

Kausalität

1. Begriff der natürlichen Kausalität (Ursächlichkeit)

Als Kausalität wird die Ursächlichkeit des angerufenen Haftungsgrundes für den geltend gemachten Schaden verstanden. Als natürlichen, logischen, wissenschaftlichen, naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhang bezeichnet man den Zusammenhang zwischen dem Haftungsgrund und dem Schaden. Dieser „natürliche Kausalzusammenhang“ ist stets dann gegeben, wenn die Ursache nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele (conditio-sine-qua-non-Formel);¹ das schadenstiftende Verhalten ist eine Bedingung der Haftung (BGE 128 III 174/177). Der natürliche Kausalzusammenhang wird von den kantonalen Gerichten als Tatfrage abschliessend beurteilt (BGE 128 III 22/25). Der Geschädigte und mit ihm der in dessen Ansprüche subrogierende und regressierende Sozialversicherer haben den natürlichen Kausalzusammenhang nach dem Beweismass der überwiegenden (= hohen) Wahrscheinlichkeit zu erbringen.²

2. Adäquanz (Angemessenheit)

Nicht adäquat kausale Geschehensabläufe sind solche, bei denen zwar der natürliche Kausalzusammenhang zu bejahen ist, aber dieser so entfernt liegt, dass er nicht mehr als angemessen (adäquat) erscheint und deshalb rechtlich keine Berücksichtigung mehr erfahren soll.³ Die Adäquanz ist nicht gegeben, wenn der Erfolg nur durch das Hinzutreten ganz aussergewöhnlicher und ausserhalb des normalen Geschehens liegender Umstände möglich war (bspw. BGE 110 IV 284). Die Funktion der Adäquanz liegt in einer Haftungsbegrenzung als Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff (Urteil des BGer 5C.61/2004 vom 26.04.2005 E. 5.4). Beim adäquaten Kausalzusammenhang handelt es sich um eine vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage (bspw. BGE 116 II 524).

Eine Grenze zwischen der Adäquanz (Angemessenheit) und der Inadäquanz (Unangemessenheit), die der Richter von Fall zu Fall zu prüfen hat, indem er nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) urteilt, lässt sich nur anhand zahlreicher höchstrichterlicher Urteile ziehen (vgl. dazu die Kasuistik bei BK-BREHM, N 144, 144a+b zu Art. 41 OR).

3. Vorzustand (konstitutionelle Prädisposition) und Kausalität

Unter konstitutioneller Prädisposition versteht man die aus dem Zustand des menschlichen Organismus resultierende, besondere Anfälligkeit des Geschädigten für Körperschäden oder seine Neigung zu anormal schweren Reaktionen auf Schädigungen. Da-

¹ Zu dem trotz logischer Stringenz angesichts vielfältiger und in die Unendlichkeit reichender Kausalketten oft bescheidenen Wert dieser Formel im Einzelfall, vgl. u.a. FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 408 mit Verweisen.

² Dieses Beweismass gilt dann 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“, vgl. bspw. Pra 2005, 830 (teilweise publiziert in BGE 131 III 12) und BGE 130 III 321, 325.

³ Bei der Prüfung der Adäquanz ist nicht von einer statistischen Häufigkeit der eingetretenen Folge auszugehen, sondern von den konkreten Umständen des Einzelfalles; vgl. Urteil des BGer 5C.61/2004 vom 26.04.2005. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts „hat ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, 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 des Erfolg also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint“ (BGE 123 III 112 mit Verweisen).

bei sind aber einfache konstitutionelle Schwächen, bspw. ein etwas graziler Knochenbau, mangels einer allgemeinen Eignung, einen Schaden herbeizuführen, nicht relevant; erforderlich sind vielmehr eigentliche Anomalien oder vorbestehende Leiden. Als Beispiele für im Grundsatz haftpflichtrechtlich relevante Prädispositionen können etwa schwere pathologische Veränderungen im Bereich der Wirbelsäule durch die Scheuermann Krankheit oder das Vorliegen von degenerativen Veränderungen und Diskushernien der Halswirbelsäule und eine emotional instabile Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ bei massiv belasteter psychosozialer Anamnese bei ein und derselben versicherten Person genannt werden.⁴

Ein solcher krankhafter⁵ Vorzustand kann sich auf verschiedene Arten auswirken, einmal bei der Schadensberechnung (Art. 42 OR), ein andermal bei der Schadenersatzbemessung (Art. 44 OR). Es geht dabei nicht um eine doppelte Kürzung aus der gleichen ‚causa‘, sondern um eine getrennte Berechnung des Schadens einerseits und der Bemessung des Schadenersatzes andererseits.^{6,7}

3.1 Schadensebene (reduzierter Haftungsanteil)

Wäre der Schaden wegen des Vorzustandes in vollem oder in geringerem Umfang auch ohne den Unfall eingetreten, ist er insoweit keine Folge davon, dem Haftpflichtigen nicht zurechenbar und deshalb von der Schadensberechnung auszunehmen (Urteil des BGer 4A_430/2019 vom 09.12.2019 E. 2.4). Dieses Vorgehen schlägt sich auf der Schadensebene in einem entsprechend reduzierten Kausalanteil nieder. Alleine das Mitwirken eines krankheitsbedingten Vorzustandes des Geschädigten am Schaden reicht indes noch nicht aus, den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Schadenergebnis und der Schadensverschlimmerung zu unterbrechen (Urteil des BGer 2C.2/1999 vom 26.03.2004 E. 4.3; Urteil des BGer 4C.75/2004 vom 16.11.2004 E. 4.2). In diesem Zusammenhang wird auch die Bezeichnung "Prädisposition der Kategorie I" verwendet.⁸

3.2 Schadenersatzebene (reduzierte Haftungsquote)

Wäre der Schaden dagegen ohne den Unfall voraussichtlich überhaupt nicht eingetreten, so bleibt der Haftpflichtige grundsätzlich auch dann voll verantwortlich, wenn der krankhafte Vorzustand den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat ("Prädisposition der Kategorie II").⁹ Dem Anteil der Prädisposition an der Kausalität kann nach Billigkeitsgrundsätzen im Rahmen von Art. 44 OR Rechnung getragen werden; d.h. auf der Schadenersatzebene kann die Haftungsquote eine entsprechende Reduktion erfahren, was den regressierenden Sozialversicherer aufgrund des

⁴ STUDHALTER, 96 f. mit Hinweisen auf Literatur und Praxis.

⁵ Denkbar sind allerdings auch durch frühere Unfälle bedingte Vorzustände, vgl. STUDHALTER, 97.

⁶ Vgl. BGE 113 II 86 ff. = Pra 76 Nr. 142 [di Bello], Pra 2000 Nr. 154, Urteil des BGer 4C.416/1999 vom 22.2.2000 i.S. A.c.B. Zur bundesgerichtlichen Kasuistik vgl. Ziff. 3.3 unten.

⁷ Vgl. als Lehrmeinungen u.a. OFTINGER KARL/STARK EMIL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, AT, Bd. I, 5. Auflage, Zürich 1995, § 3 N 99 f.; GAUCH Peter, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, in: recht 1996, 230, BK-BREHM, Art. 44 OR N 57-59f, KELLER, Bd. I, 90 f.; DERS., Band II, 2. Auflage, Bern 1998, 54 f.; RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Haftpflicht und Sozialversicherung, Freiburg 1998, Rz 810; KRÄUCHI THOMAS, Die konstitutionelle Prädisposition, Diss. Bern, Bern 1998, 190, 193 f.; SCHAEZLE MARC/WEBER STEPHAN, Kapitalisieren, Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, 5. Auflage, Zürich 2001, Rz 3.204; WEBER, Reduktion, 150-156.

⁸ Vgl. STUDHALTER, 98 f.

⁹ Vgl. STUDHALTER, 99.

im schweizerischen Recht zu seinen Lasten konzipierten Quotenvorrechts negativ tangiert (bspw. Urteil des BGer 4C.416/1999 vom 22.02.2000 = Pra 2000 Nr. 154; BGE 131 III 12; Urteil des BGer 4C.402/2006 vom 27.02.2007, kommentiert von HERZOG-ZWITTER IRIS, in: HAVE 4/2007, 357-363).

Aufgrund der höchstrichterlichen Urteile sind die auf der Schadenersatzebene einzubeziehenden Billigkeitsabzüge restriktiv einzugestehen. Dabei ist zu beachten, dass konstitutionelle ‚Minderwertigkeiten‘ (geringe Prädispositionen), die keine generelle Eignung zur Herbeiführung des Schadens besitzen, nicht als Herabsetzungsfaktor gelten sollen – zu denken ist dabei exemplarisch an einen schwachen Knochenbau, eine psychisch erhöhte Vulnerabilität, einen langsameren Heilungsprozess älterer Menschen, eine Neigung zu Neurosen, Bluter- oder Zuckerkrankheiten etc. (vgl. bspw. Urteil des BGer 4C.75/2004 vom 16.11.2004 E. 4.2, Urteil des BGer 4C.416/1999 vom 22.02.2000 = Pra 2000 Nr. 154). Dem Grundsatz nach gehen diese konstitutionellen Prädispositionen zu Lasten des Haftpflichtigen.¹⁰

In der neueren Rechtsprechung ist der Trend zu erkennen, dass eine Reduktion nur noch dann zuzulassen ist, wenn neben der konstitutionellen Prädisposition zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sind, die es unbillig erscheinen lassen, den Haftpflichtigen den ganzen Schaden tragen zu lassen und die ausnahmsweise eine Reduktion des Schadenersatzes rechtfertigen. Als solche werden die Gefahrenexposition, ein Missverhältnis zwischen Ursache und Schaden sowie die Grösse des Verschuldens angegeben.¹¹

3.3 Urteile zu Reduktionen zufolge konstitutioneller Prädisposition

3.3.1 Schadensebene (chronologisch)

Urteil des BGer 2C.2/1999 vom 26.03.2004: Schadenszurechnung 0%

Sachverhalt: Ein psychisch angeschlagener Theologe wird vollständig arbeitsunfähig und macht geltend, daran sei das Verhalten einer Begleitkommission schuld. Gemäss medizinischer Expertise hängt die volle Arbeitsunfähigkeit direkt mit der Arbeit der Kommission zusammen.

