es der Rechtsprechung zum adäquaten Kausalzusammenhang an Klarheit fehle. Zur Untermauerung dieser Einschätzung wurden danach zehn Bundesgerichtsentscheide der vorangegangenen zehn Jahre erläutert, in denen die Frage der Zurechnung jeweils Schwierigkeiten bereitet hatte.<sup>301</sup> Die Kausalität wurde in diesen Entscheiden offensichtlich in unterschiedli-

<sup>293</sup> Vgl. zur Entstehung und Entwicklung dieser Erfolgshaftungen in der Schweiz LANDOLT, *Geschichte*, S. 73 ff.; vgl. zur seit 1875 im Eisenbahnhaftpflichtgesetz verankerten Gefährdungshaftung bei Personenschäden auch GAUCH, *Eisenbahnen*, S. 195 ff.; aufschlussreich auch ERISMANN, insb. S. 12 ff.

<sup>294</sup> Vgl. BGE 32 II 13 E. 5 S. 19; BGE 31 II 590 E. 2 S. 593 f.

<sup>295</sup> Vgl. BGE 32 II 13 E. 5 S. 19; BGE 31 II 590 E. 2 S. 593.

<sup>296</sup> Vgl. BGE 38 II 646 E. 1 S. 653; 36 II 104 E. 2 S. 111; 32 II 13 E. 5 S. 19; 29 II 614 E. 5 S. 621.

<sup>297</sup> Vgl. BGE 32 II 13 E. 3 S. 17; 21 1042 E. 3 S. 1046.

<sup>298</sup> BGE 29 II 614 E. 5 S. 620. Das Bundesgericht wandte das Element der Voraussehbarkeit auch in zahlreichen anderen Entscheiden, die nicht unklare Beschwerdebilder betrafen, an. Dies gilt etwa für BGE 36 II 18 E. 2 S. 22; vgl. zur hinsichtlich dieses Elementes insgesamt unklaren und verwirrenden Praxis des Bundesgerichts LANZ, S. 47 f.

<sup>299</sup> Vgl. BGE 32 II 13 E. 3 S. 17.

<sup>300</sup> DE FÉLICE/GUEX/RAMBERT, S. 375 ff.; vgl. auch BGE 42 II 362 E. 1 S. 365, wo explizit auf diese Ausführungen verwiesen wurde.

<sup>301</sup> Diskutiert wurden folgende Entscheide: BGE 38 II 471; 38 II 250; 36 II 18; 35 II 561; 35 II 315; 35 II 275; 33 II 564; 32 II 6; 31 II 623; 31 II 416.

cher und uneinheitlicher Weise beurteilt. Nach Darlegung der wesentlichen Erwägungen der zehn Entscheide resümierten die Autoren treffend:

«Par la juxtaposition de ces arrêts on peut se rendre compte que la théorie du TF en matière de causalité est quelque peu flottante.»<sup>302</sup>

Sie fassten in der Folge die ihrer Ansicht nach massgebenden Leitgedanken der Rechtsprechung wie folgt zusammen:

«1° Pour qu'un acte soit considéré comme la cause d'un dommage, il n'est pas nécessaire, qu'il en soit la cause immédiate et directe.»

«2° [D]'autre part, il ne suffit pas qu'il ait contribué à le produire, qu'il en soit une des conditions. Quant à savoir quelles conditions méritent le titre de cause, il est plus difficile de le dire avec précision et, malgré l'abondance des définitions ébauchées, on doit convenir que le TF (pas plus que les nombreux juristes qui se sont livrés à ces recherches) n'est pas parvenu à indiquer un critère objectif qui permette de distinguer les causes des simples conditions.»<sup>303</sup>

Diese Leitgedanken waren auch für die damalige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Fällen mit unklaren Beschwerden zutreffend. Es lässt sich daraus schliessen, dass das Bundesgericht schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts zwischen der Prüfung des natürlichen und derjenigen des Kausalzusammenhangs im Rechtssinn differenzierte.<sup>304</sup> Umstritten war schon damals, anhand welchen Kriteriums die Unterscheidung zwischen relevanten, für die Bejahung oder Verneinung des juristischen Kausalzusammenhangs zu berücksichtigenden Ursachen, und einfachen, hierfür nicht ausreichenden Bedingungen, vorgenommen werden sollte.

## 7.2. Haftungsbegründende Zurechnung

Im Umgang mit unklaren Beschwerdebildern hat sich zusammenfassend bis zum Beginn des Ersten Weltkriegs eine Zurechnungspraxis herausgebildet, die im Wesentlichen auf den nachfolgend dargelegten Grundsätzen basierte.

Die Haftung ist zu bejahen, wenn zwischen schädigendem Ereignis und eingetretenem Schaden ein Kausalzusammenhang besteht.<sup>305</sup> In unübersichtlicher und unein-

---

<sup>302</sup> DE FÉLICE/GUËX/RAMBERT, S. 379.

<sup>303</sup> DE FÉLICE/GUËX/RAMBERT, S. 379 f.

<sup>304</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch die entsprechende Unterscheidung in BGE 31 II 227 E. 4 S. 232.

<sup>305</sup> BGE 36 II 104 E. 2 S. 111. In diesem Entscheid wurde ausdrücklich auf die mit BGE 6 267 E. 7 S. 272 begründete Rechtsprechung zur Beurteilung der Kausalität in Fällen mit Vorzuständen verwiesen.

heitlicher Weise beurteilte das Bundesgericht in den ersten vier Jahrzehnten seiner Tätigkeit den Kausalzusammenhang in Fällen mit unklaren Beschwerdebildern fallweise auch jeweils zwischen dem Unfall und der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung,<sup>306</sup> dem Unfall und dem Betrieb<sup>307</sup> oder dem Unfall und der Erwerbsunfähigkeit.<sup>308</sup>

**a) Natürlicher Kausalzusammenhang:** Es ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob zwischen dem Betrieb resp. Unfall und der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht.<sup>309</sup>

**aa) Grundsätzliches Genügen der Mittelbarkeit der Verursachung:** Der Kausalzusammenhang ist zu bejahen, selbst wenn der Unfall nicht die einzige oder unmittelbare Ursache des eingetretenen Schadens ist.<sup>310</sup>

**bb) Tatfrage:** Die Feststellung des natürlichen Kausalzusammenhangs ist eine Tatfrage. Das Bundesgericht ist grundsätzlich an die entsprechenden vorinstanzlichen Feststellungen gebunden.<sup>311</sup>

**b) Kausalzusammenhang resp. -nexus im Rechtssinn:** In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob zwischen dem Betrieb resp. Unfall und der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung ein Kausalzusammenhang im Rechtssinne besteht.<sup>312</sup>

Die Beurteilung soll gemäss Bundesgericht schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts jeweils anhand der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs erfolgt sein.<sup>313</sup> In den bis zu Beginn des Ersten Weltkriegs ergangenen Bundesgerichtsentscheiden ist insgesamt jedoch keine einheitliche Handhabung erkennbar. Im Jahr 1915 definierte das Bundesgericht den adäquaten Kausalzusammenhang, freilich nicht in einem Fall mit unklaren Beschwerden, erstmals ausdrücklich:

«[...] on ne doit regarder comme la «cause» d'un dommage que les actes qui, d'après les données de l'expérience, étaient généralement propres à amener le résultat dommageable et l'on doit dénier la qualité de cause (au sens juridique de ce mot) aux con-

<sup>306</sup> BGE 32 II 13 E. 5 S. 19; 31 II 590 E. 2 S. 593; vgl. auch BGE 31 II 227 E. 4 S. 231 f.

<sup>307</sup> BGE 19 420 E. 3 S. 421 f.

<sup>308</sup> BGE 38 II 646 E. 1 S. 652.

<sup>309</sup> BGE 31 II 590 E. 2 S. 593; vgl. auch BGE 31 II 227 E. 4 S. 232, wo ausdrücklich von «natürlichem Kausalzusammenhang» die Rede ist.

<sup>310</sup> BGE 36 II 104 E. 2 S. 113; 31 II 590 E. 2 S. 593; ähnlich auch BGE 27 II 253 Sachverhalt E S. 257; vgl. hierzu auch BGE 6 267 E. 7 S. 273.

<sup>311</sup> Vgl. etwa BGE 36 II 104 E. 2 S. 111; 31 II 590 E. 2 S. 593, betr. Feststellung des Willens des an einer traumatischen Neurose erkrankten Geschädigten.

<sup>312</sup> BGE 32 II 13 E. 5 S. 19; 31 II 590 E. 2 S. 593; vgl. hierzu auch BGE 31 II 227 E. 4 S. 232 (Haftpflichtfall zu Bruchaustritt).

<sup>313</sup> BGE 42 II 362 E. 1 S. 365; 41 II 90 E. 1 S. 94; 33 II 564 E. 6 S. 571.

ditions qui ont contribué il est vrai, à la survenance de l'effet, mais qui objectivement, dans le cours ordinaire des choses, n'étaient pas de nature à le produire.»<sup>314</sup>

An dieser Adäquanzformel hat das Bundesgericht bis heute in konstanter Rechtsprechung festgehalten. Bis 1915 spielte sie freilich bei unklaren Beschwerdebildern noch keine bedeutende Rolle. Vielmehr ist durch die Analyse der Bundesgerichtsentscheide ersichtlich geworden, dass das Bundesgericht zwecks Beurteilung des Kausalzusammenhangs im Rechtssinn in Fällen unklarer Beschwerdebilder unterschiedliche Zurechnungskriterien angewandt hat. Interessant ist zudem, dass zahlreiche dieser Zurechnungselemente bis heute in der Rechtspraxis Anwendung finden.

**aa) Verwirklichung der Betriebsgefahr (im Sinne der Normzwecklehre):** Das Bundesgericht prüfte in einzelnen Fällen, ob der Geschädigte zum geschützten Personenkreis gehörte und ob sich beim schädigenden Ereignis diejenige Gefahr verwirklicht hat, vor der die betreffende Haftpflichtbestimmung schützen sollte.<sup>315</sup>

**bb) Grundsätzliche Nichtberücksichtigung anlagebedingter Schwächen bei der Beurteilung des Kausalzusammenhangs:** Der Kausalzusammenhang ist zu bejahen, selbst wenn zum Eintritt des Erfolges noch andere vom Schädiger nicht zu vertretende Umstände wie etwa die krankhafte Prädisposition des Geschädigten mitwirkten.<sup>316</sup> Der Kausalzusammenhang ist zu bejahen, selbst wenn die Schädigung ohne eine früher erlittene Verletzung<sup>317</sup> oder ohne die Krankheit oder krankhafte Anlage<sup>318</sup> des Geschädigten nicht eingetreten wäre.

**cc) Keine Unterscheidung bei der Beurteilung von physischen und psychischen Unfallfolgen:** Die dargelegten Grundsätze gelten nicht nur für physische, sondern auch für psychische Störungen.<sup>319</sup>

**dd) Unterbrechung des Kausalzusammenhangs:** Der Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Schaden ist unter gewissen Voraussetzungen als unterbrochen<sup>320</sup> zu beurteilen. In Bezug auf unklare Beschwerden betrachtete das Bundesgericht die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs freilich nur sehr selten, nämlich im Falle einer nachgewiesenen Simulation, als gegeben.<sup>321</sup>

---

<sup>314</sup> BGE 41 II 90 E. 1 S. 94.

<sup>315</sup> BGE 32 II 13 E. 3 S. 17; 21 1042 E. 3 S. 1046; 19 420 E. 3 S. 421 f.

<sup>316</sup> BGE 36 II 104 E. 2 S. 111; 32 II 13 E. 5 S. 19; 31 II 590 E. 2 S. 593; 27 II 253 E. 3 S. 261; 17 I 737 E. 2 S. 739; 6 267 E. 7 S. 273.

<sup>317</sup> BGE 6 267 E. 7 S. 272.

<sup>318</sup> BGE 38 II 646 E. 1 S. 652; 31 II 227 E. 4 S. 232.

<sup>319</sup> BGE 36 II 104 E. 2 S. 111; 31 II 590 E. 2 S. 593.

<sup>320</sup> Vgl. BGE 38 II 646 E. 1 S. 653; 36 II 104 E. 2 S. 111; 32 II 13 E. 5 S. 19; 29 II 614 E. 5 S. 621.

<sup>321</sup> BGE 31 II 590 E. 2 S. 593.

**ee) Spezifische Rechtsprechung zu Aggravation und Simulation:** Bei vermuteter Aggravation/Simulation ist die Frage des Charakters der fehlerhaften Willensbildung entscheidend für die Beurteilung der Kausalität im Rechtssinn. Das Bundesgericht erwähnte, dass die Feststellung einer entsprechenden Willensbildung im Einzelfall eine Tatfrage sei, an die es grundsätzlich gebunden ist.<sup>322</sup>

- **Unbewusste Aggravation:** Der Kausalzusammenhang im Rechtssinne ist zu bejahen, sofern die fehlerhafte Willensbildung auf Zwangsvorstellungen, die durch den Unfall und dessen unmittelbare Folgen ausgelöst wurden, zurückzuführen ist. Hierunter fällt die unbewusste Aggravation.<sup>323</sup>
- **Bewusste Aggravation oder Simulation:** Der Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der körperlichen Beeinträchtigung ist nicht gegeben, wenn die unrichtige, auf übertriebenen Egoismus zurückzuführende Gedankenrichtung, die den Kläger an der Wiederaufnahme der Arbeit gehindert hat, auf seinem freien Willen beruht und er sich bei gutem Willen davon hätte frei machen können. Dies ist der Fall bei Simulation.<sup>324</sup> In solchen Fällen ist der Kausalzusammenhang als unterbrochen zu beurteilen.<sup>325</sup>

**ff) Voraussehbarkeit:** Der Schädiger ist von der Haftpflicht zu entbinden, wenn er die Folgen des schädigenden Ereignisses nicht hat voraussehen müssen oder können.<sup>326</sup> Diesem Entscheid lag ein nach den Grundsätzen der Verschuldenshaftung zu beurteilender Sachverhalt zugrunde.

### 7.2.1. Zurechnung beim Schadenstatbestand

In den meisten Fällen mit unklaren Beschwerden, die vom Bundesgericht von Anbeginn seiner Tätigkeit bis zum Beginn des Ersten Weltkriegs zu beurteilen waren, war die prinzipielle Frage der Entschädigungspflicht vor Bundesgericht ausser Streit.<sup>327</sup> Umstritten waren meist einzig das Quantitativ der gesprochenen Entschädigungen resp. der Umfang der Haftung<sup>328</sup> und teilweise auch die Frage, ob ein Rektifikations-

<sup>322</sup> BGE 36 II 104 E. 2 S. 111; 31 II 590 E. 2 S. 593.

<sup>323</sup> BGE 36 II 104 E. 2 S. 111 f.; 31 II 590 E. 2 S. 593.

<sup>324</sup> BGE 36 II 104 E. 2 S. 112 ff.; 32 II 13 E. 5 S. 19; 31 II 590 E. 2 S. 593 f.

<sup>325</sup> BGE 32 II 13 E. 5 S. 19.

<sup>326</sup> BGE 29 II 614 E. 5 S. 620.

<sup>327</sup> Die Frage der grundsätzlichen Haftung war u.a. in folgenden Entscheiden umstritten: BGE 36 II 104; 32 II 13; 31 II 590; 27 II 253; 18 268.

<sup>328</sup> Dies gilt u.a. für folgende Entscheide: BGE 41 II 393 E. 1 S. 401; 34 II 586 E. 1 S. 590; 28 II 200 E. 2 S. 207; 16 137 E. 2 S. 140; 6 621 E. 2 S. 624; 6 256 E. 2 S. 260.

vorbehalt zugunsten des Geschädigten<sup>329</sup> oder dessen Angehörigen<sup>330</sup> in das Urteilsdispositiv aufgenommen werden sollte. In der Rechtspraxis wurde schon früh zwischen Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung unterschieden.<sup>331</sup> Die Schadenersatzbemessung ermöglichte in bestimmten Fällen in einem nachgelagerten Schritt, zwecks Vermeidung von Unbilligkeiten den berechneten Schaden zu reduzieren.<sup>332</sup>

**a) Haftung für den gesamten Schaden:** Grundsätzlich besteht die Haftung für den gesamten infolge der Schädigung beim Geschädigten entstandenen Schaden.<sup>333</sup>

**b) Haftung auch für psychische Unfallfolgen** nach einem Unfall mit unbedeutenden äusserlichen Verletzungen.<sup>334</sup>

**c) Feststellung des wirklichen Schadens:** Es muss der entstandene wirkliche Schaden ermittelt werden.<sup>335</sup> Es ist von einem ökonomischen Schadensbegriff auszugehen<sup>336</sup> und die Differenz zwischen der ökonomischen Lage vor und nach der Verletzung auszugleichen.<sup>337</sup>

**d) Umgang mit Vorzuständen:** Es ist nur derjenige Schaden zu decken, der eine Folge des Betriebsunfalls ist und nicht etwa auch derjenige, der auf die Krankheit oder krankhafte Disposition zurückgeht und auch ohne den Unfall bestehen würde.<sup>338</sup> Es ist von einer geringeren zu berücksichtigenden Dauer der Arbeitsunfähigkeit auszugehen, wenn sich ein Naturalfehler resp. eine Disposition auch ohne das schädigende Ereignis ausgewirkt hätte.<sup>339</sup> Eine krankhafte Veranlagung, die ohne den

---

<sup>329</sup> Ein solcher Rektifikationsvorbehalt wurde u.a. in folgenden Entscheiden vom Bundesgericht bestätigt: BGE 16 137 E. 5 S. 143; 6 621 Sachverhalt A S. 622.

<sup>330</sup> In diesem Sinne BGE 6 256 E. 7 S. 265 f.

<sup>331</sup> KÖHL, S. 11.

<sup>332</sup> KÖHL, S. 11.

<sup>333</sup> BGE 38 II 646 E. 1 S. 652; 19 801 E. 3 S. 806; vgl. auch 6 267 E. 7 S. 272; 6 256 E. 6 S. 263; KÖHL, S. 58.

<sup>334</sup> BGE 41 II 393 Sachverhalt A S. 394; 30 II 486 E. 1 S. 487 ff.; 28 II 200 Sachverhalt A S. 201 und E. 4 S. 212 ff.; vgl. zur Anerkennung rein psychischer Unfallfolgen BGE 31 II 227 E. 4 S. 231 und 232.

<sup>335</sup> BGE 16 542 E. 2 S. 544; 10 353 E. 5 S. 356.

<sup>336</sup> Vgl. BGE 31 II 227 E. 5 S. 233; 18 268 E. 4 S. 272.

<sup>337</sup> BGE 28 II 200 E. 5 S. 214; 19 801 E. 3 S. 806; 6 256 E. 6 S. 264.

<sup>338</sup> BGE 38 II 646 E. 1 S. 652 f.; 31 II 227 E. 5 S. 233; vgl. auch BGE 32 II 21 E. 4 S. 29, wo diese Rechtsprechung bestätigt wurde.

<sup>339</sup> BGE 38 II 646 E. 1 S. 652; 27 II 253 E. 3 S. 262; vgl. auch 17 737 E. 4 S. 740; 16 542 E. 2 S. 546.

Unfall keine Lohneinbusse bewirkt hätte, darf hingegen nicht zu einer Herabsetzung der Entschädigung führen.<sup>340</sup>

**e) Zumutbarkeitsüberlegungen über zukünftige Arbeitsfähigkeit:** Bei der Berechnung des Schadens wurde im Sinne der Schadenminderungspflicht die Überlegung angestellt, welches hypothetische Einkommen der Geschädigte, zum Beispiel als Handlanger oder Gartenarbeiter, in Zukunft noch zu erzielen fähig wäre.<sup>341</sup>

**f) Grosses Ermessen:** Das Bundesgericht verwies regelmässig auf das naturgemäss grosse richterliche Ermessen in solchen Fällen.<sup>342</sup> Es war oft schwierig, den Grad der Arbeitsunfähigkeit zu schätzen.<sup>343</sup> In der Regel folgte es diesbezüglich der gutachterlichen Einschätzung.

**g) Grundsätzliche Zurückhaltung:** Das Bundesgericht sprach sich ab 1905 für eine gewisse grundsätzliche Zurückhaltung bei der Zusprache von Schadenersatz aus, da die Erledigung des Prozesses erfahrungsgemäss geeignet sei, einen günstigen Einfluss auf das Befinden des Geschädigten auszuüben.<sup>344</sup>

**h) Reduktionsgründe im Rahmen der Schadenersatzbemessung:** In Fabrikhaftpflichtfällen konnte im Falle der in Art. 5 FHG normierten Reduktionsgründe (Zufall, Mitverschulden des Verunglückten oder Einwirkung früherer Verletzungen des Geschädigten) von der ermittelten Entschädigungssumme ein angemessener Abzug gemacht werden. In diesen Fällen ist ein Teil des berechneten Schadens nicht dem Fabrikherrn aufzuerlegen, sondern aus Billigkeitsgründen vom Geschädigten zu tragen.<sup>345</sup> Die damals massgebenden Eisenbahnhaftpflichtgesetze sahen dagegen den Reduktionsgrund des Zufalls nicht vor. Entsprechend konnte in deren Anwendungsbereich der Schadenersatzbetrag nicht wegen des Vorliegens einer konstitutionellen Prädisposition herabgesetzt werden.

---

<sup>340</sup> BGE 38 II 646 E. 1 S. 652. Vermutungsweise bezog sich das Bundesgericht in diesem Fall auf die Schadensberechnung und nicht auf einen womöglich bei der Bemessung zu berücksichtigenden Umstand.

<sup>341</sup> BGE 38 II 646 E. 4 S. 655 f.

<sup>342</sup> BGE 32 II 13 E. 6 S. 19; 6 267 E. 8 S. 273.

<sup>343</sup> In diesem Sinn ausdrücklich in BGE 27 II 253 Sachverhalt D S. 257.

<sup>344</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 290.

<sup>345</sup> BGE 16 542 E. 2 S. 544; 10 353 E. 5 S. 356.

### 7.3. Kasuistik

Nachfolgend werden sämtliche bundesgerichtliche Entscheide zu unklaren Beschwerden, die zwischen 1875 und 1915 amtlich publiziert wurden, in knapper Form aufgeführt. Neben den Diagnosen werden, soweit möglich, die jeweils zugesprochenen Kapitalentschädigungen und Rentenbeträge erwähnt. Zwecks besserer Vergleichbarkeit werden die zugesprochenen Beträge zusätzlich unter Berücksichtigung der im massgebenden Zeitraum eingetretenen Inflation angegeben. Bei den nach dem früheren FHG zu beurteilenden Fällen ist zu berücksichtigen, dass der maximal mögliche Schadenersatzbetrag gesetzlich auf CHF 6'000 beschränkt war.<sup>346</sup> Die besonders relevanten Entscheide (eindeutig unbedeutende organische Verletzungen und spätere Herausbildung unklarer Beschwerden) sind mittels Fettdruck hervorgehoben. Auffällig ist die ab 1905 deutlich restriktivere Zurechnungspraxis.

**aa) Periode 1875–1904** (bei Eisenbahnhaftpflichtfällen eher grosszügigere Praxis):

- BGE 6 256 vom 19. Juni 1880<sup>347</sup> (Diagnose: Rückenmarkentzündung nach Heilung aller äusserlichen Verletzungen; in organischer Hinsicht wurden zunächst eine bedeutende Quetschung des Kniegelenks und des Oberschenkels, Brüche des linken Mittelhandknochens und des linken Mittelfingers sowie mehrere Quetschungen des Kopfes und der Brust diagnostiziert,<sup>348</sup> Beurteilung nach aEHG): Annahme einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit von 100 %<sup>349</sup> und Zusprechung einer lebenslangen Rente von CHF 1'600 pro Jahr.<sup>350</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht der jährliche Rentenbetrag heute näherungsweise CHF 14'561.<sup>351</sup> Zudem wurde für den Fall des Todes des im Zeitpunkt des Unfalls 27 Jahre alten Wagenbremsers zugunsten seiner Hinterbliebenen ein Rektifikationsvorbehalt aufgenommen.<sup>352</sup>
- BGE 6 621 vom 9. Oktober 1880<sup>353</sup> (Diagnose: Spinalirritation; in organischer Hinsicht erlitt der Geschädigte einen Bruch des rechten Schlüsselbeins sowie

---

<sup>346</sup> Vgl. hierzu Fn. 154.

<sup>347</sup> Vgl. zu diesem Urteil 4.3.

<sup>348</sup> BGE 6 256 E. 1 S. 259

<sup>349</sup> BGE 6 256 E. 6 S. 263.

<sup>350</sup> BGE 6 256 E. 6 S. 265.

<sup>351</sup> Vgl. zur Berechnung Fn. 137.

<sup>352</sup> BGE 6 256 E. 7 S. 266; vgl. auch Sachverhalt A S. 257 zum von der Vorinstanz in Ziff. 4 des Urteilsdispositivs eingeräumten Rektifikationsvorbehalt: «Für den Fall des Todes des Klägers wird eine Rektifizierung dieses Urtheils zu Gunsten seiner Hinterlassenen vorbehalten.»

<sup>353</sup> Vgl. zu diesem Urteil 4.3.



mehrerer Rippen rechts, einen Bruch der linken grossen Zehe, eine Verletzung der Brustfelle mit nachheriger Entzündung derselben und eine Gehirnerschütterung, wahrscheinlich mit Quetschung verbunden und unter Mitbeteiligung des Rückenmarks;<sup>354</sup> Beurteilung nach aEHG): Annahme einer gänzlichen Arbeitsunfähigkeit für etwas weniger als drei Jahre und für danach noch eine solche von 50 %.<sup>355</sup> Insgesamt wurden dem Geschädigten als Kompensation für die eingetretene Arbeitsunfähigkeit CHF 12'825 zugesprochen.<sup>356</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 116'719.<sup>357</sup> Zudem wurde zugunsten des Klägers ein Rektifikationsvorbehalt eingeräumt.<sup>358</sup>

- BGE 16 137 vom 31. Januar 1890 (Diagnose: Läsion des Gehirns, die in Hirnsubstanz und einzelnen Nervengebieten krankhafte Störungen zur Folge hatte;<sup>359</sup> Beurteilung nach FHG): Der Geschädigte war nach dem Unfall<sup>360</sup> während 1½ Jahren phasenweise gänzlich arbeitsunfähig. Teilweise war er aber während dieser Zeit auch beschränkt arbeitsfähig.<sup>361</sup> Als Kompensation für den Einkommensausfall wurde ihm eine Kapitalentschädigung von CHF 1'400 zugesprochen. Aufgrund der angenommenen Einschränkung der Erwerbsfähigkeit über den Zeitpunkt der Fällung des Urteils hinaus erhielt der Geschädigte zusätzlich noch CHF 1'600.<sup>362</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht der insgesamt zugesprochene Betrag von CHF 3'000 heute näherungsweise CHF 27'303.<sup>363</sup> Für

<sup>354</sup> BGE 6 621 E. 1 S. 623.

<sup>355</sup> BGE 6 621 E. 1 S. 623 und E. 5 und 6 S. 627 ff.; WEYENETH-PÜNTER, S. 32.

<sup>356</sup> BGE 6 621 Sachverhalt A S. 621 und E. 8 S. 628.

<sup>357</sup> Vgl. zur Berechnung Fn. 145.

<sup>358</sup> Vgl. BGE 6 621 Sachverhalt S. 622 und E. 6 S. 628.

<sup>359</sup> BGE 16 137 E. 1 S. 139.

<sup>360</sup> In diesem Entscheid war nach gutachterlicher Einschätzung durch den Unfall eine Läsion des Gehirns herbeigeführt worden. Diese hatte in der Hirnsubstanz selbst und in einzelnen Nervengliedern krankhafte Störungen zur Folge (E. 1 S. 139). In Anbetracht dieses Sachverhalts ist eine organische Hirnverletzung erstellt, was zugegebenermassen eher gegen die Zurodnung zur Fallgruppe der unklaren Beschwerden spricht. Eine Aufnahme in diese Fallgruppe erscheint mir aber dennoch gerechtfertigt, da die typische Problematik der mangelnden bzw. fehlenden Objektivierbarkeit der beklagten Beschwerden durchaus auch in diesem Fall eine gewisse Bedeutung gehabt zu haben schien.

<sup>361</sup> Gemäss BGE 16 137 E. 1 S. 138 ereignete sich der Unfall am 7. März 1888. In der Zeit vom 7. März bis November 1888 konnte er zeitweise noch in reduzierter Form im Geschäft des Beklagten arbeiten. Während des Winters 1888/1889 war er dagegen vollständig arbeitsunfähig.

<sup>362</sup> BGE 16 137 E. 5 S. 142.

<sup>363</sup> Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner kann nur auf die Indexreihen ab dem Jahr 1915 zurückgegriffen werden. Unter Zu-

den Fall einer späteren wesentlichen Verschlimmerung des Zustandes wurde zugunsten des Geschädigten ein Rektifikationsvorbehalt eingeräumt.<sup>364</sup>

- **BGE 18 268** vom 11. Juni 1892 (Diagnose: traumatische Hysterie nach Unfall mit unbedeutenden Verletzungen [Kontusionen der Rückengegend, commotio cerebri,<sup>365</sup> Hautwunde des Schädels],<sup>366</sup> Beurteilung nach aEHG): Zusprechung einer Entschädigung von CHF 3'900 unter der Annahme einer dauerhaften Erwerbsunfähigkeit von 20 %, <sup>367</sup> obwohl der gerichtlich bestellte Gutachter den Geschädigten zwei Jahre nach dem Unfall als von der traumatischen Hysterie vollständig geheilt beurteilte.<sup>368</sup> In diesem Fall war die grundsätzliche Haftpflicht umstritten. Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht der insgesamt zugesprochene Betrag von CHF 3'900 heute näherungsweise **CHF 35'493**.<sup>369</sup> Die vom Geschädigten beantragte Einräumung eines Rektifikationsvorbehalts lehnte das Bundesgericht ab.<sup>370</sup>
- BGE 19 420 vom 30. Juni 1893 (Diagnose: traumatische Neurose nach Sturz aus 4.95 m Höhe mit verschiedenen Verletzungen [Zerreissung einer Ohrmuschel sowie verschiedene Kontusionen an Brust, Armen und Beinen],<sup>371</sup> Beurteilung

---

grundelegung der Indexbasis Juni 1914 würden im Jahr 1915 zugesprochene CHF 3'000 einem Betrag von CHF 27'303 im Jahr 2017 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](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>364</sup> BGE 16 137 E. 5 S. 143.

<sup>365</sup> Leichtes Schädel-Hirn-Trauma resp. Gehirnerschütterung.

<sup>366</sup> BGE 18 268 E. 1 S. 269 f.

<sup>367</sup> BGE 18 268 Sachverhalt A S. 268 und E. 5 S. 273.

<sup>368</sup> BGE 18 268 E. 1 S. 271. Das Bundesgericht räumte in diesem Zusammenhang in E. 5 S. 273 denn auch ein, «[m]an könnte sich angesichts dieses Gutachtens sogar fragen, ob hier von einer dauernden Erwerbsbeschränkung überhaupt die Rede sein könne, ob nicht vielmehr die Beschränkung nach einiger Zeit bei passendem Verhalten des Verletzten sich verlieren werde.»

<sup>369</sup> 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 3'900 einem Betrag von CHF 35'493 im Jahr 2017 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](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>370</sup> BGE 18 268 E. 5 S. 274.

<sup>371</sup> BGE 19 420 E. 1 S. 421 und E. 5 S. 424.

nach FHG): In der Annahme einer dauernden und gänzlichen Erwerbsunfähigkeit sprach das Bundesgericht bei einem Jahreslohn von CHF 900 eine Kapitalentschädigung von CHF 4'500 zu.<sup>372</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht der insgesamt zugesprochene Betrag heute näherungsweise CHF 40'954.<sup>373</sup> Ein Rektifikationsvorbehalt für den Betrag von CHF 1'500 wurde zugunsten des Schädigers eingeräumt, insbesondere weil der Geschädigte diesen vor Bundesgericht nicht bestritten hatte.<sup>374</sup>

- **BGE 19 785** vom 26. Oktober 1893 (Diagnose: traumatische Neurose aufgrund starker Erschütterung des Gehirns und des gesamten Nervensystems nach Münchener Eisenbahnunfall;<sup>375</sup> in somatischer Hinsicht erlitt der Geschädigte eher unbedeutende Verletzungen [verschiedene weniger bedeutende Quetschungen und Abschürfungen sowie eine sehr starke Quetschung der Brustmuskeln mit heftigen Schmerzen beim tiefen Atmen und Husten];<sup>376</sup> Beurteilung nach aEHG): Neben einer Entschädigung von CHF 1'500 für eine zehnwöchige volle Erwerbsunfähigkeit wurde dem Geschädigten in der Annahme einer dauerhaften Einschränkung der Erwerbsfähigkeit von ungefähr 1/3 eine lebenslängliche Jahresrente von CHF 2'500 zugesprochen.<sup>377</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entsprechen diese Beträge heute näherungsweise **CHF 13'651** für die **Entschädigung** und **CHF 22'752** für die **jährliche Rente**.<sup>378</sup>

<sup>372</sup> BGE 19 420 E. 5 S. 424.

<sup>373</sup> Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner kann nur auf die Indexreihen ab dem Jahr 1915 zurückgegriffen werden. Unter Zunamelegung der Indexbasis Juni 1914 würden im Jahr 1915 zugesprochene CHF 4'500 einem Betrag von CHF 40'954 im Jahr 2017 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](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>374</sup> BGE 19 420 E. 5 S. 424.

<sup>375</sup> Vgl. zu diesem Eisenbahnunfall Fn. 192.

<sup>376</sup> BGE 19 785 E. 1 S. 786 f.

<sup>377</sup> BGE 19 785 E. 4 S. 788.

<sup>378</sup> Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner kann nur auf die Indexreihen ab dem Jahr 1915 zurückgegriffen werden. Unter Zunamelegung der Indexbasis Juni 1914 würde die im Jahr 1915 zugesprochene Entschädigung von CHF 1'500 einem Betrag von CHF 13'651 im Jahr 2017 entsprechen. Die Rente von jährlich CHF 2'500 würde unter den gleichen Annahmen einem Betrag von CHF 22'752 entsprechen. Das Abstellen auf diese Beträge 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

- BGE 19 801 vom 16. November 1893 (erste Diagnose: traumatische Neurasthenie/Neurose als eine Folge des beim Münchensteiner Eisenbahnunfall<sup>379</sup> erlittenen Schreckens; zweite Diagnose: keine traumatische Neurose mehr, sondern ein Herzleiden, das als direkte Folge des Unfalls bezeichnet wurde; in somatischer Hinsicht erlitt der Geschädigte verschiedene Verletzungen [15 cm lange und 2 cm tiefe Haut- und Muskelwunde an Hinterseite des rechten Unterschenkels sowie zahlreiche leichtere und schwerere Quetschungen],<sup>380</sup> Beurteilung nach aEHG): Dem im Zeitpunkt des Unfalls 46 Jahre alten Geschädigten wurde namentlich unter Annahme eines jährlichen Einkommensausfalls von CHF 7'000 eine Kapitalentschädigung von CHF 78'500 zugesprochen.<sup>381</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht der insgesamt zugesprochene Betrag heute näherungsweise CHF 714'419.<sup>382</sup>
- **BGE 21 1042** vom 9. Oktober 1895 (Diagnose: schwere traumatische Neurose nach Eisenbahnunfall; in somatischer Hinsicht erlitt der Geschädigte zwei unbedeutende Risswunden an der Stirn und eine starke Quetschung der Lendengegend,<sup>383</sup> Beurteilung nach aEHG): Basierend auf einem Erwerbsausfall von CHF 3'500 pro Jahr sprach das Bundesgericht dem im Zeitpunkt des Unfalls 47 Jahre alten Geschädigten eine **Kapitalentschädigung** von CHF 37'700 und eine

---

1914–2014, S. 2; vgl. zum Teuerungsrechner <[http://www.portal-stat.admin.ch/lik\\_rechner/d/lik\\_rechner.htm](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>379</sup> Vgl. zum Sachverhalt dieses Entscheids Fn. 192.

<sup>380</sup> BGE 19 801 E. 1 S. 801 ff.

<sup>381</sup> BGE 19 801 E. 3 S. 808. Zusätzlich sprach das Gericht dem Kläger CHF 7'896.10 als Kompensation für bisherige Aufwendungen (Arztrechnungen, Abwart, verdorbene Kleider, Medikamente, Heilungs- und Pflegekosten) und die zukünftigen Heilungskosten (CHF 5'000) zu (vgl. E. 3 S. 805 und 808). In diesem Entscheid wurde die dauernde und gänzliche Arbeitsunfähigkeit zwei Jahre nach dem Unfall vom gerichtlichen Experten auf das durch den Unfall verursachte Herzleiden zurückgeführt. Die äusseren Verletzungen waren zu diesem Zeitpunkt verheilt. Auch lag nach Einschätzung des Sachverständigen keine traumatische Neurose mehr vor (vgl. E. 1 S. 804). Letztlich sprach sich das Bundesgericht, unabhängig der Prädisposition des Geschädigten zu Herzleiden, für eine volle Einstandspflicht aus (E. 3 S. 806).

<sup>382</sup> 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 78'500 einem Betrag von CHF 714'419 im Jahr 2017 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](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>383</sup> BGE 21 1042 E. 1 S. 1044 f.

Genugtuung von CHF 10'000 zu.<sup>384</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entsprechen diese Beträge zusammengerechnet heute näherungsweise **CHF 434'112**. Zusätzlich erhielt er als Ersatz für die zukünftigen Heilungskosten eine **jährliche Rente** von CHF 1'020 zugesprochen. Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise **CHF 9'283**.<sup>385</sup>

- BGE 27 II 253 vom 12. Juni 1901 (Diagnose: traumatische Hysterie nach einer während der Arbeit erlittenen Kontusion der rechten Hand, die normalerweise in-  
nert weniger Wochen verheilt wäre, jedoch sich die Bewegungseinschränkungen  
auch nach der Heilung weiter verschlimmerten;<sup>386</sup> die Verschlimmerung des Zu-  
stands der Hand wurde auf eine Entzündung des Zentralnervensystems zurückge-  
führt;<sup>387</sup> es war zudem umstritten, ob die zunächst eingetretene Entzündung der  
Hand auf den Unfall oder auf eine Krankheit zurückzuführen war;<sup>388</sup> Beurteilung  
nach FHG). In der Annahme einer unfallbedingt kurzzeitig vollständigen Arbeits-  
unfähigkeit und einer danach verbleibenden dauerhaften Invalidität von 25 % be-  
rechnete das Bundesgericht den maximalen gesetzlich vorgesehenen Schadener-  
satz von CHF 6'000. Es reduzierte den berechneten Schaden aufgrund des Zufall-  
scharakters des Unfalls im Sinne von Art. 5 lit. a FHG sowie der Vorteile der  
Kapitalabfindung um einen Drittel und sprach dem Geschädigten letztlich eine  
Kapitalentschädigung von CHF 4'000 zu.<sup>389</sup> Unter Berücksichtigung der Teue-  
rung entspricht der zugesprochene Betrag heute näherungsweise CHF 36'404.<sup>390</sup>

<sup>384</sup> BGE 21 1042 E. 3 und 5 S. 1049 f.

<sup>385</sup> Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner kann nur auf die Indexreihen ab dem Jahr 1915 zurückgegriffen werden. Unter Zusagelegung der Indexbasis Juni 1914 würde die im Jahr 1915 zugesprochene Kapitalentschädigung von insgesamt CHF 47'700 einem Betrag von CHF 434'112 im Jahr 2017 entsprechen. Die jährliche Rente von CHF 1'020 entspricht unter den gleichen Annahmen im Jahr 2017 CHF 9'283. Das Abstellen auf diese Beträge 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](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>386</sup> BGE 27 II 253 Sachverhalt A–D S. 253 ff. Vgl. insb. Sachverhalt D S. 256: «Il s'est produit une amélioration incontestable dans l'état objectif, tandis que l'état fonctionnel a plutôt empiré.»

<sup>387</sup> BGE 27 II 253 Sachverhalt D S. 256.

<sup>388</sup> BGE 27 II 253 E. 2 S. 259 f.

<sup>389</sup> BGE 27 II 253 Sachverhalt D und E S. 257 sowie E. 4 S. 262.

<sup>390</sup> Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner kann nur auf die Indexreihen ab dem Jahr 1915 zurückgegriffen werden. Unter Zusagelegung der Indexbasis Juni 1914 würden im Jahr 1915 zugesprochene CHF 4'000 einem Betrag von CHF 36'404 im Jahr 2017 entsprechen. Das Abstellen auf diesen Betrag

- **BGE 28 II 200** vom 1. Mai 1902<sup>391</sup> (Diagnose: schwere traumatische Neurose nach Eisenbahnunfall mit unbedeutenden äusseren Verletzungen;<sup>392</sup> Beurteilung nach aEHG): Dem Geschädigten wurden in der Annahme einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit als Kompensation eine Haftpflichtentschädigung von CHF 25'600 (eigentlich CHF 28'800<sup>393</sup>) und zusätzlich CHF 10'000 (eigentlich CHF 7'000) als Genugtuung zugesprochen.<sup>394</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entsprechen diese Beträge zusammengerechnet heute näherungsweise **CHF 323'922**.<sup>395</sup>
- **BGE 29 II 614** vom 9. Oktober 1903<sup>396</sup> (Diagnose: traumatische Neurose nach Faustschlag auf die Brust; Verschuldenshaftung nach damaligem Art. 51 Abs. 2 aOR): Bejahung der grundsätzlichen Haftpflicht und Rückweisung an die Vorinstanz zwecks Abklärung der neu aufgetretenen Simulationsvorwürfe für die Schadensfestsetzung.<sup>397</sup>
- **BGE 30 II 486** vom 26. Oktober 1904<sup>398</sup> (Diagnose: traumatische Neurose nach Sturz von Plattform eines aus dem Bahnhof losgefahrenen Zuges; unbedeutende somatische Verletzungen; Beurteilung nach aEHG): Dem Geschädigten wurde in der Annahme einer 66%igen Erwerbsunfähigkeit eine Kapitalabfindung von CHF 23'000 zugesprochen.<sup>399</sup> Zusätzlich erhielt er eine Genugtuung von CHF 5'000. Unter Berücksichtigung der Teuerung entsprechen diese Beträge zusammengerechnet heute näherungsweise **CHF 254'825**.<sup>400</sup>

---

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](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>391</sup> Vgl. zum Sachverhalt dieses Entscheids Fn. 173.

<sup>392</sup> BGE 28 II 200 Sachverhalt A und B S. 200 f.

<sup>393</sup> Das Bundesgericht bestätigte das vorinstanzliche Urteil und kompensierte dabei den zu tiefen Schadenersatzbetrag (CHF 3'200) mit der seiner Ansicht nach zu hohen Genugtuung (CHF 3'000), ohne das entsprechende Dispositiv anzupassen (BGE 28 II 200 E. 4 S. 212 f.).

<sup>394</sup> 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.

<sup>395</sup> Vgl. zur Berechnung Fn. 174.

<sup>396</sup> Vgl. zum Sachverhalt dieses Entscheids Fn. 193.

<sup>397</sup> BGE 29 II 614 E. 5 S. 620 f.

<sup>398</sup> Vgl. zum Sachverhalt Fn. 175.

<sup>399</sup> BGE 30 II 486 E. 4 S. 491.

<sup>400</sup> Vgl. zur Berechnung Fn. 176.

**bb) Periode 1905–1915** (restriktivere Praxis):

- **BGE 31 II 590** (Fall «Sidler») vom 13. Dezember 1905<sup>401</sup> (Diagnose: traumatische Neurose, nachdem ein 20 kg schwerer Kübel aus einer Höhe von ungefähr 60 cm auf den Rücken von Sidler gefallen war; Beurteilung nach FHG): **Ablehnung der Schadenersatzpflicht** infolge erwiesener **Simulation**, die auf einem freien Willen beruhte.<sup>402</sup>
- **BGE 32 II 13** vom 31. Januar 1906<sup>403</sup> (Diagnose: Neurasthenie, nachdem dem Geschädigten eine Röhre auf den Kopf gefallen war; Quetschwunde am Kopf, die genäht werden musste; Beurteilung nach FHG): Annahme einer beschränkten Erwerbsfähigkeit während fünf Jahren, nachdem der Geschädigte zuvor noch während eines halben Jahres den vollen Lohn erhalten hatte. Die Entschädigung wurde in abgestufter Weise berechnet. Für die letzten drei Jahre wurde nur noch eine Erwerbseinbusse von 10 % angenommen. Insgesamt erhielt der Geschädigte eine Kapitalentschädigung von CHF 930 zugesprochen. Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise **CHF 8'464**.<sup>404</sup> Den Antrag auf Einräumung eines Rektifikationsvorbehalts lehnte das Bundesgericht ab.<sup>405</sup>
- **BGE 34 II 586** vom 15. Oktober 1908 (Diagnose: schreckbedingte Störungen nervöser Art nach Eisenbahnunfall; in somatischer Hinsicht erlitt der Geschädigte zwei Wunden im Gesicht, eine Verstauchung der linken Hand und eine Quetschung der Rippen in der Herzgegend; die äusseren Verletzungen waren bald geheilt;<sup>406</sup> Beurteilung nach EHG): In der Annahme einer sechsjährigen Einschränkung der Erwerbsfähigkeit sprach das Bundesgericht dem Geschädigten CHF 6'967 als Schadenersatz und CHF 2'000 als Genugtuung zu. Unter Berücksichtigung der Teuerung entsprechen diese Beträge zusammengerechnet heute näherungsweise CHF 81'608.<sup>407</sup> Den Antrag auf Einräumung eines Rektifikationsvorbehalts lehnte das Bundesgericht ab.<sup>408</sup>

---

<sup>401</sup> Vgl. zum Sachverhalt Fn. 217.

<sup>402</sup> BGE 31 II 590 E. 2 S. 592 ff.

<sup>403</sup> Vgl. zum Sachverhalt Fn. 220.

<sup>404</sup> Vgl. zur Berechnung Fn. 269.

<sup>405</sup> BGE 32 II 13 Sachverhalt A S. 14 und E. 6 S. 20.

<sup>406</sup> BGE 34 II 586 E. 1 S. 590.

<sup>407</sup> 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 8'967 einem Betrag von CHF 81'608 im Jahr 2017 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 Infla-

- **BGE 36 II 104** vom 27. Januar 1910<sup>409</sup> (Diagnose: traumatische Hysterie, die sich in der Versteifung des zuvor gebrochenen, in der Zwischenzeit jedoch vollständig geheilten Beines äusserte; Beurteilung nach FHG): Unter Annahme einer dreimonatigen vollen und einer anschliessenden sechsmonatigen 50%igen Arbeitsunfähigkeit berechnete das Bundesgericht einen Schaden von CHF 2'470.<sup>410</sup> Es reduzierte den Schadenersatz sodann aufgrund eines Zufalls im Sinne von Art. 5 lit. a FHG um etwas mehr als die Hälfte auf CHF 1'200.<sup>411</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise **CHF 10'921**.<sup>412</sup> Der Kläger hatte ursprünglich CHF 6'186 eingeklagt.
- **BGE 38 II 220** vom 6. Juni 1912 (Diagnose: traumatische Neurose nach einem Eisenbahnunfall; in somatischer Hinsicht erlitt der Geschädigte leichte Verletzungen;<sup>413</sup> Beurteilung nach EHG): Dem Geschädigten wurden CHF 5'200 als Schadenersatz zugesprochen.<sup>414</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise **CHF 47'325**.<sup>415</sup> Den Antrag auf Einräumung eines Rektifikationsvorbehalts lehnte das Bundesgericht ab.<sup>416</sup>
- **BGE 38 II 646** vom 17. Oktober 1912 (Diagnose: traumatische Neurose, nachdem ein Bremser von einem losfahrenden Zug gesprungen und dabei gegen einen Kandelaber gestossen war; in somatischer Hinsicht erlitt der Geschädigte leichte Verletzungen;<sup>417</sup> Beurteilung nach FHG): Unter Annahme einer verminderten Erwerbsfähigkeit von 50 % (Grad von 60 % wurde aufgrund leichten Selbstverschuldens des Geschädigten um 10 % reduziert) und unter Anrechnung des hypothetisch möglichen Einkommens, das der Betroffene etwa als Handlanger oder

---

tion vor 1915 BFS, Preisindizes 1914–2014, S. 2; vgl. zum Teuerungsrechner <[http://www.portal-stat.admin.ch/lik\\_rechner/d/lik\\_rechner.htm](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>408</sup> BGE 34 II 586 Sachverhalt A S. 587 und E. 2 sowie 3 S. 595.

<sup>409</sup> Vgl. zum Sachverhalt Fn. 221.

<sup>410</sup> BGE 36 II 104 E. 3 S. 115.

<sup>411</sup> BGE 36 II 104 E. 3 S. 116.

<sup>412</sup> Vgl. zur Berechnung Fn. 273.

<sup>413</sup> BGE 38 II 220 E. 1 S. 224.

<sup>414</sup> BGE 38 II 220 Sachverhalt A S. 221 und E. 4 S. 228.

<sup>415</sup> 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 5'200 einem Betrag von CHF 47'325 im Jahr 2017 entsprechen. Das Abstellen auf diesen Betrag ist insofern gerechtfertigt, als die Inflation gemäss Schätzungen des Bundesamtes für Statistik zwischen 1912 und 1915 nur wenig zugenommen hat (vgl. zur Schätzung der Inflation vor 1915 BFS, Preisindizes 1914–2014, S. 2).

<sup>416</sup> BGE 38 II 220 E.4 S. 228.

<sup>417</sup> BGE 38 II 646 Sachverhalt A S. 646 f. und E. 2 S. 654.



als Gärtner noch zu erzielen fähig eingeschätzt wurde, wurde dem Geschädigten eine Kapitalentschädigung von CHF 16'951 zugesprochen. Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise **CHF 154'269**.<sup>418</sup> Den Antrag auf Einräumung eines Rektifikationsvorbehalts lehnte das Bundesgericht ab.<sup>419</sup>

- **BGE 41 II 393** vom 16. Juni 1915<sup>420</sup> (Diagnose: traumatische Neurose nach einem Eisenbahnunfall; in somatischer Hinsicht erlitt der Geschädigte leichte Verletzungen; Beurteilung nach EHG): Das Bundesgericht nahm an, dass es dem Kläger ohne den Unfall wahrscheinlich gelungen wäre, in absehbarer Zeit eine mehr oder weniger seiner kurz vor dem Unfall aufgegebenen langjährigen Stellung als Oberbürgermeister von Jena entsprechende berufliche Betätigung, z.B. im Aufsichtsrat einer grösseren Unternehmung, auszuüben.<sup>421</sup> Es erwartete sodann die vollständige Heilung des Klägers innert ungefähr eines Jahres nach Beendigung des Prozesses. In Anbetracht dessen sprach es dem Geschädigten eine Entschädigung von CHF 14'000, bemessen für dreieinhalb Jahre (zweieinhalb Jahre für die Zeit zwischen Unfall und Fällung des Urteils sowie für ein weiteres Jahr), zu.<sup>422</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht der zugesprochene Betrag von CHF 14'000 heute näherungsweise **CHF 127'412**.<sup>423</sup> Den Antrag auf Einräumung eines Rektifikationsvorbehalts lehnte das Bundesgericht ab.<sup>424</sup>

Die in den aufgeführten hervorgehobenen Entscheiden verletzten Personen erlitten gemäss der massgebenden gutachterlichen Einschätzungen in den meisten Fällen unbedeutende äusserliche Verletzungen. In einigen Fällen waren die Neurosen freilich auf schwere Unfälle zurückzuführen, bei denen andere Personen schwer verletzt oder gar getötet wurden,<sup>425</sup> oder die betroffenen Personen hatten schon zuvor mehr-

<sup>418</sup> 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 16'951 einem Betrag von CHF 154'269 im Jahr 2017 entsprechen. Das Abstellen auf diesen Betrag ist insofern gerechtfertigt, als die Inflation gemäss Schätzungen des Bundesamtes für Statistik zwischen 1912 und 1915 nur wenig zugenommen hat (vgl. zur Schätzung der Inflation vor 1915 BFS, Preisindizes 1914–2014, S. 2).

<sup>419</sup> BGE 38 II 646 E. 4 und 5 S. 655 f.

<sup>420</sup> Vgl. zum Sachverhalt Fn. 214.

<sup>421</sup> BGE 41 II 393 E. 2 S. 402.

<sup>422</sup> BGE 41 II 393 E. 3 S. 404.

<sup>423</sup> Vgl. zur Berechnung Fn. 278.

<sup>424</sup> BGE 41 II 393 E. 5 S. 405.

<sup>425</sup> Vgl. hierzu Fn. 182.

fach in Lebensgefahr geschwebt.<sup>426</sup> Ab 1905 wurden die Fälle mit traumatischen Neurosen, wie bereits einleitend in dieser Zusammenfassung erwähnt, deutlich restriktiver beurteilt. Wurden Unfälle mit unbedeutenden äusserlichen Verletzungen und danach aufgetretenen unklaren Beschwerden teuerungsbereinigt 1902 noch mit CHF 323'922<sup>427</sup> oder 1904 mit CHF 254'825<sup>428</sup> entschädigt, so fielen die Beträge ab 1905 deutlich geringer aus. Der Wendepunkt zu einer deutlich restriktiveren Praxis erfolgte mit dem Entscheid «Sidler».<sup>429</sup> Dieser Entscheid war freilich der einzige, in welchem die haftungsbegründende Zurechnung zwischen schädigender Handlung und eingetretenen unklaren Beschwerden verneint wurde. In der Folge bejahte das Bundesgericht in mehreren Fällen, in welchen gutachterlich festgestellt war, dass die betroffenen Personen eigentlich arbeitsfähig wären und ihre Beschwerden erheblich übertrieben, dennoch den rechtserheblichen Kausalzusammenhang.<sup>430</sup> Den ausgeprägten Begehrungstendenzen wurde dafür im Rahmen der Schadensberechnung und -ersatzbemessung Rechnung getragen. Die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung erscheint zu einem bedeutenden Mass vom Prinzip der Billigkeit geprägt, was in mehreren Entscheiden auch ausdrücklich dargelegt wurde. Die Gutachter und auch das Bundesgericht gingen ab 1905 in der Regel praktisch nicht mehr von einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit aus. Die Erfahrung zeigte zudem, dass die unklaren Beschwerden in vielen Fällen nach Beendigung des Prozesses wieder verschwanden. Dennoch blieb die Praxis bis in das Jahr 1915 teilweise uneinheitlich, was hauptsächlich mit den höchst unterschiedlichen gutachterlichen Einschätzungen zu erklären ist.

## 8. Die rein psychogene «Neurose» (1916–1990)

Nach den Erfahrungen mit Kriegsneurosen, Schreckneurosen oder Kriegszitterern während des Ersten Weltkrieges wurde das frühere neurologische Erklärungsmodell definitiv aufgegeben.<sup>431</sup> Das Modell der Psychogenie organmedizinisch unerklärli-

---

<sup>426</sup> Vgl. etwa BGE 38 II 646 Sachverhalt A S. 646, wonach der Geschädigte wiederholt in dienstlicher Eigenschaft bei der Auffindung von Verunfallten oder der Bergung von Leichen zugegen war. Zweimal schwebte er dabei selbst in Lebensgefahr.

<sup>427</sup> BGE 28 II 200.

<sup>428</sup> BGE 30 II 486.

<sup>429</sup> BGE 31 II 590.

<sup>430</sup> Vgl. insb. BGE 36 II 104; 32 II 13.

<sup>431</sup> MEYER, Schmerzstörung, S. 15; THOMANN/RAUSCHMANN, S. 548 f. Vgl. zu den im Ersten Weltkrieg sehr oft aufgetretenen Neurosen, die zunächst auf die organische Ein-

cher Schädigungen setzte sich weitgehend durch.<sup>432</sup> Nachdem sich also weder anatomische Veränderungen noch feinere neuritische Prozesse als Ursache der traumatischen Neurosen bestätigt hatten, wurde die Krankheit ab 1916 auf rein psychische Störungen zurückgeführt.<sup>433</sup>

## 8.1. Charakterisierung des Beschwerdebildes

Fortan bestand in der herrschenden medizinischen Lehre ein Konsens darüber, dass die infolge von Unfällen auftretenden langanhaltenden unklaren Beschwerden nicht auf organische Verletzungen zurückzuführen waren. Vielmehr wurden diese oftmals auch infolge von eher geringfügigen Unfällen beklagten Beschwerdebilder nun weitgehend mit seelischen Störungen und psychischen Verhaltensweisen erklärt. In der Schweiz entbrannte infolgedessen in Ärztekreisen ein heftiger Disput für und wider die Entschädigungsberechtigung von Unfallneurosen.<sup>434</sup>

## 8.2. Gerichtliche Anerkennung

Im Bereich des Haftpflichtrechts wirkte sich die nun definitiv vorherrschende psychogenetische Betrachtungsweise in einer im Vergleich zur Jahrhundertwende vom 19. in das 20. Jahrhundert 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 Naegelischen 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 Kapitalab-

---

wirkung von Granatschocks («shell shock») zurückgeführt wurden, RIBI, S. 101; vgl. auch FELLER, S. 13; HAUSOTTER, S. 27.

<sup>432</sup> KIND, S. 199; MEYER, Schmerzstörung, S. 15.

<sup>433</sup> NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 79.

<sup>434</sup> SUVA, Fünfjahresbericht 1923–1927, S. 33.

findung. Dadurch sind in der Schweiz im [Arbeitgeberhaftpflichtrecht] die Neurosen bis auf ganz vereinzelte Fälle verschwunden!»<sup>435</sup>

Diese Feststellungen eines Privatversicherers decken sich in vielen Teilen mit der von WEYENETH-PÜNTER vorgenommenen Untersuchung über die damalige Haftpflichtpraxis. Sie stellte ebenfalls fest, dass sich basierend auf den Forschungsergebnissen von NAEGELI zur Zeit des Ersten Weltkriegs eine entsprechende Praxis etabliert hatte. Der damalige haftpflichtrechtliche Umgang mit Neurosefällen beruhte zusammengefasst auf folgenden Grundsätzen:<sup>436</sup>

1. Sämtliche Formen von Neurosen, die sich an einen Unfall anschlossen, wurden prinzipiell entschädigt.
2. Die Entschädigung wurde für die Dauer des Rechtsstreites und nach Beendigung noch für maximal drei Jahre (i. d. R. 1–3 Jahre<sup>437</sup>) gewährt.
3. Die Entschädigung wurde immer in der Form einer Kapitalabfindung ausgerichtet.
4. Die Entschädigungsbemessung erfolgte angepasst auf den konkreten Fall. Meist wurde für die Dauer des Rechtsstreites eine 100%ige und danach für die Heilungsfrist (max. drei Jahre) eine progressiv abnehmende Erwerbsunfähigkeit angenommen.
5. Ein Rektifikationsvorbehalt wurde in der Regel verweigert.
6. Schmerzensgelder wurden nicht mehr zugesprochen.

Die aufgezeigten Grundsätze dieser Haftpflichtpraxis waren demnach auch für die aussergerichtliche Anspruchserledigung massgebend. In diesem Sinne wurde ein Grossteil der Neurosefälle aussergerichtlich auf gütlichem Wege mit einer Abfindung erledigt.<sup>438</sup> Dabei gestaltete sich die Entschädigungsbemessung so, dass die angenommene ein- bis dreijährige Heilungsfrist in der Regel bereits mit dem Unfall zu laufen begann und der abgestufte Schadenersatz sofort in Kapitalform ausbezahlt wurde. Der grosse Vorteil dieser aussergerichtlichen Abfindungspraxis lag für den Versicherer darin, dass eine Entschädigung für die Dauer des Rechtsstreits vermieden werden konnte.<sup>439</sup> Mit anderen Worten fielen die in dieser Weise geleisteten

---

<sup>435</sup> Schreiben der «Zürich»-Versicherungsgesellschaft vom 14. Juni 1916 an HOCH (zit. nach NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 187).

<sup>436</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 83; vgl. NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 178 ff., der dieser Praxis mit seinen Untersuchungen die wissenschaftliche Grundlage geliefert hatte.

<sup>437</sup> NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 179.

<sup>438</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 83.

<sup>439</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 83.

Entschädigungen tiefer aus, da ein Rechtsstreit erfahrungsgemäss den Heilungsprozess verzögerte und dadurch höhere Abfindungen hätten geleistet werden müssen.

### 8.3. Begründung und Entwicklung der Neurosenpraxis im Unfallversicherungsrecht

Im 20. Jahrhundert erhielt die Forderung nach der Einführung einer Arbeiterunfallversicherung aufgrund des insgesamt unbefriedigenden Schutzes der Arbeiterschicht vor den Gefahren der Industriearbeit erheblichen Auftrieb. Mit der Parole «Haftpflicht bedeutet den Streit, Versicherung den Frieden»,<sup>440</sup> erlangte diese Idee breite Unterstützung. Eine generelle Versicherungslösung wurde demnach einer Regelung von Schadensfällen über das Haftpflichtrecht vorgezogen. Eine entsprechende Vorlage kam am 4. Februar 1912 zur Abstimmung und wurde mit einer geringen Mehrheit von etwa 46'000 Stimmen angenommen.<sup>441</sup> Als sechs Jahre später das Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung (KUVG) in Kraft trat, bedeutete dies die Ersetzung eines grossen Teils der damaligen Haftpflichtfälle, nämlich der Haftpflicht der Arbeitgeber allgemein sowie der Eisenbahnbetriebe gegenüber ihren Angestellten, durch die soziale Unfallversicherung.<sup>442</sup> In Würdigung der besonderen Natur der zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten wurden gegen Ende des Ersten Weltkriegs Sondergerichte, die kantonalen Versicherungsgerichte und als oberste Instanz das Eidgenössische Versicherungsgericht, errichtet.<sup>443</sup> Fortan gab es in der Schweiz zwei Gerichte, nämlich das Bundesgericht und das EVG, welche sich unabhängig voneinander als letzte Instanzen mit Neurosefällen und damit zusammenhängenden schwierigen Zurechnungsfragen zu befassen hatten.

#### 8.3.1. Massgeblichkeit der damaligen Haftpflichtpraxis

Unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus der damaligen Haftpflichtpraxis<sup>444</sup> und als Folge der in der Schweiz 1909 und 1910 von NAEGELI veröffentlichten Untersuchungen,<sup>445</sup> wonach in 115 von 138 Fällen mit «traumatischen Neurosen», die mit

<sup>440</sup> Ludwig Forrer, in: Botschaft Unfall- und Krankenversicherung 1889, Denkschrift über die Einführung einer schweizerischen Unfallversicherung, S. 901.

<sup>441</sup> MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 39.

<sup>442</sup> Vgl. MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 39 ff.

<sup>443</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 84.

<sup>444</sup> Vgl. 8.2.

<sup>445</sup> NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 182; vgl. zur Untersuchung Fn. 209.

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 nicht mehr zu beobachten waren,<sup>446</sup> schuf der Gesetzgeber Art. 82 KUVG. Diese 1918 in Kraft getretene 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 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.»

Nach ursprünglicher Auffassung wurde mit diesem Artikel gewissermassen eine Art Zwangsheilmittel für funktionelle Unfallneurosen eingeführt. Gleichzeitig sollten damit aber auch die Versicherungsneurosen an sich bekämpft werden.<sup>447</sup> Im Grunde knüpfte Art. 82 KUVG an die damalige haftpflichtrechtliche Neurosenpraxis an.<sup>448</sup> Freilich wurden die vom EVG als Begehrungsneurosen bezeichneten Zustände psychischer Störungen im Unfallversicherungsrecht von Anfang an restriktiver beurteilt als zuvor im Haftpflichtrecht.

### **8.3.2. Herausbildung der unfallversicherungsrechtlichen Neurosenpraxis**

Nach Aufnahme seiner Tätigkeit im Jahr 1917 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.<sup>449</sup> 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

---

<sup>446</sup> KLEMPERER, S. 123.

<sup>447</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 85.

<sup>448</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 85; in diesem Sinne auch PICCARD, Haftpflichtpraxis, S. 120.

<sup>449</sup> Vgl. zur Neurosenpraxis des EVG insb. MAURER, Unfallversicherung, S. 257 ff.

als abfindungswürdig.<sup>450</sup> Dagegen lehnte es das EVG in konstanter Rechtsprechung ab, Begehrungsneurosen als leistungsberechtigte Unfallfolgen anzuerkennen.<sup>451</sup> Ausführlich äusserte es sich erstmals in EVGE 1927 S. 11<sup>452</sup> vom 8. März 1927 zur sogenannten Begehrungsneurose:

«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.»<sup>453</sup>

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,<sup>454</sup> Schreckneurose,<sup>455</sup> Angstneurose»), oder sich diese erst nachträg-

<sup>450</sup> 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. Vgl. auch 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 [...]».

<sup>451</sup> 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; vgl. ferner EVGE 1927 S. 155, 209, 224; 1928 S. 22; 1929 S. 15, 74, 81; vgl. hierzu Fn. 450.

<sup>452</sup> Diesem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Arbeiter wurde heftig von einer Kurbel 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 Versicherungsgericht 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).

<sup>453</sup> EVGE 1927 S. 11 E. 3 S. 14; ebenso S. 199 E. 1 S. 205.

<sup>454</sup> 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.

<sup>455</sup> 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

lich, zumeist aufgrund des Entschädigungswunsches, herausgebildet hatte (sogenannte «Begehrungsneurose»).<sup>456</sup> 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 ärztliche Fehldiagnosen oder eine lang andauernde Fehlbehandlung zurückzuführen waren (sogenannte «Behandlungsneurose»).<sup>457</sup> Diesfalls konnte ausnahmsweise doch ein Leistungsanspruch bestehen.

---

KUVG eine Abfindung von CHF 1'527.40 zu (E. 5 S. 18). Der Bauarbeiter war aus einer Höhe von 1.2 m rückwärts hinuntergestürzt. Der erstbehandelnde Arzt diagnostizierte eine Erschütterung mit folgenden Auswirkungen: «impotence fonctionnelle totale, parésie des quatre extrémités plus marquée à droite qu'à gauche, pas de troubles de la sensibilité, tremblement de tout le corps, rétention d'urine» (S. 9 Sachverhalt A. S. 9 f.). Gemäss gutachterlicher Einschätzung war erstellt, dass der Verunfallte an einer traumatischen Hysterie litt und die funktionellen Störungen rein psychogen zu erklären waren (Sachverhalt D und E S. 11). Das EVG führte aus, dass der Kausalzusammenhang zwischen einer Begehrungsneurose und dem Unfallschaden stets kategorisch zu verneinen sei. Im konkreten Fall war erwiesen, dass die zu Beginn konstatierten psychischen Störungen nicht auf Begehrungsvorstellungen beruhten, sondern vielmehr auf den erlittenen Schrecken zurückzuführen waren (E. 3a S. 15).

<sup>456</sup> Vgl. statt vieler zur Begehrungsneurose EVGE 1927 S. 206. Das EVG lehnte in diesem Entscheid die geforderte Abfindung gestützt auf Art. 28 aMVG ab (vgl. zur Rechtsnatur dieser Anspruchsgrundlage Fn. 458). Infolge eines Blitzschlags war bei einem Militärdienstleistenden eine heftige Schreckreaktion aufgetreten. Einige Tage später kehrte er in den Dienst zurück. Nachdem die Beschwerden (u.a. Schmerzen in den Schultern, im Kreuz sowie im linken Arm, Schwindelgefühle) anhielten, wurde der Betroffene für eine Behandlung nach Hause geschickt. Der Zustand besserte sich jedoch nicht. Gutachterlich war erstellt, dass der Militärdienstleistende an keiner organischen Verletzung litt. Die Militärversicherung forderte den Betroffenen in der Folge mittels eines Entscheides auf, die Arbeit wieder aufzunehmen (S. 206 Sachverhalt A und B S. 206 f.). Gegen diesen Entscheid reichte der Kläger Berufung an das EVG ein. Er brachte u.a. vor, immer noch teilweise arbeitsunfähig zu sein. Das vom Gericht eingeholte medizinische Gutachten kam zu folgender Konklusion: «Normalement les suites directes du coup de foudre – névrose émotionnelle après fulguration sans lésions organiques – auraient disparu complètement longtemps avant le 2 février 1927, si la volonté de guérir n'avait, chez le recourant, été contrecarrée par son désir d'obtenir une indemnité, désir qui surtout chez un jeune homme à tendance névropathiques, même s'il est de bonne foi, aboutit à une fixation des troubles subjectifs et même à l'éclosion de nouveaux symptômes du même ordre. C'est donc la «sinistrose», la névrose de revendication, greffée sur une névrose émotionnelle primitive et la supplantant bientôt, qui seule pouvait encore être en jeu le 5 février 1927 et depuis lors.» (S. 206 Sachverhalt D S. 207).

<sup>457</sup> EVGE 1927 S. 155 E. 2 S. 161; S. 206 E. 1 S. 209; vgl. auch BGE 70 II 168 E. 1 S. 172.



### 8.3.3. Juristische Zurechnungskonzeption des EVG

In einem Entscheid aus dem Jahr 1927 (EVGE 1927 S. 199) zur Militärversicherung<sup>458</sup> zeigte das EVG auf, welche juristische Zurechnungskonzeption es der aufgezeigten schematisierenden Neurosenpraxis zugrunde gelegt hatte.

Zunächst verneinte es den natürlichen Kausalzusammenhang mit folgender Begründung:

«Da weder die moderne Medizin noch auch die neuere Jurisprudenz und Rechtsprechung [...] zwischen einer derartigen Neurose und dem Unfall, bzw. der ursprünglichen Krankheit, derentwegen das Versicherungsverhältnis begründet wurde, irgendeinen Kausalzusammenhang annimmt, muss logischerweise, wenigstens als Regel, auch die Haftbarkeit der in Betracht kommenden Versicherungsanstalt für solche Fälle verneint werden.»<sup>459</sup>

Da der Gutachter jedoch den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Militärdienst und der eingetretenen Versicherungsneurose bejaht hatte, wenn auch in dem Sinne, dass der Versicherte im Militärdienst erkrankte und dadurch in ein Versicherungsverhältnis zur eidgenössischen Militärversicherung trat,<sup>460</sup> sah sich das EVG dazu veranlasst, die Zurechnungsfrage zusätzlich anhand einer weiteren Theorie zu begründen.

Unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des deutschen Reichsgerichts<sup>461</sup> legte das EVG dar, weshalb die Kausalität seiner Auffassung nach in solchen Fällen verneint werden müsste:

«[D]ie nur mittelbar eingetretene Folge darf nicht in einem so entfernten Zusammenhang mit dem als Ursache in Anspruch genommenen Ereignis stehen, dass er [der Kausalzusammenhang zum Unfall] nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden kann.»<sup>462</sup>

Auch dem EVG war bewusst, dass die Versicherungsneurose ohne den vorangegangenen Unfall nicht eingetreten wäre.<sup>463</sup> Das Heranziehen einer weiteren juristischen Zurechnungstheorie durch das EVG kann damit erklärt werden, dass es trotz der Annahme eines ursächlichen Zusammenhangs des Gutachters die Verneinung des

<sup>458</sup> Art. 38 aMVG entsprach fast wörtlich genau Art. 82 KUVG (EVGE 1927 S. 199 E. 1 S. 204). Entsprechend nahm das EVG auf die Rechtsprechung zu Art. 82 KUVG Bezug.

<sup>459</sup> EVGE 1927 S. 199 E. 1 S. 205.

<sup>460</sup> EVGE 1927 S. 199 E. 1 S. 205.

<sup>461</sup> Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 78, S. 272, zit. nach VON TUHR, S. 17 Fn. 60.

<sup>462</sup> EVGE 1927 S. 199 E. 1 S. 205.

<sup>463</sup> PICCARD, Versicherungsneurosen, S. 316.

Kausalzusammenhangs rechtlich nachvollziehbar zu begründen beabsichtigte. Dabei bediente es sich des juristisch-relevanten Kausalzusammenhangs im Sinne der Adäquanztheorie, den das deutsche Reichsgericht damals anzuwenden pflegte.<sup>464</sup> Dieses hatte in einem Entscheid die haftungsbegründende Zurechnung zwischen schädigendem Ereignis und eingetretenen unklaren Beschwerden verneint, weil die eingetretenen gesundheitlichen Störungen nach den Auffassungen des Lebens ohne Aussicht auf Versicherungsleistungen nicht eingetreten wären.<sup>465</sup>

Mit der Übernahme der aufgezeigten juristischen Zurechnungskonzeption aus dem deutschen Recht sprach sich das EVG damit schon 1927 ausdrücklich für die Anwendung der Adäquanztheorie aus. In der Regel verneinte es, wie vorne bereits aufgezeigt, in den damaligen Entscheiden aber jeweils unter Berufung auf die herrschende medizinische Auffassung bereits den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der eingetretenen Begehrungsneurose.<sup>466</sup>

Diese Feststellungen decken sich mit den von PICCARD<sup>467</sup> – der ab 1917 als einer von zwei hauptamtlichen Bundesversicherungsrichtern am EVG amtierte – im Hinblick auf die Aufnahme der Tätigkeit des EVG gemachten Ausführungen, wonach die Rechtsprechung nicht alle Ursachen und Wirkungen berücksichtigen könne und der Faden des Kausalzusammenhangs irgendwo abbrechen müsse. Er vertrat die Auffassung, dass sich diese Frage nicht für das ganze Gebiet der Rechtsprechung einheitlich lösen lasse.<sup>468</sup> Er kritisierte dabei die bundesgerichtliche Praxis, wonach der Kausalzusammenhang und damit die Haftung für den vollen Schaden selbst in Fällen bejaht worden war, in denen eine vorbestandene Krankheit vielmehr zum eingetretenen Schaden beigetragen zu haben schien als der an sich ganz unbedeutende Unfall.<sup>469</sup>

Seiner Ansicht nach handelte es sich bei der Begehrungsneurose um eine wirkliche Willenskrankheit. Es müsse jedoch angenommen werden, dass der vom Unfall Be-

---

<sup>464</sup> Vgl. PICCARD, Versicherungsneurosen, S. 316.

<sup>465</sup> Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 78, S. 272, zit. nach VON TUHR, S. 17 Fn. 60; vgl. hierzu auch PICCARD, Versicherungsneurosen, S. 316.

<sup>466</sup> Diese Einschätzung lässt sich auch aus dem im Jahr 1960 ergangenen EVGE 1960 S. 260 E. 2 ableiten, in welchem das EVG die Abfindungswürdigkeit einer Neurose zu beurteilen hatte: «Auch die Begehrungsneurosen sind als Gesamterscheinungen, entgegen gewissen Wendungen in älteren Urteilen, nicht von vorneherein vom natürlichen Kausalzusammenhang ausgeschlossen.»

<sup>467</sup> PAUL PICCARD war von 1917 bis 1943 am EVG als hauptamtlicher Bundesversicherungsrichter tätig, <<https://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-status.htm>> (besucht am: 5. April 2017). Er amtierte von 1923–1925, 1932–1933 und 1941–1942 als Präsident des EVG.

<sup>468</sup> PICCARD, Haftpflichtpraxis, S. 53.

<sup>469</sup> PICCARD, Haftpflichtpraxis, S. 54.

troffene nicht an jenem Willensmangel leiden würde, wenn er nicht versichert gewesen wäre.<sup>470</sup> Dennoch könne die Tatsächlichkeit dieser Krankheit ebenso wenig wie der Kausalzusammenhang mit dem Unfall geleugnet werden. Denn ohne den Unfall wäre der Betroffene wohl nicht auf den Gedanken gekommen, nicht arbeiten zu können. Die Störungen dauerten in vielen Fällen so lange fort, bis der Verletzte diejenige Entschädigung oder Satisfaktion erhalte, auf die er ein heiliges Recht zu haben überzeugt sei. Insgesamt kritisierte PICCARD das moderne Rechtsbewusstsein, welches den Betroffenen auch für derart mittelbare und entfernte Folgen entschädigt wissen wolle.<sup>471</sup>

Aus diesen Ausführungen lässt sich ableiten, dass das EVG von Beginn seiner Tätigkeit weg eine restriktivere Haltung eingenommen hatte als das Bundesgericht zuvor für den Bereich des Haftpflichtrechts. Zudem erhärtet die Auffassung von PICCARD, wonach der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und einer danach eingetretenen Begehrungsneurose nicht geleugnet werden könne, die These, dass das EVG von Anfang an auf die Adäquanztheorie zurückgriff, um die Leistungspflicht des Unfallversicherers auf ein seiner Ansicht nach vernünftiges Mass zu beschränken.

Begehrungsneurosen wurden demnach schon zu jener Zeit vom EVG nicht als entschädigungswürdig betrachtet. Im Gegensatz dazu hatte das Bundesgericht in seiner vorangegangenen Praxis auch in solchen Fällen den Geschädigten Schadenersatz zugesprochen. Von dieser grundsätzlichen Haltung wich es nur ab, insofern eine bewusste Aggravation resp. Simulation erwiesen war und dem Anspruchsteller dabei eine verwerfliche Willensbetätigung vorgeworfen werden konnte. Bei erwiesener unbewusster Aggravation hatte es dagegen, selbst wenn diese für den Eintritt und vor allem für die Vergrösserung des Schadens von grosser Bedeutung erschien, stets Schadenersatz zugesprochen.<sup>472</sup>

Hinzuweisen ist noch darauf, dass das EVG ab 1960 die vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung verwendete, noch heute geläufige Adäquanzformel übernommen hat.<sup>473</sup> Damit änderte sich freilich bis in die 1980er-Jahre hinein nichts an der bereits aufgezeigten Beurteilungspraxis der Neurosen.<sup>474</sup>

<sup>470</sup> PICCARD, Haftpflichtpraxis, S. 85.

<sup>471</sup> PICCARD, Haftpflichtpraxis, S. 86.

<sup>472</sup> Vgl. zur Begründung dieser Rechtsprechung im Haftpflichtrecht insb. 6.2 ff.

<sup>473</sup> EVGE 1960 S. 158 E. 2 S. 164. Vgl. auch den Hinweis auf S. 164, wonach die vom EVG in früheren Fällen verwendeten Umschreibungen im Wesentlichen auf den Adäquanzbegriff hinausliefen; vgl. auch EVGE 1948 S. 59 E. 1 S. 61, wo das EVG den Begriff des

### 8.3.4. Haltung der SUVA zu Neurosen in der Zwischenkriegszeit

Im Jahr 1927, also neun Jahre nach Einführung der teilobligatorischen Unfallversicherung, fasste die SUVA ihre damalige Haltung zu Neurosen unter dem Titel «Unliebsame Erscheinungen in der Versicherung» zusammen. Die kritische Einstellung gegenüber nach Unfällen diagnostizierten Neurosen gründete im Umstand, dass die SUVA in zahlreichen Fällen Begehrungstendenzen ausgemacht hatte. Versicherungsbetrugsfälle waren nach damaliger Einschätzung der SUVA hingegen ein zu vernachlässigendes Problem. Als problematisch stufte sie vielmehr den Umgang mit unbewusster Aggravation ein.<sup>475</sup> Die SUVA äusserte sich in diesem Zusammenhang in recht kritischer Weise:

«Neben einer gewissen Verweichlichung im Willen zur Arbeit und im Ertragen von Schmerzen und Beschwerden zeigen sich Nachteile bei der Unfallversicherung in einer ganzen Reihe von Ausnützungsbestrebungen aller Art, aufsteigend von einer fast unbewussten Ueberempfindlichkeit bis zum vorbedachten betrügerischen Vorgehen. Der Versicherungsbetrug, wie Selbstverstümmelung und zweckbetonte Simulation, kommt, wie überall, wo Unfallversicherung betrieben wird, auch bei der Anstalt vor, aber er ist finanziell bedeutungslos und tritt gegenüber der Bedeutung anderer Faktoren, die die Unfallbelastung ungerechtfertigterweise erhöhen, wie die Energielosigkeit und die Uebertreibung (Aggravation), vollständig in den Hintergrund. Es sind also nicht die relativ wenig zahlreichen eigentlichen Delikte, sondern die tagtäglich sich wiederholenden kleinen Aderlässe, deren Widerrechtlichkeit den Beteiligten gar nicht richtig zum Bewusstsein kommen mag, die im Laufe der Jahre erhebliche Summen ausmachen. Da ist zunächst die unnötig hinausgezögerte Wiederaufnahme der Arbeit entweder aus Mangel an Selbstzucht oder aus dem Wunsche heraus, sich auf Kosten der Versicherung einige Tage bezahlter Ferien zu verschaffen, sodann die Verlängerung der Heilungsdauer beim Bestehen von Zusatz- oder Uebersicherungen, und schliesslich sind es neben der Sucht, durch einen die berufliche Tätigkeit in keiner Weise hindernden Körperdefekt in den Besitz einer wenn auch noch so kleinen Rente zu gelangen, die Neurosen. Pflicht aller Beteiligten ist es, anzukämpfen gegen diese Missbräuche aller Art, die auf den lichtvollen Gedanken der Sozialversicherung hässliche Schatten werfen, dem Gegner willkommenen Anlass zu Kritik geben und die gesunden finanziellen Grundlagen des Versicherungsträgers unterhöheln und zermür-

---

adäquaten Kausalzusammenhangs auch schon verwendet hatte; vgl. zur vom Bundesgericht zu dieser Zeit verwendeten Formel 8.5.2.

<sup>474</sup> Vgl. EVGE 1960 S. 260 E. 2, wo das EVG erstmals in einem Entscheid zu unklaren Beschwerden die aus dem Privatrecht übernommene Adäquanzformel anwandte.

<sup>475</sup> SUVA, Fünfjahresbericht 1923–1927, S. 31; gl.M. NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 83, der schon im Jahr 1917 ein häufiges Vorkommen der Simulation und eine ungeheure Bedeutung der Aggravation festgestellt hatte.

ben. Durch stete Wachsamkeit und durch Energie können die Uebelstände, wenn auch nicht gänzlich beseitigt, so doch im Sinne der Besserung beeinflusst werden.»<sup>476</sup>

Auch wenn man angesichts der Ausführungen der SUVA dazu geneigt sein könnte, auf eine grosse Anzahl von Fällen zu schliessen, richtete sie zwischen 1923–1927 stets weniger als 50 Kapitalabfindungen pro Jahr aus. Zwischen 1928–1932 nahm diese Zahl auf durchschnittlich 90 Fälle pro Jahr zu.<sup>477</sup> In den Jahren 1933–1937 lag die Anzahl jährlich geleisteter Kapitalabfindungen mit durchschnittlich etwas mehr als 85 wieder tiefer.<sup>478</sup> In allen hier zitierten Berichten wurde jeweils festgehalten, dass die infolge von Neurosen geleisteten Abfindungen im Vergleich zur Gesamtzahl der Unfälle und zur Totalbelastung der SUVA eine ganz untergeordnete Rolle spielten. In diesem Sinne hielt die SUVA 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 Meinungs-austausches 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 beruhigend ist – ihre Zahl ging von Jahr zu Jahr zurück.»<sup>479</sup>

### 8.3.5. Jahrzehntelange Beibehaltung der Abfindungspraxis

Wie NAEGELI<sup>480</sup> schon über 20 Jahre zuvor, stellte auch 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

<sup>476</sup> SUVA, Fünfjahresbericht 1923–1927, S. 31.

<sup>477</sup> SUVA, Fünfjahresbericht 1928–1932, S. 38.

<sup>478</sup> SUVA, Fünfjahresbericht 1933–1937, S. 41.

<sup>479</sup> SUVA, Fünfjahresbericht 1923–1927, S. 33.

<sup>480</sup> Vgl. Fn. 209.

Unfall nicht im Zusammenhange standen (Alter, Alkohol), die Arbeitsfähigkeit nicht zurückerlangt.»<sup>481</sup>

Auch zahlreiche weitere Untersuchungen bestätigten offenbar den Befund, dass die Mehrzahl der Abgefundenen jeweils wieder den Weg ins Wirtschaftsleben fand und die Neurosen nach deren rechtlicher Erledigung in der Regel verschwunden waren.<sup>482</sup> MAURER wies 1989 freilich darauf hin, dass die entsprechenden Untersuchungen veraltet und daher nur wenig aussagekräftig seien.<sup>483</sup>

Insbesondere aufgrund der als positiv empfundenen Erfahrungen mit der aufgezeigten, ab 1918 massgebenden Abfindungspraxis wurde diese während mehrerer Jahrzehnte, bis in die 1980er-Jahre hinein, angewendet. Im Jahr 1979 erhielten noch 92 Versicherte eine solche Abfindung.<sup>484</sup> In der Folge ging die Anzahl erheblich zurück. 1983 wurden nur noch acht Versicherte in dieser Weise abgefunden.<sup>485</sup> Nicht wirklich bekannt ist leider bis heute, wie viele Renten zwischen 1918 und 1990 wegen Neurosen entrichtet wurden.<sup>486</sup> Die Zahl dürfte annahmeweise nicht hoch gewesen sein, insbesondere weil das EVG bei der Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs noch bis in die 1980er-Jahre hinein auf den durchschnittlich veranlagten Versicherten abstellte.<sup>487</sup> In diesem Sinn verneinte es in einem Entscheid aus dem Jahr 1979 den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Unfall und eingetretenen unklaren Beschwerden, weil der während einer Marschübung erlittene Lumbago<sup>488</sup> in der Gesässgegend nach allgemeiner Erfahrung von einem psychisch Gesunden ohne weiteres verkraftet worden wäre.<sup>489</sup>

Noch 1981 hielt das EVG in einem Entscheid fest, dass bei Neurosen erfahrungsgemäss davon auszugehen sei, dass «die Abfindung in der Regel das geeignete therapeutische Mittel darstellt, um dem Versicherten zur Wiedererlangung der Erwerbsfähigkeit zu verhelfen.»<sup>490</sup> Sodann führte das EVG im betreffenden Entscheid aus, dass

---

<sup>481</sup> SUVA, Fünfjahresbericht 1933–1937, S. 41.

<sup>482</sup> BING, S. 711; KLINGLER, S. 5 ff und S. 16 f.; NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 76; vgl. weitere Nachweise bei MAURER, Unfallversicherung, S. 257 Fn. 16a; vgl. hierzu auch KÖHL, S. 134, und PICCARD, Versicherungsneurosen, S. 307.

<sup>483</sup> MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 405.

<sup>484</sup> MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 407.

<sup>485</sup> SUVA, Jahresbericht 1983, S. 22, zit. nach MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 407.

<sup>486</sup> Vgl. MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 407 Fn. 1036.

<sup>487</sup> Vgl. hierzu 9.3.2.

<sup>488</sup> Lumbago = Hexenschuss.

<sup>489</sup> BGE 105 V 225 E. 4c S. 232 f.

<sup>490</sup> BGE 107 V 239 E. 2a S. 241; kritisch zur Annahme einer Erfahrungsregel angesichts ungenügender entsprechender Untersuchungen MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 405.

aufgrund dieser Erfahrungsregel, die sich auf immer wieder bestätigte ärztliche und unfalladministrative Erkenntnisse stütze, nicht in jedem Einzelfall näher geprüft zu werden brauche, ob die Abfindung tatsächlich geeignet sei, den gesetzlich vorausgesetzten Zweck zu erreichen. Einzig wenn durch «eine ganz eindeutige, allgemein geltender Lehrmeinung entsprechende Beurteilung eines Psychiaters» bestätigt werde, dass die Abfindung den erwähnten therapeutischen Zweck nicht erreichen werde, sei von dieser Regel abzuweichen.<sup>491</sup>

## 8.4. Weiterentwicklung der Neurosenpraxis im Privatrecht

Aufgrund der Ablösung der Haftpflicht gegenüber Arbeitern durch die Einführung der sozialen Unfallversicherung gab es ab 1918 vor Bundesgericht nur noch sehr selten haftpflichtrechtliche Fälle mit unklaren Beschwerden. Es vergingen über 50 Jahre, bis das Bundesgericht 1970 wieder einen Neurosefall im Haftpflichtrecht zu beurteilen hatte. Zwischen 1934 und 1954 entwickelte das Bundesgericht die massgebliche Praxis freilich anhand dreier privatversicherungsrechtlicher Entscheide weiter.

In diesen Entscheiden hatte jeweils die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine infolge eines Unfalls eingetretene Neurose zu Ansprüchen gegenüber einer privaten Unfallversicherung berechtigen können soll, im Vordergrund gestanden. In allen drei Fällen ging es um Geschädigte, die nach Unfällen mit unbedeutenden körperlichen Verletzungen diffuse gesundheitliche Störungen aufwiesen.

