

die Vergütung ihrer Behandlungsleistung so lange zurückgehalten, als nicht eine rechtskräftige Gutheissung ihres Gesuchs vorliegt. Dies kann Jahre dauern, während derer die Patientin ihre Behandlung entweder privat (vor-)finanzieren oder hinausschieben muss.

Weder das KVG, noch das ATSG bieten für diese Situation eine adäquate Lösung an. Immerhin besteht gestützt auf Art. 55 f. VwVG die Möglichkeit, vorsorgliche Massnahmen zu beantragen, welche auch die Verpflichtung des Krankenversicherers zur Vorfinanzierung der Behandlung vorsehen können. Die Anwendbarkeit dieser Regelung ist allerdings mit Rechtsunsicherheiten behaftet und steht nur dann zur Verfügung, wenn die Behandlung besonders dringlich und eine private Finanzierung ausgeschlossen ist.<sup>35</sup>

Der Rechtsweg gegen die Verzögerung oder Verweigerung eines Kostengutsprache gesuchs ist daher in vielen Fällen nicht zielführend. Dies hat zur Folge, dass sich die Patienten oft nicht wehren, und zwar auch dann nicht, wenn sie eigentlich intakte Aussichten auf eine Durchsetzung der Behandlungsvergütung hätten.

### III. Fazit: Versicherungsmediziner mit Sonderstatus?

Der Gesetzgeber hatte bei Erlass des Art. 57 KVG die Idee, die Vertrauensärzte nach KVG nicht einfach mit anderen Versicherungsmedizinern gleichzustellen. Vielmehr sollten sie das Vertrauen von Versicherer, Leistungserbringern und Patienten innehaben, den Patientenrechten wie den Interessen der Krankenversicherer verpflichtet, selbständig und unabhängig sein. Diese Vision stimmt mit den heutigen Funktionen der vertrauensärztlichen Dienste nicht überein. Sie weisen wesentlich mehr Nähe zu den Versicherern auf als zu Leistungserbringern und Patienten. Die Rechte von Patienten auf Ablehnung eines Vertrauensarztes, der sie persönlich untersucht und ihre Möglichkeit, gegen eine ablehnende Leistungsprüfung vorzugehen, bringen längst nicht immer die erhoffte Lösung. Dies gilt namentlich dann, wenn zeitliche Dringlichkeit besteht. Auch um die Qualität der vertrauensärztlichen Stellungnahmen steht es manchmal nicht zum Besten, sei es, weil der beurteilenden Vertrauensärztin das notwendige Spezialwissen fehlt oder weil sie sich einseitig der vom Versicherer verlangten Wirtschaftlichkeitsprüfung verpflichtet sieht.

Dies führt dazu, dass sich die vertrauensärztlichen Dienste kaum von anderen versicherungsmedizinischen Diensten wie den RAD oder den SUVA-Ärzten unterscheiden. Glücklicherweise gibt es freiwillige

Anstrengungen von Seiten der Vertrauensärztinnen, welche dazu beitragen, sie näher an den vom Gesetzgeber gewollten Sonderstatus heranzuführen. Zu nennen sind unverbindliche Entscheidungsrichtlinien sowie die freiwillige Auswahl des begutachtenden Vertrauensarztes nach dem Zufallsprinzip. Beides verbessert die Transparenz, Qualität und Unabhängigkeit und somit die Akzeptanz der vertrauensärztlichen Empfehlungen wesentlich.

Dennoch drängt sich die Erkenntnis auf, dass der Gesetzgeber für die vertrauensärztlichen Dienste zu viel wollte. Krankenversicherer benötigen Beratung durch einen versicherungsmedizinischen Dienst, so wie dies auch von anderen Sozialversicherungen beansprucht wird. Gleichzeitig besteht bei Behandlungen von Krankheiten der dringende Bedarf nach einer unabhängigen Instanz, welche namentlich bei Hochkostenfällen eine rasche, neutrale und qualifizierte Einschätzung abgeben kann. Im KVG ist nur schnelles Recht gutes Recht. Wo für einen Rechtsstreit keine Zeit bleibt, wäre ein medizinischer Dienst, der die erwünschte Scharnierfunktion tatsächlich erfüllt, enorm wertvoll. Dass die Vision des Gesetzgebers nicht aufgeht, hängt wesentlich damit zusammen, dass die vertrauensärztlichen Dienste den ständigen Spagat zwischen ihren Aufgaben als Berater des Versicherers und als unabhängige Beurteilungsinstanz meistern müssen. De lege ferenda ist daher an eine Neugestaltung der vertrauensärztlichen Dienste nach KVG zu denken.