Nach Meinung des Bundesgerichtes war der adäquate Kausalzusammenhang nicht gegeben, weil das Verhalten der Kommission nicht geeignet gewesen wäre, die Arbeitsunfähigkeit des Theologen zu bewirken; diese sei nur durch das Mitwirken eines Vorzustandes erklärbar. Eine gesunde Person hätte nicht so reagiert, weshalb davon auszugehen sei, dass der Theologe auch ohne Begleitkommission früher oder später vollständig arbeitsunfähig geworden wäre.

¹⁰ Zur konstitutionellen Prädisposition, vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 2548-2556.

¹¹ WEBER, Reduktion, 151, mit Verweisen; vgl. auch FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 2553 mit Verweis auf Pra 2000, 924. Vgl. zu den zusätzlichen Kriterien für eine ausnahmsweise Berücksichtigung auf der Schadenersatzebene im einzelnen STUDHALTER, Konstitutionelle Prädisposition – Anmerkungen zur einschlägigen haftpflichtrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts seit «Di Bello», in Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich/Basel/Genf 2010, 615 ff., 624 ff.

Urteil des BGer 4C.75/2004 vom 16.11.2004: Schadenszurechnung 50%

Sachverhalt: Als Beifahrer vorne erlitt D. anlässlich eines Autounfalls im Mai 1989 in Ex-Jugoslawien multiple Frakturen, u.a. auch eine Wirbelsäulenstauchung. Er ist Bauarbeiter und Vater dreier Kinder. Nach einem Aufenthalt in Bellikon übernahm er anfangs 1990 leichtere Aushilfsarbeiten zu 50% und wurde nach einigen Monaten erneut zu 100% arbeitsunfähig. Schliesslich wurde er von seinem Arbeitgeber entlassen. Die IV entrichtete eine volle Rente und der Unfallversicherer eine Komplementärrente auf der Basis eines IV-Grades von 60%.

Die Vorinstanz hatte in Berücksichtigung von multiplen unfallfremden Faktoren den Erwerbsausfall um 50% pauschal gekürzt. Das Bundesgericht bestätigte diese Kürzung, hob den Entscheid auf und wies ihn unter Bestätigung seiner Rechtsprechung zur konstitutionellen Prädisposition zurück an die Vorinstanz zwecks Wertung der psychischen Überlagerungen nach dem Unfallereignis. Zusätzlich zu bestimmen war, inwiefern und inwieweit Diskopathie und Scheuermann als Vorzustände zu berücksichtigen wären.

Urteil des BGer 4C.62/2005 vom 01.11.2005: Schadenszurechnung 50%

Sachverhalt: X. verletzte sich bei Arbeiten auf dem Bauernhof des Y. schwer, als er von einer Leiter in eine Baugrube stürzte. X. hatte bereits vor dem Unfall gesundheitliche Probleme und war wegen eines Rückenleidens teilweise arbeitsunfähig.

Vor Bundesgericht rügte X., die Vorinstanz habe ihm die IV-Renten (3/4-Rente bei IV-Grad 62%) in vollem Umfang an den Schaden angerechnet. Er sei jedoch bereits vor dem Unfall aufgrund seines Rückenleidens zu 30% erwerbsunfähig gewesen und die IV-Renten seien daher im Sinne der ereignisbezogenen Kongruenz nur hälftig anzurechnen. Das Bundesgericht hat diese Sichtweise für die bestehende Prädisposition der Kategorie I übernommen und ausgeführt, die IV-Leistungen seien nur insoweit anzurechnen, als sie die unfallbedingte Invalidität abgelten würden.¹²

Urteil des BGer 4C.324/2005 vom 05.01.2006: Schadenszurechnung 65%

Sachverhalt: Ein Landwirt wird von seinem Neffen und dem Freund seiner Nichte zusammengeschlagen. Dabei erleidet er verschiedene Verletzungen.

Die Entschädigung wird auf der Schadensebene um 35% gekürzt. Die vorbestehenden gesundheitlichen Defizite und die körperlich sehr beanspruchende Arbeit des Verletzten, inbegriffen die stärkere Beanspruchung einer Schulter wegen den Schmerzen in der anderen, rechtfertigen diese Reduktion. Nicht als Selbstverschulden angerechnet wurde die Tatsache, dass der Bauer nach dem Unfall trotz eines instabilen Fussgelenks auf eine Leiter gestiegen war und sich dabei nochmals verletzt hatte.

¹² Das Urteil zeigt auch die Auswirkung der Berücksichtigung einer Kürzung auf der Schadensebene auf den Sozialversicherungsregress; im Ergebnis kommt es zu einer linearen Kürzung sowohl des Schadens als auch der anrechenbaren Sozialversicherungsleistungen, siehe dazu STUDHALTER, 101 f. Vgl. auch das Urteil des BGer 4A_481/2009 vom 26.01.2010 nachstehend.

Urteil des BGer 4C.49/2007 vom 28.08.2007: Schadenszurechnung 30%

Sachverhalt: A. unterzieht sich zufolge Kniebeschwerden einem schliesslich fehlerhaften ärztlichen Eingriff.

Die seit dem Eingriff bestehenden Beschwerden werden von der letzten kantonalen Instanz nur zu 30% auf den fehlerhaften Eingriff zurückgeführt. Aufgrund der konstitutionellen Prädisposition wären 60-80% der Beschwerden auch ohne Eingriff zu konstatieren gewesen. Das Bundesgericht schützt den Entscheid der Vorinstanz in Bezug auf die 30%-ige Schadenszurechnung.

Urteil des BGer 4C.481/2009 vom 26.01.2010: Schadenszurechnung 50%

Sachverhalt: Im Februar 1998 stürzte X. beim Skifahren im Wallis in ein Loch neben der Piste, welches von einer demontierten Zeitnehmerkabine für ein tags zuvor durchgeführtes Skirennen stammte. Der Veranstalter hatte weder für die Auffüllung des Lochs noch für eine entsprechende Signalisation gesorgt. X. erlitt beim Unfall erhebliche Rückenverletzungen, musste ihren Beruf als selbständige Wirtin aufgeben und erhielt schliesslich eine Viertelsrente der IV zugesprochen.

Gestützt auf medizinische Gutachten qualifizierte die kantonale Vorinstanz die vorbestehende lumbale Skoliose mit degenerativen Veränderungen als Prädisposition der Kategorie I und kürzte den Schaden um 50%. Allerdings wurden dabei die ganzen IV-Rentenleistungen angerechnet, wogegen sich X. vor Bundesgericht mit Erfolg zur Wehr setzte. Richtigerweise war im Sinne der ereignisbezogenen Kongruenz nur die Hälfte der IV-Rente auf den haftpflichtrechtlichen Erwerbsausfall anzurechnen.

Urteil des BGer 4A_430/2019 vom 09.12.2019: Schadenszurechnung 50%

Sachverhalt: Am 02.02.2005 kollidierte ein Traktor mit dem von der Geschädigten B. gelenkten Personenwagen, worauf die Barbetreiberin B. vorerst zu 100% arbeitsunfähig geschrieben wurde. Gemäss medizinischem Gutachten wurde im Rahmen einer medizinischen Gesamtbeurteilung festgehalten, dass die Geschädigte am 06.07.2007 weiterhin an Kopf- und Nackenschmerzen, thorako-lumbalen sowie lumbal lokalisierten Schmerzen mit als unspezifisch einzuordnender Schmerzausstrahlung in die Beine beidseits bis in den Kniebereich leide. Während die Gutachter die Geschädigte auf ihrem angestammten Gastronomieberuf, der einen mittelschweren körperlichen Einsatz bedinge, als zu 60% arbeitsfähig erachteten, gingen sie von einer 70% Leistungsfähigkeit für Haushaltsarbeiten aus. Im Gutachten wurde schliesslich auf einen Motorradunfall vom 9. Juli 2002 eingegangen (erster Unfall) und geschlossen, der Anteil der beiden Unfälle auf die Einschränkung des Gesundheitszustands der Geschädigten dürfte "aufgrund der anzunehmenden biomechanischen Schwere des ersten Unfalls und unter Berücksichtigung der symptom-intensiven Auswirkungen des zweiten Unfalles bei etwa 50% zu 50% liegen."

Das Bundesgericht führte aus, da sich die vorbestehende Gesundheitsschädigung der B. zufolge des ersten Unfalls unbestrittenermassen auch ohne das schädigende (zweite) Ereignis ausgewirkt hätte (Kategorie I), sei sie bei der Schadensberechnung

gemäss Art. 42 OR und nicht i.S.v. Art. 44 OR bei der Schadensbemessung zu berücksichtigen. Dies führe zwar dazu, dass in vorliegender spezieller Konstellation, in der die Geschädigte zwei Unfälle erlitten habe, die Validenleistung vor dem zweiten, streitgegenständlichen Unfall mit der Invalidenleistung nach dem ersten Unfall zusammenfalle. Das Bundesgericht schützte das Vorgehen der Vorinstanz und lehnte es ab, eine vom Haftpflichtversicherer verlangte zusätzliche Kürzung auf der Schadenersatzebene vorzunehmen, da ansonsten die Prädisposition in unzulässiger Weise doppelt berücksichtigt würde.

3.3.2 Schadenersatzebene (chronologisch)

Urteil des BGer 4C.416/1999 vom 22.02.2000 (Pra 2000 Nr. 154): Keine Reduktion

Sachverhalt: Ein sich mit einer anderen Hundehalterin streitender Hundehalter schlägt diese und wirft sie zu Boden. In ihrer Jugend war die Hundehalterin schweren psychischen Belastungen ausgesetzt gewesen, konnte diese aber erfolgreich bewältigen.

Da sich diese Vulnerabilität ohne den Unfall nicht auf die Erwerbssituation ausgewirkt hätte, hielt die von der Vorinstanz vorgenommene Kürzung um 5%(!) vor Bundesgericht nicht Stand, das ihr 100% des nachgewiesenen Schadens und der Genugtuung zusprach.

Urteil des BGer 4C.215/2001 vom 15.01.2002 (= Pra 2002 Nr. 151): Reduktion um 25%

Sachverhalt: Der Lenker eines Motorrades wird von einem auf die Strasse springenden Hund zu Fall gebracht und erleidet schwere Verletzungen. Die vorbestehende, krankhafte Deformation der Wirbelsäule (Scheuermann) und die vorhandenen Knorpelschädigungen, zufolge deren er unter Rückenschmerzen gelitten hatte, führten zu einer Reduktion des Ersatzanspruches.

Das Bundesgericht schützte den vorinstanzlichen Entscheid auf Reduktion um 25% zufolge scheuermanscher Krankheit.¹³ Auch ein sich später einstellender Bandscheibenvorfall wurde nicht auf den Unfall, sondern kausal auf die Prädisposition zurückgeführt.

