

## **Vorstandssitzung vom 4. November 2010**

### **Haftpflichtrecht**

#### **a) Stephan Weber**

#### **Urteil des Bundesgerichts 4A\_523/2009 vom 9. Februar 2010**

Ein wenig erfahrener Taucher kam bei einem Tauchgang im Genfersee ums Leben. Der erfahrene Taucher X, der sich als Tauchführer ausgab und den Tauchgang plante, wurde wegen fahrlässiger Tötung verurteilt. Nun hatte das Bundesgericht unter anderem über Schadenersatzansprüche der Witwe des verstorbenen Tauchers zu befinden, wobei es die Gelegenheit nutzte, um sich in grundsätzlicher Weise zur Berechnung des Versorgerschadens zu äussern. Nachdem die beiden Vorinstanzen Schadenersatz in der Höhe von CHF 474'000 bzw. CHF 134'000 zugesprochen hatten, verneinte das Bundesgericht jegliche Schadenersatzansprüche, weil es keinen ungedeckten Schaden gab. Nach Zugrundelegung einer Versorgungsquote von 50 % resultierte nach Abzug des Erwerbseinkommens der Witwe und der Witwenrente ein Minussaldo, so dass der Schadenersatzanspruch ohne das Heranziehen weiterer Faktoren (z.B. Anrechnung von Zinserträgen aus Erbschaft oder Summenversicherungszahlungen, Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit) verneint werden konnte. Letztlich wurden einzig Genugtuungen zugesprochen.

#### **Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-842/2007 bis A-867/2007 vom 17. Februar 2010**

Nach dem Flugzeugunglück von Überlingen (D) vom Juli 2002 hatte sich das Flugsicherungsunternehmen Skyguide mit den Angehörigen von 40 der 71 Opfer gütlich über die Abgeltung für ihren seelischen Schmerz und den Schadenersatz einigen können. Die Hinterbliebenen der restlichen 31 Opfer akzeptierten die angebotenen Beträge nicht. Das Bundesverwaltungsgericht entschied, dass Skyguide die Genugtuung für die Opferfamilien des Flugzeugunglücks korrekt festgesetzt hat. Verwehrt bleibt den Eltern verstorbener Kinder eine Entschädigung für entgangene finanzielle Unterstützung im Alter (Versorgerschaden), da sie allesamt dem Mittelstand angehören und deshalb nicht auf eine derartige Unterstützung im Alter angewiesen sein werden.

#### **Urteil des Bundesgerichts 4A\_590/2009 vom 14. Mai 2010**

Ende September 2004 kollidierte der SBB-Schnellzug Lausanne - Luzern auf einem unbewachten Bahnübergang mit einem Personenwagen, was den Tod einer verheirateten Mutter (von drei Kindern) und des mitgeführten siebenjährigen Kindes zur Folge hatte. Mit Schreiben vom Januar 2006 unterbreitete die SBB den Hinterbliebenen das unpräjudizielle Angebot, sich im Rahmen von 30% an den finanziellen Unfallfolgen zu beteiligen. Betreffend des Gesuchs um Akontozahlung seien die Hinterbliebenen gebeten, notwendige Dokumente einzureichen. Mitte Juli 2006 bekräftigte die SBB das Angebot; befristete es bis Ende August 2006. Innert Frist erfolgte keine Annahme und der Anwalt der Hinterbliebenen verlangte anfangs November 2006 die Abgabe eines Verjährungsverzichts bis Ende Dezember 2008. Die SBB teilte daraufhin mit,

dass die Forderung der Hinterbliebenen verjährt sei und gab unter diesem Vorbehalt eine Verzichtserklärung bis Ende 2007 ab. Ende Januar 2007 teilte der Anwalt der Hinterbliebenen mit, dass diese das seinerzeitige Angebot der SBB annehmen würden. Ende Oktober 2007 fand ein fruchtloser Aussöhnungsversuch statt und die Vorinstanzen wiesen die Klage wegen Verjährung der Forderung ab. Das Bundesgericht stützt sich bei diesem altrechtlichen Fall (Per 1. Januar 2010 wurde das EHG aufgehoben und durch haftpflichtrechtliche Bestimmungen des Eisenbahngesetzes (EBG; SR 742.101) ersetzt) auf Art. 14 Abs. 1 EHG, wonach Ansprüche aus Eisenbahnhaftpflichtfällen innert zwei Jahren seit Unfalltag verjähren. In casu seien damit die Forderungen Ende September 2006 verjährt, sofern die Verjährung nicht gemäss Art. 135 OR unterbrochen worden sei (E. 2). Die Vorinstanz habe nicht gegen Bundesrecht verstossen, indem sie im Schreiben vom Januar 2006 keine Schuldanerkennung erblickt habe. Eine grundsätzliche Zahlungspflicht habe die SBB dabei nicht anerkannt. Ebenso wenig sei eine verjährungsunterbrechende Akontozahlung erfolgt. Gleiches gelte auch für das Schreiben vom Juli 2006. Blosser Vergleichsofferten würden für die Annahme einer Schuldanerkennung nicht ausreichen, wenn sie nicht zu einer Einigung führen (E. 4). Eine Verjährungseinrede sei nicht schon deshalb missbräuchlich, weil der Schuldner vom rechtlichen Bestand eines Anspruchs wisse. Nur die positive Verursachung der Fristversäumnis durch entsprechendes Verhalten des Schuldners vermöge die Gegeneinrede des Rechtsmissbrauchs zu rechtfertigen. Von treuwidrigem Verhalten der SBB könne auch nicht die Rede sein, hat sie im Schreiben vom Juli 2006 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Unfall bald 2 Jahre zurückliege (E. 5). Die Beschwerde der Hinterbliebenen wird abgewiesen.