## Recht und Medizin: UVG-Listenverletzungen

Hans-Jakob Mosimann\*

### I. Einleitung

In der Unfallversicherung gemäss UVG gibt es einige Besonderheiten im Zusammenwirken von Recht und Medizin. Besonders augenfällig ist dies bei der *Integritätsentschädigung*: Sie wird «entsprechend der Schwere des Integritätsschadens abgestuft» (Art. 25 Abs. 1 UVG), und diese wiederum «beurteilt sich nach dem medizinischen Befund. Bei gleichem medizinischem Befund ist der Integritätsschaden für alle Versicherten gleich; er wird abstrakt und egalitär bemessen».<sup>1</sup> Die Bezifferung des Integritätsschadens ist mithin eine ausschliesslich oder zumindest «primär medizinische

<sup>35</sup> Ausführlich dazu DRUEY (FN 16), 1477 f., mit Nachweisen aus Lehre und Rechtsprechung.

\* Dr. iur. M.A., ehem. Präsident des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich.

<sup>1</sup> BGE 113 V 218 E. 4b.

Aufgabe».<sup>2</sup> Auch die «Tatfrage» des *natürlichen Kausalzusammenhangs* zwischen Unfall und Gesundheitsschaden wird gestützt auf die entsprechenden medizinischen Angaben beantwortet.<sup>3</sup>

Hingegen obliegt der Medizin im Rahmen der *Invalitätsbemessung* (auch in der Unfallversicherung) lediglich die Aufgabe, die Befunde zu erheben und gestützt darauf die Diagnose zu stellen, während ihr bei der Folgenabschätzung der erhobenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen für die Arbeitsfähigkeit keine abschliessende Beurteilungskompetenz zukommt.<sup>4</sup> Bei der Integritätsentschädigung und dem natürlichen Kausalzusammenhang hat also die Medizin das (nicht ganz immer letzte, aber sicherlich) entscheidende Wort. Hingegen liefert sie bei der Invaliditätsbemessung – gewissermassen als «*ancilla iuris*» – lediglich Informationen, die dann von der Rechtsanwendung für die juristische Anspruchsprüfung weiterverarbeitet werden.

Hinsichtlich dieser sehr unterschiedlichen Rolle der Medizin nimmt nun die *unfallähnliche Körperschädigung* einen besonderen Platz ein, der Gegenstand der nachstehenden Ausführungen ist.

## II. Unfallähnliche Körperschädigung (bis 2016)

### A. Normative Ausgangslage

Gemäss alt Art. 6 Abs. UVG konnte der Bundesrat Körperschädigungen, die den Folgen eines Unfalles ähnlich waren, in die Versicherung einbeziehen. Er listete in alt Art. 9 Abs. 2 UVV die Körperschädigungen auf, die, «sofern sie nicht eindeutig auf eine Erkrankung oder eine Degeneration zurückzuführen sind, auch ohne ungewöhnliche äussere Einwirkung Unfällen gleichgestellt» waren.<sup>5</sup> Schon vor der Geltung des UVG hatte die Suva bei bestimmten unfallähnlichen Verletzungen, sofern keine Krankheit mitbeteiligt war, trotz Fehlens eines Unfalles im Rechtssinne freiwillig Leistungen erbracht. Diese Praxis wurde «im Interesse einer allgemein verständlichen Grenzziehung gegen-

über der Krankenversicherung» gesetzlich verankert und in der Verordnung konkretisiert.<sup>6</sup>

