

Inkohärenz der Rechtsordnung im Schadenausgleich

das ATSG als Heilmittel ?

Meine Damen und Herren



Schweizer Versicherer auf der Intensivstation

Wirklich nur die Kapitalmärkte oder weitgehend selbstverschuldet ?

Wenn ich diesen Titel für meine Ausführungen gewählt habe, so ist dies nicht etwa eine eigene sprachliche Konstruktion, um meine „ proprietäre „ Denkweise unter Beweis zu stellen, sondern eine Formulierung, die das Bundesgericht kürzlich verwendet hat und die meine nachfolgenden Ausführungen begleiten sollen. Sie finden meine Ausführungen auch nicht in den gedruckten Unterlagen; einerseits hatte ich wirklich erst über die Festtage die notwendige Zeit, um mein Manuskript zu erstellen und dann stellt sich auch die Frage, ob man alles publizieren soll. Denn nach Adenauer : Wer Anstoss geben will, wird Anstoss erregen.

Im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Bürgschaft, Garantievertrag und Schuldübernahme – für den Versicherungsjuristen nach wie vor interessant hinsichtlich der Abgrenzung zum Versicherungsvertrag - hielt das Bundesgericht ¹ am 23. 09. 2003 folgendes fest : auch ein vermeintlich klarer Wortlaut durch die Verwendung präziser, juristischer Begriffe, könne unklar sein, denn wenn ein wirtschaftliches Ziel mittels mehrerer rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten erreicht werden könne, so sei dies als „ Inkohärenz der Rechtsordnung „ zu werten und das dadurch entstehende Spannungsverhältnis führe dazu, dass grundsätzlich diejenige rechtliche Konstruktion greife, die dem Konsumenten den

¹ Siehe dazu CaseTex Nr. 5001 und 4C.136/2003

grössten Schutz gewähre. Nun, wenn wir den Schadenausgleich in seiner Gesamtheit betrachten - an sich eine übergeordnete Zielsetzung : eben Schadenausgleich – so dürfte hier wohl von einer systemimmanenten Inkohärenz der Rechtsordnung ausgegangen werden.

Stephan Weber hat mich gebeten, 20 Jahre nach der Veröffentlichung meiner Habilitation etwas darüber auszusagen, was sich so in dieser Zeit verändert hat. Dies hat zwangsläufig zur Frage geführt : hat sich denn überhaupt viel verändert oder waren und sind es nur marginale Veränderungen ? Und da es sich dabei um eine Wertung handelt – wie im übrigen grundsätzlich immer, wenn sie zwei Dinge vergleichen – ist auch immer die subjektive Einstellung desjenigen ausschlaggebend, der einen Benchmark setzt und ihn dann in Bezug bringt zu der zu vergleichenden Grösse. Und dies gilt nicht nur in der Juristerei und damit der Wertordnung, die eine Gesellschaftsordnung in sich trägt ...

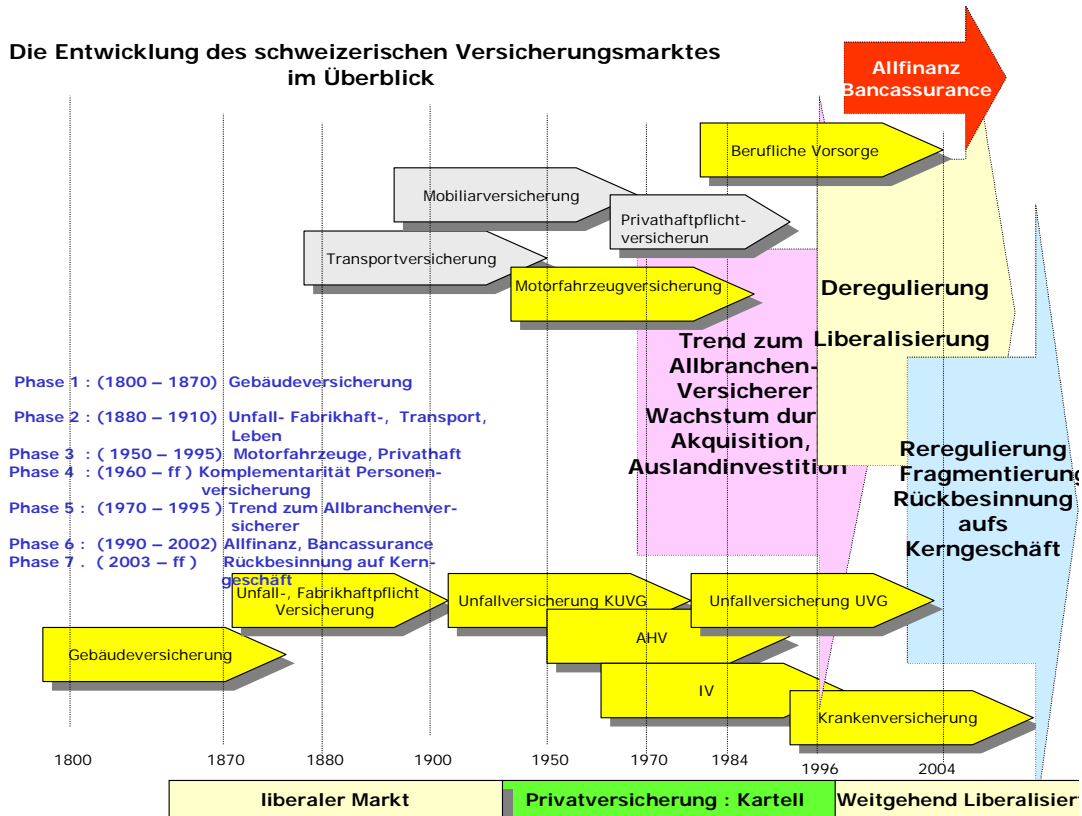
Fraglich ist somit, ob die juristisch-chirurgischen Eingriffe am System wesentliches zu einem besseren Funktionieren beigetragen haben oder nicht. Meine nachfolgenden Ausführungen zu einigen, wenigen Aspekten dieser Fragestellung sind in Anlehnung an das bereits Erwähnte subjektiv – objektives gibt es nur in der Theorie, ja selbst Bundesgerichtsentscheide sind subjektiv geprägt - , wobei gleichzeitig auch gleichzeitig gilt :

Willst Du bei Fachgenossen gelten,
das ist vergeblich Liebesmüh,
was Dir misslingt, verzeihn sie selten,
was Dir gelingt, verzeihn sie nie

Nun, vor etwas mehr als 30 Jahren hatte ich als junger Jurist die Chance, in einer von einem Kartell geprägten Versicherungswelt hervorragende Juristen kennen lernen zu dürfen, wie Stark, Oswald, Portmann, Giovannoni, Tännler – der eigentliche Ghostwriter des Kommentars Keller/Roellie - die im Versicherungsmarkt Gewicht hatten. Wissen prägte die damalige Versicherungslandschaft, allerdings auch eine gewisse durch die Sicherheit des Kartells gegebene Selbstgefälligkeit. Kartelle heisst gleichzeitig aber auch : Anpassen der Preise an den Schwächsten im Markt und dadurch übermässigen Geldmittelzufluss für die Anderen . Was macht man, wenn man zuviel Geld hat ? Man kauft sich Spielzeuge und deren gab es im Ausland genug. Nur Spielzeuge bringen ausser der Aktivierung von Beteiligungen, den Unterhaltskosten und dem langfristigen Abschreibungsbedarf von Goodwill in der Regel nichts . Ein Cashflow aus dem Ausland in die Schweiz fand nicht statt, vielmehr ein Cashdrain. Wird diese Entwicklung noch überlagert durch die Fokussierung auf Kapitalmärkte und damit gepaart die Vernachlässigung des Versicherungsgeschäftes – so geschehen während der Phase des Turbokapitalismus - so sind die Auswirkungen gravierend.

Meine Damen und Herren : man kann das Versicherungsgeschäft nicht mit Gewinnprognosen leiten, es sei denn, man baue fiktive Positionen auf oder reale ab. Man kann es insbesondere dann nicht, wenn gleichzeitig die Märkte stagnieren, ein Verdrängungswettbewerb besteht und das

Verhältnis Prämie zu Risiko sich in einer Phase der Deregulierung gleichzeitig verschlechtert. Auch die vorgenommenen Eigenkapitalrückzahlungen waren nichts anderes als accounting gimmicks : ein dadurch verbesserter ROE ist eine Vergleichszahl, die über Geschäftsprozesse, Produkte und Produktivität der Mitarbeiter nichts, aber auch gar nichts aussagt. Am Aktienkurs hat sich etwas geändert, insbesondere dann, wenn er noch durch Roadshows künstlich beeinflusst wurde. Eigentlich war der Crash war voraussehbar . Nur nebenbei : Voraussehbarkeit ist ein Begriff, dem wir als Juristen in der verschiedensten Ausprägung – beim Verschulden, beim Kausalzusammenhang, beim Schadensbegriff aber auch bei der Widerrechtlichkeit - begegnen. Mit der Veränderung der Bewertung von Kapitalanlagen, mit dem Aktivieren von Abschlusskosten und anderen Massnahmen sind die Probleme heute weitgehend überdeckt, aber eben nur überdeckt.



So um das Jahr 1974 habe ich mal etwas Kritisches publiziert zum Verteilungsschlüssel der Mitarbeiteraktien bei der damaligen Berner Versicherung und anschliessend meine Wunden geleckt. . 1984 habe ich, nachzulesen in meiner Habil , festgehalten, dass ein MVG neben dem UVG eigentlich keinen grossen Sinn mache. In diesen Zeitraum fällt auch die Tätigkeit in der Arbeitsgruppe Allgemeiner Teil Sozialversicherung. Zwanzig Jahre danach tritt ein neues ATSG, in Kraft, zwanzig Jahre danach wird voraussichtlich die Militärversicherung in die SUVA integriert. 1994 , geprägt durch die Erfahrungen in den USA, kam dann ein Aufsatz in der Schweizerischen Versicherungszeitung mit dem Titel „

Nachdenkliches zur Deregulierungseuphorie „ und der Aussage, dass einzig die Combined ratio zähle. Was in den Finanzmärkten erarbeitet werden könne, sei die Butter aufs Brot, nichts Verlässliches. Mit derartigen Aussagen hat man sich zu Zeiten des Turbokapitalismus weit zum Fenster hinausgelehnt. Nun : die Deregulierungseuphorie hat sich verzogen; man konzentriert sich heute wiederum auf das Kerngeschäft, auf die neuentdeckte Combined Ratio und rereguliert. Vorerst mal vor allem im Leben- und Vorsorgebereich. Ja man versucht u.a. das ungeliebte BVG-Geschäft abzustossen und merkt dabei nicht, dass dies im Grunde genommen der - m. E. ungunstigen - zyklischen Verhaltensweise amerikanischer Versicherer entspricht. Bei Softmarkets raus aus dem Geschäft, bei Hardmarkets wiederum rein. Mit Quersubventionen aus dem Nichtlebensgeschäft wird das Lebensgeschäft alimentiert : Grund für Prämien erhöhungen im NL-Business.

In diese Zeit fällt im Übrigen auch meine Teilnahme in der Expertenkommission Stauseehaftung. Der erarbeitete Gesetzesentwurf ist wegen Finanzierungsproblemen seitens des Bundes in den tiefen Schubladen der Verwaltung verschwunden.