### **Urteil des Bundesgerichts 4A\_500/2009 vom 25. Mai 2010**

Auch wenn die Pflege zu Hause von Familienangehörigen besorgt wird, muss sie gleich entschädigt werden, wie wenn bezahlte Drittkräfte sie leisten würden, da sich unter dem Gesichtspunkt des Vorteilsausgleichs derartige freiwillige Leistungen nicht zugunsten des Schädigers auswirken sollen. Entsprechend ist der Schadenersatz auch für die bisherigen Leistungen, die von Familienangehörigen erbracht wurden, nach dem ortsüblichen Lohn einer Pflegekraft zu erbringen, d.h. nach dem Bruttolohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherung. Wenn die Betreuung durch die Familienangehörigen jeweils über das Wochenende erbracht wird, ist von den Bruttokosten auszugehen, die eine Betreuung durch eine Drittperson an diesen Tagen verursachen würde, einschliesslich allfälliger Zuschläge für Sonntagsarbeit oder Ferien, die angefallen wären, wenn eine Drittperson die Pflege übernommen hätte. Da zur Höhe der Zuschläge, die bei Betreuung durch eine Drittperson tatsächlich angefallen wären, im kantonalen Urteil die notwendigen Feststellungen fehlen, ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Anders als der Hauspflegeschieden kann der "Besuchsschieden", der durch Besuche der Eltern am Krankenhausbett des schwergeschädigten Kindes anfallen, nicht "normativ" nach einem objektiven Wert bestimmt werden. Besuche im Spital oder Pflegeheim haben ihren Grund in jedem Fall in der persönlichen Beziehung und können nicht als Leistungen Dritter bewertet werden; sie haben keinen Marktwert. Dies gilt zumindest für den erwerbstätigen Vater, der die Kontakte zu seinem Kind auch ohne schädigendes Ereignis in der Freizeit gepflegt hätte. Hingegen lässt sich die Hausarbeit mit dem familiären Umgang bis zu einem gewissen Grad verbinden. Diese Möglichkeit entfällt beim auswärtigen Krankenbesuch, der so zu einer Mehrbelastung im Haushalt führen kann. Entsprechend kann der im Haushalt tätigen Mutter für die von ihr aufgewendeten

Besuchszeit ein Schadenersatz zugesprochen werden. Die unterschiedliche Behandlung von Mutter und Vater ist nicht rechtsungleich.

### **Urteil des Bundesgerichts 4A\_370/2009 und 4A\_90/2010 vom 5. Juli 2010**

Es besteht kein Prinzip, dass ein Selbständigerwerbender über das 65. Altersjahr hinaus arbeitet. Wenn die Anspruchsberechtigten keine substantiierten Behauptungen aufstellen, nach denen sich bestimmen liesse, bis zu welchem Alter der verstorbene Versorger gearbeitet hätte, haben sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Ein Abzug auf dem Versorgungsschaden für die Wahrscheinlichkeit, dass der Getötete bis zum Urteilstag auch ohne das schädigende Ereignis gestorben wäre, ist nur dann vorzunehmen, wenn zweiphasig gerechnet wird. Wird die Schadensberechnung auf den Todestag zurückbezogen, ist die Sterbenswahrscheinlichkeit bereits in den verwendeten Aktivitätstafeln enthalten.

#### **b) Massimo Pergolis**

##### **BGE 4A\_481/2009 vom 26.01.2010 (Anrechnung IV-Rente, Erwerbsausfall)**

Die Klägerin erlitt 1998 bei einem Skiunfall eine lumbale Wirbelkörperfraktur, die zu einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % und der Zuspriechung einer Viertelsrente der IV (IV-Grad von 41 %) führte. Die Haftung war unbestritten. Diese Invalidität war aufgrund eines medizinischen Gutachtens nur zu 50 % auf den Unfall zurückzuführen, die anderen 50 % waren auf vorbestandene degenerative Veränderungen der entsprechenden Wirbelkörper zurückzuführen. Deshalb korrigierte das Bundesgericht die Vorinstanz, indem es die IV-Rente nur zu 50 % anrechnete. Eine über das ordentliche Pensionierungsalter hinausgehende berufliche Tätigkeit wird trotz selbständiger Erwerbstätigkeit unter anderem mit der sich ohnehin auf die Arbeitsfähigkeit auswirkenden konstitutionellen Prädisposition verneint. Auch die Genugtuung ist wegen der Prädisposition nur anteilmässig zuzusprechen. Schliesslich bestätigte das Bundesgericht, dass hinsichtlich des künftigen Erwerbsausfalls nicht von einer generellen Realloohnerhöhung von 1 % auszugehen, sondern immer auf die konkreten Umstände des Einzelfalles abzustellen sei. In casu wurde eine generelle Realloohnerhöhung verneint.

