

«Überwiegend wahrscheinlich ist eine Kausalität dann, wenn nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe (für sie) sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.» So fasst das Bundesgericht die für viele Versicherungsfragen entscheidende Kausalitätsfrage zusammen. Und diese Aussage stellt der bei der Basler Versicherung

arbeitende Autor zu Recht ins Zentrum seines Beitrags. Dieser ist ein weiterer (letzter?) Puzzlestein in der aktuellen Kausalitätsdiskussion in der SÄZ, die David Husmann und Peter Kaufmann Anfang 2009 aus Sicht des Versichertenanwalts eröffnet haben.\*

Hanspeter Kuhn, Fürsprecher,  
stv. Generalsekretär FMH

## Was bedeutet eigentlich «überwiegend wahrscheinlich»?

# Eine Wahrscheinlichkeit von 51 % genügt nicht

Reinhard Kindscher

### Einleitung

Jeder Arzt, der in einer Versicherungsangelegenheit von einem Unfall- oder einem Haftpflichtversicherer oder von einem Gericht schon einmal den Auftrag erhalten hat, ein medizinisches Gutachten zu erstellen, kennt die Fragestellung, ob die Beschwerden der zu begutachtenden Person mit «überwiegender Wahrscheinlichkeit» durch ein bestimmtes Ereignis «verursacht» worden sind. Der Begriff «Verursachung» beschreibt die tatsächliche Verknüpfung zwischen dem Unfallereignis und den geklagten Beschwerden, die als «natürlicher Kausalzusammenhang» bezeichnet wird [1].

Der Rechtsbegriff «überwiegende Wahrscheinlichkeit» hingegen umschreibt ein Beweismass. Das Beweismass bestimmt, welche Anforderungen an die Intensität des Beweises zu stellen sind [2]. Der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallereignis und den Beschwerden ist nur dann bewiesen, wenn er mindestens «überwiegend wahrscheinlich» ist.

Was aber bedeutet «überwiegend wahrscheinlich»?

Das Schweizerische Bundesgericht hatte kürzlich Gelegenheit, sich zu diesem Rechtsbegriff erneut zu äussern, und hat mit Urteil vom 23. 9. 2008 festgehalten, dass eine Wahrscheinlichkeit von nur 51 % nicht genügt, um eine «überwiegende Wahrscheinlichkeit» zu begründen [3]. Dieser aktuelle Entscheid soll zum Anlass genommen werden, den Rechtsbegriff «überwiegende Wahrscheinlichkeit» näher zu beleuchten.

### Inhaltliche Bedeutung von «überwiegend wahrscheinlich»

In rein sprachlicher Hinsicht lässt sich aus dem Terminus «überwiegende Wahrscheinlichkeit» nicht sehr viel ableiten. Unschärf bleibt nicht zuletzt die Abgrenzung zwischen «wahrscheinlich» und «überwiegend wahrscheinlich». Zu Recht wird der Terminus daher für die Belange des Beweisrechts als nicht sehr glücklich gewählt angesehen [4].

### Angabe durch einen Prozentsatz?

Verschiedene Autoren haben daher den Versuch unternommen, den Rechtsbegriff «überwiegende Wahr-

scheinlichkeit» mit Inhalt zu füllen, indem sie ihn als Prozentsatz ausdrücken. Allerdings gehen die Ansichten über die Höhe dieses Prozentsatzes recht weit auseinander. Die Auffassungen reichen von 51% [5], über 66<sup>2</sup>/<sub>3</sub>% [6] über 75% [7] bis hin zu 95% [8]. Diese in der juristischen Literatur auszumachende Uneinigkeit spiegelt sich eindrucksvoll wider in einer im Januar 2007 durchgeführten Umfrage unter Richtern im Kanton Bern, die Prozentsätze zwischen 50% und 90% genannt haben [9].