Gemäss dem Wortlaut von alt Art. 9 Abs. 2 UVV entfiel begrifflich der *ungewöhnliche äussere* Faktor, es wurde also ein Ereignis (sofern eine krankheitsbedingte oder degenerative Verursachung eindeutig ausschied) «dem Unfall gleichgestellt, auch wenn zwei Merkmale des Unfallbegriffs fehlen: Weder der ungewöhnliche noch der äussere Faktor muss bewiesen sein».<sup>7</sup>

### B. Praxis des Bundesgerichts

Im Jahr 1988 bezog sich das Bundesgericht noch zustimmend auf das eben erwähnte, vom Wortlaut nahegelegte Verständnis.<sup>8</sup>

Im Jahr 1997 verlangte das Bundesgericht sodann im Ergebnis einen äusseren Faktor, indem es ausführte, es müsse «eine schädigende, äussere Einwirkung wenigstens im Sinne eines Auslösefaktors zu den (vor- oder überwiegend) krankhaften oder degenerativen Ursachen hinzutreten, damit eine unfallähnliche Körperschädigung vorliegt».<sup>9</sup>

Im Jahr 2001 führte das Bundesgericht aus, «dass mit Ausnahme der Ungewöhnlichkeit auch bei den unfallähnlichen Körperschädigungen die übrigen Tatbestandsmerkmale des Unfallbegriffs» erfüllt sein müssten; besondere Bedeutung komme hierbei der Voraussetzung eines äusseren Ereignisses zu.<sup>10</sup> Damit wurde zur gesetzlichen Formulierung «ohne *ungewöhnliche äussere* Einwirkung» eine erhebliche Distanz geschaffen: Sehr ausdrücklich wurde nun doch ein äusseres Ereignis verlangt und lediglich das Unfallmerkmal der Ungewöhnlichkeit als nicht erforderlich gesetzt.

Im Jahr 2003 konkretisierte das Bundesgericht das Kriterium des «ausserhalb des Körpers liegenden, objektiv feststellbaren, sinnfälligen, unfallähnlichen Ereignisses» und führte unter Hinweis auf zahlreiche frühere Urteile aus, worin die schädigende äussere Einwirkung bestehen könne.<sup>11</sup> Es sei stets ein Geschehen verlangt, dem ein gewisses *gesteigertes Gefährdungspotenzial* innewohne. Das sei zu bejahen, wenn die zum einschliessenden Schmerz führende Tätigkeit *im Rahmen einer allgemein gesteigerten Gefahrenlage* vorgenommen werde oder die in Frage stehende Lebensverrichtung einer übermässigen Beanspruchung des Körpers gleichkomme.<sup>12</sup> Die den verlangten äusseren Faktor

<sup>2</sup> BSK UVG-BERGER, Art. 25 N 13, in: Ghislaine Frésard-Fellay/Susanne Leuzinger/Kurt Pärli (Hrsg.), Unfallversicherungsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2019 (zit. BSK UVG-Verfasser); vgl. KOSS UVG-FREI, Art. 25 N 5, in: Marc Hürzeler/Ueli Kieser, UVG, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Bern 2018 (zit. KOSS UVG-Verfasser).

<sup>3</sup> BGE 142 V 435 E. 1; BSK UVG-HOFER, Art. 6 N 66; KOSS UVG-NABOLD, Art. 6 N 53.

<sup>4</sup> BGE 140 V 193 E. 3.2.

<sup>5</sup> Bis Ende 1997 wurde nur bei Knochenbrüchen (lit. a) die Einschränkung «sofern sie nicht eindeutig auf eine Erkrankung zurückzuführen sind» genannt; seit 1998 gilt die Einschränkung, zudem erweitert um den Begriff «Degeneration» für alle Listenverletzungen; vgl. BGE 114 V 298 E. 3b; CHRISTOPH KIESER/UELI KIESER, Die unfallähnliche Körperschädigung – Bemerkungen zu einem neueren EVG-Entscheid, SZS 2001, 580 ff., 582).

<sup>6</sup> BGE 114 V 298 E. 3a.

<sup>7</sup> ALFRED MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 2. Auflage, Zürich 1998, 202.

<sup>8</sup> BGE 114 V 298 E. 3b am Ende.

<sup>9</sup> BGE 123 V 43 E. 2b.