1995 habe ich den Freistellungsanspruch und die unhaltbare Regressausschlussklausel in den Betriebshaftpflichtversicherungsverträgen abgehandelt. Fast 10 Jahre später wird nun die Idee von Frau Professorin Kahil-Wolff wieder aufgenommen.

So um die Jahre 1996 ff war ich in der Kommission, die die Teilrevision des VVG und die Revision des VAG vorbereitete. Meine Auffassung zur Haftung des Versicherers für seine Vermittler fand die Zustimmung der Versicherungslobby nicht, man wollte beim alten VVG 34 verbleiben. Mein damaliger Vorschlag lautete wie folgt :

Art. ... Haftung des Versicherungsunternehmens

Das Versicherungsunternehmen haftet für die Tätigkeit des Versicherungsvermittlers, insbesondere für falsche Angaben über den Inhalt des Versicherungsvertrages oder wenn erkennbar falsche Vorstellungen des Kunden nicht berichtet worden sind. Bei Eigenverschulden des Kunden entfällt eine Haftung.

Der Versicherungsnehmer trägt die Verantwortung für die richtige Beantwortung von Antragsfragen, es sei denn, diese seien unklar und der Versicherungsvermittler habe seine Aufklärungs- und Belehrungspflicht nicht wahrgenommen. .

Damit wäre die gesamte Problematik der culpa in contrahendo, aber auch diejenige der Aufklärungs- und Beratungspflicht – nicht bloss Informationspflicht - im Gesetz enthalten gewesen. Nur nebenbei : die jetzt im Ständerat abgeseignete Lösung ist für den Versicherer gar nicht vorteilhaft, sondern bei richtiger Betrachtungsweise stein- und beinhart.

Es gibt ein arabisches Sprichwort : das sieht , wenn meine Quelle stimmt, wie folgt aus :

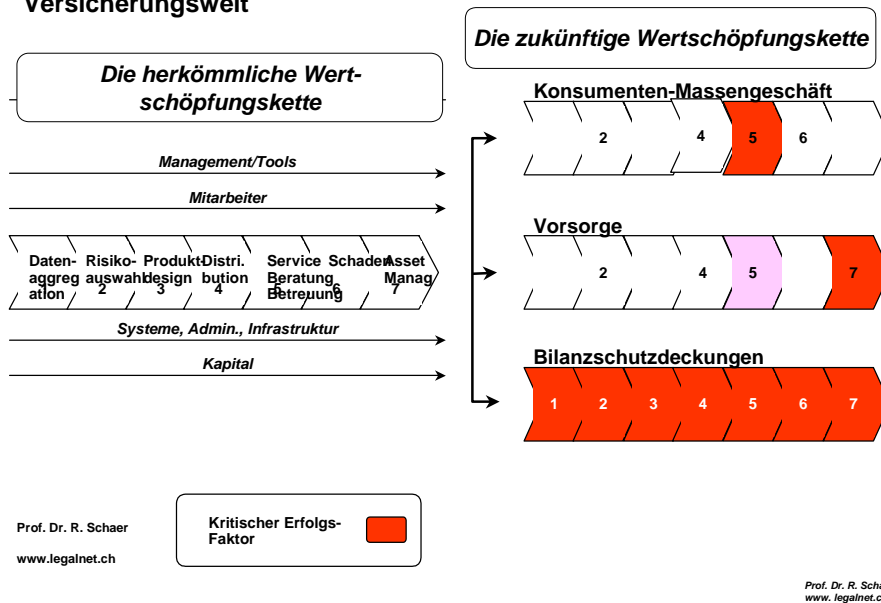
الكلاب تنبح والقافلة تسير

Oder auf Deutsch : die Hunde bellen, die Karawane schreitet weiter. Mani Matter hat dies ergänzt und die Anmerkung gemacht : Vielleicht ist es doch besser, zu den Hunden gehört zu haben.

Wenn ich dies erwähne, so ist dies mit der Aufforderung verbunden, dass sich Juristen nicht nur um vermeintlich abgegrenzte juristische Probleme kümmern sollten, denn in unserem Business geht es insgesamt um nichts anderes als um Ressourcenallokation. Die rechtlichen Leitplanken - Gesetze, Verordnungen, richterliche Rechtsfortbildung, feststehende Praxis u.a. mehr - sind blossе Hilfsmittel, um diese Ressourcenallokation einigermaßen geregelt vorzunehmen. Nicht die Abrenzung von Privatversicherungsrecht gegenüber dem Sozialversicherungsrecht, nicht ein alleinstehendes Haftpflichtrecht ohne Verständnis der damit verbundenen Versicherungs- und anderer Ausgleichssysteme ist ausschlaggebend, sondern deren Zusammenwirken. Und damit sind natürlich wirtschaftliche, strategische Fragen angeschnitten. Der Jurist sollte sich auch darum kümmern und nicht beispielsweise bei Art. 59 VVG verharren . Weshalb dieses Beispiel : weil Sie diesen Artikel schlicht vergessen können ; er ist mit einem Bundesgerichtsentscheid, auf den ich noch zurückkommen werde, zu Makulatur geworden.

Was geschieht, wenn die Wunden des Turbokapitalismus vernarbt sind ? Man wird sich daran erinnern, dass es ja im Nichtlebenbereich noch die Gebäudeversicherung gibt, die immerhin mit knapp 1 Milliarde SFr. Prämienvolumen in der Schweiz doch sehr gewinnträchtig ist und damit politisch die entsprechenden Mechanismen in Gange setzen. Nur nebenbei: für den vorausdenkenden Juristen werden sich dann Fragen stellen, die in Deutschland mit der Hamburger Feuerkasse im Jahre 1994 bereits abgehandelt wurden.

Die kritischen Erfolgsfaktoren, die Digitalisierung und damit die „last physical mile „ prägen die moderne Versicherungswelt



Mit diesem Schema ist viel gesagt über ein künftiges Versicherungsvertragsgesetz. Andere Länder haben bereits erkannt, dass eine Splittung in ein Verbraucherversicherungsvertragsgesetz und Rahmenbestimmungen für das Unternehmensgeschäft angebracht ist. Wir schlagen uns in der Schweiz noch mit uralten Zöpfen wie Relevanz der Anzeigepflichtverletzung und Verschuldensanforderung, wie Haftung für das Verhalten des Versicherungsvermittlers herum und zwar umfassend für das gesamte Versicherungsgeschäft. Wir versuchen, über eine zaghafte Rechtsfortbildung die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen der EU-RL über missbräuchliche Klauseln und der neu bereits im deutschen BGB enthaltenen Ungewöhnlichkeits- und Unvorhersehbarkeitskontrolle anzupassen und übersehen dabei, dass uns der Markt in naher Zukunft vor völlig neue Probleme stellen wird.

Nach diesem doch eher angelsächsisch geprägten Business-and-Law-Approach nun aber doch näheres zur herkömmlichen Juristerei.

I. Ressourcenallokation und Inkohärenz der Rechtsordnung

Die Allokation von Ressourcen ist geprägt von drei Grundfragen :

- Sinn und Zweck des Ausgleichs
- Geschützte Rechtsgüter und
- Bestimmung des Kollektivs, das die Ressourcen äuffnen muss

Ich will darauf nicht im Detail eingehen. Nur soviel : in den 70-er Boomjahren wurden AHV und IV-Leistungen praktisch verdoppelt, was dann zwangsläufig auch Übererschädigungen und damit die 9. AHV-Revision mit den ersten Koordinationsbestimmungen zur Folge hatte. Das Quotenvorrecht zugunsten des Geschädigten wurde bereits früher von

Prof. Stark als damaligem Schadenchef der Winterthur durchgesetzt. Heute wäre diese undenkbar, denn die Privatversicherer in ihrer Funktion als UVG-Versicherer würden wohl eher für ein Quotenvorrecht des Sozialversicherers plädieren.

Nun, wenn Mehrere für dieselbe, kongruente Schadensposition leistungspflichtig sind - auch bei unterschiedlichen Rechtsgründen - geht man herkömmlicherweise von Solidarität aus. Der Ausgleich unter diesem besonderen Kollektiv findet über verschiedene Ausgleichsmechanismen statt, wovon eine der Regress ist. Ausgehend davon habe ich die Auffassung vertreten, dass im internen Verhältnis anteilmässige Haftung bestehe und dass u.a. bei einem sog. „kranken Haftpflichtversicherungsverhältnis“ der Haftpflichtversicherer aus dieser Solidarität ausscheide.

Zum kranken Haftpflichtversicherungsvertrag : während das Obergericht Bern ² am 07.05.1992 noch meiner Auffassung folgte und den Regress nicht zuließ, kam das Bundesgericht ³ zu einer anderen Überzeugung . Der Gesetzgeber habe - so das Bger - zumindest stillschweigend dem Sozialversicherer den Einredeausschluss zubilligen wollen. Mit anderen Worten : der Gesetzgeber soll stillschweigend ein Problem gelöst haben, das damals noch gar nicht bekannt war. Juristisch methodisch eine rückwirkend fiktive, historische Auslegung . Der Vollständigkeit halber noch die Feststellung des Bundesgerichtes: auch der rechtsvergleichende Ausblick von Schaer auf das deutsche Recht vermöge daran nichts zu ändern.

Mit ATSG 72 Abs. 4 hat nun der Gesetzgeber das Problem des kranken Versicherungsverhältnisses geregelt. Dass in einem zu harmonisierenden europäischen Umfeld etwas anderes gilt, wird ignoriert, zeigt aber deutlich, dass es um nichts anderes als um Ressourcenallokation geht. Nicht der Sozialversicherer und damit das grösstmögliche Kollektiv, das die Überwälzung von Leistungen auf viele Versicherte sicherstellt, soll dem Schaden „Näherstehen“⁴, sondern andere Leistungspflichtige. Dieser Weg in die „splendid isolation“ soll sich fortsetzen, wie das noch zu behandelnde Beispiel des Haftungs- bzw. Regressprivilegs des Arbeitgebers zeigen soll.

Art 72 ATSG erstickt aber auch in einem anderen Bereich allfällige anderslautende Ansichten. Und zwar bezüglich der Frage, ob nun unter den Verschiedenen, zum Ausgleich Verpflichteten, Solidarität gelte oder nicht. Wenn Haftpflichtige dem Sozialversicherer gegenüber solidarisch haften, heisst dies gleichzeitig, dass der Sozialversicherer selber aus dem Pool der Ausgleichspflichtigen herausgenommen wird und dadurch im Ausgleichssystem eine privilegierte Stellung erhält. Und zwar auf den ersten Blick auch unabhängig von der Frage, ob allenfalls der Sozialversicherer in der Funktion „Haftungersetzung durch Versicherungsschutz“, wie dies u.a. für das UVG gilt, auftritt. Peter Beck

² vgl. Dazu CaseTex Nr. 2785

³ Vgl. Dazu CaseTex Nr. 2359 und Pra 1994 Nr.196

⁴ vgl. Dazu die Formulierung des Bundesgerichtes im Zusammenhang mit ...

hält in seiner Publikation über die Regressbestimmungen des ATSG tröstend fest, dass Schaer anderer Auffassung sei, dass es sich aber um einen neuen Artikel handle, der nichts Neues schaffe, sondern die herrschende Lehre bestätige. Ganz abgesehen vom generell ungelösten Problem der Kaskadenhaftung ist entgegen Beck ein Problem mit Sicherheit nicht gelöst, nämlich dasjenige des Regressprivilegierten bei einer Mehrheit von Haftpflichtigen. Oder um es mit einem juristischen Schlagwort klarzumachen: die sog. hinkende Gesamtschuld.