##### **BGE 4A\_65/2009 vom 17.2.2010 (Kausalität, Beweislast)**

Der 1965 geborene Kläger erlitt am 29.11.1999 als Beifahrer in einem Personenwagen einen Verkehrsunfall mit HWS-Distorsion. Die Halswirbelsäule war zu diesem Zeitpunkt bereits schwer degenerativ verändert. Die Suva stellte drei Monate nach dem Unfall ihre Leistungspflicht wegen Fehlens des natürlichen Kausalzusammenhangs ein bzw. weil der Status quo sine erreicht sei. Dies wurde 2001 letztinstanzlich vom damaligen EVG geschützt. Im Haftpflichtverfahren wurde 2007 ein medizinisches Gutachten erstellt, welches entgegen der früheren Beurteilung des EVG zum Schluss kam, dass (nach wie vor) ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den ihm geschilderten Beschwerden und den daraus resultierenden wirtschaftlichen

Nachteilen bestehe. Gestützt auf dieses Gutachten sprach die erste Instanz grundsätzlich Schadenersatz zu, kürzte diesen allerdings um 75 %. Nachdem das Urteil von der zweiten Instanz, die im Ergebnis dem EVG folgte, aufgehoben und die Klage bis auf Fr. 5'000.- abgewiesen wurde, musste das Bundesgericht entscheiden.

Das Bundesgericht wies auf den Unterschied zwischen dem Recht der sozialen Unfallversicherung und dem Haftpflichtrecht hin. Der Begriff des natürlichen Kausalzusammenhangs ist im Recht der sozialen Unfallversicherung und im zivilen Haftpflichtrecht identisch. Während aber der soziale Unfallversicherer seine Leistungen einstellen kann, wenn der Gesundheitszustand des Versicherten derselbe ist wie vor dem Unfall (status quo ante) oder aber so, wie er auch ohne Unfall wäre (status quo sine), bleibt die Leistungspflicht des Haftpflichtigen bestehen, wenn der natürliche Kausalzusammenhang im Moment des Unfalls gegeben ist. Den mitwirkenden unfallfremden Faktoren (in casu Vorzustand) kann im Rahmen von Art. 42 oder Art. 44 OR Rechnung getragen werden. Da gemäss Gerichtsgutachten der Unfall das auslösende Moment bildete, welches zu den bestehenden invalidisierenden Beschwerden geführt hat, ist der Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs erbracht. Da die Beklagte den Beweis, dass sich der Vorzustand ohnehin ausgewirkt hätte, nicht mit dem hierfür nötigen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erbringen konnte, kann dem Vorzustand in casu nur noch im Rahmen von Art. 44 OR Rechnung getragen werden. Das Bundesgericht bestätigte somit im Ergebnis den erstinstanzlichen Entscheid.

#### **BGE 4D\_151/2009 vom 15. 3. 2010 (überwiegende Wahrscheinlichkeit)**

Es geht materiell um die Folgen einer Hepatitis B-Erkrankung einer Frau, die in einem Spital eine Gastroskopie hatte vornehmen lassen. Das Kantonsgericht Genf (Cour de justice de Genève) hatte den Kausalzusammenhang zwischen der Gastroskopie und der Infizierung durch einen Hepatitis-B Virus bejaht, was vom Bundesgericht als willkürlich erachtet wurde. Aufgrund von medizinischen Gutachten waren verschiedene Ursachen für die Infektion denkbar. Das Ansteckungsrisiko durch Gastroskopie beträgt 0,14 auf 100'000 Fälle. Das Kantonsgericht hat andere häufigere Ursachen nicht in Betracht gezogen (z.B. Infektionen durch Gebrauchsgegenstände, wie Rasierklingen, Zahnbürsten, Messer usw. durch den Kontakt mit einer verletzten Haut) oder sogar fälschlicherweise gänzlich ausgeschlossen (Übertragung durch Geschlechtsverkehr, mit der Bemerkung, dass die Ehegattin nicht infiziert war). Das Bundesgericht bestätigte seine Rechtsprechung zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit, wonach bei mehreren möglichen Ursachen eine wesentlich herausragen muss, damit die überwiegende Wahrscheinlichkeit bejaht werden kann.

#### **BGE 4A\_598/2009 vom 29.3.2010 (vorübergehender Erwerbsausfall)**

In einem Fall eines 35-jährigen Hilfsgärtners, der 1995 nach einem Verkehrsunfall eine HWS-Distorsion erlitten hatte und längere Zeit arbeitsunfähig war, hatte das Bundesgericht das Vorliegen eines dauerenden Erwerbsausfalls und eines Rentenschadens im April 2008 abgelehnt (4A\_99/2008n und 4A\_91/2008), nachdem Ende 2004 sämtliche IV-Leistungen eingestellt worden waren. Im August 2008 wurde die Sache nach einer Berufung des

Haftpflichtversicherers an die Vorinstanz zurück gewiesen (4C.3003/2004). Gegen die von der Vorinstanz daraufhin vorgenommene Berechnung des vorübergehenden Erwerbsausfalls auf der Basis des Nettolohns wurde wiederum das Bundesgericht angerufen. Unter Hinweis auf die Literatur (Schatzmann, HAVE 2008, 288 f. und Weber/ Schätzle, Personenschaden-Forum 2010, S. 281 ff. ) sowie die Empfehlung Nr. 1/2001 von BSV, SUVA und SVV) ändert das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung und hält fest, dass die Sozialversicherungsbeiträge bei der Berechnung des vorübergehenden Erwerbsausfalls nicht zu berücksichtigen seien. Das Bundesgericht begründet seine Auffassung in erster Linie mit dem fehlenden Zusammenhang zwischen den temporär nicht bezahlten Beiträgen und der AHV-Rente.