### 8.4.1. Verneinung der Zurechnung bei Simulation

In BGE 60 II 132 wies ein Landwirt nach einem eher leichten Verkehrsunfall eine kleinere blutunterlaufene Schwellung an der Stirn sowie kleinere Schürf-Quetschungen am rechten Arm und an einem Finger auf. Nach einigen Wochen traten beim Betroffenen psychische Störungen auf.<sup>492</sup> Das Bundesgericht warf dem Landwirt jedoch eine verwerfliche Willenseinstellung vor und lehnte die klägerischen Begehren infolge erwiesener Simulation weitgehend ab.<sup>493</sup>

<sup>491</sup> BGE 107 V 239 E. 2a S. 241.

<sup>492</sup> BGE 60 II 132 Sachverhalt A S. 132 f.

<sup>493</sup> BGE 60 II 132 E. 2 S. 140 und E. 5 S. 145. Es verweigerte im konkreten Fall sowohl eine Entschädigung für Invalidität als auch eine solche für vorübergehende Arbeitsunfähigkeit (Taggeld). Letztlich sprach das Bundesgericht nur einen Taggeld- und Heilungskostener-

### 8.4.2. Der «Securitas-Fall»

In BGE 70 II 168, 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.<sup>494</sup> Unter ausdrücklicher Anknüpfung an die frühere Rechtsprechung im Fall «Sidler» bejahte das Bundesgericht den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den eingetretenen langanhaltenden unklaren Beschwerden.<sup>495</sup>

Es nahm die Beurteilung der Zurechnungsfrage erstmals in einem privatrechtlichen Entscheid zu unklaren Beschwerdebildern ausdrücklich anhand des Rechtsbegriffs der adäquaten Verursachung vor.<sup>496</sup> Dabei diente das Kriterium der wesentlichen Ursache als Beurteilungsmassstab. Im entsprechenden Entscheid führte das Bundesgericht aus, dass nicht alles, was sich in der durch einen Unfall eingeleiteten Kette von Vorfällen ereigne, nach dem Begriff der Adäquanz als Unfallfolge im Rechtssinne gelten könne, sondern nur, was auf den Unfall als eine wesentliche Ursache zurückzuführen sei. Das Bundesgericht ging letztlich davon aus, dass der Unfall als eine wesentliche Ursache der eingetretenen Neurose zu betrachten war.<sup>497</sup>

Sodann erläuterte das Bundesgericht im «Securitas-Fall», dass der Rechtsbegriff der Adäquanz «nicht dazu verleiten [dürfe], nur solche Folgen eines Unfalls zu berücksichtigen, die als gewöhnliche erscheinen, so wie sie angesichts des Unfallherganges und dessen körperlicher Einwirkungen zu erwarten waren.»<sup>498</sup> Anschliessend bejahte es im erwähnten Entscheid den adäquaten Kausalzusammenhang, obwohl eine ungewöhnliche Reaktionsweise zur Beurteilung stand. Bei Versicherungsansprüchen aus Vertrag war es nach Meinung des Bundesgerichts gerechtfertigt, nicht nur eigentliche traumatische Neurosen im Sinne der unfallversicherungsrechtlichen Neurosen-

---

satz für eine zeitweilige Arbeitsunfähigkeit für etwas mehr als drei Monate zu. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Beklagte von sich aus den letztlich zugesprochenen Betrag von CHF 600 schon zuvor angeboten hatte (E. 5 S. 144). Die Vorinstanz hatte dagegen ausgehend von langanhaltenden gesundheitlichen Beschwerden insgesamt einen Betrag von CHF 3'013 zugesprochen (Sachverhalt G S. 137 f.).

<sup>494</sup> BGE 70 II 168 Sachverhalt A und B S. 168 f.

<sup>495</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 177 f.

<sup>496</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 177.

<sup>497</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 177.

<sup>498</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 177; vgl. auch BGE 80 II 338 E. 2b S. 344, wo diese Rechtsprechung bestätigt wurde.



praxis als adäquate Unfallfolgen gelten zu lassen.<sup>499</sup> Es war zudem auch klar, dass keine Behandlungsneurose zur Beurteilung stand, welche vom EVG in ständiger Rechtsprechung ebenfalls als entschädigungswürdig betrachtet wurden.<sup>500</sup> Mit anderen Worten war eindeutig, dass unter Anwendung der Neurosenpraxis des EVG von einer Begehrungsneurose auszugehen gewesen wäre, die zu keinen Leistungen berechtigt hätte.<sup>501</sup> Somit anerkannte das Bundesgericht mit diesen Erwägungen im privaten Unfallversicherungsrecht auch psychogene Unfallfolgen als entschädigungspflichtig, die nach der Praxis des EVG als nicht abfindungswürdige Begehrungsneurosen beurteilt worden wären.

Im «Securitas-Fall» bestätigte das Bundesgericht zudem noch die auf den Fall «Sidler» zurückgehende Rechtsprechung zum Unterbrechungsgrund der verwerflichen Willensbetätigung.<sup>502</sup> Es stellte nämlich klar, dass es im Falle einer erwiesenen verwerflichen Willensbetätigung, sprich im Falle von Simulation oder gegebenenfalls bewusster Aggravation, den Kausalzusammenhang als «aufgehoben» oder «unterbrochen» beurteilen würde.<sup>503</sup>

Die im «Securitas-Fall» erfolgte Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhangs ist im Hinblick auf die konkret vorgenommene Zurechnung beim Schadenstatbestand zu relativieren. In den nicht veröffentlichten Erwägungen zum Quantitativ verneinte das Bundesgericht gestützt auf die gutachterliche Einschätzung die Annahme einer dauerhaften Invalidität. Es trug den gemäss Gutachten erwiesenen Begehrungstendenzen bei der Schadensberechnung in dem Sinne Rechnung, als es davon ausging, nach definitiver Erledigung der Versicherungsneurose werde die Psychopathie des Hilfswächters wieder in das frühere Latenzstadium zurückkehren oder sich der Vorstellungsinhalt der neurotischen Störung auf andere Dinge beziehen. Dem Kläger wurde einzig für die Dauer eines Jahres ein Taggeld von 80 % des ausgefallenen Taglohnes zugesprochen.<sup>504</sup> Die zeitliche Kürzung erfolgte derart, dass ab dem Urteilstag keine Leistungen mehr gutgeheissen wurden. Es ist im Hinblick auf das Quotenvorrecht

<sup>499</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 174 und 177 f.

<sup>500</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 174.

<sup>501</sup> Vgl. hierzu BGE 96 II 392 E. 2 S. 397 f., wo das Bundesgericht in Bezug auf BGE 70 II 168 den gleichen Schluss zieht.

<sup>502</sup> Vgl. BGE 32 II 13 E. 5 S. 19, wo in diesem Sinne ausdrücklich auf den Fall «Sidler» Bezug genommen wurde.

<sup>503</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 177.

<sup>504</sup> Vgl. den vollständig abgedruckten Entscheid inkl. Erwägungen zum Quantitativ in SVA IX Nr. 173 S. 433; vgl. zur grossen Tragweite des unverständlicherweise nicht abgedruckten Quantitatifs SCHAER, Adäquanz, S. 569.

darauf hinzuweisen, dass der Schaden von Anfang an im erwähnten Umfang fixiert wurde.<sup>505</sup>

### 8.4.3. Der «Krallenhand-Fall»

In BGE 80 II 338, dem sogenannten «Krallenhand-Fall», 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.<sup>506</sup> Auch in diesem Fall bejahte das Bundesgericht sowohl den natürlichen als auch den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und den eingetretenen gesundheitlichen Störungen.<sup>507</sup>

Damit sprach es sich erstmals ausdrücklich für die Beurteilung der generellen Eignung des Unfalls, psychogene Reaktionen hervorzurufen, aus. Es sei nicht zu fragen, ob ein heftiger Sturz mit Aufschlagen des Hinterkopfes auf dem Trottoir tauglich dafür sei, nun gerade eine psychoneurotische Verkrallung der rechten Hand herbeizuführen, sondern vielmehr, ob dieser Sturz generell geeignet sei, irgendwelche psychoneurotischen funktionellen Störungen zu hinterlassen.<sup>508</sup> Das Bundesgericht erklärte in diesem Zusammenhang, dass «von den tatsächlichen Auswirkungen auszugehen und rückblickend zu entscheiden [sei], ob und wiefern der Unfall noch als deren wesentliche Ursache erscheint.»<sup>509</sup> Es führte danach aus, es sei zur Genüge bekannt, dass Unfälle somatisch nicht erklärbare indirekte Folgen zeitigen könnten und dass mit ihnen gerechnet werden müsse, ohne dass vorausgesehen werden könne, an welchem Körperteil und wie sie sich manifestieren würden. Es könne, so das Bundesgericht weiter, nicht auf die Singularität der psychischen Auswirkungen ankommen.<sup>510</sup> Letztlich stellte das Bundesgericht mit diesem Entscheid klar, dass auch singuläre, aussergewöhnliche Unfallfolgen gegebenenfalls als adäquat zu beurteilen sind.

Im «Krallenhand-Fall» aus dem Jahr 1954 war gemäss der massgebenden Bestimmung des Versicherungsvertrages im Invaliditätsfall der sechsfache Jahreslohn als

---

<sup>505</sup> SCHAER, Adäquanz, S. 571.

<sup>506</sup> BGE 80 II 338 Sachverhalt A S. 339.

<sup>507</sup> BGE 80 II 338 E. 2 und 3 S. 342 ff.

<sup>508</sup> BGE 80 II 338 E. 2b S. 344.

<sup>509</sup> BGE 80 II 338 E. 2b S. 344.

<sup>510</sup> BGE 80 II 338 E. 2b S. 343 ff.

Entschädigung vereinbart worden. Ausgehend von einer von der Vorinstanz festgestellten Invalidität von 45 % sprach das Bundesgericht der Geschädigten CHF 7'254.10 zu.<sup>511</sup> Eine Kürzung gestützt auf einen Artikel der AVB kam insbesondere deshalb nicht in Betracht, weil die Geschädigte in einer Expertise als vor dem Unfall körperlich und psychisch praktisch gesunde Persönlichkeit umschrieben worden war.<sup>512</sup> Im Gegensatz zum «Securitas-Fall», der zehn Jahre zuvor ergangen war, wurde in diesem Entscheid eine dauerhafte Invalidität angenommen. Damit nahm es im Vergleich zu dem zehn Jahre zuvor ergangenen ähnlichen «Securitas-Fall» die Zurechnung beim Schadenstatbestand im «Krallenhand-Fall» deutlich grosszügiger vor.

#### 8.4.4. Zwischenfazit

Allgemein betrachtet hat das Bundesgericht in den dargelegten drei privatversicherungsrechtlichen Entscheiden unter Bezugnahme auf die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Haftpflichtrecht im Fall «Sidler» im Wesentlichen danach unterschieden, ob auf Seiten des Unfallopfers von Simulation, bewusster Aggravation oder unbewusster Aggravation auszugehen war. Massstab war dabei die Verwerflichkeit des dem Streben nach Entschädigung zugrundeliegenden Willens. Infolge bewussten, auf freiem Willen beruhenden Vorgebens nicht bestehender Beschwerden, die das Bundesgericht als deutliche Zeichen für Simulation deutete, verneinte es in BGE 60 II 132 Ansprüche für länger andauernde unklare Beschwerden.<sup>513</sup> Im «Securitas-Fall» attestierte das Bundesgericht dem Geschädigten dagegen keine verwerfliche Willensbetätigung. Es lag nach bundesgerichtlicher Einschätzung in diesem Fall weder Simulation noch bewusste Aggravation vor.<sup>514</sup> Entsprechend bejahte es den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den psychischen Unfallfolgen.<sup>515</sup> Bemerkenswert ist vor allem die im Jahr 1954 im «Krallenhand-Fall» erfolgte Annahme einer Invalidität.<sup>516</sup> Denn zuvor hatte das Bundesgericht seit dem Fall «Sidler» aus dem Jahr 1905 in der Regel angenommen, nach Beendigung der Auseinandersetzung würden die neurotischen Beschwerden innert kurzer Zeit wieder verschwinden.

<sup>511</sup> BGE 80 II 338 E. 3 S. 347.

<sup>512</sup> BGE 80 II 338 E. 2d S. 345.

<sup>513</sup> BGE 60 II 132 E. 2 S. 139 ff.

<sup>514</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 175.

<sup>515</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 177.

<sup>516</sup> BGE 80 II 338 E. 3 S. 347.

Im Jahr 1970 übertrug das Bundesgericht die aufgezeigte Rechtsprechung zum Privatversicherungsrecht mit dem «Sacheli»-Entscheid auf das Gebiet des Haftpflichtrechts. Darauf wird nachfolgend eingegangen.

## 8.5. Weiterentwicklung der Neurosenpraxis im Haftpflichtrecht

In BGE 96 II 392, dem sogenannten «Sacheli»-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, Kopfweh, Ohrengeräusch 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.<sup>517</sup> Trotz dieser gutachterlichen Einschätzungen bejahte das Bundesgericht sowohl den natürlichen als auch den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der eingetretenen Begehrungsneurose und erklärte damit dieses Beschwerdebild im Haftpflichtrecht für entschädigungswürdig. Die beiden Vorinstanzen hatten hingegen den entsprechenden adäquaten Kausalzusammenhang verneint.<sup>518</sup>

Bei genauerer Betrachtung knüpfte das Bundesgericht mit dem im Jahr 1970 ergangenen «Sacheli»-Entscheid an seine frühere Praxis im Fall «Sidler» aus dem Jahr 1905 an.<sup>519</sup> Zwar hatte es seither die Praxis zum Umgang mit Neurosefällen im Privatrecht – insbesondere zwischen 1934 und 1954 mit den drei aufgezeigten Entscheiden zum privaten Versicherungsrecht<sup>520</sup> – entscheidend weiterentwickelt. In grundsätzlicher Hinsicht beruhten jedoch bereits diese Entscheide weitgehend auf der mit dem Fall «Sidler» eingeführten Rechtsprechung, was sich anhand der massge-

---

<sup>517</sup> BGE 96 II 392 Sachverhalt A S. 393 f.

<sup>518</sup> Urteil des Bundesgerichts C 44/72 vom 30. Mai 1972 Sachverhalt B S. 3 f.

<sup>519</sup> Vgl. zur mit dem Fall «Sidler» begründeten Rechtsprechung 6.2 ff.

<sup>520</sup> BGE 80 II 338 vom 18. November 1954; 70 II 168 vom 13. Juli 1944; 60 II 132 vom 1. März 1934.

benden Verweise eindeutig zurückverfolgen lässt.<sup>521</sup> Indem das Bundesgericht im «Sacheli»-Entscheid die zentralen Punkte der zwischenzeitlich im Bereich des privaten Versicherungsrechts weiterentwickelten Praxis für massgebend erklärte,<sup>522</sup> knüpfte es demnach seinerseits wieder an die frühere Rechtsprechung im Fall «Sidler» an.

Da das Bundesgericht im «Sacheli»-Entscheid die grundsätzliche Zurechnungsfrage zwischen schädigendem Ereignis und eingetretenen unklaren Beschwerden im Sinne der Begehrungsneurose bejahte, urteilte es damit in der Tradition seiner früheren Rechtsprechung zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Freilich begründete es unterdessen seine Entscheide ausführlicher. Unter anderem unterschied es nun klar zwischen dem natürlichen und dem adäquaten Kausalzusammenhang und griff zudem erstmals auf die aus der Praxis des EVG geläufigen klassifizierenden Neurosedefinitionen zurück.

### 8.5.1. Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs

Mit dem «Sacheli»-Entscheid führte das Bundesgericht Grundsätze für die Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs ein, die noch heute massgebend sind. Unter Bezugnahme auf die vorinstanzlichen Feststellungen hielt es fest, der Unfall sei eine notwendige Bedingung (*conditio sine qua non*) für das damalige Leiden des Klägers gewesen.<sup>523</sup> Wie schon in seiner früheren Rechtsprechung wies es zudem darauf hin, dass es nicht erforderlich sei, dass der Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache der gesundheitlichen Störungen sei.<sup>524</sup> Darüber hinaus hielt es schliesslich auch fest, dass die Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem Unfall und den psychischen Störungen eine Tatfrage sei.<sup>525</sup>

### 8.5.2. Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs

Im «Sacheli»-Entscheid stellte das Bundesgericht klar, zu welcher Kognition es in Neurosefällen berechtigt ist. Hierfür ging es in Abgrenzung zur soeben erwähnten Tatfrage auf den Begriff der Rechtsfrage ein. Als solche bezeichnete das Bundesgericht die Überprüfung, «ob ein Unfallereignis und daraufhin auftretende gesundheit-

<sup>521</sup> 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»).

<sup>522</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

<sup>523</sup> BGE 96 II 392 E. 1 S. 395 f.

<sup>524</sup> BGE 96 II 392 E. 1 S. 395.

<sup>525</sup> BGE 96 II 392 E. 1 S. 395; 80 II 338 E. 2 S. 342 ff.; in diesem Sinne auch BGE 70 II 168 E. 1 S. 175 f.

liche Störungen zueinander in einem adäquaten Verhältnis stehen und der zwischen ihnen vorhandene ursächliche Zusammenhang darum auch rechtserheblich sei.»<sup>526</sup> Das Bundesgericht erklärte zudem, dass der adäquate Kausalzusammenhang bloss ein Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff sei, der vom Recht als natürliche Kausalität übernommen worden sei. Dieser bedürfe, um für die rechtliche Verantwortlichkeit tragbar zu sein, der Einschränkung.<sup>527</sup> Auch ging es auf den Zweck der Adäquanzprüfung ein. Der Begriff der adäquaten Verursachung solle im Haftpflichtrecht unter anderem eine vernünftige Begrenzung der Haftung ermöglichen.<sup>528</sup>

Ferner gab das Bundesgericht erstmals in einem Fall mit unklaren Beschwerden die noch heute geläufige Formel wieder, nach welcher ein Ereignis dann als adäquate Ursache anzusehen sei, «wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint.»<sup>529</sup> Auch hielt das Bundesgericht im «Sacheli»-Entscheid an der im «Securitas-Fall» dargelegten Rechtsprechung fest, wonach ausgehend von den tatsächlichen Auswirkungen rückblickend zu entscheiden sei, ob und wiefern der Unfall noch als deren «wesentlichen Ursache» erscheine.<sup>530</sup> Die vom Bundesgericht in diesem Fall angewandte Zurechnungstheorie deckt sich insgesamt am weitesten mit der Lehre der adäquaten Verursachung nach RÜMELIN.<sup>531</sup> Er wandte sich nämlich gegen das Abstellen auf das Wissen des konkreten Täters (sogenannte subjektive «ex ante»-Prognose) und forderte anstelle dessen, es sei die Adäquanz nach objektiven, auf das allgemeine menschliche Erfahrungswissen abstellenden Gesichtspunkten zu bestimmen (sogenannte objektive «ex post»-Prognose).<sup>532</sup>

Das Bundesgericht stellte im «Sacheli»-Entscheid klar, dass die Frage, wo die Grenze der Haftung zu ziehen ist, nach rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sei. Damit lehnte es die damals vorherrschende medizinisch-biologische Betrachtungsweise, wonach nach Unfällen auftretende Begehrungsneurosen grundsätzlich nicht als adäquate Unfallfolgen gelten würden, ausdrücklich ab. Denn es könne für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs nicht entscheidend sein, dass die

---

<sup>526</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396; in diesem Sinne auch BGE 80 II 338 E. 2 S. 342 ff.; 70 II 168 E. 1 S. 175 f.

<sup>527</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

<sup>528</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

<sup>529</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

<sup>530</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

<sup>531</sup> Vgl. GMÜR, S. 61.

<sup>532</sup> RÜMELIN, S. 246; vgl. hierzu LAURI, S. 17; ROBERTO, Schadensrecht, S. 70 f.

Begehrungsneurose meist auf der Grundlage einer abnormen psychischen Veranlagung entstehe und der Begehrungsneurotiker nicht wegen der medizinischen Folgen des Unfalls selbst krank sei, sondern weil der Unfall ihm Aussicht auf Leistungen Dritter gebe. Insbesondere gehe es nicht an, durch den Unfall ausgelöste psychische Störungen von der Schadenersatzpflicht auszunehmen, weil sie auf einer besonderen Veranlagung des Betroffenen beruhten.<sup>533</sup> Entscheidender als die medizinisch-biologische Betrachtungsweise war für das Bundesgericht, ob eine unfallbedingte Störung billigerweise noch dem Schädiger oder Haftpflichtigen zugerechnet werden dürfe.<sup>534</sup> Auch anhand anderer Stellen der Entscheidbegründung lässt sich erkennen, wie sehr das Bundesgericht den betreffenden Entscheid auf den Grundsatz der Billigkeit stützte resp. der Einzelfallgerechtigkeit einen überaus hohen Stellenwert beimass. Auch diese die Haftungsbegründung betreffende Wertung entspricht weitgehend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Beginn des 20. Jahrhunderts im Fall «Sidler».

Im konkreten Fall war klar, dass der Kläger an einer Begehrungsneurose litt, die eine hochgradige Arbeitsunfähigkeit zur Folge hatte. Gemäss dem eingeholten Gutachten war zudem erstellt, dass der Kläger vor dem Unfall nicht an neurotisch bedingten Beschwerden gelitten hatte und die Beschwerden nicht auf Simulation oder absichtliche Aggravation zurückzuführen waren. Wie der Gutachter feststellte, hätte der Kläger bei gutem Willen der Begehrungsneurose widerstehen können. Dieser Wille konnte seiner Einschätzung nach von ihm jedoch nicht abverlangt werden, weil er mit einer schweren charakterlichen Fehlanlage behaftet war. Für das Bundesgericht war infolgedessen massgebend, dass man den Kläger für das Fehlverhalten nicht selbst verantwortlich machen konnte. Ausgehend von diesen Überlegungen betrachtete es den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und der eingetretenen Begehrungsneurose letztlich als gegeben.<sup>535</sup>

Das Bundesgericht führte zudem aus, dass der adäquate Kausalzusammenhang dann zu verneinen wäre, wenn der Unfall bloss äusserer Anlass der Störung sei, diese im Übrigen aber auf einen fehlerhaften Willen des Verunfallten zurückgehe.<sup>536</sup> Dagegen sei er zu bejahen, wenn der Betroffene infolge eines auf den Unfall zurückzuführenden Zustandes getrübler Einsicht und gehemmten Willens, wovon er sich nicht frei machen könne, arbeitsunfähig werde.<sup>537</sup> Das Bundesgericht nahm damit einmal mehr

<sup>533</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

<sup>534</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

<sup>535</sup> BGE 96 II 392 E. 3 S. 398 f.

<sup>536</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

<sup>537</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397 f.

Bezug auf die frühere Rechtsprechung im Fall «Sidler». Auch wenn das Bundesgericht in dieser Entscheidung 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. Auch damals hatte das Bundesgericht in dogmatischer Hinsicht zusätzlich noch mit dem Unfall als Gelegenheitsursache argumentiert bzw. einem «äusseren Anlass», der, unter Zugrundlegung eines frei gebildeten Willens, zur Verneinung des Kausalzusammenhangs im Rechtssinn geführt hatte. Anders als eine Gelegenheitsursache genügt gemäss der Praxis im Fall «Sidler» grundsätzlich eine mittelbare Unfallverursachung für die Bejahung des adäquaten bzw. des Kausalzusammenhangs im Rechtssinn.

Unter Bezugnahme auf OFTINGER<sup>538</sup> ergänzte das Gericht im «Sacheli»-Entscheid, dass es auch bei der Beurteilung psychischer Unfallfolgen auf die generelle Eignung der fraglichen Ursache ankomme, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen.<sup>539</sup> Dies dürfe jedoch nicht so verstanden werden, dass ein Erfolg von der Art des eingetretenen sich regelmässig oder häufig ereignen müsse. Das Erfordernis der Adäquanz dürfe nicht dazu verleiten, nur solche Folgen eines Unfalles zu berücksichtigen, die nach dem Unfallhergang und dessen Einwirkungen auf den Körper gewöhnlich zu erwarten seien. Selbst singuläre, aussergewöhnliche Folgen könnten adäquate Unfallfolgen darstellen, sofern ein Ereignis an sich geeignet sei, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen.<sup>540</sup>

### 8.5.3. Zurechnung beim Schadenstatbestand

Im «Sacheli»-Entscheid betrachtete das Bundesgericht sowohl die Leistungspflicht bzw. die Aussicht auf solche Leistungen als auch die konstitutionelle Prädisposition als konkurrierende Ursachen der eingetretenen Begehrungsneurose. Diese Umstände seien bei der Bemessung des Schadens zu berücksichtigen.<sup>541</sup> Es stellte sich in der Folge auf den Standpunkt, dass den beiden Mitursachen Leistungspflicht einerseits und konstitutionelle Prädisposition andererseits bei der Bemessung des Schadens Rechnung zu tragen sei. Die abnorme psychische Veranlagung musste demnach bei

---

<sup>538</sup> Vgl. OFTINGER, S. 59.

<sup>539</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

<sup>540</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

<sup>541</sup> BGE 96 II 392 E. 3 S. 399.



der Bemessung des Schadenersatzes zu einer Herabsetzung führen.<sup>542</sup> Letztlich wies das Gericht im konkreten Fall die Sache zur Ermittlung und Berechnung des Schadens an die Vorinstanz zurück.<sup>543</sup> Interessant ist in diesem Zusammenhang die bei der Rückweisung an die Vorinstanz erteilte Anweisung, gutachterlich beurteilen zu lassen, innert welcher Frist nach Abschluss des Falles eine Heilung der Begehrungsneurose zu erwarten sei. Leistungen könnten nur bis zu diesem Zeitpunkt in Betracht fallen.<sup>544</sup> Mit dieser Anweisung liess das Bundesgericht durchblicken, dass es im Grunde von einer vollständigen Heilung des Geschädigten ausging. Mit anderen Worten bezog es sich auf die bereits früher regelmässig vorgebrachte Wertung, dass die Heilung in bedeutender Weise von der Erledigung der Entschädigungsfrage abhängig ist. Es legte mit der Annahme dieser zeitlichen Beschränkung letztlich auch fest, dass eine Begehrungsneurose grundsätzlich nicht zu einem dauerhaften Schaden solle führen können.

Entgegen dieser Interpretation der entsprechenden Erwägungen stützte es dann aber zwei Jahre später im zweiten «Sacheli»-Entscheid<sup>545</sup> die vorinstanzliche Annahme einer dauerhaften Teilinvalidität. In diesem nicht veröffentlichten Entscheid bestätigte das Bundesgericht die vorinstanzliche Festsetzung des geschuldeten Schadenersatzes. Unter der Annahme einer dauerhaften Teilinvalidität von 60 % hatte die Vorinstanz zunächst einen Erwerbsausfall von CHF 153'343.10 berechnet. Insbesondere aufgrund der neurotischen Veranlagung setzte sie danach gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR den Schadenersatzbetrag um 66 2/3 % herab.<sup>546</sup> Insgesamt sprach es dem Geschädigten CHF 37'780.20 als Schadenersatz und CHF 5'000 als Genugtuung zu. Damit hatte es letztlich auch in diesem Fall den Begehrungstendenzen durch die Kürzung der Entschädigung erheblich Rechnung getragen. Dennoch hat es damit an die mit dem im Jahr 1954 ergangenen «Krallenhand-Fall» eingeführte Praxis angeknüpft, wonach in Fällen mit unklaren Beschwerden fortan auch im Haftpflichtrecht grundsätzlich länger andauernde Arbeitsunfähigkeit resp. Invalidität angenommen werden konnte.

<sup>542</sup> BGE 96 II 392 E. 3 S. 399.

<sup>543</sup> BGE 96 II 392 E. 4 S. 400.

<sup>544</sup> BGE 96 II 392 E. 4 S. 400.

<sup>545</sup> Urteil des Bundesgerichts C 44/72 vom 30. Mai 1972.

<sup>546</sup> Urteil des Bundesgerichts C 44/72 vom 30. Mai 1972 Sachverhalt C S. 5 und E. 3 S. 12; vgl. dazu auch unten 8.7.2.3. Entgegen der Einschätzung von SCHAER, Adäquanz, S. 571, wurde die Kürzung um 2/3 nicht in vertikaler Weise im Rahmen der Schadensberechnung berücksichtigt. Daher erhielt der Geschädigte aufgrund des Quotenvorrechts vermutungsweise mehr, als der tatsächliche Schaden ausmachte.

## 8.6. Ablehnung der Übernahme der Neurosenpraxis des EVG in das Privatrecht

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.<sup>547</sup> Es warnte zudem vor einer schablonenhaften Verwendung der verschiedenen Neurosebegriffe. Seiner Ansicht nach stiftete die Diagnose «Versicherungsneurose» oder «Begehrungsneurose» Verwirrung und begünstigte Fehlentscheidungen.<sup>548</sup>

Zehn Jahre später zeigte das Bundesgericht deutlich mehr Verständnis für die Neurosenpraxis des EVG. Es bezeichnete es als naheliegend, dass das EVG Begehrlichkeiten bezüglich der Kapitalabfindung mit einer gewissen Strenge entgegengetreten sei. Die SUVA könne sich nicht wie private Versicherer durch vertragliche Bestimmungen vor ungerechtfertigten Ansprüchen schützen. Im Bereich der Sozialversicherung könne zudem der Vorteil, mittels der Abfindung eine grosse Zahl solcher Fälle auf einfache Art erledigen zu können, den Nachteil, dass dem Betroffenen in verhältnismässig seltenen Fällen nicht volle Gerechtigkeit zuteil werde, möglicherweise aufwiegen. Komme in privatversicherungsrechtlichen Fällen Missbrauch in Betracht, so müsse jeweils abgeklärt werden, ob und wie weit Ansprüche wirklich bestehen.<sup>549</sup>

Mit dem «Sacheli»-Entscheid übernahm das Bundesgericht im Jahr 1970 vom EVG dann doch den Begriff der Begehrungsneurose. Es erklärte jedoch zugleich, dass alle Neurosen, gleichviel ob diese unmittelbar durch den Unfallvorgang ausgelöst würden, wie es bei der Schreckneurose der Fall sei, oder sie sich, wie die Behandlungs- oder Begehrungsneurose, erst nachträglich herausbildeten, im Haftpflichtrecht nach dem gleichen Massstab zu beurteilen seien.<sup>550</sup> Es übernahm damit also den Begriff der Begehrungsneurose, lehnte jedoch gleichzeitig die Übertragung der Neurosenklassifikation des EVG ins Haftpflichtrecht ab.

Im «Sacheli»-Entscheid rechtfertigte es die Ablehnung der Übernahme der Neurosenpraxis damit, dass die Abgrenzung adäquater Unfallfolgen von inadäquaten im Privatrecht nicht gleich ausfallen müsse wie im Sozialversicherungsrecht. Dieses beruhe auf anderen gesetzlichen Grundlagen und gehöre zum öffentlichen Verwal-

---

<sup>547</sup> EVGE 1927 S. 224 E. 1 S. 226; S. 206 E. 1 S. 209; S. 155 E. 2 S. 161; S. 11 E. 3 S. 14.

<sup>548</sup> BGE 60 II 132 E. 3 S. 142 f.

<sup>549</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 174 f.

<sup>550</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

tungsrecht. Im Umstand, dass das EVG nur die Schreck- und die Behandlungsneurose, nicht aber die Begehrungsneurose als abfindungswürdig im Sinne von Art. 82 KUVG beurteilte, erblickte das Bundesgericht keinen Grund, seine Rechtsprechung zu ändern. Es zeigte Verständnis für die Praxis des EVG, welches seine Rechtsprechung mit dem Charakter der Sozialversicherung und der Betreuungspflicht ihrer Organe gegenüber den Versicherten begründe. Mit Vorliebe würden sich Begehrungstendenzen nämlich an diese Pflicht heften.<sup>551</sup>

## 8.7. Zusammenfassung der Entwicklung (1916–1990)

Kurze Zeit nach Aufnahme seiner Tätigkeit im Jahr 1917 führte das EVG eine neue Praxis zur Beurteilung von Neurosen ein. Die infolge der Erfahrungen aus dem Ersten Weltkrieg kritischere medizinische Auffassung über Neurosen floss von Beginn weg in diese Praxis ein. Aufgrund der positiven Erfahrungen aus der Haftpflichtpraxis wurde im KUVG zudem von Anfang an die Möglichkeit einer Abfindung vorgeesehen. Vordergründig wandte das EVG die in verschiedene Arten klassifizierende Neurosenpraxis an. Dabei stützten sich die Gerichte in der Regel auf die in den eingeholten Gutachten vorgebrachten Einschätzungen. Die schematische Klassifizierung der verschiedenen Neurosearten wurde in der Folge noch bis in die 1980er-Jahre hinein beibehalten. In einzelnen Entscheiden zu Begehrungsneurosen verneinte das EVG ausdrücklich den erforderlichen Kausalzusammenhang.<sup>552</sup> In der Regel erachtete es bereits den natürlichen Kausalzusammenhang als nicht gegeben. In Grenzfällen jedoch griff das EVG auf die Adäquanztheorie zurück. Insgesamt ist festzuhalten, dass das EVG entgegen der gemeinhin geteilten Auffassung<sup>553</sup> schon von Beginn weg sowohl den natürlichen als auch einen juristischen Kausalzusammenhang anwandte, um die heiklen Zurechnungsfragen in Neurosefällen beurteilen zu können.

### 8.7.1. Zurechnungspraxis im Unfallversicherungsrecht

Die ab 1918 massgebende Praxis im Bereich des Unfallversicherungsrechts basierte auf den nachfolgend dargelegten Wertungsgesichtspunkten.

<sup>551</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 398.

<sup>552</sup> EVGE 1929 S. 9 E. 3 S. 15; 1927 S. 11 E. 3 S. 14.

<sup>553</sup> Vgl. u.a. SCHAER, Adäquanz, wonach das EVG die Adäquanztheorie im Jahr 1960 aus dem Privatversicherungs- und Haftpflichtrecht übernommen habe; ebenso KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 159 und MEYER-BLASER, Kausalitätsfragen, S. 82; vgl. hingegen RUMO-JUNGO, Fn. 437, wonach der Begriff schon früher aufgetaucht sei, so z.B. in EVGE 1948 S. 61.

### 8.7.1.1. Haftungsbegründender Kausalzusammenhang

**a) Natürlicher Kausalzusammenhang:** Es ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob zwischen dem Unfall und der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht.<sup>554</sup>

Der natürliche Kausalzusammenhang wurde bei Begehrungsneurosen anfänglich oftmals verneint, teilweise aber auch bejaht.<sup>555</sup> Spätestens ab 1960 wurde dieser sodann konstant bejaht.<sup>556</sup> Bei traumatischen Neurosen wie z.B. Schreckneurosen bejahte das EVG den natürlichen Kausalzusammenhang dagegen von Anfang an in ständiger Rechtsprechung.<sup>557</sup>

**b) Adäquater Kausalzusammenhang:** Die nur mittelbar eingetretene Folge darf nicht in einem so entfernten Zusammenhang mit dem als Ursache in Anspruch genommenen Ereignis stehen, dass er nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden kann.<sup>558</sup> Ab 1960 übernahm das EVG dann die vom Bundesgericht in ständiger Praxis verwendete Adäquanzformel.<sup>559</sup> Die Beurteilungspraxis änderte sich deshalb bis in die 1980er-Jahre hinein jedoch nicht.

Wo die Gutachter bei Begehrungsneurosen von einem natürlichen Kausalzusammenhang ausgingen, verneinte das EVG in konstanter Rechtsprechung den adäquaten Kausalzusammenhang.<sup>560</sup> Dem Unfallverursacher zugerechnet wurden dagegen auch Behandlungsneurosen, die sich erst nach dem Unfall, z.B. aufgrund einer mangelhaften ärztlichen Behandlung, herausgebildet hatten. Bei traumatischen Neurosen (Schreckneurosen, Angstneurosen), deren Ursprung auch von den medizinischen Sachverständigen im Unfallereignis selbst gesehen wurde, bejahte es den juristischen Kausalzusammenhang ebenfalls.<sup>561</sup>

---

<sup>554</sup> EVGE 1960 S. 260 E. 2 S. 264; 1927 S. 199 E. 1 S. 205.

<sup>555</sup> Im Grunde war dem EVG jedoch von Anfang an bewusst, dass der natürliche Kausalzusammenhang jeweils als gegeben zu betrachten war. Vgl. hierzu 8.3.3.

<sup>556</sup> EVGE 1960 S. 260 E. 2 S. 264.

<sup>557</sup> Vgl. die Nachweise in 8.3.2.

<sup>558</sup> EVGE 1927 S. 199 E. 1 S. 205.

<sup>559</sup> EVGE 1960 S. 158 E. 2 S. 164. Vgl. auch den Hinweis auf S. 164, wonach die vom EVG in früheren Fällen verwendeten Umschreibungen im Wesentlichen auf den Adäquanzbegriff hinausliefen; vgl. auch EVGE 1960 S. 260 E. 2 S. 264 ff. im Zusammenhang mit unklaren Beschwerden; vgl. zur vom Bundesgericht verwendeten Adäquanzformel 8.7.2.1.; vgl. auch BGE 107 V 173 E. 4b S. 177 aus dem Jahr 1981, wo das EVG unter anderem die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu singulären Unfallfolgen (vgl. BGE 96 II 392) übernahm.

<sup>560</sup> EVGE 1960 S. 260 E. 2 S. 264; 1927 S. 199 E. 1 S. 205.

<sup>561</sup> Vgl. die Nachweise in 8.3.2.

### 8.7.1.2. Zurechnung beim Schadenstatbestand

In Neurosefällen kam praktisch immer Art. 82 KUVG zur Anwendung. Gestützt auf diese Bestimmung wurden Abfindungen gewährt, bei deren Bemessung von einer maximalen Arbeitsunfähigkeit von höchstens drei Jahren ausgegangen werden konnte. Mit zunehmender Dauer wurde bei der Bemessung in der Regel eine ansteigende Arbeitsfähigkeit angenommen. Die Anwendung dieser Bestimmung setzte einzig die berechnete Annahme voraus, dass der Versicherte nach Erledigung seiner Versicherungsansprüche und bei Wiederaufnahme der Arbeit die Erwerbsfähigkeit wiedererlangen würde.

Freilich wurden nur in verhältnismässig wenigen Fällen gestützt auf Art. 82 KUVG Abfindungen geleistet. Die Praxis war restriktiv. In den Jahren 1923–1927 wurde etwa in weniger als 50 Fällen pro Jahr überhaupt eine Entschädigung aufgrund des Vorliegens einer «traumatischen Neurose» zugesprochen. Immerhin zeigte eine 1937 eigens von der SUVA durchgeführte Untersuchung, dass die Mehrheit der Personen, denen infolge einer traumatischen Neurose eine Abfindung zugesprochen worden war, der Wiedereinstieg in die Arbeitswelt danach wieder gelungen war.<sup>562</sup> Diese Praxis behielt das EVG bis in die 1980er-Jahre hinein bei. Noch 1979 wurden 92 Versicherte gestützt auf Art. 82 KUVG abgefunden.<sup>563</sup>

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.<sup>564</sup>

### 8.7.1.3. Kasuistik

Die von der SUVA gestützt auf Art. 82 KUVG gewährten Abfindungen betragen im Jahr 1923 durchschnittlich CHF 2'045, was heute näherungsweise CHF 12'839 entspricht.<sup>565</sup> In der Folge ging dieser Betrag bis 1928 erheblich zurück, nämlich auf

<sup>562</sup> Vgl. zur damaligen insb. von der SUVA vertretenen Haltung insb. 8.3.

<sup>563</sup> MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 407.

<sup>564</sup> In diesem Sinn EVGE 1960 S. 260 E. 1 S. 264: Das EVG «hat [...] seit jeher angenommen, dass nicht jede nach einem versicherten Unfall auftretende Neurose zur Ausrichtung einer Abfindung führt; sofern es sich um Erscheinungen handelt, die unter der Bezeichnung Begehrungsneurosen zusammengefasst werden, wird jegliche weitere Leistung verweigert. [...] die übrigen vom [EVG] gebrauchten Bezeichnungen für Neurosen bilden dagegen blosse Beispiele abfindungsberechtigender psychogener Reaktionen.»

<sup>565</sup> Gemäss SUVA, Fünfjahresbericht 1923–1927, S. 33, wurden im Jahr 1923 48 Fälle mit Kapitalabfindungen erledigt. Hierfür wurden insgesamt CHF 98'165 aufgewendet. Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungrechner

CHF 564, was heute näherungsweise CHF 3'541 entspricht.<sup>566</sup> Von 1928 bis 1937 beliefen sich die durchschnittlich gewährten Abfindungsbeträge auf CHF 500 bis CHF 700, was heute näherungsweise CHF 3'139 bis CHF 4'395 entspricht.<sup>567</sup> Für die Zeit danach sind in den jeweiligen Fünfjahresberichten keine Angaben mehr enthalten. Über die gesamte Zeit hinweg wurde in mehreren Fällen aufgrund des Vorliegens von Begehrungsneurosen Leistungen gänzlich verweigert. Nachfolgend werden zwecks Veranschaulichung ausgewählte Entscheide aus der Periode von 1916–1990 dargelegt.

- EVGE 1925 S. 117 vom 10. November 1925 (Diagnose: traumatische Neurose nach Verletzung unterhalb des Auges durch einen abgesprengten Nietenkopf; 20 Tage nach dem Unfall waren sämtliche Wunden verheilt. Der Geschädigte litt jedoch an heftigen Kopfschmerzen, Schwindel, Blutandrang und Hitze im Kopf):<sup>568</sup> Gestützt auf Art. 82 Abs. 1 KUVG wurde eine Abfindung von CHF 1'369 zugesprochen. Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 8'370.<sup>569</sup>
- EVGE 1927 S. 11 vom 8. März 1927: Ablehnung der Entschädigungspflicht aufgrund einer sich nach einer Verletzung eines Armes herausgebildeten Begehrungsneurose. Das EVG verneinte bereits den natürlichen Kausalzusammenhang.<sup>570</sup>
- EVGE 1927 S. 155 vom 29. Juli 1927: Ablehnung der Entschädigungspflicht aufgrund einer sich nach einer unbedeutenden Kopfverletzung herausgebildeten

---

entsprechen im Jahr 1923 zugesprochene CHF 2'045 unter Zugrundelegung der Indexbasis Juni 1914 einem Betrag von CHF 12'839 im Jahr 2017 (vgl. zum Teuerungsrechner <[http://www.portal-stat.admin.ch/lik\\_rechner/d/lik\\_rechner.htm](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>566</sup> Gemäss SUVA, Fünfjahresbericht 1928–1932, S. 38, wurden im Jahr 1928 73 Fälle mit Kapitalabfindungen erledigt. Hierfür wurden insgesamt CHF 41'236 aufgewendet. Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner entsprechen im Jahr 1928 zugesprochene CHF 564 unter Zugrundelegung der Indexbasis Juni 1914 einem Betrag von CHF 3'541 im Jahr 2017 (vgl. zum Teuerungsrechner <[http://www.portal-stat.admin.ch/lik\\_rechner/d/lik\\_rechner.htm](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>567</sup> Vgl. zur Berechnungsmethode Fn. 566.

<sup>568</sup> EVGE 1925 S. 117 Sachverhalt A S. 118 f.

<sup>569</sup> 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 8'370 im Jahr 2017 (vgl. zum Teuerungsrechner <[http://www.portal-stat.admin.ch/lik\\_rechner/d/lik\\_rechner.htm](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>570</sup> EVGE 1927 S. 11 E. 3 S. 14.

Begehrungsneurose. Das EVG lehnte eine über den von der SUVA anerkannten Betrag von CHF 1'169 (Krankentaggelder von CHF 1'084 und Abfindung von CHF 85) ab.<sup>571</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht der Betrag dieser Abfindung heute näherungsweise CHF 545.<sup>572</sup>

- EVGE 1958 vom 14. März 1958 in Sachen Gosteli (Fall der Militärversicherung): Ablehnung der Haftung, da kein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der Begehrungsneurose gegeben war.<sup>573</sup>
- EVGE 1960 S. 260 vom 19. Dezember 1960 (Diagnose: Neurose resp. psychogene Klumpfusshaltung nach relativ guter Verheilung einer schweren Verbrennung am linken Fuss):<sup>574</sup> Der Geschädigte beantragte vor Bundesgericht eine jährliche Rente von CHF 1'680. Gestützt auf Art. 82 Abs. 1 KUVG wurde unter der Annahme einer dreijährigen Invalidität von 50 % dem Geschädigten eine Abfindung von CHF 3'450 zugesprochen.<sup>575</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 14'109.<sup>576</sup>
- EVGE 1968 S. 35 vom 16. Februar 1968 (Diagnose: Im Nachgang zu einer Erkrankung an Grippe und Gelbsucht im Aktivdienst entwickelte sich bei einem Landwirt über zwei Jahre später eine schwere, hypochondrische Neurose; Fall der Militärversicherung):<sup>577</sup> Nach Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs befand das EVG, die Neurose sei keine adäquate Folge der während des Dienstes erlittenen Einwirkungen.<sup>578</sup>
- BGE 105 V 225 vom 5. Juli 1979 (Diagnose: Neurose; in organischer Hinsicht erlitt der Geschädigte anlässlich einer Marschübung ohne unfallmässige Einwirkung Schmerzen in der Gesässgegend resp. eine Lumbago<sup>579</sup>):<sup>580</sup> Das EVG ver-

<sup>571</sup> EVGE 1927 S. 11 E. 3 S. 14.

<sup>572</sup> Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner entsprechen im Jahr 1927 zugesprochene CHF 85 unter Zugrundelegung der Indexbasis Juni 1914 einem Betrag von CHF 545 im Jahr 2017 (vgl. zum Teuerungsrechner <[http://www.portal-stat.admin.ch/lik\\_rechner/d/lik\\_rechner.htm](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>573</sup> Vgl. die entsprechenden Ausführungen in EVGE 1960 S. 260 E. 2 S. 264.

<sup>574</sup> EVGE 1960 S. 260 Sachverhalt A S. 260 f.

<sup>575</sup> EVGE 1960 S. 260 E. 3 S. 267.

<sup>576</sup> Gemäss dem vom Bundesamt für Statistik zur Verfügung gestellten LIK-Teuerungsrechner entsprechen im Jahr 1960 zugesprochene CHF 3'450 unter Zugrundelegung der Indexbasis August 1939 einem Betrag von CHF 14'109 im Jahr 2017 (vgl. zum Teuerungsrechner <[http://www.portal-stat.admin.ch/lik\\_rechner/d/lik\\_rechner.htm](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>577</sup> EVGE 1968 S. 35 Sachverhalt A S. 35 f.

<sup>578</sup> EVGE 1968 S. 35 E. 3 S. 38.

<sup>579</sup> Lumbago = Hexenschuss.

neinte den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den eingetretenen unklaren Beschwerden, obwohl der psychiatrische Experte die psychischen Störungen mit grosser Wahrscheinlichkeit auf die in der Rekrutenschule erlittene Lumbago zurückführte. Nach Auffassung des EVG war der Unfall nicht allein deshalb als adäquate Ursache zu betrachten, weil das psychische Leiden mit der in der Rekrutenschule in Erscheinung getretenen Lumbago seinen Anfang genommen hatte. Es hatte sich bei dieser Verletzung um einen relativ harmlosen Beschwerdeschub gehandelt, zumal der Geschädigte danach die Unteroffizierschule absolvierte und den Korporalsgrad abverdiente. Das EVG führte die eingetretenen neurotischen Störungen auf eine ausgeprägte psychische Prädisposition zurück, die nach allgemeiner Erfahrung von einem psychisch Gesunden ohne weiteres verkraftet worden wäre.<sup>581</sup>

### 8.7.2. Zurechnungspraxis im Haftpflichtrecht

Im Gegensatz zur unfallversicherungsrechtlichen Praxis hatte das Bundesgericht in Fällen mit Begehrungsneurosen die haftungsbegründende Zurechnung zwischen schädigendem Ereignis und eingetretenen unklaren Beschwerden stets bejaht. Einzig in den äusserst seltenen Fällen, in welchen Simulation nachgewiesen werden konnte, lehnte es eine Haftung ab. Bei unbewusster Aggravation, selbst wenn diese von grosser Bedeutung war, hatte das Bundesgericht hingegen zur Zeit des Ersten Weltkriegs in der Regel abnehmend abgestufte Kapitalabfindungen für maximal drei Jahre zugesprochen.<sup>582</sup> In diesem Zusammenhang ist es wichtig, zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht nach dem Ersten Weltkrieg für längere Zeit keine Fälle mit unklaren Beschwerden mehr zu beurteilen hatte. 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 höchstrichterliche Rechtsprechung massgebend.

Weiterentwickelt wurde die haftpflichtrechtliche Praxis rückblickend betrachtet erst durch drei privatversicherungsrechtliche Entscheide, die zwischen 1934 und 1954 ergingen. 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.

---

<sup>580</sup> BGE 105 V 225 Sachverhalt A S. 226.

<sup>581</sup> BGE 105 V 225 E. 4c S. 232 f.

<sup>582</sup> Vgl. hierzu die Nachweise in 8.3.1.



Die unterschiedliche Beurteilung der Zurechnungsfrage in den erwähnten privatversicherungsrechtlichen Fällen beruhte weitgehend auf der Differenzierung zwischen unbewusster Aggravation und bewusster Aggravation resp. Simulation. Das Bundesgericht nahm den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den beklagten unklaren Beschwerden immer dann an, wenn diese nicht auf Simulation oder bewusste Aggravation zurückzuführen waren. Mit dieser Wertung knüpfte es an die mit dem Fall «Sidler» begründete Rechtsprechung an, die im Kern ebenfalls danach differenzierte, ob die fehlerhafte Willensbetätigung im konkreten Einzelfall freiwillig oder unfreiwillig erfolgt war.<sup>583</sup>

Das Bundesgericht sprach sich durchgehend gegen eine Übernahme der Neurosenpraxis des EVG in das Privatrecht aus. Noch 1934 lehnte es die Übernahme vor allem aufgrund erheblicher Zweifel an der Praxis des EVG ab. Es kritisierte diese unter anderem als zu schablonenhaft und als auf mehrdeutigen unklaren Begriffen beruhend. Es attestierte dieser zudem, Fehlentscheidungen zu begünstigen.<sup>584</sup> Zehn Jahre später äusserte sich das Bundesgericht dieser Praxis gegenüber weit positiver. Dies insbesondere weil im Bereich der Sozialversicherung mit der dort zur Anwendung gelangten Abfindungspraxis eine grosse Zahl solcher Fälle auf einfache Art erledigt werden konnten. Dieser Vorteil mochte aus bundesgerichtlicher Sicht gar den Nachteil aufwiegen, dass diese Praxis in relativ seltenen Fällen für den Betroffenen zu ungerechten Entscheiden führen konnte.<sup>585</sup> Das Bundesgericht zeigte nun Verständnis dafür, dass die SUVA sich mit dieser Praxis vor einer übermässigen Beanspruchung zu schützen vermochte. Aus diesen Ausführungen lässt sich auch ableiten, dass es im Privatrecht und im Besonderen im Haftpflichtrecht praktisch keine Neurosefälle mehr gab. Vor diesem Hintergrund und aufgrund der grossen Bedeutung, die das Bundesgericht der Billigkeit seit je beimass, lässt sich die fortan im Vergleich zum EVG grosszügigere Praxis bei der Beurteilung von Begehrungsneurosen im Privatrecht erklären.

Bemerkenswerterweise wich das Bundesgericht im Gegensatz zu früher im Jahr 1944 mit dem «Securitas-Fall»<sup>586</sup> bewusst von der medizinisch-biologischen Feststellung ab, wonach nur die äusserlichen Verletzungen als zurechenbare Folgen zum Unfall zu betrachten waren.<sup>587</sup> Hinter der Entscheidung des Bundesgerichts, entgegen der medizinischen Kausalitätsbeurteilung den adäquaten Kausalzusammenhang im

<sup>583</sup> Vgl. insb. zur Entwicklung der entsprechenden privatversicherungsrechtlichen Rechtsprechung 8.4.

<sup>584</sup> BGE 60 II 132 E. 3 S. 141 ff.

<sup>585</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 174 ff.

<sup>586</sup> BGE 70 II 168.

<sup>587</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 177 ff.

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.<sup>588</sup> Dieser Schluss lässt sich auch aus dem vom Bundesgericht gegenüber dem EVG erhobenen Vorwurf herleiten, in verhältnismässig wenigen Fällen werde mit der Neurosenpraxis, konkret gerade im Fall von Begehrungsneurosen, dem Betroffenen nicht volle Gerechtigkeit zuteil. 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.<sup>589</sup> Gerade die Publikation dieser Erwägungen wäre für das Verständnis des Entscheides von wesentlicher Bedeutung gewesen.<sup>590</sup>

Im «Krallenhand-Fall»<sup>591</sup> aus dem Jahr 1954 nahm das Bundesgericht die Beurteilung der Zurechnungsfrage erstmals in einem Fall mit unklaren Beschwerden ausführlich anhand des allgemeinen Rechtsbegriffs der adäquaten Verursachung vor. Konkret führte es aus, als eine Unfallfolge im Rechtssinne gelte, was auf den Unfall als eine wesentliche Ursache zurückzuführen sei. Die Verwendung des Zurechnungsmassstabs der Wesentlichkeit erinnert an die Theorie der wesentlichen Bedingung, die teilweise als eigenständige Zurechnungstheorie betrachtet wird.<sup>592</sup> Weiter hielt es fest, dass nicht nur gewöhnliche Folgen eines Unfalles zu berücksichtigen seien. Vielmehr müsse die Beurteilung von den tatsächlichen Auswirkungen ausgehen und rückblickend entschieden werden, ob und inwiefern der Unfall noch als deren wesentliche Ursache erscheine.<sup>593</sup> Mit diesen Ausführungen bestätigte das Bundesgericht definitiv, dass es sich in der Zwischenzeit für die objektiv-nachträgliche Prognose im Sinne der Lehre der adäquaten Verursachung nach RÜMELIN entschieden hatte.<sup>594</sup>

Im «Krallenhand-Fall» bejahte das Bundesgericht die privatrechtliche Deckung in noch weiter gehendem Ausmass, nämlich auch für den Fall singulärer Unfallfolgen. 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

---

<sup>588</sup> Vgl. BGE 113 II 86 E. 1b S. 90, wo das Bundesgericht diese praktisch schon von Anfang an vertretene Wertung erstmals ausdrücklich offenlegte.

<sup>589</sup> Vgl. zum «Securitas-Fall» 8.4.2.

<sup>590</sup> In diesem Sinne auch SCHAER, Adäquanz, S. 569.

<sup>591</sup> BGE 80 II 338.

<sup>592</sup> In diesem Sinne SCHAER, Adäquanz, S. 575 f.; WEITNAUER, S. 324.

<sup>593</sup> BGE 80 II 338 E. 2b S. 344.

<sup>594</sup> Kritisch zu dieser Theorie bereits im Jahr 1927 BÜRGI, S. 65.

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 war.<sup>595</sup>

Das Bundesgericht ging 1970 im «Sacheli»-Entscheid<sup>596</sup> erstmals in einem haftpflichtrechtlichen Fall mit unklaren Beschwerden eingehend auf das Erfordernis des natürlichen Kausalzusammenhangs ein. Es hielt in der Tradition seiner ständigen Rechtsprechung zunächst fest, dass Teilursächlichkeit des Unfalls für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs genüge. Dabei legte es die für die entsprechende Beurteilung massgebende Formel dar, wonach der Zusammenhang gegeben sei, sofern der Unfall nicht hinweggedacht werden könne, ohne dass auch die eingetretenen gesundheitlichen Störungen entfielen. Es bemerkte weiter, dass dies eine Tatfrage sei und es entsprechend an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden sei. Zudem charakterisierte es den natürlichen Kausalzusammenhang als naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, der einer Einschränkung bedürfe, um für die rechtliche Verantwortlichkeit tragbar zu sein.<sup>597</sup>

Diese Aufgabe wies es dem Begriff der adäquaten Verursachung zu. Damit solle nämlich eine vernünftige Begrenzung der Haftung erreicht werden. Betreffend das Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhangs nahm es zunächst auf die in ständiger Rechtsprechung<sup>598</sup> angewandte Formel Bezug und erklärte diese Rechtsprechung auch für die Beurteilung psychischer Unfallfolgen, insbesondere auch für alle verschiedenen Arten von Neurosen, als massgebend. Es bestätigte sodann die 1944 im «Securitas-Fall» ausführlich dargelegte Rechtsprechung, wonach ausgehend von den tatsächlichen Auswirkungen rückblickend zu entscheiden sei, ob und inwiefern der Unfall noch als deren wesentliche Ursache zu betrachten sei. Unter Bezugnahme auf den «Krallenhand-Fall» führte es weiter aus, dass selbst singuläre, d.h. aussergewöhnliche Folgen adäquate Unfallfolgen darstellen könnten.<sup>599</sup>

Mit der Einführung dieses Beurteilungsmassstabes bestätigte das Bundesgericht, dass die Adäquanz bei unklaren Beschwerdebildern im Haftpflichtrecht nur äusserst selten zu verneinen ist. Es rechtfertigte seine Auffassung damit, dass die medizinisch-

<sup>595</sup> Vgl. zur Entwicklung dieser Rechtsprechung 8.4.2 f.

<sup>596</sup> BGE 96 II 392.

<sup>597</sup> BGE 96 II 392 E. I S. 395 f.

<sup>598</sup> BGE 89 II 250; 87 II 126; 83 II 411; 81 II 445; 66 II 172.

<sup>599</sup> Vgl. zu dieser Rechtsprechung 8.5.2.

biologische Betrachtungsweise nicht massgebend sei, und sprach sich zugleich dafür aus, die Grenzziehung anhand von rechtlichen Gesichtspunkten vorzunehmen. Deswegen war für das Bundesgericht auch nicht entscheidend, dass der Begehrungsneurotiker nur deshalb krank wird, weil der Unfall ihm Aussicht auf Leistungen Dritter gibt. Erneut kommt in diesem Zusammenhang die schon seit Beginn der Tätigkeit des Bundesgerichts getroffene, jedoch erst später ausdrücklich offengelegte grundsätzliche Wertung zum Ausdruck, dass wer widerrechtlich einen gesundheitlich geschwächten Menschen verletzt, kein Recht darauf hat, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden geschädigt hätte.<sup>600</sup> Als entscheidend bezeichnete das Bundesgericht die Frage, ob die unfallbedingte Störung billigerweise noch dem Schädiger oder Haftpflichtigen zugerechnet werden dürfe. Dabei erklärte es die ständige Rechtsprechung als Leitlinie, wonach es darauf ankomme, ob der fehlerhafte Wille freiwillig (i.S.v. bewusster Aggravation oder Simulation resp. verwerflicher Willensbetätigung resp. bewussten Täuschungswillens) oder unfreiwillig gebildet wurde (unbewusste Aggravation).<sup>601</sup>

Im «Sacheli»-Entscheid erklärte das Bundesgericht zudem die Neurosenpraxis des EVG als für das Haftpflichtrecht unbeachtlich. Im Gegensatz zu früheren Entscheidungen argumentierte es jedoch diesmal selbst mit dem Begriff der Begehrungsneurose. Interessant ist dies vor allem im Hinblick auf die noch 1934 geäusserte Kritik, wonach die vom EVG vorgenommene Klassifizierung der Neurosen zu schablonenhaft sei, auf mehrdeutigen und unklaren Begriffen beruhe und zu Fehlurteilen führe. Nun verwendete das Bundesgericht den Begriff der Begehrungsneurose durchgängig und gab diesen auch in den Regesten wieder. Wie schon im «Securitas»-Fall zeigte sich das Bundesgericht auch im «Sacheli»-Entscheid gegenüber der EVG-Neurosenpraxis durchaus verständnisvoll. Insbesondere der Charakter der Sozialversicherung und die Betreuungspflicht der Organe gegenüber den Versicherten, an welche sich Begehrungstendenzen mit Vorliebe heften würden, vermochten nach Ansicht des Bundesgerichts die strengere unfallversicherungsrechtliche Rechtsprechung zu rechtfertigen.<sup>602</sup>

Abschliessend gab das Bundesgericht vor, wie die eher grosszügige Beurteilung der Zurechnungsfrage zwischen schädigendem Unfall und eingetretener Begehrungsneurose kompensiert werden sollte. Sowohl die konstitutionelle Prädisposition als auch die Leistungspflicht bzw. die Aussicht auf entsprechende Leistungen müssten als

---

<sup>600</sup> Vgl. hierzu BGE 113 II 86 E. 1b S. 90, wo das Bundesgericht diesen Grundsatz erstmals ausdrücklich dargelegt hat.

<sup>601</sup> Vgl. zu dieser Rechtsprechung 8.5.2.

<sup>602</sup> Vgl. zu dieser Rechtsprechung 8.6.

konkurrierende Ursache der Begehrungsneurose im Rahmen der Schadenersatzbemessung berücksichtigt werden. Knapp zwei Jahre später stützte es im zweiten «Sacheli»-Entscheid<sup>603</sup> die vorinstanzliche Annahme einer dauerhaften Teilinvalidität von 60 %. Diese wertende Zurechnung beim Schadenstatbestand ist allerdings insofern zu relativieren, als die Vorinstanz zugleich den Schadenersatzbetrag gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR wegen konstitutioneller Prädisposition um 2/3 herabgesetzt hatte.<sup>604</sup>

Fraglich bleibt, weshalb es infolge der grundsätzlichen Anerkennung der Begehrungsneurose als entschädigungswürdig nicht zu weiteren, ähnlich gelagerten 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 dargelegten Sinne aus. Ab den frühen 1970er-Jahren beruhte die haftpflichtrechtliche Praxis zu unklaren Beschwerden im Wesentlichen auf den nachfolgend dargelegten Grundsätzen.

### 8.7.2.1. Haftungsbe gründender Kausalzusammenhang

**a) Natürlicher Kausalzusammenhang:** Es ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob zwischen dem Unfall und der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht.<sup>605</sup>

**aa) Formel:** Der natürliche Kausalzusammenhang ist zu bejahen, sofern der Unfall eine notwendige Bedingung (conditio sine qua non) für die eingetretenen gesundheitlichen Störungen ist, der Unfall also nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretenen gesundheitlichen Störungen entfielen. Es ist nicht erforderlich, dass der Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache der gesundheitlichen Störungen ist.<sup>606</sup>

**bb) Tatfrage:** Die Feststellung des natürlichen Kausalzusammenhangs ist eine Tatfrage.<sup>607</sup> Der natürliche Kausalzusammenhang ist ein naturwissenschaftlicher Ursa-

<sup>603</sup> Urteil des Bundesgerichts C 44/72 vom 30. Mai 1972.

<sup>604</sup> Urteil des Bundesgerichts C 44/72 vom 30. Mai 1972 Sachverhalt C S. 5 und E. 3 S. 12.

<sup>605</sup> BGE 96 II 392 E. 1 S. 395 f.

<sup>606</sup> BGE 96 II 392 E. 1 S. 395 f.

<sup>607</sup> BGE 96 II 392 E. 1 S. 395; 80 II 338 E. 2 S. 342 ff.; in diesem Sinne auch 70 II 168 E. 1 S. 175 f.

chenbegriff, der einer Einschränkung bedarf, um für die rechtliche Verantwortlichkeit tragbar zu sein.<sup>608</sup>

**cc) Anwendung bei Begehrungsneurosen:** Im Haftpflichtrecht ist der natürliche Kausalzusammenhang auch im Falle erwiesener Begehrungsneurosen zu bejahen.<sup>609</sup>

**b) Adäquater Kausalzusammenhang:** Es ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob zwischen dem Unfall und der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung ein adäquater Kausalzusammenhang besteht.<sup>610</sup>

**aa) Formel:** Ein Ereignis ist dann als adäquate Ursache der eingetretenen unklaren Beschwerden zu betrachten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint.<sup>611</sup>

**bb) Rechtsfrage:** Die Beurteilung, ob ein Unfallereignis und daraufhin auftretende gesundheitliche Störungen zueinander in einem adäquaten Verhältnis stehen und der zwischen ihnen vorhandene ursächliche Zusammenhang darum auch rechtserheblich ist, ist eine Rechtsfrage.<sup>612</sup> Der adäquate Kausalzusammenhang ist ein Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, der, um für die rechtliche Verantwortlichkeit tragbar zu sein, der Einschränkung bedarf.<sup>613</sup>

**cc) Kriterium der wesentlichen Ursache und retrospektive Betrachtung:** Es ist ausgehend von den tatsächlichen Auswirkungen rückblickend zu entscheiden, ob und inwiefern der Unfall noch als wesentliche Ursache der eingetretenen neurotischen Störungen zu betrachten ist.<sup>614</sup>

**dd) Generelle Betrachtung und Anerkennung singulärer Unfallfolgen:** Bei der Beurteilung psychischer Unfallfolgen kommt es auf die generelle Eignung der fraglichen Ursache an, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen.<sup>615</sup> Ein Erfolg von der Art des eingetretenen muss sich jedoch nicht regelmässig oder häufig ereignen. Auch singuläre, d.h. aussergewöhnliche Folgen können adäquate Unfallfolgen dar-

---

<sup>608</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

<sup>609</sup> Vgl. BGE 96 II 392 E. 1 S. 396.

<sup>610</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

<sup>611</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

<sup>612</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396; in diesem Sinne auch 80 II 338 E. 2 S. 342 ff.; 70 II 168 E. 1 S. 175 f.

<sup>613</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

<sup>614</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396 und E. 3 S. 399.

<sup>615</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

stellen, sofern ein Ereignis an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen.<sup>616</sup>

**ee) Einzelfallgerechtigkeit geht medizinisch-biologischer Betrachtung vor:** Entscheidender als die medizinisch-biologische Betrachtungsweise ist die Frage, ob eine unfallbedingte Störung billigerweise noch dem Schädiger oder Haftpflichtigen zugerechnet werden soll.<sup>617</sup>

**ff) Rechtsprechung zu Aggravation und Simulation:** Bei vermuteter Aggravation/Simulation ist die Frage der Natur der fehlerhaften Willensbildung entscheidend für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs.

- **Unbewusste Aggravation:** Der adäquate Kausalzusammenhang ist zu bejahen, wenn die fehlerhafte Willensbildung auf Zwangsvorstellungen, die durch den Unfall und dessen unmittelbare Folgen ausgelöst wurden, zurückzuführen ist. Hierunter fällt die unbewusste Aggravation.<sup>618</sup>
- **Bewusste Aggravation oder Simulation:** Der adäquate Kausalzusammenhang ist zu verneinen, wenn der Unfall bloss äusserer Anlass der Störung ist und diese im Übrigen auf einen fehlerhaften Willen des Verunfallten zurückzuführen ist.<sup>619</sup>

**gg) Unterbrechung des Kausalzusammenhangs:** Im Falle erwiesener Aggravation oder Simulation ist der Kausalzusammenhang als unterbrochen zu beurteilen.<sup>620</sup>

### 8.7.2.2. Zurechnung beim Schadenstatbestand

**Konkurrierende Ursachen:** Die Leistungspflicht bzw. die Aussicht auf Leistungen und die konstitutionelle Prädisposition (abnorme psychische Veranlagung) sind als konkurrierende Ursachen der eingetretenen Begehrungsneurose bei der Bemessung des Schadens als Herabsetzungsgründe zu berücksichtigen.<sup>621</sup>

### 8.7.2.3. Kasuistik

Im einzigen haftpflichtrechtlichen Entscheid (Urteil des Bundesgerichts C 44/72 vom 30. Mai 1972) fiel die Schadenszurechnung folgendermassen aus:

Unter der Annahme einer dauerhaften Teilinvalidität von 60 % hatte die Vorinstanz zunächst einen Erwerbsausfall von CHF 153'343.10 berechnet. Insbesondere aufgrund der neurotischen Veranlagung setzte sie danach gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR

<sup>616</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396.

<sup>617</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

<sup>618</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397 f.

<sup>619</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397; 70 II 168 E. 1 S. 177; 60 II 132 E. 2 S. 139 ff.

<sup>620</sup> BGE 70 II 168 E. 1 S. 177.

<sup>621</sup> BGE 96 II 392 E. 3 S. 399.

den Schadenersatzbetrag um 66 2/3 % herab.<sup>622</sup> Insgesamt sprach es dem Geschädigten CHF 37'780.20 als Schadenersatz und CHF 5'000 als Genugtuung zu. Unter Berücksichtigung der Teuerung entsprechend diese Beträge zusammengerechnet heute näherungsweise CHF 110'807.<sup>623</sup>

## 9. Die somatogene «HWS-Distorsion» (1991–2007)

Im Haftpflichtrecht wurde 1970 mit dem «Sacheli»-Entscheid von der zu Beginn des 20. Jahrhunderts noch massgebenden Abfindungspraxis Abstand genommen, indem wieder von langanhaltenden unklaren Beschwerden ausgegangen wurde. Im Sozialversicherungsrecht verlor die Neurosenpraxis im Verlauf der 1980er-Jahre ihre Bedeutung.<sup>624</sup> Die verschiedenen Arten von Neurosen und insbesondere der Begriff der «Begehrungsneurose» werden seither sowohl in der Medizin als auch in der Rechtspraxis praktisch nicht mehr verwendet.<sup>625</sup> Hintergrund des Verschwindens der früheren Neurosenpraxis war nach Einschätzung von MEYER ein Paradigmenwechsel in der Medizin und im Besonderen in der Psychiatrie.<sup>626</sup> Namentlich die inhaltliche Ausweitung des Gesundheitsbegriffs<sup>627</sup> durch die WHO habe dazu geführt, dass

---

<sup>622</sup> Urteil des Bundesgerichts C 44/72 vom 30. Mai 1972 Sachverhalt C S. 5 und E. 3 S. 12; vgl. dazu auch vorne 8.5.3.

<sup>623</sup> 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 110'807 im Jahr 2017 (vgl. zum Teuerungsrechner <[http://www.portal-stat.admin.ch/lik\\_rechner/d/lik\\_rechner.htm](http://www.portal-stat.admin.ch/lik_rechner/d/lik_rechner.htm)> [besucht am: 13. März 2018]).

<sup>624</sup> Die letzten Entscheide, in welchen noch auf diese Neurosearten 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, Kausalitätsfragen, S. 98, wonach unter der Geltung des UVG zwischen 1984 und Ende 1992 bloss noch 105 Abfindungen zugesprochen worden seien.

<sup>625</sup> 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.

<sup>626</sup> MEYER, Schmerzstörung, S. 18.

<sup>627</sup> Gesundheit ist gemäss der Verfassung der WHO «ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen», vgl. <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19460131/201405080000/0.810.1.pdf>> (besucht am: 2. Februar 2017).



neben psychischen und physischen Ursachen neu auch belastende soziale Umstände als krankmachend anerkannt worden sind (sogenanntes bio-psycho-soziales Krankheitsmodell). Aufgrund dieses Paradigmenwechsels hätten die rechtsanwendenden Instanzen landesweit keine psychiatrischen Experten mehr gefunden, die bei Unfallopfern eine abfindungswürdige Unfallneurose attestiert hätten.<sup>628</sup> Aufgrund des stillschweigenden Auslaufens der Neurosenklassifikation in den 1980er-Jahren ist in der Folge auch die gesetzliche Abfindungspraxis in den Hintergrund getreten.<sup>629</sup> 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.<sup>630</sup> Schon kurze Zeit nach dem Verschwinden der Neurose trat dann aber das Phänomen der «HWS-Distorsion» in Erscheinung.

## 9.1. Charakterisierung des Beschwerdebildes

In den späten 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].»<sup>631</sup> 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.»<sup>632</sup> Das erwähnte «bunte Beschwerdebild» wurde als komplex und vielschichtig beschrieben.<sup>633</sup> Es wurde zudem mit eng ineinander verwobenen Beschwerden physischer und psychischer Natur, die einer Differenzierung kaum zugänglich sind, charakterisiert.<sup>634</sup> Insbesondere galten diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdung, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression oder Wesensveränderungen als typische Folgen

<sup>628</sup> MEYER, Schmerzstörung, S. 16.

<sup>629</sup> MEYER, Schmerzstörung, S. 18.

<sup>630</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 1 UVG.

<sup>631</sup> BGE 117 V 359 E. 5d/aa S. 363.

<sup>632</sup> BGE 117 V 359 E. 5d/aa S. 363 f.

<sup>633</sup> BGE 117 V 359 E. 4b S. 360; 119 V 335 E. 1 S. 338.

<sup>634</sup> BGE 134 V 109 E. 7.1 S. 118.

einer HWS-Distorsion.<sup>635</sup> 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.

## 9.2. Gerichtliche Anerkennung des Beschwerdebildes

Unter anderem aufgrund dieser neu aufgekommenen 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 ff.) 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.<sup>636</sup> 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 zu verursachen. In diesem Sinne vertrat das EVG noch 1985 in einem Entscheid die Auffassung, dass HWS-Distorsionen ohne fassbare organische Befunde in der Regel harmlos verlaufen würden.<sup>637</sup> Der Schluss liegt nahe, dass die vom Bundesgericht im «Salanitri»-Entscheid vorgebrachten neuen medizinischen Erkenntnisse<sup>638</sup> letztlich den Ausschlag dazu gegeben haben, langanhaltende gesundheitliche Folgen bei HWS-Distorsionen als invalidisierende und damit rentenan-spruchsberechtigte Unfallfolgen zu betrachten.

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass bei einer HWS-Distorsion typischerweise unmittelbar nach der Heckkollision oder kurze Zeit danach gesundheitliche Beschwerden wie akute Nacken- und Kopfschmerzen, eventuell in Kombination mit Schulter-Beschwerden, auftreten können.<sup>639</sup> Diese Beschwerden klingen normalerweise in den nachfolgenden Wochen und Monaten ab. Die rechtliche Erfassung dieser Unfallfolgen ist unproblematisch.<sup>640</sup> Sie wurden schon vor dem «Salanitri»-Entscheid vom

---

<sup>635</sup> Anstelle vieler: BGE 117 V 359 E. 4b S. 360 f.

<sup>636</sup> BGE 117 V 359 E. 5d/aa S. 363 f.

<sup>637</sup> 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.

<sup>638</sup> BGE 117 V 359 E. 5d/aa S. 363 f.

<sup>639</sup> LOCHER, S. 33.

<sup>640</sup> In diesem Sinne auch BGE 134 V 109 E. 9.3 S. 124.

Unfallversicherer durch Übernahme der Heilungskosten und Ausrichtung von Taggeldern entschädigt. Die der Invalidisierung vorangehenden Phasen der Heilung und der damit einhergehenden vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit waren denn auch nie wirklich umstritten.<sup>641</sup>

### 9.3. Zurechnungskonzeption im sozialen Unfallversicherungsrecht

Die Leistungspflicht durch die kausale Unfallversicherung setzt voraus, dass zwischen dem erlittenen Unfall und der eingetretenen Schädigung (Krankheit, Invalidität, Tod) ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht.<sup>642</sup> Zusätzlich muss für die Gewährung einer Invalidenrente zwischen dem Unfall und der eingetretenen Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.<sup>643</sup>

#### 9.3.1. Natürlicher Kausalzusammenhang

«Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhanges sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit gedacht werden kann.»<sup>644</sup> Es ist dabei nicht erforderlich, dass der Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache der gesundheitlichen Störungen ist. Es reicht aus, «dass das schädigende Ereignis zusammen mit andern Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität des Versicherten beeinträchtigt hat, der Unfall mit andern Worten nicht wegedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretene gesundheitliche Störung entfielen.»<sup>645</sup> Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Feststellung des natürlichen Kausalzusammenhanges eine Tatfrage.<sup>646</sup> Dementsprechend war das EVG grundsätzlich an die von der Verwaltung oder Vorinstanz gemachten Tatsachenfeststellungen gebunden. Ob der natürliche Kausalzusammenhang gegeben ist, ist nach dem im Sozialversi-

<sup>641</sup> Vgl. MURER, Entmedizinisierung, N 2. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass z.B. MEYER, Schleudertrauma, S. 486 f., fordert, die Leistungspflicht des Unfallversicherers für Heilbehandlung und Taggeld auf ein Jahr seit dem versicherten Unfall zu beschränken.

<sup>642</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>643</sup> BGE 117 V 359 E. 5a S. 361.

<sup>644</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>645</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>646</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

cherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu entscheiden.<sup>647</sup>

Mit dem «Salanitri»-Entscheid führte das EVG eine spezifische Rechtsprechung zur Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs bei Schleudertraumen der Halswirbelsäule ein. Demgemäss ist der natürliche Kausalzusammenhang in der Regel anzunehmen, 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.<sup>648</sup>

In Anwendung dieser Rechtsprechung befand das EVG im «Salanitri»-Entscheid, dass die vom Beschwerdeführer beklagten Kopfschmerzen und die in mehreren SUVA-Berichten dokumentierten Konzentrations- und Gedächtnisstörungen sowie eine ausgeprägte Müdigkeit bei der Arbeit häufig nach einem Schleudertrauma der HWS auftreten und persistieren würden. Durch Abklärungen war erstellt, dass die Leistungen des Geschädigten nach dem Unfall um rund einen Drittel gegenüber dem früheren Niveau abgefallen waren. Der begutachtende Neuropsychologe hatte zudem eine unfallbedingte Hirnleistungsschwäche diagnostiziert. Für das EVG waren die Ausfälle und die dadurch bedingte teilweise Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit dementsprechend mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf den Unfall zurückzuführen. Entsprechend bejahte es den natürlichen Kausalzusammenhang.<sup>649</sup>

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. Damit stellte das EVG klar, dass bei der Beurteilung der natürlichen Kausalität zuallererst auf die medizinischen Fakten wie die fachärztlichen Erhebungen über die Anamnese, den objektiven Befund, die Diagnose, die Verletzungsfolgen, die unfallfremden Faktoren, den Vorzustand usw. abzustellen sei. Sofern das Vorliegen sowie die Folgen des Schleudertraumas zuverlässig gesichert seien und aufgrund dieser fachärztlichen Feststellungen die natürliche Kausalität unbestritten sei, könne der natürliche Kausalzusammenhang aus rechtlicher Sicht als erstellt gelten, ohne dass ausführliche Darlegungen zur Beweiswürdigung erforderlich seien.<sup>650</sup>

---

<sup>647</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>648</sup> BGE 117 V 359 E. 4b S. 360.

<sup>649</sup> BGE 117 V 359 E. 4b S. 361.

<sup>650</sup> BGE 119 V 335 E. 2b/bb S. 340.

### 9.3.2. Adäquater Kausalzusammenhang

Nach Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs prüfte das EVG im «Salantri»-Entscheid in einem zweiten Schritt den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der dadurch verursachten Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit.<sup>651</sup> Die Vorinstanz hatte diesen unter Bezugnahme auf einen älteren Entscheid des EVG verneint.<sup>652</sup> Gemäss schon damals ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung gilt ein Ereignis dann als adäquate Ursache eines Erfolges, «wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis als allgemein begünstigt erscheint.»<sup>653</sup>

Bis 1980 hatte das EVG die Adäquanzprüfung entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Haftpflichtrecht mit Blick auf einen normal veranlagten Versicherten beurteilt. In BGE 107 V 173 vom 20. Januar 1981, bei dem die Kausalität zwischen einem Unfall und einer danach eingetretenen traumatischen Neurose zur Beurteilung stand, übernahm es dann unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den «Sacheli»-Entscheid<sup>654</sup> die mit jenem Entscheid begründete grundlegende Rechtsprechung zur Adäquanzbeurteilung von singulären Unfallfolgen auch für das Unfallversicherungsrecht. Es führte aus,

«pour qu'une cause soit généralement propre à avoir des effets du genre de ceux qui se sont produits, il n'est pas nécessaire qu'un tel résultat doive arriver régulièrement ou fréquemment. Si un fait est en soi propre à provoquer un effet du genre de celui qui c'est produit, même des conséquences singulières, c'est-à-dire extraordinaires, peuvent constituer des conséquences adéquates de l'accident».<sup>655</sup>

Mit dieser Änderung der Rechtsprechung war bereits absehbar, dass das EVG fortan die Adäquanz nicht mehr nach Massgabe eines durchschnittlich veranlagten Versicherten beurteilen würde.

Gut fünf Jahre später bestätigte das EVG in BGE 112 V 30 vom 24. Februar 1986 definitiv die Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung. Es führte aus, bis zum damaligen Zeitpunkt in konstanter Praxis bei der Beurteilung der generellen Eignung eines Unfallereignisses, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, auf einen normal veranlagten Versicherten resp. einen Versicherten ohne konstitutio-

<sup>651</sup> BGE 117 V 359 E. 5a S. 361.

<sup>652</sup> BGE 117 V 359 E. 5b S. 361.

<sup>653</sup> BGE 117 V 359 E. 5a S. 361.

<sup>654</sup> Vgl. den entsprechenden Verweis auf BGE 96 II 392 E. 2 S. 396 in BGE 107 V 173 E. 4c S. 177.

<sup>655</sup> BGE 107 V 173 E. 4c S. 177.

nelle Prädisposition abgestellt zu haben.<sup>656</sup> Es führte mehrere Entscheide an, in welchen es unter Anwendung dieses Beurteilungsmassstabs den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen den schädigenden Unfallereignissen und den danach eingetretenen ungewöhnlichen oder gar aussergewöhnlichen psychogenen Störungen verneint hatte.<sup>657</sup>

Insbesondere aufgrund der von MAURER gegenüber dieser Rechtsprechung geäusserten Kritik, wonach die Unfallversicherung nicht nur psychisch Gesunde versichere, sondern auch Personen, welche besondere Veranlagungen aufweisen und entsprechend einen Unfall weniger gut verkraften würden, gelangte das EVG zur Einsicht, fortan bei der Frage nach der generellen Eignung eines Unfallereignisses, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, nicht mehr auf einen normal veranlagten Versicherten abzustellen. Selbst in Fällen, in denen für ein bestimmtes psychisches Leiden der konstitutionellen Prädisposition grösseres Gewicht beizumessen ist als dem eigentlichen Unfallereignis, bleibe der Unfall als eine massgebende Teilursache für den Gesundheitsschaden rechtlich relevant.<sup>658</sup>

In der Folge bestätigte das EVG in BGE 112 V 30 erneut die Übernahme der haftpflichtrechtlichen Rechtsprechung gemäss dem «Sacheli»-Entscheid, wonach unter anderem von den tatsächlichen Auswirkungen auszugehen und rückblickend zu entscheiden sei, ob und inwiefern der Unfall noch als deren wesentliche Ursache erscheine.<sup>659</sup>

Im «Salanitri»-Entscheid fasste das Bundesgericht die aufgezeigte Entwicklung der Rechtsprechung zusammen und befand, «die Adäquanz des Kausalzusammenhangs [dürfe] nicht [...] deshalb verneint werden, weil die durch den Unfall ausgelösten – in jedem Fall psychischen – Störungen auf einer besonderen Veranlagung des Betroffenen beruhen.»<sup>660</sup> Zugleich führte es unter Bezugnahme auf BGE 115 V 133 aus, dass es dem «Zweck der sozialen Unfallversicherung zuwider[liefe], wenn deren

---

<sup>656</sup> BGE 112 V 30 E. 3b S. 35.

<sup>657</sup> In zwei der aufgeführten Entscheide begründete es die Ablehnung der Haftung unter anderem damit, dass eine Affektion dieser Art ein psychisch Gesunder nach allgemeiner Erfahrung ohne weiteres verkraftet hätte (BGE 105 V 225), oder die infolge eines unfallbedingten Sehverlustes des rechten Auges psychogen erfolgte Erblindung auf dem linken Auge eine so abwegige Erscheinung sei, dass kein Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und dem Sehverlust auf dem linken Auge bestehe (Urteil T. vom 18. Oktober 1982, publiziert in der Beilage zum Jahresbericht der SUVA 1982, Nr. 5: Verneinung des Vorliegens einer entschädigungspflichtigen Unfallneurose).

<sup>658</sup> BGE 112 V 30 E. 3b S. 35 ff.

<sup>659</sup> BGE 112 V 30 E. 4b S. 38.

<sup>660</sup> Vgl. Verweis in BGE 117 V 359 E. 5b S. 362 auf BGE 112 V 30 E. 3 S. 36.

Schutz bestimmten Versicherten wegen einer sich im Anschluss an einen Unfall auswirkenden besonderen Veranlagung abgesprochen würde.»<sup>661</sup> Mit der aufgezeigten Änderung der Rechtsprechung erklärte das EVG letztlich den im Bereich des Haftpflichtrechts unbestrittenen Grundsatz, wonach der Schädiger den Geschädigten so nehmen muss, wie er ist, auch für die unfallversicherungsrechtliche Beurteilung von Schleudertraumen für massgebend.<sup>662</sup>

Als weiteren Grund für die Abkehr von der früheren Rechtsprechung nannte das EVG zudem die damalige ausschliessliche Anknüpfung an die erlittene Verletzung und deren Geeignetheit, eine Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit zu verursachen. Unterdessen hatte es nämlich in einem Entscheid für psychische Störungen eine neue Praxis entwickelt (die sogenannte «Psycho-Praxis» gemäss BGE 115 V 133), wonach bei der Frage der Adäquanz nicht mehr allein auf die beim Unfall erlittenen Verletzungen, sondern auch auf das Unfallereignis, d.h. den Unfall mit seinen Begleitumständen, abzustellen war. Darunter verstand das EVG objektiv erfassbare Umstände, «welche unmittelbar mit dem Unfall im Zusammenhang stehen oder als direkte bzw. indirekte Folgen davon erscheinen und ihrerseits nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sind, in Verbindung mit dem Unfall zu einer Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit zu führen oder diese allenfalls zu erhöhen.»<sup>663</sup>

Für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs erklärte das EVG demnach die mit dem Leitentscheid BGE 115 V 133 eingeführten Adäquanzkriterien für psychische Unfallfolgen als massgebend. Demgemäss war – ausgehend vom Unfallereignis – in einem ersten Schritt zu entscheiden, ob ein leichter, mittelschwerer oder schwerer Unfall vorlag.<sup>664</sup> 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.<sup>665</sup> 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 Krite-

<sup>661</sup> Vgl. Verweis in BGE 117 V 359 E. 5b S. 362 auf BGE 115 V 133 E. 4b S. 135.

<sup>662</sup> Vgl. zu diesem im Haftpflichtrecht bedeutsamen Grundsatz BGE 113 II 86 E. 3b S. 90.

<sup>663</sup> BGE 117 V 359 E. 5d/bb S. 364.

<sup>664</sup> BGE 117 V 359 E. 6a S. 366.

<sup>665</sup> BGE 117 V 359 E. 6a S. 366.

rien abgestellt werden. Gemäss der Rechtsprechung im «Salanitri»-Entscheid wurden folgende 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.

Das EVG hielt fest, dass nicht sämtliche objektiven Kriterien in die Gesamtwürdigung miteinbezogen werden müssten. Je nach den konkreten Umständen könne für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs ein einziges Kriterium genügen. Dies galt nach der Rechtsprechung des EVG vor allem für Unfälle, welche zu den schwereren im mittleren Bereich zu zählen oder gar als Grenzfall zu den schweren Unfällen zu qualifizieren waren. Aber selbst bei mittelschweren Unfällen des mittleren Bereichs genügte nach Auffassung des EVG unter Umständen ein einziges Kriterium, insofern dieses in besonders ausgeprägter Weise erfüllt war. Handelte es sich jedoch um einen Unfall im mittleren Bereich, der dem Grenzbereich zu den leichten Fällen zuzuordnen war, so mussten dagegen weitere der genannten Kriterien in gehäufter Weise erfüllt sein, damit die Adäquanz bejaht werden konnte.<sup>666</sup>

Im konkreten Fall lag ein dem mittleren Bereich zuzuordnender Unfall vor.<sup>667</sup> Entsprechend nahm das Bundesgericht die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs anhand der neu eingeführten unfallbezogenen Kriterien vor. In der Gesamtwürdigung bezog es sich zunächst auf das Kriterium der besonders dramatischen Begleitumstände oder der besonderen Eindrücklichkeit des Unfalls. Da es sich um einen Schrecken, wie er üblicherweise auch in anderen Unfällen vorkommt, gehandelt hatte, erachtete es dieses Kriterium als nicht erfüllt. Aufgrund der schon länger und noch andauernden Arbeitsunfähigkeit war dafür das Kriterium des Ausmasses und der Dauer der Arbeitsunfähigkeit erfüllt. Zudem betrachtete es aufgrund des schleppenden Heilungsverlaufs, insbesondere den nicht abklingenden Beschwerden wie Kopfschmerzen oder schneller Ermüdbarkeit, das Kriterium der Dauerbeschwerden als ebenfalls erfüllt. Auch fiel eine ausgeprägte Wesensveränderung auf. Wurde der Geschädigte vor dem Unfall als fleissig und unbeschwert beschrieben, so er-

---

<sup>666</sup> BGE 117 V 359 E. 6b S. 367.

