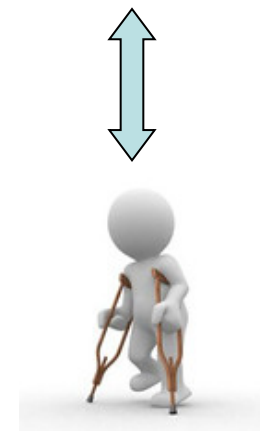
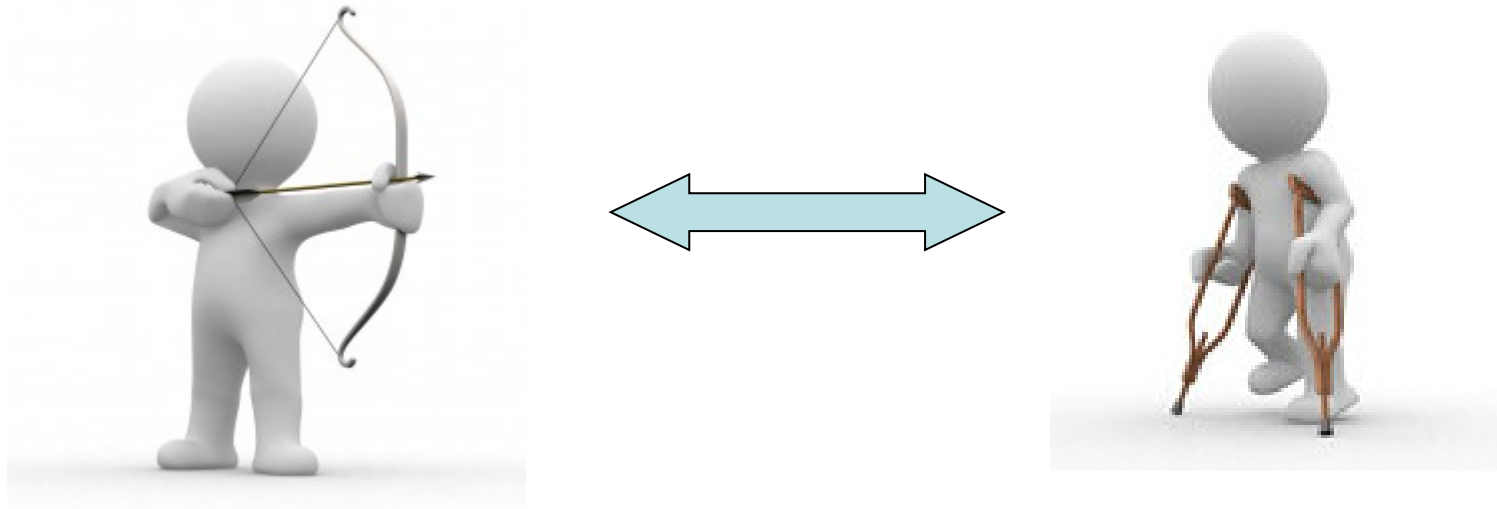


# Die Begutachtung von nicht- objektivierbaren Gesundheitsschäden im Sozialversicherungsrecht im Vergleich zum Haftpflichtrecht

- Sozialversicherungsrecht ist öffentliches Recht.
- Die Sozialversicherung verkörpert auch die Gemeinschaft der Versicherten.
- Zwischen Sozialversicherung und Geschädigtem liegt ein **hoheitliches** Verhältnis vor.



# Haftpflichtrecht



- Haftpflichtrecht ist Privatrecht
- Schädiger und Geschädigter begegnen sich auf gleicher Augenhöhe!
- Grundprinzip des **vollen Schadenausgleichs!**

# Das Obergericht des Kantons Thurgau bringt es auf den Punkt:

*Die Verpflichtung des Schädigers gegenüber dem Geschädigten ist eine gänzlich andere als diejenige der Gesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern; soweit die sozialversicherungsrechtliche Leistungsfestsetzung nicht auf tatsächlichen Gegebenheiten, sondern auf der Basis einer idealisierten Welt vorgenommen wird, kann sie für das Haftpflichtrecht nicht nutzbar gemacht werden.*

(Urteil des Obergerichts Thurgau vom 31.3.2011)

- Es gilt ein theoretischer, ausgeglichener Arbeitsmarkt, in dem jeder und jede invalide Person eine Stelle finden kann;
- In dieser idealisierten Welt lassen sich bestimmte nicht-objektivierbare Gesundheitsschäden „überwinden“ (sog. PÄUSBONOG);
- Sollen psycho-soziale Faktoren bei der Beurteilung der längerfristigen Arbeitsfähigkeit ausgeblendet werden;
- Gibt es eine Tendenz, bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit nur noch auf „objektivierbare Befunde“ abzustellen und Schmerzen ausser acht zu lassen;