#### **BGE 4A\_23/2010 vom 12. 4. 2010 (Haushaltschaden)**

A war 2001 als 19 jähriger Mitfahrer unschuldig in einen Verkehrsunfall verwickelt und erlitt Kopfverletzungen. Eine erste Teilklage auf Ersatz des vorübergehenden Haushaltschaden bis Oktober 2004 war letztinstanzlich abgewiesen worden (BGE 4C.166/2007). Auch die weitere Klage für den späteren und zukünftigen Haushaltschaden wurde von allen Instanzen und auch dem Bundesgericht abgewiesen. Das Bundesgericht bestätigte zunächst seine Ausführungen im Urteil 4C.166/2007: Wer einen Haushaltschaden geltend macht, hat zu beweisen, dass er früher im Haushalt tätig war und in welchem Umfang er eine Tätigkeit wahrgenommen hat. Erst dann könne auf die SAKE-Statistiken zurückgegriffen werden, sofern der in Frage stehende Haushalt darin repräsentiert ist oder die Werte Rückschlüsse auf einen konkreten Haushalt zulassen. Nachdem der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren widersprüchliche Aussagen gemacht hatte und die von ihm behaupteten Beeinträchtigungen aufgrund einer vom Haftpflichtversicherer in Auftrag gegebenen Observation in Zweifel gezogen wurden, gingen die Vorinstanzen gemäss Bundesgericht zu Recht von einem unglaubwürdigen Geschädigten aus. Damit entfällt für den Kläger die Möglichkeit, sich auf OR 42 Abs. 2 zu berufen, der nur dem glaubwürdigen Geschädigten offen stehe, soweit dieser der Natur der Sache nach keine weiteren Angaben machen oder Beweismittel anbieten kann. Schliesslich durfte die Vorinstanz gemäss Bundesgericht willkürfrei auf ein medizinisches Gutachten oder weitere Beweismassnahmen verzichten, da eine erhöhte Wahrscheinlichkeit bestehe, dass der Kläger auch gegenüber medizinischen Sachverständigen ebenfalls nicht der Wahrheit entsprechenden Angaben mache.

#### **BGE 4A\_463/2008 vom 20.4.2010 (Pensionierungsalter von Selbständigen)**

Strittig war das Pensionierungsalter eines selbständigen Kleinunternehmers, Taxifahrers und Besitzers von zwei Luxuslimousinen, der einen Verkehrsunfall erlitten hatte. Das Bundesgericht hält dazu fest, dass es sich dabei um eine Tat- und nicht um eine Rechtsfrage handelt. Zudem hielt es fest, dass in Bezug auf das Pensionierungsalter in dem Sinne kein Unterschied zwischen selbständig und unselbständig Erwerbenden bestehe, als derjenige, der eine Berufstätigkeit jenseits des ordentlichen Pensionierungsalters von 65 Jahren behauptet, dafür beweispflichtig ist. In casu konnte dieser Beweis nicht erbracht werden.

#### **BGE 4A\_255/2010 vom 29.6.2010 (Produktehaftpflicht)**

Eine Wirtin wurde am 29. Januar 2005 in ihrem Restaurant von einem Fenster am Kopf verletzt, das sie gerade mittels Handhebel geöffnet hatte. Ursache des Unfalls war der Umstand, dass das Kippfenster am oberen Verschluss nicht richtig eingehängt war, wobei der Verursacher nicht bekannt war. Nachdem alle Vorinstanzen die auf das Produkthaftpflichtgesetz gestützte Klage gegen die Fensterproduzentin abgelehnt hatten, gelangte die Geschädigte an das Bundesgericht. Bei der Prüfung der Fehlerhaftigkeit des Produkts im Sinne von Art. 4 Abs. 1 PrHG ist gemäss Bundesgericht auf die berechtigten Sicherheitserwartungen einer verständigen Person in der konkreten Situation abzustellen. Massgebend ist dabei derjenige Gebrauch eines Produkts, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann. Das Bundesgericht wertete das Aushängen des Fensters, das umständlich und mit Kraftaufwand verbunden war sowie wegen der Position des Fensters eine Leiter erforderte, weder als bestimmungsgemässen Gebrauch noch als Fehlgebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden muss. Vielmehr liege eine nachträgliche Manipulation am Produkt vor, für die der Hersteller nicht einstehen müsse. Das Vergessen des Wiedereinhängens wurde als selten vorkommende, nicht typische Fehlmanipulation taxiert, für welche vom Fensterproduzenten keine besondere Sicherheitsvorrichtung verlangt wurde.

### **BGE 5A\_57/2010 vom 2.7.10 (Observation im Haftpflichtfall)**

Materiell geht es um den in BGE 4C.166/2007 und 4A\_23/2010 von Bundesgericht bereits mehrmals behandelten Sachverhalt. Der Haftpflichtversicherer hatte den Kläger in der Öffentlichkeit gefilmt und die Ergebnisse der Observation in den erwähnten Haftpflichtverfahren eingebracht. Geltend gemacht wurde vom Kläger und seiner Ehefrau eine Persönlichkeitsverletzung und gestützt darauf Genugtuung sowie weitere Ansprüche im Zusammenhang mit dem Observationsmaterial. So wie alle Vorinstanzen lehnt auch das Bundesgericht die Klage ab.

Gemäss Bundesgericht sind Aufnahmen im öffentlichen Raum und von Alltagssituationen, wenn sie nicht systematisch und gezielt vorgenommen werden (also keine eigentliche Intensität erlangen), nicht per se persönlichkeitsverletzend. Der Umstand, dass die Ehefrau am Rande und in wenigen Filmsequenzen zu sehen ist, wird daher als zulässig taxiert. Anders beim Kläger und Ehemann, der das Ziel der Observation war. Diese war damit nur zulässig, wenn ein Rechtsfertigungsgrund vorlag.