Es kann nicht sein, dass dann, wenn zwei Motorfahrzeuglenker einen Unfall verursachen, der einte Halter vollumfänglich auf den Regress des Sozialversicherers eintreten muss, weil der andere Motorfahrzeughalter als Ehemann der verletzten Ehefrau sich auf sein Regressprivileg berufen kann. Denn mit Sicherheit wird sich dann im Kaskadenregress der primär Belangte an den ebenfalls schadenverursachenden und mithaftenden Ehemann wenden, der sich wiederum die Frage stellt, ob hier nicht der Sozialversicherer indirekt mit der linken Hand das zurücknimmt, was er mit der rechten verteilt. Art. 72 ATSG zeigt sich hier in einem eher schiefen Licht : war wohl die Ressourcenallokation einzig ausschlaggebend und hat man allenfalls die Dinge nicht zu Ende gedacht ?

Dass der Chef Regress des BSV diese Rechtsauffassung vertritt ev. vertreten muss, ist im Hinblick auf die Ressourcenallokation verständlich, juristisch dürfte sie ihm aber einige schlaflose Nächte bereiten. Ich werde im Zusammenhang mit dem weggefallenen Haftungsprivileg des Arbeitgebers noch darauf zu sprechen kommen.

Sie gestatten mir noch an einem weiteren, neueren Bger-Entscheid vom 26.05.2003 ⁵ die Frage der Ressourcenallokation anzugehen. Und zwar geht es um den Entscheid bezüglich Subsidiarität der mpfschadenhaftung. Nur nebenbei : Subsidiarität ist ja auch eine der Varianten, mit denen man den Ausgleich regulieren kann. Anrechnung wäre noch eine weitere, auf die wir selbstverständlich auch noch eingehen werden.

Beim Impfschadenfall ging es um folgendes : ein Kinderarzt verabreichte einem Kleinkind DTP-Impfungen (Diphtherie/Tetanus/Pertussis) und Impfungen gegen Polio und Meningitis. Die Impfungen erfolgten gemäss den Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit (Impflan routinemässige Schutzimpfungen, Dez 1997) korrekt im richtigen Alter und mit dem richtigem Impfstoff. Im Anschluss an die zweite Impfung zeigte das sich bis anhing völlig normal entwickelnde Kind gewisse Symptome (Zittern, Zuckungen) ; drei Jahre später wird ein Entwicklungsrückstand, Wahrnehmungstörung und eine Epilepsie bei schwerer geistiger Behinderung festgestellt. Die verabreichten Impfungen werden als wahrscheinlichste Ursache betrachtet. Gestützt auf Art. 23 des Epidemiegesetzes wird gegen den Kt. St. Gallen Klage erhoben. Es stellt sich die Frage, inwieweit die Subsidiarität der Haftung nach Epidemiegesetz greift.

Gemäss Epidemiegesetz Art. 23 Abs. 3 leisten die Kantone bei behördlich angeordneten oder empfohlenen Impfungen Entschädigungen für den

⁵ vgl. CaseTex Nr. 4861 und Bger 2A.462/2002

Schaden aus Impffolgen, soweit er nicht anderweitig gedeckt wird. Das Bger kommt zur Auffassung, dass aus dem Adjektiv „soweit“ die Schlussfolgerung gezogen werden müsse, dass ein Kanton „absolut subsidiär“ hafte, d.h. der Geschädigte müsse sämtliche möglichen Leistungspflichtigen – Haftpflichtige, soziale und private Versicherer – belangt haben, bevor der Kanton leisten müsse. Die Rede ist von einer eigentlichen Ausfallhaftung, die voraussetze, dass zuerst der impfende Arzt eingeklagt und das Fehlen einer Haftung seinerseits prozessual festgestellt werden müsse. „Die hohen Anforderungen, die an die ärztliche Sorgfaltspflicht gestellt werden, rechtfertigen es nun aber, zunächst festzustellen, ob ein allfälliger Impfschaden nicht auf einen (rechtswidrigen) ärztlichen Behandlungsfehler zurückzuführen ist, für welchen im Übrigen in der Regel wiederum eine durch Prämien finanzierte Versicherung (Berufshaftpflichtversicherung des Arztes) aufkommt“. Das Argument der Prämienzahlung durchzieht dieses Urteil wie ein roter Faden; im Zusammenhang mit dem für das Urteil tragenden Vergleich mit SVG 76 im übrigen zu Unrecht, denn jeder Motorfahrzeughalter bezahlt mit seinen Prämien auch einen Anteil an die Deckung für unbekannte und nichtversicherte Motorfahrzeuge. Und der Vollständigkeit halber: Alfred Keller hat in seinem, anfangs 2003 publizierten Gutachten zum Bagger-Küde-Fall auf das Rollenverständnis als Vorleistungs-Deckung des Nationalen Garantiefonds in Abweichung zum Verständnis als Ausfalldeckung hingewiesen⁶.

Ganz abgesehen davon ist die unmittelbare Gleichstellung Haftpflicht und Haftpflichtversicherungsdeckung äusserst gefährlich. Die Deckung gemäss Haftpflichtversicherungsvertrag kann sich in verschiedenster Hinsicht – sachlich, zeitlich aber auch im Hinblick auf Vertragsstörungen – erheblich von einer allfälligen Haftung unterscheiden. Man hat diese besondere Situation früher mit dem Begriff „Trennungsprinzip“ charakterisiert; es tritt aber immer mehr in den Hintergrund, was insbesondere auch aus der anstehenden Gesamtrevision des Haftpflichtrechts durchschimmert, wenn in Art. 52 festgehalten wird, dass bei der Bestimmung der Entschädigung auch das Bestehen von Versicherungsverträgen berücksichtigt werden dürfe und dass auch bei freiwilligen Haftpflichtversicherungsverträgen ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Versicherer gelten soll⁷.

Die hinter diesem Entscheid stehende Wertung und die vorgenommene Ressourcenallokation ist klar: vorerst sollen Leistungen, auch vom Opfer selber finanzierte Versicherungsleistungen bezogen werden, ja praktisch aussichtslose Aertzehaftpflichtprozesse⁸ sollen durchgezogen werden. Das Risiko ist grundsätzlich auf den Privaten verlagert, auch wenn der Staat im Interesse der Allgemeinheit ansteckende Krankheiten bekämpfen

⁶ vgl. HAVE2003, S.29. Auf seine Auffassung der Lückenfüllerfunktion des Nationalen Garantiefonds im „Haftpflicht im Privatrecht“ wird vom Bger nicht eingegangen; vielmehr jegliche anderslautende Meinung mit der Aussage „Die Bundesdeckung ist somit (absolut) subsidiär gegenüber anderen Ersatzpflichtigen“ im Keime erstickt.

⁷ vgl. Dazu den erläuternden Bericht zur Gesamtrevision, S. 191 ff.

⁸ Klar dagegen Alfred Keller, a.a.O. S. 29

muss. Anders der deutsche BGH schon im Jahre 1953⁹ : wenn schon bei Impfungen im Interesse der Allgemeinheit ein Einzelner geschädigt wird, so hat dieses Sonderopfer auch die Allgemeinheit zu tragen.

Auch die zur Stützung angeführte Begründung, dass die Behörden selber ja keine schädigende bzw. eingreifende Handlung vorgenommen hätten und so ein Kanton für eine Gefahr einzustehen habe , die er nicht selber geschaffen habe, überzeugt nicht. Gemäss unserem föderalistischen System ist grundsätzlich der Kanton für das Gesundheitswesen zuständig, was u.a. ja bei der Spitalplanung und -finanzierung deutlich zum Vorschein kommt. Insofern ist es auch völlig sachgerecht, wenn für Impfschäden der Kanton auch die Ressourcen bereitstellen muss. Ob er dafür eine Prämie erhält oder ob das Kollektiv der Steuerzahler das finanziert, ist von untergeordneter Bedeutung.

II. **Ressourcenallokation und Zurechnung mithilfe der sog. Kausalität :**

„ You have to draw the line „

Diese Aussage kommt von einem berühmten amerikanischen Richter – Cardozo - im Zusammenhang mit Kausalitätsfragen. Irgendwo muss eine Grenzlinie gezogen werden und dies ist – allen gegenteiligen Beteuerungen zum Trotz – recht willkürlich. Wir Juristen haben die gute Gabe, das dann mit mehr oder weniger durchschlagenden Argumenten zu untermauern, es bleibt aber beim Ziehen einer Linie.

1992 habe ich im Zusammenhang mit Schockschäden versucht, das Problem in den Griff zu bekommen¹⁰ – ein Rückfall fand 1998 mit einer Publikation in der Festschrift Assista¹¹ statt - und habe dann die dreiteilige Symphonie als unvollendete abgeschlossen. Muss aber gestehen, dass mit den gehäuften Entscheiden des EVG zu Raubüberfällen und dem Verbrennungsanlageentscheid - alles Schockschäden - die Unvollendete beinahe wieder ein Revival erfahren hat.

Überfall mit anschliessenden psychischen Störungen als Unfallereignis

CaseTex Nr.: 4778

Fundort: 129 V 177, U 412/99

Instanz: EVG 19.12.2002

⁹ Entscheid 19.02.1953 , III ZR 208/51

¹⁰ siehe dazu Versicherungskurier 1992, S.

¹¹ siehe Festschrift Assista, 1998, Schaer, Boderlinesyndrom der Adäquanz, S.

...

Ein Raubüberfall ohne physische Gewaltanwendung erfüllt das Erfordernis der adäquaten Kausalität nicht; dabei ist der generelle Zurechnungsbegriff und nicht der spezielle mit den sieben Kriterien zu verwenden.

Sachverhalt:

Nach einem Überfall eines schwarz gekleideten Mannes mit Handfeuerwaffe macht X Schlaflosigkeit, Angstgefühle, panikartige Stimmungsschwankungen und Isolationstendenzen geltend. Der UV-Versicherer akzeptiert dieses Ereignis als Unfall, stellt aber später die Leistungen ein.

Erwägungen:

Das Schreckereignis als Unfall

" Rechtsprechung und Lehre haben schreckbedingte plötzliche Einflüsse auf die Psyche seit jeher als Einwirkung auf den menschlichen Körper (im Sinne des geltenden Unfallbegriffes) anerkannt und für ihre unfallversicherungsrechtliche Behandlung besondere Regeln entwickelt. Danach setzt die Annahme eines Unfalles voraus, dass es sich um ein aussergewöhnliches Schreckereignis, verbunden mit einem entsprechenden psychischen Schock, handelt; die seelische Einwirkung muss durch einen gewaltsamen, in der unmittelbaren Gegenwart des Versicherten sich abspielenden Vorfall ausgelöst werden und in ihrer überraschenden Heftigkeit geeignet sein, auch bei einem gesunden Menschen durch Störung des seelischen Gleichgewichts typische Angst- und Schreckwirkungen.