# Sozialversicherungsrecht

## Diagnose nicht massgebend!

*Indes sind für die invalidenversicherungsrechtliche Beurteilung nicht die genaue Diagnose, sondern **deren Auswirkungen auf die Arbeits- und Leistungsfähigkeit entscheidend***

[\(BGE 136 V 279\)](#)

- Was sind überhaupt „objektivierbare“ Befunde?
- Rechtsprechungsgemäss kann von organisch objektiv ausgewiesenen **Unfallfolgen** erst dann gesprochen werden, wenn die erhobenen Befunde mit apparativen/bildgebenden Abklärungen bestätigt wurden und die hiebei angewendeten Untersuchungsmethoden wissenschaftlich anerkannt sind

(Urteil 8C\_216/2009 vom 28. Oktober 2009 E. 2 mit Hinweis, nicht publ. in: [BGE 135 V 465](#), aber in: SVR 2010 UV Nr. 6 S. 25)

bspw. sollen:

- TOS (Thoracic-outlet-Syndrom)
- Tendinotische bzw. myotendinotische Befunde
- Verspannungen der Muskulatur
- Druckdolenzen im Nacken
- Einschränkungen der Nackenmuskulatur

Nach Meinung des Bundesgerichts keine klar ausgewiesenen, organischen Unfallfolgen sein.

(vgl. Urteil vom 7.8.2008, 8C\_806/2007)



Leiturtel zu HWS Distorsionen

**BGE 134 V 109 Erw. 9.5**

- Inhaltlich sind überzeugende Aussagen dazu erforderlich, ob die geklagten Beschwerden **überhaupt glaubhaft sind**, und bejahendenfalls, ob für diese Beschwerden **trotz Fehlens objektiv ausgewiesener organischer Unfallfolgen** ein beim Unfall erlittenes Schleudertrauma (Distorsion) der HWS, eine äquivalente Verletzung oder ein Schädel-Hirntrauma überwiegend wahrscheinlich zumindest eine Teilursache darstellt.

Leiturtel zu HWS Distorsionen

## **BGE 134 V 109 Erw. 9.5**

- Die Schleudertrauma-Praxis und namentlich die ihr zugrunde liegende Annahme, dass eine bei einem Unfall erlittene Verletzung im Bereich von HWS oder Kopf **auch ohne organisch nachweisbare (objektivierbare) Funktionsausfälle** zu länger dauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen kann, bildet seit Begründung dieser Rechtsprechung Gegenstand verschiedenartiger Diskussionen....

...Gesicherte neue medizinische Erkenntnisse, welche diese Annahme ernsthaft in Frage stellen und die Verletzungen sowie deren Folgen als weniger gravierend oder gar inexistent erscheinen lassen könnten, **liegen jedoch bis heute nicht vor.**