Das Bundesgericht erachtet die Verletzung der Persönlichkeitsrechts des Klägers als durch überwiegende Interessen gerechtfertigt und die Observation und die dabei eingesetzten Mittel als notwendig und geeignet. Im einzelnen bejahte das Bundesgericht das Interesse der Versicherung und der dahinter stehenden Versichertengemeinschaft, nicht zu Unrecht Leistungen erbringen zu müssen, eine Beweisabnahme zu diesem notorischen Punkt erübrige sich. Auch die objektive Gebotenheit der Observation wurde bejaht. Der Kläger sei seiner Mitwirkungspflicht bei der Abklärungen des Sachverhalts nicht nachgekommen und habe zu den Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen widersprüchliche Behauptungen aufgestellt. Damit bedurfte die Anordnung der Observation keiner weiteren Begründung mehr. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit waren vorab die Höhe der Forderung und die relativ kurze Dauer der Observation, die zudem in der Öffentlichkeit stattfand, sowie der

Bezug auf alltägliche Verrichtungen ausschlaggebend. Die Filmaufnahmen erwiesen sich zur Ermittlung des Gesundheitszustandes als geeignet und notwendig, zumal der Geschädigte seiner Mitwirkungspflicht im Rahmen der objektiv gebotenen Abklärungen des Gesundheitszustandes nicht genügt habe. Zur Möglichkeit, ein Gerichtsgutachten einzuholen, verweist das Bundesgericht auf BGE 4A\_23/2010 E.2.5.3, wo es entschieden hatte, dass die Vorinstanz willkürfrei auf ein medizinisches Gutachten oder weitere Beweismassnahmen verzichten konnte, da eine erhöhte Wahrscheinlichkeit bestehe, dass der Kläger auch gegenüber medizinischen Sachverständigen ebenfalls nicht der Wahrheit entsprechenden Angaben mache.

### **c) Christine Chappuis**

#### **Arrêt du Tribunal fédéral, 2C\_834/2009 du 19 octobre 2010**

Responsabilité de la Confédération (LRCF 3): un réfugié politique turc ayant obtenu l'asile en Suisse est arrêté à la frontière par les autorités allemandes et détenu pendant 261 jours avant un refus d'extrader vers la Turquie prononcé par les autorités allemandes. Le réfugié et sa famille réclament à la Confédération une réparation pour la détention injustifiée en invoquant une violation de l'obligation de les informer de l'existence d'une demande d'extradition formée par la Turquie. Refus du département des finances. Illicéité de l'omission d'informer et causalité avec le dommage résultant de la détention injustifiée admises en première instance. Le Tribunal fédéral rappelle les conditions de la responsabilité: une omission est illicite s'il existe une norme juridique sanctionnant explicitement l'omission commise ou imposant à l'Etat de prendre en faveur du lésé la mesure omise (position de garant de l'Etat envers le lésé et violation des prescriptions déterminant la nature et l'étendue du devoir) (consid. 2.2); causalité hypothétique entre une omission illicite et un préjudice (consid. 2.3). La pratique restrictive en matière d'information suivie par la Confédération ne constitue pas la cause adéquate du dommage du fait que le réfugié ne pouvait, vu les circonstances, ignorer que son pays d'origine maintiendrait vraisemblablement sa demande d'extradition. Responsabilité non admise.

#### **Arrêt du Tribunal fédéral, 4A\_319/2010 du 4 octobre 2010**

Responsabilité du fait des produits (LRFP): installation de repassage avec planche à repasser et fer à vapeur; utilisatrice brûlée au visage et au cou par un jet d'eau chaude et de vapeur lors de la vidange du réservoir d'eau; responsabilité du producteur admise pour des défauts « déplorables et très dangereux »; faute concomitante consistant à avoir omis de débrancher l'appareil pendant le temps de refroidissement justifiant une réduction de l'indemnité de 20% (CO 44 I); indemnité pour tort moral résultant d'un « préjudice esthétique » de CHF 10'000 (CO 47).

#### **Arrêt du Tribunal fédéral, 4A\_210/2010, 4A\_214/2010, 4A\_216/2010 du 1<sup>er</sup> octobre 2010**

LCD 2, 3 let. d et 23, CO 41 et 754 ss: prescription pénale de plus longue durée: CO 60 II a pour but d'éviter que le responsable ne puisse plus être recherché sur le plan civil alors qu'il pourrait encore être puni pénalement; l'application de CO 60 II n'est pas exclue du fait que la condamnation pénale est impossible (défaut

de plainte pénale, classement, non-lieu ou acquittement, etc.); ainsi l'entrée en force d'une ordonnance de non-lieu n'empêche en soi pas la mise en œuvre de la prescription pénale de plus longue durée. Confirmation de jurisprudence (ATF 69 IV 69 consid. 5 et 134 III 591 consid. 5.3): pas d'obligation du lésé de déposer plainte pour pouvoir invoquer la prescription pénale de plus longue durée devant le juge civil.

Concours d'actions (LCD, CO 754): le défendeur ayant formellement invoqué la prescription pour l'action fondée sur la LCD, mais non pour celle fondée sur le CO, le juge ne peut suppléer d'office le moyen opposé à l'action en responsabilité de CO 754 (cf. arrêt 4A\_56/2008 du 8 octobre 2009).