In jüngerer Zeit hat das EVG festgehalten, dass bei Schreckereignissen nicht nur die Reaktion eines (psychisch) gesunden Menschen als Vergleichsgrösse dienen kann, sondern in diesem Zusammenhang ebenfalls auf eine "weite Bandbreite" von Versicherten abzustellen ist.

Unfall ohne unmittelbar körperliche Einwirkung

Besonders ist in casu, dass das Ereignis - der Raubüberfall - den Körper selber nicht verletzte, sondern bloss eine psychische Störung verursachte. Ob dies den Unfallbegriff erfüllt oder nicht, kann offengelassen werden, denn nach Schlüssigkeitsmaxime sind auch die Erfordernisse der Kausalität zu prüfen.

Natürliche und adäquate Kausalität : der realitätsgerechte Masstab

Die Frage, ob ein Unfall nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, eine psychische Gesundheitsschädigung herbeizuführen, darf in der sozialen Unfallversicherung nicht auf den psychisch gesunden Versicherten beschränkt werden. " Vielmehr ist auf eine weite Bandbreite der Versicherten abzustellen. Hierzu gehören auch jene Versicherten, die aufgrund ihrer Veranlagung für psychische Störungen anfälliger sind und einen Unfall seelisch weniger gut verkraften als Gesunde. Die Gründe dafür, dass einzelne Gruppen von Versicherten einen Unfall langsamer oder schlechter verarbeiten als andere, können z.B. in einer ungünstigen konstitutionellen Prädisposition oder allgemein in einem angeschlagenen Gesundheitszustand, in einer psychisch belastenden sozialen, familiären oder beruflichen Situation oder in der einfach strukturierten Persönlichkeit des Verunfallten liegen. Somit bilden im Rahmen der erwähnten, weit gefassten Bandbreite auch solche Versicherte Bezugspersonen für die Adäquanzbeurteilung, welche im Hinblick auf die erlebnismässige Verarbeitung eines Unfalles zu einer Gruppe mit erhöhtem Risiko gehören, weil sie aus versicherungsmässiger Sicht auf einen Unfall nicht optimal reagieren.

Bei der Zurechnungsfrage, ob ein konkretes Unfallereignis den Kausalitätsanforderungen genügt, ist somit kein allzu strenger, sondern im dargelegten Sinne ein realitätsgerechter Massstab anzulegen. Das heisst aber

nicht, dass auf das Erfordernis der Adäquanz bei psychischen Gesundheitsschädigungen verzichtet werden kann (vgl. 123 V 98);

Mittelschweres Unfallereignis und die sieben Kriterien

- Massgebend ist das Unfallereignis, wenn
- besonders dramatische Begleitumstände gegeben sind
 - die Verletzungen schwer und erfahrungsgemäss geeignet sind, psychische Fehlentwicklungen auszulösen
 - die ärztliche Behandlung ungewöhnlich lang dauerte
 - Dauerschmerzen gegeben sind
 - die Dauer und der Grad der (physisch) bedingten Arbeitsunfähigkeit hoch sind
 - oder eine ärztliche Fehlbehandlung die Unfallfolgen verschlimmert hat

Besonderheit des Schreckereignisses: allgemeine Adäquanzformel ist anwendbar

Hier liegt kein somatisches Geschehen vor, so dass sich die Adäquanzkriterien für psychische Schädigungen als Folge einer körperlichen nicht eignen. Die besondere Eindringlichkeit des Ereignisses wird ja bereits bei der Frage, ob ein Unfallereignis gegeben ist oder nicht, berücksichtigt und darf somit nicht noch eine weiteres Mal als Zurechnungskriterium benutzt werden. " Mithin ist bei Schreckereignissen die allgemeine Adäquanzformel anzuwenden (gewöhnlicher Lauf der Dinge und allgemeine Lebenserfahrung) ".

in casu :

Der Raubüberfall ist in casu nicht geeignet, eine psychische Störung mit vollständiger Erwerbsunfähigkeit herbeizuführen. Wohl wurde X mit einer Pistole bedroht, es kam aber zu keinen Handgreiflichkeiten, auch fiel kein Schuss. Ein derartiges Ereignis ist nicht geeignet, einen dauernden erheblichen psychischen Schaden mit anhaltender Erwerbsunfähigkeit zu verursachen.

"Die übliche und einigermaßen typische Reaktion auf einen solchen Überfall dürfte erfahrungsgemäss darin bestehen, dass zwar eine Traumatisierung stattfindet, diese aber vom Opfer in aller Regel innert einiger Wochen oder Monate überwunden wird ...Die psychische Störung und die lang andauernde Erwerbsunfähigkeit können daher nicht mehr in einem weiten Sinne als angemessene und einigermaßen typische Reaktion auf das Schreckereignis bezeichnet werden ..."

Gleich hat das EVG in RKUV 1996, 215 entschieden, wo eine Vt auf der Strasse von einem Unbekannten angegriffen, zu Boden gedrückt und mit Tötungsabsicht gewürgt wurde.

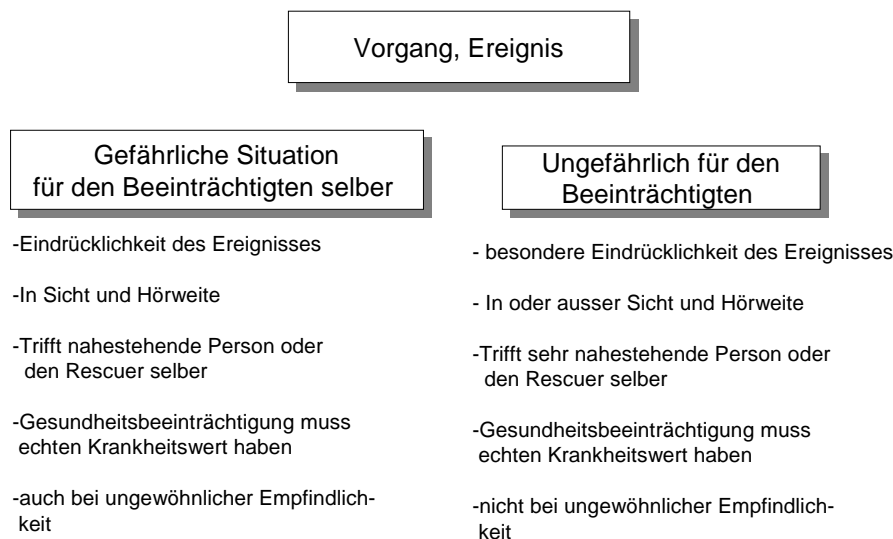
Der adäquate Kausalzusammenhang ist zu verneinen.

Ich wage zu bezweifeln, dass der juristisch-taktische Rückzug auf die allgemeine Formel hilft, das Enigma Kausalität ganz generell und insbesondere bei Schockschäden zu lösen. Vielmehr müsste ja gerade hier wegen der besonderen Ausgangslage ein spezifischer Anforderungskatalog Kausalität ausgearbeitet werden ¹² Dies setzt wiederum voraus, dass man

¹² Der Vollständigkeit halber :

- im Entscheid „ Ungezielte Schussabgabe und Schockschaden „ vom 02.04.2003 wurde die Zurechnungsproblematik mit der Verneinung des natürlichen Kausalzusammenhanges gelöst
- im Entscheid „ Raubüberfall und Schreckereignis „ – siehe oben – mit der Verneinung des adäquaten Kausalzusammenhanges
- im Entscheid „ Bedrohung mit Messer und Schockschaden“ - siehe CaseTex Nr. 4793 , EVG 19.03.2003 - wird ebenfalls über die Verneinung der Adäquanz das Zurechnungsproblem gelöst und

gesamthaft sämtliche Schockschadenereignisse auf ihre Spezialitäten untersucht und dies könnte u.U. zu folgender Gliederung führen :



Nicht dass diese Gliederung richtig sein muss ; überhaupt nicht. Aber sie könnte zumindest ein Ansatzpunkt für eine Auseinandersetzung in einem der kommenden Urteile bilden. Und dabei wäre bei Verwendung einer feinen juristischen Klinge nicht ausser acht zu lassen, dass der Verbrennungsfallentscheid des EVG¹³ doch eine erhebliche Affinität zum Hunterabsturzenscheid des Bundesgerichtes¹⁴ hat. Aber eben : hie sozialversicherungsrechtliche Zurechnung, da haftpflichtrechtliche und bekanntlich ist das nicht dasselbe. Ganz zu schweigen von einer intensiven Auseinandersetzung mit allen Lokomotivführerentscheidungen mit psychischen Folgen nach Überfahren von Suizidtätern.

Es geht mithin um Grenzziehung und damit um eine klare Wertung. Das EVG¹⁵ spricht von einem „ realitätsgerechten Masstab „. Fraglich ist nur, welches die Wertungselemente sind, die zu diesem Benchmark führen. Im Autobahntunnelfall hat das KG Waadt am 08.07.1985 festgehalten : „ il est necessaire, de fixer une limite. Sinon on en viendrait peu ä peu ä qualifier d'accident le simple fait de recevoir des mauvaises nouvelles».

-
- im Entscheid „ Verbrennungsfall „ – CaseTex Nr.4795, EVG 17.06.2003 - wurde nicht etwa die Kausalität bemüht, sondern bereits beim Unfallbegriff angesetzt und die Unmittelbarkeit des äusseren Faktors und damit der Unfall verneint.

13

14

15

Im Entscheid « Bedrohung mit Messer und Schreckereignis » - EVG 19.03.2003 , CaseTex Nr. 4793 - verweist das EVG unter anderem auch auf Maurer, der nicht zuletzt als Wertungselement für die Grenzziehung die Ressourcenallokation anspricht : " Maurer (a.a.O., S. 184) mahnt unter Hinweis auf Piccard (in: Gelpke/Schlatter, Unfallkunde, 2. Aufl. 1930,S. 23 ff.) zur Zurückhaltung und spricht psychischen Affektionen, die weder die Folge einer plötzlichen schweren Körperschädigung noch auch umgekehrt die unmittelbare Ursache einer solchen sind, die Eigenschaft eines Unfalles im Rechtssinne ab ".

An einem Symposium am 11. Dezember des vergangenen Jahres hat Ueli Meyer-Blaser mit aller Klarheit nochmals darauf hingewiesen, dass die Zurechnungskriterien der adäquaten Verursachung im Sozialversicherungsrecht und im Haftpflichtrecht nicht dieselben sind. Eine Nebenbemerkung hat mich aufhorchen lassen : « wiederholter Beteuerungen zum Trotz » . Ob er da wohl mich gemeint hat ? Hätten wir im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht denselben « realitätsgerechten Masstab » , so könnten wir uns viele Probleme vom Leibe halten, die mit dem Abschaffen des Haftungsprivileges des Arbeitgebers und Arbeitnehmers auf uns einströmen werden. Dazu aber später ein paar Hinweise. The other side of the coin : . Probleme schaffen auch Arbeitsplätze und Professoren haben die Chance, Gutachten zu schreiben und Vorträge zu halten.