<sup>10</sup> BGer U 398/00 vom 5. Juni 2001 = RKUV 2001 332 E. 3c.

<sup>11</sup> BGE 129 V 466 E. 4.1.

<sup>12</sup> BGE 129 V 466 E. 4.2.2.

qualifizierenden Umschreibungen waren damit kaum mehr von jenen der Ungewöhnlichkeit beim Unfallbegriff zu unterscheiden.

Im Ergebnis brauchte es sowohl den äusseren Faktor wie – wenn auch in leicht abgeschwächter Form – dessen Ungewöhnlichkeit. Diese Praxis war mit dem Wortlaut der anzuwendenden Bestimmung so wenig vereinbar, dass man mit Fug von einer Rechtsprechung *entgegen* dem Wortlaut des Gesetzes (*contra verbum legis*) sprechen durfte.<sup>13</sup>

### III. Listenverletzung (seit 2017)

Gemäss Art. 6 Abs. 2 UVG in der seit 1. Januar 2017 geltenden Fassung erbringt die Versicherung ihre Leistung auch bei den in der Folge aufgelisteten Körperschädigungen, «sofern sie nicht vorwiegend auf Abnützung oder Erkrankung zurückzuführen sind». Es sei – so die Botschaft – auf das Kriterium des äusseren Faktors zu verzichten, wie dies (schon) 1976 der Wille des Gesetzgebers gewesen sei. Bei den aufgelisteten Körperschädigungen werde davon ausgegangen, dass eine vom Unfallversicherer zu übernehmende unfallähnliche Körperschädigung vorliege; dieser könne sich «aber von der Leistungspflicht befreien, wenn er den Nachweis erbringt, dass die Körperschädigung vorwiegend auf Abnützung oder Erkrankung zurückzuführen ist».<sup>14</sup> Es wird also nicht mehr auf den nicht vollständig zu erfüllenden Unfallbegriff Bezug genommen, sondern direkt auf die Abgrenzung zu abnützungs- oder erkrankungsbedingten Schädigungen.

Der Begriff «vorwiegend» findet sich auch in Art. 9 Abs. 1 UVG betreffend Berufskrankheiten. Daran (und an die Literatur) anknüpfend hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Gegenbeweis des Unfallversicherers erbracht ist, «wenn die Listendiagnose zu mehr als 50% auf «Abnützung oder Erkrankung» beruht».<sup>15</sup> Beim Begriffspaar Abnützung und Erkrankung handelt es sich ferner, so das Bundesgericht weiter, «um das ergänzende Gegenstück («Pendant») zu einem spezifischen Ereignis».<sup>16</sup> Zusammenfassend führt das Bundesgericht aus: «Damit der Entlastungsbeweis gelingt, hat der Unfallversicherer gestützt auf beweiskräftige ärztliche Einschätzungen – mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit – nachzuweisen, dass die fragliche Listenverletzung vorwiegend, d.h.

im gesamten Ursachenspektrum zu mehr als 50%, auf Abnützung oder Erkrankung zurückzuführen ist.»<sup>17</sup>

## IV. Bundesgerichtspraxis zur Listenverletzung

### A. Überblick

Inklusive den bereits erwähnten BGE 146 V 51 hat das Bundesgericht seit Inkrafttreten der Neuregelung (bis 6. April 2023) insgesamt 25 Sachurteile gefällt, in denen es eine Listenverletzung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 UVG bejaht und sodann geprüft hat, wie es sich mit dem Entlastungsbeweis verhält.<sup>18</sup> Die darin erfolgten Konkretisierungen haben der neuen Regelung «eine klarere Kontur» verliehen.<sup>19</sup> Ferner geben die Urteile insbesondere darüber Aufschluss, welchen Stellenwert das Bundesgericht in diesen Konstellationen den medizinischen Beurteilungen bemisst.