### **Arrêt du Tribunal fédéral, 4A\_48/2010 du 9 juillet 2010**

Responsabilité hospitalière (omission de procéder à une césarienne en temps utile, naissance d'une enfant handicapée); procédure limitée aux principes de la responsabilité; preuve de la violation des règles de l'art: appréciation de plusieurs expertises (judiciaire, d'entente entre les parties, privée) conduisant à écarter sur un point l'avis de l'expert judiciaire; preuve du lien de causalité naturelle, resp. hypothétique s'agissant d'une omission, selon le critère de la vraisemblance prépondérante: admis avec une vraisemblance prépondérante que l'atteinte au cerveau aurait été évitée, du moins diminuée, par une césarienne entreprise à temps; pas de renversement du fardeau de la preuve du fait de la réduction du degré de la preuve.

### **Arrêt du Tribunal fédéral, 4A\_147/2010 du 26 mai 2010**

Loi vaudoise sur le notariat; responsabilité du notaire instrumentant un acte de vente immobilière niée; le notaire n'a pas le devoir de vérifier la capacité civile d'une partie s'il n'existe pas de doute à cet égard; il ne lui incombe pas non plus un devoir de se soucier du versement du prix de vente ni d'établir un échéancier de paiement.

### **Arrêt du Tribunal fédéral, 4A\_98/2010 du 21 avril 2010**

Responsabilité hospitalière; consentement éclairé et hypothétique du patient (rappel des principes); critères pour départager plusieurs expertises; expertise privée comme simple allégation d'une partie.

### **ATF 136 III 310, 4A\_463/2008 du 20 avril 2010**

CO 42 II, 46; chauffeur de taxi indépendant grièvement blessé; perte de gain actuelle; absence de preuve d'une perte de gain après l'âge de la retraite, d'une autre perte de revenu et d'un dommage ménager. L'âge ouvrant le droit à une rente AVS correspond en règle générale pour toutes les catégories de travailleurs à la limite temporelle de l'activité professionnelle; dans des circonstances particulières, cette limite peut être repoussée notamment dans le cas d'un lésé ayant le statut d'indépendant (non admis en l'espèce).

### **ATF 136 III 222, 4A\_598/2009 du 29 mars 2010**

CO 46; précision de jurisprudence: le dommage actuel, même lorsque la perte de gain n'est que temporaire, doit se calculer à partir du salaire net du lésé; le régime exceptionnel résultant du considérant 3.6.2 de l'arrêt 4A\_227/2007 du 26 septembre 2007 ne peut être maintenu.

### **Arrêt du Tribunal fédéral, 4A\_459/2009 du 25 mars 2010**

Responsabilité hospitalière (opération de la hanche); consentement hypothétique admis par l'instance inférieure et contesté en vain devant le Tribunal fédéral; appréciation de trois expertises sur la diligence dans le traitement médical (expertise ordonnée d'entente entre les parties; expertise judiciaire; expertise privée non suivie sur certains points); pas de modification du fardeau de la preuve du traitement médical et de ses conséquences dans le cadre d'une action en constatation (procédure limitée aux questions de prescription/péremption, illicéité et causalité).

### **ATF 136 III 322, 4A\_462/2009 du 16 mars 2010**

CO 42 II; responsabilité des administrateurs et de l'organe de révision; dommage résultant d'un dépôt tardif de bilan; preuve du moment de la connaissance du dommage (prescription); renvoi à l'autorité cantonale.

### **Tribunal fédéral, 4D\_151/2009 du 15 mars 2010**

CO 398; responsabilité médicale niée; hépatite B contractée lors d'une gastroscopie ? preuve de la causalité naturelle; expertise mal appréciée par la cour cantonale; vraisemblance prépondérante non admise.

### **Tribunal fédéral, 4A\_523/2009 du 9 février 2010**

Indemnité pour perte de soutien; éléments de preuve s'agissant du revenu d'un indépendant (exploitant une imprimerie); absence de preuve d'une perte de soutien.

### **Tribunal fédéral, 4A\_499/2009 du 11 janvier 2010**

LCR 58 et 59 (accident de la circulation routière); preuve de l'interruption de la causalité; contestation des expertises (not. sur la vitesse du véhicule de la victime); libération admise.

## **Sozialversicherungsrecht**

### **a) Bernard Rolli**

#### **9C\_400/2010 du 9 septembre 2010**

Assurance-invalidité «Avis de droit Müller/Reich»

Selon le concept prévu par la loi, il incombe en premier lieu aux assureurs de procéder à l'instruction des demandes et, partant, à l'administration des preuves

qu'elle suppose (c. 4.2.1). Même en procédure de recours, l'assureur reste organe d'exécution du droit des assurances sociales et est – malgré sa position formelle de partie à la procédure de recours – tenu de respecter les principes de l'activité de l'Etat régi par le droit (art. 5 Cst.) et, partant, les principes de neutralité et d'objectivité.

Au vu de cette conception constitutionnelle, on ne peut déduire de la position de partie de l'assureur en procédure de recours ou de sa légitimation à recourir devant le Tribunal fédéral – contrairement à ce que retient l'avis de droit précité – que les preuves administrées par l'office AI en procédure non contentieuse jusqu'au prononcé de la décision constituent de simples actes de parties et que le fait de se fonder sur elles serait ainsi contraire à la CEDH (c. 4.2.2).

On notera que le TF ne s'est pas prononcé sur la question soulevée dans l'avis de droit concernant la dépendance économique des COMAI face aux offices AI (c. 4.2.3).