Das EVG hat die unterschiedliche Abgrenzung durch Kausalität verschiedentlich betont, so u.a. auch im Entscheid vom 21.05.97 : die wertende Zurechnung sei nicht gleich, denn insbesondere habe der soziale Unfallversicherer keine Möglichkeit eines differenzierten Schadenausgleichs wie der Haftpflichtige, der gestützt auf OR 43 noch steuernd und begrenzend einwirken könne. Der Begriff der Adäquanz sei, so das EVG, wohl in allen Rechtsgebieten derselbe. Hingegen unterschieden sich die gesetzlichen Haftungsvoraussetzungen, was zur differenzierten Anwendung des Adäquanzbegriffes z.B. im Haftpflichtrecht führt. Zu beachten sei, dass die zivilrechtliche Praxis selbst bei weitgehender Preisgabe der steuernden oder begrenzenden Funktion des Adäquanzbegriffes ... im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht nach OR 43 f. immer die Möglichkeit zu einem differenzierten Schadenausgleich habe, wenn die Haftungsvoraussetzungen im Grundsatz bejaht würden. Demgegenüber sei mit Inkrafttreten des UVG das bisherige Kürzungskorrektiv des KUVG 91 durch den bisherigen UVG 36 stark eingeschränkt worden. Der Vollständigkeit halber : dies im Gegensatz zum Militärversicherungsrecht, wo bei konkurrierenden Schadenursachen Teilleistungen ausgesprochen werden dürfen¹⁶ .

In dieser Formulierung schwingt der Entscheid Saccheli nach wie vor mit, obschon gerade dieser ausgeflippte Fall - und hard cases make bad law - überhaupt nicht repräsentativ¹⁷ ist für im Grunde genommen nur in der Theorie stattfindende Schadenausgleichssteuerungen über den Art. 43 OR.

¹⁶ vgl. Dazu Schaer in Borderlinesyndrom, S.

¹⁷ Vgl. Dazu Schaer, Grundzüge, Rz ...

Mit anderen Worten : die Zurechnungsmöglichkeiten im Haftpflichtrecht sind weiter, umfassender. Fälle, die gemäss UVG abgelehnt werden können, können ohne weiteres haftpflichtrechtlich relevant sein. So ausdrücklich das EVG am 19.12.1989¹⁸: « Eine Haftung für Begehrungsneurosen ... besteht somit in der obligatorischen Unfallversicherung - im Gegensatz zum privaten Haftpflichtrecht¹⁹ - weiterhin nicht ...". An die massgebende Bedeutung der Unfallursache in der sozialen Unfallversicherung werden höhere Anforderungen gestellt als im privaten Haftpflichtrecht. Die Abgrenzung adäquater von nichtadäquaten Unfallfolgen kann in beiden Rechtsgebieten unterschiedlich ausfallen.

Konsequent zu Ende gedacht : die Chancen, in Grenzfällen eine Leistung des Haftpflichtigen zu erhalten, sind wesentlich grösser, als dass der soziale Unfallversicherer Deckung gewährt. Darüber hinaus könnten Folgeschäden, die vom Unfallversicherer als vorbestehende ab einem bestimmten Zeitpunkt nach dem Unfallereignis nicht mehr übernommen werden, allenfalls haftpflichtrechtlich immer noch relevant sein.

In einem Aufsatz in der Festschrift Assista 1998 mit dem Titel « Borderlinesyndrom der Adäquanz » habe ich dies schlagwortartig als „ das zivile Haftpflichtrecht als Auffangbecken für intensitätsarme Adäquanzen „ bezeichnet. und gleichzeitig versucht, mein Unbehagen mit dieser Wertung vom Leibe zu schreiben und bin damit natürlich wiederum in die Falle des Enigmas Kausalität getappt. Sollte unser Urvater der Sozialversicherung, Forrer , vor mehr als 100 Jahren doch nicht recht gehabt haben, als er sagte , soziale Versicherung sei Frieden, Haftpflicht sei Krieg ? .

Wie einleitend gesagt : You have to draw the line

Nun könnte man ja einwenden : dies spielt doch keine Rolle. Wir sind damit bis heute klar gekommen und damit « so what » ? . Nun ich glaube, so einfach dürfte dies seit dem 1.1.2003 nicht mehr sein. Auf diesen Zeitpunkt wurde ja bekanntlich das Haftungsprivileg des Arbeitgebers aufgehoben und damit wohl etwas in Bewegung gesetzt, das man wohl nicht vorausgesehen hat. Wie vorne schon erwähnt : Vorausssehbarkeit ist eine juristisch wichtige Messgrösse. Und wird nun diese Entwicklung bei der Zurechnungsproblematik in Zusammenhang gesetzt mit der richterlichen Rechtsfortentwicklung im Zusammenhang mit Haftungs begründungen, so dürften sich einige Gewitterwolken über uns zusammenziehen.

Jedenfalls sei es dem vorsichtigen Betriebshaftpflichtversicherer ans Herz gelegt, seine IBNR zu äuffnen. Es geht um Ressourcen und um deren

¹⁸ vgl. CaseTex Nr. 2126 bzw. 115 V 413, RKUV 1990,198, Pra 1991 Nr.108

¹⁹ eine im übrigen nicht sehr differenzierte Aussage

Allokation. Die Deep Pockets werden hier geortet, nicht bei der Sozialversicherung.

III. Inkohärenz der Rechtsordnung und richterliche Rechtsfortentwicklung

Mit dem Schachtrahmenentscheid hat das Bger eine umfassende Produkthaftung – auch für kommerziell genutzte Produkte – über eine richterliche Rechtsfortentwicklung eingeführt und damit OR 55 extrem ausgeweitet. Nicht nur die cura in instruendo, custodiendo und eligendo ist ausschlaggebend, sondern die Arbeitsprozesse generell; diese müssen so sein, das kein defektes Produkt die Herstellungsstätte verlassen kann²⁰.

Mit der Geschäftsherrenhaftung – nach altem Verständnis - und den damit verbundenen Entlastungsmöglichkeiten könnte sich der Arbeitgeber im ausservertraglichen Verhältnis der Haftung für fehlerhaftes Verhalten seiner Hilfspersonen weitgehend entziehen. Er erbringt den Entlastungsbeweis und damit würde der Mitarbeiter allein auf weiter Flur stehen.

Damit stellt sich die Frage, was dann zu gelten hat, wenn aufgrund einer hierarchischen Organisation Kompetenzen delegiert werden. Kann sich ein Arbeitgeber praktisch von einer Haftung freizeichnen dadurch, dass er Kompetenzen delegiert? Und auch hier – besondere Fallkonstellationen haben jeweiligen extreme Auswirkungen – hat das Bundesgericht²¹ Rechtsfortbildung in einem Ausmass betrieben, das es wohl selber nicht realisiert hat. Es geht um die Frage der Verhaltenszurechnung trotz hierarchischer Arbeitsorganisation. Und zwar ging es um folgenden Sachverhalt:

Bei der Reinigung eines Stalles - vom kt. Landwirtschaftsinstitut des Kt.Jura betrieben - wird das Rollgerüst durch einen von einem Lehrling nicht genügend überwachten und deshalb entweichenden jungen Stier berührt, was zum Sturz eines anderen, mit der Reinigung beschäftigten Lehrlings führt.

²⁰ Dass derartige grundlegende Entscheide auch in Gesamtrevisionen einfließen, ist naheliegend. Der einschlägige Artikel 49a soll wie folgt lauten²⁰:

Die Person, die sich zum Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, haftet für den Schaden, der im Rahmen ihrer Tätigkeiten verursacht wird, es sei denn, sie beweise, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten.

²¹ Bger 07.01.2002, CaseTex Nr.: 4683 , 4C.296/2001, 128 III 76 ff., BGer 07.01.2002.

Zusammengefasst gilt: Eine hierarchische Arbeitsorganisation kann nicht dazu führen, dass ein Verhalten oder ein Unterlassen eines Mitarbeiters nicht einem Organ zugerechnet wird.

Der Unfallversicherer erbringt Leistungen und versucht zu regressieren. Dies setzt bekanntlich grobe Fahrlässigkeit voraus und zwar nach alter Schule eines Organs des Unternehmers, nicht bloss eines Mitarbeiters. Dass dieser, wenn er persönlich haftbar gemacht werden könnte, auch noch die Problematik des Regressausschlusses in der Haftpflichtversicherung angehen müsste, sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

Für uns ist ausschlaggebend die Feststellung des Bundesgerichtes, dass grundsätzlich eine Arbeitsdelegation an der Organhaftung nichts ändere. Gemäss OR 55/2 werde das Verhalten eines Organs dem Arbeitgeber zugerechnet. Dies gelte für das persönliche Verhalten und Unterlassen - mangelhaftes Sicherheitskonzept - des Betriebsleiters, insbesondere aber auch dann, wenn dieser Kompetenzen an Mitarbeiter weitergibt. Deren Verhalten oder Unterlassen wird ihm zugerechnet. Eine hierarchische Struktur dürfe nicht dazu führen, dass die Haftung des Arbeitgebers mangels Zurechenbarkeit eines Verhaltens oder Unterlassens abgeschwächt wird.

" Cependant, s'il a délégué ses compétences à son collaborateur, celui-ci devient, en raison de cette délégation, un organe de l'employeur. Toute autre construction juridique reviendrait à dire qu'il suffit d'avoir une structure hiérarchisée pour que la responsabilité de l'employeur se dilue, ce qui n'est pas acceptable. Il faut rappeler que l'employeur est tenu d'assurer la sécurité de ses employés (art.328 al. 2 CO)".

In casu ist davon auszugehen, dass ein grobfahrlässiges Unterlassen anzunehmen ist. Ein Lehrling, der bloss mit einer Heugabel ausgestattet, 8 junge Stiere in einer Stallecke unter Kontrolle halten will, während der andere auf einem hohen Gerüst, das zudem keine Abschränkungen aufweist, Reinigungsarbeiten vorzunehmen hat, handelt grobfahrlässig.

" Du moment que l'accident était prévisible en raison de la manière dangereuse de procéder au nettoyage, les règles de précaution les plus élémentaires, dont le respect s'imposait à toute personne raisonnable placée dans la même situation, ont été violées ... En considérant dans de pareilles circonstances qu'il y avait faute grave imputable à l'employeur et que celui-ci ne pouvait se prévaloir de l'art. 44 LAA, la cour cantonale n'a pas transgressé le droit fédéral... "

Das heisst mit andern Worten, eine hierarchische Arbeitsorganisation darf nicht dazu führen, dass die Haftung des Arbeitgebers abgeschwächt wird. Oder positiv ausgedrückt : für alle Handlungen oder Unterlassungen, die in Ausübung dienstlicher Verrichtungen anfallen, findet eine Zurechnung statt. Und zwar nicht nur im innerarbeitsvertraglichen Verhältnis, sondern mit der Anrufung von OR 55 auch auf ausservertragliche Schadenersatzansprüche.

Das Verschulden einer Hilfsperson wird grundsätzlich in einer arbeitsteiligen Welt einem Organ zugerechnet und damit greift OR 55 generell.

Die Ausreisserhaftung gemäss Schachtrahmenfall findet ihre Ergänzung in einer umfassenden Organhaftung bei Kompetenzdelegation.