Leiturtel zu HWS Distorsionen

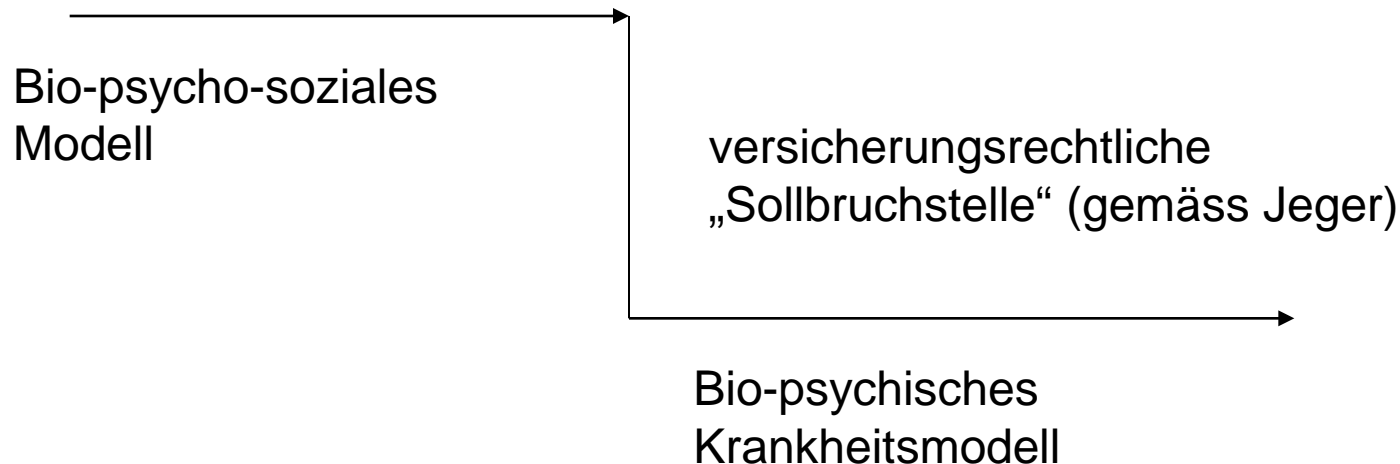
**BGE 134 V 109 Erw. 9.5**

- Nach dem Gesagten besteht kein Anlass, das Bestehen und die Auswirkungen der zur Diskussion stehenden unfallbedingten Verletzungen ohne organisch objektiv ausgewiesene Beschwerden und das diese kennzeichnende Gemenge physischer und psychischer Symptome grundsätzlich in Frage zu stellen.
- Dieses Leiturtel wurde vom Bundesgericht seit 2009 her nie in Frage gestellt!

# Unser Fall

- [http://www.youtube.com/watch?v=icU3Lgpv\\_2Q](http://www.youtube.com/watch?v=icU3Lgpv_2Q)

- bio-psycho-soziales Krankheitsmodell während Heil- und Taggeldphase
- bio-psychisches Krankheitsmodell für langfristige Leistungen, Renten und IE



- Daraus allein kann indessen nicht gefolgert werden, diese Beurteilung stütze sich auf das sogenannte bio-psycho-soziale Krankheitsmodell, welches **Wechselwirkungen zwischen sich körperlich und psychisch manifestierenden Störungen und der sozialen Umwelt wesentlich stärker berücksichtigt** als der für die Belange der Rechtsanwendung massgebende sozialversicherungsrechtliche Begriff der gesundheitlichen Beeinträchtigung

(SVR 2008 IV Nr. 6 S. 14, I 629/06 E. 5.4; SVR 2008 IV Nr. 62 S. 203, 9C\_830/2007 E. 4.2).

- Der Unfallversicherer kann seine Leistungen in Fällen mit nicht-objektivierbaren Gesundheitsschäden nach sechs bis zwölf Monaten einstellen.
- Unabhängig davon, was der Gutachter / Arzt betreffend Kausalität und Arbeitsfähigkeit aussagt;
- äusserst restriktive Beurteilung der adäquaten Kausalität durch das Bundesgericht im UVG

- Überwindbarkeitsrechtsprechung;  
Foerster-Kriterien sogar vom Urheber Prof.  
Foerster kritisiert:

*„Die Schweizer Rechtsprechung hat meine  
Kriterien auf eine eigenmächtige Art  
übernommen und angewendet, wie ich  
das nie beabsichtigt habe.“*

(Beobachter, Ausgabe 10/2013)



## Bundesrichter Meyer:

- «Der betroffenen Person muss klargemacht werden, dass sie zwar aus medizinischer Sicht krank und arbeitsunfähig ist, es aber aus juristischer Sicht nicht sein soll, weil die Morbiditätskriterien nicht erfüllt sind, an deren Vorhandensein die Rechtsprechung die Leistungsberechtigung knüpft.»

(Meyer U. (2009): Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht. In: Gächter u. Schwendener (2009), S. 20).

- Der Schädiger kann sich den Geschädigten nicht „aussuchen“
- Der Schädiger hat den Geschädigten so zu nehmen, wie er ist, mit all seinen Schwächen und psychosozialen Belastungsfaktoren

(vgl. Pribnow, Schadenausgleich nach Schleudertrauma, HAVE 2011, 68 ff.)

- Im Privatversicherungsrecht ist die Zumutbarkeit auf das **subjektiv Mögliche** beschränkt;
- Das Höchstmass ist auf das subjektiv Zumutbare zu reduzieren;

(vgl. Süsskind, Basler Kommentar zum VVG, Nachführungsband, Art. 61 N 15 mit Hinweisen)

- Keine Überwindbarkeitsrechtsprechung und keine Foerster-Kriterien im Haftpflichtrecht!
- auch aussergewöhnliche, mittelbare Unfallfolgen sind in aller Regel adäquat kausal!
- geringe Unfallintensität führt nicht zum Ausschluss der Haftung!

- Merke:

Im Haftpflichtrecht ist der Explorand nicht ein „Versicherter“ im eigentlichen Sinn!

Deswegen kann auch keine  
Versicherungsmedizin im Haftpflichtrecht!