Urteil des BGer 4C.222/2004 vom 14.09.2004 (BGE 131 III 12): Reduktion um 20%

Sachverhalt: A. erleidet bei einem Auffahrunfall eine HWS-Distorsion. Der Schadenersatzanspruch von A. wurde wegen vorbestehender (im Urteil des Bundesgerichts nicht näher bezeichneter¹⁴) Leiden, die sich ohne Unfall mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht auf die Gesundheit ausgewirkt hätten, im Rahmen der Schadenersatzbemessung um 20% gekürzt. Dabei wurde vorweg das sehr leichte Verschulden des Unfallverursachers

¹³ A.M. FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 2550, gemäss denen eine Scheuermann-Krankheit oder ähnliche Schädigungen der Wirbelsäule bei Personen, die schwere manuelle Arbeit verrichten, deshalb auf der Schadensebene zu berücksichtigen wäre, weil diese Schädigungen früher oder später ohnehin zu gänzlicher oder teilweise Arbeitsunfähigkeit geführt hätten.

¹⁴ Aus dem Urteil der Vorinstanz ergibt sich, dass es sich um degenerative Veränderungen und Diskushernien an der HWS sowie eine emotional instabile Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ gehandelt hat.

berücksichtigt, dem bloss eine geringfügige Unaufmerksamkeit zur Last gelegt worden war.

Das Bundesgericht erachtet die von der Vorinstanz vorgenommene Kürzung als im Rahmen der Praxis liegend. Weitere, zu Unrecht nicht berücksichtigte Punkte konnten seitens des Bundesgerichtes nicht erkannt werden.

Urteil des BGer 4C.343/2003 vom 13.10.2004: Keine Reduktion

Sachverhalt: Eine Waadtländer Gemeindeangestellte war während 2 Jahren dauern- dem Mobbing ausgesetzt. Sie entwickelte einen posttraumatischen Stresszustand, neu- rovegetative und psychosomatische Störungen sowie einen schweren chronischen De- pressionszustand.

Das Bundesgericht ersah in einem Minderwertigkeitsgefühl gegenüber den Akademi- kerkollegen im Amt keine relevante konstitutionelle Prädisposition; dieses Charakter- merkmal könne nicht zu einem schlimmen, krankheitsverursachenden Teufelskreis ge- führt haben.

Urteil des BGer 4C.402/2006 vom 27.02.2007: Reduktion 66,66%

Sachverhalt: Aufgrund einer Auffahrkollision mit einem PW-Sachschaden von Fr. 461.00(!) und einer gemäss unfallanalytischem Gutachten unfallbedingten Geschwin- digkeitsänderung zwischen 4-6 km/h erleidet eine PW-Lenkerin ein craniozervikales Be- schleunigungstrauma. Die medizinischen Gutachten halten fest, dass die (vor allem psy- chischen) Beschwerden der Geschädigten ohne Unfall (Teilursache) nicht aufgetreten wären, dass aber unfallunabhängige Faktoren wesentlich mitwirken würden; gemäss Gutachter mit einem geschätzten Anteil von 90%.

Die Bejahung der adäquaten Kausalität und Kürzung des Schadenersatzes durch die Vorinstanz um 66,66% – die erste Instanz hatte noch eine Reduktion um 33,33% vor- gesehen – wird seitens des höchsten Gerichtes deshalb gebilligt, weil dadurch – mit Verweis auf BGE 123 III 110, E. 3c, S. 115) –der geringen Intensität der Unfallursache im Rahmen der Ersatzbemessung adäquat Rechnung getragen werden könne.¹⁵

Urteil des BGer 4A_307/2008 und 4A_311/2008 vom 27.11.2008: Reduktion 50%

Sachverhalt: Die 54-jährige A. erleidet als Beifahrerin des vorderen Autos im Jahre 1992 anlässlich eines bagatellären Ereignisses eine HWS-Distorsion. Sie hatte zuvor bereits zwei Auffahrunfälle und eine seitliche Kollision erlitten (3 HWS-Distorsionen) und war zudem zehn Jahre vor dem fraglichen Ereignis als Fussgängerin von einem PW ange- fahren worden und hatte seither eine volle Rente der IV bezogen. Die Befunde des ge- richtlich angeordneten, polydisziplinären Gutachtens ergaben Depressionen, Phobien,

¹⁵ Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichtes soll es dabei weniger um die Berücksichtigung einer konstitutionellen Prädis- position als vielmehr um die Berücksichtigung eines sog. "intensitätsarmen Kausalzusammenhanges" gegangen sein, vgl. zu dieser Rechtsfigur STUHALTER, 110 ff.

und ein posttraumatisches Stresssyndrom. Der Unfall aus dem Jahre 1992 hatte die vorbestehenden Depressionen aggravieren lassen.

Die Bejahung der Adäquanz zwischen dem Unfallereignis 1992 und den psychischen Beschwerden unter Kürzung des Schadenersatzes nach Art. 44 OR zufolge Vorzustandes um 50% wurde seitens des Bundesgerichtes geschützt. Obschon die Chronifizierung des posttraumatischen Stresssyndroms auf den Vorzustand zurückzuführen sei, müsse die Auslösung desselben dem Unfall 1992 zugeschrieben werden.

Urteil des BGer 4A_45/2009 vom 25.03.2009: Reduktion um 20%

Sachverhalt: Y erleidet unverschuldet einen Motorradunfall, weil ein LKW ihm den Weg abschneidet. Während sich die somatischen Beschwerden einstellen, persistieren die zu einer vollen Arbeitsunfähigkeit führenden psychischen Komponenten (Angstzustände und Depressionen).

Das Bundesgericht bestätigt sowohl die durch die Vorinstanz bejahte natürliche und adäquate Kausalität zwischen dem Unfallereignis und den psychischen Dauerbeschwerden. Im Gegensatz zum Unfallversicherungsrecht falle die Schwere oder Leichtigkeit des Unfallereignisses im Haftpflichtrecht bei der Adäquanzbeurteilung ausser Betracht. Im vorliegenden Falle könne nicht von einem leichten Ereignis die Rede sein und weil selbst singuläre Folgen adäquat sein könnten (u.a. Urteil des BGer 5C.88/2004 vom 26.10.2004 = Pra 2005, Nr.121), habe die Vorinstanz bei der Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen Unfall und den dauernden psychischen Beschwerden kein Bundesrecht verletzt. Auch die zufolge konstitutioneller Prädisposition vorgenommene Kürzung um 20% verletze kein Bundesrecht und sei damit rechters.

Urteil des BGer 4A_392/2012 und 4A_332/2012 vom 04.12.2012: Reduktion um 50%

Sachverhalt: X. unterzog sich im Genfer Universitätsspital aufgrund eines Krebsverdachts einer Biopsie. Chirurg A. nahm die Biopsie irrtümlicherweise an der neunten Rippe links vor, während sich der Krebsverdacht auf die zehnte Rippe links bezog. Einige Tage später musste daher eine erneute Biopsie an der richtigen Stelle vorgenommen werden. X. litt seit der ersten, fehlerhaften Biopsie an bleibenden Schmerzen und schwerwiegenden Funktionseinschränkungen am linken Arm. Gegen das Urteil der oberen kantonalen Instanz, welche X. Schadenersatz zugesprochen, jedoch eine Reduktion von 50% vorgenommen hatte, gelangten beide Parteien ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht ging vom Vorliegen eines krankhaften Vorzustandes (Prädisposition der Kategorie II) aus (wobei aus dem Urteil selbst nicht ersichtlich wird, worin diese genau bestanden haben soll) und führte aus, der in Frage stehende Irrtum des Chirurgen hätte normalerweise lediglich zur Konsequenz, dass eine weitere Intervention notwendig würde. Dass dieser Irrtum jedoch den Verlust der Funktion eines Armes mit sich bringe, sei ein eher ausserordentlicher Verlauf und erkläre sich aus einer Gesamtheit ungünstiger Umstände. Es bestehe demnach ein gewisses Missverhältnis zwischen der Schwere des Fehlers und dessen Konsequenzen für den Patienten. Ob dafür eine Reduktion von 50% vorzunehmen sei, sei eine Frage der Würdigung, die

man diskutieren könne. Jedenfalls sei das vorinstanzliche Urteil in diesem Punkt nicht geradezu willkürlich.

Urteil des BGer 4A_275/2013 vom 30.10.2013: Reduktion um 20%

Sachverhalt: Z. erlitt am 28. April 1998 einen Auffahrunfall und wurde in der Folge arbeitsunfähig geschrieben. Sie war zu diesem Zeitpunkt als Primarlehrerin zu einem Pensum von 80% beschäftigt, hatte indessen bereits vor dem Unfall die Stelle gekündigt, um an einer anderen Schule ein 50%-Pensum anzutreten und daneben ein Psychologiestudium zu absolvieren. Die IV sprach Z. berufliche Massnahmen inkl. Taggelder zu und schulte sie während vier Jahren erfolgreich und rentenausschliessend zur Psychologin um.

Im Regressprozess der IV gegen die X. Versicherung AG als Haftpflichtversicherer der für den Unfall verantwortlichen Lenkerin sprach das Handelsgericht Zürich der IV einen Betrag von CHF 194'560 nebst Zins zu. Die X. Versicherung AG führte dagegen Beschwerde ans Bundesgericht und machte unter anderem geltend, die vom Handelsgericht nach Art. 44 OR vorgenommene Kürzung von 20% wegen konstitutioneller Prädisposition (vorbestehende psychosomatische Probleme) sei zu gering ausgefallen (Kategorie II). Das Bundesgericht führte aus, nach den Feststellungen der Vorinstanz könne nicht gesagt werden, die vorbestehende Gesundheitsschädigung hätte sich auch ohne Unfallgeschehen zu einem späteren Zeitpunkt unzweifelhaft ohnehin ausgewirkt. Die blossе Behauptung, das Verschulden der Schädigerin sei nicht übermässig, reiche nicht aus, um zu begründen, inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen missbraucht habe. Da es ungewiss sei, ob sich die Vorbelastung ohne Unfall auf die geplante Umorientierung beziehungsweise im neuen Beruf überhaupt ausgewirkt habe, habe die Vorinstanz mit der Kürzung von 20% ihr Ermessen nicht überschritten.