### **9C\_510/2009 du 30 août 2010 (destiné à la publication)**

Assurance-invalidité. Conséquences invalidantes des distorsions cervicales (coup du lapin)

Les critères développés dans l'ATF 130 V 352 en matière de troubles somatoformes sont également applicables aux conséquences invalidantes d'une atteinte classique du type "coup du lapin", sans déficit fonctionnel organique objectivable. Le caractère éventuellement organique des troubles ne s'oppose pas à l'application de ces critères (c. 3.2.3).

### **b) Franz Erni**

#### **Urteil 8C\_66/2010 vom 6.9.10 betreffend Fachausbildung von Gutachtern (Anmassung von Facharztstitel)**

Gemäss Bundesgericht hängt der Beweiswert einer spezialärztlichen Expertise u.a. davon ab, ob die begutachtende Person über die entsprechende Fachausbildung verfügt. Ihre fachliche Qualifikation spielt für die richterliche Würdigung einer Expertise eine erhebliche Rolle. Deshalb wird für die Eignung eines Arztes als Gutachtensperson in einer bestimmten medizinischen Disziplin ein entsprechender, dem Nachweis der erforderlichen Fachkenntnisse dienlicher spezialärztlicher Titel der berichtenden oder zumindest der den Bericht visierenden Arztperson vorausgesetzt. Hingegen ist der FMH-Facharztstitel nicht Bedingung. Eine Titelanmassung stellt den Beweiswert eines medizinischen Gutachtens erheblich in Frage.

Im vorliegenden Fall konnte auf ein rheumatologisches und psychiatrisches Teilgutachten nicht abgestellt werden, weil die Untersuchungen durch Ärzte durchgeführt wurden, welche sich den Dokortitel anmassten, obwohl sie sich noch in Ausbildung befanden. Am fehlenden Beweiswert ändert nichts, dass das psychiatrische Teilgutachten durch Arztpersonen mit entsprechenden Fachausbildungen mitunterzeichnet wurde. Hingegen waren das neurologische und neuropsychologische Teilgutachten nicht zu beanstanden, obwohl auch sie durch ärztliche Fachpersonen durchgeführt wurden, welche ihre Ausbildung noch nicht abgeschlossen hatten. Dies weil die fehlende Fachausbildung korrekt erkennbar war (keine Titelanmassung) und die Gutachten durch Gutachtenspersonen mit entsprechenden Fachtiteln mitunterzeichnet wurden.

Zum Thema Beweiswert von Begutachtungen durch in Ausbildung stehende Ärzte vgl. auch:

- 9C\_916/2009 vom 30.8.10
- 9C\_218/2008 vom 4.3.09

### **Urteil 8C\_602/2010 vom 30.8.10 betreffend ausgeglichener Arbeitsmarkt (Nischenarbeitsplätze)**

Gemäss Rechtsprechung umfasst der ausgeglichene Arbeitsmarkt auch sogenannte Nischenarbeitsplätze, also Stellen- und Arbeitsangebote, bei welchen Behinderte mit einem sozialen Entgegenkommen von Seiten des Arbeitgebers rechnen können. Von einer Arbeitsgelegenheit kann nicht mehr gesprochen werden, wenn die zumutbare Tätigkeit nurmehr in so eingeschränkter Form möglich ist, dass sie der ausgeglichene Arbeitsmarkt praktisch nicht kennt oder sie nur unter nicht realistischem Entgegenkommen eines durchschnittlichen Arbeitgebers möglich wäre und das Finden einer entsprechenden Stelle daher von vornherein als ausgeschlossen erscheint.

Im konkreten Fall ging es um einen Versicherten, der gemäss ärztlicher Beurteilung einen verständnisvollen, nachsichtigen Arbeitgeber braucht, da er den allgemeinen Belastungen des Arbeitsmarktes, wo man im Stande sein müsse, Kritik und Stress auszuhalten und sich auch trotz Widrigkeiten selber zu steuern, nicht in genügendem Masse gewachsen sei. Eine solche ärztliche Zumutbarkeitsbeurteilung spricht gemäss Bundesgericht noch nicht gegen die Verwertbarkeit der Arbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt. Ein soziales Entgegenkommen sei vorliegend im Hinblick auf die konkrete Limitierung des Versicherten (mangelhafte Steuerung der Erregbarkeit) - insbesondere mit Blick auf mögliche Nischenarbeitsplätze - nicht derart unrealistisch, dass das Finden einer passenden Stelle von vornherein als ausgeschlossen gelten müsse. Wenn das kantonale Gericht die Verwertbarkeit der verbleibenden Arbeitsfähigkeit auf dem hypothetischen ausgeglichenen Arbeitsmarkt bejahte, erweise sich dies nach dem Dargelegten als rechtens.

### **Urteil 9C\_870/2009 vom 8.6.10 betreffend öffentliche Gerichtsverhandlungen gemäss EMRK**

Das Bundesgericht hat sich in diesem Grundsatzurteil eingehend mit der - als nicht einheitlich erkannten - Rechtsprechung sowohl des EGMR als auch des Bundesgerichts und des Eidg. Versicherungsgerichts zum Verzicht auf eine beantragte öffentliche Verhandlung im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren betreffend sozialversicherungsrechtliche Ansprüche auseinandergesetzt. Es hat entschieden, dass in Verfahren mit hauptsächlich medizinischer Fragestellung eine bessere Eignung des schriftlichen Verfahrens nicht erkennbar sei, auch wenn Gegenstand in einer allfälligen Verhandlung einzig die Auseinandersetzung mit den vorhandenen Stellungnahmen von Ärztinnen und Ärzten zu Gesundheitsschaden und Grad der Arbeitsunfähigkeit bildet. Es handle sich bei der Würdigung solcher medizinischer Berichte und der Beurteilung der Beweiskraft einander widersprechender ärztlicher Aussagen um eine auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts alltägliche und damit nicht um eine "hochtechnische" Thematik im Sinne der Rechtsprechung (vgl. Urteil BGE 9C\_870/2009 E. 3.2; Urteil 9C\_1034/2009 E. 2.4).