<sup>667</sup> BGE 117 V 359 E. 7a S. 368.



schien er nach dem Unfall verschlossen und sich selbst bemitleidend. Schliesslich nahm das EVG infolge der Häufung verschiedener für das Schleudertrauma der HWS typischer Beschwerden und ihrer im konkreten Fall schwerwiegenden Auswirkungen auch das Kriterium der besonderen Art der Verletzung als gegeben an. Die Gesamtwürdigung führte zum Ergebnis, dass dem erlittenen Unfall eine massgebende Bedeutung für die Entstehung der teilweisen Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit zugekommen sein musste. Entsprechend bejahte das EVG die Adäquanz des Kausalzusammenhangs und damit den Anspruch auf eine Rente.<sup>668</sup>

Aufgrund der aufgezeigten grundlegenden Änderung der Rechtsprechung lässt sich der Schluss ziehen, dass das EVG Fälle, die es früher als Begehrungsneurosen qualifiziert hätte und deswegen jegliche Leistungen verweigert worden wären, in den 1990er-Jahren aufgrund der Schleudertrauma-Praxis als adäquate Folge einer HWS-Distorsion und damit als rentenanspruchsberechtigende Unfallfolgen beurteilte.<sup>669</sup>

### 9.3.3. Zurechnung beim Schadenstatbestand

Auch hinsichtlich der Zurechnung beim Schadenstatbestand änderte sich die Praxis im Unfallversicherungsrecht ab den 1990er-Jahren in grundlegender Weise. Die Neurosenpraxis spielte, wie bereits einleitend in diesem Kapitel aufgezeigt,<sup>670</sup> trotz Überführung der entsprechenden gesetzlichen Grundlage in das am 1. Januar 1984 in Kraft getretene UVG keine Rolle mehr.

Mit dem Inkrafttreten des UVG hatten sich zudem auch die Möglichkeiten im Unfallversicherungsrecht geändert, Geldleistungen wegen unfallfremder Faktoren zu kürzen. Im bis am 31. Dezember 1983 in Kraft gewesenen Art. 91 KUVG war nämlich noch die verhältnismässige Kürzung der Geldleistungen der SUVA vorgesehen gewesen, wenn «die Krankheit, die Invalidität oder der Tod nur teilweise die Folge eines versicherten Unfalles sind». Damit wurde dem Umstand Rechnung zu tragen versucht, dass das versicherte Ereignis öfters nur eine von mehreren Ursachen des eingetretenen Schadens darstellte.<sup>671</sup> Für den schweizerischen Gesetzgeber stand ursprünglich die Überlegung im Vordergrund, die Haftung aufzuteilen, wenn der eingetretene Schaden sowohl auf den Unfall als auch eine Krankheit zurückzuführen war. Es ging darum, dass die obligatorische Unfallversicherung nur für jene Schadenfaktoren haften sollte, die auf das versicherte Ereignis zurückzuführen waren.

<sup>668</sup> BGE 117 V 359 E. 7b S. 368 f.

<sup>669</sup> Ähnlich RUMO-JUNGO, N 772.

<sup>670</sup> Vgl. 9.

<sup>671</sup> MAURER, Unfallversicherung, S. 293.

Gleichzeitig sollte damit umgekehrt verhindert werden, Leistungen völlig zu verweigern, wenn der Unfall nur eine relativ bescheidene, jedoch immer noch adäquate Ursache des Schadens darstellt.<sup>672</sup>

Der seit 1984 im Bereich der Unfallversicherung für die Berechnung des Schadens massgebende Art. 36 Abs. 2 UVG sah im Gegensatz zum Vorgänger-Erlass keine entsprechende Haftungsaufteilung mehr vor. Vielmehr ist das Unfallversicherungsrecht seither vom «Alles oder nichts»-Prinzip geprägt. Im Gegensatz zum Haftpflichtrecht können im sozialen Unfallversicherungsrecht seit Einführung des UVG vorbestandene Gesundheitsschädigungen nur noch dann als Kürzungsgrund berücksichtigt werden, wenn sie sich bereits vor dem Unfallereignis auf die Erwerbsfähigkeit ausgewirkt haben. Die Zurechnung kann auch in Grenzfällen nicht abgestuft werden, sondern nur über den adäquaten Kausalzusammenhang erfolgen.<sup>673</sup> Da sich in Schleudertrauma-Fällen die konstitutionelle Prädisposition regelmässig nicht schon vor dem Unfall manifestiert, ging es im hier interessierenden Anwendungsbe- reich fortan um die Alternative «alles oder nichts».<sup>674</sup>

### 9.4. Zurechnungskonzeption im Haftpflichtrecht

Die aufgezeigte Rechtsprechung im Bereich des Unfallversicherungsrechts wirkte sich in den darauffolgenden Jahren wiederum auf die haftpflichtrechtliche Beurteilung entsprechender HWS-Distorsionen aus. Mit BGE 123 III 110 vom 4. Februar 1997 fällte das Bundesgericht ein Grundsatzurteil zum haftpflichtrechtlichen Umgang mit HWS-Schleudertraumata. Der Geschädigte erlitt als Beifahrer des vom Motorfahrzeughalter verschuldeten Unfalls ein HWS-Schleudertrauma. Die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung betrug weniger als 3 km/h.<sup>675</sup> Der Beifahrer klagte gegen die Haftpflichtversicherung des fehlbaren Autolenkers und machte geltend, infolge dieses Unfalls zu 100 % arbeitsunfähig geworden zu sein.<sup>676</sup>

---

<sup>672</sup> MAURER, Unfallversicherung, S. 294.

<sup>673</sup> BGE 123 III 110 E. 3c S. 115.

<sup>674</sup> BGE 123 III 110 E. 2b S. 114.

<sup>675</sup> SUTER, Berücksichtigung, S. 36.

<sup>676</sup> BGE 123 III 110 Sachverhalt S. 110.

### 9.4.1. Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs

Den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen hatten beide Vorinstanzen jeweils bejaht.<sup>677</sup> Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass es an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz, die den natürlichen Kausalzusammenhang betreffen, gebunden sei.<sup>678</sup> Im konkreten Fall war erstellt, dass der Kläger an für ein Schleudertrauma typischen Unfallfolgen (Kopf- und Nackenschmerzen, Pfeifen und Rauschen in beiden Ohren, Konzentrationsschwäche, ängstlich depressiver Zustand, Wesensveränderung) litt und dieser Gesundheitszustand natürlich kausal auf den Unfall zurückzuführen war.<sup>679</sup> Damit erklärte es, ohne hierüber weitere Worte zu verlieren, die mit dem «Salanitri»-Entscheid eingeführte Rechtsprechung zum typischen Beschwerdebild auch für das Haftpflichtrecht als massgebend.

Bereits 1995 hatte das Bundesgericht in einem vergleichbaren, nicht publizierten Entscheid ausgeführt, dass der Geschädigte «den Kausalzusammenhang nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit nachweisen muss. Es genügt vielmehr, wenn er das Gericht im Beweisverfahren davon zu überzeugen vermag, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Kausalverlauf spricht».<sup>680</sup> Mit dieser Argumentation lehnte das Bundesgericht im betreffenden Entscheid den Einwand der Haftpflichtversicherung ab, wonach die Vorinstanz zu geringe Anforderungen an den Nachweis der Kausalität gestellt habe.

### 9.4.2. Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs

Vor Bundesgericht war einzig umstritten, ob der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den Beschwerden des Klägers als gegeben zu betrachten war.

Im Vordergrund stand die Frage, ob die unterdessen vom EVG im Bereich des Sozialversicherungsrechts eingeführte Praxis («Schleudertrauma»-Praxis gemäss BGE 117 V 359 E. 6a S. 366 und «Psycho»-Praxis gemäss BGE 115 V 133 E. 6 S. 138 ff.) auch für die haftpflichtrechtliche Beurteilung entsprechender Fälle massgebend sei. Die erste Instanz hatte gestützt auf die genannte Praxis den Unfall als leicht taxiert und in der Folge den adäquaten Kausalzusammenhang verneint. Die Vorinstanz hatte

<sup>677</sup> BGE 123 III 110 E. 2 S. 111.

<sup>678</sup> BGE 123 III 110 E. 2 S. 111.

<sup>679</sup> BGE 123 III 110 E. 2 S. 111.

<sup>680</sup> Praxis 1995 Nr. 172 S. 550 E. 1b (Auffahrkollision mit Schleudertrauma der HWS).

dagegen die sozialversicherungsrechtliche Praxis für nicht massgebend betrachtet und den adäquaten Kausalzusammenhang bejaht.<sup>681</sup>

Das Bundesgericht gab zunächst die in ständiger Rechtsprechung angewandte Formel wieder.<sup>682</sup> Danach führte es aus, sowohl im Haftpflicht- als auch im Sozialversicherungsrecht werde von derselben Umschreibung des Adäquanzbegriffs ausgegangen und auch der rechtspolitische Zweck liege in beiden Rechtsgebieten in der Begrenzung der Haftung.<sup>683</sup> Wie bereits in früheren Entscheiden charakterisierte es den adäquaten Kausalzusammenhang als Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff. Dieser bedürfe unter Umständen der Einschränkung, um für die rechtliche Verantwortung tragbar zu sein.<sup>684</sup>

Beim adäquaten Kausalzusammenhang handle es sich nach Auffassung des Bundesgerichts um eine Generalklausel, die im Einzelfall durch das Gericht gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit zu konkretisieren sei. Die Beantwortung der Adäquanzfrage bezeichnete es als ein Werturteil. Es müsse entschieden werden, ob eine unfallbedingte Störung billigerweise noch dem Schädiger oder Haftpflichtigen zugerechnet werden dürfe.<sup>685</sup> Das Gericht habe bei der Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhanges die gesamten Umstände des konkreten Einzelfalles, aber auch den Zweck einer Norm oder eines ganzen Normenkomplexes zu berücksichtigen. Da es sich bei der Adäquanz um eine konkretisierungsbedürftige Generalklausel handle, müssten auch die unterschiedlichen rechtspolitischen Zielsetzungen der beiden Rechtsgebiete berücksichtigt werden.<sup>686</sup>

Das Bundesgericht bezeichnete das Vorbringen der Beklagten, der Adäquanzbegriff müsse in den beiden Rechtsgebieten gleich gehandhabt werden, als im Grundsatz einleuchtend. Diese Forderung liess für das Bundesgericht jedoch ausser Acht, dass die Adäquanztheorie keine rein logische Kausalitätstheorie sei, sondern eine werten- de Zurechnungstheorie. Ausgehend hiervon sprach es sich dafür aus, dass den unterschiedlichen rechtspolitischen Zielsetzungen bei der Beurteilung Rechnung zu tragen sei. Die unbesehene schematische Übernahme sozialversicherungsrechtlicher Kriterien liefere dem Zweck zuwider, im Einzelfall eine billige Zurechnungsentscheidung zu fällen.<sup>687</sup>

---

<sup>681</sup> BGE 123 III 110 E. 3 S. 111 f.

<sup>682</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112; vgl. zur Formel 9.3.2.

<sup>683</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112.

<sup>684</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112.

<sup>685</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112.

<sup>686</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112 f.

<sup>687</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 113.

Das Bundesgericht verwies auf die nach Rechtsgebieten differenzierende Adäquanzbeurteilung bei Begehrungsneurosen. Die eine Leistungspflicht ablehnende Praxis des EVG zu Begehrungsneurosen beruhe mitunter auf dem Gedanken, dass das Unfallversicherungsrecht Begehrungstendenzen auch dann nicht durch Leistungen belohnen und dadurch fördern wolle, wenn sie sich zu einer Neurose verfestigten. Sachlich folge das EVG damit der deutschen Normzwecktheorie, welche sich mit der Adäquanztheorie in vielen Punkten decke.<sup>688</sup>

Im Weiteren rechtfertigte es die rechtsgebietsspezifische Adäquanzbeurteilung damit, dass das UVG keine Haftungsaufteilung mehr vorsehe wie noch das frühere KUVG. Im Gegensatz zum Haftpflichtrecht sei das Unfallversicherungsrecht durch das «Alles oder nichts»-Prinzip geprägt. Die Zurechnung könne auch in Grenzfällen nicht abgestuft werden, sondern nur über den adäquaten Kausalzusammenhang erfolgen. Im Haftpflichtrecht könne dagegen der geringen Intensität einer Unfallursache im Zusammenspiel mit andern Ursachen im Rahmen der Schadenersatzbemessung Rechnung getragen werden.<sup>689</sup>

Die Ablehnung der Übernahme 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 Haftpflicht bejaht wurde, obwohl diese im Unfallversicherungsrecht aufgrund der Geringfügigkeit des Unfalls und der entsprechenden Qualifikation als «leichter Unfall» zu verneinen gewesen wäre.

### 9.4.3. Umgang mit Prädispositionen beim Schadenstatbestand

In BGE 123 III 110 hielt das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass das Haftpflichtrecht die Berücksichtigung unfallfremder Faktoren im Rahmen der Schadenersatzbemessung erlaube.<sup>690</sup> Mitursachen wie eine konstitutionelle Prädisposition des Geschädigten könnten für den Umfang der Haftpflichtansprüche gemäss Art. 42–44 OR von Bedeutung sein.<sup>691</sup> Dem Urteil war freilich nicht zu entnehmen, nach welchen

<sup>688</sup> BGE 123 III 110 E. 3b S. 113.

<sup>689</sup> BGE 123 III 110 E. 3c S. 115.

<sup>690</sup> BGE 123 III 110 E. 3b S. 114.

<sup>691</sup> BGE 123 III 110 E. 3c S. 115.

Kriterien und in welchem Umfang im Haftpflichtrecht unfallfremde Einflüsse in solchen Fällen berücksichtigt werden sollten.<sup>692</sup>

Mit BGE 113 II 86 vom 31. März 1987, dem sogenannten «Di Bello»-Entscheid,<sup>693</sup> hatte das Bundesgericht jedoch zehn Jahre zuvor einen Leitentscheid zum Umgang mit konstitutionellen Prädispositionen im Haftpflichtrecht gefällt, dessen Rechtsprechung in der Folge auch für Fälle mit unklaren Beschwerden massgebend wurde.<sup>694</sup> Die diesem Entscheid vorangegangene Rechtsprechung zum Umgang mit der konstitutionellen Prädisposition beim Schadenstatbestand ist als schwankend zu bezeichnen, da das Bundesgericht im Laufe der Zeit mehrfach seine Ansicht geändert hatte.<sup>695</sup>

Das Bundesgericht führte im «Di Bello»-Entscheid aus, dass es für die Bejahung des rechtserheblichen Kausalzusammenhangs grundsätzlich genüge, dass der Schädiger eine Schadensursache gesetzt habe, ohne die es nicht zum Unfall gekommen wäre. Mitursachen vermögen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung den adäquaten Kausalzusammenhang weder zu unterbrechen noch auszuschliessen. Diese Auffassung begründete das Bundesgericht ausdrücklich mit dem Grundsatz, dass wer widerrechtlich einen gesundheitlich geschwächten Menschen schädigt, kein Recht darauf habe, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden Menschen geschädigt hätte. Vorbestehende Leiden könnten aber gegebenenfalls für den Umfang der Haftpflichtansprüche nach Art. 42–44 OR von Bedeutung sein. Sie fielen unter den Begriff der konstitutionellen Prädisposition. In dogmatischer Hinsicht gälten sie als

---

<sup>692</sup> SUTER, Berücksichtigung, S. 36.

<sup>693</sup> Diesem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Geschädigte verunfallte als Mitfahrer auf einem Motorrad, das mit einem Personenwagen zusammensties. Dabei erlitt er schwere Verletzungen. Wegen bleibender Behinderungen blieb er weitgehend arbeitsunfähig. Aufgrund eines krankhaften Vorzustandes seiner Brust- und Lendenwirbelsäule (Scheuermann-Krankheit) kürzte die SUVA die ausgehend von einem Invaliditätsgrad von 75 % berechnete Jahresrente gestützt auf Art. 91 KUVG um 25 %. Die Haftpflichtversicherung anerkannte, dass die Halterin für den Unfall allein verantwortlich war. Sie ging ebenfalls von einem Invaliditätsgrad von 75 % aus. Aufgrund der vorbestehenden Wirbelsäulenerkrankung kürzte sie jedoch ihre Haftung ebenfalls um 25 % (Sachverhalt A S. 87 f.). Als die SUVA in der Folge auf die Haftpflichtversicherung zurückgreifen wollte, anerkannte diese nur eine Forderung von CHF 156'310. In der Folge klagte die SUVA erfolgreich gegen die Haftpflichtversicherung auf Zahlung des Restbetrages von CHF 90'911 (Sachverhalt B S. 88 und E. 3c S. 94 f.).

<sup>694</sup> BGE 131 III 12.

<sup>695</sup> KRÄUCHLI, S. 147 ff und 178 ff.; SUTER, Berücksichtigung, S. 36; vgl. auch die Ausführungen in BGE 112 II 86 E. 3a S. 92.

mitwirkender Zufall, der die Berechnung des Schadens oder die Bemessung des Schadenersatzes beeinflussen könne.<sup>696</sup>

Für das Bundesgericht stand im «Di Bello»-Entscheid die Frage im Vordergrund, ob die Prädisposition hypothetisch betrachtet auch ohne den Unfall zu einem Schaden, sei es in vollem oder geringerem Umfang, geführt hätte. Es hielt fest, dass ein solcher Schaden insoweit keine Unfallfolge sei, dem Haftpflichtigen dementsprechend nicht zugerechnet werden könne und daher von der Schadensberechnung auszunehmen sei.<sup>697</sup> In solchen Fällen handle es sich um Anwendungsfälle des Art. 42 OR, weshalb das Quotenvorrecht nicht zur Anwendung gelange.<sup>698</sup>

Wäre hingegen der Schaden ohne den Unfall aller Voraussicht nach nicht eingetreten, so bleibe der Haftpflichtige grundsätzlich in vollem Umfang verantwortlich. Dies gelte unabhängig davon, ob der krankhafte Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert habe.<sup>699</sup> Diesfalls bestehe nach Auffassung des Bundesgerichts selbst bei singulären Auswirkungen kein Grund, sie vom Begriff des adäquaten Kausalzusammenhangs von vornherein auszuschliessen. Unfallbedingte Vermögenseinbussen gehörten so oder anders zum Schaden und seien deshalb in dessen Berechnung nach Art. 42 OR einzubeziehen. Dem Anteil der Prädisposition an der Kausalität könne dagegen im Rahmen der Schadenersatzbemessung nach Art. 44 OR Rechnung getragen werden.<sup>700</sup> In derartigen Fällen wirkt sich, im Unterschied zur vorher erläuterten ersten Kategorie, das Quotenvorrecht zugunsten des Geschädigten aus.

Die Frage, ob eine konstitutionelle Prädisposition bereits bei der Schadensberechnung oder gegebenenfalls erst bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen ist, ist in der Praxis vor allem im Zusammenhang mit der Anwendung des Quotenvorrechts im Rahmen der extrasystemischen Koordination von Bedeutung.<sup>701</sup> Fällt aufgrund einer Prädisposition bereits die Berechnung des Schadens tiefer aus, so hat der Geschädigte diesen Nachteil zu tragen. Wird hingegen ausnahmsweise der berechnete Schaden im Rahmen der Schadenersatzbemessung herabgesetzt, so kann sich der Geschädigte in Bezug auf die zu den Sozialversicherungsleistungen kongruenten Schadenspositionen gegenüber der Unfallversicherung auf das Quotenvor-

<sup>696</sup> BGE 113 II 86 E. 1b S. 90; Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>697</sup> BGE 113 II 86 E. 3b S. 93; Urteil des Bundesgerichts 4A\_45/2009 vom 25. März 2009 E. 3.3.3.

<sup>698</sup> BGE 113 II 86 E. 2 S. 92.

<sup>699</sup> BGE 113 II 86 E. 3b S. 94.

<sup>700</sup> BGE 113 II 86 E. 3b S. 93 f.

<sup>701</sup> STUDHALTER, Prädisposition, S. 619.

recht<sup>702</sup> berufen.<sup>703</sup> Zweck des Quotenvorrechts ist, die geschädigte Person vor ungedecktem Schaden zu bewahren.<sup>704</sup>

Mit Urteil 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000<sup>705</sup> konkretisierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Umgang mit Vorzuständen beim Schadenstatbestand. Es führte aus, dass eine Herabsetzung des Schadenersatzes nicht schon aufgrund des Bestehens eines Konstitutionsmangels in Betracht gezogen werden könne, sofern sich die konstitutionelle Prädisposition ohne das schädigende Ereignis überhaupt nicht ausgewirkt hätte.<sup>706</sup> Daher müssten weitere Umstände hinzutreten, welche es als unbillig erscheinen liessen, dass der Haftpflichtige den ganzen Schaden zu tragen habe. Als mögliche Gesichtspunkte bei einer solchen vorzunehmenden Wertung erwähnte das Bundesgericht eine zurechenbare Gefahrenexposition des Geschädigten, eine sich besonders ungünstig auswirkende Vorbelastung, die dazu führt, dass die haftungsbegründende Ursache in keinem Verhältnis mehr zur Grösse des eingetretenen Schadens steht (Missverhältnis zwischen Ursache und Wirkung), sowie die Grösse des Verschuldens des Haftpflichtigen im Verhältnis zum Anteil der Prädisposition an der Kausalität.<sup>707</sup> Selbst wenn eine Kürzung zulässig sei, dürfe der Schadenersatz nicht einfach schematisch um den medizinisch festgestellten prozentualen Verursachungsanteil einer konstitutionellen Prädisposition gekürzt werden.<sup>708</sup>

Das Bundesgericht lehnte eine Herabsetzung im konkreten Fall ab. Es begründete seine ablehnende Haltung damit, dass sich die Geschädigte nicht leichtfertig einer Gefahr ausgesetzt habe, ihre Prädisposition als Ursache klar hinter die schädigende Handlung zurücktrete und den Beklagten zudem ein besonders schweres Verschul-

---

<sup>702</sup> Art. 73 Abs. 1 ATSG.

<sup>703</sup> BGE 113 II 86 E. 2 S. 92.

<sup>704</sup> BGE 131 III 12 E. 7.1 S. 16.

<sup>705</sup> Diesem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Infolge eines Streits kam es zu Handgreiflichkeiten, wobei der Beklagte die Klägerin schlug und zu Boden warf. Dabei erlitt sie Schmerzen an beiden Handgelenken, am rechten Ellbogen, an beiden Sprunggelenken und am Rücken. In der Folge entwickelte sich bei ihr ein Schmerzsyndrom im Bereich von Nacken, Schulter und Arm (Sachverhalt A). Gestützt auf ein psychiatrisches Gutachten war erstellt, dass die Klägerin schon vor dem Unfall aufgrund erlittener Rückschläge eine erhöhte Vulnerabilität für psychische Belastungen aufwies und dadurch etwas anfälliger auf das schädigende Ereignis reagierte. Der psychiatrische Gutachter befand, es sei sehr wenig wahrscheinlich, dass die Klägerin auch ohne den Unfall eine Symptomatik hätte entwickeln können, wie sie sich im Zeitpunkt der Begutachtung darstelle. Die Klägerin sei daher nicht in einem Grade vorbelastet gewesen, der für eine rechtsgenügende Annahme einer konstitutionellen Prädisposition ausreiche (E. 1).

<sup>706</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>707</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>708</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.



den treffe, da er die Geschädigte vorsätzlich verletzt habe und dafür strafrechtlich verurteilt worden sei.<sup>709</sup>

## 9.5. Auswirkungen der neuen Rechtsprechung zur «HWS-Distorsion»

Als Konsequenz des mit dem sogenannten «Salanitri»-Entscheid<sup>710</sup> eingeleiteten Paradigmenwechsels, wonach grundsätzlich auch leichte HWS-Distorsionen zu langanhaltenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen führen konnten, nahm in den 1990er- und 2000er-Jahren die Anzahl der von Sozial- und Privatversicherungen in der Schweiz abzuwickelnden HWS-Distorsion-Fälle erheblich zu. Gleichzeitig stiegen auch die damit im Zusammenhang stehenden Renten- und Schadenersatzzahlungen stark an. Diese Entwicklung lässt sich anhand statistischer Daten von Sozialversicherungen sowie privaten Haftpflichtversicherungen belegen.

### 9.5.1. Kostenzunahme in der sozialen Unfallversicherung

Die UV wies ab 1990 insbesondere infolge der Zunahme erfolgreich geltend gemachter Invalidenrentenansprüche nach HWS-Distorsionen ein beträchtliches Ausgabenwachstum aus.<sup>711</sup> «Entstanden früher praktisch keine Rentenansprüche aus solchen Unfällen, waren es im Jahr 2002 alleine bei der Suva rund 10 % der Renten.»<sup>712</sup> 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 ausgefallen.<sup>713</sup>

<sup>709</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/bb.

<sup>710</sup> BGE 117 V 359.

<sup>711</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

<sup>712</sup> SUVA, Fünfjahresbericht 1998–2002, S. 65.

<sup>713</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

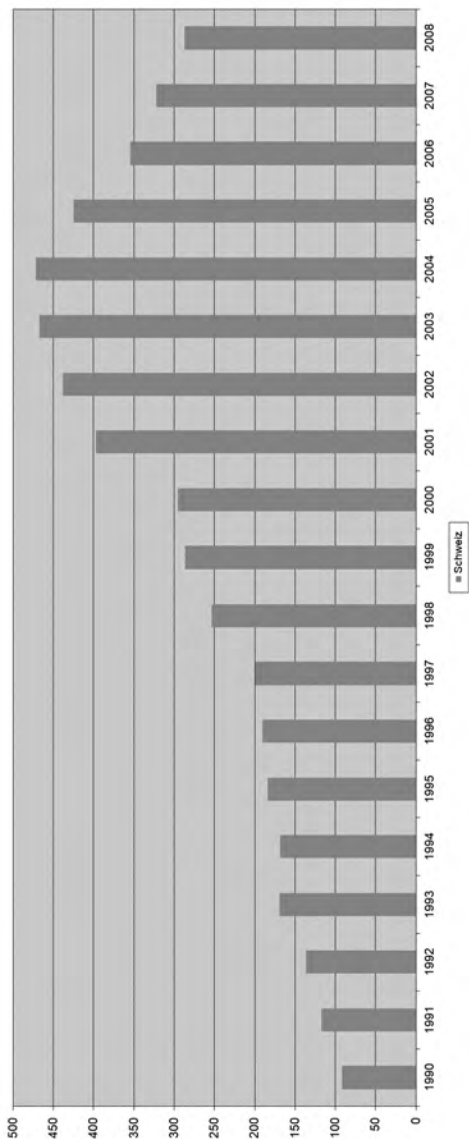


Abbildung:<sup>714</sup> Spezialstatistik UVG: Laufende Kosten der anerkannten Fälle als Haupt- oder Nebendiagnose in Mio. CHF nach Diagnosen (bis 2002: 847.0 = Distorsion/Zerrung HWS; 847.01 = HWS-Schleudertrauma; ab 2003: Distorsion/ZerrungHWS mit ICD-10-Code S13.4 ist diagnostiziert, andere Verletzungen können vorkommen).

<sup>714</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

Aufgrund der beträchtlichen Kostenzunahme von 1990 bis 2004 trafen die Versicherer verschiedene Massnahmen, um die Schleudertrauma-Fälle besser abwickeln zu können. Bei der SUVA führte insbesondere die Einführung des sogenannten New Case Management (NCM) dazu, dass die Zahl der Neurenten – über alle Fälle gerechnet – zwischen 2004 und 2006 um gegen 20 % abgenommen hatte. Dieses Konzept stellte die verunfallte Person ins Zentrum der Bemühungen und zielte auf die Ausschöpfung sämtlicher Möglichkeiten zur Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess.<sup>715</sup>

### 9.5.2. Kostenzunahme bei Privatversicherern

Auch die schweizerischen Haftpflichtversicherer verzeichneten seit den 1990er-Jahren in zunehmendem Masse bedeutende Aufwandpositionen bedingt durch HWS-Distorsionen. Vor allem um die Jahrtausendwende fiel eine bedeutende Zunahme an kostenintensiven Fällen auf. Besonders deutlich hat dies die Studie des europäischen Versicherungsverbands (CEA) aus dem Jahr 2004 aufgezeigt. Darin wurde dargelegt, dass in der Schweiz 40 % der Leistungen für Personenschäden aus der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung 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.<sup>716</sup>

## 9.6. Kritische Haltung gegenüber der neuen Rechtsprechung

Infolge dieser Auswirkungen wurde das «Schleudertrauma»-Phänomen zunehmend kritisch betrachtet und kontrovers diskutiert.<sup>717</sup> Negative Kritik erwuchs unter anderem an dem vom EVG als typisch bezeichneten «bunten Beschwerdebild».<sup>718</sup> Auch die SUVA vertrat von Anfang an die Haltung, dass es nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft weder ein typisches Beschwerdebild bei Schleuderver-

<sup>715</sup> In. Parmelin; vgl. zu den Erfolgen des NCM insb. MORGER, S. 494 ff.

<sup>716</sup> CEA/AREDOC, S. 7; vgl. dazu GERMANN, Abschaffung, S. 17; In. Parmelin.

<sup>717</sup> SCHMID MARKUS, Schadenausgleich, 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.

<sup>718</sup> BGE 134 V 231 E. 5.2 S. 233; vgl. LOCHER, S. 42.

letzungen der HWS noch eine charakteristische Häufung von unspezifischen Beschwerden gebe.<sup>719</sup>

### 9.6.1. Die «Litauen-Studie»

Eine der ersten Studien, auf die sich Gegner des vom EVG verwendeten Beschwerdebildes beriefen, war die unter dem Titel «Natural evolution of late whiplash syndrome outside the medicolegal context» durchgeführte Studie von SCHRADER ET AL. aus dem Jahr 1996. Gegenstand dieser in der renommierten medizinischen Zeitschrift «The Lancet» publizierte Studie war ein Forschungsprojekt in Kaunas,<sup>720</sup> in dem die nach Auffahrunfällen im Bereich von Kopf und Nacken aufgetretenen Beschwerden untersucht wurden. SCHRADER ET AL. zogen bezüglich der Nachweisbarkeit sowie der Existenz eines typischen Beschwerdebildes ein skeptisches Fazit: «Since 1928 [...] it has been assumed that a cluster of chronic symptoms, including neck pain, headache, and cognitive impairment, can be caused by this trauma. Despite numerous investigations and recurring controversies, the validity of this late whiplash syndrome is, however, still doubtful.»<sup>721</sup>

Entscheidend war, dass zur damaligen Zeit in Litauen nur sehr wenige Autofahrer und Passagiere über einen umfassenden Versicherungsschutz verfügten. Zudem war gemäss den an dieser Untersuchung beteiligten Forschern in der Bevölkerung nicht viel über gesundheitliche Probleme infolge von HWS-Distorsionen bekannt.<sup>722</sup> Insgesamt interviewte das Forschungsteam zunächst 202 Personen (45 Frauen und 157 Männer), die gemäss verkehrspolizeilichen Daten ein bis drei Jahre vor der Befragung einen Auffahrunfall erlitten hatten. Die Personen, die über Kopfschmerzen, Nackenbeschwerden usw. klagten, stellten sie danach einer zufällig ausgewählten, hinsichtlich Alter, Geschlecht und Beruf gleichartig gemischten Kontrollgruppe aus dem gleichen Ort gegenüber. Die Teilnehmer dieser Kontrollgruppe waren nachweislich in den vorangegangenen Jahren nicht in Auffahrunfälle verwickelt gewesen.<sup>723</sup> Es stellte sich beim Vergleich der beiden Gruppen heraus, dass die beklagten Nacken- und Kopfschmerzen und zudem auch die chronischen Formen (Symptome an mehr als sieben Tagen pro Monat) dieser Beschwerden in beiden Gruppen annähernd in der gleichen Häufigkeit auftraten. Ferner fiel der Forschungsgruppe auf, dass ein

---

<sup>719</sup> Vgl. die heftige Kritik von Seiten der SUVA an dieser Rechtsprechung in BGE 119 V 335 E. 2a S. 338.

<sup>720</sup> Zweitgrösste Stadt in Litauen, ca. 100 km westlich der Hauptstadt Vilnius.

<sup>721</sup> SCHRADER ET AL., S. 1207.

<sup>722</sup> SCHRADER ET AL., S. 1207.

<sup>723</sup> SCHRADER ET AL., S. 1207.

bedeutender Anteil der Probanden, die sich nach dem Unfall über chronische Kopf- oder Nackenbeschwerden beklagten, solche schon vor dem Unfall aufgewiesen hatten.<sup>724</sup>

Aus diesen Untersuchungsergebnissen zog die Forschungsgruppe den Schluss, dass sich bezüglich Beschwerden keine signifikanten Unterschiede zwischen den von Auffahrunfällen betroffenen Personen und der sonstigen Bevölkerung feststellen lasse. In der Befragung der 202 Probanden hatte auch keiner der Probanden angegeben, an Beschwerden zu leiden, die auf den erlittenen Auffahrunfall zurückzuführen wären. Dagegen stellte sich als bedeutsamster Risikofaktor für Nacken- und Kopfschmerzen ein im familiären Umfeld gehäuftes Auftreten solcher Beschwerden heraus. Letztlich interpretierten die beteiligten Wissenschaftler die Ergebnisse dahingehend, dass die Beschwerden, die infolge einer HWS-Distorsion auftreten, für gewöhnlich nicht auf einen Auffahrunfall zurückzuführen seien. Vielmehr seien diese auf ein gehäuftes Auftreten in der eigenen Familie, auf vorbestehende Beeinträchtigungen sowie Erwartungen hinsichtlich einer Erwerbsunfähigkeit zurückzuführen.<sup>725</sup>

Diese Studie wurde in der Wissenschaft kontrovers diskutiert. Unter anderem lehnte MERSKEY sie weitgehend ab. Er kritisierte, dass bei dieser Untersuchung das Kollisionereignis und die eigentliche Verletzung nicht sauber auseinandergehalten worden seien. Deshalb hielt er die Aussagekraft der Studie nur für sehr beschränkt.<sup>726</sup> In der betreffenden Untersuchung wurde tatsächlich von Auffahrunfällen ausgegangen

<sup>724</sup> SCHRADER ET AL., S. 1207.

<sup>725</sup> SCHRADER ET AL., S. 1207.

<sup>726</sup> MERSKEY, S. 13; gl.M. SCHMIDT ET AL., S. 178. SCHMIDT ET AL. kritisieren ebenfalls, dass die betreffende Studie wissenschaftlichen Standards nicht genüge (SCHMIDT ET AL., S. 178 und 181). Sie werfen der Forschungsgruppe um SCHRADER insbesondere vor, die eigenen Befunde nicht richtig interpretiert zu haben (SCHMIDT ET AL., S. 179). Aufgrund der beträchtlichen Unterschiede hinsichtlich der Antworten in der Kategorie «Kopfschmerz mit mehr als sieben Tage pro Monat» könne nicht der Schluss gezogen werden, dass Personen mit und ohne Unfall in Litauen den gleichen Gesundheitszustand hätten. Gemäss der Studie gaben 9.4 % (19 von 202 Personen) der verunfallten Personen an, 1–3 Jahre nach dem Unfall während mehr als 7 Tagen pro Monat an Kopfschmerzen zu leiden. In der Tat betrug der entsprechende Prozentsatz bei der Kontrollgruppe lediglich 5.9 % (12 von 202 Personen, SCHRADER ET AL., S. 1207 ff.). Allerdings ist dieser Unterschied insoweit zu relativieren, als z.B. 10 von 12 Personen, die nach einem Unfall über tägliche Kopfschmerzen klagten, diese auch schon vorher hatten. Dennoch ist anzuerkennen, dass diese Differenz zwischen den beiden Gruppen in der Studie nicht hinreichend erklärt wird. Jedoch ist auch zu berücksichtigen, dass bezüglich chronischer Nackenschmerzen die Diskrepanz zwischen den beiden Gruppen bedeutend geringer ausgefallen ist und SCHRADER ET AL. trotzdem die Auffassung vertreten, dass hinsichtlich des Auftretens von Nacken- und Kopfschmerzen insgesamt kein bedeutender Unterschied zwischen den beiden Gruppen aufgefallen sei.

und nicht etwa von diagnostizierten Verletzungen (HWS-Distorsion). Es gilt in diesem Zusammenhang allerdings zu bedenken, dass die Diagnose «HWS-Distorsion» in Litauen zu dieser Zeit nicht wirklich bekannt war und, was wohl von grösserer Bedeutung ist, dass sich Auffahrunfälle weltweit nach denselben physikalischen Gesetzen ereignen. Wenn im Vergleich zu schweizerischen Verhältnissen, wo gemäss einem Beitrag von SOLTERMANN aus dem Jahr 2005 10 % aller diagnostizierten HWS-Distorsionen<sup>727</sup> mit chronifizierten, langandauernden gesundheitlichen Störungen einhergingen, in Litauen von 202 Auffahrunfällen dagegen anscheinend kein einziger zu vergleichbaren chronifizierenden Folgen führte, ist dies durchaus eine bemerkenswerte Feststellung.

Im Weiteren ist entgegen der Auffassung von MERSKEY darauf hinzuweisen, dass die betreffende Studie in der Wissenschaft durchaus Beachtung gefunden hat. Aufgrund der Erkenntnisse erstaunt nicht, dass insbesondere Exponenten der Versicherungsbranchen auf diese Studie Bezug genommen haben. Jedenfalls scheint die Studie unabhängig von Geschädigten- oder Versicherungs-Interessenvertretungen entstanden zu sein.<sup>728</sup> Die Forschungsgemeinschaft setzte sich aus renommierten Mitarbeitern sowohl der Abteilung für Neurologie des Universitätsspitals Trondheim als auch der Abteilungen für Neurologie und präventive Medizin der medizinischen Akademie Kaunas zusammen. Die Fördergelder stammten zudem von der medizinischen Fakultät der Universität Trondheim.<sup>729</sup>

Weil die «Litauen-Studie» hinsichtlich des gesundheitlichen Zustands keine relevanten Unterschiede zwischen den Gruppen der in Verkehrsunfälle verwickelten und der nicht in Verkehrsunfälle involvierten Personen feststellen konnte, zog etwa MURER den Schluss, dass Leiden wie Nacken- oder Kopfschmerzen zum «Grundzustand» der Bevölkerung gehörten.<sup>730</sup> Für JENZER erhärteten die Ergebnisse der betreffenden Studie die Tatsache, dass eine erhebliche länderspezifische Diskrepanz hinsichtlich Schadenhäufigkeit und Fallkosten bestand.<sup>731</sup> Neben Litauen habe etwa auch Griechenland im Unterschied zu anderen europäischen Ländern keine vergleichbaren Folgen von HWS-Distorsionen gekannt. Insgesamt erachtete er es daher als zwingend, dass soziokulturelle Einflüsse entscheidend seien.<sup>732</sup>

---

<sup>727</sup> SOLTERMANN, S. 61.

<sup>728</sup> Vgl. MERSKEY, S. 13.

<sup>729</sup> SCHRADER ET AL., S. 1212.

<sup>730</sup> MURER, Entmedizinalisierung, N 8.

<sup>731</sup> Vgl. JENZER, S. 1232.

<sup>732</sup> JENZER, S. 1232.

## 9.6.2. Ländervergleichende Studie des europäischen Versicherungsverbandes

Der europäische Versicherungsverband (CEA) führte 2004 in Zusammenarbeit mit dem französischen Verband für die Untersuchung des Schadenausgleichs von Personenschäden (AREDOC) und der Europäischen Vereinigung für die Begutachtung und Entschädigung von Personenschäden (CEREDOC) in zehn europäischen Ländern eine vergleichende Studie betreffend die Schadenhäufigkeit bei Verletzungen der Halswirbelsäule durch. Ausgehend von einer gemeinsam getragenen Definition<sup>733</sup> der leichten Verletzung der Halswirbelsäule untersuchte die Studie unter anderem den Anteil entsprechender Verletzungen an der Gesamtzahl der Motorfahrzeughaftpflicht-Schadensfälle bzw. an der Gesamtzahl der dabei auftretenden Personenschäden. Interessanterweise stellte sich heraus, dass betreffend HWS-Distorsionen eine erhebliche länderspezifische Diskrepanz bezüglich Schadenhäufigkeit sowie Fallkosten bestand.

Der vergleichenden Studie zufolge machten z.B. leichte HWS-Verletzungen in Frankreich nur 3 % der gesamten Personenschäden aus. In der Schweiz hingegen betrug der entsprechende Anteil 33 %, in Italien 66 % und in Grossbritannien gar 76 % aller Personenschäden.<sup>734</sup> Erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern zeigten sich auch beim Vergleich des Schadenaufwandes je HWS-Distorsion. So verursachte ein Fall in der Schweiz durchschnittliche Kosten von € 35'000, in Frankreich hingegen nur € 2'625. Und selbst die Niederlande, als Nation mit den zweithöchsten Kosten, kam mit € 18'500 auf einen bedeutend tieferen Betrag als die Schweiz.<sup>735</sup>

Der Studie zufolge verdeutlichen die beträchtlichen Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern, dass HWS-Verletzungen in bedeutendem Masse ein gesellschaftliches Phänomen und weniger ein rein medizinisch-juristisches Problem darstellen.<sup>736</sup>

<sup>733</sup> Der CEA-Studie, S. 4, lag folgende Definition zugrunde: «Unter einer leichten oder geringfügigen Verletzung der HWS ist eine solche Verletzung der HWS zu verstehen, die durch Mechanismen von Beschleunigung und Verzögerung (bspw. infolge einer starken Überstreckung und/oder einer Beugung, die mehr oder weniger von einer Verdrehung begleitet wird) verursacht ist, keine neurologischen Ausfälle und keine Beeinträchtigung knöcherner, nervlicher oder disco-ligamentärer Strukturen mit sich bringt, aber mit Schmerzen in Ruhe oder in Bewegung verbunden und von einer eingeschränkten Beweglichkeit der HWS begleitet sein kann.»

<sup>734</sup> CEA-Studie, S. 6.

<sup>735</sup> CEA-Studie, S. 7.

<sup>736</sup> CEA-Studie, S. 24.

Die Ergebnisse der CEA-Studie wurden insbesondere vom früheren schweizerischen Schleudertraumaverband kritisiert. HUBER/SAMUELSSON betrachteten die Aussagekraft der Studie als beschränkt. Sie kritisierten insbesondere die einseitige Interessenvertretung (Versicherungskreise).<sup>737</sup> Ihrer Auffassung nach gab es bei dieser Studie keine Gewissheit, ob bei der Ein- und Ausgrenzung der erfassten Fälle nach wissenschaftlichen und nachvollziehbaren Kriterien vorgegangen wurde. Auch sei die in der Studie gewählte Definition der leichten oder geringfügigen Verletzung der HWS so diffus, dass zwangsläufig eine sehr inhomogene Patientenpopulation entstanden sei, welche keine aussagekräftige medizinische Statistik und auch keine genaue Beurteilung eines realen Schadenaufwandes, bezogen auf das klinische Bild des Patienten sowie der zugrundeliegenden Pathomechanismen, erlaube. Im Weiteren gingen sie davon aus, dass die Definition der betreffenden Verletzung in den einzelnen europäischen Ländern unterschiedlich verstanden und mithin die Abgrenzung der zu berücksichtigenden Fälle in verschiedener Weise vorgenommen worden sei.<sup>738</sup> Auch sei die verschiedenartige Organisation der europäischen Schadenausgleichssysteme nur ungenügend berücksichtigt worden. Schliesslich bestehe insbesondere darin Unklarheit, inwiefern in den einzelnen Ländern die unterschiedlich hohen Sozialversicherungsleistungen in die Berechnungen eingeflossen seien.<sup>739</sup> Unter anderem aus diesen Gründen zeigte die Studie für HUBER/SAMUELSSON letztlich nur, dass Differenzen bestünden. Auf welche Ursachen diese zurückzuführen seien und wie gross das Ausmass der dadurch bedingten Unterschiede sei, lasse sich ihr hingegen nicht entnehmen.<sup>740</sup>

Die dargelegten Ausführungen zeigen deutlich, dass die Aussagekraft der CEA-Studie insbesondere von Seiten des früheren Schleudertraumaverbands vehement bestritten wurde. Einigkeit besteht nur gerade darin, dass es bezüglich der Schadenhäufigkeit Unterschiede zwischen den verschiedenen Ländern gibt. Der Vorwurf, dass der Studie eine diffuse Definition von HWS-Verletzungen zugrundeliege, die eine klare Ein- und Ausgrenzung der Fälle verunmögliche, ist jedoch zu relativieren.

Indem die Vertreter des früheren Schleudertraumaverbands verlangen, den Schadenaufwand in Korrelation zu den zugrundeliegenden Pathomechanismen zu betrachten, gehen sie implizit von der Prämisse aus, dass ein objektivierbarer, bildgebender Beweis möglich ist. Weil es jedoch bis heute nicht gelungen ist, pathologische Be-

---

<sup>737</sup> HUBER/SAMUELSSON, S. 9.

<sup>738</sup> HUBER/SAMUELSSON, S. 9.

<sup>739</sup> HUBER/SAMUELSSON, S. 10.

<sup>740</sup> HUBER/SAMUELSSON, S. 10.



funde nachzuweisen,<sup>741</sup> können die Fälle eben gerade nicht anhand einer genaueren Definition ein- bzw. ausgegrenzt werden.

Hinsichtlich der Problematik der Fallauswahl ist die von den an der Studie teilgenommenen nationalen Versicherungsverbänden gemeinsam getragene Definition zu erwähnen, wonach sich die Untersuchung auf leichte oder geringfügige Verletzungen der HWS beschränkt, die keine neurologischen Ausfälle und keine knöchernen, nervlichen oder disco-ligamentären Strukturen mit sich bringen, aber mit Schmerzen in Ruhe oder Bewegung verbunden und von einer eingeschränkten Beweglichkeit der HWS begleitet sein können.<sup>742</sup> Diese Definition erlaubt eine nachvollziehbare Eingrenzung auf die leichten und mittelschweren HWS-Distorsionen, die eben organisch nicht nachweisbar sind, den Fällen 0–2 in der anerkannten QTF-Klassifikation entsprechen und 90–95 % der Fälle ausmachen.<sup>743</sup>

Abgesehen von diesen Punkten ist die Kritik der Vertreter des früheren Schleudertraumaverbands insofern berechtigt, als Informationen bezüglich der Berücksichtigung von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen, der Unterschiede der einzelnen Schadenausgleichssysteme sowie kaufkraftbereinigte Zahlen die Aussagekraft der Studie erhöhen würden. Gleiches gilt auch für die Beteiligung von versicherungsunabhängigen Vereinigungen an einer möglicherweise gemeinsamen Studie.

Nichtsdestotrotz hat die CEA-Studie eklatante Unterschiede, gerade z.B. zwischen Frankreich und der Schweiz, offenbart, die selbst unter Berücksichtigung der teilweise berechtigten Kritikpunkte aufzuzeigen vermögen, dass HWS-Verletzungen eher ein gesellschaftliches Phänomen als ein solches rein medizinisch-juristischer Art darstellen. Ähnliche Schlüsse zogen auch der Schweizerische Bundesrat<sup>744</sup> und MEYER.<sup>745</sup>

Diese Sichtweise ist mit der Zeit durch zahlreiche weitere Studien und Recherchen erhärtet worden. Teilweise wurde die HWS-Problematik gar in etwas überspitzter Weise als eine Pandemie der westlichen Zivilisation bezeichnet, die im Wesentlichen dieser vorbehalten sei.<sup>746</sup> THOMANN/RAUSCHMANN wiesen unter anderem darauf hin,

<sup>741</sup> Siehe zur Frage der organischen Nachweisbarkeit von leichten HWS-Distorsionen 10.1.

<sup>742</sup> CEA-Studie, S. 4.

<sup>743</sup> Vgl. dazu 3.1.1.; DGN, S. 2.

<sup>744</sup> Vgl. In. Parmelin, wonach für den Bundesrat die Problematik des Schleudertraumas in erster Linie kulturelle Wurzeln hatte und erst in zweiter Linie ein medizinisches oder juristisches Problem darstellte.

<sup>745</sup> So zeigt die Studie auch für MEYER, Schleudertrauma, S. 483, auf, dass das Phänomen Schleudertrauma in Frankreich praktisch bedeutungslos ist; gl.M. auch GERMANN, Abschaffung, S. 17; GERMANN, Auswirkungen, S. 71; JENZER, S. 1232.

<sup>746</sup> «Whiplash has become a major epidemic in Western society», LIVINGSTON MICHAEL, zit. nach MALLESON, S. 9.

dass das «Schleudertrauma» bis 1989 in der ehemaligen DDR praktisch keine Rolle gespielt habe.<sup>747</sup> Zudem stellte auch MEYER in eigener Recherche fest, dass in Indien und China, wo ein massenhafter Individualverkehr mit entsprechender Unfallhäufigkeit existiert, die HWS-Distorsion von marginaler Bedeutung sei.<sup>748</sup> Und auch der Schweizerische Bundesrat erklärte 2007, dass neben den medizinischen Ursachen die Persönlichkeitsstruktur, das soziale, das berufliche und das gesellschaftliche Umfeld der Betroffenen eine wesentliche Rolle spielen würden.<sup>749</sup>

### 9.6.3. Innerschweizerische Vergleiche

Auch innerhalb der Schweiz liessen sich interessante Differenzen bezüglich Auftreten und Folgen von HWS-Distorsionen feststellen. Bis ins Jahr 2000 wurde in den offiziellen Statistiken der UV (SUVA und übrige Unfallversicherer) lediglich zwischen der deutschen und der lateinischen Schweiz unterschieden. Gemäss den statistischen Daten der SSUV<sup>750</sup> zu Verletzungen der HWS lag die Zahl der Fälle je 1000 Vollbeschäftigte mit entsprechender Diagnose (847.0 = Distorsion/Zerrung HWS; 847.01 = HWS-Schleudertrauma) in der lateinischen Schweiz z.B. im Jahr 1999 bei 5.8, in der Deutschschweiz hingegen bei 7.2. Beträchtlich war die Differenz auch im Jahr 2004 mit 8.2 Fällen im deutschsprachigen Gebiet und 5.5 Fällen in der lateinischen Schweiz. Abgesehen von diesen regionalen Unterschieden fiel auch die erhebliche Zunahme von landesweit insgesamt 3.7 Fällen pro 1000 Vollbeschäftigte im Jahr 1990 hin zum Maximalwert von 8.0 Fällen im Jahr 2002 auf.<sup>751</sup>

Ab 2001 wurden die statistischen Daten der lateinischen Schweiz nicht mehr in nur einer Kategorie ermittelt. Fortan wurde zwischen der französisch- und italienischsprachigen Schweiz differenziert.<sup>752</sup> Interessanterweise wies die italienische Schweiz insgesamt die mit Abstand höchste Anzahl Fälle pro 1000 Vollbeschäftigte auf. Im Jahr 2004 verzeichneten die Unfallversicherungen im Tessin z.B. 10.7 und im Jahr zuvor gar 12.3 Fälle je 1000 Vollbeschäftigte. Hingegen gab es in der Romandie im Jahr 2003 nur 5.8 und im Jahr 2004 lediglich 5.2 Fälle pro 1000 Vollbeschäftigte.

---

<sup>747</sup> THOMANN/RAUSCHMANN, S. 568; gl.M. HAUSOTTER, S. 95.

<sup>748</sup> MEYER, Schleudertrauma, S. 478.

<sup>749</sup> Vgl. In. Parmelin.

<sup>750</sup> Diese Angaben betreffen das Kollektiv der obligatorisch nach Unfallversicherungsgesetz (UVG) versicherten Arbeitnehmer in der Schweiz. Alle nach Krankenversicherungsgesetz (KVG) unfallversicherten Personen sind in diesen Statistiken nicht enthalten.

<sup>751</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

<sup>752</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

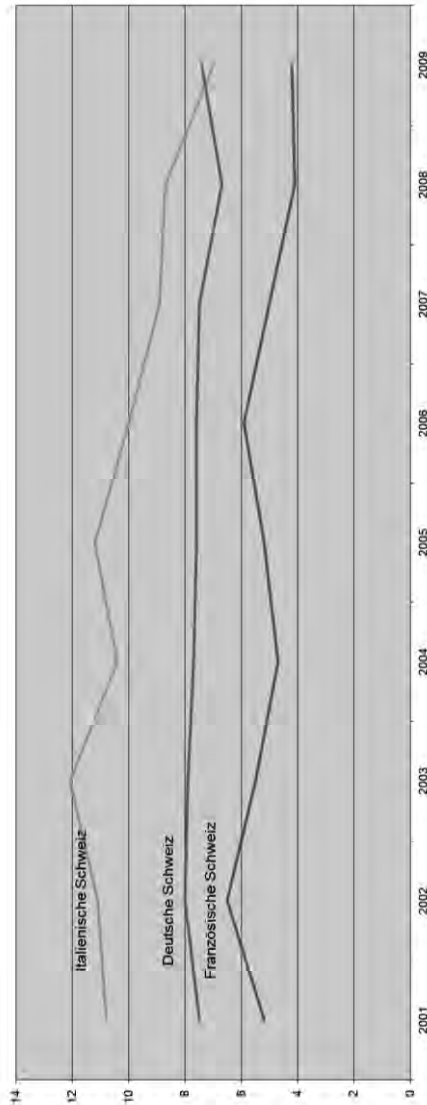
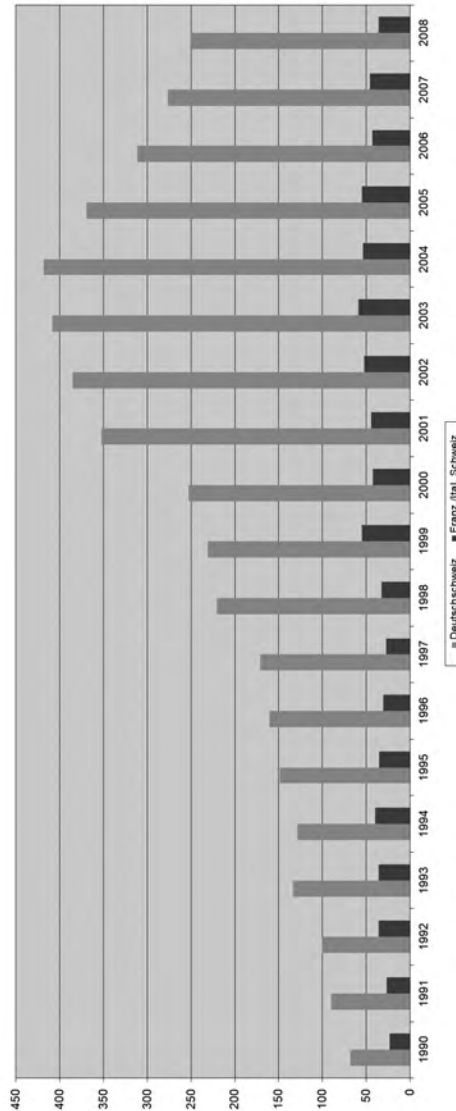


Abbildung:<sup>753</sup> Spezialstatistik UVG: Fälle je 1000 Vollbeschäftigte (bis 2002: 847.0 = Distorsion/Zerrung HWS; 847.01 = HWS-Schleudertrauma; ab 2003: Distorsion/Zerrung HWS mit ICD-10-Code S13.4 ist diagnostiziert, andere Verletzungen können vorkommen).

<sup>753</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

Nebst den regionalen Unterschieden in der Anzahl von Fällen lässt sich anhand der statistischen Daten der UVG-Spezialstatistik auch hinsichtlich der laufenden Kosten der anerkannten Fälle ein erheblicher Unterschied zwischen der lateinischen und der deutschsprachigen Schweiz erkennen. In der lateinischen Schweiz bewegen sich gemäss der auf der nächsten Seite abgebildeten Grafik die gesamten Kosten zwischen 1990 bis 2009 in der Bandbreite von CHF 23.7 Mio. (1990) bis knapp weniger als CHF 59 Mio. (2003). In der deutschen Schweiz fällt die grösste Differenz in der gleichen Zeitspanne mit dem Minimum von CHF 67.9 Mio. (1990) und dem Maximum von CHF 471.9 Mio. (2004) hingegen beträchtlich höher aus.



Abbildung<sup>754</sup>: Im jeweiligen Jahr angefallene Kosten in CHF Mio. 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)

<sup>754</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

Schliesslich fiel auch ein Zusammenhang zwischen der Siedlungsgrösse und der Häufigkeit von HWS-Distorsionen auf. So trat diese Verletzungsart insbesondere in den grossen Städten Zürich, Basel und Luzern besonders häufig auf.<sup>755</sup> HUBER/SAMUELSSON führten diesen Umstand darauf zurück, dass die Zahl der HWS-Distorsionen mit den Verkehrsflüssen und -dichten korreliert habe. Die lokalen Unterschiede waren ihrer Ansicht nach durchaus begründbar, wenn man sich die verkehrstechnischen Gegebenheiten der verschiedenen Regionen vergegenwärtige.<sup>756</sup> Einen anderen Zusammenhang stellte KNECHT her, indem er darauf hinwies, dass gerade in Zürich, wo am meisten HWS-Distorsionen auftraten, interessanterweise auch die meisten auf diese Thematik spezialisierten Anwälte tätig gewesen seien.<sup>757</sup> Insgesamt sollen in der Schweiz gegen ca. 280 Anwälte Schleudertrauma-Patienten vertreten haben. Einzelne hätten gegen 1000 solcher Fälle geführt.<sup>758</sup> SCHAER wies auf einen zusätzlichen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit von Psychiatern und einer damit verbundenen Erhöhung der Invalidisierungswahrscheinlichkeit wegen psychischen Problemen hin. So habe z.B. zwischen 1997 und 2002 die Zahl der Psychiater mit eigener Praxis um 20 % zugenommen. Dies mache sich insbesondere bei der obligatorischen Unfallversicherung bemerkbar, bei welcher häufig die Frage im Raum stehe, ob die psychischen Beschwerden nach einem Unfallereignis auf ebendieses zurückzuführen seien.<sup>759</sup>

### 9.7. Zusammenfassung der Entwicklung (1991–2007)

Mit einer grundlegenden Praxisänderung im Jahr 1991 anerkannte das EVG HWS-Distorsionen ohne nachweisbare organische Funktionsausfälle als entschädigungsberechtigendes Beschwerdebild für langanhaltende gesundheitliche Störungen. Ähnlich wie 100 Jahre zuvor OPPENHEIM,<sup>760</sup> vertrat das EVG die Auffassung, dass die entsprechenden Mikroverletzungen einfach (noch) nicht nachgewiesen werden könnten. Wie damals führte die Annahme, es lägen organische Verletzungen vor, dazu, dass es als plausibel und natürlich erschien, wenn dadurch langanhaltende gesundheitliche Beschwerden verursacht würden. Entsprechend schrieb die höchstrichterliche Recht-

---

<sup>755</sup> Vgl. JENZER, S. 1232; ähnlich auch der Bundesrat in der In. Parmelin.

<sup>756</sup> HUBER/SAMUELSSON, S. 7.

<sup>757</sup> KNECHT, S. 314.

<sup>758</sup> KNECHT, S. 314.

<sup>759</sup> SCHAER, EVG, S. 704.

<sup>760</sup> Vgl. 6.1.

sprechung der HWS-Distorsion in grundsätzlicher Weise eine invalidisierende Wirkung zu.<sup>761</sup>

Hintergrund dieser Anerkennung war mitunter die in den 1980er-Jahren aufgegebenen 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.<sup>762</sup> Einen Vorbehalt vor der gänzlichen Übernahme dieser grundsätzlichen Rechtsprechung machte das EVG einzig für den Fall des Vorliegens einer Begehrungsneurose. Bei dieser erachtete es als angebracht, weiterhin jeweils zu untersuchen, ob nicht eine fehlerhafte Willensbildung nach dem Unfall bestehe.<sup>763</sup> Freilich hatte sich das EVG zwischenzeitlich auch für die objektivenachträgliche Prognose, die Massgeblichkeit der objektiven Eignung sowie die Möglichkeit, dass selbst singuläre, aussergewöhnliche Unfallfolgen als adäquat beurteilt werden könnten, ausgesprochen.<sup>764</sup> Bei dieser Übernahme knüpfte es ausdrücklich an den haftpflichtrechtlichen Leitentscheid («Sacheli»-Entscheid) zur Beurteilung von Begehrungsneurosen an. Im Grunde wäre daher aufgrund der definitiven Übernahme der haftpflichtrechtlichen Adäquanzbeurteilung von Begehrungsneurosen zu erwarten gewesen, dass die Beurteilung adäquater und inadäquater unklarer Beschwerden in den beiden Rechtsgebieten fortan gleichartig ausfallen würde. Freilich führte das EVG im Jahr 1991 mit dem «Salanitri»-Entscheid in Anknüpfung an die sogenannte «Psycho-Praxis» gemäss BGE 115 V 133 dann doch wieder eine auf die Unfallschwere abstellende Adäquanzpraxis ein, die im Haftpflichtrecht bis heute nie zur Anwendung kam.

Wohl aufgrund der Anerkennung der als typisch bezeichneten Unfallfolgen nahmen entsprechende Fälle sowohl im Haftpflicht- als auch im Unfallversicherungsrecht innert kurzer Zeit erheblich zu. Im Unfallversicherungsrecht war neben den verhältnismässig tiefen Anforderungen, die an die Beurteilung des Kausalzusammenhangs gestellt wurden, vor allem massgebend, dass Art. 36 Abs. 2 des am 1. Januar 1984 in Kraft getretenen UVG im Endeffekt 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 Eintritt des Schadens durch einen Abzug

<sup>761</sup> BGE 117 V 359; vgl. zur gerichtlichen Anerkennung dieses Beschwerdebildes insb. 9.2.

<sup>762</sup> Vgl. zur Übernahme dieser Rechtsprechung insb. BGE 112 V 30 E. 3c S. 36.

<sup>763</sup> Vgl. zur Übernahme dieser Rechtsprechung insb. BGE 112 V 30 E. 3c S. 36.

<sup>764</sup> Vgl. zur Einführung dieser Rechtsprechung insb. BGE 112 V 30 E. 4b S. 38 mit Verweis auf BGE 107 V 177 sowie BGE 96 II 392.

Rechnung zu tragen, wenn sich die konstitutionelle Prädisposition nicht schon vor dem Unfall ausgewirkt hat.

Infolge der erheblich gestiegenen Fallzahl von HWS-Distorsionen wurden sowohl die haftpflichtrechtliche als auch die unfallversicherungsrechtliche Rechtsprechung zum Umgang mit diesen unklaren Beschwerden zunehmend kritisch betrachtet. Mitunter infolge von Erkenntnissen aus vergleichenden Studien und Statistiken geriet die höchstrichterliche Rechtsprechung zur HWS-Distorsion zusehends unter Druck. Vermehrt wurden die erheblichen länder- und regionenspezifischen Diskrepanzen betreffend Auftreten und Folgen mit der Bedeutung gesetzlicher Regelungen, kultureller Besonderheiten sowie Voreinstellungen bzw. Erwartungshaltungen erklärt.<sup>765</sup> In diesem Sinne forderte auch MURER, es dürfe nicht verkannt werden, dass hinter den Versicherungsfällen mit unklarer Kausalität häufig nichtmedizinische Probleme mitgewirkt hätten.<sup>766</sup> Nach ihm waren diese Fälle sehr oft zu Unrecht als dominant gesundheitliche Probleme aufgefasst worden. Als Beispiele für solche nichtmedizinischen Faktoren erwähnte er invaliditätsfremde Faktoren wie etwa ausserordentliche Schwierigkeiten in Ehe, Familie oder der gesellschaftlichen Umgebung sowie Arbeitslosigkeit, mangelnde berufliche und sprachliche Ausbildung und Kenntnisse oder kulturelle Anpassungsschwierigkeiten.<sup>767</sup> Ebenso machte er die in der Schweiz tendenziell hohen sozial- und haftpflichtrechtlichen Entschädigungsleistungen als bedeutenden Faktor aus. Die Aussicht auf solche Leistungen habe das bewusste und noch mehr das unbewusste Verhalten von Versicherten, aber auch von Leistungserbringern wie z.B. von Anwälten und Ärzten beeinflusst.<sup>768</sup>

Insgesamt ist festzuhalten, dass das EVG ab 1991 die Beurteilung heikler Zurechnungsfragen bei infolge von leichten HWS-Distorsionen eingetretenen unklaren Beschwerden sowohl anhand einer Prüfung des natürlichen als auch des adäquaten Kausalzusammenhangs vornahm.

### 9.7.1. Zurechnungspraxis im Unfallversicherungsrecht

Die Praxis des EVG war insgesamt nicht sehr streng und basierte ab 1991 bis in die 2000er-Jahre hinein auf den nachfolgend dargelegten Wertungsgesichtspunkten.

---

<sup>765</sup> DGN, S. 2; ähnlich CHAPPUIS, S. 214.

<sup>766</sup> MURER, Entmedizinalisierung, N 6.

<sup>767</sup> MURER, Entmedizinalisierung, N 4.

<sup>768</sup> MURER, Entmedizinalisierung, N 6.



### 9.7.1.1. Haftungsbe gründender Kausalzusammenhang

**a) Natürlicher Kausalzusammenhang:** Es ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob zwischen dem Unfall und den eingetretenen gesundheitlichen Störungen ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht.<sup>769</sup>

**aa) Formel:** «Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhanges sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit gedacht werden kann.»<sup>770</sup> Mit anderen Worten darf ein Ereignis «nicht weggedacht» werden können, «ohne dass auch die eingetretenen gesundheitlichen Störungen entfielen.»<sup>771</sup>

**bb) Ausreichen von Teilkausalität:** Für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhanges ist es nicht erforderlich, dass ein Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache der gesundheitlichen Störungen ist. Vielmehr genügt diesbezüglich, «dass das schädigende Ereignis mit anderen Bedingungen zusammen die körperliche oder geistige Integrität des Versicherten beeinträchtigt hat».<sup>772</sup>

**cc) Tatfrage:** Ob zwischen dem schädigenden Ereignis und der eingetretenen gesundheitlichen Störung ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, ist eine Tatfrage und damit keine Frage rechtlicher Natur.<sup>773</sup>

**dd) Erforderlicher Nachweis:** Es ist nach dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu befinden, ob der natürliche Kausalzusammenhang gegeben ist.<sup>774</sup>

**ee) Spezifische Rechtsprechung zum «typischen Beschwerdebild»:** Der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der danach eingetretenen Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule diagnostiziert ist und zudem bei der betroffenen Person ein für diese Verletzung typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden wie Kopfschmerzen, Schwindel, rasche Ermüdbarkeit etc. vorliegt.<sup>775</sup> Das Vorliegen sowie die Folgen der HWS-Distorsion müssen zudem durch zuverlässige ärztliche Angaben gesichert sein.<sup>776</sup>

<sup>769</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>770</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>771</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>772</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>773</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>774</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>775</sup> BGE 117 V 359 E. 4b S. 360.

<sup>776</sup> BGE 119 V 335 E. 2b S. 340.

**b) Adäquater Kausalzusammenhang:** Wird in einem konkreten Fall die natürliche Kausalität bejaht, so ist im Anschluss daran zu prüfen, ob die eingetretene Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit auch als eine adäquate Folge des Unfalls zu betrachten ist.<sup>777</sup>

**aa) Formel:** Ein Ereignis ist dann adäquat kausale Ursache, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, sprich wenn der Eintritt dieses Erfolgs durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint.<sup>778</sup>

**bb) Rechtsfrage:** Ob zwischen dem schädigenden Ereignis und der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung der erforderliche adäquate Kausalzusammenhang gegeben ist, ist eine Rechtsfrage.<sup>779</sup>

**cc) Spezifische Rechtsprechung zur HWS-Distorsion:** Liegt nach einem Unfall ein typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden vor, so ist gemäss der Schleudertrauma-Praxis bei leichten Unfällen die Adäquanzt zu verneinen, bei schweren hingegen zu bejahen. Handelt es sich aber um mittelschwere Unfälle, so müssen im Rahmen einer Gesamtwürdigung weitere, objektiv erfassbare Umstände miteinbezogen werden.<sup>780</sup> Das EVG erklärte folgende Kriterien für massgebend:

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

**dd) Generelle Eignung und Anerkennung singulärer Unfallfolgen:** Bei der Beurteilung psychischer Unfallfolgen kommt es auf die generelle Eignung der fraglichen Ursache an, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen. Ein Erfolg von der Art des eingetretenen muss sich jedoch nicht regelmässig oder häufig ereignen. Auch singuläre, d.h. aussergewöhnliche Folgen können adäquate Unfallfolgen darstellen,

---

<sup>777</sup> BGE 117 V 359 E. 5a S. 361.

<sup>778</sup> BGE 117 V 359 E. 5a S. 361.

<sup>779</sup> BGE 117 V 369 E. 4a S. 382; 112 V 30 E. 1b S. 33.

<sup>780</sup> BGE 117 V 359 E. 6a S. 366 ff.

sofern ein Ereignis an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen.<sup>781</sup>

**ee) Kriterium der wesentlichen Ursache und retrospektive Betrachtung:** Es ist ausgehend von den tatsächlichen Auswirkungen rückblickend zu entscheiden, ob und inwiefern der Unfall noch als wesentliche Ursache der eingetretenen neurotischen Störungen zu betrachten ist.<sup>782</sup>

**ff) Realitätsgerechter Massstab bei der Berücksichtigung vorbestehender Leiden:** Es ist bei der Beurteilung der Adäquanz entgegen der früheren Rechtsprechung nicht mehr auf einen psychisch gesunden Versicherten abzustellen. Vielmehr ist hierbei die weite Bandbreite der Versicherten massgebend.<sup>783</sup> Mit dieser Änderung der Rechtsprechung wurde der im Bereich des Haftpflichtrechts seit je geltende Grundsatz übernommen, wonach der Schädiger keinen Anspruch auf ein durchschnittlich widerstandsfähiges Opfer hat.

### 9.7.1.2. Zurechnung beim Schadenstatbestand

Wurde im Unfallversicherungsrecht bei Vorliegen eines Schleudertraumas die natürliche und adäquate Kausalität zwischen dem Unfall und der dauerhaften Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit gemäss der vorstehend aufgezeigten Praxis bejaht, so hatte die versicherte Person Anspruch auf entsprechende UV-Rentenleistungen.

**Berücksichtigung von Vorzuständen:** Nach Art. 36 Abs. 2 UVG können vorbestandene Gesundheitsschäden nur als Kürzungsgrund berücksichtigt werden, wenn sie sich schon vor dem Unfälleignis auf die Erwerbsfähigkeit ausgewirkt haben. Im Anwendungsbereich des UVG geht es daher in der Regel um die Alternative «alles oder nichts».<sup>784</sup> Aufgrund des Umstands, dass in dieser Periode bei HWS-Distorsionen bekanntermassen regelmässig lebenslange Renten gewährt wurden, wird auf eine kasuistische Darstellung verzichtet.

### 9.7.2. Zurechnungspraxis im Haftpflichtrecht

Mit BGE 123 III 110 übernahm das Bundesgericht die vom EVG geschaffene spezifische Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs bei HWS-Distorsionen in

---

<sup>781</sup> BGE 112 V 30 E. 3c S. 36 f. mit Verweis auf BGE 107 V 177, wonach das EVG mit diesem Entscheid die bundesgerichtliche Rechtsprechung gemäss BGE 96 II 392 zur haftpflichtrechtlichen Beurteilung von Begehrungsneurosen übernommen habe.

<sup>782</sup> BGE 112 V 30 E. 4b S. 38.

<sup>783</sup> BGE 115 V 133 E. 4b S. 135.

<sup>784</sup> BGE 123 III 110 E. 2b S. 114.

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.<sup>785</sup> 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.<sup>786</sup> 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. Diese Auffassung rechtfertigte das Bundesgericht im Wesentlichen aus drei Gründen.

Als erstes unterstrich das Bundesgericht die Berücksichtigung des Zwecks des jeweiligen ganzen Normenkomplexes resp. des Schutzzwecks des jeweils betroffenen Rechtsgebietes. Als rechtspolitischen Zweck des Haftpflichtrechts bezeichnete es dabei die im Einzelfall billige Zurechnungsentscheidung.<sup>787</sup> Daraus lässt sich ableiten, dass das Bundesgericht die schematische Übernahme der nach der Unfallschwere kategorisierenden unfallversicherungsrechtlichen Praxis unter anderem deswegen ablehnte, weil diese dem Haftpflichtrecht immanenten Zweck der Einzelfallgerechtigkeit zuwiderlaufe.

Zweitens nahm das Bundesgericht auf die frühere nach Rechtsgebieten differenzierende Beurteilung von Begehrungsneurosen Bezug. Auch diesbezüglich argumentierte es mit der Berücksichtigung des anwendbaren Normenkomplexes. Es führte aus, dass die Ablehnung der Leistungspflicht bei Begehrungsneurosen im Unfallversicherungsrecht auf dem Gedanken beruhe, dass es «Begehrungstendenzen auch dann nicht durch Leistungen belohnen und dadurch fördern will, wenn sie sich zu einer Neurose verfestigen [...]». Mit seiner Rechtsprechung sei das EVG der deutschen Normzwecklehre gefolgt, die sich mit der Adäquanzlehre in vielen Punkten decke und ebenfalls auf eine Haftungsbegrenzung ziele.<sup>788</sup> Aus diesen Ausführungen lässt sich ableiten, dass Begehrungstendenzen, die sich zu einer Neurose verfestigen, nach Auffassung des Bundesgerichts im Gegensatz zum Unfallversicherungsrecht vom Schutzzweck des Haftpflichtrechts mitumfasst sind.

---

<sup>785</sup> Vgl. BGE 123 III 110 E. 2 S. 111.

<sup>786</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 113.

<sup>787</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 113.

<sup>788</sup> BGE 123 III 110 E. 3b S. 113.

Zuletzt begründete das Bundesgericht die rechtsgebietsspezifische Adäquanzprüfung mit der unterschiedlich flexiblen Ausgestaltung der gesetzlichen Bestimmungen zur Frage der Zurechnung beim Schadenstatbestand. Es rechtfertigte die strengeren Anforderungen im Unfallversicherungsrecht damit, dass das Haftpflichtrecht eine Berücksichtigung unfallfremder Mitursachen im Rahmen der Schadensberechnung und -ersatzbemessung (Art. 42–44 OR) erlaube. Dagegen gehe es im Unfallversicherungsrecht um die Alternative des «alles oder nichts», zumindest soweit vorbestandene Gesundheitsschäden sich nicht schon vor dem schädigenden Ereignis auf die Erwerbsfähigkeit ausgewirkt hätten (vgl. Art. 36 Abs. 2 UVG). Mit anderen Worten rechtfertigte das Bundesgericht seine Praxis auch damit, dass im Unfallversicherungsrecht die Zurechnung in Grenzfällen nicht mehr abgestuft habe werden können.<sup>789</sup>

Die Praxis des Bundesgerichts im Bereich des Haftpflichtrechts basierte ab 1991 auf den nachfolgend dargelegten Wertungsgesichtspunkten.

### 9.7.2.1. Haftungsbegründender Kausalzusammenhang

**a) Natürlicher Kausalzusammenhang:** Die Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs entsprach grundsätzlich derjenigen des EVG.<sup>790</sup>

**Erforderlicher Nachweis:** Der Kausalzusammenhang muss nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit nachgewiesen werden. Es genügt vielmehr, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Kausalverlauf spricht.<sup>791</sup>

**b) Adäquater Kausalzusammenhang:** Wird in einem konkreten Fall die natürliche Kausalität bejaht, so ist im Anschluss daran zu prüfen, ob die gesundheitlichen Beschwerden auch als eine adäquate Folge des Unfalls zu betrachten sind.<sup>792</sup>

**aa) Formel:** Im Haftpflichtrecht ist von derselben Umschreibung des adäquaten Kausalzusammenhangs auszugehen wie im Unfallversicherungsrecht.<sup>793</sup>

**bb) Rechtsfrage:** Die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs ist eine Rechtsfrage.<sup>794</sup>

<sup>789</sup> BGE 123 III 110 E. 3b und c S. 114 f.

<sup>790</sup> Vgl. 9.7.1.1.

<sup>791</sup> Praxis 1995 Nr. 172 S. 550 E. 1b (Auffahrkollision mit Schleudertrauma der HWS).

<sup>792</sup> BGE 123 III 110 E. 2 S. 110.

<sup>793</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112.

<sup>794</sup> BGE 132 III 715 E. 2.2 S. 718; 123 III 110 E. 2 S. 111; Urteil des Bundesgerichts 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 3.2.

**cc) Massgeblichkeit der spezifischen Rechtsprechung zu Begehrungsneurosen:**

Als massgebend betrachtete das Bundesgericht weitgehend die mit BGE 96 II 392 aufgestellten Grundsätze.<sup>795</sup>

1. Die Adäquanz ist ausgehend von den tatsächlichen Auswirkungen aus einer retrospektiven Perspektive zu beurteilen.
2. Dabei ist auf die generelle Eignung der fraglichen Ursache, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen, abzustellen.
3. Dies kann zum Ergebnis führen, dass selbst singuläre resp. aussergewöhnliche Unfallfolgen als adäquat kausal gewertet werden.
4. Die Adäquanz ist nicht nach herrschenden medizinischen Lehrmeinungen, sondern allein nach rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.<sup>796</sup>

**dd) Ablehnung der Übernahme der unfallversicherungsrechtlichen «Schleudertrauma»-Praxis:**

Das Bundesgericht lehnte die Übernahme der nach Unfallschwere klassifizierenden Praxis in das Haftpflichtrecht unter Berufung auf verschiedene Gründe ab. Auf diese Gründe wurde bereits vorne Bezug genommen.<sup>797</sup>

**ee) Unmassgeblichkeit der Schwere des Unfallereignisses:** Die Adäquanz ist haftpflichtrechtlich nicht nach der Schwere des Unfallereignisses zu beurteilen.<sup>798</sup>

**ff) Berücksichtigung des Normzwecks:** Nebst den gesamten Umständen des konkreten Einzelfalls müsse jeweils der Zweck einer Norm oder eines ganzen Normenkomplexes berücksichtigt werden.<sup>799</sup>

**gg) Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs:** Eine konstitutionelle Prädisposition vermag den adäquaten Kausalzusammenhang in der Regel weder zu unterbrechen noch auszuschliessen.<sup>800</sup>

### 9.7.2.2. Zurechnung beim Schadenstatbestand

**a) Konkurrierende Mitursachen:** Eine konstitutionelle Prädisposition kann unter Umständen für den Umfang der Haftpflichtansprüche gemäss Art. 42–44 OR berücksichtig-

---

<sup>795</sup> Vgl. hierzu die entsprechenden Ausführungen in 8.7.2.1.

<sup>796</sup> Praxis 1995 Nr. 172 S. 550 E. 1b (Auffahrkollision mit Schleudertrauma der HWS) mit Verweis auf BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

<sup>797</sup> Vgl. 9.7.2.

<sup>798</sup> BGE 123 III 110 E. E. 3c S. 114 f.; Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 4.1.

<sup>799</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112 f.

<sup>800</sup> BGE 123 III 110 E. 2c S. 115; 113 II 86 E. 1b S. 90; Urteil des Bundesgerichts 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 3.2.

sichtigt werden.<sup>801</sup> In dogmatischer Hinsicht ist die konstitutionelle Prädisposition als mitwirkender Zufall zu betrachten, der die Berechnung des Schadens oder die Bemessung des Schadenersatzes beeinflussen kann.<sup>802</sup>

**aa) Annahme, Schaden wäre auch ohne das schädigende Ereignis eingetreten:**

Hätte die Prädisposition hypothetisch betrachtet auch ohne den Unfall zu einem Schaden geführt, sei es in vollem oder geringerem Umfang, so ist ein solcher Schaden insoweit keine Unfallfolge, dem Haftpflichtigen dementsprechend nicht zurechenbar und daher von der Schadensberechnung auszunehmen.<sup>803</sup> In solchen Fällen handelt es sich um Anwendungsfälle des Art. 42 OR, weshalb das Quotenvorrecht nicht zur Anwendung gelangt.<sup>804</sup>

**bb) Annahme, Schaden wäre ohne das schädigende Ereignis nicht eingetreten:**

Wäre hingegen der Schaden ohne den Unfall aller Voraussicht nach nicht eingetreten, so bleibt der Haftpflichtige grundsätzlich in vollem Umfang verantwortlich. Dies gilt unabhängig davon, ob der krankhafte Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat.<sup>805</sup> Unfallbedingte Vermögenseinbusen gehören zum Schaden und sind deshalb in dessen Berechnung nach Art. 42 OR einzubeziehen. Dem Anteil der Prädisposition an der Kausalität kann dagegen unter Umständen bei der Schadenersatzbemessung nach Art. 44 OR Rechnung getragen werden.<sup>806</sup> In solchen Fällen kann der Schadenersatz gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts aus dem Jahr 2000 nicht allein schon aufgrund des Bestehens eines Konstitutionsmangels herabgesetzt werden.<sup>807</sup> Es müssen weitere Umstände hinzutreten, welche es als unbillig erscheinen lassen, dass der Haftpflichtige den ganzen Schaden zu tragen hat. Als mögliche Gesichtspunkte bei einer solchen vorzunehmenden Wertung erwähnte das Bundesgericht in den betreffenden Entscheiden:

- zurechenbare Gefahrenexponierung des Geschädigten,<sup>808</sup>
- Missverhältnis zwischen Ursache und Wirkung: eine sich besonders ungünstig auswirkende Vorbelastung, die dazu führt, dass die haftungsbegründende

<sup>801</sup> BGE 131 III 12 E. 4 S. 13 f.; 123 III 110 E. 2c S. 115.

<sup>802</sup> BGE 131 III 12 E. 4 S. 13 f.; 113 II 86 E. 1b S. 90; Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>803</sup> BGE 131 III 12 E. 4 S. 14; 113 II 86 E. 3b S. 93; Urteil des Bundesgerichts 4A\_45/2009 vom 25. März 2009 E. 3.3.3.

<sup>804</sup> BGE 113 II 86 E. 2 S. 92.

<sup>805</sup> BGE 131 III 12 E. 4 S. 14; 113 II 86 E. 3c.

<sup>806</sup> BGE 131 III 12 E. 4 S. 14; 113 II 86, E. 3b S. 94.

<sup>807</sup> Urteile des Bundesgerichts 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 3.2; 4C.75/2004 vom 16. November 2004 E. 4.2; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>808</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

Ursache in keinem Verhältnis mehr zur Grösse des eingetretenen Schadens steht,<sup>809</sup>

- Grösse des Verschuldens des Haftpflichtigen im Verhältnis zum Anteil der Prädisposition an der Kausalität.<sup>810</sup>

Selbst wenn aber eine Kürzung zulässig ist, darf der Schadenersatz nicht einfach schematisch um den medizinisch festgestellten prozentualen Verursachungsanteil der konstitutionellen Prädisposition gekürzt werden.<sup>811</sup>

Die Bemessung der Herabsetzung beruht weitgehend auf der Ausübung gerichtlichen Ermessens im Sinne von Art. 4 ZGB. Dem kantonalen Gericht steht dabei ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung eingreift.<sup>812</sup>

### 9.7.2.3. Kasuistik

- BGE 123 III 110 vom 4. Februar 1997: Dieses haftpflichtrechtliche Urteil zur organisch nicht nachweisbaren HWS-Distorsion war ein Rückweisungsentcheid.<sup>813</sup> Genauere Aussagen zur Schadensberechnung und -ersatzbemessung sind daher nicht möglich. Ursprünglich hatte der Kläger CHF 231'353 als Schadenersatz für die seiner Ansicht nach infolge des Unfalls eingetretene hundertprozentige Arbeitsunfähigkeit eingeklagt.<sup>814</sup>
- 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

---

<sup>809</sup> Urteile des Bundesgerichts 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 3.2; 4C.75/2004 vom 16. November 2004 E. 4.2; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>810</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>811</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>812</sup> BGE 131 III 12 E. 4.2 S. 15; 123 III 10 E. 4c/aa S. 13; Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.5.

<sup>813</sup> Vgl. zu diesem Entscheid 9.4.

<sup>814</sup> BGE 123 III 110 Sachverhalt S. 110.



es gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR den Schadenersatzanspruch um 20 %.<sup>815</sup> Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid.<sup>816</sup>

- Urteil des Bundesgerichts 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006: Trotz Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen Unfall, erlittener HWS-Distorsion und später aufgetretenen unklaren Beschwerden verneinte das Bundesgericht in diesem Entscheid den adäquaten Kausalzusammenhang.<sup>817</sup> Massgebend hierfür war, dass die medizinisch ausgewiesene Arbeitsunfähigkeit erst Jahre nach dem Unfall einsetzte und die lang anhaltenden psychischen Probleme wohl auch auf die lang anhaltende Arbeitslosigkeit zurückzuführen waren. Dieser Entscheid ist insofern bemerkenswert, als das Bundesgericht seit dem Fall «Sidler» im Jahr 1905 in keinem haftpflichtrechtlichen Entscheid zu unklaren Beschwerden zwar den natürlichen Kausalzusammenhang bejahte, in einem zweiten Schritt jedoch die Adäquanz der Beschwerden zum Unfallereignis verneinte. Der Umstand, dass nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erwiesen war, dass der Geschädigte bereits früher an einer psychischen Erkrankung gelitten hatte, ist ansonsten jeweils Prüfungsgegenstand des natürlichen Kausalzusammenhangs.<sup>818</sup> Offensichtlich vermischten die Gerichte in diesem Fall die Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs mit derjenigen des adäquaten.
- Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007: Im Anschluss an eine bagatelläre Auffahrkollision ( $\Delta v$ -Wert von 4–6 km/h) traten bei der Geschädigten unklare Beschwerden auf.<sup>819</sup> Gemäss medizinischem Gutachten waren die Beschwerden zu 90 % auf unfallfremde Faktoren zurückzuführen. Das Bundesgericht bestätigte die von der Vorinstanz gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR vorgenommene Kürzung des Schadenersatzes um 66,7 %.<sup>820</sup>
- Urteil des Bundesgerichts 4C.415/2006 vom 11. September 2007: Der Geschädigte erlitt anlässlich eines Verkehrsunfalls eine HWS-Distorsion. Infolgedessen war er gänzlich arbeitsunfähig. In der Annahme eines Invaliditätsgrads von 85 % wurde ihm eine Rente der eidgenössischen Invalidenversicherung zugesprochen.

<sup>815</sup> Vgl. BGE 131 III 12 Sachverhalt S. 13.

<sup>816</sup> BGE 131 III 12 E. 4.2 S. 15.

<sup>817</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 4.

<sup>818</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 4: «Or, la cour cantonale a au contraire considéré qu'il n'était pas établi avec une vraisemblance prépondérante que le demandeur ait subi une réduction de sa capacité de travail, en raison d'une pathologie psychique, déjà avant septembre 2000.»

<sup>819</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 Sachverhalt A. Am Auto der Unfallverursacherin entstand überhaupt kein Schaden, an demjenigen der Geschädigten ein solcher von CHF 461.

<sup>820</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.2 und 5.5.

Er klagte danach gegen das Nationale Versicherungsbüro der Schweiz<sup>821</sup> und forderte CHF 4'399'356 als Schadenersatz sowie eine Genugtuung von CH 100'000.<sup>822</sup> Der Schadenersatz wurde nicht gekürzt, obwohl der beklagte Haftpflichtversicherer die Geringfügigkeit des Unfalls sowie die Absenz organisch nachweisbarer Beeinträchtigungen geltend gemacht hatte (Antrag auf Kürzung um 50 %)<sup>823</sup> und es naheliegend erscheint, dass die psychische Invalidität von 85 % eines Trust-Managers nach einer HWS-Distorsion ohne initiale Behandlungsbedürftigkeit zu einem bedeutenden Teil auf unfallfremde Faktoren zurückzuführen war.<sup>824</sup> Mitunter fehlte es nach Ansicht der Vorinstanz an einem rechtsgenügenden, plausiblen Beweis der konstitutionellen Prädisposition.<sup>825</sup> Das Bundesgericht sprach dem Geschädigten aufgrund der damaligen Beschränkung der Haftung des Nationalen Versicherungsbüros der Schweiz (aArt. 40 Abs. 2 VVV)<sup>826</sup> die schweizerische Mindestversicherungssumme von CHF 3'042'843.75 zu.<sup>827</sup> Die Zusprechung der in diesem Betrag bereits enthaltenen Genugtuung von CHF 30'000 war letztinstanzlich nicht mehr umstritten.<sup>828</sup>

Aufgrund des erwiesenen starken Anstiegs von Aufwendungen, die den Haftpflichtversicherern in den 1990er-Jahren aufgrund der zahlreichen HWS-Distorsion-Fälle erwachsen, ist darauf zu schliessen, dass Klagen wie in den oben dargelegten Fällen bis in die 2000er-Jahre hinein regelmässig erfolgreich geltend gemacht wurden.<sup>829</sup> Nach WEBER wurde in den 2000er-Jahren den ausgewiesenen Vorzuständen im Rahmen der Schadenersatzbemessung mit Kürzungen von 5 % bis 35 % Rechnung getragen.<sup>830</sup> Ab dem Jahr 2005 ist in der Tendenz eine überaus schwankende Beurteilung der Schadenszurechnung in vergleichbaren Fällen erkennbar. Während die

---

<sup>821</sup> Das NVB deckt insb. die Haftung für Schäden, die ausländische Motorfahrzeuge und Anhänger in der Schweiz und in Liechtenstein verursachen (vgl. Art. 74 SVG).

