

Güter und Leistungen beziehen, die zum Normalbedarf gehören (...) Drittens kann ein Kontrahierungszwang nur angenommen werden, wenn dem Interessenten aufgrund der starken Machtstellung des Anbieters zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung des Normalbedarfs fehlen. (...) Und viertens kann von einer Kontrahierungspflicht nur dann ausgegangen werden, wenn der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag³³. Aus dieser Rechtslage ergibt sich für den vorliegenden Fall vorab die Feststellung, dass der «neue» privatrechtliche allgemeine Rechtsgrundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens als Grundlage einer privatrechtlichen Kontrahierungspflicht auch im Bereich der Zusatzversicherung zur Anwendung kommt. Die Tätigkeit einer Krankenkasse oder einer Versicherung im Bereich der Zusatzversicherung stellt ein «allgemeines und öffentliches Anbieten einer Dienstleistung» dar. Der Abschluss einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung stellt heute angesichts der weiten Verbreitung ganz offensichtlich eine Leistung dar, die zum Normalbedarf gehört. Schwieriger zu entscheiden ist das Vorhandensein der dritten Voraussetzung. Anders als im Postfall stehen den an einer Zusatzversicherung interessierten Personen zahlreiche Anbieter offen. Wie das Beispiel des Beschwerdeführers zeigt, ist nicht zu verkennen, dass diese gegenüber Anträgen von behinderten Personen allesamt gleich (ablehnend) entscheiden³⁴. So rückt das Kriterium der sachlichen Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses in das Zentrum des Interesses. Soweit die Verweigerung der Zusatzversicherung einem irrationalen Verhalten der (sämtlicher) Versicherer entspringt, also keine nach objektiven Kriterien vorgenommene Risikoprüfung zum Entscheid der Vertragsverweigerung führt, ist die Verweigerung nicht zu rechtfertigen. Im Ergebnis hätte also eine aufgrund einer Behinderung vorgenommene diskriminierende Verweigerung einer Zusatzversicherung im Lichte von BGE 129 III 35 eine Kontrahierungspflicht zur Folge. Keine Kontrahierungspflicht liegt indes dann vor, wenn die Verweigerung des Zusatzversicherungsvertrages Ergebnis einer nach anerkannten versicherungsmathematischen Kriterien vorgenommenen Risikoprüfung darstellt.

³³ BGE 129 III 45, E. 6.3.

³⁴ Siehe für den Bereich Lebensversicherung PÄHLI KURI/MÜLLER KARIN/SPYCHER STEPHAN, Aids, Recht und Geld, 2003, 65 ff.

Pflicht zum Erlass von formellen Verfügungen im Verwaltungsverfahren der obligatorischen Unfallversicherung

Urteil der I. Kammer des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes U 62/06 vom 7. September 2006; BGE 132 V 412

Massimo Aliotta*

1. Einleitung

Im Rahmen einer überaus begrüßenswerten Praxisänderung hat die I. Kammer des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in einem Urteil vom 7. September 2006 festgehalten, dass ein Unfallversicherer im Rahmen der obligatorischen Versicherung unter der Herrschaft des ATSG im Zusammenhang mit einem Fallabschluss eine Leistungsablehnung nicht im formlosen Verfahren entscheiden könne. Vielmehr müsse der Unfallversicherer in einem solchen Fall eine schriftliche formelle Verfügung erlassen. Der Zeitpunkt für den Erlass einer solchen Verfügung könne jedoch variabel sein.

2. Sachverhalt im Verwaltungsverfahren

Der 1947 geborene Hilfsarbeiter G. erlitt im Juli 2001 einen Unfall, indem er beim Hinuntersteigen auf einer Treppe ausrutschte und sich an der Schulter verletzte. In der Folge erbrachte die Suva die gesetzlichen Leistungen in Form von Übernahme der Heilbehandlungskosten und Ausrichtung von Taggeldern. Der Versicherte wurde durch verschiedene Ärzte und Kliniken behandelt sowie durch den Suva-Kreisarzt mehrmals untersucht. Mit Schreiben vom 30. September 2003 teilte die Suva dem Versicherten mit, dass zufolge mangelnder objektivierbarer pathologischer Befunde, welche auf das Unfallereignis zurückzuführen seien, der Fall abgeschlossen werde. Am 16. Juni 2004 – also beinahe neun Monate später – gelangte der nun beigezogene Rechtsanwalt L. an die Suva mit dem Ersuchen, die gesetzlichen Leistungen rückwirkend auszurichten. Mit formeller Verfügung vom 21. Juni 2004 bestätigte die Suva indes den Inhalt des Schreibens vom 30. September 2003. Mit Einspracheentscheid vom 30. November 2004 bestätigte die Suva die Verfügung mit dem Hinweis darauf, dass dem genannten Schreiben betreffend Fallabschluss materiell Verfügungscharakter zukomme und er durch Zeitablauf rechtskräftig geworden sei.