Urteil des BGer 4A_115/2014 vom 20.11.2014: Reduktion um 20%

Sachverhalt: Ende Juli 1989 kollidierte B. als Lenker des Lieferwagens seines Arbeitgebers auf einer Kreuzung mit einem Motorradfahrer, der dabei mit seinem Motorrad in ein Kornfeld geschleudert wurde, das wegen des auslaufenden Benzins Feuer fing. Der Motorradfahrer erlitt so schwere Verletzungen, dass er daran starb. B. selbst erlitt beim Unfall nur geringfügige Verletzungen und nahm seine Arbeitstätigkeit bald wieder auf. In der Folge entwickelte er jedoch psychisch derart schwere Störungen, dass er ungefähr ein Jahr nach dem Unfall seine Stelle verlor und invalid wurde. Nach Auffassung des B. war seine Invalidität auf den Verkehrsunfall und das anschliessend gegen ihn geführte Strafverfahren (in dem er schliesslich freigesprochen worden war) zurückzuführen.

Das Bundesgericht bejahte den natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang und führte dazu aus, es entspreche zwar dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass man ein Strafverfahren verarbeiten könne, doch treffe dies auf B. nicht zu. Aufgrund seiner prämorbidен Persönlichkeitsstörung habe er die durch den Unfall bedingte Strafuntersuchung und die mit dem Strafprozess verbundene persönliche Kränkung nicht richtig verarbeiten können. Das Bundesgericht ging – entgegen der Auffassung

des Haftpflichtversicherers – von einer Prädisposition der Kategorie II aus und bestätigte die von der Vorinstanz vorgenommene Reduktion des Schadenersatzes um 20%. Dazu führte das Bundesgericht aus, das im psychiatrischen Gutachten geschätzte Gewicht der Unfallursache (30%) könne nicht direkt für die Reduktion nach Art. 44 OR relevant sein. Ausserdem sei zu berücksichtigen, dass die weiteren, zur konstitutionellen Prädisposition des B. hinzutretenden Umstände, die zu einer Verschlimmerung des Schadens beigetragen hätten, ihrerseits auf die durch den Unfall ausgelöste Dynamik zurückzuführen und daher zu relativieren seien. Vor allem aber falle ins Gewicht, dass B. am Unfall überhaupt kein Verschulden treffe, während der Motorradfahrer das alleinige und grobe Verschulden am (als schwer einzustufenden) Unfall treffe. Dies lasse die von der Vorinstanz vorgenommene Reduktion um lediglich 20% als vertretbar erscheinen.

Urteil des BGer 4A_695/2016 vom 22.06.2017: Reduktion um 50%

Sachverhalt: Am 28. Juli 2003 erlitt X. einen Auffahrunfall, als er mit seinem Fahrzeug vor einem Rotlicht stillstand und eine alkoholisierte (2, 81 Promille) und unter Medikamenteneinfluss stehende nachfolgende Autolenkerin nicht rechtzeitig bremsen konnte und auf das Fahrzeug des X. auffuhr. X. erlitt eine HWS-Distorsion und in der Folge stellten sich bei ihm eine dauerhafte Persönlichkeitsveränderung und eine schwere Depression ein. Er konnte seine beruflichen Tätigkeiten nach dem Unfall nicht mehr aufnehmen.

Gegen das Urteil des oberen kantonalen Gerichts im Haftpflichtprozess gegen den Haftpflichtversicherer Z., welches eine Kürzung des Schadenersatzes von 50% vorgenommen hatte, erhob X. Beschwerde ans Bundesgericht. Dieses erwog, das kantonale Gericht habe in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, dass die psychischen Beschwerden des X. sich ohne das schädigende Ereignis nicht entwickelt hätten. Damit sei es ausgeschlossen, aufgrund eines Vorzustandes eine Kürzung im Rahmen der Schadensberechnung nach Art. 42 OR vorzunehmen. Ausserdem habe die Vorinstanz festgehalten, dass keine konkurrierende Ursache eine Rolle gespielt habe und kein vorbestehendes Element (Verletzlichkeit, Persönlichkeitsstörungen, besonderes Ereignis aus der persönlichen Geschichte des Verletzten, vorbestehender ungewöhnlicher Angstzustand) festgestellt worden sei. Somit könne keine Schadenersatzkürzung unter dem Aspekt des Art. 44 OR, welcher Faktoren aus dem Risikobereich des Opfers umfasse) vorgenommen werden. Im Hinblick auf die relevanten Umstände aus der Sphäre des Haftpflichtigen (Art. 43 OR) müsse das Unfallereignis als leicht qualifiziert werden und es könne eine Kürzung des Schadenersatzes vorgenommen werden. Das schwere Verschulden der Unfallverursacherin – das von der Vorinstanz nicht explizit berücksichtigt worden sei – schliesse eine Kürzung nicht gänzlich aus. Im Hinblick auf die schwache Intensität des Unfalles könne der Vorinstanz hinsichtlich der Kürzung von 50% keine Willkür vorgeworfen werden.¹⁶

Urteil des BGer 4A_138/2018 vom 10.09.2018: keine Reduktion

¹⁶ Vgl. zu diesem – der Kategorie "intensitätsarmer Kausalzusammenhang zuzuordnenden – Urteil auch STUDHALTER, 116 f.

Sachverhalt: Zur Diskussion stand ein Verkehrsunfall im Jahr 1990, bei dem ein damals unter 10 Jahre alter Knabe als Fussgänger beim Überqueren einer Quartierstrasse von einem PKW angefahren wurde. Der Knabe erlitt dabei ein Schädel-Hirn-Trauma, einen linksseitigen Schädelbruch, eine Orbitafraktur links sowie einen Bruch des linken Oberschenkels.

Der Haftpflichtversicherer machte vor Bundesgericht geltend, aufgrund der zerbrechlichen Persönlichkeit (von psychotischer Art) des Geschädigten (Prädisposition Kat. II) müsse der Schadenersatz in Anwendung von Art. 44 OR um 50% gekürzt werden. Das Bundesgericht hielt eine Kürzung nicht für gerechtfertigt, da es an den dafür erforderlichen Zusatzkriterien fehle. Insbesondere hat es das geltend gemachte Missverhältnis zwischen Ursache und Wirkung mit dem Argument verworfen, eine Kollision zwischen einem Auto und einem Fussgänger (zumal einem Kind unter 10 Jahren) bilde aus objektiver Sicht eine Ursache von einer bestimmten Schwere und sei weit von einer Bagatelle entfernt.

4. Begriff der adäquaten Kausalität im Sozialversicherungsrecht (UVG) und im Haftpflichtrecht

Der Begriff der adäquaten Kausalität ist im Haftpflicht- und im Sozialversicherungsrecht derselbe. Doch kann die Beurteilung als wertende Zuordnung, die „unter Berücksichtigung des anwendbaren Normenkomplexes zu erfolgen hat,“¹⁷ zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Im Bereich von Schleudertraumen und Neurosen treten Fälle auf, die im Sozialversicherungsrecht nach UVG als nicht adäquat kausal gewertet werden (Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes in Luzern), die man jedoch haftpflichtrechtlich als adäquat kausal einstuft (Zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes in Lausanne).¹⁸ Dies ist so, weil das soziale Unfallversicherungsrecht und das zivile Haftpflichtrecht unterschiedliche Regelungsinhalte aufweisen und darum derselbe Begriff haftpflichtrechtlich weiter ausgelegt wird.

Man beabsichtigt damit im Unfallversicherungsrecht, wo unfallfremde Mitursachen einen stärkeren Einbezug finden, Begehrungstendenzen entgegenzuwirken. Im auf Schadenausgleich ausgerichteten Haftpflichtrecht demgegenüber spielt diese Betrachtungsweise eine eher untergeordnete Rolle.¹⁹ Mitursachen können dort – entgegen dem diesbezüglich weniger geschmeidigen UVG²⁰ – im Rahmen der Schadenersatzbemessung über Billigkeitsabzüge (Art. 43 f. OR) einbezogen werden.²¹

Einer geringen Intensität des Kausalzusammenhanges kann zwecks ausgewogener Lösungsfindung nach Auffassung des Bundesgerichtes im Rahmen der Ersatzbemessung Rechnung getragen werden, indem auf diese Weise in einem Grenzfall zugunsten des Geschädigten die Adäquanz bejaht, der Schadenersatz aber herabgesetzt wird.²²

¹⁷ BGE 123 III 113.

¹⁸ BGE 123 III 110 ff.

¹⁹ So wurde seitens des Bundesgerichtes ein Entscheid als rechtsfehlerhaft qualifiziert, in dem ein kantonales Obergericht den adäquaten Kausalzusammenhang nach durchgemachtem kraniozervikalem Beschleunigungstrauma ausgehend von der Schwere des Unfallereignisses anhand von sozialversicherungsrechtlichen Kriterien beurteilt hatte (BGE 6B_139/2012 vom 22. Juni 2012).

²⁰ Seit Einführung des UVG besteht nurmehr ein stark eingeschränktes Kürzungskorrektiv in Art. 36 UVG.

²¹ BGE 123 III 113 ff., bestätigt durch BGE 123 V 98 ff. und 127 V 102 f.

²² BGE 123 III 110, 115; vgl. auch Urteil des BGer 4C.402/2006 vom 27.02.2007; BGE 61 II 85; 60 II 416, 420 f.; 57 II 36, 46 f.; zustimmend FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 2402, die darin ein zu einer ausgewogenen Lösungssuche führendes Korrektiv zur Tendenz sehen, den Begriff des adäquaten Kausalzusammenhanges immer weiter auszudehnen.