<sup>822</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.415/2006 vom 11. September 2007 Sachverhalt.

<sup>823</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.415/2006 vom 11. September 2007 E. 3.1.

<sup>824</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.415/2006 vom 11. September 2007 E. 3.3; vgl. hierzu PRIBNOW, Neuere Urteile, S. 304, der für eine Kürzung in diesem Fall Verständnis aufgebracht hätte.

<sup>825</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.415/2006 vom 11. September 2007 E. 3.2.

<sup>826</sup> Vgl. demgegenüber den heutigen Art. 40 VVV. Auf den 1. Januar 1996 hat der Bundesrat verschiedene Änderungen der Verkehrsversicherungsverordnung (SR 741.31) in Kraft gesetzt. Wäre das neue Recht bereits anwendbar gewesen, so hätte das NVB eine betragslich höhere Deckung gewähren müssen.

<sup>827</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.415/2006 vom 11. September 2007 E. 6.4.

<sup>828</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.415/2006 vom 11. September 2007 E. 7.

<sup>829</sup> Vgl. zu den erwähnten Kostenzunahmen 9.5.2.

<sup>830</sup> WEBER, Reduktion, S. 152; vgl. auch SUTER, Schadenregulierung, S. 215.

Verneinung der Adäquanz in einem Entscheid aus dem Jahr 2006 einerseits<sup>831</sup> sowie die erhebliche Kürzung des Schadenersatzes um 66,7 % in einem Entscheid aus dem Jahr 2007 andererseits<sup>832</sup> eher auf eine restriktivere Praxis hindeuten, steht die Zuspriechung von mehreren Mio. CHF in einem ebenfalls 2007 ergangenen Entscheid, dem offenbar ein geringfügiger Unfall ohne organisch nachweisbare Beeinträchtigungen zugrunde lag, sinnbildlich für eine sehr grosszügig anmutende Schadenszurechnung.<sup>833</sup>

## 10. Die «HWS-Distorsion» als rein psychogenes Beschwerdebild? (ab 2008)

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 beurteilten das Bundesgericht und das EVG die infolge von leichten HWS-Distorsionen geltend gemachten Ansprüche wieder deutlich restriktiver.

### 10.1. Charakterisierung des Beschwerdebildes

Insbesondere aufgrund der erkannten Bedeutung soziokultureller Faktoren verlor die in den 1980er-Jahren aufgekommene medizinische Sichtweise, wonach bei «einem Schleudertrauma der Halswirbelsäule auch ohne nachweisbare pathologische Befunde noch Jahre nach dem Unfall funktionelle Ausfälle verschiedenster Art auftreten [können]»<sup>834</sup>, bereits in den 1990er-Jahren und im Speziellen in den 2000er-Jahren an Rückhalt. Es kam zunehmend 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.»<sup>835</sup> Auch die frühere medizinische Auffassung, wonach Anhaltspunkte dafür bestünden, «dass der Unfallmechanismus bei einem Schleudertrauma der Halswir-

<sup>831</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 4.

<sup>832</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.2 und 5.5.

<sup>833</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.415/2006 vom 11. September 2007 E. 6.4.

<sup>834</sup> BGE 117 V 359 E. 5d/aa S. 363.

<sup>835</sup> BGE 134 V 109 E. 10.2.7 S. S. 129.

belsäule zu Mikroverletzungen führt, welche für das erwähnte bunte Beschwerdebild mit Wahrscheinlichkeit ursächlich oder zumindest im Sinne einer Teilsache mitverantwortlich sind»,<sup>836</sup> wurde in zunehmendem Masse in Frage gestellt.<sup>837</sup>

Das Bundesgericht nahm vor allem in BGE 134 V 109 Bezug auf die in der Lehre geäußerte Kritik.<sup>838</sup> Es hielt fest, dass die «Schleudertrauma-Praxis und namentlich die ihr zugrunde liegende Annahme, dass eine bei einem Unfall erlittene Verletzung im Bereich von HWS oder Kopf auch ohne organisch nachweisbare (objektivierbare) Funktionsausfälle zu länger dauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen kann, [...] seit Begründung dieser Rechtsprechung Gegenstand verschiedenartiger Diskussionen» gebildet habe. Es stellte sich sodann auf den Standpunkt, dass keine gesicherten neuen medizinischen Erkenntnisse vorlägen, welche diese Annahme ernsthaft in Frage stellen würden und die Verletzungen sowie deren Folgen als weniger gravierend oder gar inexistent erscheinen lassen könnten. Gleiches galt nach Auffassung des Bundesgerichts auch für «die Feststellung, wonach solche Verletzungen durch ein komplexes und vielschichtiges Beschwerdebild mit eng ineinander verwobenen, einer Differenzierung kaum zugänglichen Beschwerden physischer und psychischer Natur gekennzeichnet sind.»<sup>839</sup> Damit hielt das Bundesgericht trotz der deutlichen Kritik im Kern an seiner Rechtsprechung fest.<sup>840</sup>

In der Folge räumte es dann aber ein, dass (zum damaligen Zeitpunkt [2008]) keine Untersuchungsmethoden bekannt seien, welche in wissenschaftlich anerkannter Weise den bislang nicht möglichen Nachweis von organischen Störungen im Bereich von HWS oder Schädel-Hirn ermöglichen würden. «Sollte dieser Nachweis aufgrund neu entwickelter Untersuchungsmethoden [...] vermehrt verlässlich möglich werden, werde es zudem noch näherer Betrachtung bedürfen, ob die damit erhobenen Befunde natürlich unfallkausal sind und die geklagten Beschwerden zu erklären vermögen.»<sup>841</sup> Aus diesen Ausführungen lässt sich ableiten, dass selbst das Bundesgericht

---

<sup>836</sup> BGE 117 V 359 E. 5d/aa S. 363 f.

<sup>837</sup> 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; SIDLER, S. 83 ff.; vgl. auch STEINEGGER/JENZER, S. 570, die kritisieren, dass das Bundesgericht nie die fachärztlichen Publikationen oder die medizinische Forschung enthüllt habe, welche die «Mikroverletzungen» der HWS belegen soll.

<sup>838</sup> Vgl. zur Kritik Fn. 837.

<sup>839</sup> BGE 134 V 109 E. 7.1 S. 118.

<sup>840</sup> In diesem Sinn auch HUSMANN, S. 2.

<sup>841</sup> BGE 134 V 109 E. 7.2 S. 119.

zum damaligen Zeitpunkt nicht mehr damit rechnete, dass dieser Nachweis schon bald gelingen könnte.

Tatsächlich gelang es trotz beträchtlicher Bemühungen nicht, Langzeitfolgen nach einer HWS-Distorsion als organisch bedingt zu belegen.<sup>842</sup> Auch konnten weder die

<sup>842</sup> MEYER, Schleudertrauma, S. 482; vgl. hierzu die zahlreichen Nachweise bei MEYER, Schleudertrauma, S. 482; in diesem Sinne auch GERMANN, Anachronismus, S. 173 ff.; STEINEGGER/JENZER, S. 567; SUTER, Preisgabe, S. 448; a.M. HUBER/SAMUELSSON, S. 5, die noch 2007 bestritten, dass die HWS-Distorsion eine nicht objektivierbare Gesundheitsstörung ist (vgl. SAMUELSSON, Schleudertrauma, S. 27, die nun 10 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). Im Rahmen eines Hearings der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 9. Januar 2007 legten HUBER/SAMUELSSON diese Standpunkte als Vertreter des damaligen Schleudertraumaverbands dar und verwiesen unter anderem darauf, dass es seit kurzem im experimentellen Rahmen gelungen sei, Verletzungen an der HWS bildgebend nachzuweisen (S. 5). Dabei nahmen sie Bezug auf erste Ergebnisse, die im Rahmen des nationalen Forschungsprogramms NFP 53 «Muskuloskeletale Gesundheit – Chronische Schmerzen» des SNF erzielt worden waren (SNF-Horizonte September 2006, S. 8). Erklärtes Ziel dieser Studie war es, die Ursachen der Nackenbeschwerden zu klären und Patienten mit einem Risiko zur Chronifizierung schnell zu identifizieren. Ebenfalls sollte die Studie ihren Beitrag dazu leisten, die klinische Bedeutung von abnormen Befunden an der HWS und der umgebenden Strukturen abzuschätzen. Das umfangreiche Projekt ging von einem prospektiven Ansatz aus und beruhte auf multidisziplinärer Zusammenarbeit. Untersucht wurde eine relativ grosse Zahl von Patienten (NFP 53 Synthesebericht, S. 16; vgl. für genauere Angaben zu Vorgehen, wichtigsten Resultaten und Schlussfolgerungen für Forschung und Praxis dieses Forschungsprojekts <[http://www.nfp53.ch/d\\_module.cfm?Projects.Command=details&get=16](http://www.nfp53.ch/d_module.cfm?Projects.Command=details&get=16)>). Insbesondere aufgrund des beachtlichen Umfangs und der angewendeten Standards dieser einmaligen Untersuchung ist nicht daran zu zweifeln, dass die dabei erzielten Resultate den Stellenwert der Bildgebung mittels MRI für die Beurteilung von Nackenschmerzen, insbesondere im Falle einer HWS-Distorsion, aufzuzeigen vermögen (NFP 53 Synthesebericht, S. 16). Im Rahmen dieses NFP wurden Personen mit HWS-Distorsionen zunächst innert 48 Stunden nach dem Unfall mittels Magnetresonanztomografie (MRT) untersucht. Dabei entdeckten die Forscher bei rund der Hälfte der ersten 51 untersuchten Patienten kleinste Verletzungen wie etwa Mikrofrakturen der Wirbelsäule, Blutungen oder Zerrungen und Einrisse von Bändern und Muskeln. Damit war es gemäss den Aussagen des Forschungsteams gelungen, Befunde nachzuweisen, die in einem konventionellen Röntgen- oder Computertomografiebild nicht zu sehen wären (SNF-Horizonte September 2006, S. 8). Die in der Frühphase des Projekts erzielten Erfolge, auf welche auch die Exponenten des Schleudertraumaverbands beim erwähnten Hearing vor der ständerätlichen Kommission Bezug genommen haben, sind allerdings hinsichtlich ihrer Aussagekraft durch die nachfolgenden Forschungsergebnisse zu relativieren. So äusserte sich die Leitungsgruppe des NFP gut zwei Jahre später im Oktober 2009 im Rahmen des Syntheseberichts zum nationalen Forschungsprogramm erneut zu den zwischenzeitlichen Ergebnissen des Projekts. In diesem Synthesebericht beurteilte sie

medizinische Grundlagenforschung noch die praktische Klinik in wissenschaftlich anerkannter Weise nachweisen, dass anhaltende Beschwerden im Sinne des Symptomkreises des bunten Beschwerdebildes die bleibenden Folgen erlittener HWS-Distorsionen (oder vergleichbarer Verletzungen) sind.<sup>843</sup> Basierend auf diesen Erkenntnissen wurde zunehmend gefordert, dass die Theorie des «typischen Beschwerdebildes» aufzugeben sei,<sup>844</sup> da sich ein entsprechendes Beschwerdebild ohne weiteres auch als Folge anderer Krankheitserscheinungen einstellen könne.<sup>845</sup> Bestärkt wird diese Sichtweise durch die vorherrschende, praktisch unangefochtene medizinische Lehrmeinung, wonach das 1991 vom EVG umschriebene Beschwerdebild<sup>846</sup> als

---

die Bedeutung der MRT für die Beurteilung von Schleudertraumata infolge eines Auffahrunfalls als diagnostisch wenig zuverlässig und wenig sensitiv (NFP 53 Synthesebericht, S. 37). Es sei nicht möglich, Patienten anhand dieser Methode von gesunden Individuen zu unterscheiden. Zwar seien gewisse Befunde bei Patienten häufiger als bei Gesunden aufgetreten, jedoch nicht ausschliesslich bei ihnen und auch insgesamt selten. Demnach vermöge die MRT bei der Mehrheit der Patienten mit symptomatischen Schmerzen im Bereich der HWS weder den Ort ihres Auftretens noch die Art allfälliger Verletzungen der HWS zuverlässig zu erfassen. Im Jahr 2008 äusserte sich auch das Bundesgericht in BGE 134 V 231 zum Beweiswert der funktionellen MRT (vgl. zum Begriff der funktionellen MRT BGE 134 V 231 E. 5.1 S. 233) bei HWS-Distorsionen. Es hielt in diesem Entscheid fest, dass eine medizinisch-diagnostische Methode wissenschaftlich anerkannt sein müsse, damit der mit ihr erhobene Befund eine zuverlässige Beurteilungsgrundlage zu bieten vermöge. Wissenschaftlich anerkannt sei eine Untersuchungsart, wenn sie von Forschern und Praktikern der medizinischen Wissenschaft auf breiter Basis anerkannt sei (BGE 134 V 231 E. 5.1 S. 532). In Bezug auf die funktionelle MRT sei dies nicht der Fall, gingen die fachärztlichen Meinungen bezüglich der diagnostischen Bedeutung doch stark auseinander. Zudem nahm das Bundesgericht auch Bezug auf die damaligen Leitlinien der DGN. Gemäss diesen würden funktionell bildgebende Verfahren generell nicht als diagnostische Mittel bei HWS-Distorsionen empfohlen (BGE 134 V 231 E. 5.4 S. 235; vgl. DGN, S. 5, wonach dies noch heute nicht empfohlen wird).

<sup>843</sup> Vgl. hierzu die zahlreichen Nachweise bei MEYER, Schleudertrauma, S. 482; in diesem Sinne auch GERMANN, Anachronismus, S. 174; STEINEGGER/JENZER, S. 567; SUTER, Preisgabe, S. 448; vgl. HUBER/SAMUELSSON, S. 5, die es hingegen noch im Jahr 2007 als wissenschaftlich erwiesen betrachteten, dass Betroffene weltweit und unabhängig von Bildungsstand und Kultur an einem multiplen Beschwerdebild leiden, welches mehrere der in der Rechtsprechung umschriebenen typischen Beschwerden umfasse. Unterdessen ist auch SAMUELSSON, Schleudertrauma, S. 25, zur Einsicht gelangt, dass sich die bundesgerichtliche Annahme eines typischen Beschwerdebildes nach cranio-cervikalem Beschleunigungstrauma nach bestem verfügbarem empirischem Kenntnisstand eher nicht stützen lasse.

<sup>844</sup> U.a. forderten dies MURER, Nachfrage, S. 366; DERS., HWS-Distorsionstrauma, N 20; STEINEGGER/JENZER, S. 567.

<sup>845</sup> HAUSOTTER, S. 95; vgl. zudem die zahlreichen Nachweise bei MEYER, Schleudertrauma, S. 483; MURER, HWS-Distorsionstrauma, N 20; vgl. auch STEINEGGER/JENZER, S. 573 f.

<sup>846</sup> Vgl. BGE 117 V 359.

nicht typisch, sondern vielmehr als unspezifisch zu betrachten sei,<sup>847</sup> womit gemeint ist, dass eine vorausgegangene HWS-Distorsion nicht bezeichnend für die Verursachung eines solchen Beschwerdebildes ist und sich auch als Beweis für ein solches nicht eignet.<sup>848</sup> In ähnlicher Weise befand der deutsche Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 3. Juni 2008<sup>849</sup> die infolge einer HWS-Distorsion als typisch dokumentierten Befunde (Übelkeit, Kopfschmerzen, Bewegungseinschränkungen, Druckschmerzhaftigkeit und Muskelverhärtungen) als wenig aussagekräftig. Vielmehr seien «die genannten Befunde, die teilweise allein auf Schilderungen der Klägerin beruhen, [...] im Wesentlichen unspezifisch, da sie sowohl bei unfallunabhängigen als auch bei unfallbedingten Beschwerdebildern insbesondere der Halswirbelsäule vorliegen können. Sie sind, wie klinische Erfahrungen und Studien ergeben haben, ebenso wenig verletzungstypisch wie etwa auch ein röntgenologischer Befund einer Steilstellung der Halswirbelsäule [...]».

## 10.2. Gerichtliche Anerkennung des Beschwerdebildes?

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). In diesem Sinne bestätigte es 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».<sup>850</sup> 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 eingeleiteten Verschärfungen lassen jedenfalls eine solche Interpretation zu.

<sup>847</sup> Vgl. die zahlreichen Nachweise bei MEYER, Schleudertrauma, S. 483.

<sup>848</sup> MEYER, Schleudertrauma, S. 482; MOSIMANN, Beschwerdebilder, S. 20 Fn. 10; in diesem Sinne auch STEINEGGER, S. 403; STEINEGGER/JENZER, S. 567.

<sup>849</sup> BGH, Urteil vom 3. Juni 2008 – VI ZR 235/07, NJW-RR 2008, S. 1381.

<sup>850</sup> BGE 139 V 547 E. 7.1.1 S. 560.

## 10.3. Restriktivere Zurechnungspraxis im Unfallversicherungsrecht

Mit den Urteilen U 215/05 vom 30. Januar 2007 und BGE 134 V 109 vom 19. Februar 2008 verschärfte das Bundesgericht für den Bereich des Unfallversicherungsrechts die erforderlichen Voraussetzungen für die Bejahung der haftungsbe gründenden Kausalität für infolge von HWS-Distorsionen aufgetretene unklare Beschwerden erheblich. In diesem Sinne befand SCHMID, das Bundesgericht habe mit BGE 134 V 109 die Messlatte für die Leistungsgewährung bei HWS-Distorsionen im Bereich der sozialen Unfallversicherung erheblich höher angesetzt als zuvor.<sup>851</sup>

### 10.3.1. Restriktivere Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs

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 Nachweis sei der natürliche Kausalzusammenhang als nicht gegeben zu betrachten.<sup>852</sup>

In BGE 134 V 109 bestätigte das Bundesgericht zunächst seine frühere Rechtsprechung im Sinne des «Salanitri»-Entscheids aus dem Jahr 1991, wonach «ausgehend von den Ergebnissen der medizinischen Forschung, ein Unfall mit Schleudertrauma der HWS in der charakteristischen Erscheinungsform einer Häufung von typischen Beschwerden eine Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit verursachen [kann], auch wenn die festgestellten Funktionsausfälle organisch nicht nachweisbar sind.»<sup>853</sup> Es führte sodann aus, dass diese 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.<sup>854</sup> 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 nichttraumatischer Genese sein könnten. In Anbetracht dieser

---

<sup>851</sup> SCHMID MARKUS, Schadenausgleich, S. 53; gl.M. JAUN, S. 757.

<sup>852</sup> Urteil des Bundesgerichts U 215/05 vom 30. Januar 2007 E. 5.1.

<sup>853</sup> BGE 134 V 109 E. 6.2.1 S. 116.

<sup>854</sup> BGE 134 V 109 E. 9 S. 122.



Feststellungen führte das Bundesgericht aus, dass an die Grundlagen für den Schluss auf das Vorliegen solcher Verletzungen hohe Anforderungen zu stellen seien.<sup>855</sup>

Zunächst erhöhte es die Anforderungen an die Dokumentationspflicht nach dem Unfall. Dessen Hergang sowie die anschliessend auftretenden Beschwerden müssten demnach möglichst genau und verifizierbar dokumentiert werden. Es unterstrich, dass diesen tatbeständlichen Grundlagen ein grosses Gewicht zukomme. Der erstbehandelnde Arzt sei gehalten, die versicherte Person sorgfältig abzuklären, wozu auch die Befragung der versicherten Person nach ihrem gesundheitlichen Vorzustand gehöre, insbesondere nach möglichen psychischen Beschwerden vor dem Unfall oder im Zeitpunkt des Unfalls. Sodann seien die Aussagen der versicherten Person zum Unfallhergang und zu den bestehenden Beschwerden gestützt auf die erhobenen Befunde und weitere zur Verfügung stehende Angaben zum Unfallhergang und zum anschliessenden Verlauf einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Auch müsse fortan der Verlauf der Beschwerden ab dem Unfallzeitpunkt genau festgehalten und ein mögliches Chronifizierungsrisiko angezeigt werden. Für vorübergehende Leistungen (Heilbehandlung, Taggeld) genüge es dagegen in der Regel, wenn der Arzt die beklagten Beschwerden als gegeben betrachte und diese seiner Ansicht nach tatsächlich auf eine HWS-Distorsion zurückzuführen seien.<sup>856</sup>

Das Bundesgericht ging sodann auf jene Fälle ein, in welchen die Beschwerden länger andauern, bis hin zur Chronifizierung, und sich entsprechend die Frage der Berentung stellen kann. Es stellte nun klar, dass sich die Frage, ob sich solche persistierenden Beschwerden medizinisch noch mit einer organisch nicht nachweisbaren Verletzung an der Halswirbelsäule oder am Kopf erklären liessen, allein aufgrund der erwähnten initialen Abklärungen regelmässig nicht beantworten lasse. Ausgehend hiervon hielt es nun in Fällen ohne Besserungstendenz eine zügige inter- bzw. polydisziplinäre Abklärung und Beurteilung durch Fachärzte für angezeigt.<sup>857</sup> Das Bundesgericht ergänzte noch, dass eine solche Begutachtung in der Regel nach sechs Monaten Beschwerdepersistenz zu veranlassen sei.<sup>858</sup>

Im Anschluss daran stellte es auch noch inhaltliche Anforderungen an entsprechende poly- bzw. interdisziplinäre Gutachten auf.<sup>859</sup> Unter anderem verlangte es überzeugende Aussagen darüber, ob die geklagten Beschwerden überhaupt glaubhaft seien, und bejahendenfalls, ob diese trotz des Fehlens objektiv ausgewiesener organischer

<sup>855</sup> BGE 134 V 109 E. 9 S. 122.

<sup>856</sup> BGE 134 V 109 E. 9.2 S. 123.

<sup>857</sup> BGE 134 V 109 E. 9.3 und 9.4 S. 124.

<sup>858</sup> BGE 134 V 109 E. 9.3 S. 125.

<sup>859</sup> Vgl. BGE 134 V 109 E. 9.5 S. 125 f.

Unfallfolgen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zumindest teilursächlich auf ein beim Unfall erlittenes Schleudertrauma der HWS, eine äquivalente Verletzung oder ein Schädel-Hirn-Trauma zurückgeführt werden könnten.<sup>860</sup>

### 10.3.2. Restriktivere Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs

Das Bundesgericht hielt in BGE 134 V 109 an der mit dem «Salanitri»-Entscheid eingeführten spezifischen Adäquanzprüfung, wonach zunächst an die Schwere des Unfalls anzuknüpfen ist, fest. Es sah sich jedoch veranlasst, die für die Beurteilung eines mittelschweren Unfalls hinzuzuziehenden zusätzlichen Kriterien zu überarbeiten und zu modifizieren. Es standen dabei vor allem jene 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.<sup>861</sup> Letztlich erklärte es damit den nachfolgenden Kriterienkatalog<sup>862</sup> für massgebend:

- besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalles;
- die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen;
- 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).

Betreffend das Kriterium der «Schwere und besonderen Art der erlittenen Verletzung» präziserte das Bundesgericht seine Rechtsprechung. Es betonte, dass die Diagnose einer HWS-Distorsion für sich allein nicht genüge, um dieses Kriterium bejahen zu können. Hierfür bedürfe es einer besonderen Schwere der für das Schleudertrauma typischen Beschwerden oder besonderer Umstände, welche das Beschwerdebild beeinflussen könnten. Als Beispiele erwähnte es eine beim Unfall eingenom-

---

<sup>860</sup> BGE 134 V 109 E. 9.5 S. 126.

<sup>861</sup> BGE 134 V 109 E. 10.2 S. 127.

<sup>862</sup> 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).

mene besondere Körperhaltung und dadurch bewirkte Komplikationen oder zusätzliche erhebliche Verletzungen.<sup>863</sup>

Nach Auffassung des Bundesgerichts hatte das Kriterium der ungewöhnlich langen Dauer der ärztlichen Behandlung in der Anwendung in verschiedener Hinsicht Schwierigkeiten bereitet. Es passte daher die Definition des Kriteriums an. Fortan sei bei der Beurteilung dieses Kriteriums massgebend, ob nach dem Unfall eine fortgesetzt spezifische, die versicherte Person belastende ärztliche Behandlung bis zum Fallabschluss notwendig gewesen sei.<sup>864</sup>

Aufgrund der schwierigen Fassbarkeit und zeitlicher Abgrenzungsprobleme führte es auch eine neue Umschreibung des Kriteriums der «Dauerbeschwerden» ein. Fortan sollten nur noch in der Zeit zwischen dem Unfall und dem Fallabschluss nach Art. 19 Abs. 1 UVG ohne Unterbruch bestehende erhebliche Beschwerden als adäquanzrelevant berücksichtigt werden. Als Beurteilungsmassstab der Erheblichkeit erklärte das Bundesgericht die Glaubhaftigkeit der Beschwerden sowie die unfallbedingte Beeinträchtigung der Person im Lebensalltag.<sup>865</sup>

Zusätzlich präziserte es das Kriterium «Grad und Dauer der Arbeitsunfähigkeit». In diesem Zusammenhang bemerkte es, dass mit diesem Kriterium aufgrund der zeitlichen Komponente ein negativer Anreiz geschaffen worden sei, indem die versicherte Person, welche die Rente anstrebe, wenig Interesse an einer baldigen Wiederaufnahme der Arbeit hätte. Zudem fördere ein längeres Aussetzen der Arbeit die Chronifizierung der Beschwerden. Aus diesen Gründen konkretisierte es das Kriterium dahingehend, dass nun auf das Vorliegen einer erheblichen Arbeitsunfähigkeit, die die versicherte Person ernsthaft zu überwinden versuchen muss, abgestellt werden solle. Es müsse im konkreten Fall der Wille zu erkennen sein, sich durch aktive Mitwirkung wieder möglichst rasch und optimal in den Arbeitsprozess einzugliedern.<sup>866</sup> Im Vergleich zur grundsätzlichen Rechtsprechung gemäss dem «Salanitri»-Entscheid zeigte es sich in diesem Zusammenhang ungewohnt kritisch. Es führte aus, dass bei leichten bis mittelschweren Schleudertraumen der HWS ein längerer oder gar dauernder Ausstieg aus dem Arbeitsprozess aus medizinischer Sichtweise als eher ungewöhnlich erscheine. Zudem nahm es Bezug auf den Grundsatz der Schadenminderungspflicht, wonach eine versicherte Person nach Eintritt eines Schadens alle ihr möglichen und zumutbaren Massnahmen zu ergreifen hat, um diesen zu mindern

---

<sup>863</sup> BGE 134 V 109 E. 10.2.2 S. 128.

<sup>864</sup> BGE 134 V 109 E. 10.2.3 S. 128.

<sup>865</sup> BGE 134 V 109 E. 10.2.4 S. 128.

<sup>866</sup> BGE 134 V 109 E. 10.2.7 S. 129.

oder zu beheben.<sup>867</sup> Schon die Art und Weise, wie es diese Präzisierung begründete, lässt auf eine Verschärfung schliessen.

## 10.4. Restriktivere Zurechnungspraxis im Haftpflichtrecht

In dem im vorangegangenen Abschnitt dargelegten BGE 134 V 109 sprach sich das Bundesgericht ausdrücklich für die Beibehaltung seiner nach Rechtsgebieten differenzierenden Adäquanzbeurteilung aus. Es bezeichnete die in früheren Entscheidungen hierzu gemachten Erwägungen als überzeugend.<sup>868</sup> Die rechtsgebietspezifische Adäquanzbeurteilung bestätigte es später erneut in einem haftpflichtrechtlichen Entscheid aus dem Jahr 2012, in welchem die Vorinstanz die Prüfung anhand der sozialversicherungsrechtlichen Schleudertrauma-Praxis vorgenommen hatte.<sup>869</sup>

Insbesondere aufgrund dieser klaren und konstanten Haltung des Bundesgerichts zur rechtsgebietspezifischen Adäquanzbeurteilung verlagerte sich die Diskussion der Zurechnung 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.<sup>870</sup>

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs in Fällen mit unklaren Beschwerdebildern im Haftpflichtrecht der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit massgebend.<sup>871</sup>

---

<sup>867</sup> BGE 134 V 109 E. 10.2.7 S. 129.

<sup>868</sup> BGE 134 V 109 E. 8.1 S. 119, u.a. mit Verweis auf BGE 123 III 110 E. 3a S. 112 f.

<sup>869</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012 E. 2.4.

<sup>870</sup> Vgl. hierzu u.a. KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 166 ff.; MURER, Entmedizinalisierung, N 18.

<sup>871</sup> 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 = Praxis 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

Diese Beweisanforderung interpretiert ein Teil der Lehre dahingehend, dass eindeutig mehr für das Vorliegen eines Sachverhalts sprechen muss als für die Verwirklichung abweichender Tatsachen.<sup>872</sup> In ähnlicher Weise hält auch das Bundesgericht den Beweis der natürlichen Kausalität im Haftpflichtrecht für erbracht, «wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.»<sup>873</sup>

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 Kenntnisstandes, für sich allein beweisrechtlich nicht mehr ausreichen kann, um eine invalidisierende Auswirkung der Gesundheitsbeeinträchtigung anzunehmen.<sup>874</sup> 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 haftpflichtanspruchsbegründenden 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.<sup>875</sup>

#### 10.4.1. Interdisziplinäre Rekonstruktion von Unfallereignissen

Weil bei HWS-Distorsionen kein medizinisch-objektiver Nachweis möglich ist, reifte die Einsicht, dass die Frage, ob eine diagnostizierte oder zumindest behauptete HWS-Verletzung infolge eines Unfalls wahrscheinlich ist, regelmässig nur noch interdisziplinär in angemessener Weise beantwortet werden könne.<sup>876</sup>

In diesem Sinne folgerte etwa DANZL, eine systematische medizinische Beurteilung der Verletzungskausalität sei allgemein nur auf Basis der Ergebnisse einer techni-

---

(KIESER/LANDOLT, N 1921). Vgl. zur begrifflichen Problematik («überwiegende» Wahrscheinlichkeit) hinten 12.3.1.

<sup>872</sup> MURER, Entmedizinalisierung, N 18; gl.M. BERGER-STEINER, Kausalitätsbeweis, S. 29; in diesem Sinne auch BÜHLER, N 13; a.M. KIESER, Gutachten, S. 136.

<sup>873</sup> Anstelle vieler: BGE 133 III 81 E. 4.2.2 S. 89; 130 III 321 E. 3.3 S. 325; Urteil des Bundesgerichts 4A\_744/2011 vom 12. Juli 2012 E. 10.1; ähnlich auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 4.

<sup>874</sup> In diesem Sinne MURER, Entmedizinalisierung, N 18 ff.

<sup>875</sup> MEYER, Schmerzstörung, S. 19.

<sup>876</sup> LÖHLE, ADAC-Dokumentation 8, zit. nach DANZL, S. 541.

schen Unfallanalyse sinnvoll.<sup>877</sup> Zunächst müsse im Rahmen einer Analyse ein technischer Sachverständiger anhand der Schäden der Fahrzeuge und mit Hilfe weiterer kinematischer Daten die Anstossbeschleunigungen nach Betrag und Richtung ermitteln. Auf Grundlage dieser Daten könne in der Folge ein biomechanischer Sachverständiger auf die Belastung der HWS und damit auf eine mögliche Verletzungsgefahr schliessen.<sup>878</sup> Der Unfallforscher HUBER stellte in eigenen Untersuchungen fest, es sei auszuschliessen, dass ein Auffahrunfall mit einer Geschwindigkeitsdifferenz von bis zu 15 km/h eine HWS-Distorsion für die Insassen des gestossenen Fahrzeugs zur Folge haben könne, dies freilich nur unter der Annahme, dass deren Kopf durch eine korrekt eingestellte Kopfstütze geschützt werde.<sup>879</sup> Eine Geschwindigkeitsdifferenz von 15 km/h entspricht für das gestossene Fahrzeug einer Geschwindigkeitsänderung von  $\Delta v^{880} = 11$  km/h und einer mittleren Fahrzeugbeschleunigung von  $3g$ .<sup>881</sup> HUBER räumte damit freilich ein, dass bei falsch eingestellten Kopfstützen bereits eine geringere Aufprallgeschwindigkeit zu einem Schleudertrauma führen kann.<sup>882</sup> Der Einstellung der Kopfstützen im Zeitpunkt des Unfalls kommt demnach eine entscheidende Rolle zu.<sup>883</sup>

Es lässt sich insgesamt festhalten, dass die führenden Biomechaniker im deutschsprachigen Raum die Ansicht vertreten, dass unter einer Schwelle von  $\Delta v = 10$  km/h bei normaler Stosszeit und ohne besondere Umstände (Kopfhaltung, falsche Einstellung der Kopfstützen etc.) keine HWS-Distorsion entstehen könne.<sup>884</sup>

---

<sup>877</sup> DANZL, S. 542.

<sup>878</sup> LÖHLE, ADAC-Dokumentation 8, zit. nach DANZL, S. 541.

<sup>879</sup> HUBER WOLFGANG, S. 339.

<sup>880</sup> Geschwindigkeitsänderung ( $\Delta v$ ): 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:  $\Delta v = 8$  km/h). Vgl. hierzu WALZ, S. 1.

<sup>881</sup> Beschleunigung von  $1g = 9.81 \text{ m/s}^2 =$  normale Erdbeschleunigung. Ein Körper von 1 kg Masse erfährt bei  $1g$  Beschleunigung eine Gewichtskraft von 1 kg (korrekt 10 Newton). Einfacher gesagt ist ein Körper von 70 kg bei  $10g$  7000 N (700 kg) schwer. Vgl. hierzu WALZ, S. 1.

<sup>882</sup> HUBER WOLFGANG, S. 339; STRADAL, S. 72.

<sup>883</sup> HUBER WOLFGANG, S. 339.

<sup>884</sup> DGN, S. 2; BERGER, Biomechanik, S. 28 f.; BÜRGER ET AL., N 253; DANZL, S. 537; MURER, HWS-Distorsionstrauma, N 32; STRADAL, S. 72; WALZ, S. 5 ff.; a.M. SIDLER, S. 82, der die Auffassung vertritt, dass unfallanalytische und biomechanische Berechnungen unwissenschaftlich und spekulativ seien; ebenso kritisch SAMUELSSON, Schleudertrauma, S. 29; auch STUDHALTER, Unfallanalyse, S. 389, hält die Ermittlung des  $\Delta v$ -Wertes für umstritten; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 7. No-

### 10.4.2. Diskussion zur Bedeutung verkehrsmedizinischer Gutachten

In der Schweiz haben unfallanalytische sowie biomechanische Gutachten bis 2009 im Rahmen der Prüfung des haftpflichtrechtlich relevanten Kausalzusammenhangs – im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht – keine beweisrechtliche Bedeutung erlangt.<sup>885</sup> Für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs genügte jeweils bereits, wenn der Unfall für eine bestimmte gesundheitliche Störung eine Teilursache darstellte.<sup>886</sup> 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.<sup>887</sup>

Aufgrund dieser Rechtsprechung folgte etwa STUDHALTER, dass unfalltechnische und biomechanische Gutachten, deren Ziel gerade die Ermittlung der Schwere des Unfallereignisses sei, für die haftpflichtrechtliche Prüfung der Kausalität nicht relevant seien.<sup>888</sup> BÜHLER kritisierte diese zunächst auch vom Bundesgericht vertretene Haltung als beweisrechtlich nicht begründbar. 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.<sup>889</sup>

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 dieser Entscheidung den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen Unfallereignis ( $\Delta v = 4.5$  km/h), erlittener HWS-Distorsion und langanhaltenden gesundheitlichen Folgen. STUDHALTER wies jedoch darauf hin, dass das Bundesgericht im betreffenden Fall dem biomechanischen Gutachten keine entscheidende Bedeutung beigemessen hat. Auch dürften aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls (insbesondere Verzicht auf die Einholung eines vom Handelsgericht Zürich vorgeschlagenen medizinischen Gutachtens seitens der Klägerin<sup>890</sup>) keine allgemeinen Schlüsse gezogen werden.<sup>891</sup> Hingegen beurteilte BORLE

---

vember 2009 E. 4, wonach die tatsächliche Geschwindigkeitsveränderung nicht immer zuverlässig ermittelbar sei.

<sup>885</sup> STUDHALTER, Unfallanalyse, S. 389; vgl. hierzu auch SIDLER, S. 82.

<sup>886</sup> 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.

<sup>887</sup> Vgl. STUDHALTER, Unfallanalyse, S. 389.

<sup>888</sup> STUDHALTER, Unfallanalyse, S. 389; gl.M. SIDLER, S. 82.

<sup>889</sup> BÜHLER, N 108; in diesem Sinne auch STEINEGGER, S. 402.

<sup>890</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 7. November 2011 E. 2.9.

den Entscheid dahingehend, dass nun bei der Prüfung der natürlichen Kausalität nicht mehr vorab den medizinischen Befunden zu folgen, sondern in erster Linie auf die Schwere des Unfallereignisses abzustellen sei. Ergebe die Betrachtung des Unfallereignisses im Rahmen der gerichtlichen Beweiswürdigung, dass lediglich ein banales Ereignis vorliege, entstehe eine natürliche Vermutung gegen die natürliche Kausalität, welche durch medizinische Befunde widerlegt werden könne.<sup>892</sup>

Mit Urteil 4A\_540/2010 vom 8. Februar 2011 reagierte das Bundesgericht auf die kontroverse Diskussion in der Lehre. Wiederum verneinte es bei einer HWS-Distorsion die natürliche Kausalität unter Beachtung eines von der Vorinstanz gerichtlich angeordneten biomechanischen Gutachtens. Im Unterschied zum Entscheid 4A\_494/2009 hielt es jedoch dieses Mal in den Erwägungen eindeutig fest, dass im Haftpflichtrecht die Mitberücksichtigung eines biomechanischen Gutachtens als Beweismittel für die Beurteilung der natürlichen Kausalität zulässig sei.<sup>893</sup> Gemäss dem massgeblichen verkehrstechnischen Gutachten lag die massgebende Kollisionsgeschwindigkeit innerhalb der Bandbreite von  $\Delta v = 5.4$  bis max.  $8.7$  km/h.<sup>894</sup> Für das Bundesgericht wurde mit der Angabe dieser Bandbreite den verbleibenden Unsicherheiten, die bei unfalldynamischen Gutachten stets auftreten würden, durch die Unterstellung der höchstmöglichen Geschwindigkeitsveränderung genügend Rechnung getragen.<sup>895</sup>

Das Handelsgericht Zürich stellte in einem Entscheid aus dem Jahr 2012 gar ausschliesslich auf ein biomechanisches Gutachten ab.<sup>896</sup> Es verneinte den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den eingetretenen gesundheitlichen Beschwerden, da gemäss Gutachten von einer maximalen kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung des klägerischen Fahrzeuges von rund  $1.3$ – $5.5$  km/h und mithin von einem wahrscheinlichsten Mittelwert von  $3,4$  km/h auszugehen war.<sup>897</sup>

### 10.4.3. Ablehnung einer «Erheblichkeitsschwelle»

Ausgehend von den oben dargelegten technischen und biomechanischen Erkenntnissen sowie aufgrund der nunmehr durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung vor-

---

<sup>891</sup> STUDHALTER, Unfallanalyse, S. 390; gl.M. HUBER JEAN BAPTISTE, S. 141.

<sup>892</sup> BORLE, S. 135.

<sup>893</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_540/2010 vom 8. Februar 2011 E. 1.3.2.

<sup>894</sup> Gemäss HÄFLIGER, S. 149, gab das Bundesgericht in der E. 1.4 fälschlicherweise eine Bandbreite von  $\Delta v = 7.5$  bis max.  $13$  km/h an.

<sup>895</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_540/2010 vom 8. Februar 2011 E. 1.4.

<sup>896</sup> HGer ZH HG080106/U, Entscheid vom 22. Oktober 2012 E. 4.18 S. 26.

<sup>897</sup> HGer ZH HG080106/U, Entscheid vom 22. Oktober 2012 E. 2.5 S. 11 und E. 4.18 S. 26.



gegebene Berücksichtigung unfallanalytischer Gutachten wurde vermehrt die Frage aufgeworfen, ob nicht gar eine sogenannte «Erheblichkeitsschwelle» resp. «Harmlosigkeitsgrenze» bei  $\Delta v = 10$  km/h einzuführen sei.<sup>898</sup>

Die Gerichte in Deutschland und Österreich gehen überwiegend davon aus, dass sich unterhalb der Schwelle von  $\Delta v = 10$  km/h keine Belastung der HWS eines Insassen im angestossenen Fahrzeug ereignet und zwischen  $\Delta v = 11$ – $15$  km/h nur unter ganz besonderen Umständen eine nicht mehr harmlose Belastung der Halswirbelsäule möglich sei.<sup>899</sup> Sie lehnen jedoch, insbesondere weil es auf die Umstände des Einzelfalls ankomme, eine generelle Ausschliessung von Verletzungen der Halswirbelsäule bei bloss geringen kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderungen ab.<sup>900</sup>

Ein Teil der Lehre fordert schon seit längerer Zeit die Einführung einer Erheblichkeitsschwelle.<sup>901</sup> Insbesondere KRAMER und MURER stehen diesem Ansatz positiv gegenüber. Nach Meinung von MURER würden damit voraussichtlich der Gesetzesvollzug beschleunigt, die Gerichte entlastet und Prämienanstiege gemässigt.<sup>902</sup> Jedoch bestehen auch zahlreiche Unklarheiten. So stellt sich vor allem die Frage nach der angemessenen Fixierung und Flexibilisierung einer entsprechenden Schwelle.

Das Bundesgericht lehnte die Einführung einer solchen Bagatell- oder Harmlosigkeitsgrenze stets ab.<sup>903</sup> BÜHLER teilt die Auffassung des Bundesgerichts, da den unfallanalytischen Gutachten keine vorrangige Beweiskraft zukommen dürfe. Mit der Einführung einer Harmlosigkeitsgrenze würde seiner Ansicht nach eine Beweiskrafthierarchie geschaffen, bei welcher unfallanalytische Gutachten höher eingestuft würden als die anderen zur Verfügung stehenden Beweismittel. Eine derartige Praxis verstiesse gegen die Würdigungsfreiheit, einen Teilgehalt der freien Beweiswürdigung.<sup>904</sup>

<sup>898</sup> Vgl. HÄFLIGER, S. 151.

<sup>899</sup> Vgl. die entsprechenden Nachweise bei DANZL, S. 545; vgl. HGer ZH HG080106/U, Entscheid vom 22. Oktober 2012 E. 4.13 S. 22, wonach bei einer Heckkollision von einer für den Normalfall geltenden Harmlosigkeitsgrenze von  $\Delta v$  10 bis 15 km/h auszugehen sei.

<sup>900</sup> BGH, Urteil vom 8. Juli 2008 – VI ZR 274/07, NJW 2008, S. 2845 f.; Urteil vom 3. Juni 2008 – VI ZR 235/07, NZV 2008, S. 502 f.; DANZL, S. 545.

<sup>901</sup> BORLE, S. 138; KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 166 ff.; MURER, HWS-Distorsionstrauma, N 33; a.M. SAMUELSSON, Schleudertrauma, S. 29; SCHWENZER, N 19.03.

<sup>902</sup> MURER, HWS-Distorsionstrauma, N 33.

<sup>903</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 5.2; vgl. auch BGE 134 V 109 E. 8.3 S. 121.

<sup>904</sup> BÜHLER, N 109.

Es ist festzuhalten, dass im Haftpflichtrecht nach jüngerer Rechtsprechung die Schwere des Unfallereignisses bereits im Rahmen der Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs eine bedeutsame Rolle spielt. Als das Bundesgericht im Urteil 4A\_540/2010 jedoch die Beweismittel einer Gesamtwürdigung unterzog, stellte es schliesslich ausdrücklich nicht nur auf das eingeholte biomechanische Gutachten ab.<sup>905</sup> Damit blieb unklar, in welchem Ausmass solche Gutachten im Rahmen der Beurteilung der natürlichen Kausalität von Relevanz sind. Es ist immerhin klar, dass das Bundesgericht die Einführung einer Harmlosigkeitsschwelle entschieden ablehnt.

### 10.4.4. Restriktivere Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs

Mit dem Urteil 4A\_494/2009 erklärte das Bundesgericht 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 Sozialversicherungsrecht ersichtlich seien.<sup>906</sup>

In der Folge bestätigte das Bundesgericht jedoch diese Rechtsprechung während einiger Zeit nicht mehr. Zudem war dieses Urteil nach Auffassung von PRIBNOW auch deshalb zu relativieren, weil das dem Entscheid zugrunde gelegene kantonale Urteil nachträglich aufgehoben wurde.<sup>907</sup>

Im Urteil 4A\_275/2013 erklärte das Bundesgericht schliesslich, es sei massgebend, ob tatsächlich eine Beeinträchtigung bestehe und ob diese zumindest auch durch den Unfall hervorgerufen worden sei. Nur wenn eine ernsthafte Möglichkeit bestehe, dass sich die Beschwerden auch ohne Unfall in gleicher Weise manifestiert hätten, sei der Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs als gescheitert zu betrachten.<sup>908</sup> PRIBNOW interpretierte diese Ausführungen dahingehend, dass das Vorliegen eines Schleudertraumas vom Gericht frei von (sozialversicherungsrechtlichen) Beweisregeln zu prüfen sei. Er berief sich dabei auf den Grundsatz der freien Beweiswürdi-

---

<sup>905</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_540/2010 vom 8. Februar 2011 E. 2.2.

<sup>906</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.2.

<sup>907</sup> PRIBNOW, Blick, S. 446.

<sup>908</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 4.2.3.

gung, wonach der Richter im Zivilverfahren gestützt auf alle zulässigen Beweismittel im ergebnisoffenen Beweisverfahren einen Entscheid zu fällen habe.<sup>909</sup> In der Konsequenz müsste aus der Auffassung von PRIBNOW folgen, dass in Zukunft neben dem adäquaten auch der natürliche Kausalzusammenhang rechtsgebietsdifferenzierend zu prüfen wäre.

In mehreren seit 2014 ergangenen Entscheiden hat das Bundesgericht nun klargestellt, dass «für Beschwerdebilder, die nicht bildgebend objektiviert werden können, hohe Anforderungen an die Grundlagen zu stellen [sind], welche einen Schluss auf das Vorliegen unfallkausaler Verletzungen zulassen. Denn entsprechende Beschwerden hängen weitgehend von den Angaben der geschädigten Person ab und bieten entsprechendes Missbrauchspotential».<sup>910</sup> Zugleich führte es jeweils aus, dass die für solche Fälle zuständige erste zivilrechtliche Abteilung der unfallversicherungsrechtlichen Praxis folge.<sup>911</sup>

Entgegen der Auffassung von PRIBNOW ist demgemäss der natürliche Kausalzusammenhang in beiden Rechtsgebieten grundsätzlich in gleicher Weise zu beurteilen.

#### **10.4.5. Erhöhte Anforderungen an das erforderliche Beweismass**

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 angesetzt 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.<sup>912</sup>

<sup>909</sup> PRIBNOW, Blick, S. 446.

<sup>910</sup> 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.

<sup>911</sup> Vgl. u.a. Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 3.2.1.

<sup>912</sup> SUTER, Preisgabe, S. 449.

In einem Entscheid aus dem Jahr 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».<sup>913</sup> 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.

### 10.4.6. Deutlich restriktivere Zurechnungspraxis ab 2008

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, führten zu einer insgesamt deutlich restriktiveren Zurechnungspraxis als noch einige Jahre zuvor.

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.<sup>914</sup>

Die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs spielt dagegen in der haftpflichtrechtlichen Beurteilung unklarer Beschwerden nach wie vor praktisch keine Rolle.<sup>915</sup>

In Fällen, in welchen der natürliche Kausalzusammenhang bejaht wurde, trugen die Gerichte ab 2006 im Rahmen der Schadenersatzbemessung vermehrt der für den

---

<sup>913</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4.

<sup>914</sup> 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.

<sup>915</sup> HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 10 und 29; KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 168 ff.; MÜLLER URS, Kausalzusammenhang, 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.

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.<sup>916</sup> Hingegen reduzierte es in zwei anderen Urteilen aus den Jahren 2006 und 2008, in denen jeweils mitwirkende Prädispositionen zu beurteilen waren, die Haftung gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR um 66,7 %<sup>917</sup> bzw. 50 %.<sup>918</sup> Diese Kürzungen sind beachtlich, muss doch bis anfangs der 1970er-Jahre zurückgegangen werden, um ähnliche Ansätze in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu finden.<sup>919</sup>

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 bedeutendem Ausmasse kürzen. In diesem Sinne wurden die von den Vorinstanzen vorgenommenen Kürzungen des Schadenersatzbetrages um 75 %<sup>920</sup>, 80 %<sup>921</sup> oder 20 %<sup>922</sup> 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.

Wie bereits erwähnt, stellte das Bundesgericht im Jahr 2017 zusätzlich klar, dass im Haftpflichtrecht das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Vergleich zum Sozialversicherungsrecht strenger zu beurteilen ist. 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 Schadenersatzbeträge Rechnung tragen werden.<sup>923</sup>

<sup>916</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.5.

<sup>917</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.2 und 5.5.

<sup>918</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_307/2008 und 4A\_311/2008 vom 27. November 2008 E. 2.5.

<sup>919</sup> 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.

<sup>920</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_65/2009 vom 17. Februar 2010 E. 5.5 und 5.6.

<sup>921</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_25/2011 vom 21. März 2011 Sachverhalt B und E. 4.

<sup>922</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 6.2.

<sup>923</sup> Vgl. zur Kasuistik 10.7.2.3.

## 10.5. Restriktive Zurechnungspraxis im Bereich der Invalidenversicherung

Die Adäquanztheorie spielt in der Praxis des schweizerischen Sozialversicherungsrechts bei der Beurteilung der Zurechnungsfrage im kausalen Unfallversicherungsrecht eine entscheidende Rolle. Im Bereich der 1960 geschaffenen finalen Invalidenversicherung stand dagegen bei der Leistungsanspruchsprüfung stets die Frage der Zumutbarkeit im Vordergrund.<sup>924</sup>

Die Invalidenversicherung verzeichnete ab den 1990er-Jahren bis 2003 eine erhebliche Zunahme an neu gewährten Invalidenrenten, die in bedeutendem Masse auf psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen waren.<sup>925</sup> Mitunter infolge der vom EVG am 12. März 2004 mit BGE 130 V 352 vorgenommenen Praxisänderung zu den sogenannten somatoformen Schmerzstörungen ging diese Zahl in den darauffolgenden Jahren erheblich zurück.<sup>926</sup> Mittlerweile hat sich die Anzahl neu zugesprochener Renten im Vergleich zu den ersten Jahren des 21. Jahrhunderts um mehr als die Hälfte verringert.<sup>927</sup>

Im erwähnten Urteil aus dem Jahr 2004 entschied das EVG, dass somatoforme Schmerzstörungen für sich allein in der Regel keine lang andauernde Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bewirken.<sup>928</sup> Damit wurde die sogenannte «Überwindbarkeitsvermutung» eingeführt, welche besagte, dass eine Person, die an einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung leidet, diese mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwinden könne. Mit BGE 136 V 279 vom 30. August 2010 erklärte das Bundesgericht diese Rechtsprechung für sinngemäss anwendbar, wenn sich die Frage nach der invalidisierenden Wirkung einer spezifischen und unfalladäquaten HWS-Verletzung ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle stellt.<sup>929</sup> Mit anderen Worten war ab 2010 davon auszugehen, dass bei organisch nicht nachweisbaren HWS-Distorsionen der Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess grundsätzlich zumutbar

---

<sup>924</sup> Vgl. MOSIMANN, Beschwerdebilder, S. 17.

<sup>925</sup> Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 78.

<sup>926</sup> Als weitere Gründe für den beträchtlichen Rückgang sind neben der restriktiveren Praxis ein Rückgang verzeichneter Erstanmeldungen sowie vor allem die mit den durchgeführten Revisionen der IV eingeführten Massnahmen zu erwähnen (4. IV-Revision: Einführung der regionalen ärztlichen Dienste; 5. IV-Revision: Möglichkeit, mehr Personen mit Invaliditätsrisiko an den Arbeitsmarkt heranzuführen; vgl. hierzu BSV, IV-Statistik 2014, S. 32).

<sup>927</sup> BSV, IV-Statistik 2014, S. 31 f.

<sup>928</sup> BGE 130 V 352 E. 2.2.3 S. 354.

<sup>929</sup> BGE 136 V 279 E. 3.2.3 S. 283.

ist und in solchen Fällen IV-Rentenleistungen nur noch ausnahmsweise gewährt werden.

Indem das Bundesgericht mit BGE 136 V 279 die Rechtsprechung zu den anhaltenden somatoformen Schmerzstörungen für die Beurteilung der invalidisierenden Wirkung einer spezifischen und unfalladäquaten HWS-Verletzung ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle sinngemäss für anwendbar erklärte, verschärfte es die für einen Rentenanspruch gegenüber der Invalidenversicherung massgebenden Voraussetzungen in erheblicher Weise.<sup>930</sup>

### 10.5.1. Übernahme der Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung

Das Bundesgericht nahm in BGE 136 V 279 zunächst Bezug auf die mit dem «Salanitri»-Entscheid<sup>931</sup> begründete unfallversicherungsrechtliche Praxis bei organisch nicht nachweisbaren HWS-Verletzungen. Es bestätigte die Rechtsprechung, wonach nicht objektivierbare Funktionsausfälle, die infolge einer HWS-Distorsion auftreten, zu länger andauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen können.<sup>932</sup> Sodann legte es die Rechtsprechung zum sogenannten «typischen Beschwerdebild» dar. Anschliessend erklärte das Bundesgericht, dass die in Bezug auf die obligatorische Unfallversicherung entwickelten Grundsätze<sup>933</sup> auch für die Invalidenversicherung massgebend seien. Jedoch sei damit noch nichts über die invalidisierende Wirkung des Leidens gesagt. Diesbezüglich nahm es Bezug auf Art. 7<sup>934</sup> und 8<sup>935</sup> des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sowie Art. 28<sup>936</sup> des Bun-

<sup>930</sup> SCHMID MARKUS, Schadenausgleich, S. 53.

<sup>931</sup> BGE 117 V 359.

<sup>932</sup> BGE 136 V 279 E. 3.1 S. 280.

<sup>933</sup> BGE 134 V 109; 117 V 359.

<sup>934</sup> Abs. 1 «Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt.»

Abs. 2: «Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist.»

<sup>935</sup> «Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit.»

<sup>936</sup> Art. 28 IVG regelt die erforderlichen Voraussetzungen für einen Rentenanspruch der IV. Der Grundsatz «Wiedereingliederung vor Rente» ist in Abs. 1 lit. a normiert.

desgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG).<sup>937</sup> In der Folge stellte das Bundesgericht unter Bezugnahme auf zahlreiche höchstrichterliche Urteile fest, dass eine HWS-Distorsion sehr oft in eine chronifizierte Schmerzproblematik münde, insbesondere in eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung.<sup>938</sup> Aufgrund dessen befanden die vereinigten sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts,<sup>939</sup> sei auch die Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung sinngemäss anzuwenden, wenn sich die Frage nach der invalidisierenden Wirkung einer spezifischen und unfalladäquaten HWS-Distorsion ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle stelle.<sup>940</sup>

### 10.5.2. Zentrale Frage der Zumutbarkeit

In BGE 136 V 279 ging es im Wesentlichen um die Frage, ob einer Person, die an den Folgen einer HWS-Distorsion leidet, im Normalfall eine Erwerbstätigkeit zumutbar ist oder nicht. Nicht Gegenstand dieser Entscheidung war hingegen die in der Lehre viel diskutierte Kausalitätspraxis, die im Bereich des Sozialversicherungsrechts vor allem die kausale Unfallversicherung betrifft.<sup>941</sup> Wie schon bei anderen Krankheitsbildern<sup>942</sup> setzte die Praxisänderung bei der Frage der Zumutbarkeit an. Die sinngemässe Übernahme der Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung bedeutete, dass ohne das Vorliegen weiterer Umstände, welche die Unzumutbarkeit einer Arbeitstätigkeit zu begründen vermögen, keine Invalidenrenten ausgerichtet wurden.

---

<sup>937</sup> BGE 136 V 279 E. 3.1 S. 281.

<sup>938</sup> BGE 136 V 279 E. 3.2.2 S. 283.

<sup>939</sup> Art. 23 Abs. 1 BGG regelt u.a. die Zusammenarbeit der einzelnen Abteilungen des Bundesgerichts im Falle der Vornahme einer Praxisänderung: «Eine Abteilung kann eine Rechtsfrage nur dann abweichend von einem früheren Entscheid einer oder mehrerer anderer Abteilungen entscheiden, wenn die Vereinigung der betroffenen Abteilungen zustimmt.»; vgl. auch Art. 23 Abs. 2 und 3 BGG betr. Vorgehen und erforderlichem Zustimmungsquorum.

<sup>940</sup> BGE 136 V 279 E. 3.2.3 S. 283.

<sup>941</sup> GÄCHTER, Einordnung, S. 55.

<sup>942</sup> Das Bundesgericht wandte die Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung unter anderem auf folgende Krankheitsbilder an: Fibromyalgie, Chronic Fatigue Syndrom bzw. Neurasthenie, dissoziative Sensibilitäts- und Empfindlichkeitsstörung oder dissoziative Bewegungsstörung, nichtorganische Hypersomnie; vgl. dazu die Nachweise in BGE 136 V 279 E. 3.2.1; 137 V 64.



### 10.5.3. Struktur der Überwindbarkeitspraxis

Gemäss der damaligen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu somatoformen Schmerzstörungen genügte das Vorliegen eines fachärztlich ausgewiesenen psychischen Leidens mit Krankheitswert für sich allein nicht, um eine invalidisierende Einschränkung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit anzunehmen. Dieser Umstand lag in der Auffassung des Bundesgerichts begründet, wonach eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung grundsätzlich keine lang andauernde, zu Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bewirke. Dementsprechend war fortan nur noch in Ausnahmefällen anzunehmen, dass die willentliche Schmerzüberwindung und der Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess als nicht zumutbar zu betrachten sind.<sup>943</sup>

Die Frage, ob ein Wiedereinstieg unzumutbar ist, wurde nach der bundesgerichtlichen Praxis anhand der sogenannten «Foerster-Kriterien» beurteilt. Gemäss diesen war die Wiederaufnahme einer Tätigkeit nur in solchen Fällen unzumutbar, in welchen eine mitwirkende, psychisch ausgewiesene Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer vorlag (vorrangiges Kriterium). Darüber hinaus konnte gemäss dieser Rechtsprechung Unzumutbarkeit auch gegeben sein, wenn andere qualifizierte, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllte Kriterien gegeben waren. Dabei war neben der erwähnten Komorbidität folgender Kriterienkatalog massgebend (prognostische Kriterien nach FOERSTER):<sup>944</sup>

- Chronische körperliche Begleiterkrankungen;
- ein mehrjähriger chronifizierter Krankheitsverlauf mit unveränderter oder sogar zunehmender (progredienter) Symptomatik ohne längerfristige Rückbildung (Remission);
- ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens;
- ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn);
- das Scheitern konsequent durchgeführter ambulanter oder stationärer Behandlung/Rehabilitation bei kooperativer Haltung der versicherten Person.<sup>945</sup>

Insgesamt war gemäss dieser Rechtsprechung bei der Beurteilung der invalidisierenden Wirkung entscheidend, ob die betroffene Person, von ihrer psychischen Verfassung her betrachtet, objektiv an sich die Möglichkeit hatte, trotz ihrer subjektiv er-

<sup>943</sup> GÄCHTER, Einordnung, S. 56.

<sup>944</sup> Vgl. dazu MEYER-BLASER, Rechtsbegriff, S. 80 ff.

<sup>945</sup> BGE 130 V 352 E. 2.2.3 S. 354 f.; vgl. dazu MEYER, Schmerzstörung, S. 26.

lebten Schmerzen einer Arbeit nachzugehen.<sup>946</sup> Die Argumentationsstruktur der «Schmerz-Praxis» lief in der Tendenz auf eine «Alles oder nichts»-Lösung hinaus.<sup>947</sup> Infolgedessen wurde einer Vielzahl von Menschen, deren Leiden eigentlich niemand bestreitet, eine volle Erwerbstätigkeit zugemutet. Nur wenn zusätzliche Faktoren vorlagen, konnte in der Folge noch eine rentenrelevante Invalidisierung angenommen werden. Dieser Nachweis gelang sehr selten.<sup>948</sup>

#### 10.5.4. Auswirkungen der Überwindbarkeitspraxis

Die mit BGE 136 V 279 erfolgte Praxisänderung führte zu heftigen Diskussionen in der Lehre.<sup>949</sup> Diskutiert wurden vor allem die Auswirkungen dieser invalidenversicherungsrechtlichen Rechtsprechung auf das Haftpflicht-, Privatversicherungs-<sup>950</sup> und Unfallversicherungsrecht.

Das Bundesgericht entschied zunächst, dass die Überwindbarkeitspraxis auf Heilbehandlungs- und Taggeldansprüche gegenüber der sozialen Unfallversicherung nicht

---

<sup>946</sup> BGE 130 V 352 E. 2.2.4 S. 355.

<sup>947</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 29; vgl. auch GÄCHTER, Einordnung S. 57.

<sup>948</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 24; KIESER, Ein Blick zurück, S. 131.

<sup>949</sup> Vgl. HÜSLER, S. 59 ff.; GÄCHTER, Einordnung, S. 55 ff.; GERMANN, Auswirkungen, S. 70 ff.; HUSMANN/RIESEN, S. 44 ff.; KIESER, Auswirkungen, S. 64 ff.; PRIBNOW, Schadenausgleich, S. 68 ff.; ROBERTO, Auswirkung, S. 73 ff.; SCHMID MARKUS, Schadenausgleich, S. 53; SCHMID WALTER, S. 79 ff.

<sup>950</sup> Mit Urteil des Bundesgerichts 4A\_5/2011 vom 24. März 2011 erklärte das Bundesgericht die Überwindbarkeitspraxis bei der Beurteilung von Krankentaggeldansprüchen nach VVG zunächst für anwendbar, ohne jedoch diesen Entscheid näher zu begründen. FUHRER, S. 168, hielt diesen Entscheid für richtig und attestierte ihm auch erhebliche präjudizielle Wirkung für das gesamte Privatversicherungsrecht; vgl. auch ZIMMERMANN, S. 259 ff., der den Entscheid für falsch hielt. Er begründete dies insbesondere damit, dass es unverständlich sei, im Privatversicherungsrecht entgegen der unfallversicherungsrechtlichen Rechtsprechung (BGE 137 V 199) die Überwindbarkeitspraxis auch bei der Beurteilung von Taggeldansprüchen anzuwenden. Kurze Zeit später distanzierte sich das Bundesgericht wieder von dieser Rechtsprechung und liess diese Frage für längere Zeit offen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_526/2014 vom 17. Dezember 2012 E. 2.4; 4A\_109/2013 vom 27. August 2013 E. 4; 4A\_223/2012 vom 20. August 2012 E. 2.4; 4A\_618/2011 vom 10. April 2012 E. 5.2.2). Mit dem Urteil des Bundesgerichts 4A\_314/2015 vom 1. Dezember 2015 E. 3.2 ff. stellte das Bundesgericht nun klar, dass die Überwindbarkeitspraxis im Privatversicherungsrecht grundsätzlich nicht anzuwenden ist. Es begründete seine Auffassung insb. damit, dass die Parteien in privatversicherungsrechtlichen Verträgen in den Schranken des Gesetzes die Anspruchsvoraussetzungen selbst festlegen können (E. 3.1).

anzuwenden sei.<sup>951</sup> Dagegen wurde von Anfang an gemeinhin angenommen, dass die neue invalidenversicherungsrechtliche Rechtsprechung für die Beurteilung von unfallversicherungsrechtlichen Rentenansprüchen massgebend sein würde.<sup>952</sup> Das Urteil betraf nämlich einen Anwendungsfall von Art. 7 Abs. 2 ATSG, der auch für das Leistungsrecht der Unfallversicherung massgebend ist. Dementsprechend war dieser Grundsatzentscheid auch bei der Beurteilung von Rentenansprüchen gegenüber der Unfallversicherung zu berücksichtigen.<sup>953</sup>

In der bundesgerichtlichen Praxis zum Unfallversicherungsrecht fand die Überwindbarkeitsrechtsprechung jedoch nur einen geringen direkten Niederschlag.<sup>954</sup> Der Grund lag darin, dass aufgrund der mit BGE 134 V 109 verschärften Adäquanzpraxis in der Regel bereits der Kausalzusammenhang zwischen dem versicherten Ereignis und den diffusen 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 bloss selten. Möglicherweise hat aber die geänderte Rechtsprechung auch dazu beigetragen, dass entsprechende Fälle mangels Erfolgsaussicht gar nicht mehr an das Bundesgericht gezogen wurden.<sup>955</sup>

Die Bedeutung von BGE 136 V 279 für das Haftpflichtrecht wurde in der Lehre kontrovers diskutiert.<sup>956</sup> Ein Teil der Lehre argumentierte, dass die Rechtsprechung gemäss BGE 136 V 279 als spezifisches sozialversicherungsrechtliches Konstrukt zu betrachten sei, welches für das Haftpflichtrecht keine Bedeutung habe.<sup>957</sup> Auch wurde darauf hingewiesen, dass im Haftpflichtrecht der Begriff der gesundheitlichen Störung wesentlich weiter gefasst sei als dies nach dem biopsychischen Gesundheitsmodell der Fall sei, welches dem schweizerischen Sozialversicherungsrecht zugrunde liege.<sup>958</sup> Auf der anderen Seite brachten Befürworter einer Übernahme dieser Rechtsprechung in das Haftpflichtrecht mitunter vor, dass für die im Rahmen

---

<sup>951</sup> BGE 137 V 199; vgl. zur Frage der Einordnung dieses Urteils WINZENRIED, Schleudert trauma, S. 1.

<sup>952</sup> GÄCHTER, Einordnung, S. 55.

<sup>953</sup> Vgl. HÜSLER, S. 59.

<sup>954</sup> NABOLD, S. 29.

<sup>955</sup> NABOLD, S. 29.

<sup>956</sup> HUSMANN/RIESEN, S. 60 ff.; GERMANN, Auswirkungen, S. 70 ff.; PRIBNOW, Schadenausgleich, S. 68 ff.; ROBERTO, Auswirkung, S. 73 ff.; SAMUELSSON, Anwendung, S. 359.

<sup>957</sup> HUSMANN/RIESEN, S. 44; gl.M. PRIBNOW, Schadenausgleich, S. 70; SAMUELSSON, Anwendung, S. 359; vgl. auch WERRO, N 269: «Cette évolution devrait être une raison de plus pour conserver à l'appréciation de la causalité en droit de la responsabilité civile son autonomie».

<sup>958</sup> SAMUELSSON, Anwendung, S. 359.

des Sozialversicherungsverfahrens aus medizinischer Warte festgestellte Leistungsfähigkeit in der haftpflichtrechtlichen Beurteilung hinsichtlich derselben Beschwerden und derselben Arbeit nicht etwas gänzlich anderes gelten könne.<sup>959</sup> In diesem Sinn verlangte etwa STEINEGGER, dass die medizinisch begründete Feststellung auch im Haftpflichtrecht gelten müsse.<sup>960</sup> Letztlich zeitigte die invalidenversicherungsrechtliche Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Beurteilung von HWS-Distorsionen ohne nachweisbare organische Funktionsausfälle keine Auswirkungen auf die haftpflichtrechtliche Beurteilung entsprechender Beschwerden.<sup>961</sup> Das Bundesgericht hatte in keinem Urteil über die Frage der Übernahme dieser Rechtsprechung in das Haftpflichtrecht zu befinden.<sup>962</sup> Vor kantonalen Gerichten wurde die Übertragung dieser Praxis auf das Haftpflichtrecht jedoch durchgängig abgelehnt.<sup>963</sup>

### 10.5.5. Ablösung der Überwindbarkeitspraxis durch ein strukturiertes, normatives Prüfungsraster

Im Jahr 2015 gab das Bundesgericht die mit BGE 136 V 279 auch für die Beurteilung von HWS-Schleudertraumen als massgebend erklärte Überwindbarkeitspraxis auf.<sup>964</sup> Infolge breiter Kritik<sup>965</sup> überdachte das Bundesgericht<sup>966</sup> seine Rechtsprechung zur Frage, unter welchen Voraussetzungen anhaltende somatoforme Schmerzstörungen und vergleichbare psychosomatische Leiden eine rentenbegründende Invalidität zu begründen vermögen. Überwindbarkeitsvermutungen sind seither nicht mehr massgebend.<sup>967</sup> Anstelle dessen sind Ansprüche seither in einem grundsätzlich ergebnisoffenen Beweisverfahren resp. mittels eines strukturierten, normativen Prüfungsrasters abzuklären. Anhand eines Indikatorenkatalogs soll die Beurteilung des tatsächlich erreichbaren Leistungsvermögens abgeklärt werden.<sup>968</sup> Mit dieser Praxisänderung gewinnt die medizinische Meinung an Bedeutung.<sup>969</sup>

---

<sup>959</sup> GERMANN, Auswirkungen, S. 72–73; gl.M. STEINEGGER, S. 403.

<sup>960</sup> STEINEGGER, S. 403.

<sup>961</sup> HUSMANN/RIESEN, S. 60; PRIBNOW, Blick, S. 445.

<sup>962</sup> HERZOG-ZWITTER, S. 48; HUSMANN, S. 25; PRIBNOW, Blick, S. 445.

<sup>963</sup> Vgl. die dargelegten kantonalen Urteile bei HUSMANN/RIESEN, S. 60 ff.

<sup>964</sup> BGE 141 V 281.

<sup>965</sup> Vgl. u.a. GÄCHTER/TREMP, N 13; MÜLLER JÖRG PAUL, N 2 ff.; SAMUELSSON, Evidenz, insb. N 73 ff.; WINZENRIED, Überwindbarkeitspraxis, S. 243.

<sup>966</sup> Wie schon in BGE 136 V 279 haben die beiden sozialrechtlichen Abteilungen ein Verfahren im Sinne von Art. 23 Abs. 1 BGG durchgeführt; vgl. hierzu Fn. 939.

<sup>967</sup> BGE 141 V 281 E. 3.5 und 3.6 S. 294 ff.

<sup>968</sup> BGE 141 V 281 E. 3.6 S. 295.

<sup>969</sup> BERGER, Nur, aber immerhin, S. 294.

Das Bundesgericht stellte in seinen Erwägungen klar, dass die Aufgabe der Überwindbarkeitsvermutung nichts an den Regeln betreffend die Zumutbarkeit ändere, namentlich nicht am Erfordernis der objektivierten Beurteilungsgrundlage. Bei der Beurteilung der für die Rentenanspruchsprüfung zentralen Frage der Erwerbsunfähigkeit ist dementsprechend weiterhin im Sinne von Art. 7 Abs. 2 zweiter Satz ATSG zu fragen, ob es der versicherten Person aus objektiver Betrachtung zuzumuten ist, eine Arbeitsleistung zu erbringen. Das subjektive Empfinden ist dagegen nicht massgebend.<sup>970</sup> Des Weiteren legte das Bundesgericht dar, dass die Abschätzung der Folgen psychosomatischer Leiden auf die Arbeitsfähigkeit, verstanden als eine Aufgabe indirekter Beweisführung, fortan von grösserer Bedeutung sein würde.<sup>971</sup>

Aufgrund der 2015 erfolgten Praxisänderung ist davon auszugehen, dass sich der Fokus auf die Ebene der Sachverhaltsfeststellung und des entsprechenden Beweises verschieben wird.<sup>972</sup> Die strukturierte Beweisführung rückt in dem Sinne ins Zentrum, als z.B. das Vorliegen einer somatoformen Schmerzstörung eingehend begründet und belegt werden muss.<sup>973</sup> Anhand des vom Bundesgericht entwickelten Indikatoren-Katalogs sind sodann der funktionelle Schweregrad und die Konsistenz der Gesundheitsschädigung nachzuweisen. Im neuen Leitentscheid verzichtete das Bundesgericht auf die bisherige Bezeichnung der «Kriterien». Für die Bezeichnung der massgeblichen abzuklärenden Beweisthemen erschien ihm der Begriff der «Indikatoren» geeigneter.<sup>974</sup> Damit wollte das Bundesgericht hervorheben, dass es nicht um eine «abhakbare Checkliste» geht, sondern um einen nicht abschliessenden und ergebnisoffenen Katalog.<sup>975</sup>

Die erforderlichen Abklärungen umfassen nach bundesgerichtlicher Vorgabe zwei Kategorien, nämlich diejenige des «funktionellen Schweregrades» und diejenige der «Konsistenzprüfung der funktionellen Auswirkungen». Bei der Prüfung des funktionellen Schweregrades werden die drei Komplexe «Gesundheitsschädigung», «Persönlichkeit» und «sozialer Kontext» unterschieden. Jedem dieser Komplexe werden einzelne objektivierbare Indikatoren zugeordnet, anhand derer der Sachverhalt ergebnisoffen abgeklärt werden soll. Einzelne Aspekte der bisherigen Praxis fliessen in modifizierter oder neu zusammengesetzter Weise in den neuen Beurteilungskatalog

<sup>970</sup> BGE 141 V 281 E. 3.7.1 S. 295.

<sup>971</sup> BGE 141 V 281 E. 3.7.2 S. 295.

<sup>972</sup> Vgl. GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 38.

<sup>973</sup> BGE 141 V 281 E. 2.1.1 S. 285 f.; GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 39.

<sup>974</sup> BGE 141 V 281 E. 4.1.2 S. 297 und E. 6 S. 308.

<sup>975</sup> BGE 141 V 281 E. 4.1.1 S. 297.

ein.<sup>976</sup> Die Struktur der ergebnisoffenen Prüfung sieht grundsätzlich folgendermassen aus:<sup>977</sup>

- a) Beurteilung des funktionellen Schweregrades<sup>978</sup>
  1. Komplex «Gesundheitsschädigung»<sup>979</sup>
    - 1.2 Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde und Symptome<sup>980</sup> (u.a. Ermittlung der Schwere und der Auswirkungen des Krankheitsgeschehens; Ausschlusskriterien wie Aggravation?<sup>981</sup>)
    - 1.3 Behandlungs- und Eingliederungserfolg oder -resistenz<sup>982</sup> (u.a. Verlauf und Ausgang von Therapien; Berücksichtigung der Zeitkomponente; Teilnahme an Eingliederungsmassnahmen)
    - 1.4 Komorbiditäten<sup>983</sup> (Gradmesser, ob eine Begleiterkrankung der versicherten Person Ressourcen raubt; neu nicht mehr vorrangig zu berücksichtigen)
  2. Komplex «Persönlichkeit»<sup>984</sup>: Persönlichkeitsdiagnostik (Persönlichkeitsstruktur, -entwicklung und -störungen, persönliche Ressourcen; soll stärkeren Einbezug der Ressourcenseite ermöglichen)
  3. «Sozialer Komplex»<sup>985</sup>
    - 3.2 Ausklammerung psychosozialer und soziokultureller Einflüsse (Ausklammerung von Arbeitslosigkeit, Scheidung, familiären Konflikten usw., sofern diese Faktoren direkt negative funktionelle Auswirkungen zeitigen)<sup>986</sup>
    - 3.2 Eruierung der Ressourcen anhand des sozialen Umfelds (u.a. Unterstützung aus dem sozialen Netzwerk)<sup>987</sup>

---

<sup>976</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 43.

<sup>977</sup> Weiterführend zu den einzelnen Indikatoren GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 41 ff.

<sup>978</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3 S. 298.

<sup>979</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.1 S. 298.

<sup>980</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.1.1 S. 298 f.

<sup>981</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.1.1 S. 298 m.Verw. auf E. 2.2 S. 287 f.

<sup>982</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.1.2 S. 299 f.

<sup>983</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.1.3 S. 300 f.

<sup>984</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.2 S. 302.

<sup>985</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.3 S. 303.

<sup>986</sup> Vgl. hierzu GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 65 ff.

<sup>987</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 68 ff.

- b) Konsistenzprüfung<sup>988</sup> (die sich aus der Prüfung des funktionellen Schweregrades ergebenden Indizien müssen einer Konsistenzprüfung unterzogen werden; diese ist beweisrechtlich entscheidend)
1. Gleichmässige Einschränkung des Aktivitätenniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen<sup>989</sup> (Ist die Einschränkung in Beruf und Erwerb und in den sonstigen Lebensbereichen gleich ausgeprägt? Wie ist es im Vergleich zur Zeit vor der Gesundheitsschädigung?)
  2. Behandlungs- und eingliederungsanamnetisch ausgewiesener Leidensdruck<sup>990</sup>

Zusammenfassend stärkt das Bundesgericht mit dieser Praxisänderung bei der Invaliditätsbemessung von psychischen Störungen den Aspekt der funktionellen Auswirkungen. Entsprechend muss sich dies schon in den diagnostischen Anforderungen niederschlagen. Die in der Überwindbarkeitspraxis besonders bedeutsame psychiatrische Komorbidität verlor mit dieser Praxisänderung an Stellenwert. Sie bildet nun zusammen mit körperlichen Begleiterkrankungen einen einheitlichen Indikator.<sup>991</sup> Bedeutsamer ist dagegen die Persönlichkeit der versicherten Person geworden, die einzelfallweise betrachtet wird. Dabei kommt der Frage nach den vorhandenen Ressourcen und ihrer Konsistenz (gleichmässige Verminderung des Aktivitätsniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen?) eine wichtigere Rolle zu.<sup>992</sup>

Diese Praxisänderung war von Anfang an auch für die Beurteilung von HWS-Distorsionen ohne nachweisbare organische Funktionsausfälle massgebend.<sup>993</sup> Damit kommt das ergebnisoffene strukturierte Beweisverfahren auch bei diesem unklaren Beschwerdebild zur Anwendung. Allerdings darf die Praxisänderung nach Auffassung von GÄCHTER/MEIER nicht zur falschen Annahme verleiten, dass die verschiedenen Beschwerdebilder hinsichtlich der jeweiligen Prüf- und Begutachtungsergebnisse gleich zu behandeln seien.<sup>994</sup> Festzuhalten ist noch, dass das Bundesgericht mit der neuen Praxis die Bedeutung der Diagnosestellung betont und zudem erhöhte Anforderungen an die medizinischen Gutachten stellt.<sup>995</sup>

<sup>988</sup> BGE 141 V 281 E. 4.4 S. 303.

<sup>989</sup> BGE 141 V 281 E. 4.4.1 S. 303 f.

<sup>990</sup> BGE 141 V 281 E. 4.4.2 S. 304.

<sup>991</sup> BERGER, Nur, aber immerhin, S. 294.

<sup>992</sup> BERGER, Nur, aber immerhin, S. 294.

<sup>993</sup> BGE 141 V 281 E. 4.2 S. 304 m.Verw. auf 140 V 8 E. 2.2.1.3 S. 13 f.; GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 76.

<sup>994</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 77.

<sup>995</sup> Vgl. GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 79.

### 10.5.6. Auswirkungen der neuen Praxis

GÄCHTER/MEIER bezweifeln, dass die geänderte Praxis zum Wohle der Versicherten zu einer deutlich häufigeren Bejahung von Rentenansprüchen führen wird.<sup>996</sup> Es ist aber damit zu rechnen, dass öfters Teilrentenansprüche gewährt werden.<sup>997</sup> Wie schon bei der Einführung der Überwindbarkeitspraxis führte auch deren Aufgabe im Jahr 2015 zu einer kontroversen Diskussion. Neben den rege diskutierten Auswirkungen dieser neuen Praxis auf die Beurteilung von invalidenversicherungsrechtlichen Rentenansprüchen<sup>998</sup> kam unter anderem auch die Frage nach den Auswirkungen dieser neuen Praxis auf das Haftpflicht- und Unfallversicherungsrecht auf.

Mit BGE 141 V 574 erklärte das Bundesgericht, dass die neue Rechtsprechung auch bei der Prüfung von Rentenansprüchen in der Unfallversicherung sinngemäss anzuwenden ist.<sup>999</sup> Dagegen hat es sich bis heute nicht dazu geäußert, ob die neue invalidenversicherungsrechtliche Rechtsprechung für den Bereich des Haftpflichtrechts von Bedeutung ist.<sup>1000</sup> Eine grundsätzliche Übertragung in das Privatversicherungsrecht scheint es in der Tendenz abzulehnen.<sup>1001</sup>

SUTER fordert, dass das Bundesgericht nun auch die mit dem «Salanitri»-Entscheid eingeführte Vermutung, wonach nach einer bewiesenen HWS-Distorsion und darauffolgender Schilderung des typischen Beschwerdebildes der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der danach eingetretenen Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit in der Regel anzunehmen sei, eliminieren solle.<sup>1002</sup> Er begründet dies damit, dass auch die dieser Rechtsprechung ursprünglich zugrundegelegten Annahmen (insbesondere Mikroverletzungen und typisches Beschwerdebild) sich nicht hätten beweisen lassen. Zudem nähmen nach aktuellem Kenntnisstand HWS-Verletzungen der Grade I und II im Sinne der modifizierten Quebec-Task-Force-Studie einen degressiven Verlauf und würden im Normalfall innert Wochen oder wenigen Monaten folgenlos ausheilen. Nach Ablauf dieser Zeit sei eher die gegenteilige Annahme zutreffend, nämlich dass die Beschwerden nicht auf die HWS-Distorsion zurückzuführen sind.<sup>1003</sup> PRIBNOW stellt sich dagegen auf den Standpunkt, dass die

---

<sup>996</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 40 und 88.

<sup>997</sup> BERGER, Nur, aber immerhin, S. 296; GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 91.

<sup>998</sup> Vgl. etwa BERGER, Nur, aber immerhin, S. 291 ff.; GÄCHTER/MEIER, Schleudertrauma, S. 130 ff.; DIES., Einordnung, S. 435 ff.

<sup>999</sup> BGE 141 V 574 E. 5.2 S. 582.

<sup>1000</sup> HERZOG-ZWITTER, S. 48; HUSMANN, S. 25.

<sup>1001</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_314/2015 vom 1. Dezember 2015 E. 3.2 ff.; HUSMANN, S. 25.

<sup>1002</sup> SUTER, Preisgabe, S. 448.

<sup>1003</sup> SUTER, Preisgabe, S. 448.



für das Sozialversicherungsrecht geltenden Beweiserhebungs- und Beweiswürdigungsregeln dem Zivilrecht grundsätzlich fremd seien. Er sieht in diesem Sinne keinen Grund, weshalb sich die geänderte Rechtsprechung zu den Schmerzstörungen auf die privatrechtliche Beurteilung eines Leistungsanspruches auswirken sollte.<sup>1004</sup>

### **10.5.7. Massgebende Zumutbarkeitsprüfung bei UV-Rentenansprüchen**

Aufgrund des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen ATSG muss im Falle der Bejahung des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem Unfall und dem eingetretenen Schaden zusätzlich noch in weiteren Schritten die Ausscheidung invaliditätsfremder Faktoren vorgenommen sowie die Frage der Schadenminderung resp. der Bestimmung des Ausmasses der zumutbaren Erwerbsfähigkeit geprüft werden.

Zunächst sind gestützt auf Art. 7 Abs. 2 ATSG invaliditätsfremde Gründe wie Alter, mangelnde Schul- oder Berufsbildung sowie Schwierigkeiten sprachlicher Art auszuklammern, da die Unfallversicherung für diese Risiken nicht aufzukommen hat.<sup>1005</sup> Dass solche Gründe bei der Bestimmung der Erwerbsunfähigkeit ausser Betracht fallen, hat die Rechtsprechung seit je betont.<sup>1006</sup>

Auch im Unfallversicherungsrecht besteht zudem gestützt auf Art. 7 Abs. 2 Satz 2 ATSG ein Anspruch auf eine Rente nur unter der Voraussetzung, dass eine Erwerbsunfähigkeit vorliegt, die aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist. Entscheidend ist, dass Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit nicht berücksichtigt werden, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, Arbeit in ausreichendem Masse zu verrichten, zu vermeiden vermöchte.<sup>1007</sup> Bis in das Jahr 2010 waren die Anforderungen, die im Falle von HWS-Distorsionen an die Zumutbarkeit gestellt wurden, nicht besonders hoch. Mit der im Jahr 2010 gefällten Entscheidung, die sogenannte «Überwindbarkeitspraxis» auch auf das Beschwerdebild der HWS-Distorsion anzuwenden, wurden die Anforderungen freilich erhöht. Zwischenzeitlich hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung aber, wie vorne dargelegt, ohnehin wieder aufgegeben und eine neue Prüfungsstruktur eingeführt.<sup>1008</sup> Diese Prüfungsstruktur ist heute auch für die Beurteilung entsprechender UV-Rentenansprüche massgebend. Da

<sup>1004</sup> PRIBNOW, Blick, S. 446 f.; gl.M. HUSMANN, S. 24.

<sup>1005</sup> MOSIMANN, Beschwerdebilder, S. 21 f.

<sup>1006</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 7 N 48.

<sup>1007</sup> MOSIMANN, Beschwerdebilder, S. 21.

<sup>1008</sup> Vgl. hierzu 10.5.5.

dieser Prüfungsschritt demjenigen im Bereich des Invalidenversicherungsrechts entspricht, wird an dieser Stelle auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen.<sup>1009</sup>

## 10.6. Bedeutungsverlust der HWS-Distorsion

Spätestens mit der Unterstellung unter die Schmerzrechtsprechung im Jahr 2010 verlor die um die Jahrtausendwende als teilweise dominierend empfundene Stellung der Schleudertraumabeschwerden an Bedeutung.<sup>1010</sup> Die abnehmende Tendenz setzte freilich schon ab dem Jahr 2005 ein. Ein bedeutender Teil dieser Entwicklung dürfte sich auch mit dem 2004 eingeführten New Case Management (NCM) der SUVA<sup>1011</sup> erklären lassen. Der Bedeutungsverlust der HWS-Distorsion lässt sich anhand der statistischen Daten zur Unfallversicherung belegen.

Infolge der Verschärfung der Praxis im Sozialversicherungsrecht gingen die totalen Kosten merklich zurück. Zuletzt wurden im Jahr 2015 nur noch etwas mehr als CHF 149 Mio. für HWS-Distorsionen aufgewendet (vgl. hierzu die nachfolgende Abbildung).

---

<sup>1009</sup> Vgl. zur derzeit massgebenden sozialversicherungsrechtlichen Prüfung der Zumutbarkeit insb. 10.5.5.

<sup>1010</sup> GÄCHTER/MEIER, Schleudertrauma, S. 123.

<sup>1011</sup> Vgl. zu diesem Konzept 9.5.1.