* Rechtsanwalt, Winterthur.

3. Urteil des Sozialversicherungsgerichtes des Kantons Zürich

Mit Entscheid vom 8. Dezember 2005 wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich die gegen den Einspracheentscheid eingereichte Beschwerde ab. Es hielt fest, dass das Schreiben der Suva vom 30. September 2003 in Rechtskraft erwachsen sei und als rechtsbeständig angesehen werden müsse. Es warf dem Beschwerdeführer vor, sich rechtsmissbräuchlich verhalten zu haben, indem dieser sich erst 8 ½ Monate nach der Leistungseinstellung durch die Suva erstmals geäußert und unter Berufung auf Art. 49 Abs. 1 ATSG sich nicht einverstanden erklärt habe. Gegen das kantonale Urteil liess der Versicherte beim EVG Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen.

4. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes

Mit Verweis auf BGE 131 V 46 führt das EVG zunächst aus, dass auch unter der Herrschaft des ATSG sich der Begriff der Verfügung mangels näherer Konkretisierung in Art. 49 Abs. 1 ATSG nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 VwVG bestimmt. Der Versicherungsträger hat gemäss Art. 49 Abs. 1 ATSG über Leistungen und Forderungen und Anordnungen, die erheblich sind oder mit denen die betroffene Person nicht einverstanden ist, schriftlich Verfügungen zu erlassen. Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die nicht unter Art. 49 Abs. 1 ATSG fallen, können nach Art. 51 Abs. 1 ATSG in einem formlosen Verfahren behandelt werden; diesfalls räumt Abs. 2 dieser Bestimmung der betroffenen Person die Möglichkeit ein, den Erlass einer Verfügung zu verlangen. Zudem weist das EVG darauf hin, dass unter dem Recht des ATSG Art. 124 UVV weiterhin gültig sei und für die dort aufgeführten Tatbestände eine schriftliche Verfügung zu erlassen sei.

Vor dem Hintergrund der obgenannten Bestimmung hatte das EVG die strittige Frage zu prüfen, ob die Suva die Einstellung von Versicherungsleistungen (Heilbehandlung, Taggeld) im formlosen Verfahren behandeln durfte oder formgültig zu verfügen hatte. Zur Beantwortung dieser Frage untersuchte das EVG zunächst die Meinung der Lehre betreffend die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des ATSG am 1. Januar 2003. Sodann zog das EVG die Materialien zur Ausarbeitung des ATSG bei und interpretierte die entsprechenden Hinweise dahingehend, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung keine grundsätzliche Änderung der Rechtslage habe einführen wollen. Des Weiteren stellt das EVG fest, dass in der parlamentarischen Beratung des ATSG die sich auch unter dem neuen Recht stellende zentrale Frage nach der Erheblichkeit von Leistungen, Forderungen und Anordnungen nicht direkt

angesprochen worden sei, weshalb diesbezüglich auf die massgebende Lehre verwiesen wird. In der massgebenden Lehre wird klar **statuiert, dass der Versicherer grundsätzlich gestützt auf Art. 49 Abs. 1 ATSG verpflichtet sei, eine schriftliche Verfügung zu erlassen im Zusammenhang mit einer erheblichen Leistung.**

