8 Gesundheit – Arbeit – Soziale Sicherheit
Santé – Travail – Sécurité sociale
Sanità – Lavoro – Sicurezza sociale

7

Auszug aus dem Urteil der Abteilung III
i. S. « Vaudoise » Allgemeine Versicherungsgesellschaft gegen
« Zürich » Versicherungs-Gesellschaft und Bundesamt für Gesundheit
C-6/2006 vom 16. Dezember 2008

Unfallversicherung. Leistungsstreitigkeit zwischen zwei Unfallversicherern. Risiko der Beweislosigkeit bei Rückfall nach zwei vorangegangenen Unfällen. Grundsatzurteil.

Art. 78*a* UVG. Art. 11, Art. 99 Abs. 2, Art. 100 Abs. 2 UVV.

Folgen der Beweislosigkeit, wenn die Unfallkausalität eines Rückfalls aus medizinischer Sicht feststeht und der Rückfall keinem von zwei vorangegangenen Unfällen eindeutig zugeordnet werden kann. Grundsätze der Lückenfüllung (E. 6 und 7). Beide Unfallversicherer haben die Kosten des Rückfalls zu gleichen Teilen zu tragen (E. 8).

Assurance-accidents. Litige en matière de prestations entre deux assureurs-accidents. Fardeau de la preuve en cas de rechute après deux accidents antérieurs. Arrêt de principe.

Art. 78*a* LAA. Art. 11, art. 99 al. 2, art. 100 al. 2 OLAA.

Conséquences de l'absence de preuve lorsque, du point de vue médical, le rapport de causalité entre la rechute et un accident est établi, mais qu'il n'est pas possible de déterminer avec certitude auquel des deux accidents antérieurs la rechute est due. Principes en matière de comblement d'une lacune de la loi (consid. 6 et 7). Les deux assureurs assument à parts égales les frais afférant à la rechute (consid. 8).

Assicurazione contro gli infortuni. Controversia tra due assicuratori infortuni concernente delle prestazioni. Rischio della mancanza di prove nel caso di una ricaduta dopo due infortuni precedenti. Sentenza di principio.

Art. 78*a* LAINF. Art. 11, art. 99 cpv. 2, art. 100 cpv. 2 OAINF.

Conseguenze della mancanza di prove nel caso in cui il nesso causale tra una ricaduta ed un incidente venga stabilito dal punto di vista medico, senza che tale ricaduta sia riconducibile in modo univoco ad uno dei due infortuni precedenti. Principi per colmare una lacuna della legge (consid. 6 e 7). I due assicuratori infortuni devono sopportare in parti uguali i costi causati dalla ricaduta (consid. 8).

A. war seit dem 15. Oktober 1990 bei der E. AG in W. angestellt und bei der Vaudoise Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft (nachfolgend: « Vaudoise ») gemäss Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG, SR 832.20) gegen Unfälle und Berufskrankheiten versichert. Am 27. September 1991 zog er sich bei einem Motorradunfall eine Claviculafraktur rechts zu. Die « Vaudoise » erbrachte die gesetzlichen Leistungen, indem sie die Heilungskosten übernahm und Taggelder entrichtete.

Am 2. Februar 1995 erlitt A. einen Skiunfall, bei dem er sich eine Rotatorenmanschettenläsion links zuzog. Die « Zürich » Versicherungs-Gesellschaft (nachfolgend: « Zürich ») als neuer Unfallversicherer der E. AG übernahm die Heilungskosten und entrichtete Taggelder.

Am 2. Juli 1999 wurde bei A. eine Rotatorenmanschettenläsion rechts mit partieller Ruptur diagnostiziert, worauf dieser der « Zürich » am 6. Juli 1999 einen Rückfall meldete. Mit Verfügung vom 11. November 1999 lehnte die « Zürich » eine Leistungspflicht bezüglich der Beschwerden in der rechten Schulter ab, da es an einem natürlichen Kausalzusammenhang zwischen diesem Gesundheitsschaden und dem Unfall vom 2. Februar 1995 fehle. Die dagegen erhobene Einsprache vom 19. November 1999 wies die « Zürich » mit Einspracheentscheid vom 17. Mai 2001 ab.

Auf das Leistungsgesuch von A. vom 27. Dezember 2000 hin verneinte die « Vaudoise » ihre Leistungspflicht mit Verfügung vom 23. Januar 2001 ebenfalls mit der Begründung, der Kausalzusammenhang zwischen der Gesundheitsschädigung und dem Unfall vom 27. September 1991 sei von den Gutachtern als bloss möglich, jedoch nicht überwiegend wahrscheinlich bezeichnet worden. Die gegen ihre Verfügung vom 23. Januar 2001

erhobene Einsprache vom 26. Januar 2001 wies die « Vaudoise » mit Einspracheentscheid vom 2. Februar 2001 ab.