4.1 Praxen des EVG zur adäquaten Kausalität im Bereich des UVG

- a. Der natürliche Kausalitätszusammenhang ist mit medizinisch-praktischer Sicherheit erstellt: Können die Beeinträchtigungen und Beschwerden organisch lokalisiert werden, schränkt die Adäquanz den natürlichen Kausalzusammenhang –wie im Zivilrecht –nicht ein.
- b. Der natürliche Kausalzusammenhang reicht bei psychogenen Gesundheitsstörungen zur Annahme der Adäquanz und zur Bejahung der Leistungspflicht bei weitem nicht aus: Die rein rechtliche Frage der Adäquanz beurteilt sich nach dem gesamthaft oder teilweisen Vorliegen der folgenden sieben Kriterien (**Psychopraxis**, BGE 115 V 133 ff.):
- Besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalls;
 - die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen, insbesondere ihre erfahrungsgemässe Eignung, psychische Fehlentwicklungen auszulösen;
 - ungewöhnlich lange Dauer der ärztlichen Behandlung;
 - körperliche Dauerschmerzen;
 - ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert;
 - schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen;
 - Grad und Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit (BGE 115 V 133 ff.).
- c. Der natürliche Kausalzusammenhang wird bei einer milden Schädel-Hirnverletzung oder einer Distorsionsverletzung der Halswirbelsäule bejaht, aber die psychische Problematik steht im Vordergrund: Die Adäquanz beurteilt sich gemäss der Rechtsprechung betreffend psychogene Entwicklungen (vgl. lit. b hievor).
- d. Die direkte medizinische Beweisführung auf der organisch-somatischen Ebene ist nicht möglich (kein organischer Befund, dem die Beschwerden zugeordnet werden können); aus medizinischer Sicht wird die Kausalität nur durch Herstellung eines Indizienzusammenhanges bejaht: Die Adäquanz beurteilt sich gemäss der Rechtsprechung betreffend psychogene Entwicklungen analog (**Schleudertrauma-Praxis**, BGE 117 V 365 ff.; vgl. lit. b hievor), mit zwei inhaltlich logischen Unterschieden (**fett** markiert).
- Besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalls;
 - die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen (**ohne Prüfung der erfahrungsgemässen Eignung, psychische Fehlentwicklungen auszulösen**);
 - ungewöhnlich lange Dauer der ärztlichen Behandlung;
 - körperliche Dauerschmerzen;
 - ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert;
 - schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen;
 - Grad und Dauer der Arbeitsunfähigkeit (**nicht auf die physische Komponente nach BGE 115 V 133 ff. limitiert**).

4.2 Präzisierung der Schleudertrauma-Rechtsprechung seit Februar 2008

Das Bundesgericht hielt in seiner Entscheid **BGE 134 V 109**²³ im Wesentlichen an seiner Schleudertraumapraxis fest und ging weiterhin von der Annahme aus, dass eine bei einem Unfall erlittene Verletzung im Bereich der HWS oder des Kopfes auch ohne organisch nachweisbare (objektivierbare) Funktionsausfälle zu länger dauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen könne. Gesicherte neue medizinische Erkenntnisse, welche diese Annahme ernsthaft in Fragen stellen könnten, würden nicht vorliegen (E. 7.1). An der unterschiedlichen Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs im Unfallversicherungsrecht und im privaten Haftpflichtrecht wurde festgehalten (E. 8.1, vgl. dazu auch Ziff. 4 vorn).

Die Einführung einer Harmlosigkeitsgrenze betreffend die Geschwindigkeitsänderung (Delta-v) wurde abgelehnt (E. 8.3). Nach Meinung des Bundesgerichtes sei bezüglich **Nachweises der natürlichen Kausalität** der erstbehandelnde Arzt gehalten, die betroffene Person möglichst sorgfältig abzuklären. Deren Aussagen zum Unfallhergang seien kritisch zu prüfen. Komme – so das Bundesgericht weiter – nur eine Verdachts- oder Differentialdiagnose in Frage, sei dies zum Ausdruck zu bringen (E. 9.2). Bestünden Beschwerden länger, sei zügig eine interdisziplinäre Abklärung und Beurteilung durch Fachärzte angezeigt (E. 9.3). Neben der Definition der Anforderungen an ein poly-/interdisziplinäres Gutachten (E. 9.5) wurden die grundsätzlich beibehaltenen Kriterien zur **Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs** wie folgt modifiziert (Modifikationen **fett**):

- besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalls;
- die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen;
- **fortgesetzt spezifische, belastende ärztliche Behandlung;**
- **erhebliche Beschwerden;**
- ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert;
- schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen;
- **erhebliche Arbeitsunfähigkeit trotz ausgewiesener Anstrengungen** (E. 10.3).

Das Bundesgericht hat sich in **BGE 134 V 109** nicht explizit zur Problematik geäußert, ob die geänderte Praxis zu den Kriterien der medizinischen Untersuchungen im Hinblick auf die Feststellung des natürlichen Kausalzusammenhangs auch für Fälle Geltung hat, die sich zeitlich vor der geänderten Praxis –ergo vor dem Jahre 2008 – ereignet hatten.²⁴ In seinem **Urteil des BGer 8C_987/2008 E. 3** vom 31.03.2009 beantwortete es diese Frage immerhin dahingehend, dass eine solche Abklärung in einem Unfall, der sich Jahre vor Bekanntwerden der Rechtsprechung ereignet habe, nicht nachgeholt werden könne und dies deshalb nicht dem Opfer angelastet werden dürfe.

Auswirkungen aufs Zivilrecht?

Der Begriff der **Adäquanz** in der sozialen Unfallversicherung wurde dadurch nochmals eingeeengt, was für das Zivilrecht aber weiterhin nicht massgebend ist, hat das Bundesgericht doch im Urteil des BGer 4A_171/2012 vom 25.06.2012 erneut bestätigt, dass

²³ Urteil des BGer U 394/2006 vom 19.02.2008.

²⁴ Da es sich beim Sachverhalt, der BGE 134 V 109 zugrunde lag, um einen Unfall aus dem Jahre 2000 handelte, wurde die Frage zumindest fallbezogen implizit in bejahendem Sinne beantwortet.

die Adäquanz im Haftpflichtrecht weiterhin nach der allgemeinen Formel geprüft und die weite Zurechnung beibehalten wird.²⁵ Dies müsste nach der hier vertretenen Ansicht (vgl. dazu begründet unten Ziff. 4.3 ‚in fine‘) auch im Rahmen der ‚Schmerzrechtsprechung‘ weiterhin seine Gültigkeit behalten.²⁶

Indessen zeitigte BGE 134 V 109 bezüglich der **natürlichen Kausalität** bereits Auswirkungen auf die zivilrechtliche Rechtsprechung, entschied das Bundesgericht doch im Urteil des BGer 4A_494/2009 vom 17.11.2009 E. 2.2 (Fall ‚Bono‘), dass die Grundsätze bezüglich der Tatfrage der natürlichen Kausalität des Sozialversicherungsrechts auch im Haftpflichtrecht angewendet werden können, zumal – anders als bei der Rechtsfrage der Adäquanz – Gründe für eine unterschiedliche Handhabung nicht ersichtlich seien. Somit kann es sein – muss aber nicht²⁷ –, dass eine zivilrechtliche Instanz in ihrer Beurteilung der Kausalität bei länger dauernden Beschwerden ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle (unter Bezugnahme auf BGE 134 V 109 E. 9.4 und 9.5) neben der möglichst genauen und verifizierbaren Dokumentation des Unfallhergangs eine erste ärztliche Abklärung und darüber hinaus eine eingehende medizinische inter- und polydisziplinäre Abklärung durch Gutachter verlangt.

4.3 ‚Schmerzrechtsprechung‘; Überwindbarkeit bei somatoformen Schmerzstörungen, Fibromyalgien et altera (2004 - 2015)

a. Somatoforme Schmerzstörung (Grundsatzentscheid)

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist seit **BGE 130 V 352**²⁸ für den Bereich der Invalidenversicherung davon ausgegangen, dass eine somatoforme Schmerzstörung als solche in der Regel keine andauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu bewirken vermag und dass eine Vermutung besteht, wonach sie – die somatoforme Schmerzstörung – mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sei (Schmerz ≠ Rente).²⁹ Die Übertragung der Überwindbarkeitspraxis auf den Anspruch auf Übernahme der Heilbehandlungskosten und den Taggeldanspruch des UVG-Versicherers wurde in **BGE 137 V 199** seitens des Bundesgerichtes verneint.

An die anzunehmende Unzumutbarkeit einer willentlichen Schmerzüberwindung – und damit an eine zu einer Rente berechtigenden Erwerbsunfähigkeit – werden alternativ die folgenden Voraussetzungen geknüpft:³⁰

²⁵ Vgl. dazu den Kommentar von BERGER MAX B., Kausalität – die Kirche bleibt im Dorf, in HAVE 4/2012, 404 f.

²⁶ In einem am 7. Januar 2013 ergangenen Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern [Aktenzeichen 1B 12 47, E. 5] hat die zweite kantonale Instanz für die Beurteilung eines Haftpflichtanspruches entschieden, dass die im Jahr 2008 verschärfte Rechtsprechung des höchsten Sozialgerichtes nicht auf Jahre zurückliegende Sachverhalte in zivilrechtlichen Belangen angewendet werden kann. Eine zeitliche Rückwirkung verbiete sich, weil andernfalls das Gebot der Gerechtigkeit verletzt wäre, weil eine Rückwirkung latent jeden Anspruch von vornherein verhindern würde, weil die medizinischen Erkenntnisse und die damit verbundenen Anforderungen an einen Beweis dauernd der Änderung unterworfen sind und im Falle einer Verschärfung zulasten des Unfallopfers der eingetretene Zeitablauf den Nachweis der Beschwerden verunmöglichen würde.

²⁷ Vgl. dazu exemplarisch den in der vorangehenden Fn angesprochenen Entscheid des Obergerichtes des Kantons Luzern [Aktenzeichen 1B 12 47, E. 5].

²⁸ Urteil des BGer I 683/03 vom 12.03.2004).

²⁹ Die Überwindbarkeitsrechtsprechung wird (nach einer von Dr. med. Jörg Jeger geprägten Terminologie) auch ‚Päusbonog‘-Rechtsprechung [patogenetisch-ätiologisch-unklare-syndromale-Beschwerden-ohne-Nachweis-organischer-Grundlagen] genannt.

³⁰ Dass die Komplexität und Technizität dieser ‚Päusbonog‘-Rechtsprechung, die im differenzierten Prüfschema zum Ausdruck gelangt, ein nachgeordnetes Phänomen darstellt – nämlich das Produkt des Versuchs der Verschleierung des Umstandes, für Päusbonog-Beschwerdebilder keine IV-Leistungen mehr zusprechen zu wollen –, wird von HUBER, Sozialversicherungsrechtstagung 2012, 297 ff., insbesondere 302 ff. schlüssig aufgezeigt.