Das EVG hält sodann im Ergebnis fest, dass auch wenn mit der Ersetzung des Art. 99 Abs. 1 Satz 1 alt UVG durch Art. 49 Abs. 1 ATSG nichts Grundsätzliches geändert werden sollte, so doch klar bestätigt worden sei, dass die konkreten Rechtsverhältnisse prinzipiell durch Verfügung zu ordnen seien und dies von vornherein gegeben sei bei der Regelung von Leistung von erheblicher Bedeutung. Dabei bemesse sich die Erheblichkeit bei der Einstellung von Leistungen im Fallabschluss ex nunc et pro futuro, da die versicherte Person mit keinerlei Leistungen mehr rechnen könne. Das EVG hält sodann fest, dass sowohl der Fallabschluss ohne Zusprechung von Dauerleistungen gleich zu behandeln sei wie der Fallabschluss mit Zusprechung solcher Leistungen. Das bedeutet gemäss EVG, dass in beiden Fällen formell verfügt werden müsse, damit im Rahmen von Art. 19 UVG eine administrative Gleichbehandlung der beiden Abschlussarten erreicht werde und durch eine kohärente Verwaltungspraxis Rechtssicherheit geschaffen werde. Zudem fügt das EVG wörtlich aus: «Soweit im Urteil Z. vom 23. Mai 2006 (U 316/05) Erw. 3.1 mit dem Hinweis, dass der Unfallversicherer auch unter der Herrschaft des ATSG über eine Leistungsablehnung im formlosen Verfahren entscheiden könne, im Zusammenhang mit einem Fallabschluss etwas anderes geäußert wurde, kann daran nicht festgehalten werden. Damit ist aber nicht gesagt, dass ein Fallabschluss ohne weitere Leistungszusprechung immer sogleich formell verfügt werden muss. Je nach Verlauf des Heilungsprozesses kann der Unfallversicherer damit ohne weiteres einmal zuwarten und die Entwicklung beobachten, bevor er verfügt, was durchaus sachgerecht und dem Einzelfall angepasst ist. Einzelne unerhebliche Leistungen dürfen dagegen weiterhin formlos abgelehnt werden, soweit dies unbestritten bleibt.»

Damit vollzieht das EVG eine grundlegende Praxisänderung im Bereich der Unfallversicherung, weist aber ausdrücklich gestützt auf die bisherige Rechtsprechung (vor allem BGE 129 V 111) darauf hin, dass im Bereich der Arbeitslosenversicherung die rechtliche Situation eine andere sei.

Was die Ausführungen der kantonalen Vorinstanz betreffend angebliches rechtsmissbräuchliches Verhalten des Versicherten anbelangt, führt das EVG aus, dass das Verhalten des Versicherten selbst unter Berücksichtigung von Art. 51 Abs. 2 ATSG nicht als Versäumnis angesehen werden könne. Auch liege kein

Rechtsmissbrauch darin begründet, dass der Versicherte erst 8 ½ Monate nach der Leistungseinstellung sich auf Art. 49 Abs. 1 ATSG berufen habe. Hierzu führt das EVG wörtlich aus: «Wenn der Beschwerdeführer sich aber auf das ihm durch Art. 49 Abs. 3 ATSG eingeräumte Anrecht berufend die Suva auffordert, eine in der vorgeschriebenen Form ausgefertigte Leistungseinstellungsverfügung zu erlassen, um dann seinen Leistungsanspruch in dem gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittelverfahren überprüfen lassen zu können, bewegt er sich ganz in dem durch das betreffende Rechtsinstitut abgedeckten Schutzbereich. Auch ist nicht ersichtlich, welche Interessen der Beschwerdeführer dabei zu verwirklichen versucht sein könnte, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will.»

Im Ergebnis stellt das EVG fest, dass in der Sache keine gültige Leistungseinstellungsverfügung ergangen sei. Die Suva wurde angehalten, nach Rückweisung der Sache eine formgültige Verfügung zu erlassen und im Hinblick darauf den Leistungsanspruch umfassend zu prüfen.

5. Bemerkungen

a) Hatte das EVG noch wenige Monate zuvor in einem Urteil vom 23. Mai 2006 (U 316/05) festgehalten, dass der Unfallversicherer auch unter der Herrschaft des ATSG über eine Leistungsablehnung im formlosen Verfahren entscheiden könne, hat das höchste Gericht nach einer vertieften Auseinandersetzung mit der wichtigen zur Diskussion stehenden Problematik eine erfreuliche und gerechtfertigte Praxisänderung vorgenommen. In einem französisch abgefassten Urteil vom 20. Oktober 2006 (U 278/05) wurde die Praxisänderung inzwischen erneut bestätigt.

b) Dieser wichtige Entscheid des EVG war fällig. Selbst Juristen, welche im Versicherungs- und Haftpflichtrecht tätig sind, ist das Institut der faktischen Verfügungsverfügung (oder De-facto-Erledigung) und deren allfällige Rechtsbeständigkeit in der Praxis nicht wirklich bewusst. Dies hat in einigen Fällen gar dazu geführt, dass selbst Rechtsanwälte bei formlosen Schreiben der Suva oder anderer Versicherungsträger im Rahmen der obligatorischen Unfallversicherung, mit welchen eine Leistungseinstellung bekannt gegeben wurde, mitunter nicht innert der von der Suva stets angeführten «Regel der 90-Tages-Frist» die Leistungseinstellung beanstandet haben. Noch problematischer sieht die Situation bei denjenigen Versicherten aus, welche nicht anwaltlich vertreten sind und im Vertrauen auf den Grundsatz von Treu und Glauben des Verwaltungshandelns wohl stets davon ausgegangen sind, dass sie von der Verwaltung gewiss belehrt würden, falls gegen eine leistungseinstellende formlose