### 10.6.1. Statistische Daten zur Unfallversicherung

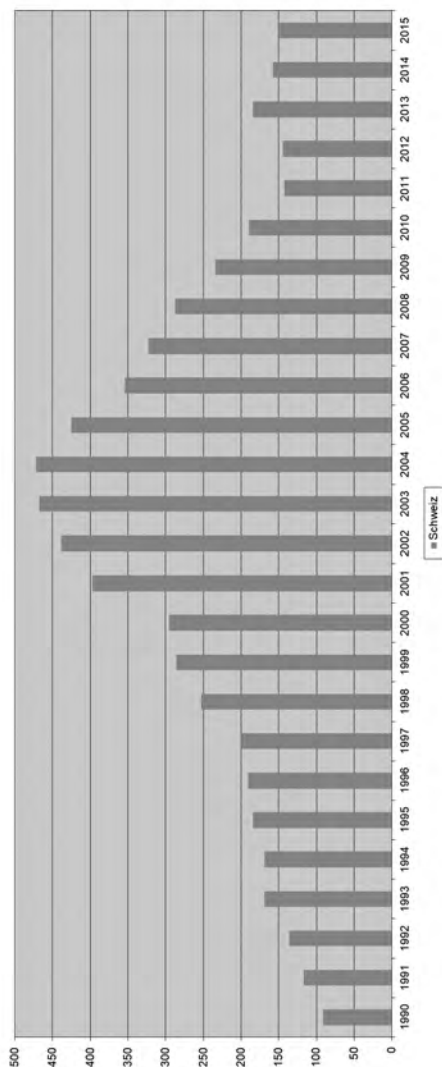


Abbildung:<sup>1012</sup> Spezialstatistik UVG: Laufende Kosten der anerkannten Fälle als Haupt- oder Nebendiagnose in Mio. CHF nach Diagnosen (bis 2002: 847.0 = Distorsion/Zerrung HWS; 847.01 = HWS-Schleudertrauma; ab 2003: Distorsion/Zerrung HWS mit ICD-10-Code S13.4 ist diagnostiziert, andere Verletzungen können vorkommen).

<sup>1012</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

Die gesamten Kapitalwerte für Renten gingen im selben Zeitraum von CHF 253.3 Mio. (2004) auf ca. CHF 21 Mio. (2015) zurück.<sup>1013</sup> Interessant ist die Feststellung, dass 1990 die Rentenskapitalwerte höher ausfielen als in den Jahren 2010–2015. Nach Information des SSUV sind die 1990 erfassten Fälle ausschliesslich solche, in welchen die HWS-Distorsion nur als Nebendiagnose angegeben wurde. Die heutige Rentengewährungspraxis ist im Vergleich zu derjenigen in den 1990er- und 2000er-Jahren offensichtlich restriktiv (vgl. hierzu die nachfolgende Abbildung).

---

<sup>1013</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt) zu laufenden Kosten der ankerkannten HWS-Fälle als Haupt- oder Nebendiagnose: Distorsion/Zerrung HWS (ICD-10-Code S13.4) ist diagnostiziert, wobei andere Verletzungen vorkommen können.

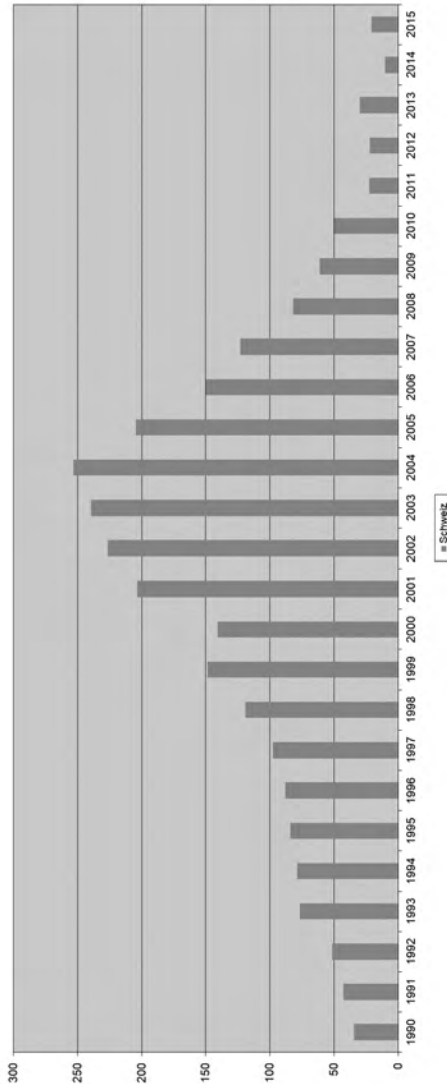


Abbildung:<sup>1014</sup> Spezialstatistik UVG: Rentenkaptalwerte der anerkannten Fälle als Haupt- oder Nebendiagnose in Mio. CHF nach Diagnosen (bis 2002: 847.0 = Distorsion/Zerrung HWS; 847.01 = HWS-Schleudertrauma; ab 2003: Distorsion/Zerrung HWS mit ICD-10-Code S13.4 ist diagnostiziert, andere Verletzungen können vorkommen).

<sup>1014</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

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) erhöhte.<sup>1015</sup> Es zeigt sich auch hier, dass spätestens seit 2010 nach erlittener HWS-Distorsion ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle nur noch in Ausnahmefällen eine Invalidenrente der Unfallversicherung zugesprochen wurde (vgl. hierzu die nachfolgende Abbildung).

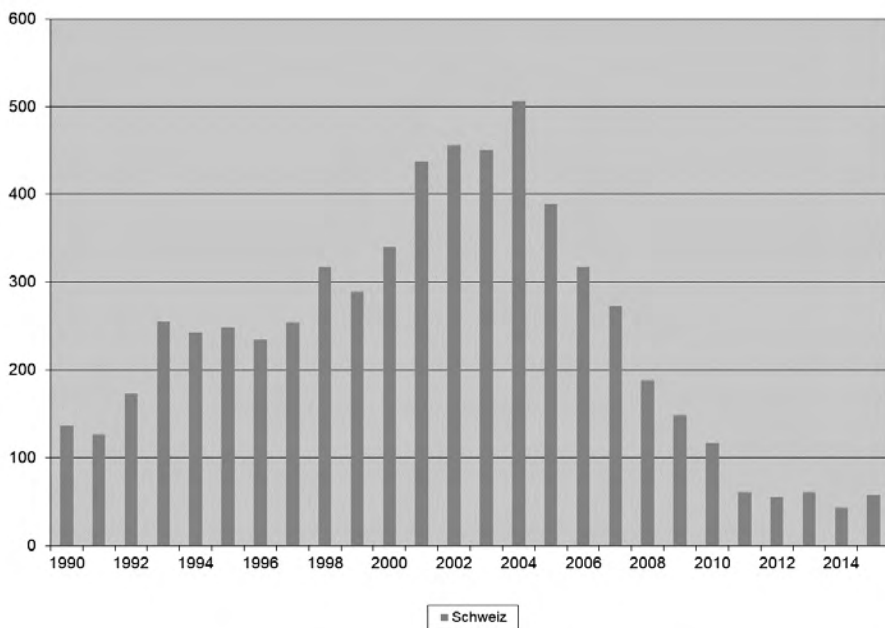


Abbildung:<sup>1016</sup> Spezialstatistik UVG: Zugesprochene Invalidenrenten der anerkannten Fälle als Haupt- oder Nebendiagnose (bis 2002: 847.0 = Distorsion/Zerrung HWS; 847.01 = HWS-Schleudertrauma; ab 2003: Distorsion/Zerrung HWS mit ICD-10-Code S13.4 ist diagnostiziert, andere Verletzungen können vorkommen).

<sup>1015</sup> 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.

<sup>1016</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

Dabei blieb die Zahl der erfassten HWS-Distorsionen in den letzten Jahren konstant auf einem etwas tieferen Niveau als noch vor 2010 (vgl. hierzu die nachfolgende Abbildung).

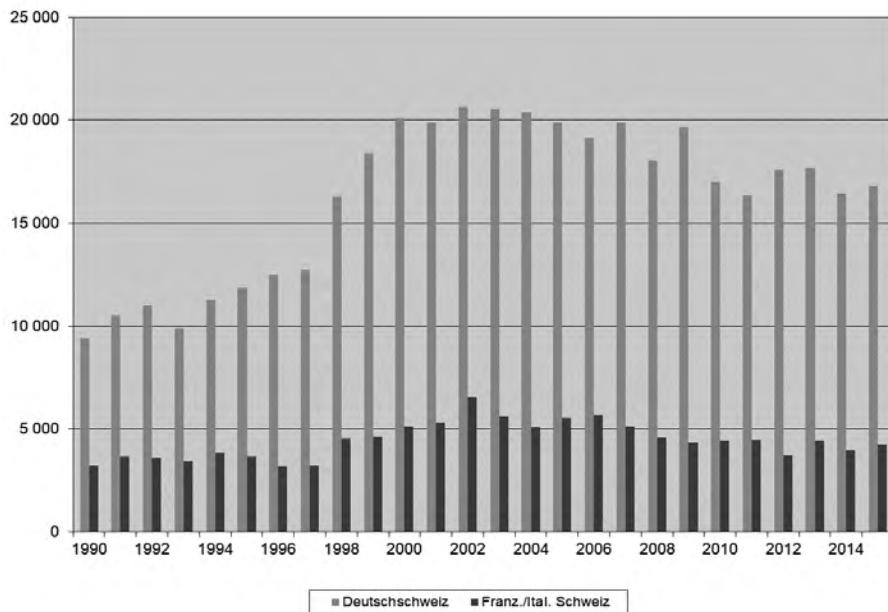


Abbildung:<sup>1017</sup> Spezialstatistik UVG: Zahl der HWS-Fälle als Haupt- oder Nebendiagnose nach Diagnosen (bis 2002: 847.0 = Distorsion/Zerrung HWS; 847.01 = HWS-Schleudertrauma; ab 2003: Distorsion/Zerrung HWS mit ICD-10-Code S13.4 ist diagnostiziert, andere Verletzungen können vorkommen).

Aus der Statistik zur Anzahl der Fälle je 1000 Vollbeschäftigte nach Landesgegenden lässt sich schliessen, dass nach wie vor erhebliche Unterschiede zwischen den verschiedenen Regionen der Schweiz bestehen. Seit 2002 ist die Anzahl der erfassten Fälle in allen Landesgegenden deutlich zurückgegangen. Einzig in der italienischsprachigen Schweiz traten in den letzten Jahren grössere Schwankungen auf (vgl. hierzu die nachfolgende Abbildung).

<sup>1017</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

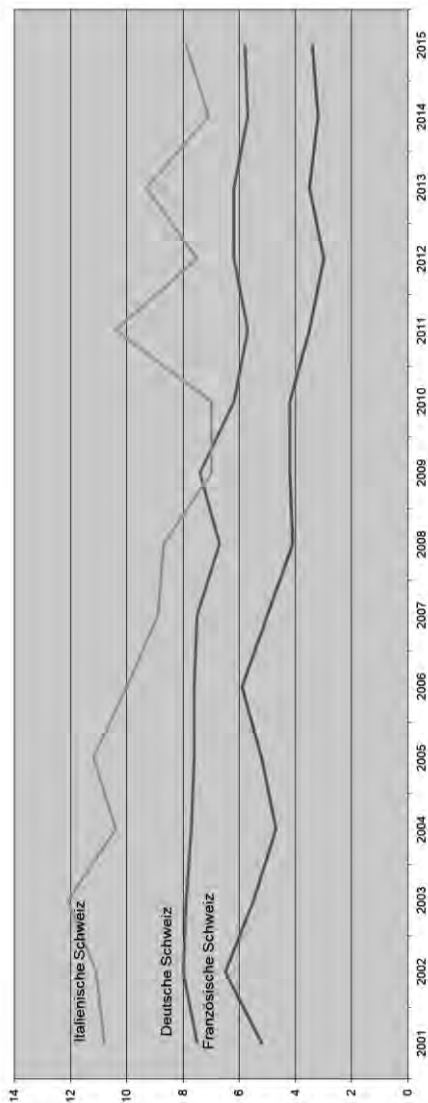


Abbildung:<sup>1018</sup> Spezialstatistik UVG: Zahl der HWS-Fälle je 1000 Vollbeschäftigte als Haupt- oder Nebendiagnose nach Diagnosen (bis 2002: 847.0 = Distorsion/Zerrung HWS; 847.01 = HWS-Schleudertrauma; ab 2003: Distorsion/Zerrung HWS mit ICD-10-Code S13.4 ist diagnostiziert, andere Verletzungen können vorkommen).

<sup>1018</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).



## 10.6.2. Bedeutungsverlust im Haftpflichtrecht

Die aufgezeigten Verschärfungen der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung zur Adäquanz und zur Frage der Zumutbarkeit haben sich bis heute nicht direkt auf die haftpflichtrechtliche Beurteilung von HWS-Distorsionen ausgewirkt. Jedoch hat insbesondere die Übernahme der im Jahr 2008 eingeführten verschärften Anforderungen an die Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs im Bereich des Unfallversicherungsrechts dazu geführt, dass im Haftpflichtrecht heute kaum mehr erfolgreich Direktschäden für langanhaltende gesundheitliche Störungen infolge organisch nicht nachweisbarer HWS-Distorsionen geltend gemacht werden.<sup>1019</sup> Ein weiterer Grund für diese restriktivere Rechtsprechung liegt zudem darin, dass das Bundesgericht heute im Vergleich zu früher bei der Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs vermehrt auch auf unfallanalytische und biomechanische Gutachten abstellt.<sup>1020</sup>

Damit resultierte letztlich eine erhebliche Verschärfung im Bereich des Haftpflichtrechts.<sup>1021</sup> Ein Indiz für die sinngemässe Verschärfung der haftpflichtrechtlichen Praxis ist auch, dass im Jahr 2012 mehrere Privatversicherer (so etwa die frühere «Schweizerische National»-Versicherungs-Gesellschaft AG<sup>1022</sup> oder die damalige Zurich Financial Services AG<sup>1023</sup>) in Anbetracht der geänderten Schleudertrauma-Praxis Rückstellungen in zwei- bis dreistelliger Millionenhöhe auflösten.

<sup>1019</sup> SAMUELSSON, Schleudertrauma, S. 17 f.

<sup>1020</sup> Ausführlich zur Begründung der Einschätzung einer restriktiveren Zurechnungspraxis im Haftpflichtrecht 10.4.6.

<sup>1021</sup> Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 4A\_540/2010 vom 8. Februar 2011, womit das Bundesgericht einen vorinstanzlichen Entscheid stützte, bei welchem die natürliche Kausalität zwischen dem Auffahrunfall und den eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen unter Berücksichtigung eines maximal möglichen  $\Delta v$ -Wertes von 8.7 km/h (kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung) verneint wurde. Im Vergleich zu früher entspricht dies einer klar strengeren Anspruchsprüfung.

<sup>1022</sup> So hat etwa die frühere Nationale Suisse für das Geschäftsjahr 2011 Schadenrückstellungen im Umfang von CHF 85 Mio. aufgelöst. Dies ist in einem bedeutenden Masse auf die geänderte HWS-Praxis zurückzuführen. Vgl. hierzu Artikel «Schleudertrauma: Geldsegen für Versicherer» in der SonntagsZeitung vom 26. Februar 2012 sowie Medienmitteilung der Nationale Suisse vom 3. März 2012 unter <<http://www.nationalesuisse.ch/de-CH/ueber-uns/media-relations/Aktuelle%20Medienmitteilungen.aspx?newsarticle=20120203>> (besucht am: 5. April 2012).

<sup>1023</sup> Die damals noch unter der Firma Zurich Financial Services aufgetretene Versicherung löste für das Geschäftsjahr 2011 Schadenrückstellungen im Umfang von US-Dollar 200 Mio. auf. Auch dies dürfte in einem bedeutenden Masse auf die strengere Rechtspraxis bei HWS-Distorsionen zurückzuführen sein. Vgl. hierzu Artikel «Schleudertrauma: Geldsegen für Versicherer» in der SonntagsZeitung vom 26. Februar 2012.

## 10.7. Zusammenfassung der Entwicklung (ab 2008)

Die in den 2000er-Jahren verzeichnete erhebliche Zunahme zugesprochener Renten infolge organisch nicht nachweisbarer HWS-Distorsionen veranlasste das Bundesgericht dazu, die für die Frage der Rentengewährung massgebenden Voraussetzungen erheblich restriktiver auszugestalten. Mit BGE 134 V 109 erhöhte es 2008 die Anforderungen an die unfallversicherungsrechtliche Kausalitätsprüfung derart, dass seither für HWS-Distorsionen ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle nur noch ausnahmsweise UV-Renten zugestanden werden. Insbesondere die Rechtsprechungsverschärfung zur Adäquanz hat zu zahlreichen Leistungseinstellungen geführt.<sup>1024</sup>

Im Kern wandte sich das Bundesgericht mit BGE 134 V 109 jedoch nicht wirklich von seiner früheren Praxis ab. Es hält nämlich bis heute an der umstrittenen Vermutung des «typischen Beschwerdebildes»<sup>1025</sup> sowie auch an der Ansicht fest, dass HWS-Distorsionen ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle eben doch organische Verletzungen zugrundelägen und zu langanhaltenden gesundheitlichen Störungen führen könnten.<sup>1026</sup>

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.<sup>1027</sup> Diese Praxisänderung betraf die Frage der Zumutbarkeit und erlangte damit unter anderem für die Beurteilung von IV- und UV-Rentenansprüchen Geltung. Mit der Übernahme der Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung gemäss BGE 130 V 352, wonach die Überwindbarkeit des Leidens vermutet wurde, ging die Anzahl gewährter Rentenansprüche weiter zurück.<sup>1028</sup>

Im Jahr 2015 gab das Bundesgericht mit BGE 141 V 281 diese sogenannte Überwindbarkeitsrechtsprechung infolge heftiger Kritik wieder auf. Es ist schwierig abzuschätzen, wie sich diese Praxisänderung auf invalidenversicherungsrechtliche Rentenansprüche bei organisch nicht nachweisbaren HWS-Distorsionen auswirken wird. Im Bereich der Unfallversicherung ist tendenziell nicht mit einer Zunahme zu

---

<sup>1024</sup> SUTER, straw, S. 642.

<sup>1025</sup> Vgl. zum «typischen Beschwerdebild» 9.1.

<sup>1026</sup> BGE 139 V 547 E. 7.1.1 S. 560; vgl. hierzu insb. 10.2.

<sup>1027</sup> Vgl. HUSMANN, S. 3, wonach sich die Doppelhürde der Adäquanz und Schmerzpraxis fortan als unüberwindbare Wand erwies.

<sup>1028</sup> Vgl. hierzu 10.5.

rechnen, da meistens bereits die Kausalität zwischen Unfallereignis und den beklagten langanhaltenden gesundheitlichen Beschwerden verneint wird.<sup>1029</sup>

Nach wie vor bleiben viele Fragen offen. Unter anderem wird sich zeigen, ob das Bundesgericht auch in Zukunft an der von der Mehrheit der Lehre kritisierten spezifischen Rechtsprechung zum «typischen Beschwerdebild»<sup>1030</sup> sowie der Annahme, dass dieses vermutlich auf organische Mikroverletzungen zurückzuführen ist und regelmässig zu langanhaltenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen führen kann, festhalten wird.<sup>1031</sup> Indem sich das Bundesgericht zuletzt gegenüber der aus medizinischen Kreisen geäusserten Kritik an der «Überwindbarkeitspraxis» einschichtig gezeigt hat, ist durchaus damit zu rechnen, dass es auch die erwähnten Vermutungen zum «typischen Beschwerdebild» und dessen organmedizinischer Ätiologie, die sich bis heute ebenfalls nie wissenschaftlich haben belegen lassen, wieder aufgibt.<sup>1032</sup>

Auch im Bereich des Haftpflichtrechts werden beklagte langanhaltende unklare Beschwerden, die auf erlittene organisch nicht nachweisbare HWS-Distorsionen zurückgeführt werden, heute erheblich restriktiver beurteilt als noch in den 1990er- und 2000er-Jahren.<sup>1033</sup> Hintergrund dieser Verschärfung ist vor allem die im Jahr 2009 erfolgte Übernahme der erhöhten Anforderungen (Dokumentation und Begutachtung) an die Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs aus dem Unfallversicherungsrecht.<sup>1034</sup> Zudem wirkte sich in den letzten Jahren auch der Umstand aus, dass im Haftpflichtrecht bei der Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs im Gegensatz zu früher auch die anhand biomechanischer und unfallanalytischer Gutachten ermittelte Schwere des Unfallereignisses berücksichtigt wird.<sup>1035</sup> Aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts aus dem Jahr 2017 gilt zudem, dass im Haftpflichtrecht höhere Anforderungen an den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu stellen sind als im Sozialversicherungsrecht.<sup>1036</sup>

Im Gegensatz dazu fällt die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs bei unklaren Beschwerdebildern im Sozialversicherungsrecht nach wie vor wesentlich

<sup>1029</sup> NABOLD, S. 29; a.M. HUSMANN S. 3.

<sup>1030</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 843.

<sup>1031</sup> Vgl. zur diesbezüglichen Kritik Fn. 837.

<sup>1032</sup> In diesem Sinne auch SUTER, Preisgabe, S. 448.

<sup>1033</sup> Vgl. zu dieser Einschätzung 10.4.6.

<sup>1034</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.2.

<sup>1035</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_540/2010 vom 8. Februar 2011 E. 1.3.2; vgl. zur kontroversen Diskussion über die Angemessenheit der Berücksichtigung solcher Gutachten 10.4.2.

<sup>1036</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4; NABOLD, S. 31; SUTER, Preisgabe, S. 449; vgl. zu dieser Rechtsprechung 10.4.5.

strenger aus als im Haftpflichtrecht. Der Grund liegt in der sozialversicherungsrechtlichen Praxis, die konsequent konkretisierte und restriktiv wirkende Adäquanzkriterien anwendet.<sup>1037</sup> In der haftpflichtrechtlichen Praxis erlangten diese Kriterien bis heute keine Bedeutung. Vielmehr wird die Kausalität in diesem Rechtsgebiet lediglich nach der allgemeinen Adäquanzformel geprüft, was im Ergebnis einen bedeutend tieferen Massstab mit sich bringt.<sup>1038</sup> Das Bundesgericht hält bis heute an dieser von verschiedener Seite kritisierten Praxis fest.<sup>1039</sup>

### 10.7.1. Zurechnungspraxis im Unfallversicherungsrecht

Heute basiert die Praxis im Unfallversicherungsrecht auf den nachfolgend dargelegten Wertungsgesichtspunkten.

#### 10.7.1.1. Haftungsbegründender Kausalzusammenhang

**a) Natürlicher Kausalzusammenhang:** Es ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob zwischen dem Unfall und den eingetretenen gesundheitlichen Störungen ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht.<sup>1040</sup>

**aa) Formel:** «Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhanges sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit gedacht werden kann.»<sup>1041</sup> Mit anderen Worten darf ein Ereignis «nicht weggedacht» werden können, «ohne dass auch die eingetretenen gesundheitlichen Störungen entfielen.»<sup>1042</sup>

**bb) Ausreichen von Teilkausalität:** Für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhanges ist es nicht erforderlich, dass ein Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache der gesundheitlichen Störungen ist. Vielmehr genügt diesbezüglich bereits, «dass das schädigende Ereignis mit anderen Bedingungen zusammen die körperliche oder geistige Integrität des Versicherten beeinträchtigt hat».<sup>1043</sup>

---

<sup>1037</sup> GÄCHTER, Funktion, S. 39.

<sup>1038</sup> In diesem Sinne auch GÄCHTER, Funktion, S. 39.

<sup>1039</sup> Auch in jüngeren Entscheiden bestätigte das Bundesgericht diese Rechtsprechung, vgl. BGE 134 V 109 E. 8.1; Urteile des Bundesgerichts 4A\_115/2014 vom 20. November 2014 E. 6.3; 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012 E. 2.4.

<sup>1040</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>1041</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>1042</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>1043</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

**cc) Tatfrage:** Ob zwischen dem schädigenden Ereignis und der eingetretenen gesundheitlichen Störung ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, ist eine Tatfrage und damit keine Frage rechtlicher Natur.<sup>1044</sup>

**dd) Erforderlicher Nachweis:** Es ist nach dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu befinden, ob der natürliche Kausalzusammenhang gegeben ist.<sup>1045</sup>

**ee) Spezifische Rechtsprechung zum «typischen Beschwerdebild»:** Der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der danach eingetretenen Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule diagnostiziert ist und zudem bei der betroffenen Person ein für diese Verletzung typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden wie Kopfschmerzen, Schwindel, rasche Ermüdbarkeit etc. vorliegt.<sup>1046</sup> Das Vorliegen sowie die Folgen der HWS-Distorsion müssen zusätzlich durch zuverlässige ärztliche Angaben gesichert sein.<sup>1047</sup>

**ff) Erhöhte Anforderungen an Dokumentation:** Der Hergang des Schleudertraumas sowie die anschliessend auftretenden Beschwerden müssen möglichst genau und verifizierbar dokumentiert werden. Der erstbehandelnde Arzt ist gehalten, die versicherte Person sorgfältig abzuklären. Dazu gehört unter anderem die Befragung der versicherten Person nach ihrem gesundheitlichen Vorzustand, insbesondere nach psychischen Beschwerden vor dem Unfall oder im Zeitpunkt des Unfalls. Sodann sind die Aussagen der versicherten Person zum Unfallhergang und zu den bestehenden Beschwerden gestützt auf die erhobenen Befunde und weitere zur Verfügung stehende Angaben zum Unfallhergang und zum anschliessenden Verlauf einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Auch muss der Verlauf der Beschwerden ab dem Unfallzeitpunkt genau festgehalten und ein mögliches Chronifizierungsrisiko angezeigt werden.<sup>1048</sup> Beschwerden in der Halsregion und an der Halswirbelsäule müssen innert maximal 72 Stunden seit dem Versicherungsereignis aufgetreten sein. Ohne einen entsprechenden Nachweis ist der natürliche Kausalzusammenhang als nicht gegeben zu betrachten.<sup>1049</sup>

**gg) Erhöhte Anforderungen an Begutachtung:** In Fällen ohne Besserungstendenz ist eine zügige inter- bzw. polydisziplinäre Abklärung und Beurteilung durch Fach-

<sup>1044</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>1045</sup> BGE 117 V 359 E. 4a S. 360.

<sup>1046</sup> BGE 117 V 359 E. 4b S. 360.

<sup>1047</sup> BGE 119 V 335 E. 2b S. 340.

<sup>1048</sup> BGE 134 V 109 E. 9.2 S. 123 f.

<sup>1049</sup> Urteil des Bundesgerichts U 215/05 vom 30. Januar 2007 E. 5.1.

ärzte angezeigt.<sup>1050</sup> Eine solche Begutachtung muss in der Regel nach sechs Monaten Beschwerdepersistenz veranlasst werden.<sup>1051</sup> Inhaltlich muss ein poly- oder interdisziplinäres Gutachten Aussagen darüber treffen, ob die geklagten Beschwerden überhaupt glaubhaft sind und bejahendenfalls, ob diese trotz des Fehlens objektiv ausgewiesener organischer Unfallfolgen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zumindest teilursächlich auf ein beim Unfall erlittenes Schleudertrauma der Halswirbelsäule, eine äquivalente Verletzung oder ein Schädel-Hirn-Trauma zurückgeführt werden können.<sup>1052</sup>

**b) Adäquater Kausalzusammenhang:** Wird in einem konkreten Fall die natürliche Kausalität bejaht, so ist im Anschluss daran zu prüfen, ob die eingetretene Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit auch als eine adäquate Folge des Unfalls zu betrachten ist.<sup>1053</sup>

**aa) Formel:** Ein Ereignis ist dann adäquat kausale Ursache, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, sprich wenn der Eintritt dieses Erfolgs durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint.<sup>1054</sup>

**bb) Spezifische Rechtsprechung zur HWS-Distorsion:** Liegt nun nach einem Unfall ein typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden vor, so ist gemäss der Schleudertrauma-Praxis bei leichten Unfällen die Adäquanz zu verneinen, bei schweren hingegen zu bejahen. Handelt es sich aber um mittelschwere Unfälle, so müssen im Rahmen einer Gesamtwürdigung weitere objektiv erfassbare Umstände miteinbezogen werden.<sup>1055</sup>

Der abschliessende Kriterienkatalog<sup>1056</sup> für die Beurteilung mittelschwerer Unfälle umfasst heute folgende Kriterien:

- besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalles;
- die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen;
- fortgesetzt spezifische, belastende ärztliche Behandlung (zuvor: ungewöhnlich lange Dauer der ärztlichen Behandlung);

---

<sup>1050</sup> BGE 134 V 109 E. 9.3 und 9.4 S. 124.

<sup>1051</sup> BGE 134 V 109 E. 9.3 S. 125.

<sup>1052</sup> Vgl. BGE 134 V 109 E. 9.5 S. 125 f.

<sup>1053</sup> BGE 134 V 109 E. 10.1 S. 126.

<sup>1054</sup> BGE 117 V 359 E. 5a S. 361.

<sup>1055</sup> BGE 134 V 109 E. 10.1 S. 126.

<sup>1056</sup> 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).

- 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).

**cc) Rechtsfrage:** Ob zwischen dem schädigenden Ereignis und der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung der erforderliche adäquate Kausalzusammenhang gegeben ist, ist eine Rechtsfrage.<sup>1057</sup>

### 10.7.1.2. Zurechnung beim Schadenstatbestand

Wird im Unfallversicherungsrecht bei Vorliegen eines Schleudertraumas die natürliche und adäquate Kausalität zwischen dem Unfall und der dauerhaften Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit bejaht, so sind in einem nachgelagerten Schritt gegebenenfalls invaliditätsfremde Gründe auszuschneiden. Danach ist noch die Frage der Zumutbarkeit zu prüfen. Letztlich läuft es im Anwendungsbereich des Unfallversicherungsrechts auf «Alles oder nichts»-Lösungen hinaus.

**a) Ausscheidung invaliditätsfremder Gründe:** Gestützt auf Art. 7 Abs. 2 Satz 1 ATSG sind invaliditätsfremde Gründe wie Alter, mangelnde Schul- oder Berufsbildung oder Schwierigkeiten sprachlicher Art nicht zu berücksichtigen, da die Unfallversicherung für diese Folgen grundsätzlich nicht aufzukommen hat.<sup>1058</sup> Die Ausscheidung solcher Faktoren ist im unten dargelegten Prüfungsraster unter Punkt 3.1 vorzunehmen.

**b) Frage der Zumutbarkeit:** Bei der Beurteilung der für die Rentenanspruchsprüfung zentralen Frage der Erwerbsunfähigkeit ist gestützt auf Art. 7 Abs. 2 Satz 2 ATSG zu fragen, ob es der versicherten Person aus objektiver Betrachtung zuzumuten ist, eine Arbeitsleistung zu erbringen. Das subjektive Empfinden ist dagegen nicht massgebend.<sup>1059</sup>

**aa) Beurteilung nach einem strukturierten, normativen Prüfungsraster:** Seit 2015 sind die Ansprüche in einem grundsätzlich ergebnisoffenen Beweisverfahren mittels eines strukturierten, normativen Prüfungsrasters abzuklären<sup>1060</sup> (in den Jahren 2010–2015 war hingegen die Überwindbarkeits-Rechtsprechung massgebend). Anhand des vom Bundesgericht entwickelten Indikatoren-Katalogs sind sodann der

<sup>1057</sup> BGE 117 V 369 E. 4a S. 382; 112 V 30 E. 1b S. 33.

<sup>1058</sup> Anstelle vieler: BGE 117 V 202 E. 2b S. 205; vgl. MOSIMANN, Beschwerdebilder, S. 21 f.

<sup>1059</sup> BGE 141 V 281 E. 3.7.1 S. 295.

<sup>1060</sup> BGE 141 V 574 E. 5.2 S. 582.

funktionelle Schweregrad<sup>1061</sup> und die Konsistenz<sup>1062</sup> der Gesundheitsschädigung nachzuweisen. Insgesamt soll damit die Beurteilung des tatsächlich erreichbaren Leistungsvermögens vorgenommen werden.<sup>1063</sup>

a) Beurteilung des funktionellen Schweregrades<sup>1064</sup>

1. Komplex «Gesundheitsschädigung»<sup>1065</sup>

- 1.1 Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde und Symptome<sup>1066</sup> (u.a. Ermittlung der Schwere und der Auswirkungen des Krankheitsgeschehens; Ausschlusskriterien wie Aggravation?<sup>1067</sup>)
- 1.2 Behandlungs- und Eingliederungserfolg oder -resistenz<sup>1068</sup> (u.a. Verlauf und Ausgang von Therapien; Berücksichtigung der Zeitkomponente; Teilnahme an Eingliederungsmassnahmen)
- 1.3 Komorbiditäten<sup>1069</sup> (Gradmesser, ob eine Begleiterkrankung der versicherten Person Ressourcen raubt; neu nicht mehr vorrangig zu berücksichtigen)

2. Komplex «Persönlichkeit»<sup>1070</sup>: Persönlichkeitsdiagnostik (Persönlichkeitsstruktur, -entwicklung und -störungen, persönliche Ressourcen; soll stärkeren Einbezug der Ressourcenseite ermöglichen)

3. «Sozialer Komplex»<sup>1071</sup>

- 3.1 Ausklammerung psychosozialer und soziokultureller Einflüsse (Ausklammerung von Arbeitslosigkeit, Scheidung, familiären Konflikten usw., sofern diese Faktoren direkt negative funktionelle Auswirkungen zeitigen)<sup>1072</sup>
- 3.2 Eruierung der Ressourcen anhand des sozialen Umfelds (u.a. Unterstützung aus dem sozialen Netzwerk)<sup>1073</sup>

---

<sup>1061</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3 S. 298.

<sup>1062</sup> BGE 141 V 281 E. 4.4 S. 303.

<sup>1063</sup> BGE 141 V 281 E. 3.6 S. 295.

<sup>1064</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3 S. 298.

<sup>1065</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.1 S. 298.

<sup>1066</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.1.1 S. 298 f.

<sup>1067</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.1.1 S. 298 m.Verw. auf E. 2.2 S. 287 f.

<sup>1068</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.1.2 S. 299 f.

<sup>1069</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.1.3 S. 300 f.

<sup>1070</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.2 S. 302.

<sup>1071</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3.3 S. 303.

<sup>1072</sup> Vgl. hierzu GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 65 ff.

<sup>1073</sup> GÄCHTER/MEIER, Schmerzrechtsprechung, N 68 ff.



b) Konsistenzprüfung<sup>1074</sup> (die sich aus der Prüfung des funktionellen Schweregrades ergebenden Indizien müssen einer Konsistenzprüfung unterzogen werden; diese ist beweisrechtlich entscheidend)

1. Gleichmässige Einschränkung des Aktivitätenniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen<sup>1075</sup> (Ist die Einschränkung in Beruf und Erwerb und in den sonstigen Lebensbereichen gleich ausgeprägt? Wie ist es im Vergleich zur Zeit vor der Gesundheitsschädigung?)
2. Behandlungs- und eingliederungsanamnetisch ausgewiesener Leidensdruck<sup>1076</sup>

**bb) Untergeordnete Bedeutung der Frage der Zumutbarkeit:** In der bundesgerichtlichen Praxis zum Unfallversicherungsrecht fand die frühere Überwindbarkeitsrechtsprechung nur einen geringen direkten Niederschlag.<sup>1077</sup> Der Grund lag wohl darin, dass aufgrund der mit BGE 134 V 109 verschärfte Adäquanzpraxis in der Regel bereits der Kausalzusammenhang zwischen dem versicherten Ereignis und den psychischen Beschwerden verneint wurde. Aufgrund dessen ist tendenziell nicht damit zu rechnen, dass die seit 2015 massgebende Prüfung der Zumutbarkeit anhand des strukturierten, normativen Prüfungsrasters zu einer Zunahme von Rentenzusprachen in HWS-Distorsions-Fällen führen wird.

**c) Berücksichtigung von Vorzuständen:** Nach Art. 36 Abs. 2 UVG können vorbestandene Gesundheitsschäden nur berücksichtigt werden, sofern sie sich bereits vor dem Unfallereignis auf die Erwerbsfähigkeit ausgewirkt haben. Im Anwendungsbe- reich des UVG geht es daher in der Regel um die Alternative «alles oder nichts».<sup>1078</sup>

Nur im Falle der Bejahung sowohl des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs als auch der Voraussetzungen im Rahmen der Zurechnung beim Schadenstatbestand, insbesondere der Schlussfolgerung, dass es der versicherten Person aus objektiver Betrachtung nicht zuzumuten ist, eine Arbeitsleistung zu erbringen, hat die versicherte Person Anspruch auf entsprechende UV-Rentenleistungen.

## 10.7.2. Zurechnungspraxis im Haftpflichtrecht

Heute basiert die Praxis des Bundesgerichts im Bereich des Haftpflichtrechts auf den nachfolgend dargelegten Wertungsgesichtspunkten.

<sup>1074</sup> BGE 141 V 281 E. 4.4 S. 303.

<sup>1075</sup> BGE 141 V 281 E. 4.4.1 S. 303 f.

<sup>1076</sup> BGE 141 V 281 E. 4.4.2 S. 304.

<sup>1077</sup> NABOLD, S. 29.

<sup>1078</sup> BGE 123 III 110 E. 2b S. 114.

### 10.7.2.1. Haftungsbegründender Kausalzusammenhang

**a) Natürlicher Kausalzusammenhang:** Die Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs erfolgt grundsätzlich in gleicher Weise wie im sozialen Unfallversicherungsrecht.<sup>1079</sup> Allerdings besteht bezüglich des erforderlichen Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ein Unterschied, der im Resultat zu einer deutlich schärferen Praxis im Haftpflichtrecht führt.

**Erforderlicher Nachweis:** Für die Annahme der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt es nicht, wenn gewisse Elemente für das Vorhandensein einer Tatsache sprechen, das Gericht jedoch noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Der Beweis gilt als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.<sup>1080</sup>

Namentlich für Beschwerdebilder, die nicht bildgebend objektiviert werden können, sind hohe Anforderungen an die Grundlagen zu stellen, die den Schluss auf das Vorliegen unfallkausaler Verletzungen zulassen. Dieser Massstab rechtfertigt sich, weil die entsprechenden Beschwerden weitgehend von den Angaben der geschädigten Personen abhängen und damit ein entsprechendes Missbrauchspotential bieten.<sup>1081</sup>

Aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts aus dem Jahr 2017 gilt zudem, dass im Haftpflichtrecht höhere Anforderungen an den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu stellen sind als im Sozialversicherungsrecht. Das Bundesgericht bestätigte im erwähnten Urteil, «dass bei zwei konkurrierenden Ursachen das bloss leichte Überwiegen (51 %) wie im Sozialversicherungsrecht jedenfalls nicht genüge».<sup>1082</sup>

**b) Adäquater Kausalzusammenhang:** Wird in einem konkreten Fall die natürliche Kausalität bejaht, so ist im Anschluss daran zu prüfen, ob die gesundheitlichen Beschwerden auch als eine adäquate Folge des Unfalls zu betrachten sind.<sup>1083</sup>

**aa) Formel:** Im Haftpflichtrecht ist von derselben Umschreibung des adäquaten Kausalzusammenhangs auszugehen wie im Unfallversicherungsrecht.<sup>1084</sup>

---

<sup>1079</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.2.

<sup>1080</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_744/2011 vom 12. Juli 2012 E 10.2.

<sup>1081</sup> BGE 134 V 109 E. 9.4 S. 124; Urteile des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 3.2.1; 4A\_607/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.2; 4A\_549/2014 vom 28. Januar 2015 E. 4.2; 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.2.

<sup>1082</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4.

<sup>1083</sup> BGE 123 III 110 E. 2 S. 110.

<sup>1084</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112.

**bb) Ablehnung der Übernahme der unfallversicherungsrechtlichen «Schleudertrauma»-Praxis:** Das Bundesgericht lehnt die Übernahme der nach Unfallschwere klassifizierenden Praxis in das Haftpflichtrecht unter Berufung auf drei verschiedene Gründe ab.<sup>1085</sup>

Zusammenfassend begründete das Bundesgericht die im Haftpflichtrecht zurückhaltendere Adäquanzprüfung zwischen schädigendem Ereignis und eingetretener gesundheitlicher Beeinträchtigung mit der rechtspolitischen Zielsetzung der Verwirklichung der Einzelfallgerechtigkeit resp. Billigkeit, der früheren unterschiedlichen Beurteilung von Begehrungsneurosen und zuletzt anhand der unterschiedlichen Ausgestaltung der Zurechnung beim Schadenstatbestand (Möglichkeit des differenzierten Schadensausgleichs im Haftpflichtrecht wegen Art. 42–44 OR). Im Grunde führte wohl die grosse Bedeutung, welche das Bundesgericht seit je dem Grundsatz der Billigkeit im Haftpflichtrecht einräumt, zur Ablehnung der Übernahme der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanz-Praxis in das Haftpflichtrecht.<sup>1086</sup>

**cc) Massgeblichkeit der spezifischen Rechtsprechung zu Begehrungsneurosen:** Als massgebend betrachtete das Bundesgericht weiterhin die mit BGE 96 II 392 aufgestellten Grundsätze:<sup>1087</sup>

1. Die Adäquanz ist ausgehend von den tatsächlichen Auswirkungen aus einer retrospektiven Perspektive zu beurteilen.
2. Dabei ist auf die generelle Eignung der fraglichen Ursache, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen, abzustellen.
3. Dies kann zum Ergebnis führen, dass selbst singuläre resp. aussergewöhnliche Unfallfolgen als adäquat kausal erscheinen können.
4. Die Adäquanz ist nicht nach herrschenden medizinischen Lehrmeinungen, sondern allein nach rechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen.<sup>1088</sup>

**dd) Berücksichtigung des Normzwecks:** Nebst den gesamten Umständen des konkreten Einzelfalls muss auch jeweils der Zweck einer Norm oder eines ganzen Normenkomplexes berücksichtigt werden.<sup>1089</sup>

**ee) Unmassgeblichkeit der Schwere des Unfallereignisses:** Die Adäquanz ist haftpflichtrechtlich nicht nach der Schwere des Unfallereignisses zu beurteilen.<sup>1090</sup>

<sup>1085</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 113; Urteil des Bundesgerichts 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012 E. 2.4. Vgl. zu dieser Rechtsprechung 9.7.2.

<sup>1086</sup> Ausführlich zu den erwähnten Gründen 9.7.2.

<sup>1087</sup> Vgl. hierzu die entsprechenden Ausführungen in 8.7.2.1.

<sup>1088</sup> Praxis 1995 Nr. 172 S. 550 E. 1b (Auffahrkollision mit Schleudertrauma der HWS) m. Verw. auf BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

<sup>1089</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112 f.

**ff) Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs:** Eine konstitutionelle Prädisposition vermag den adäquaten Kausalzusammenhang in der Regel weder zu unterbrechen noch auszuschliessen.<sup>1091</sup>

**gg) Rechtsfrage:** Die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs ist eine Rechtsfrage.<sup>1092</sup>

### 10.7.2.2. Zurechnung beim Schadenstatbestand

**a) Konkurrierende Mitursachen:** Eine konstitutionelle Prädisposition kann unter Umständen für den Umfang der Haftpflichtansprüche gemäss Art. 42 bis 44 OR berücksichtigt werden.<sup>1093</sup> In dogmatischer Hinsicht ist die konstitutionelle Prädisposition als mitwirkender Zufall zu betrachten, der die Berechnung des Schadens oder die Bemessung des Schadenersatzes beeinflussen kann.<sup>1094</sup> Im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht kann im Haftpflichtrecht der geringen Intensität mitwirkender unfallfremder Ursachen, so auch im Regelfall bei Vorliegen einer konstitutionellen Prädisposition, bei der Ersatzbemessung Rechnung getragen werden.<sup>1095</sup>

**aa) Annahme, Schaden wäre auch ohne das schädigende Ereignis eingetreten:** Hätte die Prädisposition hypothetisch betrachtet auch ohne den Unfall zu einem Schaden geführt, sei es in vollem oder geringerem Umfang, so ist ein solcher Schaden insoweit keine Unfallfolge, dem Haftpflichtigen dementsprechend nicht zurechenbar und daher von der Schadensberechnung auszunehmen.<sup>1096</sup> In solchen Fällen handelt es sich um Anwendungsfälle des Art. 42 OR, weshalb das Quotenvorrecht nicht zur Anwendung gelangt.<sup>1097</sup>

**bb) Annahme, Schaden wäre ohne das schädigende Ereignis nicht eingetreten:** Wäre hingegen der Schaden ohne den Unfall Voraussicht nach nicht eingetreten, so bleibt der Haftpflichtige grundsätzlich in vollem Umfang verantwortlich. Dies

---

<sup>1090</sup> BGE 123 III 110 E. 3c S. 114 f.; Urteile des Bundesgerichts 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012 E. 2.4; 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 4.1.

<sup>1091</sup> BGE 123 III 110 E. 2c S. 115; Urteile des Bundesgerichts 4A\_307/2008 und 4A\_311/2008 vom 27. November 2008 E. 2.1.1; 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 3.2.

<sup>1092</sup> BGE 132 III 715 E. 2.2 S. 718; 123 III 110 E. 2 f. S. 111; Urteile des Bundesgerichts 4A\_169/2010 vom 23. August 2010 E. 3.2; 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 3.2.

<sup>1093</sup> BGE 131 III 12 E. 4 S. 13 f.; 123 III 110 E. 2c S. 115; Urteil des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.4.

<sup>1094</sup> BGE 131 III 12 E. 4 S. 13 f.; 113 II 86 E. 1b S. 90; Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>1095</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_25/2011 vom 21. März 2011 E. 4.2.

<sup>1096</sup> BGE 113 II 86 E. 3b S. 93; Urteil des Bundesgerichts 4A\_45/2009 vom 25. März 2009 E. 3.3.3.

<sup>1097</sup> BGE 113 II 86 E. 2 S. 92.

gilt unabhängig davon, ob der krankhafte Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat.<sup>1098</sup> Unfallbedingte Vermögenseinbusen gehören zum Schaden und sind deshalb in dessen Berechnung nach Art. 42 OR einzubeziehen. Dem Anteil der Prädisposition an der Kausalität kann dagegen unter Umständen bei der Schadenersatzbemessung nach Art. 44 OR Rechnung getragen werden.<sup>1099</sup> In seiner früheren Rechtsprechung betonte das Bundesgericht den Ausnahmecharakter einer Herabsetzung des Schadenersatzes aufgrund eines Konstitutionsmangels.<sup>1100</sup> Es hielt damals fest, es müssten weitere Umstände hinzutreten, welche es als unbillig erscheinen liessen, dass der Haftpflichtige den ganzen Schaden zu tragen habe. Als mögliche Gesichtspunkte bei einer solchen vorzunehmenden Wertung erwähnte das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung:

- zurechenbare Gefahrenexposition des Geschädigten,<sup>1101</sup>
- Missverhältnis zwischen Ursache und Wirkung: eine sich besonders ungünstig auswirkende Vorbelastung, die dazu führt, dass die haftungsbegründende Ursache in keinem Verhältnis mehr zur Grösse des eingetretenen Schadens steht;<sup>1102</sup>
- Umstand, dass der Geschädigte mögliche Hilfsmittel oder Schutzvorkehrungen, die es erlauben, die Behinderung ganz oder teilweise auszugleichen, nicht ergriffen hat;<sup>1103</sup>
- Grösse des Verschuldens des Haftpflichtigen im Verhältnis zum Anteil der Prädisposition an der Kausalität.<sup>1104</sup>

Die Bedeutung solcher Zusatzkriterien ist umstritten.<sup>1105</sup> Selbst wenn aber eine Kürzung zulässig ist, so darf der Schadenersatz nicht einfach schematisch um den medizinisch festgestellten prozentualen Verursachungsanteil einer konstitutionellen Prädisposition gekürzt werden.<sup>1106</sup>

<sup>1098</sup> BGE 131 III 12 E. 4 S. 14; 113 II 86 E. 3b S. 93 f.

<sup>1099</sup> BGE 131 III 12 E. 4 S. 14; 113 II 86 E. 3b S. 94.

<sup>1100</sup> Urteile des Bundesgerichts 4C.75/2004 vom 16. November 2004 E. 4.2; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa; STUDHALTER, Prädisposition, S. 623.

<sup>1101</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.4; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>1102</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.4; 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 3.2; 4C.75/2004 vom 16. November 2004 E. 4.2; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>1103</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.4.

<sup>1104</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>1105</sup> Vgl. hierzu STUDHALTER, Prädisposition, S. 624 ff., der die Bildung von Richtlinien unter den Aspekten der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit als wünschenswert bezeichnet.

<sup>1106</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A.275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 6.1; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

Die Bemessung der Herabsetzung beruht weitgehend auf der Ausübung gerichtlichen Ermessens im Sinne von Art. 4 ZGB. Dem kantonalen Gericht steht dabei ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung eingreift.<sup>1107</sup> Die Praxis des Bundesgerichts ist schwankend und uneinheitlich. Vor dem Jahr 2007 kürzte das Bundesgericht den Schadenersatz nur sehr selten. In den letzten Jahren sind dagegen höhere Reduktionen die Regel geworden. Aufgrund dessen ist nicht mehr davon auszugehen, dass eine Kürzung bei nachgewiesenem Konstitutionsmangel nur ausnahmsweise vorgenommen werden kann.

### 10.7.2.3. Kasuistik

- Urteil des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008: Infolge einer durch einen Dritten verursachten Auffahrkollision erlitt ein Anlageberater ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule. Nach dem Unfall arbeitete er trotz anhaltender Beschwerden während knapp 1 3/4 Jahren in einem 100-%-Pensum weiter. Daraufhin fiel er in eine Erschöpfungsdepression und wurde arbeitsunfähig. Einige Monate später erreichte er wieder eine Arbeitsfähigkeit von 50 %. Um diesen Prozentsatz herum schwankte seine Arbeitsfähigkeit in den darauffolgenden Jahren. Etwas mehr als sieben Jahre später kündigte seine Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis, woraufhin der Geschädigte sich vorzeitig pensionieren liess. Infolge des Unfalls erhielt der Geschädigte eine IV-Rente und später auch eine UV-Rente.<sup>1108</sup> Die Vorinstanz kürzte den Schadenersatz gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR wegen konstitutioneller Prädisposition um 20 %. Diese Kürzung erachtete das Bundesgericht als Rechtsverletzung, insbesondere weil der Geschädigte seine verbleibende Arbeitskraft so gut als möglich verwertet hatte.<sup>1109</sup>
- Urteile des Bundesgerichts 4A\_307/2008 und 4A\_311/2008 vom 27. November 2008: Die Geschädigte war bereits früher in vier Verkehrsunfälle verwickelt und erlitt dabei mehrere HWS-Distorsionen. Sie erhielt bereits eine volle Rente der Invalidenversicherung, als sie sich infolge eines leichten Heckauffahrungfalls erneut eine HWS-Distorsion zuzog. Gemäss medizinischem Gutachten hatte sich durch den Unfall die vorbestehende Depression verstärkt. Einzig aufgrund einer chronischen posttraumatischen Belastungsstörung stieg die medizinisch-theore-

---

<sup>1107</sup> BGE 131 III 12 E. 4.2 S. 15; 123 III 10 E. 4c/aa S. 13; Urteile des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 6.1; 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.5.

<sup>1108</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 Sachverhalt A und B.

<sup>1109</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.5.

tische Invalidität von 70 auf 100 %.<sup>1110</sup> Das Bundesgericht bestätigte die vorinstanzliche Kürzung des Schadenersatzes um 50 %.<sup>1111</sup>

- Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 17. November 2009: Die Geschädigte erlitt infolge einer bagatellären Auffahrkollision ( $\Delta v$ -Wert von maximal 4.5 km/h gemäss gerichtlich eingeholtem biomechanischem Gutachten<sup>1112</sup>) ein HWS-Distorsionstrauma. In der Folge litt sie an unklaren Beschwerden. Das Bundesgericht bestätigte insbesondere aufgrund des geringfügigen Unfalls sowie des Fehlens verlässlicher ärztlicher Angaben die vorinstanzliche Verneinung des natürlichen Kausalzusammenhangs.<sup>1113</sup>
- Urteil des Bundesgerichts 4A\_65/2009 vom 17. Februar 2010: Infolge einer nach einem Verkehrsunfall erlittenen HWS-Distorsion bei einer vorgeschädigten Halswirbelsäule bezog der Geschädigte eine volle Rente der Invalidenversicherung.<sup>1114</sup> Die Unfallversicherung und danach das EVG verneinten die natürliche Kausalität zwischen dem Unfall und den langanhaltenden unklaren Beschwerden.<sup>1115</sup> Das Bundesgericht bejahte den Schadenersatzanspruch, kürzte aber den Schadenersatz um 75 % auf CHF 149'133.10.<sup>1116</sup>
- Urteil des Bundesgerichts 4A\_25/2011 vom 21. März 2011: Gemäss psychiatrischem Gutachten war der gesundheitliche Zustand der Geschädigten zu höchstens 20 % auf den Unfall und zu mindestens 80 % auf unfallfremde Faktoren zurückzuführen.<sup>1117</sup> Das Bundesgericht bestätigte die von der Vorinstanz gestützt auf Art. 43 Abs. 1 OR vorgenommene Herabsetzung des Schadenersatzes um 80 % auf CHF 155'486.<sup>1118</sup>
- Urteil des Bundesgerichts 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012: Der Geschädigte erlitt infolge eines Auffahrunfalls ein HWS-Distorsionstrauma, wodurch er zu 20 % dauerhaft arbeitsunfähig wurde.<sup>1119</sup> Die Gutachter gingen aufgrund des gesamten Beschwerdebildes von einer unfallbedingten dauerhaften Einschränkung

<sup>1110</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_307/2008 und 4A\_311/2008 vom 27. November 2008 Sachverhalt A.

<sup>1111</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_307/2008 und 4A\_311/2008 vom 27. November 2008 E. 2.5.

<sup>1112</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.3.

<sup>1113</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.9.

<sup>1114</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_65/2009 vom 17. Februar 2010 Sachverhalt A.

<sup>1115</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_65/2009 vom 17. Februar 2010 Sachverhalt B; vgl. hierzu das entsprechende Urteil des EVG U 94/01 vom 5. September 2001.

<sup>1116</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_65/2009 vom 17. Februar 2010 E. 5.5 und 5.6.

<sup>1117</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_25/2011 vom 21. März 2011 Sachverhalt B.

<sup>1118</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_25/2011 vom 21. März 2011 Sachverhalt B und E. 4.

<sup>1119</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012 Sachverhalt A und B.

der Arbeitsfähigkeit von weniger als 10 % aus. Entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid bejahte das Bundesgericht den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der dadurch verursachten Arbeitsunfähigkeit von weniger als 10 %.<sup>1120</sup> Die Vorinstanz hatte die nach Unfallschwere kategorisierende sozialversicherungsrechtliche Praxis angewandt, was das Bundesgericht ablehnte. Zwecks Feststellung des zu ersetzenden Schadens wies das Bundesgericht den Fall an die Vorinstanz zurück.<sup>1121</sup>

- Urteil des Bundesgerichts 4A\_744/2011 vom 12. Juli 2012: Der Geschädigte erlitt infolge einer Heckauffahrkollision ein Schleudertrauma. Gestützt auf ein biomechanisches Gutachten war erstellt, dass es sich um einen leichten Unfall gehandelt hatte.<sup>1122</sup> Der medizinische Gutachter erachtete es nicht als überwiegend wahrscheinlich, dass die langanhaltenden unklaren Beschwerden auf den Unfall zurückzuführen waren. Das Bundesgericht stützte entsprechend die vorinstanzliche Verneinung des natürlichen Kausalzusammenhangs.<sup>1123</sup>
- Urteil des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013: Die Geschädigte erlitt infolge eines Auffahrunfalls ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule. Die Invalidenversicherung richtete im Rahmen der Gewährung von beruflichen Massnahmen während vier Jahren Taggeldleistungen in der Höhe von CHF 302'945 aus. Die Invalidenversicherung machte in der Folge gegenüber der Haftpflichtversicherung der Unfallverursacherin auf sie übergegangene Regressansprüche von CHF 194'560 geltend.<sup>1124</sup> Das Bundesgericht bestätigte die von der Vorinstanz mit Blick auf die konstitutionelle Prädisposition der Geschädigten und gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR vorgenommene Kürzung des Schadenersatzes um 20 %.<sup>1125</sup>
- Urteil des Bundesgerichts 4A\_607/2014 vom 9. Februar 2015: Infolge eines Verkehrsunfalls mit einem anderen Fahrzeug prallte ein Taxifahrer zusätzlich noch gegen einen Signalständer und eine Verkehrsregelungsanlage auf einer Fussgängerinsel. Gemäss der Unfallanalyse der beklagten Versicherung bestand eine kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung des Taxifahrzeugs von 10–15 km/h infolge der Kollision mit dem Fahrzeug und eine solche von 12–24 km/h

---

<sup>1120</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012 E. 1.3.

<sup>1121</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012 E. 2.4.

<sup>1122</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_744/2011 vom 12. Juli 2012 E 8.

<sup>1123</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_744/2011 vom 12. Juli 2012 E 10.2.

<sup>1124</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 Sachverhalt A und B sowie E. 1.

<sup>1125</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 6.2.



bei der Kollision mit der Verkehrsregelungsanlage.<sup>1126</sup> Die Vorinstanz verneinte den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den als unfallkausal behaupteten Beschwerden bzw. der Arbeitsunfähigkeit. Nach Ansicht des Bundesgerichts gelangte die Vorinstanz in vertretbarer und nachvollziehbarer Weise zum Schluss, dass als Ursache der vom Beschwerdeführer behaupteten nicht bildgebend objektivierbaren Kopf- und Nackenschmerzen, Ermüdbarkeit und zeitweiligen Angstzustände seine persönliche Lebenssituation und seine vorbestandenen psychischen Probleme ebenso ernsthaft in Frage gekommen sind oder sogar näher gelegen haben als der Unfall.<sup>1127</sup> Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit überhaupt darauf einzutreten war.

- Urteil des Bundesgerichts 4A\_263/2015 vom 29. September 2015: Der Kläger zog sich infolge eines Unfalls eine Distorsion der Halswirbelsäule zu. Etwas mehr als sechs Jahre später erlitt er einen weiteren Unfall, wobei er sich diesmal eine Hirnerschütterung zuzog. 2005 schloss der Kläger mit den Haftpflichtversicherungen der beiden Unfallverursacher einen Vergleich. Nicht Gegenstand dieses Vergleichs waren die Heilungs- und Transportkosten. Diese klagte er in der Folge ein.<sup>1128</sup> Die beiden Vorinstanzen hatten sowohl den natürlichen als auch den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen den beiden Verkehrsunfällen und dem geltend gemachten Schaden (aufgelaufene und zukünftige Heilungs- und Transportkosten) verneint. Dabei stellten sie insbesondere auf die gutachterlichen Einschätzungen ab, wonach auf dem Boden einer Persönlichkeitsakzentuierung mit histrionischen und narzisstischen Zügen schon vor den Unfällen Somatisierungsstörungen bestanden hätten und in diesen Störungen die Ursache der langanhaltenden geklagten Beschwerden liegen würden.<sup>1129</sup> Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit überhaupt darauf einzutreten war.
- Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017: Die Klägerin zog sich infolge eines Unfalls eine Distorsion der Halswirbelsäule zu. Sie war zur Zeit des Unfalls freilich bereits wegen starker Schmerzen im Bereich der Halswirbelsäule zu 100 % krankgeschrieben. In der Folge traten langanhaltende unklare Beschwerden auf.<sup>1130</sup> Die Vorinstanz verneinte den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den langanhaltenden unklaren Beschwerden insbesondere mit dem Hinweis, dass die Beschwerdebilder, die vor dem Un-

---

<sup>1126</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_607/2014 vom 9. Februar 2015 Sachverhalt A.

<sup>1127</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_607/2014 vom 9. Februar 2015 E. 4.2.

<sup>1128</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_263/2015 vom 29. September 2015 Sachverhalt A und B.

<sup>1129</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_263/2015 vom 29. September 2015 E. 5.1 ff.

<sup>1130</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 Sachverhalt A und B sowie E. 2.1 ff.

fall bestanden hätten, fast gleich aussähen wie diejenigen danach.<sup>1131</sup> Interessanterweise hatten die von der Unfallversicherung eingesetzten Gutachter befunden, die unklaren Beschwerden stünden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (mindestens 50 %) in natürlichem Kausalzusammenhang mit dem Unfall. Die Vorinstanz argumentierte unter Bezugnahme auf dieses Gutachten, dass damit eine Unfallwahrscheinlichkeit von über 50 % bejaht werde, was für das Unfallversicherungsrecht genüge, nicht jedoch für das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im privaten Haftpflichtrecht. Das Bundesgericht bezeichnete diese Schlussfolgerung als nicht willkürlich. Es führte aus, dass die Vorinstanz zutreffend davon ausgegangen sei, dass bei zwei konkurrierenden Ursachen das bloss leichte Überwiegen (51 %) wie im Sozialversicherungsrecht nicht genüge. Entsprechend stützte das Bundesgericht die vorinstanzliche Verneinung des natürlichen Kausalzusammenhangs.<sup>1132</sup>

## 11. Auswertung der Analyse

Die Analyse der Entwicklung der Rechtsprechung zu unklaren Beschwerden im Haftpflicht- und sozialen Unfallversicherungsrecht hat gezeigt, dass die Schadenszurechnung im Laufe der Zeit uneinheitlich und in schwankender Weise vorgenommen wurde. Auch kamen bei der rechtlichen Beurteilung von unklaren Beschwerdebildern über die Jahre unterschiedlichste Zurechnungskonzepte zur Anwendung.

Nachfolgend werden die im Laufe der Zeit wichtigsten Zurechnungselemente<sup>1133</sup> aufgezeigt, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Beurteilung von unklaren Beschwerdebildern angewandt wurden. Wie üblich wird dabei zwischen dem natürlichen und dem adäquaten Kausalzusammenhang unterschieden. Zudem wird bei der Betrachtung der jeweiligen Zurechnung beim Schadenstatbestand ein besonderes Augenmerk auf die in den verschiedenen analysierten Perioden zugesprochenen Schadenersatzbeträge resp. gewährten Leistungen gelegt.

---

<sup>1131</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.1.

<sup>1132</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4.

<sup>1133</sup> Vgl. zur Definition des dieser Arbeit zugrundeliegenden Zurechnungsbegriffs 3.3.

## 11.1. Haftungsbegründende Zurechnung 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 in tatsächlicher Hinsicht keine Simulation nachgewiesen werden konnte. Zugleich fiel die Zurechnung beim Schadenstatbestand 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 Schadenszurechnungspraxis ist hauptsächlich in den zu unterschiedlichen Zeiten vertretenen medizinischen Auffassungen zu verorten.

Bereits um die Wende zum 20. Jahrhundert unterschied das Bundesgericht mit Blick auf seine gesamte Rechtsprechung zwischen einem natürlichen Kausalzusammenhang und einem solchen im Rechtssinn. Schon damals betrachtete es die Feststellung des natürlichen Kausalzusammenhangs als Tatfrage und diejenige des Kausalzusammenhangs im Rechtssinne als Rechtsfrage.<sup>1134</sup>

### 11.1.1. Natürlicher Kausalzusammenhang

Die Beurteilung der haftungsbegründenden Zurechnung zwischen schädigender Handlung, regelmässig eher unbedeutenden organischen Körperverletzungen und danach entstandenen unklaren Beschwerden nahm die höchstrichterliche Rechtsprechung ab 1881 anhand der Bedingungslehre vor. Die Analyse der Rechtsprechung hat gezeigt, dass das Bundesgericht bis in das 21. Jahrhundert hinein den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen einem schädigenden Ereignis und danach eingetretenen unklaren Beschwerden praktisch immer bejahte, insofern in tatsächlicher Hinsicht zumindest ein teilursächlicher Zusammenhang zwischen dem Unfall und einer eingetretenen organischen Verletzung nachgewiesen werden konnte. Seit 2008 hat es die beweisrechtlichen Anforderungen für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen einem Unfallereignis und später beklagten langanhaltenden unklaren Beschwerden freilich derart erhöht, dass dies als eine Abkehr von seiner

---

<sup>1134</sup> Vgl. hierzu 6.3.1.

früheren Praxis zu werten ist. Auf diese im Vergleich zu früher deutlich restriktivere Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs wird hinten noch eingegangen.<sup>1135</sup>

### 11.1.1.1. Massgeblichkeit der Bedingungslehre

Das Bundesgericht wandte in Fällen mit unklaren Beschwerden von Anfang an die Bedingungslehre an. Da zwischen 1881 und 1904 in der Medizin die Auffassung dominierte, dass nach Eisenbahn- und Arbeitsunfällen oftmals auftretende unklare Beschwerden auf organische Verletzungen des Rückenmarks oder des Gehirns zurückzuführen waren, nahm das Bundesgericht in solchen Fällen regelmässig an, dass die Kausalität eo ipso gegeben sei. Die Prüfung des juristischen Kausalzusammenhangs erübrigte sich infolgedessen regelmässig.

Aus diesem Grund beurteilten die Gerichte den erforderlichen Kausalzusammenhang bis 1904 weitgehend einzig in tatsächlicher Hinsicht. In diesem Sinn vertrat das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung die Auffassung, dass festgestellte Teilursächlichkeit ausreiche, um die Frage der Zurechnung zwischen dem schädigenden Ereignis und den eingetretenen unklaren Beschwerden zu bejahen.<sup>1136</sup> Hinter dieser Rechtsprechung stand von Anfang an die Wertung, dass der Schädiger keinen Anspruch auf ein durchschnittlich widerstandsfähiges Opfer habe, er mit anderen Worten den Geschädigten so nehmen müsse, wie er tatsächlich ist. Dieser grundsätzlichen Wertung blieb das Bundesgericht seither in ständiger Rechtsprechung treu.<sup>1137</sup> Es bejahte den natürlichen Kausalzusammenhang in der Folge in sämtlichen haftpflichtrechtlichen Entscheiden zu unklaren Beschwerden bis in das 21. Jahrhundert hinein. Infolge der Übernahme der im Jahr 1991 im Bereich des Unfallversicherungsrechts begründeten Rechtsprechung zum typischen Beschwerdebild nach HWS-Distorsionen erfolgte freilich eine erhebliche Lockerung der beweisrechtlichen Anforderungen.

### 11.1.1.2. Vermutung des «typischen Beschwerdebildes» bei HWS-Distorsionen

Wie bereits erwähnt übertrug das Bundesgericht in den 1990er-Jahren die mit dem «Salanitri»-Entscheid<sup>1138</sup> begründete spezifische sozialversicherungsrechtliche

---

<sup>1135</sup> Vgl. hierzu 11.1.1.3.

<sup>1136</sup> BGE 36 II 104 E. 2 S. 111; 32 II 13 E. 5 S. 19; 31 II 590 E. 2 S. 593; 27 II 253 E. 3 S. 261; 17 737 E. 2 S. 739; 6 267 E. 7 S. 273.

<sup>1137</sup> Vgl. hierzu BGE 113 II 86 E. 1b S. 90, wo das Bundesgericht diesen Grundsatz erstmals ausdrücklich darlegte.

<sup>1138</sup> BGE 117 V 359.

Rechtsprechung zur Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs bei HWS-Distorsionen auf das Haftpflichtrecht.<sup>1139</sup> Demgemäss war der natürliche Kausalzusammenhang vermutungswise als gegeben zu betrachten, wenn nach einem Unfall eine HWS-Distorsion diagnostiziert wurde und die für dieses Beschwerdebild typischen diffusen Beschwerden wie Kopfschmerzen, Schwindel, Wesensveränderungen etc. vorlagen. Infolge der Einführung dieser Vermutung wurde der natürliche Kausalzusammenhang in entsprechenden Fällen zunächst praktisch immer bejaht.

Die Einführung der Vermutung des «typischen Beschwerdebildes» entsprach rückblickend betrachtet einer Lockerung der Anforderungen an den Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs.<sup>1140</sup> Musste früher jeweils der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs im konkreten Einzelfall erbracht werden, änderte sich dies ab 1991 grundlegend. Im Grunde wurden mit der Einführung der Vermutung zum typischen Beschwerdebild die Folgen der Beweislosigkeit, die normalerweise der Anspruchsteller zu tragen hat, stark relativiert. Entsprechend nahm die Anzahl erfolgreich geltend gemachter Schadenersatzklagen für unfallbedingte langanhaltende unklare Beschwerden erheblich zu.

Infolge dieser um die Wende ins 21. Jahrhundert zunehmend kritisch betrachteten Entwicklung verschärfte das Bundesgericht 2008 die Anforderungen an den Nachweis zwischen schädigender Handlung und eingetretenen unklaren Beschwerden in tatsächlicher Hinsicht derart, dass der natürliche Kausalzusammenhang in entsprechenden Fällen seither regelmässig verneint wird.

### 11.1.1.3. Verschärfung der Rechtsprechung zum typischen Beschwerdebild

Im Jahr 2009 wurden erhöhte Anforderungen an die Dokumentation und Begutachtung des natürlichen Kausalzusammenhangs in HWS-Distorsion-Fällen eingeführt, die bereits im Jahr zuvor im Unfallversicherungsrecht<sup>1141</sup> Geltung hatten.<sup>1142</sup> Dadurch erlangte die Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs für die Frage der Haftungsbegründung im Bereich des Haftpflichtrechts grössere Bedeutung. Dies resultierte insbesondere in einer Relativierung der vom EVG geschaffenen Vermutung, wonach eine diagnostizierte HWS-Distorsion und das Vorliegen des typischen Beschwerdebildes in der Regel genügte, um den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den eingetretenen unklaren Beschwerden zu bejahen. An-

<sup>1139</sup> BGE 123 III 110.

<sup>1140</sup> In diese Sinn auch MURER, HWS-Distorsionstrauma, N 2.

<sup>1141</sup> BGE 134 V 109.

<sup>1142</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.2.

gestossen wurde diese Änderung durch die erwähnten strengeren Dokumentations- und Begutachtungspflichten sowie die erst seit 2009 vom Bundesgericht anerkannte Berücksichtigung unfallanalytischer und biomechanischer Gutachten.<sup>1143</sup> Aufgrund des Abstellens auf solche Gutachten spielt heute auch im Haftpflichtrecht die Schwere des Unfallereignisses eine gewisse Rolle für die Beurteilung der Haftungsbegründung in Fällen mit unklaren Beschwerden.

Im Jahr 2017 erklärte das Bundesgericht zudem, dass das für die Annahme eines natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen einer unfallbedingten HWS-Distorsion und den danach beklagten unklaren Beschwerden erforderliche Beweismass der «überwiegenden» Wahrscheinlichkeit im Haftpflichtrecht strengeren Anforderungen genügen müsse als im Sozialversicherungsrecht. Es hielt ausdrücklich fest, dass eine Wahrscheinlichkeit von 51%, wie es im Sozialversicherungsrecht üblich sei, im Haftpflichtrecht nicht ausreiche.<sup>1144</sup> Mit dieser Rechtsprechung unterstrich das Bundesgericht die ohnehin schon bedeutend höheren Anforderungen an die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen einem Unfall und danach eingetretenen langanhaltenden unklaren Beschwerden. Heute sind die Anforderungen an die Annahme des natürlichen Kausalzusammenhangs gerade bei HWS-Distorsionen derart hoch, dass die Haftungsbegründung nur noch ausnahmsweise zu bejahen ist.

### 11.1.2. Adäquater Kausalzusammenhang

Wie bereits einleitend zu diesem Kapitel erwähnt, unterschied das Bundesgericht bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts zwischen der Prüfung des natürlichen und des Kausalzusammenhangs im Rechtssinn. Im Zusammenhang mit unklaren Beschwerden erlangte der juristische Kausalzusammenhang freilich erst ab 1905 eine massgebende Bedeutung.<sup>1145</sup> Das Bundesgericht führte damals mit dem Fall «Sidler» eine Definition ein, an deren Wertungsgesichtspunkten es bis heute festhält. Zuvor spielten freilich bereits andere Zurechnungselemente eine gewisse Rolle. So stellte das Bundesgericht schon früh darauf ab, ob sich überhaupt ein Unfall im Sinne des jeweils anwendbaren Gesetzes ereignet hatte und ob die geschädigte Person zum von den entsprechenden Haftpflichtbestimmungen geschützten Personenkreis gehörte. Im Bereich der Verschuldenshaftung spielte zudem schon im 19. Jahrhundert bei der

---

<sup>1143</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.2.

<sup>1144</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4.

<sup>1145</sup> Vgl. 11.1.1, wonach das Bundesgericht in der vorangegangenen Periode (1881–1904) in Fällen mit unklaren Beschwerden den natürlichen Kausalzusammenhang stets als gegeben betrachtete.

Beurteilung der Haftungsbegründung in Fällen mit unklaren Beschwerden das Kriterium der individuellen Voraussehbarkeit eine bedeutende Rolle.

### 11.1.2.1. Normzweck und Voraussehbarkeit

Bereits um die Jahrhundertwende vom 19. in das 20. Jahrhundert griff das Bundesgericht für die Beurteilung der Haftungsbegründung in Fällen mit unklaren Beschwerden auf Kerngedanken der erst später dogmatisch begründeten Normzwecklehre zurück. Im Vordergrund stand dabei die Bestimmung des Personenkreises, der durch ein Haftpflichtgesetz geschützt ist, sowie die Frage, ob sich im jeweils zu beurteilenden Fall gerade eben diejenige Betriebsgefahr verwirklicht hat, vor der die anwendbare Haftpflichtbestimmung auch Schutz bieten sollte.<sup>1146</sup> Die Berücksichtigung des Normzwecks spielte freilich nur bei Gefährdungshaftungstatbeständen eine Rolle. In einem der wenigen damaligen Fälle, in welchem unklare Beschwerden nach den Prinzipien der Verschuldenshaftung zu beurteilen waren, nahm das Bundesgericht dagegen die Abgrenzung zurechenbarer von nicht zurechenbaren Folgen einzig anhand des Kriteriums der individuellen Voraussehbarkeit vor, die als Teil des Verschuldens geprüft wurde.<sup>1147</sup>

### 11.1.2.2. Gelegenheitsursache und Verwerflichkeit des Willens

Für die Entwicklung der Rechtsprechung zum adäquaten Kausalzusammenhang im 20. Jahrhundert spielte der Entscheid «Sidler» aus dem Jahr 1905 eine entscheidende Rolle. In diesem Entscheid beurteilte das Bundesgericht erstmals einen Fall mit unklaren Beschwerden anhand des juristischen Kausalzusammenhangs.

Die gegen Ende des 19. Jahrhunderts als Gegenkonzept zum somatogenen Erklärungsmodell zunehmend verbreitete psychogenetische Ätiologie der traumatischen Neurosen führte zwangsläufig dazu, dass der Kausalitätsfrage mehr Beachtung beigemessen wurde. Mit dem Fall «Sidler»<sup>1148</sup> führte das Bundesgericht 1905 eine Definition des Kausalzusammenhangs ein, an deren grundsätzlicher Wertung es – rückblickend betrachtet – bei der Beurteilung langanhaltender, organisch nicht nachweisbarer unklarer Beschwerden bis heute festhält. Im betreffenden Fall verneinte das Bundesgericht den juristischen Kausalzusammenhang, weil der Unfall bloss den «äusseren Anlass» für die eingetretenen neurotischen Störungen bildete und zudem der Entschluss des Geschädigten, die Beschwerden zu übertreiben, gemäss vor-

<sup>1146</sup> BGE 32 II 13 E. 3 S. 17; 19 420 E. 3 S. 421 f.

<sup>1147</sup> BGE 29 II 614 E. 5 S. 620.

<sup>1148</sup> BGE 31 II 590.

instanzlicher Feststellung auf einem freien Willen beruhte. In diesem Sinn führte das Bundesgericht aus:

«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, sondern ein – nach den Auffassungen des Lebens – freier Wille ist. Ob dies im einzelnen zutrifft, ist wiederum Tatfrage.»<sup>1149</sup>

Mit Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung im 20. Jahrhundert gab es im Bereich des Privatrechts freilich nur zwei Neurosefälle, in welchen das Bundesgericht den juristischen Kausalzusammenhang wegen Simulation verneinte. Einerseits betraf dies den bereits erwähnten Fall «Sidler» und andererseits einen Fall, zu welchem 1934 ein privatversicherungsrechtlicher Entscheid erging.<sup>1150</sup> In beiden Urteilen ging das Bundesgericht davon aus, dass der Kausalzusammenhang im Rechtssinn resp. im späteren Entscheid der adäquate Kausalzusammenhang aufgrund erwiesener Simulation oder bewusster Aggravation als unterbrochen zu betrachten war.

Es lässt sich also feststellen, dass das Bundesgericht – mit Ausnahme dieser beiden Fälle – den rechtserheblichen Kausalzusammenhang zwischen Unfall und in der Folge sich zeitigenden und mithin – bewusst oder unbewusst – aggravierten unklaren Beschwerden in ständiger Rechtsprechung bejahte. Solange mit anderen Worten dem Geschädigten für die Herausbildung der unklaren Beschwerden in tatsächlicher Hinsicht keine verwerfliche Willensbetätigung vorgeworfen werden konnte, wurde der erforderliche Kausalzusammenhang stets als gegeben angenommen.

Die auf den Fall «Sidler» zurückgehende grundsätzliche Wertung lag insbesondere auch dem «Sacheli»-Entscheid<sup>1151</sup> aus dem Jahr 1970 zugrunde, in welchem das Bundesgericht sowohl den natürlichen als auch den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und der eingetretenen Begehrungsneurose bejahte. Obwohl im «Sacheli»-Fall in tatsächlicher Hinsicht erstellt war, dass der Geschädigte nur deswegen krank war, weil ihm der Unfall Aussicht auf Leistungen Dritter gab, bejahte das Bundesgericht den adäquaten Kausalzusammenhang. Massgebend für diesen Entscheid war der Umstand, dass dem Geschädigten keine verwerfliche Willensbetätigung vorgeworfen werden konnte. Mit Verweisen im «Sache-

---

<sup>1149</sup> 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.

<sup>1150</sup> BGE 60 II 132.

<sup>1151</sup> BGE 96 II 392.



li»-Entscheid auf den sogenannten «Securitas-Fall»<sup>1152</sup> und solchen in diesem auf den Fall «Sidler» legte das Bundesgericht diese Anknüpfung auch offen. Ebenso diene diese Rechtsprechung auch für die gegen Ende des 20. Jahrhunderts ergangene Rechtsprechung zur Beurteilung von HWS-Distorsionen als Grundlage. Im betreffenden Leitentscheid<sup>1153</sup> wurde nämlich ausdrücklich an die entsprechenden Erwägungen im «Sacheli»-Entscheid angeknüpft.

### 11.1.2.3. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs

Schon im 19. Jahrhundert wandte das Bundesgericht den Rechtsbegriff der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs an. Bei diesem Zurechnungskriterium ging es stets darum, die Schadenszurechnung einer in tatsächlicher Hinsicht erstellten Kausalität zwischen schädigendem Ereignis, eingetretener Rechtsgutverletzung und geltend gemachtem Schaden aus rechtlichen Wertungsgesichtspunkten zu versagen. Das Bundesgericht nahm eine Unterbrechung nur ausnahmsweise an, nämlich im Fall erwiesener Simulation.<sup>1154</sup> Es vertrat stets die Wertung, eine konstitutionelle Prädisposition vermöge den adäquaten Kausalzusammenhang in der Regel weder zu unterbrechen noch auszuschliessen.<sup>1155</sup> Mit Blick auf die gesamte Entwicklung der Rechtsprechung zu unklaren Beschwerdebildern bis heute bleibt etwas unklar, wie das Verhältnis dieser Zurechnungslehre zu jener der Prüfung des juristischen Kausalzusammenhangs eigentlich gedacht ist.<sup>1156</sup> Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht das Zurechnungskriterium der Unterbrechung bereits vor der Adaption der Adäquanzlehre angewandt hat.

### 11.1.2.4. Objektive «ex post»-Prognose und generelle Eignung

Bereits in den ersten Jahren des 20. Jahrhunderts wandte das Bundesgericht die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs an, um die schwierigen Zurechnungsfragen zu lösen. Die massgebende Formel, die das Bundesgericht erstmals 1915 in

<sup>1152</sup> BGE 70 II 168.

<sup>1153</sup> BGE 123 III 110.

<sup>1154</sup> BGE 60 II 132; 31 II 590; vgl. u.a. auch BGE 70 II 168 E. 1 S. 177.

<sup>1155</sup> BGE 123 III 110 E. 2c S. 115; Urteile des Bundesgerichts 4A\_307/2008 und 4A\_311/2008 vom 27. November 2008 E. 2.1.1.; 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 3.2.

<sup>1156</sup> Das Bundesgericht in einem älteren Entscheid und auch zahlreiche Autoren weisen darauf hin, dass eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs streng genommen gar nicht möglich sei, da die Adäquanz entweder an sich schon fehle oder aber trotz anderer Mitursachen vorhanden sei und diesfalls nicht mehr unterbrochen werde könne (BGE 86 IV 153 E. 1 S. 156; FELLMANN/KOTTMANN, N 458 und 471 ff.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.40). In der Regel wird die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs als Fallgruppe der Inadäquanz verstanden (ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.40).

ausführlicher Weise darlegte, lautete damals bereits sehr ähnlich wie die heute regelmässig zitierte:

«[E]ine Tatsache [ist] dann als Ursache eines Erfolgs anzusehen, wenn diese Tatsache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens an sich geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, und daher der Eintritt dieses Erfolges durch die konkrete Tatsache allgemein als begünstigt erscheint.»<sup>1157</sup>

Schon in den ersten Jahren des 20. Jahrhunderts wurde in einzelnen Entscheiden ersichtlich, dass das Bundesgericht die sogenannte objektive «ex post»-Prognose im Sinne der von RÜMELIN begründeten Variante der Adäquanzlehre vorzog.<sup>1158</sup> Demzufolge war die Adäquanz fortan aus einem retrospektiven und objektiven Blickwinkel zu beurteilen.<sup>1159</sup> Bis heute hat das Bundesgericht diese Beurteilungsmethode beibehalten, wobei es freilich die weiteren für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs massgebenden Kriterien im Laufe der Zeit ergänzte und präziserte.

### 11.1.2.5. Wesentliche Ursache und Anerkennung singulärer Unfallfolgen

Insbesondere mit zwei in den Jahren 1944 («Securitas-Fall»<sup>1160</sup>) und 1954 («Krallenhand-Fall»<sup>1161</sup>) ergangenen privatversicherungsrechtlichen Entscheiden entwickelte das Bundesgericht die auf den Fall «Sidler» zurückgehende Zurechnungskonzeption entscheidend weiter. In den betreffenden Fällen bejahte es den natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Unfallereignis, eingetretenen unbedeutenden äusserlichen Verletzungen und sich daraus entwickelten unklaren Beschwerden.<sup>1162</sup>

Im bereits erwähnten «Securitas-Fall» aus dem Jahr 1944 nahm das Bundesgericht die entscheidende Abgrenzung zwischen zurechenbaren und nicht zurechenbaren

---

<sup>1157</sup> Vgl. GMÜR, S. 52; BGE 41 II 90 E. 1 S. 94.

<sup>1158</sup> GMÜR, S. 60.

<sup>1159</sup> Vgl. BGE 80 II 338 E. 2b S. 344, wo sich das Bundesgericht ausdrücklich für die objektive «ex post»-Prognose und die Massgeblichkeit der generellen Eignung aussprach. Die Tendenz zu dieser Beurteilungsmethode ist freilich schon in früheren Entscheiden, die nicht unklare Beschwerdebilder betrafen, erkennbar.

<sup>1160</sup> BGE 70 II 168.

<sup>1161</sup> BGE 80 II 338.

<sup>1162</sup> Es ist darauf hinzuweisen, dass bei Anwendung der von 1918 bis in die 1980er-Jahre hinein massgebenden Neurosenpraxis des EVG auf diese beiden Fälle aufgrund des Vorliegens einer Begehrungsneurose die Leistung dagegen jeweils zu verweigern gewesen wäre.

Unfallfolgen anhand des Kriteriums der «wesentlichen Ursache» vor. Dabei vertrat es die Sichtweise, es könne nach dem Begriff der Adäquanz nicht alles, was sich in der durch einen Unfall eingeleiteten Kette von Vorfällen ereigne, als Unfallfolge im Rechtssinn gelten, sondern nur, was auf den Unfall als wesentliche Ursache zurückzuführen sei.<sup>1163</sup> Mit dem Abstellen auf die «wesentliche Ursache» griff das Bundesgericht auf ein Kriterium zurück, das teilweise als eigenständige Theorie, nämlich jene der wesentlichen Bedingung, betrachtet wird. Im konkreten Fall beurteilte es den Unfall als wesentliche Ursache der eingetretenen abnormalen neurotischen Reaktion des Geschädigten. Diese Rechtsprechung übertrug es mit dem «Sacheli»-Entscheid später auch in das Haftpflichtrecht.

Im zweiten Fall, dem «Krallenhand-Fall»<sup>1164</sup> aus dem Jahr 1954, argumentierte das Bundesgericht dahingehend, dass singuläre und aussergewöhnliche Unfallfolgen ebenfalls als adäquat zu betrachten seien. Es begründete seine Position damit, dass es auf die generelle Eignung eines Unfalls, psychoneurotische funktionelle Störungen zu hinterlassen, ankomme und nicht auf den konkreten Fall. Da generell anzunehmen ist, dass ein Unfall zu neurotischen Störungen führen kann, bejahte es im «Krallenhand-Fall» trotz abnormer psychischer Störung und erwiesener ausgeprägter Begehrungstendenzen den entsprechenden adäquaten Kausalzusammenhang. Auch diese Rechtsprechung übertrug das Bundesgericht 1970 auf das Haftpflichtrecht und anerkannte in Verwendung der aus der Neurosenpraxis des EVG geläufigen Definitionen die Begehrungsneurose als entschädigungswürdig.<sup>1165</sup>

Als in den 1990er-Jahren das Beschwerdebild der HWS-Distorsion aufkam, knüpfte das Bundesgericht an die im «Sacheli»-Entscheid zu Begehrungsneurosen aufgezeigte Rechtsprechung an. Weil demgemäss selbst singuläre, aussergewöhnliche Unfallfolgen als adäquat zu beurteilen sind, wurde der adäquate Kausalzusammenhang im Haftpflichtrecht fortan auch bei langanhaltenden unklaren Beschwerden, die im Nachgang zu HWS-Distorsionen auftraten, praktisch immer bejaht. Damit war im Bereich des Haftpflichtrechts prinzipiell immer noch die Praxis massgebend, die auf den Fall «Sidler» zurückgeht. Dieser zufolge wird der adäquate Kausalzusammenhang einzig in jenen Fällen verneint, in welchen der Unfall nur als äusserer Anlass genutzt wird, um die eingetretenen Beschwerden aus freiem Willen zu übertreiben. Da bei HWS-Distorsionen Simulation und bewusste Aggravation erwiesenermassen nur eine untergeordnete Rolle spielen, wurde der adäquate Kausalzusammenhang zwischen einem Unfall und später aufgetretenen langanhaltenden unklaren Be-

<sup>1163</sup> BGE 70 II 168 E. I S. 177.

<sup>1164</sup> BGE 80 II 338.

<sup>1165</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396; 80 II 338 E. 2b S. 344.

schwerden im Sinne des für HWS-Distorsionen als typisch bezeichneten Beschwerdebildes vom Bundesgericht bis heute äusserst selten verneint.<sup>1166</sup>

### 11.1.2.6. Unbeachtlichkeit der Unfallschwere

Während das Bundesgericht die Rechtsprechung zum typischen Beschwerdebild bei HWS-Distorsionen, die für die Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs massgebend ist, mit BGE 123 III 110 in das Haftpflichtrecht übertrug, lehnte es die Übernahme der ebenfalls auf den «Salanitri»-Entscheid aus dem Jahr 1991 zurückgehenden, nach Unfallschwere klassifizierenden sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzbeurteilung ab.<sup>1167</sup> Auch diese höchstrichterlich vorgegebene Unbeachtlichkeit der Unfallschwere im Rahmen der Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs ist als ein massgebendes Zurechnungskriterium zu betrachten. Indem nämlich der Schwere des erlittenen Unfalls keine Bedeutung beigemessen wird, muss bei der haftpflichtrechtlichen Adäquanzbeurteilung zwangsläufig auf andere Wertungsgesichtspunkte abgestellt werden.

### 11.1.2.7. Billigkeit und Normzweck

Die im Vergleich zum Unfallversicherungsrecht grosszügigere Prüfung des haftungsbegründenden adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen unklaren Beschwerden und Unfällen rechtfertigte das Bundesgericht vor allem mit Verweisen auf die Billigkeit und den Zweck der anwendbaren Normen oder des ganzen Normenkomplexes.<sup>1168</sup>

Über die gesamte analysierte Rechtsprechung hinweg räumte das Bundesgericht dem Prinzip der Billigkeit tatsächlich einen überaus hohen Stellenwert ein. Es liegt daher der Schluss nahe, dass dieser Grundsatz für die Frage der Haftungsbegründung, die sich im Rahmen der Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs stellt, bis heute eigentlich den entscheidenden Wertungsgesichtspunkt bildet.<sup>1169</sup>

---

<sup>1166</sup> Eine entsprechende Ausnahme betrifft das Urteil des Bundesgerichts 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 4, in welchem trotz Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen Unfall und eingetretenen unklaren Beschwerden der entsprechende adäquate Kausalzusammenhang verneint wurde.