## **Soziale Krankenversicherung Franziska Grossen Feuz**

### **BGer-E vom 2.8.2010, 9C\_311/2010: Beschäftigungsmassnahmen und Krankentaggelversicherung**

Das Bundesgericht hatte in diesem Fall zu prüfen, ob die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm als Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Sinne des KVG-Taggeldrechts anzusehen ist. Dies wurde vom Gericht verneint. Das Bundesgericht hielt fest, dass es sich bei Beschäftigungsmassnahmen immer um zeitlich befristete Arbeitsgelegenheiten handle, die jederzeit zu Gunsten einer zumutbaren Arbeitsstelle beendet werden müssen. Die Finanzierung und Entschädigung der Massnahme erfolge über die ALV, die Beschäftigungsmassnahme sei subsidiär zu andere arbeitsmarktlichen Massnahmen und zu einer Zwischenverdiensttätigkeit, die versicherte Person sei zur Teilnahme verpflichtet und schliesslich stehe die versicherte Person mit dem Organisator des Beschäftigungsprogramms nicht in einem Arbeitsverhältnis, sondern in einem Vertragsverhältnis sui generis. Nach Auffassung des BGer kann daher zumindest aus Sicht der Krankentaggeldversicherung bei einem Beschäftigungsprogramm nicht von einer Erwerbstätigkeit gesprochen werden.

### **BGer-E vom 25.5.2010, 9C\_858/2009: Rettungskosten gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. g KVG und Art. 27 KLV, Helikopter-Rettung auf Versicherungskosten?**

In diesem Fall ging es um eine Familie, welche eine Wanderung in der Nähe eines Gletschers unternommen hatte. Die Familie wurde auf der Höhe von 2200m über Meer von einem Wetterumsturz überrascht. Sie verloren die Orientierung, konnten aber die Polizei alarmieren. In der Folge wurden der SAC und die Rega aufgeboten. Die Rega absolvierte sieben Flugbewegungen. Eine Rettung aus der Luft war aber aufgrund des schlechten Wetters nicht möglich. Schliesslich erfolgte eine Bodenrettung. Die vermissten Personen konnten zur Bergstation einer Seilbahn gebracht werden, wo festgestellt wurde, dass der jüngere Sohn (damals 13 Mte alt) an Unterkühlung litt. Für die bei der Assura versicherte Mutter und die beiden ebenfalls bei der Assura versicherten Kinder entstanden Kosten von knapp CHF 10'000.-. Die Assura lehnte die Leistungspflicht ab. Das Bundesgericht ruft in diesem Entscheid BGE 135 V 88 in Erinnerung, wo es sich mit den Bedingungen für die Leistungspflicht bei Rettungskosten einlässlich befasst hat. Es muss demnach auch im Rettungsfall bereits ein Versicherungsfall eingetreten sein. Im vorliegenden Fall lag eine gesundheitliche Beeinträchtigung nur beim 13 Monate alten Kleinkind vor, nicht aber bei den beiden anderen bei der Assura Versicherten. Bei Ihnen hatten sich noch keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit Krankheitswert eingestellt, weshalb die Assura für die Rettungsmassnahmen zugunsten dieser Personen nicht aufkommen musste.

### **BGer-E vom 9.3.2010, 9C- 383/2009: Tarifschutz für Behandlung eines Privatpatienten auf der Intensivstation**

Streitig war die Frage, ob die Behandlung auf der Intensivstation nach dem für Privatpatienten geltenden SLK-Tarif in Rechnung gestellt werden darf oder ob

nach dem Tarif der allgemeinen Abteilung in Rechnung gestellt werden muss. Das Bundesgericht verwies zunächst auf den Grundsatzentscheid vom 9. November 2009 (BGE 135 V 433) und hielt dann fest, die Versicherte habe sich auf der Privatabteilung befunden. Die Angehörigen der Versicherten hätten die Spitalverwaltung bei Einweisung in die Intensivstation darüber informiert, dass die Versicherte über eine Spitalzusatzversicherung und den Status einer Privatpatientin verfüge. Die streitige Behandlung musste deshalb nicht nach dem OKP-Tarif in Rechnung gestellt werden.

## **Aufsichtsrecht**

### **Hans-Peter Gschwind**

- Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA durchläuft zur Zeit einen Integrationsprozess. Unter anderem werden die internen Abläufe optimiert.
- Im Hinblick auf das strategische Ziel der Steigerung von Effektivität und Effizienz der Aufsicht wird intensiv an einem umfassenden, neuen Konzept der risikobasierten Aufsicht gearbeitet. Das neue Konzept wird u.a. vermehrt die Instrumente der dualistischen Aufsicht nutzen.
- Einen Schwerpunkt der Versicherungsaufsicht bilden das In-Kraft-Treten des Schweizer Solvenz Tests SST im kommenden Jahr. Aufsicht und Versicherungswirtschaft sind hier in hohem Masse gefordert.
- Betreffend die Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes VVG liegt mittlerweile eine (ökonomische) Rechtsfolgeabschätzung als Beurteilungsgrundlage vor. Das VVG-Gesetzgebungsgeschäft wird voraussichtlich Mitte kommenden Jahres ins Parlament kommen.