Verfügung rechtlich noch hätte vorgegangen werden können. Bekanntlich geschehen in der Schweiz jährlich viele Tausende von Unfällen, welche Versicherungsleistungen eines obligatorischen Unfallversicherers nach sich ziehen. In vielen Fällen kann nach Abschluss einer Heilbehandlung über eine längere Zeit durchaus ein beinahe beschwerdefreies Leben möglich sein, bevor dann allenfalls im Rahmen einer Verschlimmerung des Gesundheitszustandes oder eines Rückfalles der Versicherte erneut Leistungen des Unfallversicherers beanspruchen muss. Wollte man nun in einem solchen Fall die Versicherten nur deshalb benachteiligen, weil sie sich nicht erneut an den Unfallversicherer gewandt haben, um nach Vorliegen eines formlosen Schreibens eine Verfügung zu verlangen, würde dies die Rechtssicherheit gefährden. Zu Recht hat das EVG denn auch seine Praxisänderung damit begründet, dass durch eine kohärente Verwaltungspraxis Rechtssicherheit geschaffen werden müsse. Hinzu kommt das gewichtigere Argument, dass gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 ATSG bei der Regelung von Leistungen von erheblicher Bedeutung zwingend eine Verfügung zu erlassen ist, wie dies in der Lehre vor allem von KIESER (ATSG-Kommentar, Ziff. 2 zu Art. 49) sowie LOCHER (Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage Bern 2003, 432, Rn. 22 ff.) richtigerweise gefordert worden ist.

c) Mit einer nicht nachvollziehbaren Argumentation hatte das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich dem Versicherten nur deshalb Rechtsmissbräuchlichkeit vorgeworfen, weil dieser sich 8 ½ Monate nach Leistungseinstellung gegenüber der Suva erstmals geäußert und sich mit dem Vorgehen der Suva nicht einverstanden erklärt hatte. Berücksichtigt man zu dieser Problematik indes die massgebende Literatur im allgemeinen Verwaltungsrecht (so vor allem HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/St. Gallen 2006, 715 ff.), zeigt sich, wie unhaltbar die Vorwürfe der kantonalen Vorinstanz gegenüber dem Versicherten waren. Völlig zu Recht weist das EVG in seinem Urteil mit Verweis auf BGE 127 II 56 denn auch darauf hin, dass im vorliegenden Fall der Versicherte durch Berufung auf Art. 49 Abs. 3 ATSG von der Suva eine Leistungseinstellungsverfügung verlangt hatte und sich somit ganz in dem durch das betreffende Rechtsinstitut abgedeckten Schutzbereich bewegte.

d) Leider hat das EVG die nun für die Praxis überaus interessante Frage nicht beantwortet, was mit denjenigen Fällen zu geschehen hat, bei welchen von der Suva sowie von den übrigen obligatorischen Unfallversicherern seit Inkrafttreten des ATSG am 1. Januar 2003 bis dato unter falscher Anwendung des formlosen Verfahrens eine Leistungseinstellung erfolgt ist,