- a. Vorliegen einer mitwirkenden, psychisch ausgewiesenen **Komorbidität** von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer oder
- b. **Andere qualifizierte**, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllte **Kriterien** (sog. Foerster'sche Kriterien oder Morbiditätskriterien). Als solche kommen in Frage:
 - 1) Chronische körperliche Begleiterkrankungen + mehrjähriger Krankheitsverlauf;
 - 2) Ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens;
 - 3) Verfestigter innerseelischer Verlauf einer missglückten, psychisch entlastenden Konfliktbewältigung;
 - 4) Unbefriedigende Behandlungsergebnisse trotz konsequenter Behandlungsbemühungen.

b. Übertragung auf Fibromyalgie, HWS-Distorsionen et altera

Diese von der Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung entwickelten Grundsätze wurden in der Folge in Analogie auch auf die Fibromyalgie anwendbar erklärt (**BGE 132 V 70 ff. = Pra 2007 Nr. 38, S. 232 ff.**). In **BGE 136 V 279** dann hat das Bundesgericht den Kreis erweitert und die Rechtsprechung zu den somatoformen Schmerzstörungen, deren Diagnose normalerweise keine lang andauernde Arbeitsunfähigkeit bewirken würde, in einem invalidenrechtlichen Verfahren sinngemäss auch auf HWS-Verletzungen ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle anwendbar erklärt. In **BGE 137 V 64** schliesslich wurde ihr auch die Hypersomnie unterstellt.³¹

c. Übertragung der Überwindbarkeitsrechtsprechung ins Haftpflichtrecht?

Während ein Teil der Lehre diese Rechtsprechung nur allzu gerne ins Haftpflichtrecht übertragen wissen möchte,³² argumentiert ein anderer Teil der Lehre³³ mit den nachfolgend wiedergegebenen, überzeugenderen Argumenten gegen dieses Postulat:

- a. Die **im Sozialversicherungsrecht oft schematischen Ansätze** dürfen aufgrund der je unterschiedlichen rechtspolitischen Zwecke nicht ‚tel quel‘ ins Haftpflichtrecht übertragen werden, wo individuelle Gesichtspunkte auf Seiten des Geschädigten und des Schädigers von ausschlaggebender Bedeutung sind.

³¹ Fibromyalgie BGE 132 V 165; dissoziative Sensibilitäts- und Empfindungsstörung SVR 2007 IV Nr. 45 S. 149, Urteil des BGER I 9/07 vom 09.02.2007 E. 4; chronisches Müdigkeitssyndrom (CFS), Neurasthenie SVR 2011 IV Nr. 26 S. 73, Urteil des BGER 9C_662/2009 vom 17.08.2010 E. 2.3, SVR 2011 IV Nr. 17 S. 44, Urteil des BGER 9C_98/2010 vom 28.04.2010 E. 2.2.2, Urteil des BGER I_70/07 vom 14.04.2008 E. 5; Schleudertrauma BGE 136 V 279; nichtorganische Hypersomnie BGE 137 V 64.

³² So SCHATZMANN BRUNO, Anwendbarkeit der Überwindbarkeitsrechtsprechung im Haftpflichtrecht, in: HAVE 1/2012, 12-23, und GERMANN THOMAS, BGE 136 V 279: Die Abschaffung einer rechtlichen Privilegierung und ihre Folgen für das soziale Unfallversicherungs- und das Haftpflichtrecht, in SZS 55/2011, 1-40, und auch ROBERTO VITO, Haftpflichtrechtliche Auswirkungen von BGE 136 V 279, in: HAVE 2011, 73 ff.

³³ HUBER, Sozialversicherungsrechtstagung 2012, 297-317; PRIBNOW VOLKER, Schmerzpraxis: Wenn schon nicht richtig, dann überall?, Eine Entgegnung zu HAVE 2012, 12 ff., in: HAVE 2/2012, 232 ff.; SENN JÜRIG, Moral Hazard der Überwindbarkeitsrechtsprechung, in: HAVE 2/2012, 234-239 und SANER KASPAR/GERING KASPAR, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung – ein Irrläufer im Haftpflichtrecht, in: AJP 6/2012, 815-820.

- b. Während **im Sozialversicherungsrecht nach objektiven Gesichtspunkten** bestimmt wird, was von einer versicherten Person mit einem Gesundheitsschaden auf dem ihr nach ihren Fähigkeiten offenstehenden ‚ausgeglichenen‘ Arbeitsmarkt bezüglich Erwerbstätigkeit **zumutbarerweise gefordert werden kann**, ermittelt das Bundesgericht im Bereich des Haftpflichtrechts die zumutbaren Anstrengungen in Würdigung sämtlicher Umstände.
- c. Während die Fragen der **Schadenminderung im Haftpflichtrecht auf die individuellen Merkmale einer geschädigten Person** abstellen und die Erfüllung der Pflicht zur Schadenminderung nicht vom tatsächlichen Erfolg abhängig gemacht werden kann – die geschädigte Person hat einzig das Ergreifen der ihr zumutbaren Massnahmen aufzuzeigen – ist im Bereich der **sozialversicherungsrechtlichen Überwindbarkeitsrechtsprechung der Nachweis eines persönlich zumutbaren Efforts** (auf dem ‚ausgeglichenen‘ Arbeitsmarkt) grundsätzlich ohne Belang.³⁴
- d. Während im Haftpflichtrecht mit dem adäquaten Kausalzusammenhang ein Instrumentarium besteht, mit dem die Ersatzquote stufenlos angepasst werden kann, ist dies in der **sozialen Unfallversicherung mit ihrem ‚Alles-oder-nichts-System‘** nicht möglich (vgl. dazu Ziff. 4 vorn). Im System der finalen Invalidenversicherung schliesslich, in welchem keine Kausalitätsfrage im engeren Sinne gestellt wird, erhält die Überwindbarkeitsfrage gar ausschlaggebendes Gewicht. Auch dies steht in krassem Gegensatz zum Haftpflichtrecht.
- e. Bei den Morbiditätskriterien der Pausbonog-Rechtsprechung handelt es sich um Hilfsbeweise, mit denen der Hauptbeweis in genau vorgeschriebener Weise ersetzt werden kann. Diese **faktischen Beweisvorschriften würden dem Grundsatz der im Zivilrecht geltenden freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO widersprechen**.
- f. Die sich an normativen Fiktionen orientierende **sozialversicherungsrechtliche Diskriminierung** ist dadurch **zu kompensieren**, dass **im Haftpflichtrecht** weiterhin eine sich an empirischen Erfahrungen und den Gegebenheiten des Einzelfalles orientierende Sachverhaltsfeststellung erfolgt. Nur so – wenn überhaupt – kann nach HUBER, Sozialversicherungsrechtstagung 2012, 304-306, erreicht werden, dass unser sozialversicherungsrechtliche und haftpflichtrechtliche Ansprüche gewährendes System **EMRK-konform** bleibe.

d. Urteile zur Übertragung der Schmerzrechtsprechung ins Haftpflichtrecht

Die Judikatur hat sich (soweit ersichtlich) durchwegs gegen eine Übernahme der sozialversicherungsrechtlichen Schmerzrechtsprechung ausgesprochen.

So wurde in einem rechtskräftig gewordenen, erstinstanzlichen Urteil aus dem Kanton Schwyz [**Bezirksgericht Schwyz, BZ 09 34 vom 28.06.2012**] die Anwendbarkeit der Rechtsprechung für das Haftpflichtrecht durch einen Analogieschluss zwischen der Adäquanzrechtsprechung und Schmerzrechtsprechung verneint. Diese Argumentation

³⁴ BGE 134 V 109, 130 E. 10.3, fordert für die Bejahung der adäquaten Kausalität dann doch eine erhebliche Arbeitsunfähigkeit trotz ausgewiesener Anstrengungen.

liess Raum für die Klärung des entsprechenden Fragenkomplexes durch weitere Urteile offen.³⁵

Dann wurde diese Frage der Übertragbarkeit der Überwindbarkeitsrechtsprechung ins Zivilrecht auch seitens des Obergerichts des Kantons Thurgau verneint [**Obergericht Thurgau, ZBR 2010.84 vom 31. März 2011**], gleichwie in der rechtskräftig gewordenen Entscheidung der 2. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Bern [**Obergericht Bern, ZK 12 22 HOH, 31. Januar 2013**], das im Wesentlichen auf die schlüssigen Darlegungen zur Nichtübernahme der sozialversicherungsrechtlichen Überwindbarkeitsrechtsprechung ins Zivilrecht von HUBER, Sozialversicherungsrechtstagung 2012, abgestellt hat und aufgrund der sechs Jahre zurück liegenden, auf umfangreichen medizinischen und anderen Berichten basierenden, schlüssigen und nachvollziehbaren zwei MEDAS-Gutachten die unüberwindbare Arbeitsunfähigkeit als erstellt qualifiziert und den haftpflichtseitigen Antrag auf ergänzende Ausfertigung einer Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit bis zum Schluss abgelehnt hat.³⁶ Auch das Kantonsgericht Luzern lehnte eine Übernahme der Überwindbarkeitskriterien ins Haftpflichtrecht im rechtskräftigen Urteil vom 15. Juli 2014 deutlich ab: "Zum vornherein nicht stichhaltig ist die Behauptung der Beklagten, die Klägerin hätte die bestehenden Leiden überwinden können. Die Frage der Überwindbarkeit stellt sich einzig im Sozialversicherungsverfahren, jedoch nicht im Haftpflichtprozess" [**Kantonsgericht Luzern, 1B 14 14, 15. Juli 2014**].

e. Einfluss der Überwindbarkeitsrechtsprechung auf die Medizin

Unabhängig davon, dass die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung seitens der Gerichte richtigerweise nicht vom Sozialversicherungsrecht auf das Zivilrecht übertragen wird, ist nicht zu verkennen, dass die im Sozialversicherungsrecht produzierten Gutachten trotzdem Eingang ins zivilrechtliche Verfahren finden und dort ihre Auswirkungen zeitigen und entsprechende Flurschäden anrichten (dürften). Kommt hinzu, dass aufgrund der Dominanz der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung in den Medien sowie aufgrund der Tatsache, dass die Begutachtung im Sozialversicherungsrecht derjenigen im Haftpflichtrecht meist voran geht, wohl die wenigsten Mediziner/innen zu erkennen im Stande sind, dass die ‚Päusbonog‘-Kriterien nur im Bereiche des Sozialversicherungsrechts und auch dort an sich nur im Bereich der Invalidenversicherung Anwendung finden dürften.³⁷

4.4 Überwindung der Überwindbarkeit: Das strukturierte Beweisverfahren (Indikatorenmodell; ab Juni 2015)

a. Aufgabe der Überwindbarkeitspraxis und weitere Entwicklung

Mit dem Urteil **BGE 141 V 281**³⁸ hat das Bundesgericht die vorstehend dargestellte **Überwindbarkeitspraxis aufgegeben** und die bisher geltende Vermutung, dass somatoforme Schmerzstörungen und vergleichbare psychosomatische Beschwerden mit zu-

³⁵ Vgl. dazu PRIBNOW VOLKER, Urteile zum Haftpflichtrecht 2011/2012, in: Personenschadenforum 2013, 17, Ziff. 3, für den der erstinstanzliche Analogieschluss dann doch etwas kurz greift.