Mit seinem eingangs zitierten Urteil vom 23. 9. 2008 hat das Bundesgericht entschieden, dass eine Wahrscheinlichkeit von 51% nicht genügt, um einen Umstand als «überwiegend wahrscheinlich» anzunehmen [10]. Damit hat das Bundesgericht verdeutlicht, dass es für eine «überwiegende Wahrscheinlichkeit» nicht ausreicht, dass ein Umstand lediglich wahrscheinlicher ist als andere Umstände [11]; die Messlatte ist höher anzulegen. Jedoch hat das Bundesgericht keinen Prozentsatz angegeben, ab dem eine «überwiegende Wahrscheinlichkeit» zu bejahen wäre; auch hat es sich nicht grundsätzlich für oder gegen die Angabe eines Prozentsatzes ausgesprochen [12]. Ob allerdings ein solcher Prozentsatz überhaupt einen greifbaren praktischen Nutzen hätte, darf in Frage gestellt werden.

### Wörtliche Definition des Bundesgerichts

Vielmehr erscheint es sachdienlich, zum Verständnis des Rechtsbegriffs «überwiegend wahrscheinlich» auf die wörtliche Definition, die das Bundesgericht schon vor einigen Jahren formuliert hat, zurückzugreifen: «Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.» [13].

Der natürliche Kausalzusammenhang ist demzufolge nur dann bewiesen, wenn «derart gewichtige Gründe» dafür sprechen, so dass «andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen». Es genügt demnach nicht, wenn

\* David Husmann, Peter Kaufmann, Unfallkausalität, Was Ärzte über Kausalität wissen sollten, SÄZ 2009;90(7):7 264–8. Reaktion: Rolf P. Steinegger. Die Nebelgranate der «erhöhten Wahrscheinlichkeit». Leserbrief, SÄZ 2009;90(39):1502, mit Replik von David Husmann, Peter Kaufmann in derselben Nummer.

Korrespondenz:  
Dr. iur Reinhard Kindscher  
Basler Versicherungs-Gesellschaft  
Aeschengraben 21  
CH-4002 Basel  
Tel. 061 285 77 07

reinhard.kindscher@baloise.ch

eine Ursache wahrscheinlicher ist als eine oder mehrere andere Ursachen; vielmehr müssen andere Ursachen – und seien sie bloss denkbar – von so nachrangiger Bedeutung sein, dass sie «nicht massgeblich in Betracht fallen».

Vor dem Hintergrund dieser Definition lässt sich sehr gut nachvollziehen, dass das Bundesgericht den natürlichen Kausalzusammenhang als nicht nachgewiesen ansieht, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass die geltend gemachten gesundheitlichen Beschwerden auf dem in Rede stehenden Ereignis beruhen, nur 51 % beträgt [14].

## Die Kenntnis vom Beweismass «überwiegende Wahrscheinlichkeit» ist für den medizinischen Gutachter von wesentlicher Bedeutung

### Schlussfolgerungen für den medizinischen Gutachter

Der medizinische Gutachter stützt seine Beurteilung auf eine umfassende Abwägung sämtlicher erlangbarer Informationen zum Unfall, den Unfallfolgen und der zu begutachtenden Person (Anamnese, selbst erhobene und fremde Befunde, Darstellungen bildgebender Untersuchungsverfahren, Dokumentationen über den Unfall und die zu begutachtende Person usw.), eine kritische Würdigung von Fremderhebungen sowie eine auf epidemiologische Daten abgestützte wissenschaftliche Diskussion.

Die Frage «Besteht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein natürlicher Kausalzusammenhang zwischen dem Ereignis X und den Beschwerden Y?» wird der medizinische Gutachter bejahen, wenn er am Schluss dieser umfassenden Abwägung zu dem Ergebnis gelangt, dass für den natürlichen Kausalzusammenhang derart gewichtige Gründe sprechen, so dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.

Zweifel diesen Rahmen, kann der natürliche Kausalzusammenhang nicht mehr bejaht werden.