die versicherte Person sich indes zufolge mangelnder Rechtsbelehrung nicht gegen die formlose Leistungseinstellung gewehrt hat, im Nichtwissen darum, dass der Versicherte beim obligatorischen Unfallversicherer eine formelle Verfügung hätte verlangen können. Es ist mit Fug davon auszugehen, dass dies Hunderte, wenn nicht gar Tausende von Fällen betrifft, bei denen die obligatorischen Unfallversicherer formlos eine Leistungseinstellung vorgenommen haben. Es stellt sich nun die nicht unerhebliche Frage der Behandlung dieser Fälle durch die obligatorischen Unfallversicherer. Dies betrifft selbstredend auch die Frage der Rückwirkung der Praxisänderung des EVG im Rahmen des Verwaltungsverfahrens der obligatorischen Unfallversicherung. Zudem stellt sich die Frage nach der nunmehrigen Beratungspflicht der obligatorischen Unfallversicherer gestützt auf Art. 27 ATSG angesichts dieser erfolgten Praxisänderung des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes. In seinem Urteil vom 16. Februar 2006 (U 200/05) hat das EVG festgehalten, dass die Aufklärungs- und Beratungspflicht von Art. 27 ATSG weit gefasst ist (vgl. BGE 131 IV 72). Mit Verweis auf die Lehre hielt das EVG in diesem Entscheid fest, dass es im Allgemeinen genüge, dass die Verfügung des Sozialversicherers eine ordnungsgemässe Rechtsmittelbelehrung im Sinne von Art. 49 Abs. 3 Satz 1 ATSG enthalte. Im Einzelfall könne sich unter Umständen die Frage stellen, ob der zuständige Versicherungsträger aufgrund des verfassungsmässigen Grundsatzes von Treu und Glauben gehalten sei, von sich aus auf allfällige nicht ohne weiteres erkennbare nachteilige Folgen einer unterlassenen Einsprache aufmerksam zu machen. Im konkreten, im Urteil vom 16. Februar 2006 behandelten Fall ging es indes nicht darum. Nimmt man die Erwägungen des EVG im Urteil U200/05 zur Aufklärungs- und Beratungspflicht des Versicherungsträgers gemäss Art. 27 ATSG ernst, so ist zu fordern, dass die Versicherungsträger im Rahmen der obligatorischen Unfallversicherung nun diejenigen Versicherten von Amtes wegen dahingehend anschreiben und belehren, dass die im formlosen Verfahren vorgenommene Leistungseinstellung nicht rechtens gewesen sei und deshalb nun den Versicherten eine einsprachefähige formelle Verfügung eröffnet wird. Ein solches Vorgehen der obligatorischen Unfallversicherungsträger ist angesichts des verfassungsmässigen Grundsatzes von Treu und Glauben und angesichts der Unterlassung einer gebotenen Auskunft oder Beratung mit Nachdruck zu fordern. Dies, damit die von einer formlosen Leistungseinstellung betroffenen Personen nicht nur deshalb ihrer Rechte verlustig gehen, weil sie vom Versicherungsträger keine formelle Verfügung erhalten hatten, welche hätte angefochten werden können.

Anmerkungen zu privatrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts

Stephan Fuhrer*

1. Subsidiäre Bauplatzversicherung (Urteil 5C.31/2006 vom 10.7.2006)

Sachverhalt: Im Zuge einer Erneuerung der Halle 1 der Messe Basel wurden u.a. neue Treppenhäuser gebaut. Bei deren Erstellung kam es infolge von Konstruktionsmängeln zu Mehrkosten im Umfang von Fr. 1,9 Mio. Der Totalunternehmer und zwei als Subunternehmer (bzw. Subplaner) beigezogene Ingenieurfirmen einigten sich, dass Letztere für diesen Schaden aufzukommen hatten. In der Folge bezahlte Gerling als Haftpflichtversicherer der Ingenieurfirmen den von diesen anerkannten Betrag an den Totalunternehmer. Gleichzeitig liess sich Gerling allfällige Ansprüche der Ingenieurfirmen gegenüber anderen Versicherern abtreten. Ob solche Ansprüche gegenüber der National, dem Haftpflichtversicherer des Totalunternehmers, bestehen, war Gegenstand des Prozesses.

Schäden der vorliegenden Art können im Rahmen der Haftpflichtversicherung als Sonderrisiko (Deckung der Haftung für Bautenschäden sowie für reine Vermögensschäden) mitversichert werden.

Vorliegend sah die Haftpflichtversicherung der beiden Ingenieurfirmen eine Bautenschadendeckung mit einer Versicherungssumme von Fr. 15 Mio. vor. Aus dieser Deckung bezahlte Gerling den Schaden.

Die Haftpflichtversicherung des Totalunternehmers war Teil einer sog. Bauplatzversicherung, die neben dem Haftpflicht- auch verschiedene andere Risiken umfasste. Diese Police enthielt u.a. folgende Bestimmungen:

- Subsidiärklausel: Der allgemeine, d.h. auf alle Versicherungszweige anwendbare Teil der Police sah vor, dass andere Versicherungen, die ein durch die Bauplatzversicherung ebenfalls versichertes Risiko abdecken, immer vorgehen. Nur wenn die Leistungspflicht des anderen Versicherers umstritten ist, tritt der Bauplatzversicherer in Vorleistung.
- Versicherung für fremde Rechnung: Die Versicherung deckt auch die Haftung aller am Bau beteiligter Subunternehmer und Subplaner für denjenigen Teil von Bautenschäden, der den Betrag von Fr. 1 Mio. übersteigt.

* PD Dr. iur., Basel.