Dies gilt auch für zwei weitere Fälle, in denen das Bundesgericht das Vorliegen einer Listenverletzung verneinte. Im einen Fall gab die medizinische Beurteilung den Ausschlag, wonach keine Strukturunterbrechung einer Sehne erfolgt sei, sondern lediglich eine vorübergehende Verschlimmerung im Sinn einer synovialen Reizung bei degenerativem Vorzustand aufgetreten sei.<sup>20</sup> Dem zweiten Fall lag ein schon fast exotischer Sachverhalt zugrunde:<sup>21</sup> Der Versicherten hatte eine Kollegin «beim Verabschieden kräftig, ruckartig und mit Abknicken des Handgelenks die Hand» geschüttelt, sodass sie unmittelbar darauf Schmerzen im rechten Handgelenk verspürte; bildgebend zeigte sich ein breiter Riss im Discus triangularis im rechten Handgelenk.<sup>22</sup> Eine analogieweise Ausdehnung des Begriffs des Meniskus auf andere Körperstellen von vergleichbarer Natur und mit gleicher Funktion verwarf das Bundesgericht unter Hinweis auf ein früheres Urteil, und das Vorliegen einer Bandläsion (lit. g) verneinte es unter Hinweis auf die kreisärztlichen Erläuterungen, wonach der Discus triangularis selbst kein Bänderkomplex sei.<sup>23</sup>

Bei den bejahten Listenverletzungen betraf ein Fall eine Kombination von Meniskusriss (lit. c) und Bandläsion (lit. g), zwei Fälle betrafen eine Kombination von Sehnenriss (lit. f) und Bandläsion (lit. g), weitere fünf einen Meniskusriss (lit. c) und deren 17 Sehnenrisse (lit. f). Die weiteren im Gesetz in lit. a bis h genannten Listenverletzungen kamen nicht vor. Abgese-

<sup>13</sup> HANS-JAKOB MOSIMANN, Ungewöhnlichkeit des Ereignisses als Unfallmerkmal, in: Ueli Kieser/Hardy Landolt (Hrsg.), Unfall? Novembertagung 2015 zum Sozialversicherungsrecht, Zürich/St. Gallen 2016, 27 ff., 52.

<sup>14</sup> BBl 2014 7911 ff., 7922, Ziff. 2.2.

<sup>15</sup> BGE 146 V 51 E. 8.2.2.1.

<sup>16</sup> BGE 146 V 51 E. 8.2.3.

<sup>17</sup> BGE 141 V 51 E. 8.6 am Ende.

<sup>18</sup> Die Urteile zusammengestellt hat REBECCA ELSÄSSER im Rahmen einer von mir betreuten Bachelor-Arbeit an der ZHAW, wofür ich herzlich danke.

<sup>19</sup> MARC HÜRZELER, JaSo 2021, 62.

<sup>20</sup> BGer 8C\_85/2022 vom 10. Mai 2022, E. 4.1.

<sup>21</sup> BGer 8C\_671/2019 vom 11. März 2020.

<sup>22</sup> FN 21, Sachverhalt lit. A.

<sup>23</sup> FN 21, E. 5.2.

hen von zwei Urteilen aus dem Jahr 2019 und deren drei aus dem Jahr 2023 verteilen sich die Urteile fast gleichmässig auf die Jahre 2020 bis 2022. Weit weniger ausgeglichen ist der Ausgang der Fälle: Zweimal erachtete das Bundesgericht den Entlastungsbeweis als nicht erbracht, womit die Leistungspflicht des Unfallversicherers feststand, in acht Fällen erachtete es umgekehrt den Entlastungsbeweis als erbracht. In der verbleibenden Mehrzahl von 15 Fällen kam das Bundesgericht zum Schluss, die dem Entlastungsbeweis zugrundeliegende Frage der vorwiegend abnützungs- oder krankheitsbedingten Verursachung lasse sich noch nicht beantworten, und wies die Sache an den Versicherer oder die Vorinstanz zurück oder schützte eine bereits von der Vorinstanz angeordnete Rückweisung.