Mit dieser umfassenden Zurechnung dürfte damit auch VVG 59, ein Relikt aus alter Zeit, das Schicksal von OR 113 teilen. Man braucht ihn schlicht nicht mehr. Dieser Artikel, der zu den halbzwingenden gehört, besagt bekanntlich, dass eine Betriebshaftpflichtversicherung sich auf die Haftpflicht der Vertreter des Versicherungsnehmers sowie auf die Haftpflicht der mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen erstrecken muss. Wird aber das Verhalten von Hilfspersonen in einer hierarchischen Arbeitswelt diesen Organen zugerechnet und gilt dies als deren persönliches Verschulden, so ist VVG 59 Makulatur geworden. Die mit ihm gekoppelte Einschränkung der Versicherungsdeckung für Arbeitnehmer und Hilfspersonen bei Regress- und Ausgleichsansprüchen Dritter - gemeint sind v.a. die Sozialversicherer - wird über die Zurechnung an leitende Mitarbeiter mit diesem Entscheid völlig bedeutungslos. Dies gilt nicht etwa nur im Aussenverhältnis, sondern auch im Innenverhältnis bei der Schädigung eines Mitarbeiters, wie insbesondere der erwähnte Entscheid auch zeigt.

Was dies seit dem 1.1.2003 und damit dem Wegfall des Haftungsprivilegs bedeutet ist klar : jede Schädigung eines Mitarbeiters durch einen anderen, die mit einer Haftung gekoppelt ist, führt dazu, dass der Sozialversicherer Regress nehmen kann. Denn der Arbeitgeber wird wegen der hierarchischen Arbeitsorganisation persönlich haftbar und damit kann sich der Betriebshaftpflichtversicherer nicht auf den Deckungsausschluss Regressansprüche berufen .

Und damit nochmals der Hinweis : äuffnen Sie die IBNR .

Und wenn wir schon bei diesen wegweisenden Entscheiden des Bundesgerichtes sind, gestatten Sie mir noch kurz auf den Baugrubenentscheid hinzuweisen.

Nahtlos lässt sich das im Oktober 2002 vom Bundesgericht neu kreierte Grundprinzip – oder ein allgemeiner Rechtsgrundsatz – hier anfügen. Und zwar sagt das Bger zum Begriff „ Risikohaftung „ folgendes :

" Diese beruht auf dem sowohl vertraglich wie ausservertraglich gültigen Prinzip, dass das Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Tätigkeit von jenem zu tragen ist, in dessen Interesse und zu dessen Nutzen sie ausgeführt wird..... Die Haftung greift allerdings nur dann, wenn sich das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko verwirklicht. Nicht davon erfasst werden sogenannte Zufallsschäden. Deshalb ist eine Haftung zu verneinen, falls sich nicht das besondere Tätigkeitsrisiko, sondern das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht hat... "

Ist man aufmerksam genug, feinhörig genug, so ist die Aussage des Bundesgerichtes von extremer Bedeutung, nicht etwa bloss leicht hingeworfen, sondern ein Kernsatz mit einer enormen Tragweite. Die Nutzen – Schaden- Relation als Zurechnungskriterium. Dahinter verbirgt sich nichts anderes als eine Ressourcenallokation oder im öffentlich-rechtlichen Jargon : ein Lasten- oder Risikoausgleich. Und damit ist die gedankliche Assoziation zum Verhaltens-, Zustands- und Finderstörer gemäss Umweltschutzrecht nicht mehr weit.

Mit anderen Worten : das Bundesgericht prägt den Grundsatz oder das allgemein gültige Rechtsprinzip, dass das Risiko schadensgeneigter Tätigkeit von dem zu tragen ist, in dessen Interesse und zu dessen Nutzen diese Tätigkeit ausgeführt wird.

In Anbetracht der Bedeutung dieses Grundsatzes sei er nochmals stand-alone dargestellt :

Es gilt sowohl vertraglich wie ausservertraglich das Grundprinzip, dass das Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Tätigkeit von jenem zu tragen ist, in dessen Interesse und zu dessen Nutzen sie ausgeführt wird.

Auch wenn der Vorwurf der Trivialität aufkommen könnte : dieses Lastenausgleichsprinzip – wer den Vorteil hat, muss auch den Schaden tragen - bewegt sich weit weg von den herkömmlichen Zurechnungskriterien im Haftpflichtrecht, deckt sich aber ganz eindeutig mit der mit dem Schachtrahmenfall ²²angezogenen Ausreisserhaftung bzw. der Organisationshaftung für mangelhafte Produkteherstellung und der Organisationshaftung für fehlerhaftes Verhalten sämtlicher Mitarbeiter gemäss dem Kompetenzdelegationsentscheid.

Die Inkohärenz der Rechtsordnung hinsichtlich Haftungs begründung wird durch die richterliche Rechtsfortbildung abgeschwächt. Nimmt man als Trendsetter noch die Organisationshaftung des Reiseveranstalters und – vermittlers auf, so rundet sich das Bild : wer den Profit hat, soll selbst dann für mangelhafte Leistungen einstehen, wenn diese durch unabhängige Dritte erbracht werden. In der Schweiz in Anlehnung an die EU-Richtlinie im Pauschalreisegesetz geregelt :

²² Bger 09. 10.84, CaseTex Nr. : 250

Pauschalreisegesetz (in Anlehnung an die RL der EU über den Reiseveranstalter)**Art. 14 Haftung; Grundsatz**

¹ Der Veranstalter oder der Vermittler, der Vertragspartei ist, haftet dem Konsumenten für die gehörige Vertragserfüllung, **unabhängig davon, ob er selbst oder andere Dienstleistungsträger die vertraglichen Leistungen** zu erbringen haben.

² ...

Art. 15 Ausnahmen

¹ Der Veranstalter oder der Vermittler haftet ...nicht, wenn die Nichterfüllung oder die nicht gehörige Erfüllung des Vertrages zurückzuführen ist:

- a. auf Versäumnisse des Konsumenten;
- b. auf **unvorhersehbare** oder **nicht abwendbare** Versäumnisse Dritter, die an der Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistungen nicht beteiligt sind;
- c. auf **höhere Gewalt** oder auf ein Ereignis, welches der Veranstalter, der Vermittler oder der Dienstleistungsträger **trotz aller gebotenen Sorgfalt nicht vorhersehen** oder abwenden konnte.

² In den Fällen nach Absatz 1 Buchstaben b und c muss sich der Veranstalter oder der Vermittler, der Vertragspartei ist, darum bemühen, dem Konsumenten bei Schwierigkeiten Hilfe zu leisten.

Schlicht : In unserer Massen-Konsumgesellschaft und der damit verbundenen Veränderung der Wertvorstellungen hat derjenige, der den Nutzen hat, auch den Schaden zu tragen.

IV. Schadensgeneigte Tätigkeit und Freistellungsanspruch

Damit diese eher abstrakte, sprachliche Konstruktion konkreter wird, lassen Sie mich das Problem mit der Person von Durlemann, der endlich Ruhe gefunden hat, erklären. Durlemann musste im Auftrag seines Arbeitgebers mit einem Gasbrenner die Farbe an einer Aussentür entfernen, er wusste dabei nicht, dass sich leicht entflammbares Material dahinter befand und es kam, wie es kommen musste. Der Regress des Sachversicherers gegen den Arbeitgeber wurde abgelehnt, weil dieser als vertraglich Haftender auf gleicher Stufe stehe wie der Versicherer, und so weder gemäss VVG 72 noch OR 51 ein Regress möglich sei. Hingegen sei dieser gegen den Arbeitnehmer gestützt auf dessen ausservertragliche Haftung möglich, wobei allerdings die Verhältnismässigkeit verlange, dass der Regress nicht vollumfänglich, sondern nur zu 20% erfolgen dürfe.

Dies würde bedeuten, dass das Risiko des geschäftlichen Handelns in bestimmten Fallkonstellationen auf den Arbeitnehmer übertragen werden würde. Der Lastwagenchauffeur, der das geleaste teure Fahrzeug in den Strassengraben fährt, müsste - sofern nicht die Theorie des „ermächtigten Lenkers“ greift, was verschiedene Schweizer Versicherer immer noch nicht

verstanden haben²³ – auf den Regress des Kaskoversicherers eintreten, während der Arbeitgeber nicht belangt werden kann. Mit den neuen wegweisenden Entscheiden des Bundesgerichtes wäre die Problematik eigentlich gelöst. Aber bereits früher gab es in Anbetracht der stossenden Ausgangslage Lösungsansätze für diese Problematik.

Und zwar mit dem sog. Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Tätigkeit. Ein Arbeitnehmer verrichtet dann eine gefahrgeneigte Tätigkeit, wenn selbst einem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen, die für sich allein betrachtet vermeidbar wären, die aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit und der besonderen Risikosituation der Tätigkeit vorkommen können. In Deutschland hat man sich bereits gegen Ende der 50-er Jahre²⁴ mit dem sog. **Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers** befasst. Übt dieser eine gefahrgeneigte Tätigkeit – bejaht für Kranführer, Lastwagenfahrer, Lokomotivführer, Piloten und andere – aus, so hat ihn der Arbeitgeber für nicht grob schuldhaft verursachte Schädigungen freizustellen²⁵. Im internen Verhältnis führt dies zu einem Haftungsausschluss, im externen Verhältnis bleibt der Arbeitnehmer an sich haftbar, hat aber einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber. Damit verbleibt eigentlich nur noch das Insolvenzrisiko des Arbeitgebers beim Arbeitnehmer, aber grundsätzlich wird sein Haftungsrisiko auf den Arbeitgeber überwältigt²⁶.

Nicht entscheidend²⁷ ist dabei, ob diese besondere Haftungssituation im Dreiecksverhältnis Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Dritter allenfalls auf arbeitsvertraglichen Überlegungen beruht, mit denen es sich nicht verträgt, dass der Arbeitnehmer mit Schäden und Ersatzansprüchen belastet wird, die sich aus der besonderen Gefahr und Eigenart der ihm übertragenen Arbeit ergibt oder ob man ausgehend vom Betriebs- und Organisationsrisiko dieses gestützt auf Treu und Glaube dem Arbeitgeber generell anlastet und ihn damit auch haftbar werden lässt.

Verursacht ein Arbeitnehmer in Ausübung seiner dienstlichen Verrichtungen einen Schaden einem Dritten – dies kann auch ein Mitarbeiter sein -, so hat der Arbeitgeber ihn von allfälligen Schadenersatzansprüchen freizustellen. Ist der Versicherungsschutz durch die abgeschlossene Haftpflichtversicherung ungenügend, so hat der Arbeitgeber dieses Risiko zu tragen, nicht etwa der Arbeitnehmer.

Mit anderen Worten und um unser Beispiel von Durlemann wiederum aufzugreifen : Durlemann muss die 20% des regressierenden Sachversicherers übernehmen und kann dann seinem Arbeitgeber gegenüber einen

²³ vgl. dazu meine Ausführungen anlässlich der St. Galler Haftpflichttage 1995 und CaseTex Nr.3371

²⁴ Beschluß des Großen Senats vom 25.9.1957 BAGE 5, 1 (7)

²⁵ vgl. dazu auch Die Haftung des angestellten Berufspiloten für Schäden bei der Berufsausübung Schmid, Dr. Ronald
VersR 84,714 VersR 1984, 714 .