³⁶ Vgl. auch die Besprechung des Urteils von LÄUBLI ZIEGLER/BECK, 246.

³⁷ HUBER, Sozialversicherungsrechtstagung 2012, 310-312; vgl. dazu auch das Urteil A2 2010 26 des Kantonsgerichts Zug vom 01.07.2013 E. 4 (HAVE 1/2014, 56; das Urteil ist in Judocu im Volltext abrufbar).

³⁸ Urteil des BGer 9C_492/2014 vom 03.06.2015.

mutbarer Willensanstrengung überwindbar seien, durch ein **strukturiertes, ergebnisoffenes Beweisverfahren** ersetzt, in dem die tatsächliche Leistungsfähigkeit der betroffenen Personen einzelfallgerecht bewertet werden soll. Diese Bewertung erfolgt **anhand eines Katalogs von Indikatoren**, welche die massgeblichen Aspekte psychosomatischer Leiden erfassen sollen.

Anhand dieser Indikatoren soll stärker als bisher zu berücksichtigen sein, welche Auswirkungen das Leiden auf die Arbeits- und Alltagsfunktionen der betroffenen Person hat. Bereits bei der Diagnosestellung soll vermehrt dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Diagnose einer "Schmerzstörung" einen gewissen Schweregrad voraussetzt. Weitere Rückschlüsse auf die Folgen der psychosomatischen Störung sollen der Verlauf und der Ausgang von Therapien und von beruflichen Eingliederungsbemühungen geben. Einbezogen werden sollen überdies auch Ressourcen, welche die Leistungsfähigkeit der betroffenen Person begünstigen können; zu berücksichtigen sind insbesondere Persönlichkeit und der soziale Kontext. Entscheidend soll weiter auch sein, ob die geltend gemachten Einschränkungen in den verschiedenen Lebensbereichen (Arbeit und Freizeit) gleichermassen auftreten und ob sich der Leidensdruck in der Inanspruchnahme von therapeutischen Behandlungen zeigt. Nach wie vor trägt allerdings die versicherte Person die materielle Beweislast für das Bestehen einer Invalidität.

Mit BGE **143 V 409**³⁹ hat das Bundesgericht den Anwendungsbereich des strukturierten Beweisverfahrens insofern ausgedehnt, als dieses künftig auf sämtliche psychischen Erkrankungen Anwendung finden soll. Sowohl im angeführten Urteil auch in dem gleichentags erlassenen BGE 143 V 418⁴⁰ ist auch das Kriterium der Therapieresistenz als unabdingbare Anspruchsvoraussetzung für leichte bis mittelschwere Depressionen fallen gelassen worden. Schliesslich ist der Anwendungsbereich des strukturierten Beweisverfahrens mit BGE 145 V 215⁴¹ auch auf Suchterkrankungen ausgedehnt worden.

b. Die einzelnen Standardindikatoren⁴²

³⁹ Urteil des BGer 8C_841/2016 vom 30.11.2017.

⁴⁰ Urteil des BGer 8C_130/2107 vom 30.11.2017.

⁴¹ Urteil des BGer 9C_724/2018 vom 11.07.2019.

⁴² Vgl. Anhang VI zum Kreisschreiben über die Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSHI).

A. Kategorie "funktioneller Schweregrad"	
a. Komplex "Gesundheitsschädigung"	
i. Ausprägung der diagnoserelevanten Befunde	<ul style="list-style-type: none"> • Feststellungen über die konkreten Erscheinungsformen der diagnostizierten Gesundheitsschädigung helfen dabei, Funktionseinschränkungen, welche auf diese Gesundheitsschädigung zurückzuführen sind, von den (direkten) Folgen nicht versicherter Faktoren zu unterscheiden. • Ausgangspunkt ist der diagnose-inhärente Mindestschweregrad. • Die Ausschlussgründe nach BGE 131 V 49 sind zu beachten. So liegt regelmässig keine versicherte Gesundheitsschädigung vor, soweit die Leistungseinschränkung auf Aggravation oder einer ähnlichen Erscheinung beruht. <p>Hinweise auf solche und andere Äusserungen eines sekundären Krankheitsgewinns ergeben sich namentlich, wenn:</p> <ul style="list-style-type: none"> - eine erhebliche Diskrepanz zwischen den geschilderten Schmerzen und dem gezeigten Verhalten oder der Anamnese besteht; - intensive Schmerzen angegeben werden, deren Charakterisierung jedoch vage bleibt; - keine medizinische Behandlung und Therapie in Anspruch genommen wird; - demonstrativ vorgetragene Klagen auf den Sachverständigen unglauwürdig wirken; - schwere Einschränkungen im Alltag behauptet werden, das psychosoziale Umfeld jedoch weitgehend intakt ist. <p>Besteht im Einzelfall Klarheit darüber, dass solche Ausschlussgründe die Annahme einer Gesundheitsbeeinträchtigung verbieten, so besteht von vornherein keine Grundlage für eine Invalidenrente, selbst wenn die klassifikatorischen Merkmale einer somatoformen Schmerzstörung gegeben sein sollten (vgl. Art. 7 Abs. 2 ATSG erster Satz). Soweit die betreffenden Anzeichen neben einer ausgewiesenen verselbständigten Gesundheitsschädigung auftreten, sind deren Auswirkungen zu bewerten und derweil im Umfang der Aggravation zu bereinigen. Die Schwere des Krankheitsgeschehens ist auch anhand aller verfügbaren Elemente aus der diagnoserelevanten Ätiologie und Pathogenese</p>
	<p>zu plausibilisieren. Insbesondere die Beschreibung der somatoformen Schmerzstörung in ICD-10 Ziff. F45.4 hebt ätiologische Faktoren hervor: Merkmal der Störung ist, dass sie "in Verbindung mit emotionalen Konflikten oder psychosozialen Belastungen" auftritt, denen die Hauptrolle für Beginn, Schweregrad, Exazerbation oder Aufrechterhaltung der Schmerzen zukommt.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Rückschlüsse auf den Schweregrad sollen nicht mehr über den Begriff des primären Krankheitsgewinns erfolgen.
ii. Behandlungserfolg oder -resistenz	<ul style="list-style-type: none"> • Das definitive Scheitern einer indizierten, lege artis und mit optimaler Kooperation des Versicherten durchgeführten Therapie weist auf eine negative Prognose hin. Wenn dagegen die erfolglos gebliebene Behandlung nicht (mehr) dem aktuellen Stand der Medizin entspricht oder im Einzelfall als ungeeignet erscheint, so ist daraus für den Schweregrad der Störung nichts abzuleiten. • Psychische Störungen der hier interessierenden Art gelten nur als invalidisierend, wenn sie schwer und therapeutisch nicht (mehr) angebar sind. • Bei einem erst relativ kurze Zeit andauernden somit noch kaum chronifizierten Krankheitsgeschehen dürften regelmässig noch therapeutische Optionen bestehen, eine Behandlungsresistenz also ausgeschlossen sein. Dies zeigt, dass die Frage nach der Chronifizierung einer ("anhaltenden") somatoformen Schmerzstörung bei der Beurteilung des Schweregrades meist nicht wesentlich weiter führt: Ohne langjährige, verfestigte Schmerzentwicklung ist eine invalidisierende Arbeitsunfähigkeit kaum vorstellbar; Entsprechendes gilt schon für die Diagnose. • Soweit im Übrigen aus der Inanspruchnahme von Therapien und der Kooperation auf Vorhandensein oder Ausmass des Leidensdrucks zu schliessen ist, geht es um die Konsistenz der Auswirkungen einer Gesundheitsschädigung.
iii. Eingliederungserfolg oder -resistenz	<ul style="list-style-type: none"> • Rückschlüsse auf den Schweregrad einer Gesundheitsschädigung ergeben sich auch aus der Eingliederung im Rechtssinne. Denn so wie die zumutbare ärztliche Behandlung (welche, unter Vorbehalt von Art. 12 IVG, nicht zulasten der Invalidenversicherung geht) die versicherte Person als eine Form von Selbsteingliederung in die Pflicht nimmt, hat sich jene in beruflicher Hinsicht primär selbst einzugliedern und, soweit angezeigt, an entsprechenden beruflichen Eingliederungs- und Integrationsmassnahmen (Art. 8 f., Art. 14 ff. IVG) teilzunehmen. Fallen solche Massnahmen nach ärztlicher Einschätzung in Betracht und bietet die Durchführungsstelle dazu Hand, nimmt die rentenansprechende Person jedoch dennoch nicht daran teil, gilt dies als starkes Indiz für eine nicht invalidisie-