### B. Gescheiterter Entlastungsbeweis

In einem der (wie erwähnt einzigen) beiden Fälle scheiterte der Entlastungsbeweis des Unfallversicherers daran, dass die «allgemeinen Ausführungen des beratenden Arztes zur altersbedingten Degeneration der Achillessehne und zur Überbeanspruchung sowie seine Annahme, traumatische Achillessehnenrupturen seien sehr selten» ohne Bezugnahme zum konkreten Fall erfolgten; zudem lägen «keine konkreten medizinischen Befunde vor, die seine Theorie des vorwiegend abnützungs- oder krankheitsbedingten Risses erhärten würden».<sup>24</sup>

Auch im zweiten Fall war entscheidend, dass die beratenden Ärzte «nur allgemeine Ausführungen und grundsätzliche Überlegungen zur vorhandenen degenerativen Vorschädigung rupturierter Achillessehnen sowie statistische Angaben zur Häufigkeit dieser Verletzung bei Personen mittleren Alters anlässlich von typischen sportlichen Aktivitäten ohne stichhaltige Aussagen zur konkret zu beurteilenden Verletzung» gemacht hatten.<sup>25</sup>

### C. Erbrachter Entlastungsbeweis

Hier lassen sich drei Konstellationen unterscheiden. Eine erste Gruppe bilden die Fälle, in denen einzig gestützt auf die kreisärztliche oder beratende medizinische Beurteilung und mangels gegenteiliger, ebenfalls medizinischer Einschätzungen, der Entlastungsbeweis als erbracht erachtet wurde.<sup>26</sup>

In der zweiten Gruppe standen sich beratende oder kreisärztliche Beurteilung und jene aus behandelnder Sicht gegenüber, und das Bundesgericht beurteilte die erstgenannten als schlüssiger.<sup>27</sup>

Als etwas anders gelagert erweisen sich die Fälle der dritten Gruppe. Hier war der Ausgangspunkt die Prüfung, ob (noch immer) Unfallfolgen vorlägen. Die (schlüssige) medizinische Beurteilung lautete dahin, dass ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen dem stattgehabten Ereignis und der noch bestehenden Gesundheitsschädigung zu verneinen sei. Da mithin eine traumatische Verursachung auszuschliessen war, so das Bundesgericht, war gleichzeitig der Nachweis der vorwiegend abnützungs- oder krankheitsbedingten Verursachung erbracht.<sup>28</sup> Auch hier war mithin die medizinische Beurteilung ausschlaggebend, auch wenn sie sich nicht direkt auf die in den anderen Fällen explizit behandelte Frage der vorwiegend abnützungs- oder krankheitsbedingten Verursachung bezog.

### D. Rückweisung

Wie erwähnt nahm das Bundesgericht in weit mehr als der Hälfte (60 %) der Fälle eine Rückweisung vor oder schützte die bereits von der Vorinstanz angeordnete Rückweisung. In einem Fall erkannte es auf ungenügende Entscheidungsgrundlagen, weil einzig eine vertrauensärztliche Stellungnahme vorlag.<sup>29</sup> In einem weiteren Fall erachtete es zusätzliche Abklärungen wegen einer mittels Bildgebung belegten wichtigen neuen Tatsache als erforderlich.<sup>30</sup> Sodann lassen sich zwei Gruppen unterscheiden:

Zur einen Gruppe gehören die Fälle, in denen das Bundesgericht ausdrücklich «diametral voneinander abweichende medizinische Beurteilungen» zum Anlass nahm, um weitere Abklärungen, in der Regel ein Gutachten, zu veranlassen.<sup>31</sup> Hierzu kann auch der Fall gezählt werden, in welchem gemäss Bundesgericht ein direkter Widerspruch zwischen den Beurteilungen aus vertrauensärztlicher und behandelnder Optik bestand.<sup>32</sup> Gleiches gilt für den Fall, in welchem das Bundesgericht festhielt, die Ansichten der beratenden Ärzte und des behandelnden Orthopäden gingen «weit auseinander», namentlich hinsichtlich der Ausprägung des Vorzustands, der Diagnose, der (intraoperativen) Befunde und der Interpretation der Bildgebung. Dies genügte, um «auch nur geringe Zweifel zu bejahen».<sup>33</sup>

<sup>24</sup> BGer 8C\_593/2021 vom 6. Januar 2022 E. 5.2.3.

<sup>25</sup> BGer 8C\_462/2022 vom 22. Februar 2023 E. 4.2.3.