<sup>1167</sup> BGE 134 V 109 E. 8.1 S. 119; Urteile des Bundesgerichts 4A\_115/2014 vom 20. November 2014 E. 6.3; 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012 E. 2.4.

<sup>1168</sup> BGE 123 III 110 E. 2a S. 112.

<sup>1169</sup> Vgl. zur grossen Bedeutung dieses Grundsatzes auch BGE 142 III 433 E. 4.5 S. 435 (Verneinung der Haftung der Unfallverursacherin für den Schaden, welchen der Ehemann des unmittelbaren Unfallopfers aufgrund einer Überlastung erlitten hat).

Dagegen spielt die Normzwecklehre, die 1997 im Leitentscheid zur haftpflichtrechtlichen Beurteilung der HWS-Distorsion<sup>1170</sup> ausdrücklich herangezogen wurde, für die Haftungs begründung in Fällen mit unklaren Beschwerden bis anhin nur eine untergeordnete Rolle.<sup>1171</sup> Unter Bezugnahme auf diese Theorie legte das Bundesgericht einzig dar, dass der adäquate Kausalzusammenhang eine Generalklausel sei, die im Einzelfall durch das Gericht gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit konkretisiert werden müsse, und dabei massgebend sei, ob eine unfallbedingte Störung billigerweise noch dem Schädiger oder Haftpflichtigen zugerechnet werden dürfe. Damit erklärte es im Grunde nur, was schon aus der ständigen Rechtsprechung ersichtlich wird, nämlich dass nach bundesgerichtlichem Verständnis das rechtspolitische Ziel des Haftpflichtrechts in der billigen Zurechnungsentscheidung liegt.

### 11.1.3. Zwischenfazit

Die aufgezeigten Entwicklungen führten schliesslich dahin, dass die Beurteilung der haftungsbegründenden Zurechnung bei unklaren Beschwerdebildern im Haftpflichtrecht heutzutage weitgehend davon abhängt, ob der natürliche Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und eingetretenen langanhaltenden unklaren Beschwerden bejaht wird oder nicht. Dieser wurde in den letzten Jahren in mehreren Fällen, in welchen langanhaltende unklare Beschwerden geltend gemacht wurden, verneint.<sup>1172</sup> Demnach wird die Haftungs begründung im Haftpflichtrecht wohl aller Voraussicht nach auch in naher Zukunft weitgehend davon abhängen, ob der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und den eingetretenen unklaren Beschwerden als gegeben betrachtet wird oder nicht. Die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs dürfte hingegen angesichts der diesbezüglich konstanten bisherigen Praxis<sup>1173</sup> des Bundesgerichts für die Frage der haftungsbe-

<sup>1170</sup> BGE 123 III 110.

<sup>1171</sup> Im Gegensatz zum Prüfungsschritt des adäquaten Kausalzusammenhangs kommt der Normzwecklehre bereits heute, z.B. bei der Auslegung des Begriffs der Betriebsgefahr in Fällen der Gefährdungshaftung, durchaus eine erhebliche Bedeutung zu (vgl. hierzu WEBER, Dogmatisch Ungereimtes, S. 560).

<sup>1172</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4; 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.

<sup>1173</sup> Vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012 E. 2.3: «Haftpflichtrechtlich genügt es, dass der Schädiger eine Schadenursache gesetzt hat, ohne die es nicht zum Schaden gekommen wäre, während Mitursachen wie etwa die konstitutionelle Prädisposition des Geschädigten den adäquaten Kausalzusammenhang in der Regel weder zu unterbrechen noch auszuschliessen vermögen».

gründenden Zurechnung weiterhin kaum eine Rolle spielen.<sup>1174</sup> Vielmehr wird dieser bei gegebenem natürlichem Kausalzusammenhang grundsätzlich ebenfalls bejaht.<sup>1175</sup> Mit anderen Worten führt die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nach wie vor eo ipso dazu, dass auch der adäquate Kausalzusammenhang als gegeben betrachtet wird.

## **11.2. Zurechnung beim Schadenstatbestand im Haftpflichtrecht**

Im Gegensatz zur Frage der Haftungsbegründung unterscheiden sich die zu verschiedenen Zeiten ergangenen Entscheide zu unklaren Beschwerden hinsichtlich der Zurechnung beim Schadenstatbestand erheblich. Es ist ein klares Muster erkennbar. Immer dann, wenn die unklaren Beschwerden auf organische Verletzungen unbekannter Art zurückgeführt wurden, erhielten die Geschädigten insgesamt deutlich grosszügigere Schadenersatzbeträge zugesprochen, als wenn die unklaren Beschwerden rein psychogenetisch erklärt wurden.

### **11.2.1. Schwankende Zurechnungspraxis**

In der Anfangszeit des Bundesgerichts fielen auch die gutachterlichen Einschätzungen zu den traumatischen Neurosen mit negativen Heilungs- und langanhaltenden Arbeitsunfähigkeitsprognosen aus. Dies geschah meist in der Annahme, dass ein organisches Leiden vorliege. In mehreren Fällen wurden daher den Betroffenen lebenslange Renten gewährt. Darüber hinaus räumten die Gerichte auch in zahlreichen Fällen, in denen mit einer möglichen Verschlimmerung des Gesundheitszustandes gerechnet wurde, Rektifikationsvorbehalte zugunsten der Geschädigten oder deren Hinterbliebenen ein. Die ab 1881 in Arbeitgeberhaftpflichtfällen konkret zugesprochenen Schadenersatzbeträge fielen freilich aufgrund des damals gesetzlich eingeführten Maximalbetrages von CHF 6'000<sup>1176</sup> verhältnismässig gering aus. Im Gegensatz dazu waren die Schadenersatzbeträge, die nach Eisenbahnunfällen bis 1904 gesprochen wurden, verhältnismässig hoch.<sup>1177</sup> So wurde etwa einem im Zeitpunkt des Unfalls 34 Jahre alten Geschädigten (Jahresverdienst von CHF 2'250), der nach einem Eisenbahnunfall unbedeutende äusserliche Verletzungen erlitten und

---

<sup>1174</sup> Diese Schlussfolgerung zieht auch JAUN, S. 757.

<sup>1175</sup> HUSMANN, S. 23.

<sup>1176</sup> Art. 6 Abs. 2 FHG; vgl. hierzu Fn. 154.

<sup>1177</sup> Vgl. insb. BGE 30 II 486 E. 4 S. 492; 28 II 200 Sachverhalt F S. 205.

danach über langanhaltende unklare Beschwerden geklagt hatte, in der Annahme einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit von 66 % eine Kapitalabfindung von CHF 28'000 gewährt.<sup>1178</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 254'825.<sup>1179</sup>

Als sich um die Wende vom 19. ins 20. Jahrhundert infolge neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse zunehmend die Sichtweise durchsetzte, dass den traumatischen Neurosen in der Regel keine organischen Verletzungen zugrunde lagen, fiel die Zurechnung beim Schadenstatbestand ab 1905 insgesamt deutlich restriktiver aus. Freilich war die Schadenszurechnungs-Praxis zur traumatischen Neurose bis zum Beginn des Ersten Weltkriegs uneinheitlich. In seltenen Fällen wurden auch dazumal noch vergleichsweise hohe Schadenersatzbeträge für dauerhafte Arbeitsunfähigkeit zugesprochen.<sup>1180</sup>

Ab 1905 wies das Bundesgericht in seinen Entscheiden aber regelmässig darauf hin, dass die traumatische Neurose erfahrungsgemäss nach Erledigung der Entschädigungsfrage und Beendigung des Prozesses zu verheilen pflege.<sup>1181</sup> Gleichzeitig stellten die Gutachter vermehrt günstigere Heilungs- und Arbeitsunfähigkeitsprognosen. So wurden die Entschädigungen praktisch nur noch in Form einer Kapitalabfindung ausgerichtet. Denn lebenslange Renten, so wusste man aus entsprechenden Auswertungen aus Deutschland, hatten regelmässig negativen Einfluss auf die gesundheitliche Heilung der betroffenen Personen.<sup>1182</sup> In diesem Sinne wurde zum Beispiel in einem Fall im Jahr 1905 unter Annahme einer beschränkten Erwerbsfähigkeit von fünf Jahren eine Kapitalentschädigung von CHF 930 zugesprochen. Die Entschädigung wurde in abgestufter Weise berechnet. Für die letzten drei Jahre wurde nur noch eine Erwerbseinbusse von 10 % angenommen.<sup>1183</sup> Unter Berücksichtigung der Teuerung entspricht dieser Betrag heute näherungsweise CHF 8'464.<sup>1184</sup>

Zur Zeit des Ersten Weltkriegs hatte sich eine Praxis etabliert, bei der nur für die Dauer des Rechtsstreites und hernach noch für maximal drei Jahre (i.d.R. 1–3 Jahre) Leistungen gewährt wurden. Meist nahm man für die Dauer des Rechtsstreites eine

<sup>1178</sup> BGE 30 II 486 E. 4 S. 491; vgl. zum Sachverhalt dieses Entscheids Fn. 175.

<sup>1179</sup> Vgl. zur Berechnung Fn. 176.

<sup>1180</sup> Vgl. BGE 38 II 220 E. 4 S. 228.

<sup>1181</sup> Anstelle vieler: 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.»

<sup>1182</sup> MAURER, Unfallversicherung, S. 256; PICCARD, Versicherungsneurose, S. 309.

<sup>1183</sup> BGE 32 II 13 Sachverhalt A S. 14 und E. 6 S. 20.

<sup>1184</sup> Vgl. zur Berechnung Fn. 269.

100%ige und danach für die Heilungsfrist eine progressiv abnehmende Erwerbsunfähigkeit an. Interessanterweise ermöglichte eine rasche Abfindung in der Mehrheit der Fälle den Betroffenen offenbar, im Arbeitsleben wieder Fuss zu fassen. Nebst dem Bundesgericht bedienten sich zur Zeit des Ersten Weltkriegs auch die Privatversicherer der aufgezeigten Abfindungspraxis, indem sie entsprechende Vergleiche anstrebten.<sup>1185</sup>

Als einschneidend für die Tätigkeit des Bundesgerichts stellte sich die Ablösung der Arbeitgeberhaftpflicht durch die soziale Unfallversicherung heraus, infolgedessen die Neurosenfälle für längere Zeit aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Haftpflichtrecht verschwanden. Erst 1934 hatte es sich – in einer privatversicherungsrechtlichen Streitigkeit – wieder mit unklaren Beschwerden zu befassen, wobei es jedoch aufgrund erwiesener Simulation bereits die haftungsbegründende Zurechnung verneinte.<sup>1186</sup> Im «Securitas-Fall»<sup>1187</sup>, einem weiteren Entscheid zum Privatversicherungsrecht aus dem Jahr 1944, ging das Bundesgericht dann von einer bis zum Urteilsspruch andauernden Arbeitsunfähigkeit aus. Gemäss einer nicht publizierten Erwägung nahm es eine baldige Besserung des Gesundheitszustandes an und gewährte letztlich nur Taggeldleistungen für die beschränkte Zeit von einem Jahr.<sup>1188</sup> Es ist festzuhalten, dass das Bundesgericht die 1905 eingeführte restriktivere Handhabung der Neurosefälle bis in die 1950er-Jahre hinein beibehielt.

Erst im «Krallenhand-Fall»<sup>1189</sup> aus dem Jahr 1954 nahm das Bundesgericht nach langer Zeit wieder eine dauerhafte invalidisierende Schädigung an. Mit den beiden «Sacheli»-Entscheiden aus den Jahren 1970<sup>1190</sup> und 1972<sup>1191</sup> übernahm es diese Rechtsprechung dann – in grundsätzlicher Weise – in das Haftpflichtrecht. Im zweiten dieser beiden Entscheide nahm es zwar erneut eine dauerhafte Invalidität an, bestätigte jedoch zugleich die vorinstanzliche Kürzung des Schadenersatzes um 2/3 im Rahmen der Schadenersatzbemessung nach Art. 44 Abs. 1 OR.

In der Folge erging über 20 Jahre kein (publizierter) haftpflichtrechtlicher Entscheid des Bundesgerichts zu unklaren Beschwerden. Erst als sich 1991 die sozialversicherungsrechtliche Praxis zum Umgang mit HWS-Distorsionen mit dem «Salanitri»-Entscheid<sup>1192</sup> änderte, hatte sich das Bundesgericht wieder vermehrt mit unklaren

---

<sup>1185</sup> WEYENETH-PÜNTER, S. 83; vgl. auch NAEGELI, Unfallsneurosen, S. 178 ff.

<sup>1186</sup> BGE 60 II 132.

<sup>1187</sup> BGE 70 II 168.

<sup>1188</sup> SCHAER, Adäquanz, S. 569.

<sup>1189</sup> BGE 80 II 338.

<sup>1190</sup> BGE 96 II 392.

<sup>1191</sup> Urteil des Bundesgerichts C 44/72 vom 30. Mai 1972.

<sup>1192</sup> BGE 117 V 359.



Beschwerdebildern zu befassen. Aufgrund der Übertragung der Rechtsprechung zum «typischen Beschwerdebild» ins Haftpflichtrecht<sup>1193</sup> wurde die hinsichtlich der Zurechnung beim Schadenstatbestand über die gesamte in dieser Dissertation betrachtete Zeit hinweg vergleichsweise grosszügigste Phase begründet. Unter der Annahme, dass auch infolge leichter HWS-Distorsionen mit einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit zu rechnen sei, wurden oftmals Schadenersatzbeträge in Millionenhöhe zugesprochen. Allein im Jahr 2004 erwuchsen den Privatversicherern aufgrund der Folgen leichter HWS-Distorsionen Kosten von insgesamt CHF 500 Mio.<sup>1194</sup>

Nicht zuletzt aufgrund der heftigen Kritik an dieser Entwicklung gestaltete das Bundesgericht die Zurechnungspraxis beim Schadenstatbestand ab 2007 wieder deutlich restriktiver aus. Einerseits verneinte es seither, wie bereits im vorangegangenen Unterkapitel aufgezeigt wurde,<sup>1195</sup> teilweise bereits die haftungsbegründende Zurechnung zwischen Unfallereignis und geltend gemachten langanhaltenden unklaren Beschwerden. Andererseits trug es in mehreren Fällen der konstitutionellen Prädisposition der Betroffenen durch bedeutende Reduktionen im Rahmen der Schadenersatzbemessung Rechnung. In diesem Sinn stützte das Bundesgericht in mehreren Urteilen, die zwischen 2007 und 2013 ergingen, die von den jeweiligen Vorinstanzen in der Regel gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR vorgenommenen Kürzungen der Schadenersatzbeträge um 66,7 %, <sup>1196</sup> um 50 %, <sup>1197</sup> um 75 % auf CHF 149'133.10, <sup>1198</sup> um 80 % auf CHF 155'486<sup>1199</sup> und um 20 %.<sup>1200</sup> Allerdings sind die vorgenommenen Kürzungen in dieser Periode insgesamt betrachtet als recht schwankend zu bezeichnen, wie z.B. ein Entscheid aus dem Jahr 2008 zeigt, in welchem das Bundesgericht in der von der Vorinstanz vorgenommenen Kürzung um 20 % eine Rechtsverletzung erblickte.<sup>1201</sup> Es befand, dass gar keine Kürzung hätte vorgenommen werden dürfen. Dies erstaunt insofern, als das Bundesgericht sich bei solchen Ermessensentscheiden für gewöhnlich Zurückhaltung auferlegt.<sup>1202</sup>

<sup>1193</sup> BGE 123 III 110.

<sup>1194</sup> CEA/AREDOC, S. 7; In. Parmelin.

<sup>1195</sup> Vgl. 11.1.1.3.

<sup>1196</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.2 und 5.5.

<sup>1197</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_307/2008 und 4A\_311/2008 vom 27. November 2008 E. 2.5.

<sup>1198</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_65/2009 vom 17. Februar 2010 Sachverhalt B und E. 5.5.

<sup>1199</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_25/2011 vom 21. März 2011 Sachverhalt B und E. 4.

<sup>1200</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 6.2.

<sup>1201</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.5.

<sup>1202</sup> BGE 131 III 12 E. 4.2 S. 15; 123 III 110 E. 4c/aa S. 13; Urteile des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 6.1; 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.5.

## 11.2.2. Konstitutionelle Prädisposition in der Schadensberechnung

Schon früh stellte das Bundesgericht Grundsätze auf, die noch heute für die Schadensberechnung massgebend sind. Von Beginn weg vertrat es die Auffassung, dass der Schädiger für den gesamten Schaden aufzukommen habe.<sup>1203</sup> Zugleich stellte es sich um die Jahrhundertwende vom 19. in das 20. Jahrhundert auf den Standpunkt, dass eine krankhafte Veranlagung, die ohne den Unfall keine Lohnneinbusse bewirkt hätte, nicht zu einer Kürzung der Entschädigung führte.<sup>1204</sup> Freilich hielt es damals auch schon für massgebend, dass nur derjenige Schaden zu ersetzen sei, der eine Folge des Betriebsunfalles sei und nicht etwa auch derjenige, der auf die Krankheit oder krankhafte Disposition zurückgehe und auch ohne den Unfall bestünde.<sup>1205</sup> Schon damals spielten demnach hypothetische Annahmen einer kürzeren Dauer voller Arbeitsunfähigkeit aufgrund eines Naturalfehlers resp. einer Disposition, die sich auch ohne das schädigende Ereignis ausgewirkt hätte, im Rahmen der Schadensberechnung eine bedeutende Rolle.<sup>1206</sup>

In grundsätzlicher Hinsicht hat das Bundesgericht an diesen bereits in der damaligen Zeit als massgebend erklärten Wertungsgesichtspunkten bis heute festgehalten. Auch heute ist entscheidend, ob die Prädisposition hypothetisch betrachtet selbst ohne den Unfall zu einem Schaden, sei es in vollem oder geringerem Umfang, geführt hätte. Ist dies der Fall, so ist dieser nicht als Unfallfolge zu betrachten und dem Haftpflichtigen dementsprechend nicht zurechenbar.<sup>1207</sup> Er ist mit anderen Worten bereits in der Schadensberechnung nach Art. 42 OR ausser Acht zu lassen. Wäre der Schaden dagegen aller Voraussicht nach ohne das schädigende Ereignis nicht eingetreten, stellt sich nur noch die Frage, ob unter Umständen der Schadenersatz gestützt auf Art. 43 und 44 OR herabzusetzen ist.

---

<sup>1203</sup> BGE 38 II 646 E. 1 S. 652; 19 801 E. 3 S. 806; vgl. auch BGE 6 267 E. 7 S. 272; 6 256 E. 6 S. 263; KÖHL, S. 58.

<sup>1204</sup> BGE 38 II 646 E. 1 S. 652. Das Bundesgericht verwendete in diesem Entscheid den Begriff der Herabsetzung. Es bezog sich dabei aber wohl auf die Berücksichtigung der konstitutionellen Prädisposition im Rahmen der Schadensberechnung.

<sup>1205</sup> BGE 38 II 646 E. 1 S. 652 f.; 31 II 227 E. 5 S. 233; vgl. auch BGE 32 II 21 E. 4 S. 29, wo diese Rechtsprechung bestätigt wird.

<sup>1206</sup> BGE 38 II 646 E. 1 S. 652; 27 II 253 E. 3 S. 262; vgl. auch BGE 17 737 E. 4 S. 740; 16 542 E. 2 S. 546.

<sup>1207</sup> BGE 113 II 86 E. 3b S. 93; Urteil des Bundesgerichts 4A\_45/2009 vom 25. März 2009 E. 3.3.3.

### 11.2.3. Konstitutionelle Prädisposition in der Schadenersatzbemessung

Die Möglichkeiten zur Herabsetzung des Schadenersatzes im Rahmen der Schadenersatzbemessung waren um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert einzig von den anwendbaren haftpflichtrechtlichen Bestimmungen abhängig. Im Gegensatz zu Eisenbahnhaftpflichtfällen konnte in Fabrikhaftpflichtfällen der berechnete Schadenersatzbetrag gestützt auf Art. 5 lit. a FHG wegen Zufalls herabgesetzt werden.<sup>1208</sup> Unter anderem aus diesem Grund reduzierte das Bundesgericht den Schadenersatz in einem Fall um 1/3 auf CHF 4'000.<sup>1209</sup> In einem anderen Entscheid zu unklaren Beschwerden setzte es den Schadenersatzbetrag aufgrund eines Zufalls gar um 50 % auf CHF 1'200 herab.<sup>1210</sup> In den damaligen Entscheiden ging das Bundesgericht jedoch einzig von Billigkeitserwägungen aus, ohne jeweils näher auszuführen, unter welchen Voraussetzungen eine nachgewiesene konstitutionelle Prädisposition zu einer Herabsetzung berechtigte.<sup>1211</sup>

In vergleichbarer Weise ist diese Rechtsprechung auch heute noch massgebend. Das Bundesgericht ordnet die konstitutionelle Prädisposition in dogmatischer Hinsicht als mitwirkenden Zufall ein. In konstanter Rechtsprechung führt es seit je aus, dass der Haftpflichtige, sofern der Schaden ohne das schädigende Ereignis überhaupt nicht eingetreten wäre, grundsätzlich in vollem Umfang verantwortlich bleibt.<sup>1212</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob der krankhafte Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat.<sup>1213</sup> Dem Anteil der Prädisposition an der Kausalität kann dagegen unter Umständen bei der Schadenersatzbemessung nach Art. 44 OR Rechnung getragen werden.<sup>1214</sup> Das Bestehen eines Konstitutionsmangels genügt jedoch für sich allein nicht, um den Schadenersatzbetrag herabzusetzen.<sup>1215</sup> Es müssen weitere Umstände hinzutreten, welche es als unbillig erscheinen lassen, dass der Haftpflichtige den ganzen Schaden zu tragen hat. In einzelnen Entscheiden führte das Bundesgericht gar aus, eine Reduktion dürfe nur ausnahmsweise erfolgen.<sup>1216</sup> Selbst wenn aber eine Kürzung zulässig ist, darf der Schadenersatz nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht einfach schematisch um den medizinisch festge-

<sup>1208</sup> KÖHL, S. 86.

<sup>1209</sup> BGE 27 II 253 Sachverhalt D und E S. 257 sowie E. 4 S. 262.

<sup>1210</sup> BGE 36 II 104 E. 3 S. 116.

<sup>1211</sup> KÖHL, S. 91.

<sup>1212</sup> KÖHL, S. 55.

<sup>1213</sup> Vgl. BGE 113 II 86 E. 3b S. 94.

<sup>1214</sup> Vgl. BGE 113 II 86 E. 3b S. 94.

<sup>1215</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>1216</sup> Vgl. u.a. Urteil des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.4.

stellten prozentualen Verursachungsanteil einer konstitutionellen Prädisposition gekürzt werden.<sup>1217</sup>

Als mögliche Gesichtspunkte bei einer solchen vorzunehmenden Wertung erwähnte das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung folgende Kriterien:

- zurechenbare Gefahrenexponierung des Geschädigten;<sup>1218</sup>
- Missverhältnis zwischen Ursache und Wirkung: eine sich besonders ungünstig auswirkende Vorbelastung, die dazu führt, dass die haftungsbegründende Ursache in keinem Verhältnis mehr zur Grösse des eingetretenen Schadens steht;<sup>1219</sup>
- Umstand, dass der Geschädigte mögliche Hilfsmittel oder Schutzvorkehrungen, die es erlauben, die Behinderung ganz oder teilweise auszugleichen, nicht ergriffen hat;<sup>1220</sup>
- Grösse des Verschuldens des Haftpflichtigen im Verhältnis zum Anteil der Prädisposition an der Kausalität.<sup>1221</sup>

Die Bedeutung dieser seit bald 20 Jahren in die Rechtsprechung aufgenommenen Kriterien ist umstritten.<sup>1222</sup> Am bedeutsamsten war bisher dasjenige vom Missverhältnis zwischen Ursache und Wirkung.<sup>1223</sup> Die Bemessung der Herabsetzung beruht ohnehin zu einem bedeutenden Teil auf der Ausübung gerichtlichen Ermessens im Sinne von Art. 4 ZGB. Dem kantonalen Gericht steht dabei ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Bundesgericht in der Regel nur mit Zurückhaltung eingreift.<sup>1224</sup> Die Praxis des Bundesgerichts ist, wie bereits eingangs dieses Unterkapitels aufgezeigt wurde, schwankend und uneinheitlich. In den letzten Jahren sind wieder vermehrt höhere Reduktionen der berechneten Schadenersatzbeträge die Regel geworden. SUTER erkennt darin eine Abkehr von der um die Jahrtausendwende massgebenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die Kürzungen nur ausnahmsweise zulassen wollte.<sup>1225</sup>

---

<sup>1217</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 6.1; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>1218</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.4; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>1219</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.4; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>1220</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.4.

<sup>1221</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>1222</sup> Vgl. hierzu SUTER, Beschwerdebilder, S. 101; STUDHALTER, Prädisposition, S. 624 ff.

<sup>1223</sup> SUTER, Beschwerdebilder, S. 101.

<sup>1224</sup> BGE 123 III 10 E. 4c/aa S. 13; Urteile des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 6.1; 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.5.

<sup>1225</sup> SUTER, Beschwerdebilder, S. 101.

### 11.2.4. Schadenminderungspflicht

In der heutigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu unklaren Beschwerden wurde nie ausdrücklich auf die Schadenminderungspflicht Bezug genommen. Mit Blick auf die Rechtsprechung ist bis heute nicht klar, ob diese Pflicht bei der Schadensberechnung oder der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen ist. Die Rechtsprechung ist schwankend.<sup>1226</sup> Es ist jedoch unbestritten, dass der Geschädigte alle ihm zumutbaren Anstrengungen aufbringen muss, um den eingetretenen Schaden möglichst gering zu halten. Es geht mit anderen Worten um die zumutbare Ausschöpfung der Resterwerbsfähigkeit.<sup>1227</sup> Auf diese Pflicht wurde in der Rechtsanwendung bereits um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert abgestellt. In diesem Sinne wurde in einem Fall aus dem Jahr 1912 bei der Berechnung des Schadens berücksichtigt, welches hypothetische Einkommen der Geschädigte zumutbarerweise zum Beispiel als Handlanger oder Gartenarbeiter in Zukunft noch zu erzielen fähig sei.<sup>1228</sup>

### 11.2.5. Berücksichtigung des Erfahrungswissens

Das Bundesgericht sprach sich um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert für eine gewisse grundsätzliche Zurückhaltung bei der Festsetzung des Schadens aus, da die Erledigung des Prozesses erfahrungsgemäss geeignet sei, einen günstigen Einfluss auf das Befinden des Geschädigten auszuüben.<sup>1229</sup> Dieses auch gemäss der Adäquanztheorie zu berücksichtigende Erfahrungswissen führte mitunter dazu, dass ab 1905 in der Regel tiefere Kapitalabfindungen, bemessen für eine verhältnismässig kurze Dauer von wenigen Jahren, zugesprochen wurden.

### 11.2.6. Gutachterliche Einschätzungen

Wie auch heute noch war es schon vor über 100 Jahren in vielen Fällen mit unklaren Beschwerden schwierig, den Grad der Arbeitsunfähigkeit zu schätzen.<sup>1230</sup> Oftmals fielen die gutachterlichen Prognosen in vergleichbaren Sachverhalten unterschiedlich aus. Dies ist vorliegend insbesondere deshalb von Interesse, da die Gerichte in der Regel über den gesamten untersuchten Zeitraum hinweg weitestgehend den gutachterlichen Einschätzungen folgten. Es zeigt sich bei einer genaueren Betrachtung, wie sehr die im Laufe der Zeit schwankende Zurechnungspraxis beim Schadenstatbe-

<sup>1226</sup> WEBER, Reduktion, S. 156.

<sup>1227</sup> MÜLLER URS, S. 90.

<sup>1228</sup> BGE 38 II 646 E. 4 S. 655 f.

<sup>1229</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 290.

<sup>1230</sup> Vgl. BGE 27 II 253 Sachverhalt D S. 257.

stand von der jeweils vorherrschenden – im Falle der HWS-Distorsion von der vom Bundesgericht anerkannten (typisches Beschwerdebild und Annahme von Mikroverletzungen, die einfach noch nicht nachgewiesen werden können) – medizinischen Auffassung geprägt war. Über die gesamte Entwicklung der haftpflichtrechtlichen Rechtsprechung zu unklaren Beschwerden hinweg gesehen ist – hinsichtlich der Zurechnung beim Schadenstatbestand – der Wertungsgesichtspunkt der jeweils vorherrschenden medizinischen Auffassung der bedeutendste Faktor gewesen.

### **11.3. Haftungsbegründende Zurechnung im Unfallversicherungsrecht**

Als die soziale Unfallversicherung 1918 ihre Tätigkeit aufnahm, verschwanden die Fabrikhaftpflichtfälle rasch aus der bundesgerichtlichen Praxis. Zur gleichen Zeit setzte sich infolge der Erfahrungen aus dem Ersten Weltkrieg die psychogenetische Betrachtung der umstrittenen traumatischen Neurosen definitiv durch. In diesem Kontext wurde allgemein befürchtet, dass gegenüber der SUVA oft auch ungerechtfertigte Ansprüche geltend gemacht würden, die auf Begehrungsvorstellungen zurückgingen. Aufgrund dieser Befürchtungen sowie der Untersuchungsergebnisse von NAEGELI<sup>1231</sup> schuf der Gesetzgeber Art. 82 KUVG. Diese Bestimmung sah eine Abfindungspraxis vor, die auf den Umgang mit Neurosen zugeschnitten war und im Wesentlichen an den Erfahrungen, die man zuvor im Bereich des Haftpflichtrechts gemacht hatte, anknüpfte. Insbesondere aufgrund des Umstands, dass man traumatische Neurosen unterdessen definitiv als psychogen verursacht betrachtete, wurde jedoch der Umgang mit diesen von Beginn an restriktiver gehandhabt als zuvor im Haftpflichtrecht.

#### **11.3.1. Klassifizierende Neurosenpraxis**

Für diagnostizierte Begehrungsneurosen, deren Ursache man generell auf den Umstand des Versichertseins zurückführte, wurden Leistungen strikte verweigert. Eine Ausnahme sah das EVG einzig vor, wenn eine fehlerhafte Behandlung zu einer Behandlungsneurose führte. In diesen Fällen gewährte es eine Abfindung auch dann, wenn nicht der Unfall, sondern vielmehr die mangelhafte oder falsche ärztliche Behandlung zur Herausbildung der psychischen Störungen geführt hatte. Im Falle von «traumatischen Neurosen» resp. «Schreckneurosen», deren Entstehung unter anderem auf das Miterleben eines Unfallereignisses zurückgeführt wurde, wurde hinge-

---

<sup>1231</sup> Vgl. zur entsprechenden Untersuchung von NAEGELI Fn. 209.

gen regelmässig eine Abfindung gewährt. In seinen Entscheiden argumentierte das EVG weitgehend entlang der Unterscheidung der verschiedenen Neurosearten. Diese Neurosenpraxis war im Bereich des Unfallversicherungsrechts bis in die frühen 1980er-Jahre hinein massgebend.<sup>1232</sup>

Im Zusammenhang mit der Neurosenpraxis ist festzuhalten, dass das EVG entgegen der gemeinhin geteilten Auffassung schon von Beginn weg sowohl den natürlichen als auch den adäquaten Kausalzusammenhang prüfte, um die heiklen Zurechnungsfragen in Neurosefällen beurteilen zu können. In EVGE 1927 S. 199 verneinte es nämlich den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und der eingetretenen Begehrungsneurose, weil es selbst auch davon ausging, dass bei strenger Betrachtung der natürliche Kausalzusammenhang als gegeben zu betrachten gewesen wäre.

### 11.3.2. Natürlicher Kausalzusammenhang

Schon seit den 1920er-Jahren prüfte das EVG jeweils, ob zwischen dem Unfall und den eingetretenen unklaren Beschwerden ein natürlicher Kausalzusammenhang bestand.<sup>1233</sup>

#### 11.3.2.1. Massgeblichkeit der Bedingungslehre

Bei Begehrungsneurosen verneinte das EVG in seiner Anfangszeit teilweise selbst den natürlichen Kausalzusammenhang.

«Da weder die moderne Medizin noch auch die neuere Jurisprudenz und Rechtsprechung [...] zwischen einer derartigen Neurose und dem Unfall, bzw. der ursprünglichen Krankheit, derentwegen das Versicherungsverhältnis begründet wurde, irgendeinen Kausalzusammenhang annimmt, muss logischerweise, wenigstens als Regel, auch die Haftbarkeit der in Betracht kommenden Versicherungsanstalt für solche Fälle verneint werden.»<sup>1234</sup>

Spätestens ab 1960 bejahte es dann auch bei Begehrungsneurosen den natürlichen Kausalzusammenhang ausdrücklich.<sup>1235</sup> Im Grunde war dem EVG jedoch von Anfang an bewusst gewesen, dass dieser jeweils als gegeben zu betrachten war.<sup>1236</sup> Im Gegensatz dazu bejahte es bei traumatischen Neurosen wie z.B. Schreckneurosen in

<sup>1232</sup> Vgl. zur Begründung und Entwicklung der Neurosenpraxis insb. 8.3.

<sup>1233</sup> EVGE 1927 S. 199 E. 1 S. 205.

<sup>1234</sup> EVGE 1927 S. 199 E. 1 S. 205.

<sup>1235</sup> EVGE 1960 S. 260 E. 2; vgl. hierzu Fn. 466.

<sup>1236</sup> Vgl. PICCARD, Versicherungsneurosen, S. 316.

ständiger Rechtsprechung den natürlichen Kausalzusammenhang, da deren Entstehung unmittelbar auf das Unfallereignis zurückgeführt wurde.

### **11.3.2.2. Vermutung des «typischen Beschwerdebildes» bei HWS-Distorsionen**

In den 1980er-Jahren kamen neue medizinische Erkenntnisse auf, wonach die nach Auffahrunfällen auftretenden Beschwerden wie Kopfschmerzen, Wesensveränderungen usw. auf im Unfallmoment erlittene organische Mikroverletzungen zurückzuführen seien. Die neu vertretene medizinische Auffassung nahm das EVG 1991 zum Anlass, seine Rechtsprechung in grundlegender Weise zu ändern.<sup>1237</sup> Hatte es zuvor die infolge eines Auffahrunfalls auftretenden organisch nicht nachweisbaren Beschwerden als harmlos und innert kurzer Zeit ausheilend betrachtet, so nahm es fortan an, dass der natürliche Kausalzusammenhang zwischen Unfall und langanhaltenden unklaren Beschwerden stets zu bejahen sei, wenn eine unfallbedingte HWS-Distorsion diagnostiziert werde und zudem das entsprechende typische bunte Beschwerdebild vorliege. Dies führte dazu, dass der natürliche Kausalzusammenhang bis in das Jahr 2008 in solchen Fällen praktisch immer bejaht wurde.<sup>1238</sup>

### **11.3.2.3. Verschärfung der Rechtsprechung zum typischen Beschwerdebild**

Aufgrund der erheblichen Zunahme von geltend gemachten Ansprüchen infolge von HWS-Distorsionen ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle geriet die höchstrichterliche Rechtsprechung in den 2000er-Jahren zunehmend unter Druck. Dies ist im Besonderen darauf zurückzuführen, dass sich bis heute die vom EVG namentlich getroffenen medizinischen Annahmen wissenschaftlich nicht nachweisen liessen. Dennoch hält die höchstrichterliche Rechtsprechung bis heute trotz erheblicher Kritik an den medizinischen Grundannahmen der auf den «Salanitri»-Entscheid zurückgehenden Rechtsprechung fest.

Nichtsdestotrotz verschärfte das Bundesgericht 2008 seine Rechtsprechung mit einem Entscheid<sup>1239</sup> derart, dass seither nur noch ausnahmsweise unfallversicherungsrechtliche Rentenansprüche gewährt werden. Hinsichtlich des natürlichen Kausalzusammenhangs bezog sich diese Verschärfung auf die massgebenden Dokumentations- und Begutachtungsanforderungen.<sup>1240</sup>

---

<sup>1237</sup> BGE 117 V 359.

<sup>1238</sup> In diesem Sinn auch MURER, HWS-Distorsionstrauma, N 2.

<sup>1239</sup> BGE 134 V 109.

<sup>1240</sup> Vgl. zu dieser Verschärfung 10.3.1.



Insgesamt entspricht die heutige unfallversicherungsrechtliche Praxis grundsätzlich derjenigen im Haftpflichtrecht. Der einzige Unterschied liegt darin, dass im Unfallversicherungsrecht für die Annahme des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem schädigenden Ereignis und den eingetretenen unklaren Beschwerden bereits eine Wahrscheinlichkeit von 51 % ausreicht.<sup>1241</sup>

### 11.3.3. Adäquater Kausalzusammenhang

Wie bereits erwähnt, prüfte das EVG nahezu von Beginn weg in Fällen mit unklaren Beschwerden auch den adäquaten Kausalzusammenhang. Die in einem Entscheid aus dem Jahr 1927 verwendete Formel unterschied sich freilich von der damals im Privatrecht geläufigen. In den 1960er-Jahren übernahm das EVG die vom Bundesgericht entwickelte Adäquanzformel. Die Beurteilung der Adäquanz fällt in den beiden Rechtsgebieten bei unfallbedingten unklaren Beschwerden freilich bis heute unterschiedlich aus. Dies ist bemerkenswert, da die Adäquanz auch im Unfallversicherungsrecht mittels der objektiven «ex post»-Prognose beurteilt wird und singuläre Unfallfolgen ebenfalls als adäquat beurteilt werden können. Hinsichtlich dieser Kriterien wird auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen.<sup>1242</sup> Im Gegensatz zum Haftpflichtrecht spielt in der unfallversicherungsrechtlichen Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs die Unfallschwere eine entscheidende Rolle.

#### 11.3.3.1. Kriterium des entfernten Zusammenhangs

Die Beurteilung des rechtlich erheblichen Kausalzusammenhangs nahm das EVG im Entscheid EVGE 1927 S. 199 anhand der damals vom deutschen Reichsgericht angewandten Adäquanzformel vor.

«[D]ie nur mittelbar eingetretene Folge darf nicht in einem so entfernten Zusammenhang mit dem als Ursache in Anspruch genommenen Ereignis stehen, dass [der Kausalzusammenhang] nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden kann.»<sup>1243</sup>

In diesem Sinn grenzte das EVG die Begehrungsneurosen aufgrund ihres zu weit «entfernten Zusammenhangs» zum Unfallereignis von den anderen, abfindungswürdigen Neurosearten ab. Ab 1960 übernahm es dann, wie bereits oben erwähnt, die vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung angewandte Formel.

<sup>1241</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4.

<sup>1242</sup> Vgl. 11.1.2.4, und 11.1.2.5.

<sup>1243</sup> EVGE 1927 S. 199 E. 1 S. 205.

### **11.3.3.2. Berücksichtigung der Unfallschwere bei der Adäquanzbeurteilung**

Weil der natürliche Kausalzusammenhang bei unklaren Beschwerden, die infolge von HWS-Distorsionen aufgetreten waren, seit dem «Salanitri»-Entscheid aus dem Jahr 1991 praktisch immer bejaht wurde, hing die Frage der grundsätzlichen Ersatzpflicht fortan einzig von der Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs ab. Als Beurteilungsmassstab diente in diesem Zusammenhang die vom EVG ebenfalls mit dem «Salanitri»-Entscheid<sup>1244</sup> eingeführte Praxis, die nach Unfallschwere klassifizierte. Bei schweren Unfällen wurde der adäquate Kausalzusammenhang ohne Weiteres bejaht, bei leichten dagegen verneint. Zwecks Beurteilung der mittelschweren Unfälle führte das EVG zusätzlich weitere Kriterien wie z.B. «Dauerbeschwerden» oder «die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen» ein. Die Anforderungen bei den mittelschweren Unfällen waren rückblickend betrachtet zu Beginn nicht allzu hoch angesetzt. Infolge der mit dem «Salanitri»-Entscheid eingeführten Praxisänderung verzeichnete nämlich die soziale Unfallversicherung ab 1991 eine erhebliche Zunahme von Rentenfällen wegen HWS-Distorsionen, bei denen sich die beklagten Beschwerden nicht bildgebend objektivieren liessen.

### **11.3.3.3. Verschärfter Kriterienkatalog bei mittelschweren HWS-Distorsionen**

Infolge breiter Kritik an der im Jahr 1991 mit dem «Salanitri»-Entscheid begründeten Rechtsprechung verschärfte das Bundesgericht 2008 mit BGE 134 V 109 die für die Adäquanzbeurteilung von mittelschweren Unfällen massgebenden zusätzlichen Kriterien in bedeutender Weise.<sup>1245</sup>

Liegt nun nach einem Unfall ein typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden vor, so ist gemäss der heute massgebenden Schleudertrauma-Praxis bei mittelschweren Unfällen im Rahmen einer Gesamtwürdigung auf weitere objektiv erfassbare Umstände abzustellen.

Der seit 2008 als abschliessend charakterisierte Kriterienkatalog<sup>1246</sup> für die Beurteilung mittelschwerer Unfälle umfasst heute folgende Kriterien:

---

<sup>1244</sup> BGE 117 V 359.

<sup>1245</sup> 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).

<sup>1246</sup> 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).

- besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalles;
- die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen;
- 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).

Insbesondere auch aufgrund dieser Änderung der Rechtsprechung im Bereich der Unfallversicherung ging ab dem Jahr 2008 die Anzahl gewährter Rentenzusprachen nach organisch nicht nachweisbaren HWS-Distorsionen erheblich zurück. Es zeigte sich in der Praxis, dass im Falle mittelschwerer Unfälle die zusätzlich für einen positiven Rentenbescheid erforderlichen modifizierten Kriterien nur sehr selten gegeben sind.

#### **11.3.3.4. Beurteilungsmassstab des normal veranlagten Versicherten**

Bis in die 1980er-Jahre hinein stellte das EVG in der Adäquanzbeurteilung auf einen normal veranlagten Versicherten ab. Infolge deutlicher Kritik an dieser Rechtsprechung änderte es diese im Jahr 1985 und übernahm damit die im Haftpflichtrecht seit je massgebende Wertung, wonach der Schädiger den Geschädigten so nehmen muss, wie er tatsächlich ist. Diese Änderung der Rechtsprechung war rückblickend betrachtet mit ein Grund für die zwischen 1991 und 2008 relativ grosszügig ausgefallene Beurteilung der Haftung bei HWS-Distorsionen.<sup>1247</sup>

#### **11.3.3.5. Normzweck**

Die höchstrichterliche Rechtsprechung rechtfertigte die im Vergleich zum Haftpflichtrecht strengere unfallversicherungsrechtliche Adäquanzprüfung bei Begehrungsneurosen im Jahr 1970 und bei HWS-Distorsionen im Jahr 1997 jeweils unter Bezugnahme auf den Normzweck.<sup>1248</sup> Dem Charakter der Sozialversicherung und der Betreuungspflicht der sozialversicherungsrechtlichen Organe gegenüber den Versicherten, an die sich Begehrungstendenzen mit Vorliebe heften würden, musste nach

<sup>1247</sup> Vgl. hierzu 9.3.2.

<sup>1248</sup> Vgl. u.a. BGE 123 III 110 E. 3b S. 113.

höchstrichterlicher Auffassung bei der Beurteilung der Haftungs begründung im Unfallversicherungsrecht Rechnung getragen werden.<sup>1249</sup>

### **11.3.4. Zwischenfazit**

Im Unterschied zum Haftpflichtrecht hängt heute die Frage der Haftungs begründung 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 tiefer sind als im Haftpflichtrecht. 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 haftungs begründende Zurechnung bejaht wird, während diese gleichzeitig im Unfallversicherungsrecht verneint wird.

## **11.4. Zurechnung beim Schadenstatbestand im Unfallversicherungsrecht**

In seiner Anfangszeit beurteilte das EVG Fälle mit unklaren Beschwerden deutlich restriktiver als noch das Bundesgericht zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Der Grund für diese rechtsgebietsunterschiedliche Behandlung von Neurosen ist jedoch – wie bereits erwähnt – zu einem bedeutenden Teil damit zu erklären, dass die SUVA und im Besonderen das EVG ihre jeweilige Tätigkeit in einer Zeit aufnahmen, in der die vorherrschende medizinische Auffassung Neurosen insgesamt eher skeptisch gegenüberstand. In dieser Zeit wurden im Bereich des Haftpflichtrechts bei jeglichen Arten von Neurosen in der Regel nur noch Abfindungen für eine beschränkte Arbeitsunfähigkeit von maximal 1–3 Jahren geleistet.

### **11.4.1. Restriktive Abfindungspraxis (1918–1990)**

Auf der Grundlage der in den 1910er-Jahren massgebenden haftpflichtrechtlichen Praxis wurde mit Art. 82 KUVG eine spezifisch auf den Umgang mit Neurosen

---

<sup>1249</sup> Vgl. zu dieser Rechtsprechung 8.6.

zugeschnittene Bestimmung geschaffen. Diese sah ebenfalls die Möglichkeit von Abfindungen vor, die maximal auf eine Dauer von drei Jahren bemessen waren. Gestützt auf die gesetzliche Grundlage von Art. 82 KUVG etablierte sich ab 1918 eine vergleichsweise restriktive Praxis, insbesondere weil fortan grundsätzlich nur noch echte traumatische Neurosen (Unfallneurosen und Schreckneurosen), nicht aber Begehrungsneurosen, einen Leistungsanspruch begründeten. Infolgedessen blieb die finanzielle Belastung der SUVA aufgrund geleisteter Abfindungen während über sechs Jahrzehnten verhältnismässig gering. Gleichzeitig fand offenbar die Mehrzahl der Abgefundenen – zumindest während der ersten zwei Jahrzehnte dieser Praxis – gemäss einer eigens im Jahr 1937 von der SUVA durchgeführten Untersuchung wieder den Weg zurück ins Berufsleben. Diese Feststellung deckte sich mit den Ergebnissen der früheren Untersuchungen von NAEGELI in den Jahren 1909 und 1910.<sup>1250</sup> Nicht zuletzt aus diesem Grund wurde die angewandte Neurosenpraxis damals als erfolgreich bezeichnet.

Ab den 1980er Jahren spielte die Neurosenpraxis jedoch trotz Überführung der entsprechenden gesetzlichen Grundlage in das am 1. Januar 1984 in Kraft getretene UVG (vgl. Art. 23 Abs. 1 UVG) keine bedeutende Rolle mehr. Hintergrund ihres stillschweigenden Auslaufens im Sozialversicherungsrecht war ein Paradigmenwechsel in der Medizin und im Besonderen in der Psychiatrie.<sup>1251</sup> Vor allem die inhaltliche Ausweitung des Gesundheitsbegriffs durch die WHO führte dazu, dass neben psychischen und physischen Ursachen neu auch belastende soziale Umstände als krankmachend anerkannt wurden (sogenanntes bio-psycho-soziales Krankheitsmodell). Unter Anwendung dieses neu aufgekommenen Gesundheitsbegriffs gingen die psychiatrischen Experten bei Unfallopfern in der Regel nicht mehr davon aus, dass sie ihre Arbeit nach Erledigung der Auseinandersetzung durch Ablehnung von Ansprüchen oder Gewährung einer Abfindung wieder aufnehmen würden.<sup>1252</sup> Vielmehr diagnostizierten sie fortan auch bei infolge von Unfällen aufgetretenen unklaren Beschwerden oftmals aus ihrer Sicht plausible langanhaltende gesundheitliche Störungen.

#### 11.4.2. Grosszügige Rentengewährungspraxis (1991–2007)

Der aufgezeigte medizinische Paradigmenwechsel war ein wesentlicher Grund, dass sich ab 1991 im Unfallversicherungsrecht die Zurechnungspraxis beim Schadenstatbestand in grundlegender Weise veränderte. Zugleich war entscheidend, dass das EVG in den 1980er-Jahren die Wertung des Bundesgerichts übernommen hatte, dass

<sup>1250</sup> Vgl. zur entsprechenden Untersuchung von NAEGELI Fn. 209.

<sup>1251</sup> MEYER, Schmerzstörung, S. 18.

<sup>1252</sup> Vgl. MEYER, Schmerzstörung, S. 16.

der Geschädigte so zu nehmen ist, wie er tatsächlich ist. Eine bedeutende Rolle spielte auch die mit dem Inkrafttreten des UVG durch den Gesetzgeber erheblich eingeschränkte Möglichkeit der Kürzung von Geldleistungen aufgrund unfallfremder Faktoren.

Gemäss Art. 91 KUVG, der bis zum 31. Dezember 1983 in Kraft gewesen war, war es der SUVA nämlich noch möglich gewesen, Geldleistungen verhältnismässig zu kürzen, wenn «die Krankheit, die Invalidität oder der Tod nur teilweise die Folge eines versicherten Unfalles» war. Wohl aufgrund der jahrzehntelangen Neurosenpraxis bei unklaren Beschwerden hatte diese Bestimmung nur eine untergeordnete Rolle erlangt. Weil nun aber im Bereich der Unfallversicherung ab 1984 der für die Berechnung des Schadens massgebende Art. 36 Abs. 2 UVG in der Regel «Alles oder nichts»-Lösungen vorsah und die Gutachter zugleich infolge der neu aufgekommenen medizinischen Auffassung im Vergleich zu früher viel öfter von dauerhafter Arbeitsunfähigkeit ausgingen, resultierte insgesamt eine sehr grosszügige Rentengewährungspraxis. Die Zurechnung konnte auch in Grenzfällen nicht abgestuft werden.<sup>1253</sup> Da sich bei HWS-Distorsionen regelmässig die konstitutionelle Prädisposition vor dem Unfall nicht manifestiert, wurden trotz der oft bedeutenden Mitwirkung zahlreicher unfallfremder Faktoren in vielen Fällen hohe und vor allem ungekürzte Rentenbeträge zugesprochen.

In der Folge stiegen die gesamten Ausgaben der obligatorischen Unfallversicherung für HWS-Distorsionen erheblich an, so dass sich die entsprechenden Kosten allein im Jahr 2004 auf insgesamt fast CHF 471.9 Mio. beliefen. Im Vergleich dazu hatten die gesamten Kosten für dieselben Diagnosen im Jahr 1990 noch einen deutlich tieferen Betrag von CHF 91.6 Mio. ausgemacht.<sup>1254</sup>

### 11.4.3. Restriktive Rentengewährungspraxis (ab 2008)

Im Jahr 2008 verschärfte die Rechtsanwendung insbesondere aufgrund der von den Unfallversicherten in den 1990er- und 2000er-Jahren verzeichneten erheblichen Kostenzunahmen bei organisch nicht nachweisbaren HWS-Distorsionen die Anforderungen an die Haftungsbegründung erheblich.<sup>1255</sup> Diese Verschärfung wirkte sich in der Folge direkt auf die Leistungsgewährungs-Praxis aus. Zum Beispiel gingen die gesamten Kapitalwerte für Renten von CHF 253.3 Mio. im Jahr 2004 auf

---

<sup>1253</sup> BGE 123 III 110 E. 3c S. 115.

<sup>1254</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

<sup>1255</sup> Vgl. hierzu 11.3.2.3, und 11.3.3.

ca. CHF 21 Mio. im Jahr 2015 zurück.<sup>1256</sup> Interessant ist die Feststellung, dass selbst 1990 die insgesamt geleisteten Rentenkaptalwerte für Diagnosen mit HWS-Distorsionen höher ausgefallen waren als in den Jahren 2010–2015. Auch die Anzahl der jährlich zugesprochenen Invalidenrenten mit entsprechender Diagnose lässt auf eine deutlich restriktivere Praxis schliessen. Wurden 2004 im Zusammenhang mit HWS-Distorsionen noch 506 Invalidenrenten zugesprochen, so waren es im Jahr 2015 nur noch deren 57.<sup>1257</sup>

#### 11.4.4. Kriterium der Zumutbarkeit

Für den ab 2010 verzeichneten Rückgang spielte auch die mit einem Entscheid zur eidgenössischen Invalidenversicherung deutlich verschärfte Rechtsprechung zur Zumutbarkeit («Überwindbarkeitsrechtsprechung») bei HWS-Distorsionen eine gewisse Rolle.<sup>1258</sup> Mit dieser setzte das Bundesgericht die Anforderungen für die Gewährung von sozialversicherungsrechtlichen Renten bei organisch nicht nachweisbaren HWS-Distorsionen noch höher an. Die Praxisänderung betraf die Frage der Zumutbarkeit und erlangte damit auch für die Beurteilung von UV-Rentenansprüchen Geltung. Mit der Übernahme der Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung gemäss BGE 130 V 352, wonach die Überwindbarkeit des Leidens vermutet wurde, gingen die Anzahl gewährter Renten weiter zurück. Insbesondere gelang es in der Praxis nur sehr selten, die Überwindbarkeitsvermutung anhand der sogenannten «Foerster»-Kriterien zu widerlegen, sodass nur ausnahmsweise eine Rente zugesprochen wurde.

Infolge heftiger Kritik gab das Bundesgericht im Jahr 2015 mit BGE 141 V 281 die Überwindbarkeitsrechtsprechung jedoch wieder auf. Seither sind mögliche Ansprüche in einem grundsätzlich ergebnisoffenen Beweisverfahren mittels eines strukturierten, normativen Prüfungsrasters abzuklären. Anhand des vom Bundesgericht entwickelten Indikatoren-Katalogs sind der funktionelle Schweregrad<sup>1259</sup> und die Konsistenz<sup>1260</sup> der Gesundheitsschädigung nachzuweisen. Anhand dieses Katalogs soll das tatsächlich erreichbare Leistungsvermögen beurteilt werden.<sup>1261</sup> Es ist in der

<sup>1256</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

<sup>1257</sup> Gemäss der Spezialstatistik UVG (freundlicherweise von der SSUV zur Verfügung gestellt).

<sup>1258</sup> BGE 136 V 279.

<sup>1259</sup> BGE 141 V 281 E. 4.3 S. 298.

<sup>1260</sup> BGE 141 V 281 E. 4.4 S. 303.

<sup>1261</sup> BGE 141 V 281 E. 3.6 S. 295.

Tendenz nicht damit zu rechnen, dass diese Praxisänderung zu einer Zunahme gewährter Rentenansprüche im Bereich der Unfallversicherung führt, da meistens bereits die Kausalität zwischen dem Unfallereignis und den beklagten langanhaltenden unklaren Beschwerden verneint wird.<sup>1262</sup>

### **11.4.5. Gutachterliche Einschätzungen**

Für die Zeit von 1918 bis 2008 lässt sich hinsichtlich des Kriteriums der gutachterlichen Einschätzungen im Unfallversicherungsrecht grundsätzlich dasselbe Fazit ziehen wie im Haftpflichtrecht. In der Regel folgten die Gerichte weitgehend den gutachterlichen Einschätzungen. Dies gilt sowohl für die von 1918 bis 1990 eher restriktive Abfindungspraxis wie auch für die eher grosszügige Rentengewährungspraxis von 1991 bis 2008.

Im Wesentlichen war die jeweilige Zurechnungspraxis beim Schadenstatbestand von der jeweils vorherrschenden medizinischen Auffassung geprägt. Die hinsichtlich der Zumutbarkeitsprüfung von 2010 bis 2015 massgebende Überwindbarkeitsrechtsprechung ist jedoch als eine Abkehr von diesem Grundsatz zu werten. Die Rechtsanwendung führte damit eigene Kriterien rechtlicher Natur ein, die die Bedeutung der jeweiligen gutachterlichen Einschätzungen insofern relativierten, als damit die rechtliche Wertung der medizinischen Annahmen gestärkt wurde. Die Aufgabe der Überwindbarkeitsrechtsprechung und die damit verbundene Betonung des Wertungsgesichtspunkts der medizinischen Einschätzung im Jahr 2015 ist möglicherweise auch schon wieder als Relativierung dieser Tendenz zu werten. Mit der neuerlichen Praxisänderung gewinnt nämlich die medizinische Einschätzung und Beurteilung wieder an Bedeutung.<sup>1263</sup>

## **11.5. Kritische Betrachtung**

Aus der Darlegung der Zurechnungspraxis beim Schadenstatbestand im Haftpflichtrecht lässt sich schliessen, dass sowohl bis 1904 bei traumatischen Neurosen als auch gegen Ende des 20. Jahrhunderts bei HWS-Distorsionen im Vergleich zur jeweils gut zehn bis fünfzehn Jahre später massgebenden Praxis unfallbedingte unklare Beschwerden deutlich grosszügiger entschädigt wurden. Sowohl bei der traumatischen Neurose als auch bei der HWS-Distorsion nahm das Bundesgericht zunächst unter Berücksichtigung medizinischer Auffassungen an, dass die Geschädigten organische

---

<sup>1262</sup> NABOLD, S. 29.

<sup>1263</sup> BERGER, Nur, aber immerhin, S. 294.



Verletzungen aufweisen würden, die sich einfach (noch) nicht 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.

Nach Einschätzung von MURER habe das «Schleudertrauma-Phänomen» vorsichtig geschätzt Kosten von insgesamt rund CHF 4 Mia. verursacht.<sup>1264</sup> 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 behandelnden Kausalität zwischen bestimmten Ursachen und ohnehin in der Bevölkerung oft beklagten diffusen Beschwerden kann ungeahnte, gravierende gesellschaftliche und finanzielle Folgen zeitigen.<sup>1265</sup> Besonders heikel ist es vor allem dann, wenn solchen Beschwerden durch die gerichtliche Spruchpraxis generell ein invalidisierender 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.<sup>1266</sup> Damit soll ein möglicher gesundheitsschädigender Zusammenhang zu entsprechenden Lärm- oder Strahlenbelastungen 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.

Interessanterweise war die gerichtliche Anerkennung der weitgehend als psychogen verursacht zu betrachtenden langanhaltenden Beschwerden bei den untersuchten Beschwerdebildern rückblickend betrachtet in der Tendenz immer dann eher grosszünftig ausgefallen, wenn diese auf eine (wenn auch nur mutmassliche) organische Schädigung zurückgeführt wurden. Daraus lässt sich wohl schliessen, dass in der

<sup>1264</sup> MURER, *Medikalisierendes Recht*, S. 3.

<sup>1265</sup> Vgl. hierzu ROBERTO/REICHLER, S. 3 ff.; ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, 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.

<sup>1266</sup> Vgl. hierzu ROBERTO/REICHLER, S. 6 f.

Rechtspraxis seit je eine Privilegierung organischer Schädigungen bestand und besteht. Da sich sowohl bei der traumatischen Neurose wie auch beim späteren Schleudertrauma die (Unfall-)Ursache der entsprechenden langanhaltenden unklaren Beschwerden nicht eindeutig beweisen liess, begnügte man sich für die Zusprache entsprechender Entschädigungen mit plausibel erscheinenden Erklärungsmodellen, wonach den Beschwerden sehr wohl unfallbedingte organische Schädigungen zugrundelägen, welche sich einfach (noch) nicht eindeutig etwa durch bildgebende Verfahren oder sonstwie nachweisen liessen. Dagegen scheinen gegenüber psychischen Erkrankungen nach wie vor gewisse Vorbehalte zu bestehen. Diese Problematik betrifft im Grunde jedoch vorwiegend das Sozialversicherungsrecht. Denn in den meisten Fällen bestehen psychische Störungen, ohne dass diese auf eine konkrete schädigende Einwirkung seitens Dritter zurückgeführt werden könnten. Der in den letzten Jahren eingeschlagene Weg, der den Fokus auf Wiedereingliederung der Betroffenen legt, scheint in diesem Zusammenhang der richtige zu sein.<sup>1267</sup> Zu Recht weist zudem das Bundesgericht auf den immensen Forschungsbedarf hin, der etwa im Zusammenhang mit somatoformen Störungen besteht.<sup>1268</sup>

Unklar bleibt jedoch, weshalb seit über 30 Jahren praktisch nicht mehr an die während Jahrzehnten praktizierte Abfindungspraxis des EVG angeknüpft wird.<sup>1269</sup> Nach wie vor besteht im Unfallversicherungsrecht eine entsprechende normative Grundlage.<sup>1270</sup> Und auch im Haftpflichtrecht liesse sich eine entsprechende Praxis problemlos auf die derzeit geltenden Bestimmungen stützen. Art. 42–44 OR stehen der regelmässigen Annahme einer beschränkten und mit zunehmender Dauer abnehmenden Arbeitsunfähigkeit während zum Beispiel maximal drei Jahren nicht im Wege. Die genauen Parameter einer solchen Praxis müssten freilich noch durch umfassende wissenschaftliche Studien abgeklärt werden. Es besteht in diesem Zusammenhang grosser Forschungsbedarf. Überdies sollte die unverständliche Regelung in Art. 36 Abs. 2 UVG, wonach es im Unfallversicherungsrecht praktisch immer um die Alternative «alles oder nichts» geht, baldmöglichst revidiert werden.<sup>1271</sup>

Unabhängig davon scheint in Fällen mit unklaren Beschwerden die Rentenlösung ohnehin der suboptimale Weg zu sein. Es ist nicht sachgerecht, Personen, die z.B. nach einem Bagatellunfall an unklaren Beschwerden leiden, generell lebenslang und

---

<sup>1267</sup> Für die Fokussierung auf aktive Betreuung und Wiedereingliederung sprechen sich u.a. KIESER, Beschwerdebilder, S. 16, und MURER, HWS-Distorsionstrauma, N 29 f. aus.

<sup>1268</sup> BGE 141 V 281 E. 5.1.2 S. 306.

<sup>1269</sup> Auch GÄCHTER, Frage, S. 279, bedauert, dass das Instrument der Abfindung heutzutage kaum mehr genutzt wird.

<sup>1270</sup> Vgl. Art. 23 UVG.

<sup>1271</sup> MURER, HWS-Distorsionstrauma, N 35.

verhältnismässig grosszügig zu berenten. Vor allem aber müsste nach Möglichkeiten gesucht werden, jegliche Fälle mit unklaren Beschwerdebildern möglichst rasch abzuschliessen. Die im Laufe der Zeit gemachten Erfahrungen zeigen eindrücklich, dass lange dauernde gerichtliche Auseinandersetzungen sowie auch lebenslange Berentungen dazu führen, dass solche krankhaften Zustände persistieren.<sup>1272</sup>

Angesichts der oftmals gehässigen und glaubenskriegsartigen Diskussionen der letzten 27 Jahre rund um das Schleudertrauma scheint zudem eine Besinnung auf die Parole «Haftpflicht bedeutet den Streit, Versicherung den Frieden» angezeigt.<sup>1273</sup> Mit diesem auf den späteren Bundesrat LUDWIG FORRER zurückgehenden Leitsatz wurde bereits im Jahr 1889 für einen besseren Schutz der Arbeitnehmer vor den Unfallgefahren und ihren (finanziellen) Folgen, denen sie tagtäglich ausgesetzt waren, gekämpft. Es ging dabei eben gerade darum, durch eine Versicherungslösung gerichtliche Auseinandersetzungen auf ein Minimum zu reduzieren. «Alles oder nichts»-Lösungen bei unklaren Beschwerden führen aber zwangsläufig zu Streit, insbesondere weil sie von jeweils einer Seite als unfair betrachtet werden. In Anbetracht dessen ist auch der von Geschädigtenvertretern regelmässig vorgebrachten Kritik Rechnung zu tragen, wonach die Privatversicherer in jüngster Zeit ihre Haftung stets prinzipiell ablehnen würden und kaum mehr vernünftige Vergleiche geschlossen werden könnten.<sup>1274</sup>

Womöglich zeigt ein Blick über die Grenze, welche Richtung eingeschlagen werden sollte. In Österreich gewährten Privatversicherer im Jahr 2006 in Fällen mit HWS-Distorsionen aussergerichtlich grundsätzlich durchschnittlich ungefähr € 1'860 als Schmerzensgeld.<sup>1275</sup> Sie verzichteten dabei – wohl auch aus Kostengründen – auf die Einholung von medizinischen Gutachten. Die prozessual zugesprochenen Schmerzensgelder beliefen sich im selben Jahr auf durchschnittlich € 2'000. Seit gut zehn Jahren haben sie freilich von dieser Praxis Abstand genommen, da sie in gerichtlichen Prozessen mangels des Nachweises organischer Verletzungen auf Seiten der Geschädigten offenbar meist gewinnen.<sup>1276</sup> Fälle, in denen für schwer nachweisbare

<sup>1272</sup> Vgl. MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 406 f.

<sup>1273</sup> Botschaft Unfall- und Krankenversicherung 1889, Denkschrift über die Einführung einer schweizerischen Unfallversicherung, S. 901.

<sup>1274</sup> Vgl. die entsprechende Kritik von LANDOLT, Erfahrungen, S. 293 f., und SCHMID MARKUS, Veränderte Kultur, S. 295 ff.; vgl. hierzu auch FUHRER/BECK, S. 286, wonach Personen, die aus einer privaten oder sozialen Versicherung Leistungen beanspruchen, heute ein rauer Wind entgegenwehe.

<sup>1275</sup> DANZL, S. 532; ähnlich auch HUBER CHRISTIAN, Ersatzfähigkeit, S. 425.

<sup>1276</sup> HUBER CHRISTIAN, Ersatzfähigkeit, S. 425.

HWS-Distorsionen Schadenersatz für längerfristigen Erwerbsschaden bezahlt wurden, gab es im Übrigen in Österreich nur selten.<sup>1277</sup>

Demnach könnte neben der bereits vorgeschlagenen Reaktivierung der früheren Abfindungspraxis alternativ womöglich die Ausrichtung einer bestimmten Genugtuung – zumindest in Fällen mit einer gewissen Tendenz hin zur Chronifizierung und zusätzlich ab einer bestimmten Erheblichkeit des Leidens – ein gangbarer Weg sein. Freilich müsste die schweizerische Gerichtspraxis hierfür wohl die vergleichsweise hohen Anforderungen, die sie an Ausgleichsleistungen für erlittene immaterielle Unbill stellt, herabsetzen. Mit der Leistung einer Genugtuung könnte ein Ernstnehmen der Beschwerden zum Ausdruck gebracht werden, was der Gesundheit nur förderlich sein kann.

Darüber hinaus zeigen Programme wie das New Case Management der SUVA, dass eine umfassende Betreuung äusserst erfolgreich sein kann.<sup>1278</sup> Insgesamt erscheint die konsequente Ausrichtung auf Wiedereingliederung sowie ein wirkliches Ernstnehmen von sich herausbildenden unklaren Beschwerden mit Chronifizierungstendenz, womit eben auch eine angemessene finanzielle Überbrückungsleistung einhergeht, sowohl im Haftpflicht- als auch im Unfallversicherungsrecht ein gangbarer und vielversprechender Ansatz zu sein.

---

<sup>1277</sup> HUBER CHRISTIAN, *Regulierung*, S. 310.

<sup>1278</sup> MORGER, S. 491.

---

### **3. Teil: Stand der Lehre und zukünftiger Umgang mit unklaren Beschwerdebildern**

In diesem Teil steht zunächst die in der Lehre viel diskutierte Frage im Vordergrund, ob es gerechtfertigt ist, in Fällen mit unklaren Beschwerden die haftungsbegründende Kausalität im Unfallversicherungsrecht generell restriktiver zu beurteilen als im Haftpflichtrecht. In einem weiteren Schritt wird die heute massgebende haftpflichtrechtliche Zurechnungspraxis kritisch betrachtet. Der Fokus liegt dabei auf den zentralen Prüfungselementen der Haftungsbegründung und -beschränkung. Basierend auf den Erkenntnissen dieser kritischen Betrachtung wird abschliessend eine neue Haftungskonzeption entwickelt, die im Vergleich zur bisherigen Zurechnungspraxis eine sachgerechtere Beurteilung von Fällen mit unklaren Beschwerden ermöglicht.

## **12. Rechtsgebietsabhängige Beurteilung der haftungsbegründenden Zurechnung**

Der Ursprung der unterschiedlichen Beurteilung der haftungsbegründenden Zurechnung bei unklaren Beschwerden im Haftpflicht- und Unfallversicherungsrecht lässt sich bis in das Jahr 1917 zurückverfolgen. Aus der Analyse der Rechtsprechung im zweiten Teil dieser Arbeit geht hervor, dass das EVG bereits ab 1918 eine deutlich restriktivere Haltung zu Begehrungsneurosen eingenommen hat als zuvor das Bundesgericht im Haftpflichtrecht.<sup>1279</sup> Massgeblich hing dies mit PAUL PICCARD<sup>1280</sup> zusammen, der damals die Rechtsprechung im Unfallversicherungsrecht als Bundesversicherungsrichter prägte. Bereits vor Aufnahme seiner Tätigkeit am EVG hatte PICCARD die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu unklaren Beschwerden in unterschiedener Weise kritisiert und als zu grosszügig bezeichnet.<sup>1281</sup> Seine Kritik ist nicht

---

<sup>1279</sup> Vgl. zu dieser Schlussfolgerung 8.3.

<sup>1280</sup> Vgl. zum Bundesversicherungsrichter PAUL PICCARD Fn. 467.

<sup>1281</sup> Vgl. zur entsprechenden Kritik 8.3.3.

zuletzt vor dem Hintergrund des sich zur Zeit des Ersten Weltkriegs definitiv wandelnden Verständnisses über die Natur der Neurosen zu sehen.<sup>1282</sup>

## 12.1. Konstante rechtsgebietspezifische Beurteilung

Das Bundesgericht sprach sich in sämtlichen Entscheiden zu unklaren Beschwerdebildern stets gegen die Übertragung der im Laufe der Zeit jeweils massgebenden sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung des juristischen (adäquaten) Kausalzusammenhangs in das Haftpflichtrecht aus.<sup>1283</sup> Es bejahte entgegen der Rechtsprechung des EVG bei Begehrungsneurosen den adäquaten Kausalzusammenhang zum Unfallereignis.<sup>1284</sup> In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht den Begriff der Begehrungsneurose erst 1970 anerkannte, jedoch in solchen Fällen den adäquaten Kausalzusammenhang schon zuvor, nämlich seit dem Fall «Sidler» aus dem Jahr 1905, bejaht hatte.<sup>1285</sup> Gemäss der auf den Fall «Sidler» zurückgehenden Rechtsprechung wurde der juristische Kausalzusammenhang einzig verneint, wenn erwiesene, auf einem verwerflichen Willen beruhende Simulation vorlag. An dieser Rechtsprechung hielt das Bundesgericht im Bereich des Haftpflichtrechts auch bei der Beurteilung des ab 1991 aufgekommenen typischen Beschwerdebilds der HWS-Distorsion fest. Seither lehnte es in konstanter Rechtsprechung die Übernahme der nach Unfallschwere klassifizierenden Adäquanztprüfung in das Haftpflichtrecht ab, wie sie mit dem «Salanitri»-Entscheid<sup>1286</sup> begründet worden war.<sup>1287</sup>

---

<sup>1282</sup> Vgl. zu der sich zur Zeit des Ersten Weltkriegs definitiv durchgesetzten psychogenetischen Auffassung über Neurosen 8.1.

<sup>1283</sup> Vgl. insb. BGE 123 III 110 E. 3a S. 113; 96 II 392 E. 2 S. 398; Urteil des Bundesgerichts 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012 E. 2.4. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das EVG entgegen einer weit verbreiteten Annahme die rechtliche Beurteilung der haftungsbegründenden Kausalität ebenfalls schon in den 1920er-Jahren anhand der Adäquanzttheorie vornahm; vgl. zu dieser Schlussfolgerung insb. 8.3.3.

<sup>1284</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 396 ff.; vgl. auch die privatversicherungsrechtlichen Entscheide BGE 80 II 338; 70 II 168; 60 II 132.

<sup>1285</sup> Vgl. zu dieser Schlussfolgerung insb. 11.1.2.2.

<sup>1286</sup> BGE 117 V 359.

<sup>1287</sup> Vgl. insb. BGE 123 III 110 E. 3a S. 113; Urteil des Bundesgerichts 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012 E. 2.4.

## 12.2. Begründung der rechtsgebietspezifischen Adäquanzbeurteilung

Im haftpflichtrechtlichen Leitentscheid zur Begehrungsneurose aus dem Jahr 1970, dem «Sacheli»-Entscheid, rechtfertigte das Bundesgericht die von der sozialversicherungsrechtlichen Praxis abweichende Beurteilung von Begehrungsneurosen mit dem Charakter der Sozialversicherung und der Betreuungspflicht ihrer Organe gegenüber den Versicherten, welche Begehrungstendenzen besonders beförderten.<sup>1288</sup> Über diese relativ allgemeinen Bemerkungen hinaus führte es jedoch keine weiter gehende Begründung an.

1997 nahm das Bundesgericht in BGE 123 III 110, dem Leitentscheid zur haftpflichtrechtlichen Beurteilung der HWS-Distorsion, erneut Bezug auf die nach Rechtsgebieten differenzierende Adäquanzbeurteilung. In diesem Entscheid lehnte es die Übernahme der spezifischen unfallversicherungsrechtlichen Adäquanzprüfung ab, weil diese seiner Auffassung nach der rechtspolitischen Zielsetzung des Haftpflichtrechts, im Einzelfall einen billigen Zurechnungsentscheid zu fällen, zuwidergelaufen wäre. Zusätzlich untermauerte es seine Haltung unter Bezugnahme auf die frühere unterschiedliche Beurteilung von Begehrungsneurosen und den im Haftpflichtrecht im Vergleich zum Unfallversicherungsrecht differenzierteren Möglichkeiten des Schadensausgleichs (vgl. Art. 42–44 OR und Art. 36 Abs. 2 UVG).<sup>1289</sup>

Nachfolgend wird an diese Rechtfertigungsgründe angeknüpft. Sie werden im Einzelnen diskutiert und gewürdigt sowie in den Kontext der in der Lehre vertretenen Meinungen gesetzt. Ebenfalls werden zum besseren Verständnis darüber hinausgehende Lehrmeinungen zur rechtsgebietsdifferenzierenden Beurteilung der Haftungsbegründung dargelegt. Wie üblich wird dabei zwischen natürlichem und adäquatem Kausalzusammenhang unterschieden.

## 12.3. Natürlicher Kausalzusammenhang

Im Gegensatz zur Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs wurde im Laufe der Zeit die Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs in beiden Rechtsgebieten grundsätzlich immer in gleicher Weise vorgenommen.<sup>1290</sup> Erst in jüngster Zeit

<sup>1288</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 398.

<sup>1289</sup> Vgl. hierzu 8.7.2.

<sup>1290</sup> Es ist freilich darauf hinzuweisen, dass das EVG in seiner Anfangszeit in mehreren Entscheiden zu Begehrungsneurosen schon den natürlichen Kausalzusammenhang verneinte. Vgl. hierzu EVGE 1960 S. 260 E. 2 sowie 8.3.3, insb. Fn. 466.

stellte das Bundesgericht klar, dass im Haftpflichtrecht bei der Beurteilung unfallbedingter unklarer Beschwerden höhere beweisrechtliche Anforderungen an die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs zu stellen sind als im Sozialversicherungsrecht.<sup>1291</sup>

### 12.3.1. Rechtsgebietspezifische Anforderungen an erforderliches Beweismass

Es ist unbestritten, dass der Beweis funktioneller Auswirkungen von unklaren Beschwerdebildern nur indirekt, im Sinne eines Ersatzbeweises, gestützt auf Indizien resp. Hilfsstatsachen erbracht werden kann.<sup>1292</sup> Beweisrechtlich liegt deshalb in solchen Fällen jeweils Beweisnot vor, der mit einer Reduktion des Beweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit Rechnung getragen wird. Dies gilt gemäss geltender Rechtsprechung sowohl für das Sozialversicherungsrecht als auch für das Haftpflichtrecht.<sup>1293</sup>

Wie im übrigen Sozialversicherungsrecht ist offenbar auch im Unfallversicherungsrecht für die Annahme des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen schädigendem Ereignis und eingetretenen unklaren Beschwerden eine Wahrscheinlichkeit von 51 % erforderlich.<sup>1294</sup> Anders verhält sich dies im Bereich des Haftpflichtrechts: Im Urteil 4A\_658/2016 führte das Bundesgericht hinsichtlich der haftpflichtrechtlichen Beurteilung entsprechender Beschwerden aus, «dass bei zwei konkurrierenden Ursachen das bloss leichte Überwiegen (51 %) wie im Sozialversicherungsrecht [...] nicht genüge».<sup>1295</sup> Damit knüpfte es an den Entscheid der Vorinstanz an. Diese war gestützt auf Lehrmeinungen davon ausgegangen, dass überwiegende Wahrscheinlichkeit zivilrechtlich als Wahrscheinlichkeit von 75 % konkretisiert werde.<sup>1296</sup> Dementsprechend sind heutzutage im Haftpflichtrecht höhere Anforderungen an den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu stellen als im Sozialversiche-

---

<sup>1291</sup> Vgl. hierzu 11.1.1.3.

<sup>1292</sup> BGE 141 V 281 E. 3.4.1.2 S. 292; SUTER, Preisgabe, S. 449.

<sup>1293</sup> Statt vieler für das Sozialversicherungsrecht: BGE 141 V 281 E. 6 S. 308; statt vieler für das Haftpflichtrecht: Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4.; vgl. auch SUTER, Beschwerdebilder, S. 92. Im Sozialversicherungsrecht ist prinzipiell der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit massgebend (KIESER/LANDOLT, N 1921).

<sup>1294</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4.

<sup>1295</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4.

<sup>1296</sup> Namentlich BK-WALTER, N 138 zu ZGB 8, setzt den Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für das Privatrecht mit jenem der hohen Wahrscheinlichkeit gleich, was in Prozenten ausgedrückt ein Wahrscheinlichkeitsgrad von 75 % bedeute.



rungsrecht. Insgesamt resultiert damit in Bezug auf den natürlichen Kausalzusammenhang eine deutlich strengere Prüfung der Haftungsbegründung als im Unfallversicherungsrecht.<sup>1297</sup>

### 12.3.2. Stellungnahme

Es erscheint nicht sachgerecht und führt zu Unklarheiten und Missverständnissen, wenn wie hier im Hinblick auf die vorliegend untersuchten unklaren Beschwerden derselbe Begriff zur Umschreibung eines geforderten Beweismasses («überwiegende» Wahrscheinlichkeit) je nach Rechtsgebiet unterschiedlich verstanden wird (im Sozialversicherungsrecht bekanntlich als Wahrscheinlichkeit von 51 %, im Haftpflichtrecht dagegen offenbar als Wahrscheinlichkeit von etwa 75 %). Eine solche Rechtsanwendung widerspricht der Forderung, wonach übergreifende Rechtsbegriffe im Haftpflicht-, Sozialversicherungs- und Privatversicherungsrecht aufgrund der engen Verzahnung dieser Rechtsgebiete sinnvollerweise möglichst einheitlich anzuwenden seien.<sup>1298</sup>

Die für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs unterschiedlichen Anforderungen im Unfallversicherungs- und Haftpflichtrecht dürften auf die unterschiedlichen Schutzzwecke der betreffenden Rechtsgebiete zurückzuführen sein. Denkbar ist etwa, dass das geforderte Beweismass für den Nachweis der natürlichen Kausalität im Sozialversicherungsrecht deshalb deutlich tiefer ist, weil hier wegen des sozialen Charakters der Versicherung diesbezügliche Unsicherheiten und Ungewissheiten eher als im Haftpflichtrecht zulasten des Leistungspflichtigen gehen sollen. Wenn dem so ist, bleibt freilich zu fragen, ob eine entsprechende Wertung nicht eher im Rahmen der Prüfung des juristischen (adäquaten) Kausalzusammenhangs vorgenommen werden sollte und nicht schon bei der Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse.

Was die begriffliche und inhaltliche Klassifikation der verschiedenen Beweisgrade betrifft, sei etwa auf die Darstellung von WALTER hingewiesen.<sup>1299</sup> Seiner Auffassung nach lassen sich die drei grundsätzlich massgebenden Beweisgrade im Haftpflichtrecht wie folgt quantifizieren: das Regelbeweismass der mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit mit einer «Wahrheitswahrscheinlichkeit» von mindestens 90 %, <sup>1300</sup> die im vorliegenden Zusammenhang interessierende überwiegende (ver-

<sup>1297</sup> Vgl. zu dieser Schlussfolgerung insb. 10.4.5, und 11.1.1.3.

<sup>1298</sup> SCHAER, Grundzüge, N 1279.

<sup>1299</sup> Vgl. hierzu BK-WALTER, N 130 ff. zu ZGB 8.

<sup>1300</sup> BK-WALTER, N 136 zu ZGB 8.

standen als hohe) Wahrscheinlichkeit mit einer solchen von mindestens 75 %<sup>1301</sup> und die einfache Wahrscheinlichkeit (Glaubhaftigkeit) mit mindestens 51 %.<sup>1302</sup> Sinnvollerweise sollte der Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nur für das eine (51 % bzw. minimal mehr als 50 %<sup>1303</sup>) verwendet werden und sollte man im Haftpflichtrecht, wo man mindestens 75 % meint, entsprechend nur von hoher Wahrscheinlichkeit sprechen und sie nicht alternativ ebenfalls als «überwiegend» (im Sinne von mindestens 75 %) bezeichnen.

## 12.4. Adäquater Kausalzusammenhang

Wie bereits in der Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgezeigt wurde, findet die lang etablierte Formel vom «gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung» sowohl im Haftpflicht- als auch im Unfallversicherungsrecht für die Beurteilung der haftungsbegründenden Zurechnung Verwendung. Der Begriff der Adäquanz wird jedoch in den beiden Rechtsgebieten seit je unterschiedlich konkretisiert. Im Haftpflichtrecht wurde die Begehrungsneurose entgegen der früheren, jahrzehntelangen Neurosenpraxis des EVG stets als entschädigungswürdig betrachtet.<sup>1304</sup> Bei der Beurteilung der Adäquanz von psychischen Unfallfolgen nach HWS-Distorsionen wird im Unfallversicherungsrecht im Gegensatz zum Haftpflichtrecht seit 1991 auf die Schwere des Unfalls abgestellt.<sup>1305</sup> Daraus resultiert die Situation, dass der rechtserhebliche Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Unfallereignis und den eingetretenen psychischen und physischen Störungen im Haftpflichtrecht seit je eher bejaht wird als im Unfallversicherungsrecht. Im Besonderen gilt dies für langanhaltende unklare Beschwerden, die sich scheinbar infolge von leichten bis mittelschweren Unfällen einstellen. Die unterschiedliche Beurteilung

---

<sup>1301</sup> BK-WALTER, N 138 zu ZGB 8.

<sup>1302</sup> BK-WALTER, N 153 zu ZGB 8.

<sup>1303</sup> Vgl. NABOLD, S. 31, nach dessen Auffassung im Unfallversicherungsrecht bereits eine Wahrscheinlichkeit von 50.01 % ausreichen soll, um mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einem «bewiesenen» natürlichen Kausalzusammenhang zwischen Unfall und eingetretenen unklaren Beschwerden auszugehen. Der Prozentausdruck dient grundsätzlich lediglich der Verdeutlichung, was gemeint ist. Gemeint ist minimal mehr als 50 %, lediglich aus schreibpraktischen Gründen wird vereinfachend 51 % geschrieben.

<sup>1304</sup> Vgl. zu dieser Schlussfolgerung 11.1.2.2; vgl. auch BGE 96 II 392.

<sup>1305</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 113; Urteile des Bundesgerichts 4A\_171/2012 vom 25. Juni 2012 E. 2.4; 4A\_45/2009 vom 25. März 2009 E. 3.3.1.

der Adäquanz in den beiden erwähnten Rechtsgebieten wird von einem bedeutenden Teil der Lehre, freilich aus unterschiedlichsten Gründen, abgelehnt.<sup>1306</sup>

### 12.4.1. Unterschiedliche Schutzzwecke der Schadensgleichsysteme

Die rechtsgebietspezifische Beurteilung rechtfertigt die höchstrichterliche Rechtsprechung unter Bezugnahme auf die rechtspolitische Zielsetzung der im konkreten Fall anwendbaren Schadensgleichnormen.<sup>1307</sup> Diese Begründung stützt sich auf die in der deutschen Rechtspraxis massgebende Normzwecklehre, die nach Ansicht des Bundesgerichts wie die Adäquanz auf eine Haftungsbeschränkung ziele.<sup>1308</sup> Die im Leitentscheid zur HWS-Distorsion (BGE 123 III 110) recht kurz gehaltenen Ausführungen zu den Zwecken der jeweils anwendbaren Normenkomplexe und den unterschiedlichen rechtspolitischen Zielsetzungen der beiden Rechtsgebiete erschweren es, die tatsächlichen Überlegungen des Bundesgerichts nachzuvollziehen. In seinen Erwägungen legt es nie ausführlich dar, worin sich seiner Auffassung nach die rechtspolitischen Ziele des Haftpflicht- und Unfallversicherungsrechts unterscheiden. So können vorliegend lediglich Vermutungen aufgestellt werden. Womöglich bezieht sich das Bundesgericht auf die vom Gesetzgeber bei der Schaffung des Haftpflicht- und Unfallversicherungsrechts massgebenden Wertungen. Klar ist dies indes, wie bereits erwähnt, nicht. Umso mehr wäre eine ausführliche Argumentation des Bundesgerichts hinsichtlich der Wertungen und Grundsätze, die den jeweiligen Schadensgleichsystemen zu Grunde liegen, zu begrüssen.

#### 12.4.1.1. Berücksichtigung des Schutzzwecks der Unfallversicherung

Im Wesentlichen begründete die höchstrichterliche Rechtsprechung die unterschiedliche Beurteilung von Begehrungsneurosen und HWS-Distorsionen mit dem Charakter der Sozialversicherung und der Betreuungspflicht ihrer Organe, an die sich Begehrungstendenzen mit Vorliebe heften würden.<sup>1309</sup> Jedoch wird der Charakter der

<sup>1306</sup> BOHNY, S. 35; GALLI, S. 152; KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 164; MÜLLER URS, Kausalzusammenhang, S. 148; ROBERTO, Auswirkung, S. 75 f.; ROBERTO/REICHLI, S. 11; RUMO-JUNGO, N 785; SCHAER, Adäquanz, S. 571; eher kritisch KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 4 N 104.; a.M. GÄCHTER, Funktion, S. 41; HUSMANN/RIESEN, S. 60 und 69; KELLER/GABI/GABI, S. 34; SCHMID MARKUS, Übernahme, S. 252; WEBER, Dogmatisch Ungereimtes, S. 559.

<sup>1307</sup> BGE 123 III 110 E. 3a und 3b S. 113.

<sup>1308</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 113.

<sup>1309</sup> BGE 123 III 110 E. 3b S. 113; 96 II 392 E. 2 S. 398. Diese Auffassung vertrat das EVG auch schon 1960 in EVGE 1960 S. 260 ff. E. 2 S. 265.

Sozialversicherung in den einzelnen Entscheiden nicht weiter umschrieben. Dies erscheint insofern bedenklich, als das Bundesgericht aus diesem Charakter ableitet, dass die im Vergleich zum Haftpflichtrecht restriktivere Adäquanztbeurteilung im Bereich des Unfallversicherungsrechts legitimerweise der Herausbildung von neurotischen Begehrungstendenzen entgegenwirken solle.

Hinter dem im Vergleich zum Unfallversicherungsrecht grosszügigeren bundesgerichtlichen Umgang mit Begehrungstendenzen im Haftpflichtrecht steht die in konstanter Rechtsprechung vertretene Wertung, dass der Schädiger den Geschädigten so nehmen muss, wie er tatsächlich ist.<sup>1310</sup> Diese Wertung prägte die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Haftpflichtrecht von Anfang an. In diesem Sinn verneinte das Bundesgericht seit dem Fall «Sidler»<sup>1311</sup> aus dem Jahr 1905 den juristischen (adäquaten) Kausalzusammenhang nur in Fällen, in welchen die unklaren Beschwerden im Nachgang an ein schädigendes Ereignis auf bewusste, auf freiem Willen beruhende Aggravation resp. Simulation zurückzuführen waren.<sup>1312</sup> Ansonsten bejahte es in konstanter Rechtsprechung die grundsätzliche Haftung; vor allem auch dann, wenn etwa erstellt war, dass die betreffende Person ohne Aussicht auf Leistungen nicht an diffusen Beschwerden leiden würde.<sup>1313</sup>

Die auf die Begehrungstendenzen Bezug nehmende Begründung des Bundesgerichts wird in der Lehre von verschiedenen Autoren abgelehnt. Insbesondere MURER kritisiert den Umstand, dass Begehrungstendenzen allein aufgrund des unterschiedlichen normativen Umfelds unterschiedlich bewertet würden. Es sei nämlich nicht ersichtlich, weshalb sich dieselben Begehrungstendenzen nicht auch im Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht auswirken sollten. Moral Hazard sei ein allgemein bekanntes Phänomen.<sup>1314</sup>

Auch RUMO-JUNGO lehnt die auf Begehrungstendenzen Bezug nehmende Argumentation des Bundesgerichts ab. Ihre Position begründet sie hauptsächlich damit, dass sowohl das Bundesgericht als auch das frühere EVG seit je darin übereingestimmt hätten, dass reine Begehrlichkeiten sowie psychische Störungen, für deren Auftreten der Unfall bloss einen Vorwand darstelle, in beiden Rechtsgebieten nie gedeckt gewesen seien, also zu keinen Leistungen geführt hätten.<sup>1315</sup> Die grosszügige Bejahung

---

<sup>1310</sup> BGE 113 II 86 E. 3b S. 90; vgl. zu dieser bereits sehr früh vom Bundesgericht vertretenen Auffassung insb. Fn. 12.