Kann der Gutachter das Bestehen des natürlichen Kausalzusammenhangs nach Massgabe der bundesgerichtlichen Definition nicht bestätigen, beantwortet er die oben formulierte Frage in der Weise, dass der natürliche Kausalzusammenhang nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden kann. Dazu ist es nicht notwendig, dass der Gutachter eine entsprechende – negative – Überzeugung, d.h. vom Nichtbestehen des Kausalzusammenhangs, gewinnt. Ebenso wenig ist es erforderlich, dass alternative Ursachen explizit nachgewiesen werden können. Denn schon Unklarheiten über andere Umstände – sobald sie als andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise massgeblich in Betracht fallen – schliessen es aus, den natürlichen Kausalzusammenhang zu bejahen. In rechtlicher Hinsicht wird es dann für die Frage, welche Folgerungen aus einer derartigen Beweislosigkeit zu ziehen sind, darauf ankommen, wer die Beweislast trägt; das ist jedoch eine rechtliche Frage, die den Gutachter nicht betrifft.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass der natürliche Kausalzusammenhang nicht allein schon deswegen bejaht werden kann, weil der Gutachter lediglich keine andere Erklärung für die geklagten Beschwerden als die in Rede stehende Ursache finden kann.

Ebenso wenig genügt es, wenn die zu begutachtende Person erstmals in der Zeit nach dem Eintritt der in Rede stehenden Ursache über bestimmte Beschwerden klagt. Denn allein ein zeitlicher Zusammenhang sagt nichts darüber aus, ob die in Rede stehende Ursache tatsächlich der Grund für die angegebenen Beschwerden ist. Der Kausalitätsbeweis verlangt mehr als ein blosses post hoc ergo propter hoc. Vor allem bei Langzeit- oder Dauerbeschwerden fragt es sich, ob diese nicht auch auf andere, gleichzeitig wirkende oder später hinzugetretene Ursachen zurückgehen können. Eine solche Problematik ist in besonderem Masse bei diffusen und unspezifischen Beschwerdebildern anzutreffen. Klagt die zu untersuchende Per-

## «Die vom Bundesgericht geprägte wörtliche Definition bietet auch in medizinisch schwierigen Fällen eine praktische und verständliche Leitlinie»

Die blossen Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die «überwiegende Wahrscheinlichkeit» zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebliche Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen [15]. Es ist daher Raum für gewisse Zweifel – allerdings nur innerhalb des Rahmens, den das so umschriebene Beweismass festlegt. Überschreiten hingegen allfällige

son beispielsweise seit einem Unfall über dauerhaft anhaltende Kopfschmerzen, so ist Gegenstand der Kausalitätsbeurteilung, ob diese Kopfschmerzen (noch) eine Unfallfolge sind; kommen neben dem Unfallereignis krankheitsbedingte Ursachen als andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise massgeblich in Betracht – auch ohne dass solche krankheitsbedingten Ursachen feststehen, ggf. sind sie medizinisch gar

nicht eruierbar –, so kann die Ursächlichkeit des Unfalls nicht ohne Weiteres bejaht werden.

Es darf schliesslich nicht übersehen werden, dass eines der Ziele der ärztlichen Begutachtung darin besteht, die Ursache der geklagten Beschwerden ergebnisoffen und neutral zu ermitteln, ohne dass der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem in Rede stehenden Ereignis und den Beschwerden womöglich unbewusst aufgrund des zeitlichen Zusammenhangs quasi vermutet und letztlich bejaht wird, allein weil andere Ursachen nicht auffindbar sind. Damit würde die Beweislast verschoben werden.

Um die Frage nach dem natürlichen Kausalzusammenhang zu bejahen, bedarf es somit der positiven Feststellung und Begründung, dass die in Rede stehende Ursache mit «überwiegender Wahrscheinlichkeit» nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der eingetretene «Erfolg» entfiele. Für das Verständnis des Lesers des Gutachtens und im Hinblick auf eine allfällige Überprüfung ist es von besonderer Bedeutung, dass der Gutachter seine Überlegungen und seine Gründe für das von ihm gefundene Ergebnis ausführt und nachvollziehbar erläutert.

#### Fazit

Die Kenntnis vom Beweismass «überwiegende Wahrscheinlichkeit» ist für den medizinischen Gutachter von wesentlicher Bedeutung, weil seine Antwort nur dann auf den Hintergrund trifft, der dem Fragesteller vorschwebte. Obschon die Beweiswürdigung dem Richter obliegt, so weicht er bei Gerichtsgutachten in der Praxis nicht ohne zwingende Gründe von der Einschätzung des medizinischen Experten ab, dessen Aufgabe es gerade ist, seine Fachkenntnisse der Gerichtsbarkeit zur Verfügung zu stellen, um einen bestimmten Sachverhalt medizinisch zu erfassen [16].