A. erhob gegen die Einspracheentscheide der « Vaudoise » vom 2. Februar 2001 und der « Zürich » vom 17. Mai 2001 mit Eingaben vom 27. April 2001 bzw. vom 5. Juni 2001 Beschwerde beim Versicherungsgericht des Kantons Aargau. Das Gericht vereinigte die Verfahren und verpflichtete die « Zürich » mit Urteil vom 21. November 2001 in Gutheissung der Beschwerde vom 5. Juni 2001, die gesetzlichen Versicherungsleistungen zu erbringen. Die Beschwerde vom 27. April 2001 gegen den Einspracheentscheid der « Vaudoise » wies das Versicherungsgericht ab. Es erwog, der Rückfall vom 2. Juli 1999 habe nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einem der beiden Unfallereignisse zugeordnet werden können. Hingegen stehe fest, dass die Beschwerden in der rechten Schulter Spätfolgen eines Unfalls darstellten und daher auf eines der beiden oder auf beide Unfallereignisse zurückzuführen seien. Da das Gesetz für diese Konstellation keine Bestimmung enthalte, sei Art. 99 Abs. 2 der Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (UVV, SR 832.202) analog anzuwenden. In Fällen wie dem vorliegenden – wenn also die Unfallkausalität eines Rückfalls feststehe, eine eindeutige Zuordnung zu einem von mehreren Unfallereignissen jedoch nicht möglich sei – könne man die Regel aufstellen, dass stets derjenige Unfallversicherer voll leistungspflichtig sei, welcher dem Rückfall in zeitlicher Hinsicht am nächsten stehe.

Die « Zürich » focht das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau vom 21. November 2001 mit Beschwerde vom 18. Dezember 2001 beim Eidgenössischen Versicherungsgericht (EVGer; heute: Bundesgericht [BGer]) an mit den Anträgen, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und der Einspracheentscheid der « Zürich » vom 17. Mai 2001 sei zu bestätigen. Eventualiter sei Art. 100 UVV analog anzuwenden und der « Zürich » eine Rückgriffsquote von 50 % auf die « Vaudoise » zu gewähren.

Mit Urteil vom 17. Juli 2002 wies das EVGer die Beschwerde der « Zürich » vom 18. Dezember 2001 ab. Es bestätigte die Feststellung des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau, wonach eine überwiegend wahrscheinliche Zuordnung der im Oktober 1999 operierten Rotatorenmanschettenruptur rechts zu einem der beiden Unfallereignisse nicht möglich sei. Dieser Umstand dürfe nicht dazu führen, dass eine Leistungspflicht des Unfallversicherers entfalle und die Kosten vom Versicherten zu tragen seien. Es rechtfertige sich nicht, den Versicherten die Folgen der Beweislosigkeit tragen zu lassen, wenn eine eindeutige Zuordnung der Gesundheitsschädigung zu mehreren versicherten Unfällen aus medizi-

nischer Sicht nicht möglich sei, die Unfallkausalität als solche jedoch feststehe. Das EVGer erwog, keine der in Art. 99 und Art. 100 UVV enthaltenen Bestimmungen seien direkt auf den zu beurteilenden Fall übertragbar. Dem Norminhalt nach liege eine analoge Anwendung von Art. 100 UVV, insbesondere von Art. 100 Abs. 2 UVV, wohl näher als diejenige von Art. 99 Abs. 2 UVV. Welche Bestimmung als analog anwendbar zu betrachten sei, könne indessen offen bleiben, da beide Normen auf dem Grundsatz beruhten, dass der zuletzt zuständige Unfallversicherer die vollen Leistungen zu erbringen habe. Die genannten Verordnungsbestimmungen unterschieden sich zwar insofern, als Art. 99 Abs. 2 UVV eine Rückerstattungspflicht der anderen Versicherer nur für Unfälle vorsehe, die zu einer Rentenleistung oder einer Integritätsentschädigung führten, während Art. 100 Abs. 2 UVV eine solche Pflicht für sämtliche Leistungen statuiere. Im Rahmen dieser Bestimmungen sei es jedoch primär Sache der beteiligten Unfallversicherer, sich über die Aufteilung der Leistungspflicht zu einigen. Komme keine Einigung zustande, entscheide das Bundesamt für Sozialversicherung nach dem in Art. 78*a* UVG festgehaltenen Verfahren. Demzufolge könne auch dem Eventualantrag der « Zürich », wonach die « Vaudoise » zur Rückerstattung von 50 % der von der « Zürich » zu erbringenden Leistungen zu verpflichten sei, nicht entsprochen werden.