<sup>1311</sup> BGE 31 II 590; vgl. zu dieser Entscheid insb. 6.3.1.

<sup>1312</sup> Vgl. zu dieser Schlussfolgerung 11.1.2.2.

<sup>1313</sup> Vgl. BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

<sup>1314</sup> MURER, Moral Hazard, S. 250; gl.M. ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 66.

<sup>1315</sup> RUMO-JUNGO, N 768.

der Adäquanz, wie sie im haftpflichtrechtlichen Entscheid über Begehrungsneurosen<sup>1316</sup> zum Ausdruck komme, beruhe zudem auf dem Grundsatz, dass wer widerrechtlich einen gesundheitlich geschwächten Menschen verletze, kein Recht darauf habe, so gestellt zu werden, als hätte er einen gesunden geschädigt. Da dieser Grundsatz jedoch seit Mitte der 1980er-Jahre auch in die Rechtsprechung des früheren EVG eingeflossen sei, könne die unterschiedliche Beurteilung der Begehrungsneurose nicht mehr als Rechtfertigung für die noch heute rechtsgebietsdifferenzierende Praxis dienen.<sup>1317</sup>

Wie die Analyse der Rechtsprechung im zweiten Teil gezeigt hat, ist die restriktive Beurteilungspraxis bei Begehrungsneurosen auf die kritische Sichtweise des EVG zurückzuführen. Diese entsprach im Wesentlichen der vorherrschenden medizinischen Auffassung nach dem Ersten Weltkrieg.<sup>1318</sup> Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesgericht mit der Einführung der sozialen Unfallversicherung von den zahlreichen Fabrikhaftpflichtfällen entlastet worden war. In der Folge hatte es sich im Gegensatz zum EVG nur noch selten mit Neurosefällen zu beschäftigen. Insofern scheint die Annahme naheliegend, dass ohne die Einführung der Unfallversicherung die bundesgerichtliche Rechtsprechung nach dem Ersten Weltkrieg dem Zeitgeist entsprechend strenger ausgefallen wäre.<sup>1319</sup>

Wesentlich ist aber vor allem, dass Fälle, welche vom EVG noch 1960 als Begehrungsneurosen qualifiziert worden waren, in den 1990er-Jahren wohl anhand der Schleudertrauma-Praxis als Folge einer HWS-Distorsion beurteilt worden wären.<sup>1320</sup> Es ist naheliegend, dass gerade in diesen Fällen, die früher als Begehrungsneurosen zu keinen Leistungen berechtigt hätten, regelmässig die Adäquanz zwischen Unfall und eingetretenen unklaren Beschwerden bejaht worden wäre. Für diese Einschätzung spricht zum einen die Tatsache, dass ab 1991 die Anforderungen an die Gewährung einer UV-Rente aufgrund der mit dem «Salanitri»-Entscheid eingeführten «Schleudertrauma-Praxis» zunächst recht tief angesetzt wurden.<sup>1321</sup> Zum andern scheint auch die erhebliche Zunahme an zugesprochenen Renten zwischen 1990 bis 2007 diese These zu bestätigen.<sup>1322</sup>

<sup>1316</sup> BGE 96 II 392.

<sup>1317</sup> RUMO-JUNGO, N 772.

<sup>1318</sup> Vgl. zu dieser Einschätzung 8.2.

<sup>1319</sup> Das Bundesgericht hatte sich nach dem Ersten Weltkrieg erst wieder 1934 mit einem Neurosefall zu befassen (vgl. BGE 60 II 132).

<sup>1320</sup> Ähnlich auch RUMO-JUNGO, N 772.

<sup>1321</sup> Vgl. hierzu 9.3.

<sup>1322</sup> Vgl. hierzu 9.5.

Insgesamt vermag die aufgezeigte Begründung mit den spezifischen Begehrungstendenzen, die offenbar nach bundesgerichtlicher Auffassung im Sozialversicherungsrecht von grösserer Bedeutung sein sollen als im Haftpflichtrecht, nicht zu überzeugen. Hintergrund dieser Praxis war, wie RUMO-JUNGO zu Recht vorbringt, der Umstand, dass das frühere EVG bis Mitte der 1980er-Jahre entgegen der aufgezeigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Haftpflichtrecht bei der Beurteilung der Haftungsbegründung auf einen durchschnittlich veranlagten Versicherten abstellte.<sup>1323</sup> Seit 1986 verfiel es jedoch die Wertung, dass der Geschädigte so zu nehmen ist, wie er tatsächlich ist.<sup>1324</sup> Im betreffenden Leitentscheid führte es aus, dass das UVG «nicht nur psychisch Gesunde, sondern auch Personen, welche besondere Veranlagungen aufweisen und daher einen Unfall weniger gut verkraften[, versichere], weshalb der adäquate Kausalzusammenhang auch bei einer psychisch abnormen Reaktion bejaht werden müsse.»<sup>1325</sup> Zudem liefe es dem Zweck der Unfallversicherung zuwider, wenn bestimmten Personen wegen einer im Anschluss an einen Unfall sich auswirkenden besonderen Veranlagung Leistungen verweigert würden.<sup>1326</sup> Die Argumentationslinie, die sich auf die Begehrungstendenzen (der Betroffenen/Kläger/ etc.) berief, stammt aus der Zeit vor dieser einschneidenden Änderung der Rechtsprechung.<sup>1327</sup> Da seit 1986 nach Auffassung des Bundesgerichts auch Personen mit bedeutenden Vorzuständen vom Schutzzweck des Unfallversicherungsrechts mitumfasst sind, ist die Begründung mit Begehrungstendenzen als überholt zu betrachten. Zu Recht weist MURER denn auch darauf hin, dass die Problematik mit Begehrungstendenzen in den verschiedenen Rechtsgebieten ohnehin dieselbe sei.<sup>1328</sup> Entsprechende Anreize bestehen auch im Haftpflichtrecht.<sup>1329</sup>

---

<sup>1323</sup> Vgl. hierzu insb. BGE 112 V 30 E. 3b S. 35; vgl. zur Entwicklung dieser Rechtsprechung 9.3.2.

<sup>1324</sup> BGE 112 V 30 E. 3c S. 36.

<sup>1325</sup> BGE 112 V 30 E. 3c S. 36.

<sup>1326</sup> BGE 112 V 30 E. 3c S. 36.

<sup>1327</sup> Vgl. insb. EVGE 1960 S. 260 ff. E. 2 S. 265: «In diesem Zusammenhang sind der Charakter der Sozialversicherung und die Betreuungspflicht der mit ihrer Durchführung betrauten Organe gegenüber dem Versicherten von Bedeutung; liegt es doch auf der Hand, dass Begehrungstendenzen sich mit Vorliebe gerade an diese Betreuungspflicht heften. Darin mag einer der Gründe dafür liegen, dass im Privatrecht die massgebenden Verhältnisse zu einer andern Beurteilung der Neurosen führen können als in der Sozialversicherung.»

<sup>1328</sup> MURER, *Moral Hazard*, S. 250; gl.M. ROBERTO/GRECHENIG, *Zurechnungsprobleme*, S. 66.

<sup>1329</sup> ROBERTO/GRECHENIG, *Zurechnungsprobleme*, S. 66.

### 12.4.1.2. Berücksichtigung des Schutzzwecks des Haftpflichtrechts

Das Bundesgericht begründet seine nach Rechtsgebieten differenzierende Adäquanzprüfung im Weiteren mit der rechtspolitischen Zielsetzung des Haftpflichtrechts, im Einzelfall eine billige Zurechnungsentscheidung zu fällen.<sup>1330</sup> KELLER/GABI/GABI überzeugt diese Begründung. Da es um eine wertende Zurechnung von Schäden gehe, sei es sachgerecht, dass sich diese Zielsetzung beim Adäquanzkriterium auswirke.<sup>1331</sup>

Das Bundesgericht beruft sich in seinen Erwägungen auf Art. 4 ZGB.<sup>1332</sup> Das hauptsächliche Bestreben jeder auf Billigkeit gegründeten Rechtsanwendung liegt darin, dem Einzelfall gerecht zu werden.<sup>1333</sup> Es stellt sich demnach in Bezug auf die Beurteilung von HWS-Distorsionen auf den Standpunkt, dass die Übernahme der nach Unfallschwere schematisierenden Praxis des EVG der Einzelfallgerechtigkeit zuwiderlaufen würde. Mit dieser Argumentation stellt das Bundesgericht die Billigkeit als zentrales rechtspolitisches Ziel des Haftpflichtrechts dar.

Die Übernahme der Adäquanzkriterien aus dem Unfallversicherungsrecht würde nach Ansicht von KIESER dazu führen, dass die Adäquanz ihre Bedeutung als wertendes Kriterium im Haftpflichtrecht verlöre.<sup>1334</sup> Die im Unfallversicherungsrecht bei der Adäquanzprüfung massgebende schematisierende Einteilung der Unfälle wirke sich nämlich derart aus, dass das wertende Element kaum mehr durchschlage.<sup>1335</sup>

Der Auffassung von KIESER ist zuzustimmen. Der im Haftpflichtrecht zentrale Grundsatz, im Einzelfall eine wertende Zurechnungsentscheidung zu fällen, spricht in der Tat dagegen, die sozialversicherungsrechtliche Praxis mit ihrer Vielzahl von – teilweise weiter verästelten – Zusatzkriterien zu übernehmen. Freilich kann die alleinige Berufung auf den Grundsatz der Billigkeit nicht genügen, um im Haftpflichtrecht eine generell offenere und grosszügigere Adäquanzbeurteilung zu rechtfertigen. In diesem Sinn kritisiert RUMO-JUNGO den jeweils vom Bundesgericht vorgebrachten pauschalen Verweis auf die rechtspolitische Zielsetzung des Rechtsgebiets sowie den Hinweis auf den Zweck einer Norm oder eines ganzen Normenkomplexes. Eine solche Argumentation genüge einer fundierten Begründung, die die unterschiedliche

<sup>1330</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 113.; vgl. zur grossen Bedeutung der Billigkeit in der Entwicklung der Rechtsprechung zu unklaren Beschwerden im Haftpflichtrecht 11.1.2.7.

<sup>1331</sup> KELLER/GABI/GABI, S. 34.

<sup>1332</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112.

<sup>1333</sup> Anstelle vieler: BSK ZGB I-HONSELL, N 8 zu ZGB 4; BK-HRUBESCH-MILLAUER, N 191 zu ZGB 4.

<sup>1334</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 4 N 103 f.; ähnlich auch KELLER/GABI/GABI, S. 34.

<sup>1335</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 4 N 103.

Adäquanzbeurteilung in den beiden Rechtsgebieten rechtfertigen würde, nicht und verhindere nur die Offenlegung der massgebenden Wertungen.<sup>1336</sup>

### **12.4.2. Möglichkeit des differenzierteren Schadensausgleichs im Haftpflichtrecht**

Einen weiteren Grund für die rechtsgebietsunterschiedliche Adäquanzprüfung erblickt das Bundesgericht in den unterschiedlichen Möglichkeiten im Rahmen der Zurechnung beim Schadenstatbestand. Im Unfallversicherungsrecht soll insbesondere deshalb eine strengere Zurechnungsprüfung gerechtfertigt sein, weil dieses im Vergleich zu früher (vgl. Art. 91 KUVG) nur noch in wenigen Fällen eine Kürzung des Schadens für Vorzustände erlaube. Im Anwendungsbereich des UVG geht es in der Regel nämlich um «Alles oder nichts»-Entscheide.<sup>1337</sup>

Nach Auffassung von RUMO-JUNGO kann die unterschiedliche Adäquanzbeurteilung nicht mit den regelmässig vom Bundesgericht vorgebrachten unterschiedlichen Möglichkeiten bei der Schadenersatz- bzw. Leistungsbemessung gerechtfertigt werden,<sup>1338</sup> weil die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs vor der Leistungsbemessung vorgenommen werde.<sup>1339</sup> Auch GÄCHTER, der die bestehende rechtsgebietsabhängige Adäquanzbeurteilung grundsätzlich befürwortet, kritisiert die auf die unterschiedliche Flexibilität im Rahmen der Zurechnung beim Schadenstatbestand Bezug nehmende Begründung des Bundesgerichts. Ob im jeweiligen System nach der Bejahung der Kausalität noch weitere Instrumente angewendet werden sollen, um die Haftung bzw. die Ersatzpflicht zu begrenzen, dürfe keine Rolle spielen, weil eine solche Rücksichtnahme dogmatisch unsauber wäre.<sup>1340</sup> Deutlich kritisiert wird diese bundesgerichtliche Argumentation auch von KRAMER und SCHAEER. Ihrer Ansicht nach könne doch nicht eine verunglückte Bestimmung (Art. 36 Abs. 2 UVG) dazu führen, dass im kollektiven Unfallversicherungsrecht Adäquanz und Schadensdeckung wegen des «Alles oder nichts»-Prinzips abgelehnt werde, dagegen im Haft-

---

<sup>1336</sup> RUMO-JUNGO, N 776.

<sup>1337</sup> BGE 123 III 110 E. 3b S. 114.

<sup>1338</sup> Art. 42–44 OR für das Haftpflichtrecht; Art. 36 Abs. 2 UVG für das Unfallversicherungsrecht; vgl. auch Art. 91 KUVG, der im Gegensatz zu Art. 36 Abs. 2 UVG noch eine konsequente Leistungskürzung ermöglichte.

<sup>1339</sup> RUMO-JUNGO, N 777; a.M. HUSMANN, S. 24.

<sup>1340</sup> GÄCHTER, Funktion, S. 40; gl.M. KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 165.



pflichtrecht wegen der Möglichkeit einer differenzierenden Schadenszurechnung die Adäquanz und damit eine (gegebenenfalls reduzierte) Haftung bejaht würden.<sup>1341</sup>

Diese Kritik ist berechtigt. Die im Haftpflichtrecht bestehenden differenzierteren Möglichkeiten beim Schadenstatbestand dürfen für die Frage, ob jeweils die Zurechnung zwischen dem schädigenden Ereignis und den eingetretenen unklaren Beschwerden zu bejahen ist, keine Rolle spielen. Damit würde nämlich in dogmatisch unsauberer Weise auf die gesetzgeberische Ausgestaltung der Kürzungsgründe abgestellt, um im Unfallversicherungsrecht eine generell strengere Zurechnungsprüfung der Haftungsbegründung als im Haftpflichtrecht zu rechtfertigen.

Es besteht zudem ein breiter Konsens darüber, dass Art. 36 Abs. 2 UVG, der in den hier interessierenden Fällen regelmässig zu «Alles oder nichts»-Lösungen führt, zu revidieren ist.<sup>1342</sup> Gerade in Grenzfällen, bei denen die Ergründung der massgebenden Ursachen diffuser unklarer Beschwerden erhebliche Schwierigkeiten bereitet, könnte grundsätzlich schon heute gestützt auf Art. 23 UVG an die jahrzehntelang praktizierte Abfindungspraxis angeknüpft werden. Insofern ist der Hinweis des Bundesgerichts zu pauschal, wonach es im Anwendungsbereich des UVG um die Alternative «alles oder nichts» gehe.<sup>1343</sup> Mit der Abfindungsmöglichkeit besteht durchaus eine interessante Alternative, gerade in Bezug auf Fälle mit unklaren Beschwerden, bei denen sich die konstitutionelle Prädisposition vor dem schädigenden Ereignis regelmässig noch nicht ausgewirkt hat, dieser jedoch für den Eintritt der langanhaltenden psychogenen Störungen eine grosse Bedeutung zukommt.

### 12.4.3. Stand der Lehre

GÄCHTER spricht sich für die Praxis des Bundesgerichts aus.<sup>1344</sup> Die Argumentation mit der Adäquanz dient seiner Auffassung nach dazu, Haftung und Ersatzpflichten plausibel und angepasst auf die jeweilige Haftungsnorm einschränken zu können. Die normativ eher vage gehaltenen Grundlagen von Haftung und Ersatzpflichten sollen im Hinblick auf die Zwecksetzung der jeweiligen Norm sowie des dahinter stehenden Haftungssystems auf ein vernünftiges und der Sachgesetzlichkeit des jeweiligen Systems angepasstes Mass zurückgebunden werden. Er betrachtet die Adäquanzargumentation insgesamt mehr als Praxisanleitung, die vorgebe, wie die

---

<sup>1341</sup> KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 165; SCHAER, Adäquanz, S. 594; gl.M. FELLMANN/KOTTMANN N 430 f.

<sup>1342</sup> MURER, HWS-Distorsionstrauma, N 35; MÜLLER URS, Kausalzusammenhang, S. 151; KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 165; SCHAER, Adäquanz, S. 594.

<sup>1343</sup> Vgl. BGE 123 III 110 E. 3b S. 114.

<sup>1344</sup> GÄCHTER, Funktion, S. 41; gl.M. WEBER, Dogmatisch Ungereimtes, S. 559.

Prüfung der Haftungsbeschränkung in argumentativen Schritten abzulaufen habe. Gerade deshalb sei die Bezugnahme auf den jeweiligen normativen Kontext zwingend, da ansonsten eine wertende Haftungs- oder Ersatzbegrenzung gar nicht möglich wäre.<sup>1345</sup> Insgesamt beurteilt er die nach dem jeweiligen normativen Kontext differenzierende bundesgerichtliche Rechtsprechung als schlüssig, zutreffend und zielführend.<sup>1346</sup> Die oftmals an dieser Rechtsprechung geäußerte Kritik, wonach das Haftpflichtrecht nicht zum Sammelbecken für Haftungsfälle unklarer Kausalität werden dürfe, weist er zurück. Nach seiner Einschätzung könne diese Kritik nicht mit der Adäquanzbeurteilung in Zusammenhang gebracht werden.<sup>1347</sup> Vielmehr sei es Sache des Gesetzgebers, die gesetzlichen Grundlagen der entsprechenden Entschädigungssysteme gegebenenfalls anzupassen. Auch widerspricht er, zumindest für den Bereich des Unfallversicherungsrechts, der Kritik, wonach die Adäquanz die Entscheidungsgründe eher verdunkle als transparent darlege. Einen sauber begründeten Entscheid stuft er durchaus als transparent ein, insbesondere aufgrund der vorgegebenen klaren Begründungsstruktur.<sup>1348</sup>

Insbesondere für KELLER/GABI/GABI rechtfertigen die unterschiedlichen Verpflichtungen im Haftpflicht- und Unfallversicherungsrecht die rechtsgebietsspezifische Adäquanzbeurteilung. Während in der Sozialversicherung die Allgemeinheit Risikofolgen Einzelner übernehmen müsse, gehe es im Haftpflichtrecht immer um das Verhältnis des Haftpflichtigen zum Geschädigten.<sup>1349</sup> In ähnlicher Weise erachtet WEBER die unterschiedliche Praxis im Hinblick auf die Zielsetzungen des Haftpflicht- und Sozialversicherungsrechts für gerechtfertigt. Im Haftpflichtrecht stehe die auf einer individuellen Interessenabwägung basierende, nur ausnahmsweise<sup>1350</sup> erfolgende, dafür grundsätzlich vollständige Schadenüberwälzung im Vordergrund. Dagegen ziele das Sozialversicherungsrecht auf einen auf gesellschaftlicher Solidarität basierenden kollektiven und meist begrenzten Ausgleich. Er räumt aber auch ein, dass man sich bislang noch zu wenig Gedanken darüber gemacht habe, was aus diesen unterschiedlichen Zielsetzungen für das Kriterium der Adäquanz abgeleitet werden könne.<sup>1351</sup>

---

<sup>1345</sup> GÄCHTER, Funktion, S. 42.

<sup>1346</sup> GÄCHTER, Funktion, S. 42 und 43.

<sup>1347</sup> GÄCHTER, Funktion, S. 42.

<sup>1348</sup> GÄCHTER, Funktion, S. 43.

<sup>1349</sup> KELLER/GABI/GABI, S. 34.

<sup>1350</sup> WEBER, Dogmatisch Ungereimtes, S. 559, verweist in diesem Zusammenhang auf den vielzitierten Grundsatz «casum sentit dominus». Vgl. zu diesem Grundsatz Fn. 15.

<sup>1351</sup> WEBER, Dogmatisch Ungereimtes, S. 559.

SCHAER bezeichnet die bundesgerichtliche Praxis dagegen als äusserst fragwürdig. Gerade der Charakter der Sozialversicherung mit der institutionalisierten Überwälzung der Schäden auf ein möglichst grosses Kollektiv würde seiner Meinung nach für eine andere Grenzziehung sprechen.<sup>1352</sup> In vergleichbarer Weise spricht auch für BOHNY der Charakter der Sozialversicherung gegen die noch heute geltende Adäquanzbeurteilung, da damit dem Haftpflichtigen die grössere Sozialverantwortung auferlegt werde als dem Sozialversicherungsträger.<sup>1353</sup>

Auch KIESER übt Kritik an der nach Rechtsgebieten differenzierenden Rechtsprechung.<sup>1354</sup> Seiner Meinung nach ist es im System der Sozialversicherung hinnehmbarer, bei gewissen Unsicherheiten eher eine Leistung zu gewähren als im System der Haftpflicht.<sup>1355</sup> Er zweifelt die Schlüssigkeit der Rechtsprechung insbesondere deshalb an, weil in beiden Rechtsgebieten vom selben Adäquanzbegriff ausgegangen wird. Eine gewisse Rechtfertigung erblickt er darin, dass im Haftpflichtrecht der geringen Intensität einer Schadensursache im Rahmen der Ersatzbemessung Rechnung getragen werden könne.<sup>1356</sup> KIESER kritisiert an der derzeitigen Rechtsprechung zudem, dass diese aus Sicht von Versicherten, die über keine Haftpflichtansprüche verfügten, nicht fair sei.<sup>1357</sup>

Nach Auffassung von MÜLLER muss der Adäquanzbegriff in beiden Rechtsgebieten für alle gesundheitlichen Beeinträchtigungen einheitlich gehandhabt werden.<sup>1358</sup> In ähnlicher Weise fordert RUMO-JUNGO, dass das Adäquanzurteil in Bezug auf Personenschäden in beiden Rechtsgebieten nach derselben Wertung vorgenommen werden müsse.<sup>1359</sup> Die starke Verflechtung von Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht im Bereich von Personenschäden erfordere eine gesamtheitliche Beurteilung der Funktionen der beiden Schadenausgleichssysteme. Die spezialrechtliche Betrachtungsweise und die Anrufung der Zielsetzung eines einzelnen Systems zur Begründung unterschiedlicher Adäquanzbewertungen erachtet sie als nicht statthaft. Wie bei physischen Schädigungen dränge sich auch bei psychischen Schädigungen eine einheitliche Adäquanzbeurteilung auf.<sup>1360</sup>

---

<sup>1352</sup> SCHAER, Adäquanz, S. 571.

<sup>1353</sup> BOHNY, S. 35; gl.M. FELLMANN/KOTTMANN N 431; KRAMER, S. 165; ROBERTO, Auswirkung, S. 76; ROBERTO/REICHLE, S. 11.

<sup>1354</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 4 N 104; DERS., Sozialversicherungsrecht, N 7/24 f.

<sup>1355</sup> KIESER, Sozialversicherungsrecht, N 7/25.

<sup>1356</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 4 N 104.

<sup>1357</sup> KIESER, Sozialversicherungsrecht, N 7/24.

<sup>1358</sup> MÜLLER URS, Kausalzusammenhang, S. 150.

<sup>1359</sup> RUMO-JUNGO, N 781.

<sup>1360</sup> RUMO-JUNGO, N 785.

Auch KRAMER zeigt kein Verständnis dafür, dass eine und dieselbe Unfallfolge unter Berufung auf das je unterschiedliche normative Umfeld und die Notwendigkeit einer versicherungsmässig vernünftigen Lösung im Haftpflichtrecht nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als adäquat verursacht gelten können soll, im Unfallversicherungsrecht hingegen als inadäquat.<sup>1361</sup> Insofern als die Adäquanz als eine Generalklausel resp. ein Rechtsbegriff aufzufassen ist, zeigt GÄCHTER Verständnis für die Kritik, die auf der Begriffsebene ansetzt. Denselben Begriff mit unterschiedlichen Inhalten zu füllen, mache – freilich nur unter dieser Annahme – auch für ihn als Befürworter der bisherigen Praxis keinen Sinn.<sup>1362</sup>

Wie KRAMER fordern auch ROBERTO/GRECHENIG, dass die Adäquanz im Sozialversicherungsrecht weiter zu interpretieren sei als im Haftpflichtrecht.<sup>1363</sup> Um die Unterschiede bei der Zurechnung zu ergründen, müsse nach dem Zweck des Haftpflicht- und Sozialversicherungsrechts gefragt werden. Das Haftpflichtrecht diene der Prävention und dem Schadensausgleich.<sup>1364</sup> Prävention bedeute eine Verhaltenssteuerung im Verhältnis zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten. Durch eine angemessene Ausgestaltung der Haftungsnormen würden Anreize gesetzt, das Schadensereignis zu vermeiden. Beim Schadensausgleich stehe der Versicherungsgedanke im Vordergrund. Wenn die Haftungsvoraussetzungen gegeben seien, dann sei der Geschädigte beim Schädiger «versichert» und erhalte Ersatz.<sup>1365</sup> Das Versicherungsrecht sei dagegen vom Ausgleichsgedanken geprägt. Durch eine breite Verteilung könne ein Schaden besser verkräftet werden als durch einen einzelnen Schädiger. Im Vergleich zum Haftpflichtrecht ent falle vor allem die Funktion der Verhaltenssteuerung im Bezug zum Schädiger. Insgesamt komme es daher bei der Entscheidung über einen versicherungsrechtlichen Anspruch in stärkerem Ausmass auf die Verteilung des Schadens an.<sup>1366</sup>

Aus dieser Gegenüberstellung der Zwecke folgern ROBERTO/GRECHENIG, dass das Sozialversicherungsrecht in Fällen, in welchen die Kausalität unsicher sei, eher einen Ersatz vorsehen müsse als das Haftpflichtrecht. Anders als im Haftpflichtrecht sei

---

<sup>1361</sup> KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 165; gl.M. FELLMANN/KOTTMANN N 431.

<sup>1362</sup> GÄCHTER, Funktion, S. 42.

<sup>1363</sup> KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 165; ROBERTO, Auswirkung, S. 76; ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 66, 68 und 70; gl.M. FELLMANN/KOTTMANN N 431; a.M. HUSMANN, S. 23.

<sup>1364</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 65; kritisch zur Präventionsfunktion WIDMER/KRAUSKOPF, N 2.11. Ihrer Ansicht nach wird die Nebenfunktion der Prävention nicht selten überbewertet. Die Aufgabe der Prävention weisen sie dem öffentlichen Recht zu.

<sup>1365</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 65.

<sup>1366</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 66.

dort ein ungerechtfertigter Ersatz im Einzelfall weniger problematisch als ein ungerechtfertigter «Nichtersatz».<sup>1367</sup>

#### 12.4.4. Stellungnahme

Unbestritten erfüllen sowohl die Unfallversicherung als auch die Haftpflicht eine Schadenausgleichsfunktion.<sup>1368</sup> Die Sozialversicherung ist dadurch gekennzeichnet, dass sie stark standardisierte, typisierte, nach oben und unten begrenzte Leistungen erbringt, welche sich an vergangenen und gegenwärtigen Verhältnissen orientieren. Im Haftpflichtrecht wird dagegen der zu ersetzende Schaden im Einzelfall und mit einer vorausschauenden Komponente ermittelt.<sup>1369</sup> Die Unfallversicherung gewährt Leistungen, wenn der Schaden in Form des versicherten Risikos eintritt. Die Haftpflicht hingegen greift immer dann, wenn die geschädigte Person für den eingetretenen Schaden einen Schädiger resp. dessen Haftpflichtversicherung in Anspruch nehmen kann.<sup>1370</sup>

Unabhängig dieser Unterschiede darf in der Diskussion über die Berechtigung der rechtsgebietspezifischen Adäquanzbeurteilung nicht unberücksichtigt bleiben, dass die soziale Unfallversicherung ursprünglich insbesondere die frühere Fabrikhaftpflicht abgelöst hat. Im Grunde ging und geht es in beiden Schadenausgleichssystemen stets um die Abdeckung genau desselben Risikos, nämlich der infolge eines Unfalls eintretenden Arbeitsunfähigkeit resp. des dadurch bedingten Vermögensschadens. Zwar mögen, wie WEBER vorbringt, die Leistungen der Unfallversicherung begrenzt und standardisiert sein.<sup>1371</sup> Aufgrund der relativ üppigen Leistungen ist die Begrenzung jedoch zu relativieren. In der Regel vermag die Unfallversicherung in vielen Fällen den Schaden zu einem grossen Teil zu decken.

Insgesamt vermag keiner der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung angeführten Gründe die unterschiedliche Beurteilung der Adäquanz bei unklaren Beschwerden in überzeugender Weise zu rechtfertigen. Bleibt die Frage, ob die unterschiedliche Adäquanzbeurteilung vom Ergebnis her gesehen zu überzeugen vermag. Insbesondere WEBER argumentiert mit den unterschiedlichen Zielsetzungen der beiden Schadenausgleichssysteme, welche die derzeitige rechtsgebietsdifferenzierende Adä-

---

<sup>1367</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 66.

<sup>1368</sup> REY/WILDHABER, N 11; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 02.35a f.; vgl. auch RUMOJUNGO, N 190 ff.

<sup>1369</sup> MOSIMANN, Bedeutung, N 5.

<sup>1370</sup> MOSIMANN, Bedeutung, N 1.

<sup>1371</sup> WEBER, Dogmatisch Ungereimtes, S. 559.

quanzprüfung seiner Ansicht nach rechtfertigen.<sup>1372</sup> RUMO-JUNGO kritisiert dagegen gerade die separate Betrachtung der Zielsetzungen der beiden Schadenausgleichssysteme. Sie spricht sich aufgrund der engen Verflechtung der beiden Rechtsgebiete bei Personenschäden für eine gleichartige Adäquanzbeurteilung in beiden Rechtsgebieten aus.<sup>1373</sup>

Auch vom Ergebnis her gesehen ist es nicht nachvollziehbar, weshalb die haftungsbegründende Adäquanz in Fällen mit unklaren Beschwerden im Haftpflichtrecht eher zu bejahen sein soll als im Unfallversicherungsrecht. Regelmässig löst die Haftpflicht für Personenschäden gleichzeitig Leistungen der Unfallversicherung aus. Es stellen sich dieselben Rechtsfragen in beiden Rechtsgebieten.<sup>1374</sup> Auch werden dieselben Zurechnungstheorien verwendet. Aufgrund der engen Verzahnung sind übergreifende Rechtsbegriffe im Haftpflicht-, Sozialversicherungs- und Privatversicherungsrecht zudem sinnvollerweise möglichst einheitlich anzuwenden.<sup>1375</sup> Die derzeitige Praxis ist aber vor allem deshalb nicht gerechtfertigt, da die Anforderungen für eine Bejahung der Adäquanz im Unfallversicherungsrecht erheblich höher sind als im Haftpflichtrecht. Insgesamt müsste gerade in Fällen mit langanhaltenden unklaren Beschwerden, die auf leichteste, bagatelläre Unfallereignisse zurückzuführen sind, aufgrund des sozialen Charakters eher die Sozialversicherung Leistungen erbringen als der unfallverursachende Schädiger. Dies gilt umso mehr, als dem Sozialversicherungsrecht im Gegensatz zum Haftpflichtrecht der Zweck der Prävention fremd ist.<sup>1376</sup> Die Haftpflichtversicherer sollten freilich in Fällen, die eine bestimmte Erheblichkeit aufweisen und sich eine chronifizierende Tendenz erkennen lässt, auch Bereitschaft zeigen, gewisse beschränkte Leistungen zu erbringen bzw. wäre solches gerichtlich durchzusetzen. Eine sachgerechte Lösung könnte, wie schon an anderer Stelle dargelegt wurde, darin liegen, in solchen Fällen an die frühere Abfindungspraxis aus dem Unfallversicherungsrecht anzuknüpfen.<sup>1377</sup> Alternativ oder ergänzend dürfte es in solchen Fällen ab einer gewissen Erheblichkeit der Beschwerden gerechtfertigt sein, wie noch vor nicht allzu langer Zeit in Österreich üblich, infolge von Unfällen auftretende unspezifische Beschwerden und Befindlichkeitsstörungen gegebenenfalls durch die zügige Leistung einer Genugtuung im vierstelligen Frankenbereich abzugelten.<sup>1378</sup>

---

<sup>1372</sup> WEBER, Dogmatisch Ungereimtes, S. 559.

<sup>1373</sup> RUMO-JUNGO, N 785.

<sup>1374</sup> RUMO-JUNGO, N 614.

<sup>1375</sup> SCHAER, Grundzüge, N 1279.

<sup>1376</sup> Vgl. ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 65.

<sup>1377</sup> Vgl. zu dieser Schlussfolgerung 11.5.

<sup>1378</sup> Vgl. zu dieser Schlussfolgerung 11.5.

Es geht bei dieser Diskussion nicht um die Frage, welches System restriktiver sein soll.<sup>1379</sup> Im Vordergrund steht, dass es grundsätzlich Aufgabe eines verantwortungsbewussten Sozialstaates ist, für Personen, denen infolge einer geringen, organisch nicht feststellbaren gesundheitlichen Beeinträchtigung die Weiterführung des gewohnten, früheren Lebens für längere Zeit oder gar dauerhaft nicht mehr gelingen mag, angemessene Lösungen zu finden.<sup>1380</sup> Für diese Sichtweise spricht auch, dass die derzeitige Rechtsprechung aus Sicht von Personen, die an unklaren Beschwerden leiden, die nicht auf ein bestimmtes schädigendes Ereignis zurückgeführt werden können, nicht sachgerecht ist.<sup>1381</sup> Sachlich nicht gerechtfertigt ist es jedenfalls, bei infolge von lediglich leichten, bagatellären Unfällen auftretenden langanhaltenden unklaren Beschwerden die finanziellen Folgen für solche Beeinträchtigungen einem Dritten wie etwa einem Fahrzeughalter oder einer Eisenbahnunternehmung aufzuerlegen. Denn damit würde dem jeweiligen Haftpflichtigen, der bloss eine minimale Ursache («letzter Tropfen») gesetzt hat, die grössere Sozialverantwortung auferlegt als dem Sozialversicherungsträger.<sup>1382</sup>

## **13. Haftungs begründende Zurechnung im Haftpflichtrecht**

Die vom Bundesgericht angewandte Zurechnungskonzeption im Haftpflichtrecht ist in der Lehre in verschiedener Hinsicht kritisiert worden. Nachfolgend wird auf die wichtigsten Kritikpunkte eingegangen, die in diesem Zusammenhang in der Lehre diskutiert werden.

### **13.1. Unterscheidung zwischen haftungs begründender und haftungsausfüllender Kausalität**

Im schweizerischen Haftpflichtrecht fehlt eine Bestimmung, die zwischen haftungs begründender und haftungsausfüllender Kausalität unterscheidet.<sup>1383</sup> Die meisten

---

<sup>1379</sup> Vgl. zu dieser grundsätzlichen Frage die in HAVE 3/2013 publizierten Forums-Beiträge mehrerer Autoren.

<sup>1380</sup> ROBERTO/REICHLE, S. 11.

<sup>1381</sup> Vgl. KIESER, Sozialversicherungsrecht, N 7/24.

<sup>1382</sup> ROBERTO, Auswirkung, S. 76; ROBERTO/REICHLE, S. 11.

<sup>1383</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 418.

Autoren prüfen lediglich, ob zwischen dem schädigenden Ereignis und dem eingetretenen Schaden ein (natürlicher und adäquater) Kausalzusammenhang besteht.<sup>1384</sup> Ein bedeutender Teil der Lehre stellt sich dagegen auf den Standpunkt, es sei zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität zu differenzieren.<sup>1385</sup>

In diesem Sinn fordert etwa SCHWENZER, es müsse zunächst die kausale Verknüpfung zwischen dem schädigenden Verhalten und der Rechtsgutverletzung (sogenannte haftungsbegründende Kausalität) und in einem zweiten Schritt diejenige zwischen der Rechtsgutverletzung und dem eingetretenen Schaden (sogenannte haftungsausfüllende Kausalität) geprüft werden.<sup>1386</sup> ROBERTO differenziert in Bezug auf die Zurechnung bei Folgeverletzungen und diejenige beim Schadenstatbestand noch weiter.<sup>1387</sup> Zunächst stehe gegebenenfalls die Korrelation zwischen der Erstverletzung und den daraus entstehenden Folgeverletzungen (sogenannte haftungsausfüllende Kausalität) auf dem Prüfstand. Zuletzt müsse noch der Zusammenhang zwischen den zurechenbaren Rechtsgutverletzungen (sowohl Erst- als auch Folgeverletzungen) und den daraus resultierenden Vermögenseinbussen untersucht werden.<sup>1388</sup>

Insbesondere BREHM hält die Unterscheidung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität für nicht sonderlich relevant. Diese Differenzierung bleibe meistens deshalb ohne rechtliche Bedeutung, da beide Kausalitätsformen kumulative Voraussetzungen für eine Schadenersatzpflicht seien.<sup>1389</sup> REY lehnt das Konzept schliesslich aus systematischen Gründen sowie wegen der mit der Abgrenzung zwischen den verschiedenen Kausalitätsfragen verbundenen Probleme ab.<sup>1390</sup>

---

<sup>1384</sup> BK-BREHM, N 72 zu OR 41; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 15; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (5. Aufl.), N 16a zu OR 41; OFTINGER/STARK, § 3 N 2; REY, N 522a; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, N 77 und 79.

<sup>1385</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 420; HUSMANN/RIESEN, S. 67; HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, N 135; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.02 und 06.74; SCHWENZER, N 19.01; WEBER, Dogmatisch Ungereimtes, S. 560; nach WEBER, Dogmatisch Ungereimtes, S. 560 Fn. 13, wird diese Differenzierung freilich nur von ROBERTO (Haftpflichtrecht, N 06.72 ff.) konsequent vertreten.

<sup>1386</sup> SCHWENZER, N 19.01; gl.M. HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, N 135.

<sup>1387</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.74.

<sup>1388</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.72 ff.; gl.M. WEBER, Dogmatisch Ungereimtes, S. 560 Fn. 13.

<sup>1389</sup> BK-BREHM, N 103 zu OR 41.

<sup>1390</sup> REY, N 522a.



In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Haftpflichtrecht wurde nie ausdrücklich zwischen Haftungsbegründung und Haftungsausfüllung differenziert.<sup>1391</sup> Die Analyse der Rechtsprechung hat gezeigt, dass das Bundesgericht die Kausalität im Lauf der Zeit sehr unterschiedlich prüfte. In der ersten analysierten Periode (1875–1915) prüfte es in Fällen mit unklaren Beschwerden den Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem eingetretenen Schaden,<sup>1392</sup> dem Unfall und der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung,<sup>1393</sup> dem Unfall und dem Betrieb<sup>1394</sup> oder dem Unfall und der Erwerbsunfähigkeit.<sup>1395</sup> In der zweiten Periode (1916–1990) beurteilte es den natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der eingetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigung.<sup>1396</sup> Gleiches gilt grundsätzlich auch für die dritte (1991–2007) und vierte (2008–heute) Periode.<sup>1397</sup> In mehreren in diesen beiden letzten Phasen ergangenen Urteilen zog es die Adäquanzlehre jedoch ausdrücklich auch noch für die Beurteilung der zurechenbaren Vermögenseinbussen heran.<sup>1398</sup> Es führte jeweils aus, der geringen Intensität eines Unfalls als Ursache einer körperlichen Beeinträchtigung könne im Rahmen der Ersatzbemessung Rechnung getragen werden.<sup>1399</sup>

Der Adäquanztheorie kommt demnach bei der Beurteilung unklarer Beschwerden eine doppelte Funktion zu: Einerseits ist sie Prüfungsgegenstand bei der Frage der Haftungsbegründung, andererseits kommt ihr auch die Funktion zu, das Ausmass des dem Haftpflichtigen zurechenbaren Schadens zu bestimmen.<sup>1400</sup>

<sup>1391</sup> Vgl. allerdings BGE 143 III 254 E. 3.2, wo das Bundesgericht unter Bezugnahme auf neuere Lehrmeinungen erstmals auf die Unterscheidung zwischen haftungsbegründendem Tatbestand und den von diesem abzugrenzenden Haftungsfolgen hinwies. Vgl. hierzu 3.3.

<sup>1392</sup> BGE 36 II 104 E. 2 S. 111. In diesem Entscheid wurde ausdrücklich auf die mit BGE 6 267 E. 7 S. 272 begründete Rechtsprechung zur Beurteilung der Kausalität in Fällen mit Vorzuständen verwiesen.

<sup>1393</sup> BGE 32 II 13 E. 5 S. 19; 31 II 590 E. 2 S. 593; vgl. auch BGE 31 II 227 E. 4 S. 231 f.

<sup>1394</sup> BGE 19 420 E. 3 S. 421 f.

<sup>1395</sup> BGE 38 II 646 E. 1 S. 652.

<sup>1396</sup> BGE 96 II 392 E. 1 S. 395 f. und E. 2 S. 396.

<sup>1397</sup> BGE 123 III 110 E. 2 S. 111.

<sup>1398</sup> BGE 123 III 110 E. 2c S. 115; Urteile des Bundesgerichts 4A\_25/2011 vom 21. März 2011 E. 4.2; 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.4; vgl. ferner die Kritik von ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 58, wonach der Begriff der Adäquanz auch bei Ausführungen, welche die Rechtswidrigkeit oder die Ersatzfähigkeit von Schadensposten betreffen, Erwähnung findet.

<sup>1399</sup> BGE 123 III 110 E. 2c S. 115; Urteile des Bundesgerichts 4A\_25/2011 vom 21. März 2011 E. 4.2; 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.4.

<sup>1400</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 419.

Die Prüfung des erforderlichen Kausalzusammenhangs zwischen Ursache und Schaden in einem «Aufwasch» erschwert es, die jeweils wirklich massgebenden Zurechnungselemente zu erkennen. ROBERTO/GRECHENIG kritisieren diese Praxis als weder dogmatisch noch sachlich überzeugend.<sup>1401</sup> Wie bereits vorne im Grundlagenteil dargelegt,<sup>1402</sup> scheint sich allmählich auch das Bundesgericht der Unzulänglichkeiten der derzeitigen Kausalitätsprüfung bewusst zu werden. In BGE 143 III 254 legte es erstmals dar, dass gemäss der bisherigen Haftungskonzeption der haftungsbegründende Tatbestand nicht von den Haftungsfolgen abgegrenzt werde. Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen rechtswidriger Handlung und Rechtsgutverletzung gehöre zur Haftungsbegründung, der zu ersetzende Schaden dagegen zu den Folgen der Verletzung.<sup>1403</sup>

Die vom Bundesgericht in jüngster Zeit erfolgte Anerkennung der Abgrenzung der Haftungsbegründung vom Schadenstatbestand ist zu begrüßen. Insbesondere die in dieser Arbeit durchgeführte Analyse zeigt exemplarisch, wie schwierig es ist, die massgebenden bundesgerichtlichen Wertungen im Rahmen der Prüfung des erforderlichen Kausalzusammenhangs systematisch einzuordnen. Eine weitere Untergliederung der Prüfung in Haftungsbegründung, Haftungsausfüllung und Schadenstatbestand dürfte die Zuordnung der jeweils massgebenden Zurechnungstheorien und Einschränkungskriterien erheblich erleichtern. Zudem würde eine solche in verschiedenen Schritten vorzunehmende Haftungsprüfungs-Konzeption auch in dogmatischer Hinsicht überzeugen.

## **13.2. Kritik an der Rechtsprechung zum natürlichen Kausalzusammenhang**

Auch der bundesgerichtlichen Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs ist in verschiedener Hinsicht Kritik erwachsen.

### **13.2.1. Naturwissenschaftliche und logische Beurteilung**

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird der natürliche Kausalzusammenhang als reine Tatfrage qualifiziert, die nach Massgabe der jeweiligen Beweisregeln in einem Beweisverfahren zu klären ist und vom Bundesgericht nicht bzw. nur auf

---

<sup>1401</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 58.

<sup>1402</sup> Vgl. 3.3.

<sup>1403</sup> BGE 143 III 254 E. 3.2 S. 257.

Willkür hin überprüft werden kann.<sup>1404</sup> Das Bundesgericht hat schon mehrfach offengelegt, von einer naturwissenschaftlichen oder logischen Kausalität auszugehen.<sup>1405</sup>

Weil jedoch bei der Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs der tatsächliche Geschehensablauf im Rahmen einer retrospektiven, erfahrungsbasierten Bewertung hypothetisch reduziert werde, ziehen LANDOLT/KIESER den Schluss, dass bereits dieser Beurteilungsschritt sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur sei.<sup>1406</sup> In ähnlicher Weise erkannte GMÜR schon 1926 die zwangsläufig erforderliche Wertung: «Die Feststellung, ob einem Antecedenz eines Erfolgs Bedingungscharakter zukomme oder nicht, beruht auch bei der Bedingungstheorie auf einem rein logischen, gedanklichen Eliminationsverfahren. Ob aber bei Elimination eines Antecedenz [der Erfolg] entfallen würde, das können wir nur erfahrungsgemäss, aus der Vergleichen mit anderen, analogen Vorgängen heraus feststellen.»<sup>1407</sup>

In vergleichbarer Weise stellt sich auch GALLI auf den Standpunkt, dass sich die vermeintliche Tatfrage ohne juristische Wertung nicht beantworten lasse.<sup>1408</sup> Weil bei psychischen Gesundheitsschäden die Beurteilung hypothetisch erfolge, zieht zudem auch RUMO-JUNGO den Schluss, dass es bei der Beurteilung der natürlichen Kausalität wie bei der adäquaten Kausalität um eine Rechtsfrage gehe.<sup>1409</sup> Ähnlich argumentiert auch PROBST, allerdings im Zusammenhang mit Fällen der Unterlassung. Indem bei der hypothetischen Beurteilung der natürlichen Kausalität – direkt oder indirekt – auf die allgemeine Lebenserfahrung zurückgegriffen werde, bediene man sich eines Kriteriums, das traditionell bei der Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs zur Anwendung komme. Normativ betrachtet vermische sich damit die Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfragen.<sup>1410</sup>

Seit längerem wird damit zu Recht von einem Teil der Lehre die Ansicht vertreten, dass die Frage der natürlichen Kausalität juristischer Präzisierung und normativer Wertung bedarf bzw. sie eine solche beinhaltet.<sup>1411</sup> Auch das Bundesgericht vertrat

<sup>1404</sup> BGE 128 III 22 E. 2d S. 25; in diesem Sinne auch HUGUENIN, Obligationenrecht, N 1919.

<sup>1405</sup> BGE 123 III 110 E. 3a S. 112; 96 II 392 E. 2 S. 397; ROBERTO, Auswirkung, S. 75.

<sup>1406</sup> KIESER/LANDOLT, N 535; LANDOLT, Kausalität, N 8; LANDOLT, Schockschäden, S. 366.

<sup>1407</sup> GMÜR, S. 20 f.

<sup>1408</sup> GALLI, S. 157 und 183; vgl. auch KÖHL, S. 24, wonach bei der Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs ein «juristisches Werturteil» Platz greifen müsse.

<sup>1409</sup> RUMO-JUNGO, N 745.

<sup>1410</sup> PROBST, S. 27; vgl. auch KRAUSKOPF/WIDMER, N 2.91, wonach es zwischen Schaden und Unterlassung keine natürliche Kausalität geben könne.

<sup>1411</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 419; GALLI, S. 157; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 15; KÖHL, S. 24; KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 169; PROBST, S. 18 und 26 f.; REY/WILD-

diese Sichtweise vor über 100 Jahren. Bereits 1899 führte es in einem Entscheid nämlich aus: «Vielfach aber ist die Frage, ob eine bestimmte Tatsache einer anderen als deren Wirkung zugeschrieben werden dürfte, von Erwägungen rechtlicher Natur beeinflusst».<sup>1412</sup>

### 13.2.2. Beweisrechtliche Aspekte

Die beweisrechtlichen Anforderungen an die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs wurden seit dem «Salanitri»-Entscheid<sup>1413</sup> aus dem Jahr 1991 in der Lehre kontrovers diskutiert. Es wird an dieser Stelle grundsätzlich auf die bereits im Rahmen der Analyse gemachten Ausführungen, wo aufgrund der zentralen Bedeutung der Beweisfrage bei unklaren Beschwerden auch jeweils der Stand der Lehrmeinung abgebildet wurde, verwiesen.<sup>1414</sup> Nachfolgend wird in knapper Form der heutige Stand der Lehre zu verschiedenen in jüngerer Zeit diskutierten Beweis-themen wiedergegeben:

- Die Vermutung des typischen Beschwerdebilds nach HWS-Distorsionen, an dem das Bundesgericht bis heute festhält, wird von der herrschenden Lehre abgelehnt.<sup>1415</sup>
- Nach anfänglicher Ablehnung ist das Bundesgericht zwischenzeitlich dazu übergegangen, verkehrsmedizinische Gutachten bei der Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen Unfall und eingetretenen unklaren Beschwerden zu berücksichtigen (2009–2010). In der Lehre scheint diese Änderung der Rechtsprechung mehrheitlich begrüsst worden zu sein.<sup>1416</sup>

---

HABER, N 623; ROBERTO, Schadensrecht, S. 49 ff., insb. S. 69 f.; RUMO-JUNGO, N 744 f.; WERRO, N 226.

<sup>1412</sup> BGE 25 II 312 E. 4 S. 315.

<sup>1413</sup> BGE 117 V 359.

<sup>1414</sup> Vgl. zur Kritik an der bundesgerichtlichen Vermutung des «typischen Beschwerdebilds» nach HWS-Distorsionen 10.1; zur Diskussion über die Bedeutung und Berücksichtigung verkehrsmedizinischer und biomechanischer Gutachten 10.4.2; zur Diskussion über die Einführung einer Erheblichkeitsschwelle 10.4.3; zur Diskussion über die Übernahme der sozialversicherungsrechtlichen Beweisregeln hinsichtlich Begutachtung und Dokumentation 10.4.4.

<sup>1415</sup> Vgl. hierzu 10.1; auch SAMUELSSON, Schleudertrauma, S. 25, befindet unterdessen entgegen ihrer früheren Auffassung, dass sich die bundesgerichtliche Vermutung des nach HWS-Distorsionen auftretenden typischen Beschwerdebilds eher nicht stützen lasse.

<sup>1416</sup> Vgl. zur entsprechenden Diskussion in der Lehre 10.4.2.

- Die von einzelnen Autoren<sup>1417</sup> geforderte Einführung einer Erheblichkeitsschwelle bei einer kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung von unter 10 km/h, die das Bundesgericht stets ablehnte,<sup>1418</sup> wird in der Lehre aus unterschiedlichen Gründen bis heute mehrheitlich abgelehnt.<sup>1419</sup>
- Den zwischenzeitlichen Unklarheiten (2009–2014) über die Berücksichtigung der sozialversicherungsrechtlichen Beweisregeln (insb. Anforderungen an Dokumentation und Begutachtung) hat das Bundesgericht unterdessen ein Ende bereitet. Diese eher strengen Anforderungen finden auch im Haftpflichtrecht Anwendung. In der Lehre bestehen geteilte Auffassungen über diese Rechtsprechung.<sup>1420</sup>

### 13.2.3. Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

Das erforderliche Beweismass für die Bejahung der natürlichen Kausalität ist, wie bereits an anderen Stellen dargetan,<sup>1421</sup> in jüngerer Zeit Gegenstand einer kontroversen Diskussion geworden.<sup>1422</sup> Gemeinhin wird für den Nachweis unfallbedingter unklarer Beschwerden eine überwiegende Wahrscheinlichkeit verlangt.<sup>1423</sup> Der Geschädigte braucht den Zusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und den eingetretenen gesundheitlichen Folgen entsprechend nicht mit wissenschaftlicher Exaktheit zu belegen.<sup>1424</sup> Ein Beweis nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt im Haftpflichtrecht dann als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung aus einem objektiven Gesichtswinkel derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht mass-

---

<sup>1417</sup> Unter anderem forderten BORLE, S. 138, und KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 166 ff., die Einführung einer Harmlosigkeitsgrenze.

<sup>1418</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A.275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 5.2; vgl. auch BGE 134 V 109 E. 8.3 S. 121.

<sup>1419</sup> Vgl. zur entsprechenden Diskussion in der Lehre 10.4.3; ablehnend insb. SCHWENZER, N 19.03.

<sup>1420</sup> Vgl. zur entsprechenden Diskussion in der Lehre 10.4.4.

<sup>1421</sup> Vgl. insb. 10.4.5, und 12.3.1.

<sup>1422</sup> Vgl. u.a. BK-BREHM N 117a zu OR 41; SCHWENZER, N 19.01a; SUTER, Beschwerdebilder, S. 89 ff.; DERS. Preisgabe, S. 449 f.

<sup>1423</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_744/2011 vom 12. Juli 2012 E 10.1; SCHWENZER, N 19.01a. Bei unklaren Beschwerden ist der strikte Beweis praktisch nicht möglich. In diesem Fall des Beweisnotstands begnügt sich die Rechtsprechung mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. BK-BREHM N 117 zu OR 41).

<sup>1424</sup> BGE 107 II 269 E. 1b S. 272 f.

geblich in Betracht fallen.<sup>1425</sup> Die Voraussetzung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist nach Auffassung des Bundesgerichts jedoch nicht gegeben, wenn nach den besonderen Umständen im Einzelfall weitere Ursachen ebenso ernsthaft in Frage kämen oder sogar näher liegen würden.<sup>1426</sup>

SCHWENZER kritisiert diese Rechtsprechung. Die für die Beurteilung des Beweismasses erforderliche Wahrscheinlichkeitsschätzung bezeichnet sie als Ausdruck einer Scheinrationalität, die die gerichtliche Entscheidungsfindung eher verdunkle denn erhelle.<sup>1427</sup> Zahlreiche Autoren scheinen dagegen die Wahrscheinlichkeitsschätzung insgesamt zu begrüßen. Sie gehen nämlich einen Schritt weiter und unterstützen die Vorgabe von konkreten Prozentwerten zu den verschiedenen Beweisgraden.<sup>1428</sup> Dabei wird für die Annahme des natürlichen Kausalzusammenhangs in Fällen mit unklaren Beschwerden ein Wert von 75 % postuliert (in Worten «überwiegend» bzw. – besser – hohe Wahrscheinlichkeit). Ein bedeutender Teil der Lehre hat sich unterdessen dieser Auffassung angeschlossen.<sup>1429</sup>

Die Vorgabe von Prozentwerten zwecks Beurteilung des jeweils erforderlichen Beweismasses ist umstritten. Insofern damit kein mathematisch exakter Wert gemeint sei, sondern diese Werte lediglich der Verdeutlichung und dem besseren Verständnis dienen, befürwortet unter anderem SUTER die Berücksichtigung von Prozentwerten.<sup>1430</sup> PRIBNOW hingegen lehnt diese ab, denn wer davon ausgehe, anhand einer bestimmten Prozentzahl könne das Gericht eine hilfreiche scharfe Grenze ziehen, verkenne die Einzigartigkeit der gerichtlichen Arbeit in jedem Einzelfall.<sup>1431</sup> Das Beweismass gebe dem Gericht vor, mit welcher Strenge der Massstab angelegt werden solle. Das Ergebnis hänge aber mindestens im gleichen Mass auch von den per-

---

<sup>1425</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_744/2011 vom 12. Juli 2012 E 10.1; BGE 131 II 12 unveröffentlichte E. 2 (abgedruckt in Praxis 2005 Nr. 119 S. 830; Auffahrkollision mit Schleudert trauma der HWS).

<sup>1426</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.1; vgl. hierzu BERGER-STEINER, Kausalitätsbeweis S. 38.

<sup>1427</sup> SCHWENZER, N 19.01a; kritisch zum Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auch BK-BREHM N 117a zu OR 41.

<sup>1428</sup> BERGER-STEINER, Beweismass, N 06.23; SUTER, Beschwerdebilder, S. 91; kritisch zur Einführung von Prozentwerten insb. BK-BREHM N 117a zu OR 41.

<sup>1429</sup> Zum Ganzen eingehender vorne 12.3.1 und 12.3.2, mit Hinweisen auf BK-WALTER. Vgl. im Weiteren BERGER-STEINER, Beweismass, N 06.23; BÜHLER, N 13; LEUENBERGER/ UFFER-TOBLER, N 9.163; SUTER, Beschwerdebilder, S. 91; DERS., Preisgabe, S. 450 f.; a.M. BK-BREHM, N 117a zu OR 41; MÜLLER URS, Verwaltungsverfahren, N 1549; PRIBNOW, Undurchsichtigkeit, S. 161.

<sup>1430</sup> SUTER, Beschwerdebilder, S. 91.

<sup>1431</sup> PRIBNOW, Undurchsichtigkeit, S. 159.

sönlichen Überzeugungen, Vorverständnissen und Wertvorstellungen der urteilenden Richter ab.<sup>1432</sup>

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Argumenten für oder wider die Vorgabe von Prozentwerten würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Die Bedeutung der von PRIBNOW erkannten Wertung im Einzelfall kann freilich nicht von der Hand gewiesen werden. Positiv zu werten ist, dass sich die Lehre in jüngerer Zeit intensiv mit den Anforderungen an das jeweils massgebende Beweismass beschäftigt. Gerade bei den unklaren Beschwerden geht es im Kern um ein Beweisproblem. In Anbetracht dessen ist es zu begrüssen, dass über die Beweisthematik rege Diskussionen geführt werden.

### 13.2.4. Bedeutung der Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs

HONSELL/ISENRICH/KESSLER vertreten die Ansicht, dass die Figur des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht weiterhelfe, um zu beurteilen, ob eine Haftpflicht zu bejahen sei.<sup>1433</sup> Die Formel der *conditio sine qua non* habe nur den Wert eines Tests, der verhindere, dass eine Ursache einbezogen werde, die mit dem Schaden überhaupt nichts zu tun habe.<sup>1434</sup> Es sei zudem zu bedenken, dass die natürliche Kausalität nur empirisch feststellbar sei und sich diese Empirie nicht selten in Alltagstheorien erschöpfe.<sup>1435</sup> GALLI hält die Figur der natürlichen Kausalität gar für gänzlich entbehrlich.<sup>1436</sup> Zur Begründung führt er an, die Bedingungslehre beruhe auf dem kausalen Realismus, wonach die Realität vorgegeben sei und mittels Naturgesetzen zweifelsfrei festgestellt werden könne. Realität sei jedoch nichts anderes als der Ausdruck der mit den Sinnesorganen wahrgenommenen Erfahrung. Mit dieser liessen sich auch bei allem technischen Fortschritt unmöglich sämtliche notwendigen Ursachen ermitteln. Daraus schliesst er, dass es mit der Bedingungslehre gar nicht möglich sei, den natürlichen Kausalzusammenhang festzustellen.<sup>1437</sup> Letztlich ist GALLI der Meinung, dass auf die Prüfung der natürlichen Kausalität zu verzichten sei, da die Adäquanzformel bei richtiger Anwendung sowohl eine Zurechnungs- als auch eine Begrenzungsfunktion erfüllen könne.<sup>1438</sup>

<sup>1432</sup> PRIBNOW, Undurchsichtigkeit, S. 161.

<sup>1433</sup> HONSELL/ISENRICH/KESSLER, § 3 N 2.

<sup>1434</sup> HONSELL/ISENRICH/KESSLER, § 3 N 1.

<sup>1435</sup> HONSELL/ISENRICH/KESSLER, § 3 N 2.

<sup>1436</sup> GALLI, S. 183.

<sup>1437</sup> GALLI, S. 157 f.

<sup>1438</sup> GALLI, S. 159 f.

In der Lehre wird hingegen auch die gegenteilige Auffassung vertreten, der Schwerpunkt der Kausalitätsdiskussion sei auf die natürliche Kausalität und ihren Beweis zu transponieren.<sup>1439</sup> So brachte etwa KRAMER vor, dass die Erwägungen, die im Hinblick auf die adäquate Kausalität von Schleudertraumafolgen angestellt werden, im Grunde Erwägungen zur Frage seien, ob nach überwiegender Wahrscheinlichkeit von einem natürlichen Kausalzusammenhang auszugehen sei.<sup>1440</sup> Eine Fokussierung auf die natürliche Kausalität setzte freilich eine Abkehr vom traditionellen Verständnis in Lehre und Rechtsprechung voraus, dass die Beurteilung des natürlichen Zurechnungszusammenhanges eine Tatfrage sei, die nach naturwissenschaftlichen und logischen Gesichtspunkten zu erfolgen hat. Die Prüfung der natürlichen Kausalität müsste, wie in der Lehre auch zunehmend gefordert wird,<sup>1441</sup> als wertende Zurechnung betrachtet werden. Entsprechend läge bei der Beurteilung eine Rechtsfrage vor, die vom Bundesgericht frei überprüft werden könnte.

### 13.3. Kritik an der Rechtsprechung zum adäquaten Kausalzusammenhang

Auch der bundesgerichtlichen Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs ist in verschiedener Hinsicht Kritik erwachsen. Unter anderem wird in allgemeiner Weise kritisiert, in der Judikatur werde der adäquate Kausalzusammenhang in zu weitem Umfang bejaht<sup>1442</sup> und die Adäquantztheorie vermöge den an sie gestellten Anspruch, die Haftung zu begrenzen, nicht zu erfüllen.<sup>1443</sup>

#### 13.3.1. Masstab der Generalisierung

FURRER/MÜLLER-CHEN kritisieren, dass die Beurteilung der Adäquantz letztlich vom Grad der Generalisierung abhängt. Je allgemeiner die Ausgangsparameter gefasst würden, desto unwahrscheinlicher sei ein bestimmter Schadenseintritt.<sup>1444</sup> In ähnli-

---

<sup>1439</sup> KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 168; gl.M. ROBERTO, Auswirkung, S. 74; STEINEGGER/JENZER, S. 580.

<sup>1440</sup> KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 166; in diesem Sinne auch SCHWENZER, N 19.06.

<sup>1441</sup> Vgl. 13.2.1.

<sup>1442</sup> HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 10; vgl. auch MAURER, Unfallversicherung, S. 259 Fn. 27, der im Hinblick auf BGE 70 II 168, einem Entscheid zum privaten Unfallversicherungsrecht, dem Bundesgericht schon vorgeworfen hatte, eine wohl zu weite Konzeption des adäquaten Kausalzusammenhangs angewandt zu haben; a.M. HUSMANN, S. 23.

<sup>1443</sup> FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 10 N 66.

<sup>1444</sup> FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 10 N 83 f.



cher Weise liegt auch für ROBERTO die Schwierigkeit bei der Adäquanzbeurteilung in der Frage, nach welchen Massstäben die Generalisierung zu erfolgen habe. Je weiter man das Ausgangskollektiv bestimme, umso unwahrscheinlicher werde der Erfolg. Ziehe man umgekehrt den Kreis der Vergleichsfälle enger, so stünden diese dem Schadensfall näher und umso «adäquater» erscheine entsprechend die fragliche Ursache.<sup>1445</sup>

In diesem Sinn erscheint es grundsätzlich unwahrscheinlich, dass eine Person nach einem bagatellären Autounfall langanhaltende unklare Beschwerden aufweist. Der Wahrscheinlichkeitsgrad erhöht sich, wenn man erfährt, dass diese Person betagt ist. Erhält man noch als weitere Information, dass die Person von Natur aus sehr ängstlich und unsicher ist und schon zuvor an psychischen Störungen gelitten hat, lässt sich gar von grosser Wahrscheinlichkeit sprechen. Auf Seiten des Erfolgs liegen die Vorzeichen gerade umgekehrt. Der Eintritt des Erfolges erscheint umso wahrscheinlicher, je mehr der Erfolg generalisiert wird.<sup>1446</sup> Es ist etwa naheliegend, dass infolge eines Unfalls psychische Störungen auftreten. Unwahrscheinlicher erscheint dagegen, dass nach einem unbedeutenden Sturz eine psychogen bedingte Versteifung der rechten Hand eintritt.<sup>1447</sup>

### 13.3.2. Möglichkeits- und Wahrscheinlichkeitsurteil

Schon seit langer Zeit wird die Lehre zum Teil deshalb abgelehnt, weil sie sich auf allgemeine, nicht fest umrissene Begriffe wie Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit stütze, für die es keinen festen, numerischen Bewertungsmaßstab gebe.<sup>1448</sup> BÜRGI hielt diesen vor allem von RADBRUCH vorgebrachten Einwand bereits im Jahr 1927 für zu prinzipiell. Er entstamme dem allgemeinen Gegensatz von objektiver, absoluter Betrachtungsweise und subjektiver, relativer Betrachtung. Für die Welt der Erscheinungen müsse das Relative als herrschendes Prinzip anerkannt werden. Die Lehre von der adäquaten Verursachung ermögliche, den von ihr gebildeten Wahrscheinlichkeitsbegriff auf jeden Fall anzuwenden und stets zu billigen Resultaten zu gelangen.<sup>1449</sup> Sie verlange eine Beurteilung nach dem Masse unserer Kenntnisse im Einzelfall. Dies entspreche dem Standpunkt der Vernunft.<sup>1450</sup>

<sup>1445</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.55.

<sup>1446</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.55; gl.M. BÜRGI, S. 82.

<sup>1447</sup> Vgl. BGE 80 II 338 («Krallenhand-Fall»).

<sup>1448</sup> Vgl. die entsprechende Kritik von RADBRUCH, zit. nach BÜRGI, S. 74 f.

<sup>1449</sup> BÜRGI, S. 78.

<sup>1450</sup> BÜRGI, S. 80.

HONSELL/ISENRICH/KESSLER kritisieren jedoch gerade, dass sich das für die Annahme von Adäquanz nötige Mass an Wahrscheinlichkeit nicht quantifizieren lasse.<sup>1451</sup> In ähnlicher Weise bemängelt ROBERTO, es sei unklar, welches Mass an Wahrscheinlichkeit für die Bejahung der Adäquanz nötig sei.<sup>1452</sup>

Insofern die Beurteilung aus einer nachträglichen Prognose erfolge, hielt interessanterweise auch BÜRGI eine derartige Kritik für berechtigt. Die Wahrscheinlichkeit müsse nämlich vor ihrem Eintritt beurteilt werden und nicht, nachdem das Ereignis zur Tatsache geworden sei.<sup>1453</sup>

### 13.3.3. Retrospektive Beurteilung

Wie auch die Analyse der Rechtsprechung gezeigt hat, wird die Adäquanz ex post mittels einer objektiv-nachträglichen Prognose beurteilt.<sup>1454</sup> Der adäquate Kausalzusammenhang ist entsprechend aus einer retrospektiven Perspektive zu beurteilen.<sup>1455</sup> Massgebend ist somit die objektive Eignung resp. die generelle Geeignetheit einer Ursache, den zur Diskussion stehenden Erfolg zu bewirken, und nicht die subjektive Vorhersehbarkeit der Schädigungsmöglichkeit im konkreten Fall.<sup>1456</sup>

BÜRGI lehnte die Einnahme einer solchen Perspektive bereits im Jahr 1927 in unterschiedener Weise ab.<sup>1457</sup> Um den Kausalzusammenhang auf seine Vorhersehbarkeit zu prüfen, dürften seiner Ansicht nach höchstens diejenigen Bedingungen vorausgesetzt werden, die von einem einsichtigen Menschen ex ante erkannt werden könnten. Die objektiv nachträgliche Prognose führe seiner Meinung nach hingegen praktisch zu den Konsequenzen der Bedingungslehre zurück. Denn nachträglich würden alle Bedingungen aufgedeckt, die überhaupt erkennbar seien. Weiter kritisierte er, dass die Wahrscheinlichkeit vor ihrem Eintritt beurteilt werden müsse und nicht aus einer nachträglichen Perspektive, da ja nachher das Ereignis zur Tatsache werde.<sup>1458</sup>

In ähnlicher Weise wird die retrospektive Beurteilung auch in der neueren Lehre kritisiert. So wird von verschiedener Seite etwa darauf verwiesen, dass man hinterher

---

<sup>1451</sup> HONSELL/ISENRICH/KESSLER, § 3 N 15.

<sup>1452</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.54.

<sup>1453</sup> BÜRGI, S. 80.

<sup>1454</sup> WERRO, N 264; vgl. hierzu BÜRGI, S. 62 ff., wonach die Einnahme einer solchen Perspektive zuallerst von RÜMELIN gefordert wurde.

<sup>1455</sup> BK-BREHM, N 122b zu OR 41; OFTINGER/STARK, § 3 N 22.

<sup>1456</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 425.

<sup>1457</sup> BÜRGI, S. 65.

<sup>1458</sup> BÜRGI, S. 80.

immer klüger sei.<sup>1459</sup> Es wird in diesem Zusammenhang von einzelnen Autoren auf den sogenannten Rückschaufehler («Hindsight Bias») verwiesen.<sup>1460</sup> Unter diesem Begriff wird die systematisch verzerrte Einschätzung der Vorhersehbarkeit eingetretener Ereignisse erforscht.<sup>1461</sup> Aufgrund einer kognitiven Täuschung, so ROBERTO/GRECHENIG, erscheine der Eintritt eines Ereignisses in der Rückschau (ex-post-Bewertung) wahrscheinlicher bzw. voraussehbarer als in der Vorschau (ex-ante-Bewertung).<sup>1462</sup> Eine ex-post-Bewertung der Kausalität führe daher immer dazu, dass die Adäquanz bejaht werde. Denn der Umstand, dass eine Schädigung tatsächlich eingetreten sei, zeige ja, dass die Ursache geeignet gewesen sei, jene zu bewirken.<sup>1463</sup> Ähnlich folgern auch WIDMER/KRAUSKOPF, dass die Einnahme der retrospektiven Beurteilungsperspektive dazu führe, dass kaum mehr eine Ursache als inadäquat erscheine.<sup>1464</sup> Die ex-post-Perspektive ermöglicht nach Ansicht von FURRER/MÜLLER-CHEN zudem, dass sich das gewünschte Ergebnis steuern lasse. Dies trage dazu bei, dass von der Adäquanz keine echte Haftungsbegrenzung ausgehe.<sup>1465</sup>

### 13.3.4. Umgang mit singulären Unfallfolgen

Hinter dem Einschluss singulärer und aussergewöhnlicher Folgen steht die Wertung, dass eine Person, welche eine kranke Person schädigt, nicht so gestellt werden soll, als ob sie einen Gesunden geschädigt hätte.<sup>1466</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit psychischen Störungen soll bei der Prüfung der Adäquanz kein strenger Massstab angelegt werden, damit derartige Schädigungen nicht einzig wegen der Mitwirkung einer Prädisposition von der Haftung bzw. der Versicherungsdeckung ausgeschlossen werden.<sup>1467</sup> In ähnlicher Weise führte BÜRGI schon 1927 aus, dass ganz allgemein bei schwerwiegenderen Folgen zufolge krankhafter Veranlagung des Geschädigten der Kausalzusammenhang zu bejahen sei.<sup>1468</sup> Er begründete seine Sichtweise mit der

<sup>1459</sup> FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 10 N 69 und 84; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 12; ROBERTO/GRECHENIG, Rückschaufehler, S. 5 und 7.

<sup>1460</sup> Vgl. WIDMER/KRAUSKOPF, N 2.94 und dazugehörige Fn. 141; eingehend zum sogenannten «Hindsight Bias» ROBERTO/GRECHENIG, Rückschaufehler, S. 5 ff.

<sup>1461</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Rückschaufehler, S. 6.

<sup>1462</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Rückschaufehler, S. 6.

<sup>1463</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 57; gl.M. LANDOLT/ROBERTO, S. 24; in diesem Sinn auch HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 12.

<sup>1464</sup> WIDMER/KRAUSKOPF, N 2.93.

<sup>1465</sup> FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 10 N 69.

<sup>1466</sup> BGE 113 II 86 E. 3b S. 90.

<sup>1467</sup> RUMO-JUNGO, N 756.

<sup>1468</sup> BÜRGI, S. 119.

besonderen Wertschätzung des menschlichen Lebens und der individuell verschiedenen konstitutionellen Prädisposition. Seiner Meinung nach fasste die bundesgerichtliche Praxis im Einklang mit der Theorie die objektive Möglichkeit berechtigterweise gerade in denjenigen Fällen am weitesten, wo psychische oder physische Prädispositionen des Geschädigten den Schaden zu vergrössern beitragen.<sup>1469</sup>

Ein bedeutender Teil der Lehre kritisiert freilich die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die selbst bei singulären und aussergewöhnlichen Kausalzusammenhängen die Adäquanz als gegeben wertet.<sup>1470</sup> Diese Rechtsprechung widerspricht nach Auffassung von HONSELL/ISENRING/KESSLER der Formulierung, wonach auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzustellen sei.<sup>1471</sup> KRAMER fasst diese Rechtsprechung in dogmatischer Hinsicht als unhaltbar auf. Singuläre Schadensfolgen seien nach der herkömmlichen Umschreibung des Adäquanzkriteriums ex definitione gerade inadäquat. Bezeichne man solche Ursachen dennoch als adäquat, so werde klarerweise der Adäquanzgedanke denaturiert.<sup>1472</sup> In ähnlicher Weise kritisiert REY, dass das Bundesgericht mit dieser Rechtsprechung die haftungsbegrenzende Funktion der Adäquanz verwische.<sup>1473</sup> ROBERTO/GRECHENIG erachten die Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhangs bei singulären Unfallfolgen insbesondere deshalb als problematisch, weil sie zu einer stark schwankenden Adäquanzbeurteilung durch das Bundesgericht beitrage. Die Rechtsprechung bejahe gelegentlich bei singulären Kausalverläufen die Adäquanz, um umgekehrt bei durchaus nicht überraschenden Folgen diese zu verneinen. Ein solches Vorgehen lasse sich mit der Adäquanz im Sinne ihrer Definition nicht begründen.<sup>1474</sup>

### 13.3.5. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs

In Lehre und Rechtsprechung wird nach traditioneller Auffassung angenommen, dass ein adäquater Kausalzusammenhang durch hinzutretende weitere Ursachen unterbrochen werden kann, so dass die ursprünglich als adäquat beurteilte Ursache letztlich inadäquat erscheint und nicht mehr zu einer Haftung führt.<sup>1475</sup> Als Rechtsgrundlagen

---

<sup>1469</sup> BÜRGI, S. 119.

<sup>1470</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2957; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 10; KRAMER, Kausalität, S. 307 ff.; REY, N 524; ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 56.

<sup>1471</sup> HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 10.

<sup>1472</sup> KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 164; in diesem Sinne auch HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 10.

<sup>1473</sup> REY, N 524.

<sup>1474</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 56.

<sup>1475</sup> REY, N 559 ff.; vgl. hierzu SCHWENZER, N 20.01.

für die Berücksichtigung von Unterbrechungsgründen werden Art. 44 Abs. 1 OR sowie weitere Bestimmungen in Spezialgesetzen, die Unterbrechungsgründe vorsehen, angeführt.<sup>1476</sup> Als Unterbrechungsgründe finden in der Literatur vor allem das schwere Selbstverschulden, das schwere Drittverschulden sowie höhere Gewalt Erwähnung.<sup>1477</sup>

Die Theorie der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wird in der Lehre seit langer Zeit kritisiert.<sup>1478</sup> Schon 1927 wurde die Verwendung dieser Theorie für ungeschickt gehalten.<sup>1479</sup> HUGUENIN sieht die Theorie als in sich widersprüchlich. Bei richtiger Betrachtung führten die in der Literatur erwähnten Gründe ihrer Ansicht nach dazu, dass schon die Adäquanz des Schädigerverhaltens zu verneinen wäre. Dabei gehe es nicht um die Unterbrechung, sondern um den Wegfall des adäquaten Kausalzusammenhangs.<sup>1480</sup> Für SCHWENZER ist das Institut der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ebenfalls entbehrlich. Anstelle dessen bevorzugt sie für die Frage der Ersatzfähigkeit ein Abstellen auf den Schutzzweck der jeweils verletzten Pflicht.<sup>1481</sup>

Das Bundesgericht anerkennt ebenfalls seit längerem gewisse Unzulänglichkeiten der Theorie der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs.<sup>1482</sup> Die Analyse der Rechtsprechung im zweiten Teil dieser Arbeit hat ergeben, dass das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung darauf verweist, dass es in Fällen mit unklaren Beschwerden ab einer bestimmten Schwelle den Kausalzusammenhang als «unterbrochen» beurteilt.<sup>1483</sup> Im Fall «Sidler», in welchem bewusste Aggravation resp. Simulation nachgewiesen worden war, hatte es den Kausalzusammenhang denn auch tatsächlich als unterbrochen beurteilt.<sup>1484</sup>

<sup>1476</sup> Vgl. hierzu REY, N 555.

<sup>1477</sup> Anstatt vieler: HUGUENIN, nutshell, S. 122 f.; REY, N 555 ff.

<sup>1478</sup> BÜRGI, S. 61 und 121; HUGUENIN, Obligationenrecht, N 1929; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 37; SCHWENZER, N 20.03 ff. Schon 1926 war man sich bewusst, dass dieser Ausdruck streng wörtlich genommen unrichtig war (vgl. GMÜR, S. 69).

<sup>1479</sup> BÜRGI, S. 121.

<sup>1480</sup> HUGUENIN, Obligationenrecht, N 1929.

<sup>1481</sup> SCHWENZER, N 20.05.

<sup>1482</sup> Vgl. BGE 86 IV 153 E. 1 S. 156, wonach nach bundesgerichtlicher Auffassung eine «Unterbrechung» der Kausalität gar «nicht möglich [ist], da die Adäquanz des Kausalzusammenhangs entweder an sich schon fehlt, oder aber trotz anderen Mitursachen vorhanden ist und dann nicht mehr unterbrochen werden kann».

<sup>1483</sup> Vgl. zu dieser Schlussfolgerung 11.1.2.3.

<sup>1484</sup> BGE 32 II 13 E. 5 S. 19; vgl. ferner BGE 70 II 168 E. 1 S. 177; 38 II 646 E. 1 S. 653; 36 II 104 E. 2 S. 111; 32 II 13 E. 5 S. 19; 29 II 614 E. 5 S. 621.

### 13.3.6. Bedeutung der Billigkeit

Wie die Analyse der Rechtsprechung gezeigt hat, ist die bundesgerichtliche Kausalitätsprüfung in bedeutendem Ausmass vom Grundsatz der Billigkeit geprägt.<sup>1485</sup> HONSELL/ISENRICH/KESSLER anerkennen, dass die Zurechnung letztlich auch eine Frage der Billigkeit sei.<sup>1486</sup> Für ROBERTO ist die Billigkeit freilich ein zu abstrakter Grundsatz, als dass sich damit eine rationale Begründung herleiten liesse.<sup>1487</sup> Die Vermischung der Adäquanz mit Billigkeitserwägungen führe dazu, dass die wirklichen Entscheidungsgründe verdeckt blieben. Damit werde eine rationale Kontrolle verunmöglicht.<sup>1488</sup>

### 13.3.7. Grundsätzliche Haltung zur Adäquanzprüfung

Ein bedeutender Teil der Lehre spricht sich für die Beibehaltung der Adäquanztheorie aus.<sup>1489</sup> KELLER/GABI/GABI teilen etwa diese Auffassung. Ihrer Ansicht nach ermöglicht die Adäquanzlehre in der Mehrzahl der Fälle eine mit Vernunft und Billigkeit in Einklang stehende Begrenzung der Haftung.<sup>1490</sup> Auch BREHM befürwortet die Beibehaltung der Adäquanztheorie. Er begründet seine Auffassung damit, dass das Kausalitätsproblem kaum mit der einfachen Ablösung einer Theorie durch eine andere gelöst werden könne.<sup>1491</sup> Er räumt aber ein, dass bisweilen die Messlatte bezüglich der Wahrscheinlichkeit zugunsten des Geschädigten recht tief angesetzt werde.<sup>1492</sup>

Ähnlich argumentiert auch RUMO-JUNGO. Für sie ist ausschlaggebend, dass ein nachvollziehbares Werturteil über die «vernünftige» Begrenzung der Kausalkette gefällt werde. Dabei sei von untergeordneter Bedeutung, auf welche Formel man sich dafür berufe. Daher erachtet sie es weiterhin als angebracht, die Wertungsfrage der Zu-

---

<sup>1485</sup> Vgl. zu dieser Schlussfolgerung 11.1.2.7.

<sup>1486</sup> HONSELL/ISENRICH/KESSLER, § 3 N 9.

<sup>1487</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.58.

<sup>1488</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.59.

<sup>1489</sup> ACKERMANN, S. 201; BK-BREHM, N 160 ff. zu OR 41; FREI, N 617; GALLI, S. 150 und 156; GÄCHTER, Funktion, S. 46; KELLER, S. 86; KELLER/GABI/GABI, S. 37; OFTINGER/STARK, § 3 N 19 ff.; RUMO-JUNGO, N 112; WILDHABER/REY, N 666; vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, N 484, nach deren Ansicht die Anwendung der Adäquanztheorie auf diejenigen Fälle zu beschränken sei, in denen es um die allgemeine Voraussetzbarkeit und nicht um den Schutzzweck einer Haftungsnorm und der dahinter stehenden Pflicht gehe.

<sup>1490</sup> KELLER/GABI/GABI, S. 37.

<sup>1491</sup> BK-BREHM, N 160 zu OR 41; in diesem Sinn auch GÄCHTER, Funktion, S. 46.

<sup>1492</sup> BK-BREHM, N 122c zu OR 44.

rechnung auf Grundlage der Adäquanztheorie zu fällen.<sup>1493</sup> RUMO-JUNGO lehnt allerdings die haftpflichtrechtliche Praxis des Bundesgerichts ab. Sie befürwortet vielmehr die Übernahme der nach Unfallschwere schematisierenden unfallversicherungsrechtlichen Praxis in das Haftpflichtrecht.<sup>1494</sup>

Auch GALLI hält die Anwendung der Adäquanztheorie zwecks Beurteilung psychischer Störungen für sachgerecht. Seiner Einschätzung nach vermag diese beide Funktionen der Kausalität, sowohl diejenige der Zurechnung als auch diejenige der Begrenzung der Haftpflicht, zu erfüllen.<sup>1495</sup> Er fordert bei der Beurteilung psychischer Störungen eine bestimmte Konkretisierung mittels mehrerer Beurteilungskriterien.<sup>1496</sup> Damit spricht er sich im Grundsatz für die sozialversicherungsrechtliche Praxis aus, lehnt aber gleichzeitig deren Kriterien ab, da diese zu sehr auf äusseren Gegebenheiten beruhen, anstatt in angemessener Weise auf das Unfallerlebnis des Geschädigten abzustellen.<sup>1497</sup> In der Kausalitätsbeurteilung von psychogenen Störungen müsste seiner Auffassung nach die Intensität des Erlebnisses, und nicht die Schwere des Ereignisses, massgebend sein. Einzig wenn ein Erlebnis im Einzelfall als aussergewöhnlich intensiv zu betrachten sei, sei die Adäquanz zu bejahen.<sup>1498</sup> Für die Beurteilung der Intensität resp. der Aussergewöhnlichkeit des Erlebnisses erachtet er folgende Kriterien als massgebend:

- besondere Eindrücklichkeit des Ereignisses aus der Sicht eines durchschnittlichen Dritten;
- objektive Schwere des Ereignisses;
- Schwere der physischen Folgen;
- subjektive Aussergewöhnlichkeit des Erlebnisses;
- ungünstige Konstitution des Betroffenen;
- gegebenenfalls weitere Gesichtspunkte, die das Erlebnis als aussergewöhnlich erscheinen lassen.<sup>1499</sup>

Auch GÄCHTER befürwortet die Beibehaltung der Adäquanztheorie.<sup>1500</sup> Er versteht die Adäquanz, wie schon an anderer Stelle dargelegt wurde,<sup>1501</sup> als methodische

---

<sup>1493</sup> RUMO-JUNGO, N 112; in diesem Sinne auch BK-BREHM, N 122a zu OR 41.

<sup>1494</sup> RUMO-JUNGO, N 782 und 785.

<sup>1495</sup> GALLI, S. 150, 156 und 184.

<sup>1496</sup> GALLI, S. 154, 156, 159 und 183.

<sup>1497</sup> GALLI, S. 156.

<sup>1498</sup> GALLI, S. 184.

<sup>1499</sup> GALLI, S. 181.

<sup>1500</sup> GÄCHTER, Funktion, S. 46.

<sup>1501</sup> Vgl. hierzu 12.4.3.

Argumentationsstruktur, mit der Haftung und Ersatzpflichten plausibel und angepasst auf die jeweilige Haftungsnorm eingeschränkt werden sollen.<sup>1502</sup> Entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung betrachtet er die Adäquanz damit nicht als grundsätzlichen Rechtsbegriff oder als einen Verweis auf die Billigkeit (Art. 4 ZGB).<sup>1503</sup> Den Gedanken, die Adäquanz als blosser methodische Argumentationsfigur zu verstehen, spinnt GÄCHTER weiter und fordert, in Zukunft nicht mehr von «der Adäquanz» auszugehen, sondern von einer Pluralität verschiedener Adäquanzargumentationen.<sup>1504</sup>

Ein bedeutender Teil der Lehre lehnt die Verwendung der Adäquanztheorie dagegen gänzlich ab.<sup>1505</sup> Als Gründe werden etwa vorgebracht, dass die Formel weitgehend inhaltsleer sei,<sup>1506</sup> dass sie für die Beurteilung von singulären und eben gerade nicht «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge» zu erwartenden gesundheitlichen Folgen ungeeignet sei<sup>1507</sup> oder in grundsätzlicher Hinsicht die von ihr verlangte Funktion der Haftungsbegrenzung nicht zu leisten vermöge.<sup>1508</sup>

ROBERTO/GRECHENIG erachten es als problematisch, dass beim Kriterium der Adäquanz nicht ersichtlich sei, wie ein gewöhnlicher Lauf der Dinge von einem ungewöhnlichen abzugrenzen und welches Mass an Wahrscheinlichkeit ausschlaggebend sein soll.<sup>1509</sup> Aus dieser, ihrer Ansicht nach offenkundigen Schwäche der dogmatischen Konzeption, ziehen sie den Schluss, dass das Adäquanzkriterium regelmässig lediglich (im Sinne eines Feigenblatts)<sup>1510</sup> eine Entscheidung rechtfertige, die bereits vorher auf einer anderen Ebene gefällt worden sei. Da im Rahmen der Adäquanzprüfung die Grenzen der Einstandspflicht (Schadenszurechnung) aufgrund normativ-rechtspolitischer Erwägungen auszuloten seien, würden sie es begrüssen, wenn diese

---

<sup>1502</sup> GÄCHTER, Funktion, S. 41.

<sup>1503</sup> GÄCHTER, Funktion, S. 42.

<sup>1504</sup> GÄCHTER, Funktion, S. 44.

<sup>1505</sup> KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 168; LANDOLT/ROBERTO, S. 27 und 29; LANZ, S. 36 ff.; LAURI, S. 18 ff.; ROBERTO, Auswirkung, S. 74; DERS., Haftpflichtrecht, N 06.60 ff.; DERS., Schadensrecht, S. 80; SCHAER, Adäquanz, S. 594 ff.; STEINEGGER/JENZER, S. 580; WEBER, Dogmatisch Ungereimtes, S. 561 f.; vgl. zum Meinungsstand insb. KELLER/GABI/GABI, S. 37; REY, N 548.

<sup>1506</sup> LANDOLT/ROBERTO, S. 27.

<sup>1507</sup> KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 164; gl.M. ROBERTO, Auswirkung, S. 74.

<sup>1508</sup> HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 15.

<sup>1509</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 57; gl.M. HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 15.

<sup>1510</sup> Sprichwörtliche Bemerkung des Autors.