<sup>26</sup> BGer 8C\_819/2019 vom 26. Februar 2020, 8C\_630/2020 vom 28. Januar 2021, 8C\_533/2022 vom 6. Februar 2023.

<sup>27</sup> BGer 8C\_59/2020 vom 14. April 2020, 8C\_562/2019 vom 16. Juni 2020.

<sup>28</sup> BGE 146 V 51 E. 9.2, BGer 8C\_167/2021 vom 16. Dezember 2021, 8C\_43/2022 vom 24. Mai 2022.

<sup>29</sup> BGer 8C\_382/2020 vom 3. Dezember 2020 E. 6.3. Das Bundesgericht spricht hier explizit vom «Vertrauensarzt» des Unfallversicherers. Diese Terminologie wird nachfolgend beibehalten, obwohl die Funktion andernorts und zutreffender – da sich der Begriff des Vertrauensarztes eigentlich auf diejenigen nach (Art. 58) KVG bezieht – als «beratende» Ärztinnen oder Ärzte bezeichnet wird.

<sup>30</sup> BGer 8C\_562/2019 vom 16. Juni 2020.

<sup>31</sup> BGer 8C\_618/2019 vom 18. Februar 2020, 8C\_49/2021 vom 19. Mai 2021, 404/2020 vom 11. Juni 2021, 8C\_347/2021 vom 10. November 2021.

<sup>32</sup> BGer 8C\_355/2021 vom 25. November 2011.

<sup>33</sup> BGer 8C\_322/ vom 6. April 2023.



Schliesslich gehört auch zu dieser Gruppe der Fall, in welchem das Bundesgericht befand, die Standpunkte bezüglich der Bedeutung und des Umfangs des Vorzustandes in Verbindung mit anderen Faktoren wie der schädigenden Wirkung des Ereignisses, dem Alter und dem Fehlen von Schulterproblemen vor dem Unfall sowie der Interpretation der bildgebenden Verfahren seien so unterschiedlich, dass es schwierig erscheine, sie ohne medizinische Fachkenntnisse auseinanderzuhalten.<sup>34</sup>

Die zweite Gruppe bilden diejenigen Fälle, in denen die bereits erwähnten «auch nur geringen Zweifel» den Ausschlag gaben. Hier lagen einerseits kreis- oder vertrauensärztliche Beurteilungen vor, und andererseits damit divergierende medizinische Beurteilungen zumeist von behandelnder Seite, die geeignet erschienen, diese jedenfalls geringen Zweifel zu wecken.<sup>35</sup>

In einem Fall räumte das Bundesgericht ein, allein auf die Beurteilung von behandelnder Seite könne nicht abgestellt werden, dies auch angesichts der bekannten Rechtsprechung zum Stellenwert solcher Berichte, jedoch sei sie immerhin geeignet, die genannten Zweifel zu wecken.<sup>36</sup> Umgekehrt wies es auf die praxisgemäss mitunter schwächere Beweiskraft von versicherungsinternen Berichten hin, so dass eben auch geringe Zweifel sie in Frage zu stellen vermöchten.<sup>37</sup> In einem weiteren Fall schliesslich betonte es die Wichtigkeit der Beleuchtung und Gewichtung des gesamten Ursachenspektrums, woran es «mit der blossen Feststellung des Vertrauensarztes, dass Bagateltraumen generell nicht geeignet seien, eine Sehnenverletzung herbeizuführen» fehle, zumal mit Verweis auf medizinische Fachliteratur eine andere Auffassung vertreten werde.<sup>38</sup>

### E. Würdigung

Vorauszuschicken ist, was KASPAR GEHRING in der Besprechung eines hier ebenfalls berücksichtigten Urteils schon zusammenfassend festgehalten hat:<sup>39</sup> Der alleinige Nachweis von vorbestehenden degenerativen Veränderungen reicht für den Entlastungsbeweis nicht aus; unterlassene bildgebende oder histologische Untersuchungen dürfen sich nicht zulasten der versicherten Person auswirken; allgemeine medizinische Ausführungen ohne konkrete Bezugnahme auf den Einzelfall sind nicht beweisgeeignet; der Ereignisverlauf ist nur als ein Indiz unter mehreren gesamthaft zu

würdigen; die Ereignisschilderung allein ist zur Erbringung des Entlastungsbeweises nicht geeignet.<sup>40</sup>