	rende Beeinträchtigung. Umgekehrt kann eine trotz optimaler Kooperation misslungene Eingliederung im Rahmen einer gesamthaften, die jeweiligen Umstände des Einzelfalles berücksichtigenden Prüfung bedeutsam sein.
iv. Komorbiditäten	<ul style="list-style-type: none"> Die psychische Komorbidität ist nicht mehr generell vorrangig, sondern lediglich gemäss ihrer konkreten Bedeutung im Einzelfall beachtlich, so namentlich als Gradmesser dafür, ob sie der versicherten Person Ressourcen raubt. Die bisherigen Kriterien "psychiatrische Komorbidität" und "körperliche Begleiterkrankungen" sind zu einem einheitlichen Indikator zusammenzufassen. Erforderlich ist eine Gesamtbetrachtung der Wechselwirkungen und sonstigen Bezüge der Schmerzstörung zu sämtlichen begleitenden krankheitswertigen Störungen. Eine Störung, welche nach der Rechtsprechung als solche nicht invalidisierend sein kann, ist nicht Komorbidität, sondern allenfalls im Rahmen der Persönlichkeitsdiagnostik zu berücksichtigen. Das Erfordernis einer Gesamtbetrachtung gilt grundsätzlich unabhängig davon, wie es um den Zusammenhang zwischen dem Schmerzsyndrom und der Komorbidität bestellt ist. Daher verliert beispielsweise eine Depression nicht mehr allein wegen ihrer (allfälligen) medizinischen Konnexität zum Schmerzleiden jegliche Bedeutung als potentiell ressourcenhemmender Faktor. Beschwerdebilder jedoch, die bloss als diagnostisch unterschiedlich erfasste Varianten derselben Entität mit identischen Symptomen erscheinen, sind von vornherein keine Komorbidität. Andernfalls würde die auf mehrere Arten erfass- und beschreibbare Gesundheitsbeeinträchtigung doppelt veranschlagt. Es besteht grundsätzlich kein linearer Zusammenhang zwischen der Anzahl der nicht ausreichend organisch erklärten Körperbeschwerden (bzw. der Anzahl von somatoformen Syndromen in verschiedenen Erscheinungsformen) und dem Schweregrad der funktionellen Beeinträchtigung. Es gibt somit keine schematische Regel im Sinne "je grösser die Anzahl der Einzelbeschwerden, desto höher die funktionelle Einschränkung", da ansonsten bloss einzelne Symptome und Befunde aneinandergereiht und rein quantitativ-mechanisch bewertet würden, was den Blick auf die Gesamtwirkung des Beschwerdebildes für den Funktionsstatus verstellte.
b. Komplex "Persönlichkeit" (Persönlichkeitsdiagnostik, persönliche Ressourcen)	<ul style="list-style-type: none"> Neben den herkömmlichen Formen der Persönlichkeitsdiagnostik, die auf die Erfassung von Persönlichkeitsstruktur und -störungen abzielt, fällt auch das Konzept der sogenannten "komplexen Ich-Funktionen" in Betracht. Diese bezeichnen in der Persönlichkeit angelegte Fähigkeiten, welche
	<p>Rückschlüsse auf das Leistungsvermögen zulassen (u.a. Selbst- und Fremdwahrnehmung, Realitätsprüfung und Urteilsbildung, Affektsteuerung und Impulskontrolle sowie Intentionalität und Antrieb).</p> <ul style="list-style-type: none"> Da die Persönlichkeitsdiagnostik mehr als andere (z. B. symptom- und verhaltensbezogene) Indikatoren untersucherabhängig ist, bestehen hier besonders hohe Begründungsanforderungen. Diesen Konturen zu verleihen, wird Aufgabe noch zu schaffender medizinischer Leitlinien sein.
c. Komplex "Sozialer Kontext"	<ul style="list-style-type: none"> Der soziale Kontext bestimmt auch mit darüber, wie sich die (kausal allein massgeblichen) Auswirkungen der Gesundheitsbeeinträchtigung konkret manifestieren: Soweit soziale Belastungen direkt negative funktionelle Folgen zeitigen, bleiben sie nach wie vor ausgeklammert. Andererseits hält der Lebenskontext der versicherten Person auch (mobilisierbare) Ressourcen bereit, so die Unterstützung, die ihr im sozialen Netzwerk zuteil wird. Immer ist sicherzustellen, dass gesundheitlich bedingte Erwerbsunfähigkeit zum einen (Art. 4 Abs. 1 IVG) und nicht versicherte Erwerbslosigkeit oder andere belastende Lebenslagen zum andern nicht ineinander aufgehen.

B. Kategorie "Konsistenz" (Gesichtspunkte des Verhaltens)

a. Gleichmässige Einschränkung des Aktivitätsniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen	<ul style="list-style-type: none"> Der Indikator einer gleichmässigen Einschränkung des Aktivitätsniveaus in allen vergleichbaren Lebensbereichen zielt auf die Frage ab, ob die diskutierte Einschränkung in Beruf und Erwerb (bzw. bei Nichterwerbstätigen im Aufgabenbereich) einerseits und in den sonstigen Lebensbereichen (z. B. Freizeitgestaltung) andererseits gleich ausgeprägt ist. Das bisherige Kriterium des sozialen Rückzugs ist wiederum so zu fassen, dass neben Hinweisen auf Einschränkungen auch Ressourcen erschlossen werden; umgekehrt kann ein krankheitsbedingter Rückzug aber auch Ressourcen zusätzlich vermindern. Soweit erhebbar, empfiehlt sich auch ein Vergleich mit dem Niveau sozialer Aktivität vor Eintritt der Gesundheitsschädigung. Das Aktivitätsniveau der versicherten Person ist stets im Verhältnis zur geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit zu sehen.
b. Behandlungs- und eingliederungs-anamnestisch ausgewiesener Leidensdruck	<ul style="list-style-type: none"> Die Inanspruchnahme von therapeutischen Optionen, das heisst das Ausmass, in welchem Behandlungen wahrgenommen oder eben vernachlässigt werden, weist auf den tatsächlichen Leidensdruck hin. Dies gilt allerdings nur, solange das betreffende Verhalten nicht durch das laufende Versicherungsverfahren beeinflusst ist.
	<ul style="list-style-type: none"> Nicht auf fehlenden Leidensdruck zu schliessen ist, wenn die Nichtinanspruchnahme einer empfohlenen und zugänglichen Therapie oder die schlechte Compliance klarerweise auf eine (unabwendbare) Unfähigkeit zur Krankheitseinsicht zurückzuführen ist. In ähnlicher Weise zu berücksichtigen ist das Verhalten der versicherten Person im Rahmen der beruflichen (Selbst-) Eingliederung. Inkonsistentes Verhalten ist auch hier ein Indiz dafür, die geltend gemachte Einschränkung sei anders begründet als durch eine versicherte Gesundheitsbeeinträchtigung.

Zu beachten ist, dass es sich nicht um eine abhakbare Checkliste handeln soll. Vielmehr soll die Handhabung des Indikatorenkatalogs stets den Umständen des Einzelfalles gerecht werden.⁴³

c. Anwendung im Haftpflichtrecht?

Soweit ersichtlich ist bisher in der Literatur nicht ernsthaft postuliert worden, das Indikatorenmodell auch im Haftpflichtrecht anzuwenden⁴⁴. Im Wesentlichen stehen einer solchen Übernahme zunächst die gleichen Argumente entgegen wie der Übernahme der damaligen Überwindbarkeitsrechtsprechung ins Haftpflichtrecht;⁴⁵ insbesondere stützt sich auch das strukturierte Beweisverfahren letztlich auf die Bestimmung des Art. 7 Abs. 2 ATSG, welche im Haftpflichtrecht keine Anwendung findet. Ausserdem verbietet auch der Umstand, dass die aufgestellten Kriterien nicht auf Erfahrungswerten beruhen, eine Übernahme der Beweisergebnisse ins Haftpflichtrecht.⁴⁶

In einem Prozess, in dem das Kantonsgericht Luzern der anlässlich eines Verkehrsunfalls geschädigten Person Schadenersatz in Höhe von CHF 8'169.80 zugesprochen hatte (und demgemäss der erforderliche Streitwert von CHF 30'000 für eine Beschwerde in Zivilsachen⁴⁷ nicht erreicht war), versuchte der Haftpflichtversicherer, eine materielle Beurteilung durch das Bundesgericht mit der Begründung zu erlangen, es sei eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung⁴⁸ zu beurteilen. Eine solche erblickte der Haftpflichtversicherer in der Fragestellung, ob die Indikatorenrechtsprechung gemäss BGE 141 V 281 auch ins Haftpflichtrecht zu übertragen sei. Das Bundesgericht hat darin jedoch keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gesehen und ist auf die Beschwerde nicht eingetreten (**BGE 4A_707/2016 vom 29.05.2017** E. 1). Dementsprechend hat sich das Bundesgericht auch nicht abschliessend zur Fragestellung geäussert; immerhin lassen diverse Ausführungen aber darauf schliessen, dass das Bundesgericht die Frage eher verneinen würde. So hat das Bundesgericht etwa ausgeführt, die Anspruchsvoraussetzungen im Haftpflicht- und im Sozialversicherungsrecht seien nicht dieselben, weshalb trotz Überschneidungen die Fragestellung im Sozialversicherungsrecht von derjenigen im Haftpflichtrecht abweichen könne, so dass im Einzelfall zu beurteilen sei, ob die massgebenden Fragen im Gutachten überzeugend beantwortet würden (E. 4.2.1).

⁴³ BGE 141 V 281 E. 4.1.1.

⁴⁴ Entsprechende Ansätze finden sich bei LUCIANO MARTELOZZO, Die Validierung psychischer Störungen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Stephan Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, 51-85; gegen eine Übernahme der Indikatoren ins Haftpflichtrecht DAVID HUSMANN, "Schleudertrauma" und Versicherungsleistungen, in: René Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2016, Bern 2016, 1-28, insbesondere 24; ERICH ZÜBLIN, Psychosomatische Gesundheitsstörungen im Sozialversicherungs-, Privatversicherungs- und Haftpflichtrecht, in: Ueli Kieser (Hrsg.), Psychosomatische Störungen im Sozialversicherungsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, 133-366, insbesondere 325.

⁴⁵ Dazu eingehend vorn Ziff. 4.3 lit. c.

⁴⁶ Vgl. STEPHAN WEBER, Der Personenschaden im Wandel – ein persönlicher Rück- und Ausblick, in: Stephan Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2021, Zürich/Basel/Genf 2021, 15-71, insbesondere 17 m. Hinw.

⁴⁷ Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG.

⁴⁸ Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG.

5. Empfehlenswerte Literatur als Überblick

- BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 4. überarbeitete Auflage, Bern 2013
 - FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012, N 401-512a, 143-178.
 - HUBER JEAN-BAPTISTE, Ein kritischer Blick auf ausgewählte bundesgerichtliche Urteile zum Sozialversicherungsrecht, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2012, 297-317.
 - KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 2002, 79-105.
 - LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA/BECK PETER, Die Überwindbarkeitspraxis ist fremd in der Haftpflichtwelt, in: HAVE 3/2013, 246-251
 - MEYER ULRICH, Das Schleudertrauma, anders betrachtet, in: FS ERWIN MURER, Bern 2010, 473-488.
 - MÜLLER URS, Der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang nicht objektivierbarer Gesundheitsschäden: Die Leitentscheide des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in: Freiburger Sozialrechtstage 2006, 61-163
 - STUDHALTER BERNHARD, «Di Bello» reloaded – Konstitutionelle Prädisposition und intensitätsarmer Kausalzusammenhang, in: Stephan Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2019, Zürich/Basel/Genf 2019, 96-132
 - WEBER STEPHAN, Reduktion von Schadenersatzleistungen, in: Personen-Schadenforum 2007, 111-176)
- DERS., Umstände, für die der Geschädigte nicht eintreten muss, in: HAVE 1/2007, 108-111)

Die im vorstehenden Literaturverzeichnis enthaltenen Werke werden im Text nur mit einem Kurzzitat angeführt.

19.10.2021

Thomas Bittel / Bernhard Studhalter