Mit Gesuch vom 14. August 2002 beantragte die « Zürich » beim Bundesamt für Sozialversicherung (heute: Bundesamt für Sozialversicherungen [BSV]) den Erlass einer Verfügung nach Art. 78*a* UVG mit dem Begehren, die « Vaudoise » sei zu verpflichten, ihr in analoger Anwendung von Art. 100 Abs. 2 UVV 50 % ihrer Aufwendungen für die UVG-Leistungen bezüglich der rechten Schulter von A. zurückzuerstatten.

Mit Verfügung vom 23. Mai 2003 verpflichtete das BSV (zuständig ist seit 1. Januar 2004 das Bundesamt für Gesundheit) die « Vaudoise », die Hälfte der aus dem Rückfall entstandenen Kosten zu übernehmen und der « Zürich » die Hälfte der bereits entstandenen Kosten zurückzuerstatten. Es begründete den Entscheid im Wesentlichen damit, dass das Gesetz in allen analogen Fällen eine Rückerstattungspflicht vorsehe, wenn der Kausalzusammenhang feststehe. Eine interne Aufteilung der Leistungen sei daher auch dann gerechtfertigt, wenn nicht bewiesen werden könne, welchem Unfall der Rückfall zuzuordnen sei. Andernfalls müsse der zweite Unfallversicherer die Folgen der Beweislosigkeit tragen. Gemäss der Empfehlung Nr. 3/89 der Ad-hoc-Kommission Schaden UVG vom 8. November 2002, in Kraft seit 1. Januar 2003, gelte für die interne Aufteilung unter den Versicherern die Vermutung, dass alle Unfälle zu gleichen Teilen kausal seien, so dass die Leistungen gleich auf die betroffenen Versicherer aufzuteilen seien. Verlange ein Versicherer eine andere Aufteilung, so habe er

klare Beweise vorzulegen. Diese Direktive entspreche den Grundsätzen des Art. 100 Abs. 2 UVV, welcher eine Leistungsaufteilung nach Massgabe der Verursachung und die Möglichkeit einer abweichenden Vereinbarung vorsehe. Im vorliegenden Fall erscheine eine Aufteilung zu gleichen Teilen sinnvoll.

Die « Vaudoise » focht diese Verfügung an mit den Anträgen, die Verfügung des BSV vom 23. Mai 2003 sei aufzuheben, und die Stellungnahme der « Vaudoise », wonach keine Aufteilung der UVG-Leistungen vorzunehmen sei, sei zu bestätigen.

Das BVGer hat das Verfahren vom Eidgenössischen Departement des Innern übernommen und weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

6. Vorliegend ist die Frage zu prüfen, welcher Versicherer für die Folgen des Rückfalls aufzukommen hat.

Bei einem Rückfall handelt es sich um ein Wiederaufflackern einer vermeintlich geheilten Unfallfolge mit erneuter Behandlungsbedürftigkeit und/oder Arbeitsunfähigkeit. Der Rückfall schliesst sich somit begrifflich an ein bestehendes Unfallereignis an. Er löst eine Leistungspflicht des (damaligen) Unfallversicherers aus, wenn zwischen den erneut geltend gemachten Beschwerden und der seinerzeit beim versicherten Unfall erlittenen Gesundheitsschädigung ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang besteht (BGE 118 V 293 E. 2c; Alfred Maurer, Sozialversicherungsrecht, Basel 1997, S. 277; Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, S. 220). Für Rückfälle (wie auch für Spätfolgen) werden Versicherungsleistungen gewährt, unter Vorbehalt der hier nicht interessierenden, für Bezüger von Invalidenrenten geltenden Voraussetzungen (Art. 11 UVV).

6.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei derjenige Unfallversicherer leistungspflichtig, der dem Rückfall in zeitlicher Hinsicht am nächsten stehe. Eine Aufteilung der Leistungspflicht bei mehreren Schadensursachen sei nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen, wie Art. 36 UVG zeige.

Massgeblich im vorliegenden Fall sei Art. 36 UVG in der bis zum 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Fassung (...), angesiedelt im Dritten Titel: « Versicherungsleistungen », 3. Kapitel: « Kürzung und Verweigerung von Versicherungsleistungen », 1. Abschnitt: « Zusammentreffen verschiedener Schadensursachen ». Art. 36 UVG regelt die Kürzung von Ver-

sicherungsleistungen, wenn die Gesundheitsschädigung nur teilweise Folge eines Unfalls ist. Thema dieser Bestimmung sowie des ganzen 3. Kapitels ist allein der (gekürzte oder verweigerte) Anspruch der versicherten Person, nicht die Kostenbeteiligung weiterer Versicherer. Anders als die Beschwerdeführerin behauptet, ergibt die Auslegung der Formulierung « teilweise Folge eines Unfalls » in Art. 36 Abs. 1 UVG klar, dass unfallfremde Ursachen, welche im Zusammenwirken mit einem Unfall zu einer Gesundheitsschädigung geführt haben, gemeint sind. Eine andere Bedeutung kann dem Wortlaut von Art. 36 Abs. 1 UVG nicht entnommen werden. Der von der Beschwerdeführerin angesprochene Fall, dass mehrere, bei verschiedenen Versicherern versicherte Unfälle zu der gleichen Gesundheitsschädigung führen, ist zwar theoretisch denkbar, wäre jedoch kein Anlass für eine Leistungskürzung. In Bezug auf die Leistungskoordination unter den Versicherern enthält Art. 36 UVG keine Regelung.