Bei der Auswertung der bisher 25 einschlägigen Urteile erscheint als erstes bemerkenswert, dass in (lediglich) zwei Fällen der Entlastungsbeweis als gescheitert erachtet wurde: Indem sich der Unfallversicherer auf eine medizinische Beurteilung stützte, die sich in allgemeinen Ausführungen erschöpfte und zu wenig Bezug zum konkreten Fall aufwies, nahm er zwar die ihm zustehende Gelegenheit wahr, den Entlastungsbeweis zu erbringen, verspielte sie aber zugleich.

Gegenteiliges ergibt sich bei den Fällen, in welchen der Entlastungsbeweis als erbracht erachtet wurde: Hier überzeugte die vom Unfallversicherer angeführte medizinische Begründung, entweder für sich alleine, oder in Konkurrenz zu als weniger schlüssig beurteilten anderen Einschätzungen. Wurde der Entlastungsbeweis gewissermassen indirekt erbracht, indem die verneinte Kausalität zwischen Ereignis und Gesundheitsschaden dazu bewog, die vorwiegend abnützungs- oder krankheitsbedingte Verursachung zu bejahen, waren ebenfalls medizinische Beurteilungen entscheidungswesentlich.

In der grössten Gruppe (auf Rückweisung lautende Urteile) gab zumeist den Ausschlag, dass entweder «diametral voneinander abweichende medizinische Beurteilungen» vorlagen, oder dass die von den Versicherten angeführten medizinischen Beurteilungen geeignet waren, «auch nur geringe Zweifel» an der beratenden oder kreisärztlichen Einschätzung zu wecken.

Insgesamt zeigt sich, dass das Bundesgericht die gesetzliche Neukonzeption der früheren unfallähnlichen Körperschädigung sehr konsequent befolgt. Das gilt namentlich für das damit verbundene deutlich grössere Gewicht medizinischer Beurteilungen. Sie haben einen für die Fallentscheidung zentralen Stellenwert erhalten: In den ergangenen Sachurteilen stellte das Bundesgericht darauf ab, ob sie geeignet waren, den Entlastungsbeweis zu erbringen oder eben nicht. Und in den Rückweisungsentscheiden auferlegt sich das Bundesgericht eine bemerkenswert grosse Zurückhaltung im eigenen inhaltlichen Urteil, indem es schon geringe Zweifel genügen lässt, um weitere (medizinische) Abklärungen zu veranlassen oder zu billigen.

Für die Unfallversicherer bedeutet dies, dass sie gut beraten sind, die Fälle, in denen sie sich nicht oder noch nicht durchsetzen konnten, daraufhin zu analysieren, was von kreisärztlichen oder beratenden Beurteilungen erwartet wird, damit sie für den erstrebten Entlastungsbeweis tauglich sind. Für die Versicherten und ihre

<sup>34</sup> BGer 8C\_445/2021 vom 14. Januar 2022.

<sup>35</sup> BGer 8C\_412/2019 vom 9. Juli 2020, 8C\_507/2020 vom 15. Dezember 2020, 8C\_13/2021 vom 6. September 2021.

<sup>36</sup> BGer 8C\_267/2019 vom 30. Oktober 2019.

<sup>37</sup> BGer 8C\_250/2020 vom 20. Mai 2020.

<sup>38</sup> BGer 8C\_679/2022 vom 6. April 2023.

<sup>39</sup> BGer 8C\_593/2021 vom 6. Januar 2022.

<sup>40</sup> KASPAR GEHRING, Rechtsprechung zur Unfallversicherung (1) – 9 aus 250 Urteilen, HAVE/REAS 2022, 297 ff., 300 f.

Rechtsvertretungen andererseits bedeutet dies, dass sie mit fundierten medizinischen second opinions eine reelle Chance haben, den Entlastungsbeweis des Unfallversicherers scheitern zu lassen.