Zwar ist höchstrichterlich nicht entschieden, ob das Beweismass «überwiegende Wahrscheinlichkeit» in einem Prozentsatz ausgedrückt werden kann. Zumindest aber steht nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts fest, dass eine Wahrscheinlichkeit von bloss 51 % jedenfalls nicht genügt, um eine «überwiegende Wahrscheinlichkeit» anzunehmen.

Nur wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen, ist eine «überwiegende Wahrscheinlichkeit» zu bejahen. Die vom Bundesgericht geprägte wörtliche Definition bietet auch in medizinisch schwierigen Fällen eine praktische und verständliche Leitlinie.

#### Literatur

- 1 Das Bundesgericht definiert den Rechtsbegriff «natürlicher Kausalzusammenhang» wie folgt: «Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhanges sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann.» (BGE 117 V 359 f., Erw. 4.a.; vgl. zur «conditio sine qua non» auch BGE 132 III 715 ff., Erw. 2.2.; BGE 128 III 184, Erw. 2.d.).
- 2 Berger-Steiner I. Der Kausalitätsbeweis. In: HAVE Personen-Schaden-Forum 2009. Zürich/Basel/Genf; 2009, S. 15.
- 3 Urteil des Bundesgerichts vom 23.9.2008, 4A\_397/2008, Erw. 4.1 und 4.3.
- 4 Berger-Steiner I. Beweismass und Privatrecht. In: ZBJV 144 (2008), S. 296.
- 5 Müller C. La perte d'une chance n'a pas perdu sa chance en droit suisse. In: HAVE 2008, S. 58.
- 6 Beck P. Die Beweisführung im Haftpflichtrecht. S. 243.
- 7 Berger-Steiner I. Der Kausalitätsbeweis. In: HAVE Personen-Schaden-Forum 2009. Zürich/Basel/Genf; 2009. S. 26.
- 8 Reetz P. Der Bauprozess: Er steht und fällt mit dem Beweis, in: Schweizerische Baurechtstagung 2009, S. 134.
- 9 Berger-Steiner I. Der Kausalitätsbeweis. In: HAVE Personen-Schaden-Forum 2009. Zürich/Basel/Genf; 2009. S. 22.
- 10 Urteil des Bundesgerichts vom 23.9.2008, 4A\_397/2008, Erw. 4.1. und 4.3.
- 11 Die klagende Anspruchstellerin hatte sich u. a. auf ein Urteil des EVG vom 19.10.2001, U 50/2001, berufen, in dem das EVG erwogen hatte, dass bei drei möglichen Ursachen einer Erkrankung jenem Sachverhalt zu folgen sei, den das Gericht als den Wahrscheinlichsten würdige, wobei die Wahrscheinlichkeit nicht notwendigerweise mehr als 50 % betragen müsse. Das Bundesgericht hat der Anspruchstellerin jedoch entgegeng gehalten, dass daraus nicht abgeleitet werden könne, dass eine Wahrscheinlichkeit von 51 % als «überwiegend» zu betrachten sei, weil das EVG mehrere mögliche Geschehensabläufe gegenübergestellt, nicht jedoch ein Beweismass definiert habe (Urteil des Bundesgerichts vom 23.9.2008, 4A\_397/2008, Erw. 4.3.).
- 12 Die zu Art. 9 Absatz 2 UVG ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts, BGE 114 V 109, Erw. 3, wonach andere Krankheiten als Berufskrankheiten gelten, wenn sie ausschliesslich oder stark überwiegend durch berufliche Tätigkeiten verursacht worden sind und «stark überwiegend» einen Anteil von mindestens 75 % erfordert, ist auf die hier besprochene Problematik nicht übertragbar, weil dieser Prozentsatz einen Verursachungsanteil betrifft, aber nicht das Beweismass.
- 13 BGE 132 III 715, Erw. 3.1.
- 14 Urteil des Bundesgerichts vom 23.9.2008, 4A\_397/2008, Erw. 4.1 und 4.3.
- 15 BGE 130 III 321, Erw. 3.3.
- 16 Urteil des EVG vom 20.12.1985, RKUV 1986, S. 261.