²⁶ vgl. BGH 19.09.89 ,VersR 1989, 1197

²⁷ vgl. VersR 1989, 1197

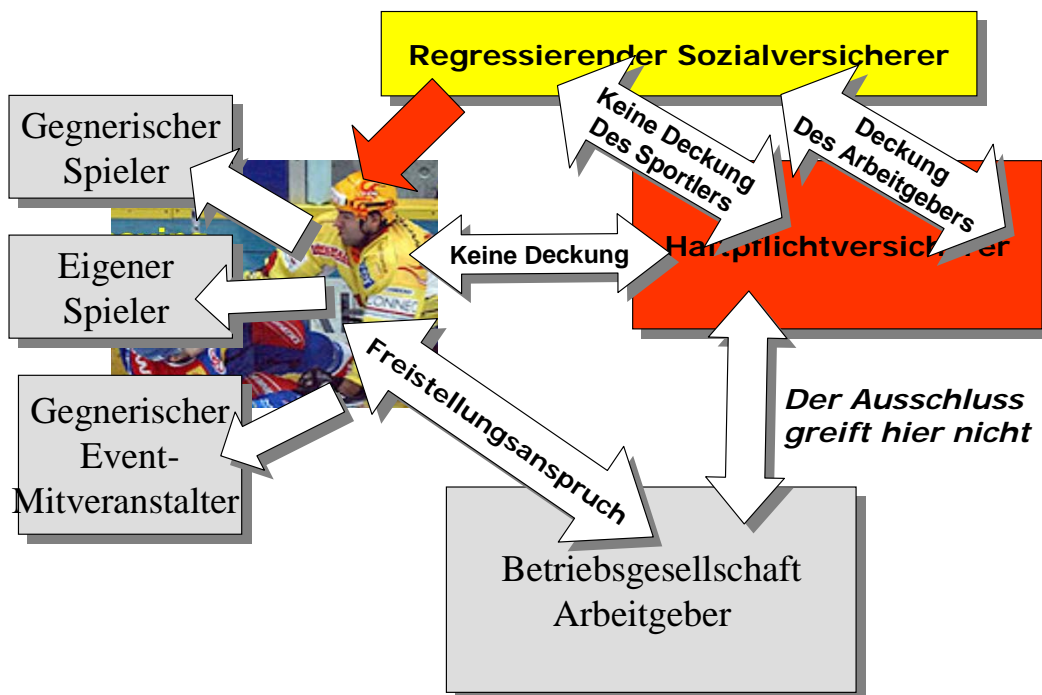
Freistellungsanspruch geltend machen. Dieser wird seinerseits mit seinem Betriebshaftpflichtversicherer ein intensives Gespräch führen müssen, denn der wird nun die Deckungseinschränkung der ausgeschlossenen Regressansprüche bei Arbeitnehmern ins Feld führen. Wird der Freistellungsanspruch aber als Haftpflichtanspruch gestützt auf das Arbeitsverhältnis betrachtet, so handelt es sich um einen Anspruch gegen den Arbeitgeber selber und damit wäre die Deckungseinrede irrelevant.

Diese Problemlösung erscheint als billig und gerecht, nimmt auf die Interessen- und Risikolage Rücksicht und wird nicht etwa nur in Deutschland angewandt, sondern hat – neben meinen Ausführungen dazu im Jahre 1995 in St.Gallen – nun auch Rehbinders²⁸ und neu auch Bettina Kahil-Wolff²⁹ als gewichtige Stützen für eine - fast könnte man sagen - herrschende Doktrin gefunden.

Nimmt man den erwähnten Entscheid des Bundesgerichtes über die Kosten/Nutzenrelation, d.h. die Interessenlage gekoppelt mit einem Gefährdungspotential – immerhin als Grundprinzip statuiert – dazu, so darf ohne weiteres der Freistellungsanspruch als Konkretisierungsfall dieses Grundprinzips betrachtet werden.

Besonders augenfällig wird die Problematik, wenn wir sie am Beispiel des Profi-Wettkampfsportlers aufzeigen.

Die gefahrsgeneigte Tätigkeit im Mannschaftskampfsport



²⁸ Rehbinders, Schweiz. Arbeitsrecht, Bern 2002, S. 80
²⁹ in HAVE 4/2003, S. 304

Hier gilt nach den einschlägigen AVB und BB nicht nur der Regressausschluss für den Arbeitnehmer, sprich Sportler, sondern darüber hinaus wird in einer BB-Klausel festgehalten, dass Haftpflichtansprüche unter Sportlern grundsätzlich ausgeschlossen sind. Auf den ersten Blick somit eine recht ungemütliche Ausgangslage für den Profi selber. Auf den zweiten hingegen zeigt sich, dass über den Freistellungsanspruch der Arbeitgeber für eine allfällige Haftung des Arbeitnehmers aufkommen muss, denn damit ist seine persönliche Haftung angesprochen und der Ausschluss „ Regresse Dritter „ gar nicht zum Tragen kommen kann.

Dies gilt grundsätzlich - aber wohlverstanden nur grundsätzlich, denn im Verhältnis des prämienzahlenden Arbeitgebers zu einem regressierenden Sozialversicherers stellen sich zusätzlich noch bestimmte Fragen - auch für den Regressanspruch eines Sozialversicherers. Wird dieser dem Arbeitgeber gegenüber geltend gemacht, so besteht vollumfängliche Deckung durch die Betriebshaftpflichtversicherung, die Ausschlüsse, die ja nur für den Spieler greifen, spielen keine Rolle. Sollte ein Sozialversicherer nur auf einen Sportler persönlich zurückgreifen wollen, so hätte dieser einen Freistellungsanspruch gegenüber seinem Arbeitgeber, der gegenüber dem Haftpflichtversicherer wiederum eine uneingeschränkte Deckung geltend machen kann. Dies gilt zumindest für Regressansprüche von Sozialversicherern, die aufgrund von Schädigungen von gegnerischen Spielern geltend gemacht werden³⁰. Wird ein Mitspieler verletzt, was im Training, wo es häufig auch um die Ausmarchung des Aufgebotes geht, so stehen wir vor der Sondersituation der Schädigung eines Arbeitnehmers durch einen andern. Und da hier das Haftungsprivileg gemäss ATSG ja auch weggefallen ist, könnte an sich der Sozialversicherer bei gegebener Haftung regressieren. Aber auch hier wiederum die Problematik des Freistellungsanspruchs und damit die Haftung des Arbeitgebers, der gleichzeitig Prämienzahler ist.

V. Das weggefallene Haftungsprivileg und die vergessene Haftungersetzung durch Versicherungsschutz

Zum Abschluss noch einige Hinweise auf den bereits erwähnten Art. 75 ATSG. Bettina Kahil-Wolff hat bereits darauf aufmerksam gemacht, dass eigentlich gleichzeitig auch das OR hätte geändert werden müssen und zwar hinsichtlich des Freistellungsanspruches. Bis Ende 2002 galt das sog. Haftungsprivileg : der Arbeitgeber, aber auch Arbeitskollegen untereinander hafteten nicht bei bloss leichtfahrlässiger Verursachung eines Schadens, zumindest im Rahmen der kongruenten Schadensforderungen.

Neu nun ist dieses Haftungsprivileg aufgehoben. Im Zuge der europäischen Harmonisierung dürfte interessant sein, dass in Deutschland das Haftungsprivileg sogar ausgeweitet wurde : der Arbeitgeber bzw.

³⁰ Für verletzte eigene Spieler – bsp. grobfahrlässige Verletzung eines Mitspielers beim Training – gilt an sich das Regressprivileg, sofern das Verschulden des fehlerhaften Spielers nicht dem Arbeitgeber zugerechnet wird. Hier haben wir es zudem mit dem Sonderproblem zu tun, dass der Arbeitgeber die Prämienzahlung für zumindest die Unfallversicherungsdeckung erbracht hat.

Arbeitskollegen untereinander haften nur noch bei vorsätzlicher Schadensverursachung. Wir driften völlig auseinander.

Die Schweiz könnte sich zur Rechtfertigung allerdings auf die Aufhebung des Haftungsprivilegs auf Frankreich berufen, das denselben Schritt mittels eines die Gesetzesnorm aushebelnden Gerichtsurteils gegangen ist . So hat der Cour de Cassation , die Chambre sociale³¹ in einem Grundsatzurteil am 28.02.2002 entschieden, dass ein Arbeitgeber auch für lange zurückliegende Asbestschäden haften und zwar selbst dann, wenn ihm kein Verschulden vorgeworfen werden könne. Die Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer wird in eine Kausalhaftung umgewandelt. Juristische Fiktion : es wird davon ausgegangen, dass selbst für lange zurückliegende Fälle ein Kennenmüssen angenommen werden müsse .

Im Recht gilt aber bekanntlich der Grundsatz : hard cases make bad law . Man sollte ein Gesetz nicht wegen extrem liegender Fälle in Kraft setzen oder umgestalten. Und dies dürfte bei Asbestschäden sicherlich zutreffen.

Deshalb dürfte der Approach von Finnland³² bei diesen ausgefallenen Problemstellungen sicherlich der weisere gewesen sein. Mangels

³¹ Siehe CaseTex Nr : 4588 , VersRAI 2002,45

Sachverhalt :

In 30 Verfahren verlangten durch Asbest geschädigte Arbeiter Schadenersatz vom Arbeitgeber. Diese Haftung setzt an sich gemäss Code de la sécurité sociale L. 452-1 eine „ faute inexcusable „ voraus, was der groben Fahrlässigkeit entspricht. Streitig war, ob der Arbeitgeber die von Asbest ausgehende Gefahr frühzeitig genug hätte erkennen können. Dagegen spricht, dass erst 1977 eine spezielle Vorschrift in Frankreich erlassen und erst 1997 die Verwendung von Asbest verboten wurde.

Erwägungen :

Es wurde entschieden, dass unabhängig vom Zeitpunkt der Tätigkeit des Arbeitnehmers der Arbeitgeber die Gefahr hätte erkennen müssen. Dies selbst für den Fall, dass ein Kontakt mit Asbest nur von 1949 bis 1959 erfolgte. Dem Arbeitgeber obliege nicht etwa nur eine Obligation de moyens, sondern eine Obligation de resultat. Der Arbeitgeber haften damit sogar dann, wenn die von ihm ergriffenen Massnahmen keinen Erfolg zeitigten. Damit wurde gegen den Wortlaut des Gesetzes entschieden und eine eigentliche Erfolgshaftung des Arbeitgebers statuiert. Damit hat das Gericht den Gesetzgeber „überholt“, da dieser daran war, gerade wegen der Asbestschäden eine Gesetzesänderung vorzubereiten ³¹. Damit wird dem Grundsatz der Totalreparation nachgekommen, wobei gleichzeitig die Haftung von einer Verschuldenshaftung für grobe Fahrlässigkeit in eine Kausalhaftung umgewandelt wird.

³² OGH 31.07.1998, CaseTex Nr.: 4590 , VersRAI 2000, 27

Sachverhalt :

Bei einem Bauarbeiter, der 1960 – 1975 mit Asbest gearbeitet hatte, traten 1991 Krankheitsfolgen auf. Haftet der Arbeitgeber ?

Erwägungen :

In den 60-er und 70-er Jahren war die tatsächliche Gefahr von Asbest noch nicht allgemein bekannt. Eine Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers aus Verschuldenshaftung kann hier nicht in Frage kommen, an einer eigentlichen Gefährdungshaftung des Arbeitgebers fehlt es hier. Wohl sind Gefährdungshaftungen bei besonders gefährlichen Tätigkeiten als gegeben zu

Erkennbarkeit der Gefährlichkeit von Asbest vor 1975 wird eine Haftung verneint; zudem bestehe grundsätzlich Versicherungsschutz und die Belastung des Arbeitgebers könnte zu unerwünschten Problemen führen.