Abwägungen auch offengelegt würden. Problematisch sei gerade, dass die wahren Entscheidungsgründe regelmässig verdeckt blieben.<sup>1511</sup>

Ähnlich argumentieren auch HONSELL/ISENRING/KESSLER. Sie kritisieren, dass sich das für die Annahme der Adäquanz nötige Mass an Wahrscheinlichkeit nicht exakt quantifizieren lasse und die Adäquanzformel zudem ausser Acht lasse, dass es um eine normative Schadenszurechnung, d.h. um ein rechtliches Werturteil gehe. Es sei daher kein Zufall, dass sie in letzter Zeit durch andere Theorien ergänzt resp. verdrängt werde.<sup>1512</sup>

Beizufügen bleibt, dass mehrere Autoren vorschlagen, die geläufige Adäquanzprüfung beizubehalten, gleichzeitig jedoch die Zurechnungskonzeption mit weiteren Elementen zu ergänzen. In diesem Sinn fordert z.B. REY, für den Bereich des Haftpflichtrechts die Kriterien der Adäquanz und des Normzwecks nebeneinander anzuwenden.<sup>1513</sup> Dieselbe Forderung stellt grundsätzlich auch KESSLER, indem er die Übernahme der feiner gegliederten strafrechtlichen Dogmatik der objektiven Zurechnung ins Haftpflichtrecht für angezeigt hält.<sup>1514</sup>

## 13.4. Stellungnahme

Wie von der wohl herrschenden Lehre anerkannt, beinhaltet die Beantwortung der Frage, ob zwischen einem schädigenden Ereignis und den eingetretenen gesundheitlichen Störungen ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, einen wertenden Zurechnungsentscheid. Damit handelt es sich um eine vom Rechtsanwender zu beurteilende Rechtsfrage, die als solche der Überprüfung durch das Bundesgericht offensteht.

Den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen dem schädigenden Ereignis und den eingetretenen langanhaltenden unklaren Beschwerden hat der Anspruchsteller gemäss bisheriger Rechtsprechung zum Haftpflichtrecht mit überwiegender (im Sinne von hoher) Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Die Massgeblichkeit dieses Beweismasses erscheint angemessen und fair. Ob freilich tatsächlich auf Prozentwerte abgestellt werden soll, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht ergründet werden.

<sup>1511</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 58.

<sup>1512</sup> HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 15.

<sup>1513</sup> REY, N 548.

<sup>1514</sup> BSK OR I-KESSLER, N 16a zu OR 41. Dieselbe Forderung stellten BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER (5. Aufl.), N 16a zu OR 41 bereits in der Voraufgabe.

Ein Verzicht auf die Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs, wie es etwa GALLI vorschlägt,<sup>1515</sup> ist demgegenüber abzulehnen. Zum einen ist gerade im Haftpflichtrecht die haftungsbegründende Zurechnung in Fällen mit unklaren Beschwerden in den letzten Jahren vorwiegend anhand des natürlichen Kausalzusammenhangs erfolgt,<sup>1516</sup> womit der Verzicht dieses Prüfungsschritts faktisch einem Praxiswechsel mit unabsehbaren Folgen gleichkäme. Zum andern ist zu berücksichtigen, dass, wie KRAMER treffend erkannte,<sup>1517</sup> die bundesgerichtlichen Erwägungen, die im Hinblick auf die adäquate Kausalität von Schleudertraumafolgen angestellt werden, eigentlich Erwägungen zur Frage sind, ob nach überwiegender Wahrscheinlichkeit von einem natürlichen Kausalzusammenhang auszugehen ist.

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.

Im Übrigen ist auch die Theorie der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs abzulehnen. Zum einen kann die Abgrenzung zurechenbarer von den nicht zurechenbaren Unfallfolgen auch problemlos ohne diese Theorie, allein gestützt auf die Beurteilung des erforderlichen Kausalzusammenhangs, vorgenommen werden. Zum andern ist schon dieser Begriff in sich widersprüchlich.

---

<sup>1515</sup> GALLI, S. 183.

<sup>1516</sup> Vgl. zu dieser Schlussfolgerung 11.1.3.

<sup>1517</sup> Vgl. KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 166.

## 14. Alternative Zurechnungskonzeption?

Ausgehend von den gemachten Schlussfolgerungen wird in diesem Kapitel zunächst der Frage nachgegangen, wie gegebenenfalls die Haftungs begründung und -beschränkung bzw. die Kriterien für deren Beurteilung alternativ ausgestaltet werden könnten. Einerseits wäre eine Übernahme der unfallversicherungsrechtlichen Praxis in das Haftpflichtrecht denkbar. Andererseits werden in der Lehre auch zahlreiche weitere Ansätze diskutiert.

### 14.1. Haftungs begründung und -beschränkung

Wie auch die Analyse der Rechtsprechung aufgezeigt hat, ist seit je umstritten, wie die Einschränkung der unzähligen für einen Schadenseintritt verantwortlichen Mitursachen auf die rechtlich massgebenden sinnvollerweise zu bewerkstelligen ist.<sup>1518</sup> In der Lehre werden diverse alternative Zurechnungstheorien diskutiert. Eingehende Erörterungen möglicher Alternativen zur Adäquanztheorie sind jedoch eher selten.<sup>1519</sup>

#### 14.1.1. Übernahme der unfallversicherungsrechtlichen Praxis

Wie bereits festgestellt, würde eine Übernahme der unfallversicherungsrechtlichen Praxis dem haftpflichtrechtlichen Grundsatz entgegenstehen, im Einzelfall eine wertende Zurechnungsentscheidung fällen zu können.<sup>1520</sup> Es gibt freilich aber auch Gründe, die für eine Übernahme sprechen, so etwa die Praxistauglichkeit. Insbesondere RUMO-JUNGO hält es für angezeigt, auch im Haftpflichtrecht an diese Praxis anzuknüpfen.<sup>1521</sup>

Die unfallversicherungsrechtliche Praxis zur Adäquanz überzeugt jedoch nur beschränkt. Zwar erleichtern die dort zur Anwendung gelangenden, schematischen Kriterien einerseits die Entscheidungsfindung und tragen damit ihren Beitrag zur Praktikabilität bei.<sup>1522</sup> Andererseits ging im Zuge der Anwendung dieser Kriterien, wie

<sup>1518</sup> LANDOLT/ROBERTO, S. 26; vgl. hierzu insb. 7, resp. die entsprechende Feststellung von DE FÉLICE/GUËX/RAMBERT, S. 379 f., im Journal des Tribunaux des Jahres 1915.

<sup>1519</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.60; DERS. Schadensrecht, S. 80.

<sup>1520</sup> Vgl. zu dieser Schlussfolgerung 12.4.1.2.

<sup>1521</sup> RUMO-JUNGO, N 782 und 785.

<sup>1522</sup> Für GÄCHTER, Adäquanz, S. 27, liegen mitunter in diesen Punkten die Vorzüge der unfallversicherungsrechtlichen Praxis.

KIESER zu Recht vorbringt, das für die Rechtsanwendung typische Wertungskriterium verloren.<sup>1523</sup>

Insgesamt scheint der für die Adäquanzprüfung massgebende, seit 2008 vom Bundesgericht als abschliessend bezeichnete Kriterienkatalog<sup>1524</sup> in einem zu weit gehenden Ausmass in höchstrichterlich-normativer Weise durch die bundesgerichtliche Rechtsanwendung vorgegeben. Zwar ist nichts dagegen einzuwenden, wenn sich gewisse Kriterien im Lauf der Zeit sozusagen von unten herauf allmählich herausbilden, wie dies etwa bei der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Schockschäden Dritter im Haftpflichtrecht der Fall zu sein scheint.<sup>1525</sup> Denn solche sich über längere Zeit herausbildende Richtlinien bieten der Rechtspraxis Orientierungshilfe und bringen Rechtssicherheit mit sich. Der hier zur Diskussion stehende Kriterienkatalog wurde im Jahr 1991 relativ «plötzlich» mit einem einzigen Entscheid<sup>1526</sup> eingeführt. Spätestens seit das Bundesgericht den Kriterienkatalog 2008 modifiziert und als abschliessend bezeichnet hat,<sup>1527</sup> kommt diesen Kriterien grundsätzlich die Funktion von Haftungsvoraussetzungen zu. Die Ausgestaltung von generell-abstrakten Tatbestandsmerkmalen, die unter gewissen Voraussetzungen eine bestimmte Rechtsfolge nach sich ziehen, ist jedoch eine Aufgabe der Legislative.

In ähnlicher Weise kritisiert auch KIESER, dass die eingeführten Adäquanzkriterien im Ergebnis dazu geführt hätten, dass die Eingrenzung der natürlichen Kausalität nicht mehr einzelfallbezogen, sondern weitgehend durch generell-abstrakte Richtli-

---

<sup>1523</sup> Vgl. hierzu KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 4 N 104.

<sup>1524</sup> BGE 134 V 109 E. 10.2 S. 127.

<sup>1525</sup> Vgl. BGE 138 III 276; 112 II 18 («Hunterfall»). Das Bundesgericht ging in BGE 138 III 276 E. 4 S. 287 auf die in der Lehre im Anschluss an den Hunterfall aufgekommene Diskussion über eine vernünftige Haftungsbegrenzung bei solchen Schockschadenfällen ein: «Im Vordergrund der Diskussion steht dabei insbesondere, wie eng die Beziehung zwischen dem direkten Unfallopfer und dem Schockgeschädigten sein muss (bzw. wie weit der Kreis der Ersatzberechtigten gezogen werden darf), wie schwer die Betroffenheit des direkten Unfallopfers sein muss (genügt nur eine Tötung oder reicht auch eine blosser Verletzung oder Bedrohung desselben aus?) und wie nahe das schockauslösende Miterleben sein muss (unmittelbares Miterleben des primären Schadensereignisses durch den Dritten, allenfalls mit Selbstgefährdung desselben [...] oder blosser Benachrichtigung darüber, allenfalls auch über die Medien), damit der vom Dritten erlittene Schaden dem Unfallverursacher billigerweise zugerechnet werden kann». Das Bundesgericht ging damit der Frage der «Kausalitäts-Grenze» nach, ohne diese zu beantworten (BK-BREHM, N 24a zu OR 41). Dennoch zeigte es damit auf, welche Kriterien bei der Beurteilung der Haftungsbegründung in solchen Fällen grundsätzlich massgebend sein dürften.

<sup>1526</sup> BGE 117 V 359 («Salanitri»-Entscheid); gleiches gilt auch für die mit BGE 115 V 133 begründete «Psycho»-Praxis.

<sup>1527</sup> BGE 134 V 109 E. 10.2 S. 127.

nien erfolge.<sup>1528</sup> Durch die vorgegebene Schematisierung sei die Adäquanz zu einer *Haftungsvoraussetzung* umgedeutet worden, obwohl ihr doch eigentlich die Funktion der *Haftungsbegrenzung* zukommen solle.<sup>1529</sup>

Die hier vertretene ablehnende Haltung ist freilich nicht gegen die den einzelnen Kriterien immanenten Wertungsgesichtspunkte gerichtet. Im Gegenteil sollen «die besondere Eindrücklichkeit des Unfalls», «die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen» oder auch etwa die «erhebliche Arbeitsunfähigkeit trotz ausgewiesener Anstrengungen» sehr wohl bei der Beurteilung der Haftung in Fällen mit unklaren Beschwerden, insbesondere auch im Haftpflichtrecht, eine entscheidende Rolle spielen.<sup>1530</sup> In Analogie zur Abkehr von der Überwindbarkeitsrechtsprechung wäre es gegebenenfalls zielführender, in Zukunft von nicht abschliessend zu betrachtenden bedeutenden Wertungsindikatoren auszugehen.<sup>1531</sup>

Davon abgesehen würden zahlreiche grundsätzliche Kritikpunkte an der Adäquanzlehre auch bei einer Übernahme der unfallversicherungsrechtlichen Praxis ihre Gültigkeit beibehalten. Insgesamt überzeugen daher weder die haftpflichtrechtliche noch die unfallversicherungsrechtliche Adäquanzbeurteilung. Auch die von GALLI vorgeschlagene Zurechnungskonzeption<sup>1532</sup> ist grundsätzlich abzulehnen, insbesondere weil er einzig auf die Adäquanzlehre abstellen möchte. Darüber hinaus brächte das Abstellen auf das Erleben des Unfallereignisses, wie es GALLI fordert, zahlreiche weitere Schwierigkeiten mit sich. Er räumt denn auch selbst ein, dass es sich beim Erlebnis um einen inneren Vorgang handle, der durch aussenstehende Dritte nicht direkt festgestellt werden könne.<sup>1533</sup> Immerhin ist der von ihm entworfene Kriterienkatalog nicht abschliessend konzipiert.<sup>1534</sup> Entsprechend bliebe nach seiner Konzeption mehr Raum für die Wertung im Einzelfall.

Ein Blick über die Grenzen lässt zudem den Schluss zu, dass die Adäquanzlehre in vielen Rechtsordnungen heute keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielt. In Deutschland wurde sie durch die Normzwecklehre weitgehend verdrängt,<sup>1535</sup> und auch im französischen Recht vermochte sie sich nicht durchzusetzen.<sup>1536</sup> In den USA

<sup>1528</sup> KIESER, Sozialversicherungsrecht, N 7/37.

<sup>1529</sup> KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 4 N 103; Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>1530</sup> 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); vgl. hierzu 10.3.2.

<sup>1531</sup> Vgl. hierzu BGE 141 V 281 E. 3.6 S. 295.

<sup>1532</sup> Vgl. GALLI, S. 165 ff.

<sup>1533</sup> Vgl. GALLI, S. 164.

<sup>1534</sup> Vgl. GALLI, S. 173.

<sup>1535</sup> SCHWENZER, N 19.07.

<sup>1536</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.61.

spielte die Adäquanztheorie gar nie eine Rolle.<sup>1537</sup> Vielmehr wird im US-amerikanischen Recht grundsätzlich auf die Voraussehbarkeit abgestellt, was offenbar einem allgemeinen Trend zu entsprechen scheint.<sup>1538</sup> Es erscheint also sachgerecht, bei der Beurteilung der Haftungsbegründung im Haftpflichtrecht vollständig auf die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs zu verzichten.

Ausgehend von der Schlussfolgerung, dass es, wie auch in anderen Ländern, durchaus angemessen ist, auf die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs zu verzichten, wird nachfolgend untersucht, ob die grundsätzlich beizubehaltende Prüfung des natürlichen Kausalzusammenhangs sinnvollerweise durch weitere Zurechnungselemente zu ergänzen ist.

### 14.1.2. Schutzzweck- resp. Normzwecktheorie

KELLER/GABI/GABI erachten die Einführung weiterer Kriterien, wie etwa der Zurechnung nach dem Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm, als wenig sinnvoll.<sup>1539</sup> Ein bedeutender Teil der Lehre spricht sich freilich für die Anwendung der Schutzzweck- resp. Normzwecktheorie aus.<sup>1540</sup>

Hinter der Schutzzwecktheorie,<sup>1541</sup> die sich in Deutschland weitgehend auf Kosten der Adäquanzlehre durchgesetzt hat, steht der Grundgedanke, «dass jede Pflicht bestimmten Interessen dient und dass nur der Schaden, der diesen geschützten Interessen zugefügt wird, dem Schuldner zugerechnet werden soll».<sup>1542</sup> Durch Auslegung der haftungsbegründenden Norm lässt sich jeweils das geschützte Interesse ermitteln. Bei gesetzlichen Haftungstatbeständen ist demnach zu untersuchen, ob der Ersatz des eingetretenen Schadens «noch durch den Schutzzweck der die Haftung begründenden Norm gedeckt wird».<sup>1543</sup> Mit anderen Worten ist jeweils zu fragen, ob die betreffende Haftungsnorm ihrem Schutzzweck nach den Eintritt des sich verwirklichten

---

<sup>1537</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.61.

<sup>1538</sup> Vgl. PROSSER/KEETON, S. 297, wonach «the «scope of the foreseeable risk» is on its way to ultimate victory as the criterion of what is «proximate», if it has not already achieved it.»

<sup>1539</sup> KELLER/GABI/GABI, S. 37; gl.M. GÄCHTER, Adäquanz, S. 46.

<sup>1540</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 455; KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 165; KRAMER/PROBST, N 362; LANDOLT/ROBERTO, S. 27 und 29; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.76; SCHWENZER, N 19.07; WEBER, Dogmatisch Ungereimtes, S. 560.

<sup>1541</sup> SCHWENZER, N 19.07.

<sup>1542</sup> RABEL, S. 497; vgl. zur Entstehung und zu den Begriffsmerkmalen dieser Theorie LAURI, S. 24 ff.

<sup>1543</sup> LARENZ, S. 83.

Risikos verhindern will.<sup>1544</sup> Bei der Bestimmung des Schutzzwecks der jeweiligen Norm sind auch allgemeine, aus der gesetzlichen Gesamtregelung oder aus der Struktur des jeweils zur Anwendung gelangenden Rechtsgebietes herkommende Erwägungen zu berücksichtigen.<sup>1545</sup>

Bei der Beurteilung der haftungsbegründenden Kausalität dient die Frage nach dem Normzweck dazu, zu bestimmen, ob die ins Auge gefasste Norm überhaupt auf den Sachverhalt angewendet werden kann. Nach LAURI geht es dabei um die Beurteilung der Tatbestandsmässigkeit und nicht um eine Frage der Zurechnung.<sup>1546</sup> In der schweizerischen Rechtspraxis wurde die Normzwecktheorie auch schon in diesem Sinn angewandt.<sup>1547</sup> Teilweise wird zusätzlich gefordert, die Normzwecklehre auch als Zurechnungskriterium bei der Beurteilung der haftungsausfüllenden Kausalität anzuwenden.<sup>1548</sup> Dahinter steht die Haltung, dass mit diesem Ansatz nicht nur das «Ob» der Haftung bestimmt werden könne, sondern auch der konkrete Umfang.<sup>1549</sup> STOLL spricht sich gegen eine Anwendung im Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität aus. Denn mit der Ausdeutung der Norm komme man bei der Frage der Zurechnung von Folgeverletzungen nicht weiter.<sup>1550</sup> Es stellt sich in diesem Zusammenhang letztlich die Frage, wie dem konkreten Normzweck zu entnehmen sein soll, welche Schäden ersatzfähig sein sollen und welche nicht.<sup>1551</sup>

Bei Gefährdungshaftungen, und damit insbesondere auch bei der in der Praxis besonders häufigen Haftung des Motorfahrzeughalters,<sup>1552</sup> ist nach Auffassung von ROBERTO auf die Normzwecklehre abzustellen.<sup>1553</sup> Er begründet dies mit zwei Argumenten. Erstens könne bei Gefährdungshaftungstatbeständen – mangels Verhaltensbezugs – die Voraussehbarkeit nicht massgebend sein. Zweitens könne in diesem Bereich auch nicht auf die statistische Wahrscheinlichkeit der Schädigung abgestellt werden.<sup>1554</sup> Anstelle von nicht verständlichen Kausalitätsüberlegungen müsse viel-

<sup>1544</sup> FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 10 N 87; ähnlich GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2954; ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 60; REY, N 547.

<sup>1545</sup> LAURI, S. 25; in diesem Sinne für das Haftpflichtrecht auch STOLL, S. 16.

<sup>1546</sup> LAURI, S. 25.

<sup>1547</sup> Vgl. etwa die Bedeutung des Normzwecks in den früheren Eisenbahn- und Betriebshaftpflichtfällen in BGE 38 II 250 E. 2 S. 253 und 31 II 227 E. 4 S. 232; vgl. auch LAURI, S. 25, der auf weitere Bundesgerichtsentscheide verweist.

<sup>1548</sup> SCHWENZER, N 19.07.

<sup>1549</sup> LAURI, S. 25.

<sup>1550</sup> STOLL, S. 27.

<sup>1551</sup> LAURI, S. 26.

<sup>1552</sup> Vgl. insbesondere Art. 58 SVG.

<sup>1553</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.65.

<sup>1554</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.65; gl.M. FELLMANN/KOTTMANN, N 455.

mehr massgebend sein, ob die verletzten Verhaltenspflichten die eingetretenen Schadensfolgen präventiv verhindern wollten.<sup>1555</sup> Im Vordergrund stehe dabei die sachgerechte Einschränkung, dass nur jene Schadensfolgen zugerechnet werden, die auf die Verwirklichung der spezifischen Gefahr des Betriebs oder der Sache zurückzuführen seien. In diesem Zusammenhang verweist er beispielhaft auf die verschiedenen Betriebshaftungen, die wegen den mit der jeweiligen Betriebsart zusammenhängenden Gefahren eingeführt wurden. Entsprechend solle eine Haftung auch nur da bestehen, wo sich diese Gefahren verwirklichen.<sup>1556</sup>

Nach Auffassung von KRAMER ist die Anwendung der Normzwecklehre zudem bei der Beurteilung von aussergewöhnlichen, singulären Personenschadensfällen sachgerechter als die Adäquanzlehre. Trotz Inadäquanz der Unfallfolgen könne bei Anwendung der Normzwecklehre in gewissen Fällen Ersatz gewährt werden, weil dies dem Schutzzweck des jeweils anwendbaren Rechtsgebietes entspreche.<sup>1557</sup>

Im schweizerischen Recht wurden unter dem Begriff der Adäquanz in Fällen mit unklaren Beschwerden oftmals auch Erwägungen zum Schutzzweck der Norm dargelegt.<sup>1558</sup> Wie die Analyse der Rechtsprechung überdies gezeigt hat, kam den Kerngedanken der Normzwecktheorie in der schweizerischen Rechtspraxis bei Gefährdungshaftungen relativ früh eine gewisse Rolle zu.<sup>1559</sup> Schon um die Wende des 19. zum 20. Jahrhundert argumentierte das Bundesgericht, dass eine Haftung nur in Betracht falle, wenn es sich nach der Lage der Dinge geradezu um die Verwirklichung der der entsprechenden Tätigkeit eigentümlichen Betriebsgefahr gehe.<sup>1560</sup>

Die Einschränkung der haftungsbegründenden Kausalität soll nach Auffassung von ROBERTO einheitlich anhand der Normzwecklehre erfolgen. Im Verständnis des Verhaltensunrechts finde dieser Ansatz auch in allen Verschuldenshaftungs- und einfachen Kausalhaftungstatbeständen Anwendung.<sup>1561</sup>

### 14.1.3. Theorie der wesentlichen Bedingung

Nach dieser Theorie sind nur diejenigen Bedingungen als ursächlich und damit rechtserheblich zu betrachten, «die im Verhältnis zu den anderen Bedingungen we-

---

<sup>1555</sup> ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.64.

<sup>1556</sup> ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.65; vgl. auch OFTINGER/STARK § 3 N 69 f.

<sup>1557</sup> KRAMER, *Kausalitätsproblem*, S. 164.

<sup>1558</sup> BGE 123 III 110 E. 3b S. 113; GÄCHTER, *Adäquanz*, S. 16; HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, N 290.

<sup>1559</sup> Vgl. zu dieser Schlussfolgerung 11.1.2.1.

<sup>1560</sup> Vgl. etwa BGE 38 II 250 E. 2 S. 253 und 31 II 227 E. 4 S. 232.

<sup>1561</sup> ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, N 06.76 und 06.78.



gen ihrer besonderen inneren Beziehung zum Erfolg an dessen Eintritt wesentlich mitgewirkt» haben.<sup>1562</sup> Anhand des Erfordernisses der «wesentlichen Mitwirkung» soll die Abgrenzung zu reinen Gelegenheitsursachen, die mit dem Unfall bloss in einem örtlichen und zeitlichen, nicht aber in einem wesensmässigen Zusammenhang stehen, erfolgen.<sup>1563</sup> Schwierigkeiten bereitet bei diesem Ansatz der Massstab, nach dem eine Bedingung auf ihre Wesentlichkeit für den Erfolgseintritt hin untersucht werden soll. Es gibt schlichtweg keinen fest umschreibbaren Massstab.<sup>1564</sup> Die unendlich vielen Variationsmöglichkeiten des täglichen Geschehensablaufs stehen der Aufstellung eines klaren Kriteriums entgegen.<sup>1565</sup> Nach Einschätzung von GITTER und LAURI führt die Theorie der wesentlichen Bedingung allgemein gesehen weniger rasch zu einer Zurechnung als die Adäquanztheorie.<sup>1566</sup>

Wie die Analyse der Rechtsprechung gezeigt hat,<sup>1567</sup> stellte das Bundesgericht in seinen privatrechtlichen Entscheiden zu unklaren Beschwerden, die zwischen 1944 und 1970 ergingen, auf das Kriterium der wesentlichen Ursache ab. Es führte jeweils aus, dass als eine Unfallfolge im Rechtssinne gelte, was auf den Unfall als wesentliche Ursache zurückzuführen sei.<sup>1568</sup> Insbesondere auch in BGE 96 II 392, dem haftpflichtrechtlichen Leitentscheid zu Begehrungsneurosen, wurde dieser Ansatz mitberücksichtigt. Das Bundesgericht betrachtete dort den Unfall als eine wesentliche Ursache der ausgelösten Begehrungsneurose.<sup>1569</sup> Seit 1970 stellte das Bundesgericht in Fällen mit unklaren Beschwerden jedoch nicht mehr auf dieses Zurechnungskriterium ab.

Wie bereits erwähnt, dient die Theorie der wesentlichen Bedingung dazu, die Abgrenzung zu reinen Gelegenheitsursachen zu bewerkstelligen. Die Gelegenheitsursache wird teilweise jedoch auch als eigenständiges Zurechnungskriterium betrachtet.

#### 14.1.4. Kriterium der Gelegenheitsursache

Im schweizerischen Unfallversicherungsrecht ist gemäss KIESER/LANDOLT bereits die natürliche Kausalität zu verneinen, wenn das versicherte Ereignis nur als Gelegen-

<sup>1562</sup> GITTER, S. 104.

<sup>1563</sup> LAURI, S. 28.

<sup>1564</sup> GITTER, S. 121.

<sup>1565</sup> LAURI, S. 28.

<sup>1566</sup> GITTER, S. 140; LAURI, S. 32.

<sup>1567</sup> Vgl. zur Anwendung dieser Theorie in Fällen mit unklaren Beschwerden durch das Bundesgericht 11.1.2.5.

<sup>1568</sup> BGE 96 II 392 E. 3 S. 399; 70 II 168 E. 1 S. 177.

<sup>1569</sup> BGE 96 II 392 E. 3 S. 399.

heits- oder Zufallsursache erscheint und damit ein gegenwärtiges Risiko, mit dessen Realisierung jederzeit gerechnet werden musste, manifest wird.<sup>1570</sup> Die Rechtsprechung ist mit dieser Argumentation gerade in Fällen der konstitutionellen Prädisposition zurückhaltend.<sup>1571</sup> Das Kriterium der Gelegenheitsursache prägte auch die haftpflichtrechtliche Rechtsprechung. Die Kausalität zwischen dem schädigenden Ereignis und den eingetretenen unklaren Beschwerden wurde im Haftpflichtrecht in konstanter Rechtsprechung verneint, insofern der Unfall nur jeweils gerade zufällig dazu Anlass gegeben hatte, um die Beschwerden zu simulieren resp. bewusst in erheblicher Weise zu übertreiben.<sup>1572</sup>

Im Unterschied zur von KIESER/LANDOLT vertretenen Auffassung wurde das Kriterium der Gelegenheitsursache vom Bundesgericht jeweils erst bei der Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs berücksichtigt.<sup>1573</sup> Da nach dem hier vertretenen Verständnis bereits die Beurteilung der natürlichen Kausalität juristischer Wertung bedarf, ist es denkbar, Gelegenheitsursachen auch bereits im Rahmen des entsprechenden Prüfungsschritts auszuschneiden.

### 14.1.5. Lehre vom allgemeinen Lebensrisiko

Diese Theorie gründet auf dem Gedanken, dass das gesellschaftliche Zusammenleben in der hochtechnisierten Welt mit zahlreichen Alltagsrisiken verbunden ist.<sup>1574</sup> Typischerweise unterscheidet man die Gefahrenkreise Verkehr, Arbeitsplatz, Sport und Haushalt.<sup>1575</sup> Gemäss dieser Theorie hat der Geschädigte die in seiner Sphäre liegenden Risiken auch dann zu tragen, wenn diese Risiken sich infolge einer schädigenden Einwirkung verwirklichen, die ein anderer zu verantworten hat.<sup>1576</sup> Die basierend auf dieser Theorie entwickelten Risikobereiche sollen ihren Beitrag dazu leisten, die natürliche Kausalität zu beschränken.<sup>1577</sup> Das «Ob» und «Wieviel» der Haftung hängt davon ab, ob die Betriebsgefahr zu einer Risikoerhöhung geführt und die verwirklichte Risikoerhöhung den Schaden bewirkt hat.<sup>1578</sup> Für den verursachten Schaden hat der Schädiger nur so weit einzustehen, als er das Lebensrisiko des Ge-

---

<sup>1570</sup> KIESER/LANDOLT, N 566.

<sup>1571</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts U 413/5 vom 5. April 2007 E. 4.2 und im Besonderen 4.2.1.

<sup>1572</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397; 31 II 590 E. 2 S. 593.

<sup>1573</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

<sup>1574</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.67.

<sup>1575</sup> Vgl. MÄDRICH, S. 26.

<sup>1576</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2955.

<sup>1577</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.67.

<sup>1578</sup> LANDOLT, N 29.

schädigten durch seinen haftungsbegründenden Tatbestand gesteigert hat.<sup>1579</sup> Das Konzept des allgemeinen Lebensrisikos ist eine negative Zurechnungstheorie, die Risikobereiche definiert, welche jeder selber tragen muss und die nicht über das Haftpflichtrecht auf andere überwältigt werden können.<sup>1580</sup> Diese Alternative zur Adäquanztheorie wird vor allem im Anwendungsbereich der Gefährdungshaftung, insbesondere der Motorfahrzeughaftpflicht, vorgeschlagen.<sup>1581</sup>

EMMENEGGER vertritt die Meinung, dieselben Ergebnisse könnten auch mit den Kriterien der Adäquanz erreicht werden.<sup>1582</sup> Nach Auffassung von ROBERTO soll dagegen das allgemeine Lebensrisiko als eigene negative Zurechnungstheorie angewendet werden.<sup>1583</sup> Auch MÜLLER spricht sich für die Theorie des allgemeinen Lebensrisikos aus.<sup>1584</sup> SCHAER vertritt ebenfalls die Auffassung, die Haftung anhand der Theorie des allgemeinen Lebensrisikos zu begrenzen. Grundsätzlich habe ein Schädiger auch für psychisch bedingte Folgeschäden einzustehen, dies selbst dann, wenn sie auf einer psychischen Prädisposition oder einer neurotischen Fehlverarbeitung beruhen. Hingegen gehörten zum allgemeinen Lebensrisiko die Begehrungsneurosen. Gleiches gelte auch für die besondere Sachlage, wo das schädigende Ereignis nur eine eigentliche Bagatelle darstelle und die sich daraus entwickelte psychische Reaktion im konkreten Fall wegen ihres groben Missverhältnisses zum Anlass schlechterdings nicht mehr verständlich sei.<sup>1585</sup>

### 14.1.6. Wahrscheinlichkeitshaftung in unsicheren Fällen

Bei unsicheren Fällen wird in der Lehre unter anderem auch die Wahrscheinlichkeitshaftung diskutiert.<sup>1586</sup> Mit diesem Ansatz wird angestrebt, den Beweisschwierigkeiten im Rahmen der Schadensfestsetzung durch Kürzungen entsprechend dem Grad der Wahrscheinlichkeit Rechnung zu tragen. In Fällen des Nichts- oder Zuwenigwissens wäre gemäss diesem Ansatz eine wahrscheinlichkeitsbasierte Haftung in Betracht zu ziehen.<sup>1587</sup> Die Anwendung wird z.B. bei toxischen Schädigungen vorgeschlagen.<sup>1588</sup> SCHWENZER kritisiert an diesem Ansatz, dass die grosse Gefahr bestehe,

<sup>1579</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 62.

<sup>1580</sup> LANDOLT/ROBERTO, S. 25.

<sup>1581</sup> LANDOLT, N 29.

<sup>1582</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2955.

<sup>1583</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.71.

<sup>1584</sup> MÜLLER URS, Kausalzusammenhang, S. 151.

<sup>1585</sup> SCHAER, Adäquanz, S. 594 ff.

<sup>1586</sup> BERGER-STEINER, Kausalitätsbeweis, S. 44 ff.; KELLER, S. 77 f.

<sup>1587</sup> LOACKER, S. 66.

<sup>1588</sup> SCHWENZER, N 21.08.

dass die Stellung des Geschädigten damit insgesamt verschlechtert werde.<sup>1589</sup> Fraglich ist vor allem auch, wie die %-Werte für die Wahrscheinlichkeit ermittelt und bestimmt werden sollen.

Die Idee der Wahrscheinlichkeitshaftung ist nicht zielführend. Eine generelle Haftung für mögliche Kausalität würde allgemein betrachtet zu untragbaren Ergebnissen führen.<sup>1590</sup> Die Problematik liegt vor allem darin, dass, wenn schon kein hinreichendes Wissen mit Blick auf mögliche Kausalverläufe vorhanden ist, es für eine Wahrscheinlichkeitshaftung an wahrscheinlichkeitsbezogenen Anknüpfungspunkten mangelt.<sup>1591</sup> Kritisch ist eine solche Haftung auch deshalb zu betrachten, weil es hierfür sowohl Gesetzesänderungen im materiellen Recht als auch im Verfahrensrecht bedürfte.<sup>1592</sup>

## 14.2. Zurechnung beim Schadenstatbestand

Die Adäquanzlehre spielt nach bundesgerichtlichem Verständnis auch für die Bestimmung des dem Haftpflichtigen zurechenbaren Ausmasses des Schadens eine Rolle.<sup>1593</sup> Eine grössere Bedeutung erlangte sie jedoch für die Beurteilung der zurechenbaren Vermögenseinbussen in Fällen mit unklaren Beschwerden nie. Das Bundesgericht führte in einzelnen Entscheiden einzig aus, dass im Haftpflichtrecht der geringen Intensität einer haftungsbegründenden Ursache, so auch unter Umständen bei Vorliegen einer konstitutionellen Prädisposition, bei der Ersatzbemessung Rechnung getragen werden könne.<sup>1594</sup> Die Analyse der Rechtsprechung hat gezeigt, dass die Zurechnung beim Schadenstatbestand einerseits von hypothetischen Kausalitätsüberlegungen und andererseits von den Prinzipien der Billigkeit und des Ermessens geprägt ist.<sup>1595</sup>

---

<sup>1589</sup> SCHWENZER, N 21.08.

<sup>1590</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.34.

<sup>1591</sup> Vgl. LOACKER, S. 67.

<sup>1592</sup> BK-BREHM, N 128 zu OR 41.

<sup>1593</sup> FELLMANN/KOTTMANN, N 424; vgl. die Nachweise in Fn. 1398.

<sup>1594</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_25/2011 vom 21. März 2011 E. 4.2.

<sup>1595</sup> Vgl. hierzu 10.7.2.2 (Grundsätze der Praxis zum Umgang mit Fällen der konstitutionellen Prädisposition), und 10.7.2.3 (Kasuistik).

### 14.2.1. Hypothetische Kausalität und konstitutionelle Prädisposition

Der Schädiger beruft sich mit dem Einwand der hypothetischen Kausalität darauf, dass der behauptete Schaden unabhängig von seinem Verhalten später, z.B. wegen späterer Ereignisse, ohnehin eingetreten wäre.<sup>1596</sup> Diese Theorie ist daher für die Frage der Schadenszurechnung nach wie vor von grosser Bedeutung.<sup>1597</sup>

Bei der konstitutionellen Prädisposition des Geschädigten handelt es sich für den Schädiger um ein entlastendes Moment. Aus diesem Grund trägt dieser grundsätzlich die Beweislast. Eine geltend gemachte hypothetische Ursache ist nach dem Beweismass der überwiegenden (hohen) Wahrscheinlichkeit nachzuweisen.<sup>1598</sup> Nach der mit BGE 113 II 86 begründeten bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind, wie bereits im Rahmen der Analyse ausführlich dargelegt wurde,<sup>1599</sup> zwei Kategorien von Prädispositionen zu unterscheiden. Dabei ist der Gesichtspunkt massgebend, ob ein Schaden aufgrund der Prädisposition auch ohne den Unfall in vollem oder geringerem Umfang eingetreten wäre. Wäre der Schaden auch ohne den Unfall eingetreten, so ist dieser insoweit keine Unfallfolge und dem Haftpflichtigen nicht zurechenbar.<sup>1600</sup> In solchen Fällen ist die konstitutionelle Prädisposition bereits bei der Schadensberechnung im entsprechenden Ausmass zu berücksichtigen.<sup>1601</sup> Der Beurteilung der hypothetischen Kausalität kommt in solchen Fällen eine wesentliche Rolle zu.

Wäre dagegen der Schaden ohne Unfallereignis voraussichtlich gar nicht eingetreten, so bleibt der Haftpflichtige selbst dann voll verantwortlich, wenn der krankhafte Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat.<sup>1602</sup> Unter gewissen Umständen kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in solchen Fällen dem Anteil der Prädisposition an der Kausalität bei der Schadenersatzbemessung nach Art. 44 OR Rechnung getragen werden.<sup>1603</sup>

Die aufgezeigte Unterscheidung ist in der Praxis vor allem im Hinblick auf die Anwendung des Quotenvorrechts im Rahmen der extrasystemischen Koordination von

<sup>1596</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2953; SUTER, Berücksichtigung, S. 37.

<sup>1597</sup> SCHWENZER, N 21.05.

<sup>1598</sup> SUTER, straw, S. 641; in diesem Sinne auch BERGER-STEINER, Kausalitätsbeweis, S. 35.

<sup>1599</sup> Vgl. zur Bedeutung der konstitutionellen Prädisposition im Rahmen der Schadensberechnung und -ersatzbemessung 9.4.3.

<sup>1600</sup> STUDHALTER, Prädisposition, S. 618.

<sup>1601</sup> BGE 113 II 86 E. 3b S. 93; Urteil des Bundesgerichts 4A\_45/2009 vom 25. März 2009 E 3.3.3; gl.M. OFTINGER/STARK, § 3 N 99.

<sup>1602</sup> STUDHALTER, Prädisposition, S. 619.

<sup>1603</sup> BGE 113 II 86 E. 3b S. 93 f.

Bedeutung.<sup>1604</sup> Wird eine Prädisposition bereits bei der Schadensberechnung berücksichtigt, so trägt der Geschädigte diesen Nachteil. Erfolgt hingegen aufgrund einer Prädisposition, die ohne das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, nur eine Reduktion des Schadenersatzes, so kann sich der Geschädigte in Bezug auf die zu den Sozialversicherungsleistungen kongruenten Schadenspositionen gegenüber dem Haftpflichtigen auf das Quotenvorrecht<sup>1605</sup> berufen.<sup>1606</sup>

In Bezug auf Prädispositionen, die ohne das schädigende Ereignis nicht eingetreten wären, halten OFTINGER/STARK dafür, dass vom Grundsatz der Nichtberücksichtigung auszugehen sei. Ihrer Ansicht nach kommt eine Herabsetzung des Ersatzanspruchs nämlich nur in den seltensten Fällen in Frage.<sup>1607</sup> Das Bundesgericht übernahm diese Praxis zunächst. Es führte um die Jahrtausendwende in konstanter Rechtsprechung aus, eine Herabsetzung des Schadenersatzes aufgrund eines Konstitutionsmangels sei nur ausnahmsweise in Betracht zu ziehen.<sup>1608</sup> Einmal mehr bezog es sich dabei auf die grundsätzliche Wertung, dass der Schädiger kein Recht darauf habe, so gestellt zu werden, als hätte er einen gesunden Menschen geschädigt.<sup>1609</sup> Ein bedeutender Teil der Lehre schloss sich dieser Rechtsprechung an.<sup>1610</sup>

Im Sinne der aufgezeigten Praxis wurden vor dem Jahr 2007 nur sehr zurückhaltend Kürzungen des Schadenersatzes vorgenommen. Unter Berücksichtigung der Analyse der Rechtsprechung ist jedoch festzustellen, dass seither gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR in Fällen mit unklaren Beschwerden oftmals signifikante Kürzungen zwischen 20 % und 80 % vorgenommen wurden.<sup>1611</sup> Dabei räumte das Bundesgericht den Vorinstanzen jeweils ein grosses Ermessen ein. Die Praxis ist freilich als schwankend zu bezeichnen. Es ist heute nicht mehr davon auszugehen, dass eine Kürzung bei nachgewiesenem Konstitutionsmangel nur ausnahmsweise vorgenommen werden kann.<sup>1612</sup> Selbst wenn aber eine Kürzung zulässig ist, so darf der Schadenersatz nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht einfach schematisch um den medizinisch festgestellten prozentualen Verursachungsanteil einer konstitutionellen Prädisposi-

---

<sup>1604</sup> STUDHALTER, Prädisposition, S. 619.

<sup>1605</sup> Art. 73 Abs. 1 ATSG.

<sup>1606</sup> BGE 113 II 86 E. 2 S. 91 f.

<sup>1607</sup> OFTINGER/STARK, § 5 N 99.

<sup>1608</sup> Urteile des Bundesgerichts 4C.75/2004 vom 16. November 2004 E. 4.2; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa; STUDHALTER, Prädisposition, S. 623.

<sup>1609</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>1610</sup> MÜLLER URS, Kausalzusammenhang, S. 145; RUMO-JUNGO, N 681; vgl. KRÄUCHLI, S. 193 ff.; STUDHALTER, Prädisposition, S. 624.

<sup>1611</sup> Vgl. hierzu die Kasuistik in 10.7.2.3.

<sup>1612</sup> SUTER, Schadenregulierung, S. 215 ff.

tion gekürzt werden.<sup>1613</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass die Bedeutung der vom Bundesgericht eingeführten Zusatzkriterien umstritten ist.<sup>1614</sup>

### 14.2.2. Zumutbarkeit und Schadenminderungspflicht

Im Haftpflichtrecht gilt seit je der Grundsatz, dass im Falle der Verletzung der Schadenminderungspflicht der Schadenersatz insoweit zu reduzieren ist, als die Selbstschädigung bzw. die unterlassene Schadenminderung zu einer Vergrößerung des Schadens beigetragen hat.<sup>1615</sup> MÜLLER fordert zudem, die Beurteilung des Zusammenhangs zwischen den gesundheitlichen Beeinträchtigungen und dem Schaden in Analogie zur sozialversicherungsrechtlichen Praxis anhand des Kriteriums der Zumutbarkeit vorzunehmen.<sup>1616</sup>

Die Analyse der Rechtsprechung hat darüber hinaus gezeigt, dass schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts Zumutbarkeitsüberlegungen bei der Berechnung und Bemessung des Schadens eine bedeutende Rolle spielten.<sup>1617</sup>

### 14.2.3. Notwendigkeits- und Angemessenheitsüberlegungen

Unbestritten muss im Zusammenhang mit unklaren Beschwerden im Rahmen der Zurechnung beim Schadenstatbestand von hypothetischen Kausalitätsüberlegungen ausgegangen werden. Für ROBERTO/GRECHENIG stehen dabei oftmals auch Notwendigkeits- und Angemessenheitserwägungen im Vordergrund.<sup>1618</sup>

## 14.3. Vorschlag einer neuen Zurechnungskonzeption

Unter Beachtung der Analyseergebnisse und der vorstehend aufgezeigten Kritik in der Lehre wird nachfolgend der Versuch gewagt, eine praxistaugliche Zurechnungskonzeption zu entwickeln. Dabei steht die in der Praxis im Zusammenhang mit den

<sup>1613</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A.275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 6.1; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>1614</sup> Vgl. hierzu STUDHALTER, Prädisposition, S. 624 ff., der die Bildung von Richtlinien unter den Aspekten der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit als wünschenswert bezeichnet; vgl. zu den Kriterien 10.7.2.2.

<sup>1615</sup> LANDOLT, Zumutbarkeitsgrundsatz, S. 172

<sup>1616</sup> MÜLLER URS, Kausalzusammenhang, S. 151.

<sup>1617</sup> Vgl. hierzu die entsprechende Schlussfolgerung in 11.2.4.

<sup>1618</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 64.

hier interessierenden Fällen besonders relevante Gefährdungshaftung im Vordergrund. Fälle der Verschuldenshaftung werden grundsätzlich ausser Acht gelassen.<sup>1619</sup>

### 14.3.1. Haftungs begründung

Die Adäquanz ist bei der Prüfung der haftungsbegründenden Kausalität aufgrund der aufgezeigten Ungereimtheiten entbehrlich. Zielführender wäre es, in einem ersten Schritt die Normzwecklehre heranzuziehen. In der Konsequenz wären gerade bei den in der Praxis besonders relevanten Gefährdungshaftungen bloss diejenigen Schadensfolgen zu berücksichtigen, die auf die Verwirklichung der spezifischen Gefahr des Betriebs oder der Sache zurückzuführen sind.

Die Gefährdungshaftungen wurden im Hinblick auf die Gefährlichkeit bestimmter Betriebsarten bzw. Sachen eingeführt. Es war seit Einführung des ersten Eisenbahnpflichtgesetzes unbestritten, dass bei «Tötungen und Verletzungen, welche beim Betrieb solcher Unternehmungen entstanden sind, zur Begründung des Schadenersatzanspruchs nicht das Verschulden irgend einer Person gehört, sondern die blossе Tatsache der Tötung oder Verletzung genügt».<sup>1620</sup> Eine Haftung soll bestehen, wenn sich diese Gefahren manifestieren.<sup>1621</sup> Die in dieser Arbeit thematisierten unklaren Beschwerden würden weitgehend unter den Schutzzweck der betreffenden Haftungsbestimmungen fallen.<sup>1622</sup> Diese Normen bezwecken nämlich durchgängig die Haftung für gesundheitliche Beeinträchtigungen, was psychische Schädigungen ohne weiteres einschliesst. Mit diesem Ansatz lässt sich die Frage der Haftungs begründung in Fällen mit unklaren Beschwerden relativ einfach und dogmatisch sauber lösen. Wahrscheinlichkeitsüberlegungen spielen keine Rolle. Schwierigkeiten bereitet diese Frage nur etwa in denjenigen Personenschaden-Fällen, in welchen unklar ist, ob die Schädigung überhaupt durch den Betrieb verursacht worden ist. In diesen Fällen bedarf es der Auslegung der anwendbaren Bestimmungen, um zu erkennen, was noch als betriebsbedingt zu betrachten ist.<sup>1623</sup> Die Schutzzwecklehre sollte da-

---

<sup>1619</sup> Sachgerecht wäre in solchen Fällen die Beurteilung nach dem in der neueren Lehre vertretenen Verhaltensunrecht. Vgl. hierzu ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 04.08 ff.

<sup>1620</sup> ERISMANN, S. 12.

<sup>1621</sup> OFTINGER/STARK, § 3 N 69.

<sup>1622</sup> Vgl. u.a. Art. 41 Abs. 1, 55 Abs. 1, 56 Abs. 1 und 58 Abs. 1 OR, Art. 58 Abs. 1 SVG sowie Art. 333 Abs. 1 ZGB.

<sup>1623</sup> In diesem Sinn kam im Grunde die Normzwecklehre schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts bei sog. Bruchaustritt-Fällen (Grundlage dieser Fälle waren Leistenbrüche und der dadurch bedingte Austritt eines Teils der Eingeweide [BGE 18 234 E. 2 S. 237]) zur Anwendung. Das Bundesgericht führte in BGE 31 II 227 E. 4 S. 232 aus, dass sich nach Lage der Dinge geradezu die der Tätigkeit eines Müllerknechtes eigentümliche Betriebs-



rüber hinaus im Haftpflichtrecht bei jeder Anspruchsprüfung Anwendung finden. Im Vergleich zu Personenschäden spielt sie bei der Verletzung anderer Rechtsgüter oder bei reinen Vermögensschäden eine viel bedeutendere Rolle.<sup>1624</sup>

### 14.3.2. Prüfung des juristischen Kausalzusammenhangs

Auch für die Frage, ob die eingetretenen unklaren Beschwerden dem Schädiger zuzurechnen sind, erscheint die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs nicht sachgerecht. Sie vermag aufgrund der vorne dargelegten Mängel, insbesondere des generellen Beurteilungsmassstabs und vor allem aufgrund des nicht nachvollziehbaren Wahrscheinlichkeitskalküls, ihre Funktion der Haftungsbegrenzung nicht zu erfüllen. Wie aufgezeigt wurde, ist die heute vom Bundesgericht im Haftpflichtrecht angewendete Haftungskonzeption bei Personenschäden weitgehend durch den Grundsatz der Billigkeit bestimmt. Die Dominanz geht so weit, dass eine eigentliche haftungsbegrenzende Wirkung des Adäquanzfilters bei der haftpflichtrechtlichen Beurteilung von Personenschäden gar nicht mehr ersichtlich ist.

Zielführender wäre eine Verlagerung des Schwerpunkts auf den natürlichen Kausalzusammenhang. Wie bereits vorne dargelegt wurde, ist die Bedingungslehre im Grunde auch als eine wertende Zurechnungstheorie zu verstehen. Deshalb sollte fortan statt vom natürlichen nur noch vom juristischen Kausalzusammenhang die Rede sein. Die Beurteilung dieses Zusammenhangs erfordert regelmässig eine Wertung. Versteht man die Theorie des natürlichen Kausalzusammenhangs in diesem Sinn, so liegt letztlich bei dessen Beurteilung regelmässig eine Rechtsfrage vor, die vom Bundesgericht überprüft werden kann. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass sämtliche vorinstanzlichen, den natürlichen Kausalzusammenhang betreffenden Beweisergebnisse der bundesgerichtlichen Überprüfung unterliegen würden. Der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt als solcher bleibt eine reine Tatfrage (etwa wie sich der Unfall genau zugetragen hat oder ob und gegebenenfalls inwieweit die geltend gemachten Beschwerden tatsächlich bestehen). Nach der hier vertretenen Konzeption ist einzig die Frage, ob zwischen dem konkret vorgefallenen Unfallereignis und den beklagten (beweismässig erstellten) langanhaltenden unklaren Be-

---

gefahr verwirklicht habe. Es entspreche daher durchaus dem Sinn und Zweck des Fabrikhaftpflichtgesetzes, vorliegend den erwähnten Betriebsvorfall und damit die Gefährlichkeit des Betriebes als Ursache des Bruchaustrittes zu betrachten und den beim Kläger vorhandenen Defekt (die sog. Bruchdisposition, also eine entsprechende Veranlagung) nur als Bedingung der Wirksamkeit dieser Ursache zu bezeichnen.

<sup>1624</sup> Weiterführend zur Forderung nach einer allgemeinen Anwendung der Normzwecklehre im Haftpflichtrecht ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 06.76 ff.

schwerden ein ausreichender rechtserheblicher Zusammenhang besteht, als Rechtsfrage zu betrachten.

Bei der Feststellung des Sachverhalts ist nach dem Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit zu befinden, ob sich die Tatsachen wie vorgebracht zugetragen haben und ob die Beschwerden wie geltend gemacht bestehen. Dies gilt im Besonderen, wenn diese Tatsachen umstritten sind. Bei der Würdigung dieser Beweise sollen jedoch keine von der Rechtsanwendung aufgestellten Vermutungen, wie etwa die noch heute bestehende des typischen Beschwerdebilds bei HWS-Distorsionen, mehr massgebend sein. Auch auf die Einführung einer Harmlosigkeitsgrenze oder zu strenge Vorgaben betreffend Dokumentation oder Begutachtung sollte verzichtet werden. Rein beweisrechtlich ist das Aufstellen solcher Vermutungen im Haftpflichtrecht nämlich heikel. BÜHLER lehnt etwa die Einführung einer Harmlosigkeitsgrenze ab, weil damit eine unzulässige Beweiskrafthierarchie geschaffen würde. Eine derartige Praxis verstiesse gegen die richterliche Würdigungsfreiheit, einen Teilgehalt der verfassungsrechtlich geschützten freien Beweiswürdigung.<sup>1625</sup>

Mit der gleichen Argumentation ist auch die Vermutung des «typischen Beschwerdebilds» nicht länger haltbar. Auch mit ihr wurde im Grunde eine medizinisch höchst umstrittene Annahme zu einer Vermutung qualifiziert, die lange Zeit praktisch unumstösslich war. Es muss ganz ohne Vermutungen dem Richter überlassen bleiben, unter Berücksichtigung medizinischer, biomechanischer, unfallanalytischer und weiterer zulässiger Beweismittel frei und nach pflichtgemäsem Ermessen darüber zu befinden, welche Zusammenhänge mit überwiegender Wahrscheinlichkeit tatsächlich bestehen. Diese Konzeption dürfte dazu führen, dass in zahlreichen Fällen die Haftungsbegrenzungsfunktion schon beweisrechtlich in adäquater Weise ausfallen dürfte. In der Tendenz hat sich die Rechtsprechung auch in diese Richtung entwickelt. Noch vor nicht allzu langer Zeit wurden im Haftpflichtrecht biomechanische und unfallanalytische Gutachten überhaupt nicht berücksichtigt. Seit 2009 wird vermehrt auf solche Gutachten abgestellt. In jüngster Zeit wurde der natürliche Kausalzusammenhang teilweise gestützt auf biomechanische oder unfallanalytische Daten verneint.

#### 14.3.3. Ausscheidung von allgemeinen Lebensrisiken

Die letztendliche Wertung, ob zwischen einem schädigenden Ereignis und den langanhaltenden gesundheitlichen Beschwerden ein dem präsumtiv Haftpflichtigen zurechenbarer Kausalzusammenhang besteht, ist, wie bereits oben erwähnt, als Rechts-

---

<sup>1625</sup> BÜHLER, N 109.

frage zu betrachten. In diesem Zusammenhang ist nach wie vor daran festzuhalten, dass der Schädiger den Geschädigten so nehmen muss, wie er ist. Es besteht kein Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als hätte man eine durchschnittliche Person geschädigt. Dieser Grundsatz ist denn auch unbestritten. Dies bedeutet konkret, dass sofern sich beweisrechtlich mit hoher Wahrscheinlichkeit ein tatsächlicher Zusammenhang zwischen Unfallereignis und eingetretenen langanhaltenden unklaren Beschwerden erstellen lässt, in der Regel anzunehmen ist, dass auch der juristische Kausalzusammenhang besteht. In Ausnahmefällen soll es aber möglich bleiben, diesen dennoch verneinen zu können. Denkbar wäre diesbezüglich, an die Theorie der wesentlichen Bedingung anzuknüpfen, ein Abstellen auf das Kriterium der Gelegenheitsursache oder die Beurteilung anhand der Lehre vom allgemeinen Lebensrisiko. Letztere ist zu favorisieren, da sie am ehesten dazu führt, dass die massgebenden Wertungen offengelegt werden. Der Vorwurf einer gewissen Vagheit, der teilweise gegen die Theorie des allgemeinen Lebensrisikos erhoben wird, lässt sich letztlich gegen jede Zurechnungstheorie einwenden.<sup>1626</sup>

Demnach sollte massgebend sein, worauf das Bundesgericht in Fällen mit sogenannten Bruchaustritten<sup>1627</sup> schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts abgestellt hatte. Es führte in zwei Entscheiden aus den Jahren 1905 und 1906 nämlich aus, der Kausalzusammenhang im Rechtssinne sei nicht gegeben, wenn die gesundheitliche Beeinträchtigung durch gewöhnliche Betriebshandlungen, die in keinem höheren Masse als die Tätigkeiten des täglichen Lebens menschliche Kraftanstrengungen erfordern, ausgelöst werde.<sup>1628</sup>

Diese Überlegung entspricht im Grunde dem Konzept des allgemeinen Lebensrisikos. Entsprechend wäre die zentrale Rechtsfrage, ob die beweisrechtlich mit überwiegender (hoher) Wahrscheinlichkeit infolge des bagatellären Unfalls eingetretenen langanhaltenden Beschwerden bei wertender Betrachtung nur als eine Realisierung des allgemeinen Lebensrisikos des Verletzten zu betrachten sind. Mit anderen Worten wäre jeweils zu fragen, ob der Schädiger durch seine Handlung wirklich das Risiko des Geschädigten erhöht hat, an langanhaltenden unklaren Beschwerden zu leiden, oder ob diese nicht viel mehr rein zufällig durch das Unfallgeschehen ausgelöst wurden. Der Vorteil dieses Konzepts ist, dass die letztendlich massgebende Wertung, und nur diese, eine Rechtsfrage ist, über die nötigenfalls auch noch das Bundesgericht befinden kann. Als Richtschnur ist bei diesem Wertungsentscheid das allgemeine Lebensrisiko viel geeigneter als die hinter der Theorie des adäquaten

<sup>1626</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 62.

<sup>1627</sup> Vgl. zu den Bruchaustritt-Fällen Fn. 1623.

<sup>1628</sup> Vgl. BGE 32 II 21 E. 2 S. 27; 31 II 227 E. 4 S. 232.

Kausalzusammenhangs stehenden, schwierig nachvollziehbaren Wahrscheinlichkeitsüberlegungen.

#### 14.3.4. Zurechnung beim Schadenstatbestand

Wird der juristische Kausalzusammenhang bejaht und die Haftung nicht ausnahmsweise gleichwohl aufgrund der Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos verneint, stellt sich die Frage der zurechenbaren Schadensfolgen. In diesem Zusammenhang ist wie bisher am Prinzip, dass der Schädiger für den gesamten Schaden haftet, festzuhalten. Der Einwand der hypothetischen Kausalität spielt weiterhin eine gewichtige Rolle. Nach wie vor kann sich ein Schädiger darauf berufen, der Schaden wäre (ganz oder teilweise) ohnehin eingetreten.<sup>1629</sup>

Weil jedoch auch die Schadenszurechnung stets in wertender Weise vorgenommen wird, spielen einerseits Angemessenheits- und Notwendigkeitsüberlegungen eine zentrale Rolle.<sup>1630</sup> Andererseits ist in diesem Zusammenhang die Schadenminderungspflicht resp. Zumutbarkeitsfrage von entscheidender Bedeutung. Diese sollte entgegen der bundesgerichtlichen Praxis bereits bei der Schadensberechnung berücksichtigt werden.<sup>1631</sup> Die Beweislast für schadenmindernde Umstände trägt der Schädiger. Bei unklaren Beschwerden dürfte in diesem Zusammenhang jedoch die Tatsache, dass die Anwendung der früheren Abfindungspraxis in den meisten Fällen offenbar dazu geführt hat, dass die Geschädigten ihre Arbeit nach Ausrichtung der Abfindung wieder aufzunehmen in der Lage waren, nicht unberücksichtigt bleiben.<sup>1632</sup> Sowohl im Haftpflicht- als auch im Sozialversicherungsrecht war eine solche Fallerledigung mittels Abfindung früher gängige Praxis. Die sozialversicherungsrechtliche Neurosenpraxis gemäss dem früheren Art. 82 KUVG knüpfte zudem an der früheren haftpflichtrechtlichen Praxis zu Beginn des Ersten Weltkriegs an. In beiden Gebieten wurde bei der Bemessung der Abfindungen von ein- bis dreijähriger Arbeitsunfähigkeit ausgegangen. Materiell gesehen unterscheiden sich auch im Haftpflichtrecht die heute anwendbaren Bestimmungen nicht von denjenigen zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Zumindest in Grenzfällen erscheint es daher sachgerecht, eine solche Abfindung an Stelle einer Rente auszurichten. Dabei ist anzunehmen, dass die

---

<sup>1629</sup> SUTER, Berücksichtigung, S. 37.

<sup>1630</sup> ROBERTO/GRECHENIG, Zurechnungsprobleme, S. 64.

<sup>1631</sup> ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 30.19.

<sup>1632</sup> Zuzugeben ist in diesem Zusammenhang freilich, dass erheblicher Forschungsbedarf besteht. Zu Recht fordert etwa MAURER, Unfallversicherungsrecht, S. 399, insb. Fn. 1019, dass Katamnesen für Versicherte gemacht werden sollten, die etwa nach 1970 gemäss Art. 82 KUVG abgefunden wurden.

Arbeitsunfähigkeit mit zunehmender Dauer abnimmt. Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, wäre zudem die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, anstelle einer Abfindung gegebenenfalls eine Genugtuung zuzusprechen.

### 14.3.5. Schematische Darstellung

Nachfolgend wird die vorgeschlagene Haftungskonzeption für Fälle mit unklaren Beschwerden im Bereich des Haftpflichtrechts in knapper Form schematisch dargestellt. Die Darstellung beschränkt sich auf die in der Praxis besonders bedeutsame Gefährdungshaftung des Motorfahrzeughalters.<sup>1633</sup>

#### 14.3.5.1. Haftungs begründende Zurechnung

**Prüfung des Schutzzwecks:** Zunächst ist zu prüfen, ob die gesundheitlichen Beschwerden vom Schutzzweck der anwendbaren Schadenausgleichsnormen gedeckt sind. Die Haftung soll nur bestehen, wenn sich mit dem jeweiligen Betrieb zusammenhängende Gefahren verwirklichen.

- **Betriebsbegriff:** Schwierigkeiten können sich bei der Frage ergeben, ob die schädigende Einwirkung überhaupt durch den Betrieb, z.B. eines Motorfahrzeugs, verursacht wurde. Entsprechendes ist durch Auslegung zu ermitteln.
- **Gesundheitliche Beeinträchtigungen:** Jegliche Arten von gesundheitlichen Beeinträchtigungen sind grundsätzlich vom Schutzzweck der jeweils anwendbaren Gefährdungshaftungsbestimmungen gedeckt. Dieser Prüfungsschritt ist regelmässig unproblematisch. Bei reiner Simulation müsste freilich bereits die Haftungsbegründung verneint werden, da sich diesfalls gar keine spezifische Gefahr des Betriebs verwirklicht hat.

#### 14.3.5.2. Haftungsbeschränkung

**Juristischer Kausalzusammenhang:** Bei der Beurteilung des juristischen Kausalzusammenhangs ist zwischen der Feststellung des Sachverhalts und der rechtlichen Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs zu unterscheiden.

---

<sup>1633</sup> Art. 58 Abs. 1 SVG.

**a) Tatsachenebene:**

Massgebende Tatfragen dürften in der Regel folgende sein:

- aa) Wie lief der Unfall genau ab? Wie gross war die biomechanische Insassenbelastung (kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung) im Zeitpunkt des Unfalls? Sind Besonderheiten zu berücksichtigen (Kopfstützeinstellung etc.)?
- bb) Bestand auf Seiten des Geschädigten schon vor dem Unfall eine konstitutionelle Prädisposition? Hat sich diese vorher schon manifestiert oder nicht?
- cc) Welche unklaren Beschwerden weist der Geschädigte gemäss medizinischem Gutachten genau auf? Wie war der Krankheitsverlauf seit dem schädigenden Ereignis? Ist gegebenenfalls von Simulation oder Aggravation auszugehen?

– **Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit:** Der Beweis gilt als erbracht, wenn für die Richtigkeit der jeweiligen Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.<sup>1634</sup> Namentlich für Beschwerdebilder, die nicht bildgebend objektiviert werden können, sind hohe Anforderungen an die Grundlagen zu stellen, die den Schluss auf das Vorliegen unfallkausaler Verletzungen zulassen. Dieser strenge Massstab rechtfertigt sich, weil die Beurteilung der entsprechenden Beschwerden weitgehend von den Angaben der geschädigten Personen abhängt und damit ein entsprechendes Missbrauchspotential besteht.<sup>1635</sup>

– **Prozentwerte:** Im Haftpflichtrecht sind höhere Anforderungen an den Nachweis der behaupteten und von der Gegenseite bestrittenen Gegebenheiten zu stellen (75 %) als im Sozialversicherungsrecht (51 bzw. genauer ausgedrückt 50.01 %).<sup>1636</sup> Ob sinnvollerweise auf Prozentwerte abzustellen ist, kann hier nicht abschliessend beurteilt werden.

**b) Rechtliche Beurteilung des natürlichen Kausalzusammenhangs (juristischer Kausalzusammenhang):**

Ist der natürliche Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereignis, eingetretener Körperverletzung und danach aufgetretenen langanhaltenden unklaren Beschwerden gegeben?

– Die Feststellung des Sachverhalts im Sinne der rein tatsächlichen Vorgänge und Gegebenheiten kann vor Bundesgericht gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG grundsätzlich nicht gerügt werden. Ob zwischen der schädigenden Einwirkung (Unfall) und den

---

<sup>1634</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_744/2011 vom 12. Juli 2012 E. 10.2.

<sup>1635</sup> BGE 134 V 109 E. 9.4 S. 124; Urteile des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 3.2.1; 4A\_607/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.2; 4A\_549/2014 vom 28. Januar 2015 E. 4.2; 4A\_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.2.

<sup>1636</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_658/2016 vom 5. April 2017 E. 4.4.

unklaren Beschwerden ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, beinhaltet jedoch wie vorne ausgeführt<sup>1637</sup> auch rechtliche Aspekte (juristische Präzisierung und normative Wertung), die der bundesgerichtlichen Kognition unterliegen.<sup>1638</sup> Das heisst, die Frage nach dem natürlichen Kausalzusammenhang ist eine Rechtsfrage (daher juristischer Kausalzusammenhang), die ebenfalls nach dem Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit zu beurteilen ist. Hinzuweisen ist sodann darauf, dass im Bereich der sozialen Unfallversicherung jede unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden kann, sofern es um Geldleistungen geht.<sup>1639</sup>

– **Ausscheidung allgemeiner Lebensrisiken (negative Zurechnung):** In diesem Prüfungsschritt ist die bis dahin gefällte Zurechnungswertung gegebenenfalls in grundsätzlicher Hinsicht nochmals zu hinterfragen. Unter anderem ist hier die Frage zu stellen, ob die (beweisrechtlich erstellten) infolge des bagatellären Unfalls eingetretenen langanhaltenden Beschwerden bei wertender Betrachtung allenfalls lediglich als eine Realisierung des allgemeinen Lebensrisikos des Verletzten zu betrachten sind. Mit anderen Worten: Hat der Schädiger durch seine Handlung wirklich das Risiko des Geschädigten erhöht, an langanhaltenden unklaren Beschwerden zu leiden, oder sind diese nicht viel mehr rein zufällig durch das Unfallgeschehen ausgelöst worden? Verwirklicht sich lediglich ein allgemeines Lebensrisiko, so ist eine Haftung für die langanhaltenden unklaren Beschwerden zu verneinen.

### 14.3.5.3. Zurechnung beim Schadenstatbestand

Falls die Haftung bejaht wird, stellen sich im Rahmen des Schadenstatbestandes zunächst ebenfalls Tatfragen.

#### a) **Tatsachenebene:**

Massgebende Tatfragen dürften in der Regel folgende sein:

- aa) In welchem Ausmass (teilweise oder gänzlich; zeitweilig oder dauerhaft) ist eine Erwerbsunfähigkeit ausgewiesen?
- bb) Im Falle des Einwands der hypothetischen Kausalität müsste zudem tatsächlich erstellt sein, inwiefern die unklaren Beschwerden auch ohne das schädigende Ereignis zu einem späteren Zeitpunkt eingetreten wären.

<sup>1637</sup> Vgl. vorne 13.2.1.

<sup>1638</sup> Vgl. Art. 95 BGG.

<sup>1639</sup> Art. 97 Abs. 2 BGG.

- cc) Im Falle des Einwands der Schadenminderungspflicht müsste zudem tatsächlich erstellt sein, in welchem Ausmass der Eintritt des Schadens vermeidbar gewesen wäre.
- dd) Im Falle einer sich besonders ungünstig auswirkenden Vorbelastung, die dazu führt, dass die haftungsbegründende geringfügige Ursache in keinem Verhältnis mehr zur Grösse des eingetretenen Schadens steht, müsste diese Vorbelastung nachgewiesen werden. Dieser Nachweis ist im Hinblick auf eine gegebenenfalls gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR vorzunehmende Kürzung im Rahmen der Schadenersatzbemessung zu erbringen.

– **Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit:** Auch bei diesen Tatfragen müsste jeweils der Beweis nach dem Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit erbracht werden. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen bei der Prüfung des juristischen Kausalzusammenhangs verwiesen.

**b) Rechtliche Beurteilung der Schadensfolgen:**

**aa) Konkurrierende Mitursachen:** Grundsätzlich soll auch weiterhin danach unterschieden werden, ob sich der Vorzustand ohne das schädigende Ereignis ausgewirkt hätte oder nicht.

– **Annahme, Schaden wäre auch ohne das schädigende Ereignis eingetreten = Einwand der hypothetischen Kausalität:** Hätte die Prädisposition hypothetisch betrachtet auch ohne den Unfall zu einem Schaden geführt, sei es in vollem oder geringerem Umfang, so ist ein solcher Schaden insoweit keine Unfallfolge, dem Haftpflichtigen dementsprechend nicht zurechenbar und daher von der Schadensberechnung auszunehmen.<sup>1640</sup> In solchen Fällen handelt es sich um Anwendungsfälle des Art. 42 OR, weshalb das Quotenvorrecht nicht zur Anwendung gelangt.<sup>1641</sup>

– **Annahme, Schaden wäre ohne das schädigende Ereignis nicht eingetreten:** Wäre hingegen der Schaden ohne den Unfall aller Voraussicht nach nicht eingetreten, so bleibt der Haftpflichtige grundsätzlich in vollem Umfang verantwortlich. Dies gilt unabhängig davon, ob der krankhafte Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat.<sup>1642</sup> Unfallbedingte Vermögenseinbusen gehören zum Schaden und sind deshalb in dessen Berechnung nach Art. 42 OR einzubeziehen. Dem Anteil der Prädisposition an der Kausalität soll dagegen jeweils bei der Schadenersatzbemessung nach Art. 44 OR Rechnung getragen werden.<sup>1643</sup>

---

<sup>1640</sup> BGE 113 II 86 E. 3b S. 93; Urteil des Bundesgerichts 4A\_45/2009 vom 25. März 2009 E. 3.3.3.

<sup>1641</sup> BGE 113 II 86 E. 2 S. 92.

<sup>1642</sup> BGE 131 III 12 E. 4 S. 14; 113 II 86 E. 3b S. 94.

<sup>1643</sup> BGE 131 III 12 E. 4 S. 14; 113 II 86 E. 3b S. 94.



Entgegen der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist in Fällen mit unklaren Beschwerdebildern der Schadenersatz regelmässig herabzusetzen.<sup>1644</sup> Im Vordergrund steht das Kriterium des Missverhältnisses zwischen Ursache und Wirkung resp. der sich besonders ungünstig auswirkenden Vorbelastung, die dazu führt, dass die haftungsbegründende geringfügige Ursache in keinem Verhältnis mehr zur Grösse des eingetretenen Schadens steht.<sup>1645</sup>

Die Bemessung der Herabsetzung beruhte bisher in zu weit gehendem Ausmass auf der Ausübung gerichtlichen Ermessens im Sinne von Art. 4 ZGB.<sup>1646</sup> Das Bundesgericht sollte im Rahmen seiner Möglichkeiten vermehrt korrigierend eingreifen, um eine rechtsgleiche Beurteilung zu gewährleisten. Die in den letzten Jahren zur Regel gewordenen höheren Reduktionen erscheinen sachgerecht. Aufgrund dessen ist nicht mehr davon auszugehen, dass eine Kürzung bei nachgewiesenem Konstitutionsmangel nur ausnahmsweise vorgenommen werden kann.

**bb) Schadenminderung:** Schadenspositionen, die bei vernunftgemässem Verhalten des Geschädigten hätten vermieden werden können, sind nicht ersatzfähig.

**cc) Berücksichtigung der früheren Abfindungspraxis:** Bei der Berechnung des Schadens ist in Fällen mit unklaren Beschwerden grundsätzlich an die frühere Abfindungspraxis anzuknüpfen. Diese erscheint sachgerechter als «Alles oder nichts»-Lösungen.

**dd) Genugtuung:** Alternativ oder ergänzend ist in Fällen mit einer gewissen Erheblichkeit der Beschwerden und einer sich abzeichnenden Chronifizierungstendenz die Ausrichtung einer Genugtuung in Betracht zu ziehen.

### 14.3.6. Beispiele nicht zurechnungswürdiger Unfallfolgen

Die schwierigen Grenzfälle, insbesondere die früheren Begehrungsneurosen, dürften in der hier vertretenen Haftungskonzeption regelmässig spätestens am Filter des «allgemeinen Lebensrisikos» scheitern. Diese Personen sind nämlich hauptsächlich deshalb krank bzw. die Neurose gründet darin, dass sie Aussicht auf Leistungen Dritter haben.<sup>1647</sup> Dass die Rechtsanwendung solche Begehrungsneurosen gerechtfertigt

<sup>1644</sup> Urteile des Bundesgerichts 4C.75/2004 vom 16. November 2004 E. 4.2; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa; STUDHALTER, Prädisposition, S. 623.

<sup>1645</sup> Urteile des Bundesgerichts 4A\_153/2008 vom 14. Oktober 2008 E. 3.4; 4C.50/2006 vom 26. Juli 2006 E. 3.2; 4C.75/2004 vom 16. November 2004 E. 4.2; 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 E. 2c/aa.

<sup>1646</sup> BGE 123 III 10 E. 4c/aa S. 13; Urteile des Bundesgerichts 4A\_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 6.1; 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.5.

<sup>1647</sup> BGE 96 II 392 E. 2 S. 397.

tigerweise nicht als entschädigungswürdig anerkennen soll, zeigt auch ein Blick über die Grenze nach Deutschland.

In einem Entscheid vom 10. Juli 2012 verneinte der BGH den Zurechnungszusammenhang zwischen unfallbedingten Verletzungen und Folgeschäden aufgrund des Vorliegens einer Begehrungsneurose.<sup>1648</sup> Ausschlaggebend war für den BGH, dass die eingetretenen Beschwerden entscheidend durch eine neurotische Begehrenshaltung geprägt waren. Nach der in Deutschland geläufigen Definition nimmt der Geschädigte in solchen Fällen den Unfall zum Anlass, den Schwierigkeiten und Belastungen des Erwerbslebens auszuweichen.<sup>1649</sup> Der Zustand des Geschädigten muss allerdings in entscheidender Weise von einer besonderen Begehrensvorstellung geprägt sein. In diesem Sinn verneinte der Bundesgerichtshof im konkreten Fall aus dem Jahr 2012 den Zurechnungszusammenhang zwischen dem Unfallereignis und den unfallbedingten Verletzungen, da die Beschwerden erwiesenermassen mit einem Anteil von 90 % entscheidend durch eine neurotische Begehrenshaltung geprägt waren.<sup>1650</sup>

In der Schweiz wurde die Zurechnungsfrage in einem sehr ähnlichen Fall aus dem Jahr 2007 gegenteilig entschieden. Auch in diesem Entscheid ging es um die Beurteilung der Folgen eines Schleudertraumas aufgrund eines nach gutachterlicher Einschätzung bagatellären Auffahrunfalls. Die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung hatte im Moment des Auffahrunfalls 4–6 km/h betragen.<sup>1651</sup> Das Bundesgericht begründete die Bejahung der Kausalität folgendermassen:

«Wohl sind mehrere unfallfremde Faktoren, die im Laufe der Zeit zunehmend an Bedeutung gewannen, mitursächlich für die psychischen Störungen der Klägerin. Sie lassen aber den Unfall nicht derart in den Hintergrund treten, dass er nicht mehr in einem adäquaten Kausalzusammenhang stehen würde [...]. Mitursachen [vermögen] die Adäquanzen kaum je auszuschliessen [...], wenn der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Schaden festgestellt ist.»<sup>1652</sup>

Wie im Sachverhalt zur Begehrungsneurose aus dem Jahr 2012 in Deutschland wurden auch in diesem Fall die aufgetretenen gesundheitlichen Störungen nach gutachterlicher Einschätzung zu 90 % auf unfallfremde Faktoren zurückgeführt.<sup>1653</sup> Im Gegensatz zur deutschen Rechtspraxis wurde jedoch die Kausalität bejaht. Als Be-

---

<sup>1648</sup> BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – VI ZR 127/11, NJW 2012, S. 2964.

<sup>1649</sup> BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – VI ZR 127/11, NJW 2012, S. 2965.

<sup>1650</sup> BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – VI ZR 127/11, NJW 2012, S. 2965.

<sup>1651</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 Sachverhalt A.

<sup>1652</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 4.3; kritisch zu der diesem Urteil zugrundeliegenden Rechtsprechung ROBERTO, Auswirkung, S. 74 ff.

<sup>1653</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.2.

gründung wurde vorgebracht, dass der geringen Intensität des Unfalls als Ursache für die Beeinträchtigung bei der Bemessung des Schadens Rechnung getragen werden könne.<sup>1654</sup> Letztlich bestätigte das Bundesgericht die von der Vorinstanz vorgenommene Kürzung des Schadenersatzes um 2/3. Entsprechend sprach es der Klägerin Schadenersatz von CHF 171'121.60 sowie eine Genugtuung von CHF 10'000 zu, je nebst Zinsbetroffnissen.<sup>1655</sup> Am Fahrzeug der Unfallverursacherin war im Übrigen kein Schaden entstanden, an jenem der Klägerin ein solcher von CHF 461.<sup>1656</sup>

Die diesem schweizerischen Urteil zugrundeliegende Wertung ist Ausdruck einer nicht gerechtfertigten Billigkeitsrechtsprechung. Die hier vertretene Haftungskonzeption dürfte ihren Beitrag dazu leisten, Fälle wie diesen künftig sachgerechter und auch restriktiver zu beurteilen. Die Anwendung der Adäquanzlehre führte aufgrund der an anderer Stelle aufgezeigten Unzulänglichkeiten hingegen dazu, dass die Haftung praktisch nie verneint wurde.<sup>1657</sup>

### 14.3.7. Unterschiedliche Beurteilung im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht?

Die aufgezeigte Zurechnungskonzeption sollte im Grundsatz sowohl im Haftpflicht- als auch im Unfallversicherungsrecht einheitlich gehandhabt werden. Wie bereits an anderer Stelle dargelegt, erscheint es vertretbar, dass die an den Nachweis zu stellenden Anforderungen im Sozialversicherungsrecht aufgrund des unterschiedlichen normativen Umfelds tiefer anzusetzen sind als im Haftpflichtrecht.<sup>1658</sup>

Störend erscheint dabei freilich, dass in beiden Rechtsgebieten trotz unterschiedlicher Bedeutung derselbe Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit verwendet wird. Wie vorne bereits ausgeführt,<sup>1659</sup> sollte der Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit sinnvollerweise nur im Sozialversicherungsrecht (51 % bzw. genau genommen minimal mehr als 50 %) verwendet werden und sollte man folglich im Haftpflichtrecht, wo man mindestens 75 % meint, entsprechend von hoher Wahrscheinlichkeit sprechen und sie nicht alternativ ebenfalls als «überwiegend» (hier allerdings im Sinne von mindestens 75 %) bezeichnen. Der Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bliebe so für die (sprachlogisch zutreffende) Bedeutung reserviert, dass Annahme A (der Unfall ist kausal für die geltend gemachten Beschwerden)

<sup>1654</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 5.4.

<sup>1655</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 E. 7 und 8.

<sup>1656</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.402/2006 vom 27. Februar 2007 Sachverhalt B.

<sup>1657</sup> Vgl. 13.4.

<sup>1658</sup> Vgl. hierzu 12.4.4.

<sup>1659</sup> Vgl. 12.3.2.

wenn auch nur *minimal wahrscheinlicher* ist als die z.B. gegenteilige Annahme B (der Unfall ist *nicht* kausal für die geltend gemachten Beschwerden).

Zusätzlich ist denkbar, bei der Beurteilung des allgemeinen Lebensrisikos dem Charakter der Sozialversicherung durch die Ansetzung eines im Vergleich zum Haftpflichtrecht milderer Massstabs Rechnung zu tragen. Gegebenenfalls ist dieser Prüfungsschritt gänzlich wegzulassen.

Im Unfallversicherungsrecht sollte entsprechend von der nach der Unfallschwere klassifizierenden Praxis Abstand genommen werden. Kategorisierungen sind grundsätzlich heikel und in der Rechtsanwendung unüblich. Die generell-abstrakte Steuerung ist Aufgabe des Gesetzgebers.<sup>1660</sup> Weil schon derzeit an den Beweis der natürlichen Kausalität im Haftpflichtrecht höhere Anforderungen gestellt werden als im Sozialversicherungsrecht (hohe, mindestens 75%ige Wahrscheinlichkeit versus überwiegende, mindestens 51%ige Wahrscheinlichkeit), ist wohl anzunehmen, dass unfallversicherungsrechtlich bei unklaren Beschwerden eher eine Leistung zu gewähren ist als im Haftpflichtrecht. Bei den Sozialversicherungen ist es mit den Worten von KIESER «eher hinzunehmen, dass jemand zu Unrecht entschädigt wird als dass jemand zu Unrecht nicht entschädigt wird.»<sup>1661</sup> Der Schutz der versicherten Person ist im Sozialversicherungsrecht zentral.<sup>1662</sup> Ausgehend von diesen Überlegungen ist hinzunehmen, dass in einem Zweifelsfall der juristische Kausalzusammenhang zwischen Unfall und eingetretenen diffusen Beschwerden im Unfallversicherungsrecht angenommen wird, dagegen im Haftpflichtrecht aufgrund der höheren Beweisanforderungen dieselbe Zurechnung verneint wird. In solchen Fällen erscheint aber auch im Bereich des Unfallversicherungsrechts die Gewährung einer Abfindung gemäss Art. 23 Abs. 1 UVG grundsätzlich sachgerechter als eine unbeschränkte, mithin lebenslange Berentung.

Allgemein betrachtet müssten die Anforderungen für eine Leistungsgewährung im Bereich der Invalidenversicherung am tiefsten sein. Es handelt sich bei dieser um eine finale Versicherung, die Risiken versichert, welche die gesamte Bevölkerung betreffen können. Von den gesetzlichen Anforderungen her sowie auch systemisch betrachtet müsste am ehesten die Invalidenversicherung Personen Hilfe bieten, die nach bagatellären Einwirkungen an langanhaltenden unklaren Beschwerden leiden. Denn bei dieser spielt es keine Rolle, ob und in welchem Ausmass die (tatsächlich bestehenden) Beschwerden auf ein bestimmtes haftbar machendes Ereignis (Unfall) zurückzuführen sind. Dabei ist der Fokus auf Wiedereingliederung sicherlich der

---

<sup>1660</sup> KIESER, Beschwerdebilder, S. 14.

<sup>1661</sup> KIESER, Beschwerdebilder, S. 15.

<sup>1662</sup> KIESER, Beschwerdebilder, S. 15.

richtige. Eine vorschnelle dauerhafte Berentung erscheint in solchen Fällen in der Regel der falsche Weg zu sein. Hierfür sprechen die früheren Erfahrungen der SUVA, wonach nach Entrichtung einer Abfindung der Mehrheit der Betroffenen der Wiedereinstieg in die Arbeitswelt gelang. Dagegen verschwanden die unklaren Beschwerden bei Personen, denen Renten zugesprochen worden waren, offenbar oftmals nicht.<sup>1663</sup> Letztlich sind dies aber medizinische und politische Fragen, die noch weiterer Untersuchungen bedürfen. In jedem Fall aber geht es nicht an, nach Bagatelereignissen dem haftpflichtigen Dritten die grössere Sozialverantwortung aufzuerlegen als dem Sozialversicherungsträger.<sup>1664</sup>

---

<sup>1663</sup> Vgl. MAURER, Unfallversicherung, S. 256; PICCARD, Versicherungsneurose, S. 309.

<sup>1664</sup> BOHNY, S. 34; KRAMER, Kausalitätsproblem, S. 165; ROBERTO, Auswirkungen, S. 76; ROBERTO/REICHLE, S. 11.



---

## 4. Teil: Gesamtfazit

Die Analyse der Entwicklung des Umgangs mit unklaren Beschwerdebildern im schweizerischen Haftpflicht- und sozialen Unfallversicherungsrecht hat gezeigt, dass die Zurechnung zwischen schädigendem Ereignis, eingetretenen unklaren Beschwerden und daraus resultierendem Schaden im Laufe der Zeit uneinheitlich gehandhabt wurde. Immer dann, wenn die höchstrichterliche Praxis die unklaren Beschwerden auf organische Verletzungen zurückführte, fielen die zugesprochenen Leistungen und Schadenersatzzahlungen eher grosszügig aus. Wurden die unklaren Beschwerden, die nach Unfällen auftraten, dagegen als rein psychogen betrachtet, so handhabte die Rechtspraxis die Anspruchs- und Leistungsgewährung in der Regel deutlich restriktiver.

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 langanhaltende Beschwerden Leistungen und Schadenersatzzahlungen zugesprochen zu erhalten. Dagegen scheinen bis heute Vorbehalte gegenüber psychischen Erkrankungen zu bestehen. Diese Problematik betrifft primär das Sozialversicherungsrecht. Denn in zahlreichen Fällen liegen psychische Störungen vor, ohne dass diese auf eine (tatsächliche oder vermeintliche) schädigende Einwirkung eines Dritten zurückgeführt werden können. Der in den letzten Jahren eingeschlagene Weg, der den Fokus auf Wiedereingliederung setzt, scheint der richtige zu sein. Zu Recht weist zudem das Bundesgericht auf den immensen Forschungsbedarf hin, der etwa im Zusammenhang mit somatoformen Störungen besteht.<sup>1665</sup>

Die vom Bundesgericht im Haftpflicht- und Unfallversicherungsrecht angewandte Zurechnungskonzeption, die hauptsächlich auf den adäquaten Kausalzusammenhang abstellt, überzeugt aus verschiedenen Gründen nicht. Der in dieser Dissertation entwickelte Vorschlag adressiert diese Kritikpunkte und scheint damit zielführender. Insbesondere sollte auf Vermutungen wie diejenige zum typischen Beschwerdebild oder Kategorisierungen wie jene nach der Unfallschwere im Unfallversicherungsrecht verzichtet werden.

---

<sup>1665</sup> BGE 141 V 281 E. 5.1.2 S. 306.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Frage der Haftungsbegründung 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. Sofern 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 und 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, und umgekehrt weniger hinzunehmen, dass jemandem zu Unrecht eine Entschädigung verweigert wird.

Unklar bleibt indes, weshalb im Haftpflicht- und Unfallversicherungsrecht nicht an die während Jahrzehnten erfolgreich praktizierte Abfindungspraxis des EVG angeknüpft wird. Historisch betrachtet verschwanden die unklaren gesundheitlichen



Beeinträchtigungen nach Ausrichtung einer Abfindung oder Ablehnung der gestellten Ansprüche offenbar regelmässig wieder. Zumeist gelang es den betroffenen Personen gar, in das Erwerbsleben zurückzufinden. Nach wie vor besteht mit Art. 23 Abs. 1 UVG eine entsprechende normative Grundlage, welche die Ausrichtung einer Abfindung anstelle einer Berentung ermöglichen würde. Auch im Haftpflichtrecht liesse sich eine solche Abfindungspraxis problemlos 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.

Nicht sachgerecht ist jedenfalls, die Sozialverantwortung in grundsätzlicher Weise Dritten aufzuerlegen, die durch eine 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.

In den 1990er-Jahren entbrannte in der Schweiz eine Kontroverse über die sog. «HWS-Distorsion». Im Vordergrund stand die Frage, ob die Ausrichtung von Invalidenrenten und hohen Haftpflichtentschädigungen für dauerhafte Arbeitsunfähigkeit bei organisch nicht nachweisbaren Gesundheitsbeeinträchtigungen grundsätzlich gerechtfertigt sei oder nicht. Ein Blick in die Vergangenheit zeigt, dass die Diskussion keineswegs neu war. Vor allem um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert wurde ähnlich kontrovers über die sog. «traumatische Neurose» diskutiert.

Die vorliegende Dissertation zeigt die rechtshistorische Entwicklung der höchstrichterlichen Zurechnungspraxis bei unklaren Beschwerdebildern im schweizerischen Haftpflicht- und Unfallversicherungsrecht auf. Wesentlich ist dabei die Erkenntnis, dass die Rechtsprechung im Laufe der Zeit zwischen grosszügiger und restriktiver Anspruchsgewährung erheblich schwankte. Der Autor lehnt die rechtsgebietsspezifische Adäquanzbeurteilung, die noch heute massgebend ist, ab und schlägt stattdessen eine neue Zurechnungskonzeption vor, bei der die Prüfung des juristischen (heute natürlichen) Kausalzusammenhangs und ein Anknüpfen an die jahrzehntelang im Unfallversicherungsrecht angewandte Abfindungspraxis im Vordergrund steht.