### *Erw. 4.7*

- *Mithin ist festzuhalten, dass gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch nicht objektivierbare Beschwerden Folgen eines Unfalls und mithin haftpflichtrechtlich relevant sein können. Es geht somit nicht an, den natürlichen Kausalzusammenhang im Bereich des Haftpflichtrechts mangels Vorliegen objektivierbarer, harter, struktureller Läsionen bzw. aufgrund einer geänderten „versicherungsmedizinischen“ Rechtsprechung zu verneinen, wie dies die Gutachter tun.*

# Haftpflichtrecht

## Entscheid KG Zug vom 1.7.2013

- *Erw. 4.7, S. 17*

*Auch neuere Studien (A.P. Verhagen et al. aus dem Jahr 2011 sowie eine Studie von RJ Gatchel et al. aus dem Jahre 2007) führen nicht zu einer Änderung der haftpflichtrechtlichen Rechtsprechung.*

- Keine „Sollbruchstelle“, kein Wechsel des Krankheitsmodells
- Die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit hat stets nach dem **bio-psycho-sozialen Krankheitsmodell** zu erfolgen
- Die Beurteilung der Schmerzen ist nicht (nur) dem Psychiater überlassen
- Keine Beschränkung auf „objektivierbare Befunde“;
- Schmerzen dürfen weder vom somatischen, noch vom psychiatrischen Gutachter unberücksichtigt bleiben!
- Andernfalls ist der Grundsatz des vollen Schadenausgleichs nicht mehr gewährleistet!



- Der Schädiger soll sich gegenüber dem Geschädigten nicht mit dem Argument entlasten dürfen, die Schmerzen liessen sich „überwinden“, weil die wissenschaftlich zweifelhaften „Foerster-Kriterien“ nicht erfüllt seien!
- Nur eine „medizinisch-realistische“ Beurteilung der Arbeitsfähigkeit kann für den Bereich des Haftpflichtrechts gelten!

- Jeger schlägt für Sozialversicherungsgutachten eine **zweistufige Begutachtung** vor:

im ersten Schritt soll die Beurteilung nach dem **bio-psycho-sozialen Krankheitsmodell** erfolgen (medizinisch-realistische Arbeitsfähigkeit);

erst in einem zweiten Schritt soll zu den **Foerster Kriterien** Stellung genommen werden

(vgl. Jeger, Die Beurteilung der medizinischen Zumutbarkeit, in: Murer, Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden?, Freiburger Sozialrechtstage 2008)

- Der Gutachter soll ausserdem seine eigene Meinung im Gutachten bekannt geben, auch wenn diese von den Ergebnissen der „Durch-Foersterung“ abweicht!

- Damit kann verhindert werden, dass das Gutachten sich in anderen Rechtsgebieten „fehlerhaft“ auswirkt;
- Der Entscheid, welches Krankheitsmodell in welchem Rechtsgebiet zur Anwendung kommt, soll nicht durch den Gutachter, sondern den Rechtsanwender entschieden werden;

# Merke:

- Es ist immer strikt zu unterscheiden zwischen Rechts- und Tatfragen;
- **Rechtsfragen:** adäquate Kausalität, Überwindbarkeit nach Foerster-Kriterien;
- **Tatfragen:** Bspw. Diagnose, Befund, Arbeitsfähigkeit, natürliche Kausalität;

Für den medizinischen Gutachter sind **nur die Tatfragen von Bedeutung!** Er soll sich nicht durch rechtliche Rahmenbedingungen beeinflussen lassen;

- Fibromyalgie:

Erster Nachweis einer organischen  
Grundlage erbracht

(Universität Würzburg, Meldung vom  
14.3.2013)

- Deecke, Versicherungsmedizin im Haftpflichtrecht? In: HAVE 4/2012;
- Jeger, die Beurteilung der medizinischen Zumutbarkeit, Freiburger Sozialrechtstage 2008;
- Jeger, Tatfrage oder Rechtsfrage?, SZS 2011
- Jeger, Wer bemisst invaliditätsfremde Faktoren? Sozialversicherungsrechtstagung 2008;
- Saner/Gehring, Überwindbarkeitsrechtsprechung zur Sozialversicherung – ein Irrläufer im Haftpflichtrecht, AJP 2012;
- Kantonale Urteile:
  - Urteil Bezirksgericht Schwyz vom 28. Juni 2012;
  - Urteil Obergericht des Kantons Bern vom 31.1.2013;
  - Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 1.7.2013;
  - Urteil des Obergerichts Thurgau vom 31.3.2011;