Auch hier klar : Ressourcenallokation

Mit der Aufhebung des Haftungsprivileges gehen wir in der Schweiz einen Sonderweg, der grundsätzlich nicht in das System passt und uns in einer europäischen Harmonisierung nur Probleme schaffen wird.

Schade . Gesetzungsgebungstätigkeit sollte vorausschauend sein.

Dass der Arbeitgeber nach wie vor verpflichtet ist, die Unfallversicherungsprämien für Berufsunfälle voll zu bezahlen – und dies war ursprünglich auch ausschlaggebender Grund für die Haftungsprivilegierung neben der Tatsache, dass der Arbeitsfrieden aufrecht erhalten werden und deshalb Haftpflichtfragen unter Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundsätzlich vermieden werden sollten - wird nicht erwähnt³³.

Nun gilt aber der bereits vorne erwähnte Grundsatz, dass der Haftpflichtige, der mit Prämienzahlungen eine Versicherungsleistung finanziert hat, die dem Geschädigten zugute kommt, diese Leistungen an den Haftpflichtanspruch anrechnen kann³⁴. Dies gilt nicht nur für die obligatorische Unfallversicherung, sondern auch für weitergehende freiwillige, vom Arbeitgeber finanzierte Versicherungsdeckungen. Mit andern Worten: nach wie vor ist von einer eigenfinanzierten Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz auszugehen.

Das heisst mit andern Worten : im Rahmen der kongruenten Schadensposten verändert sich im Grunde genommen nichts. Der Regress des Sozialversicherers ist ausgeschlossen und für die nichtgedeckten, kongruenten Schadenspositionen hätte der geschädigte Arbeitnehmer einen direkten Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitgeber. Wobei aber auch hier zu berücksichtigen ist, dass gemäss Arbeitsvertragsrecht – Art. 324b OR - das in diesem Zusammenhang nicht geändert wurde, der Arbeitgeber

betrachten. Der OGH setzt eine offensichtliche grosse Gefahr durch die Verwendung oder Lagerung grosser Energiemengen oder gefährlicher Stoffe voraus.

In casu sei aber davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer gegen Arbeitsunfälle versichert sei und den grössten Teil seines Schadens ersetzt erhalte. Für den Arbeitgeber hingegen könne die Belastung mit einer Gefährdungshaftung unvorhersehbare und unbillige Konsequenzen haben. Die später gewonnene Erkenntnis von der besonderen Gefährlichkeit des Asbestes kann nicht zu einer verschuldensunabhängigen Haftung führen.

³³ vergeblich sucht man nach einem Hinweis im Kommentar Kieser zu ATSG 75

³⁴ so 65 II 262. Dieses Grundprinzip besteht nach wie vor und erfährt auch keine Änderung durch den in der Gesamtrevision Haftpflichtrecht aufgenommenen Art. 54 i, wonach Leistungen aus einer nichtobligatorischen Versicherung, die vom Haftpflichtigen finanziert wurden, angerechnet werden sollen. Mit andern Worten : der e contrario Schluss wäre verfehlt. Siehe auch BGE 117 II 620ff bez. der Insassenversicherung und auch 97 II 259.

wegen Bestehens der obligatorischen Unfallversicherung nur zu einer Lohnfortzahlung von 80% verpflichtet ist. Die Aufhebung des Haftungsprivileges ändert daran nichts.

Was hat sich denn geändert? Bereits früher mussten nichtkongruente Schadenspositionen auch vom Arbeitgeber übernommen werden, allerdings nur unter den qualifizierten Haftungsanforderungen. Bei den kongruenten Schadenspositionen blieb regelmässig kein Differenzschaden übrig, denn die Heilungskosten sind vollumfänglich gedeckt. Einzig bei der Genugtuung³⁵ konnten sich gewisse Direktansprüche ergeben, allerdings war auch hier die Integritätsentschädigung, die der Unfallversicherer entrichtet, in Abzug zu bringen.

Nun dürfte es anders sein: die Tatsache, dass grundsätzlich eine Haftung besteht, wird dazu führen, dass nicht zuletzt über die divergierende Auffassung über die Zurechnung mittels der Kausalität neue Schadensforderungen neben denjenigen u.a. aus UVG aufkommen können. Ich möchte im Detail darauf hier nicht eingehen. Aber lassen Sie mal Ihrer Phantasie freien Lauf.

Für den Arbeitgeber immerhin tröstlich, dass er die durch seine Prämienzahlung finanzierten UVG-Leistungen an die ihm gegenüber geltend gemachten Haftpflichtansprüche anrechnen kann. Was gilt aber für den Mitarbeiter, der einen anderen schädigt? Er kann sich nicht auf Anrechnung berufen, denn er selber hat ja die Prämie nicht bezahlt. Allerdings steht ihm ein Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber zu, der sich wiederum auf die Anrechnung berufen kann.

Und damit drängt es sich auf, zum Problem der sog. „hinkenden Gesamtschuld“, Stellung zu nehmen.

VI. Das Problem der „hinkenden Gesamtschuldverhältnisse“

Die Haftung des Mitarbeiters mit der gleichzeitigen Zurechenbarkeit auf den Arbeitgeber führt zu einem „hinkenden Gesamtschuldverhältnis“. Von mehreren solidarisch haftenden fällt einer wegen einer besonderen Rechtskonstellation – hier Anrechnung – aus dem Konnex heraus. Während es beim Arbeitgeber–Mitarbeiter–Fall zu einer vollumfänglichen Schadloshaltung führen dürfte, gibt es Konstellationen, wo ein Dritter solidarisch mit dem Arbeitgeber oder allenfalls einem Mitarbeiter haftet. Auch hier gilt: wegen der Anrechenbarkeit der vom Arbeitgeber finanzierten Unfallversicherungsleistungen ist er aber nach wie vor – nicht wegen einer besonderen Haftungslage, sondern wegen der Anrechnung – besonders zu behandeln³⁶.

³⁵ Vgl. dazu BGE vom 18.01.2001, 4C.170/2001

³⁶ Und damit löst ATSG 72 keine Probleme, wenn er den Kaskadenregress fördert, denn das vollumfängliche Belangen des einten Haftpflichtigen, der sich nicht auf die Anrechnung berufen kann, führt im Innenverhältnis dazu, dass dieser wiederum im Sinne des Kaskadenregresses auf den anrechnungsprivilegierten Arbeitgeber Rückgriff nehmen kann, der seinerseits dann beim ursprünglich regressierenden Sozialversicherer diejenigen Leistungen zurückfordern wird, die er mit seinen Prämienzahlungen vorfinanziert hat.

In diesen Zusammenhang ist auch die Auffassung von Peter Beck zu stellen : der Sozialversicherer werde bei einem vom Ehemann und einem Dritten verursachten Unfall für die Leistungen an die Ehefrau vollumfänglich auf den Dritten regressieren, der sich ja nicht auf ein Regressprivileg berufen könne. Wie bereits erwähnt : der Dritte wird auf den Ehemann aufgrund der solidarischen Haftung regressieren müssen und damit müsste der Ehemann wiederum Leistungen erbringen, die der Sozialversicherer ihm oder seiner Frau hat zukommen lassen. Der Sozialversicherer nimmt indirekt das wieder mit der linken Hand, was er mit der rechten verteilt hat.

Dies kann ja wohl nicht sein ! Es ist mir klar, dass dieser Begründungsansatz juristisch eher dürftig ist und sofort die Problematik der unechten Lücke – ein ungeliebtes Kind – in den Raum stellt. Aber vielleicht findet man über die „ teleologische Reduktion „ Abhilfe.

VII. Vollumfänglicher oder bloss eingeschränkter Regress bei Gefahrgeneignheit

Weiterhin wird sich die Frage stellen, ob ein Sozialversicherer bei Vorliegen grober Fahrlässigkeit vollumfänglich oder nur teilweise auf den Arbeitgeber regressieren kann. Dieser hat ja, wie bereits mehrfach erwähnt, die Prämie bezahlt, was nun für die Regressnahme eine besondere Bedeutung hat. Beschränkt sich allenfalls ein Regress auf den Teil, den man fiktiv wegen grober Fahrlässigkeit hätte kürzen können ? Dazu wäre aber zu berücksichtigen, dass im Sozialversicherungsrecht mit Ausnahme eines exotischen Anwendungsfalles³⁷ keine Kürzungen wegen grober Fahrlässigkeit mehr erfolgen. Und deshalb sind wohl auch die neuen Bestimmungen über die Quotenteilung – dies galt auch schon für die alten - nicht praxisrelevant.

Ein derartiger Regress des Sozialversicherers hätte eher Sanktionscharakter, wie das im übrigen auch die Grobfahrlässigkeitskürzung hatte. Und damit stellt sich die Frage der Messgrößen für einen allfälligen Regress. Wird es 20% sein wie im Falle Gini/Durlemann ? Wird es weniger sein, wenn auf die Regresspraxis des Bundes bei der kanalisierten Haftung für Militärpersonen hingewiesen wird ?

Ausserdem werden wir um die Fragestellung nicht herumkommen, was dann gelten soll, wenn das Verschulden des Mitarbeiters dem Arbeitgeber grundsätzlich zugerechnet wird - hierarchische Organisation und Kompetenzdelegation – und dieser sich darauf berufen kann, dass er ja die Prämie für die Versicherungsleistungen entrichtet hat . Kann der Arbeitnehmer diesen Einwand ebenfalls erheben ?

³⁷ Siehe UVG 37/2

Sie sehen : ein *circulus vitiosus*, den man bei entsprechend vorausschauender Gestaltung von Rechtsnormen hätte vermeiden können. Tröstlich immerhin : es dürfte ein Event geben, bei dem sich Juristen auf ihrem Spielfeld tummeln können. Hoffentlich problemlösungsorientiert, effizient, effektiv und kostengünstig.

Schlussbemerkung

Wie ein roter Faden zieht sich durch die Versicherungswirtschaft die Ressourcenallokation durch. Die ursprünglich genossenschaftlich und damit auf Ressourcenallokation ausgerichteten Institutionen wandelten sich zu gewinnorientierten Dienstleistungsunternehmen und werden sich unter dem Druck der veränderten Grundhaltung wiederum zu ihren Ursprüngen zurückentwickeln.

Nicht der normative Anspruch der Rechtsordnung für die Einhaltung und allenfalls zwangsweise Durchsetzen von Normierungen steht mehr im Vordergrund, sondern eine nüchterne Kosten/Nutzen-Relation; ausschlaggebend sind Effizienzüberlegungen und Fragen der optimalen Ressourcenallokation. Wir sind auf dem Wege, von der „naiven Theorie des Rechts“³⁸ „Werte wie Gerechtigkeit, Freiheit, Fairness oder Selbstbestimmung im Vordergrund stehen, zu einer veränderten Betrachtungsweise überzugehen und zwar zur „**Ökonomische Analyse des Rechts**“, einer eigentlichen neuen und umfassenden Theorie des Rechts . Die Grundlage dafür liegt in der „Verwirtschaftlichung“ der Gesellschaftsordnung

³⁸ vgl. dazu Posner 1993, 86-88