6.2 Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, für eine Aufteilung der Leistungspflicht fehle es an einer gesetzlichen Grundlage. Deswegen dürfe die interne Teilungsregel der Empfehlung Nr. 3/89 der Ad-hoc-Kommission Schaden UVG vom 8. November 2002 nicht durch Analogieschlüsse ausgeweitet werden.

Vom EVGer mit Urteil vom 17. Juli 2002 bestätigt und vorliegend nicht zu prüfen ist die Tatsache, dass die Unfallkausalität des Rückfalls vom 2. Juli 1999 erstellt und eine Zuordnung zu einem der beiden Unfallereignisse nicht möglich ist. Der fehlende Nachweis der Kausalität im Sinn einer Festlegung auf eine (oder mehrere) bestimmte Ursache(n) betrifft demnach beide Unfallversicherer. Die Verpflichtung des einen Versicherers zur Erbringung der gesamten Kosten entbehrt in der vorliegenden Konstellation ebenso einer gesetzlichen Grundlage wie die Aufteilung der Leistungspflicht auf beide Versicherer. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für die Aufteilung der Leistungen greift daher zu kurz. Das Unfallversicherungsgesetz enthält für die Konstellation, dass eine Leistungspflicht besteht, jedoch infolge mehrerer möglicher Ursachen unklar ist, welcher Versicherer die Leistung zu erbringen hat, keine Bestimmung. Deswegen kann nicht, wie von der Beschwerdeführerin sinngemäss geltend gemacht, auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers geschlossen werden in dem Sinn, dass er die Frage der Leistungsaufteilung negativ geregelt hätte. Vielmehr ist bei der erwähnten Form der Beweislosigkeit in Bezug auf die Leistungsaufteilung von einer Gesetzeslücke auszugehen. Im Zentrum steht die Frage, welcher Versicherer das Risiko der Beweislosigkeit zu tragen hat.

6.3 Eine Lücke des Gesetzes liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine (befriedigende) Antwort gibt. Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzgebers, ein sogenannt qualifiziertes Schweigen darstellt (BGE 129 V 1 E. 4.1.1). Diese Frage wurde im vorliegenden Fall verneint (vgl. E. 6.2). Das Gericht hat die Lücke nach jener Regel zu schliessen, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (BGE 129 V 1 E. 4.1.2 mit Hinweisen). Nach der Lehre spielt dabei der vergleichende Blick auf den gesetzlichen Kontext eine wichtige, allerdings nicht ausschliessliche Rolle. Die Feststellung von Lücken hat auch die Funktion, Inkonsequenzen in den Wertentscheidungen der Rechtsordnung aufzudecken und ihrer Beseitigung den Weg zu öffnen (Reinhold Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., München 2006, S. 65). Die Schliessung der Lücke erfolgt durch extensive Auslegung einer Norm oder durch Analogieschluss, wobei umstritten ist, ob der Übergang zwischen Auslegung und analoger Anwendung des Gesetzes fliessend ist (so Gunther Arzt, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1996, S. 86) oder ob dazwischen eine klare Grenze liegt (so Zippelius, a. a. O., S. 72). In beiden Fällen sind der zu beurteilende Sachverhalt und die auszulegende bzw. analog anzuwendende Norm einer Ähnlichkeitsprüfung zu unterziehen (Arzt, a. a. O., S. 86). Die Lückenfüllung durch Analogieschluss stellt eine wertende Generalisierung in dem Sinn dar, dass die Unterschiede zwischen den gesetzlich geregelten und den nicht geregelten Fällen nicht gewichtig genug sind, um eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen (Zippelius, a. a. O., S. 68). Richtungsweisend bei der Lückenfüllung soll ein nach der Meinung des Gerichts für die betreffende Rechtsgemeinschaft repräsentatives Werturteil sein (Arzt, a. a. O., S. 87).

7. (...)

7.1 Der Gesetzgeber hat die Leistungspflicht der Versicherer in Art. 77 UVG geordnet. Art. 77 Abs. 1 UVG regelt die Leistungspflicht bei Berufsunfällen und Berufskrankheiten, wenn nacheinander bei mehreren Versicherern eine Deckung bestanden hat. Diese Konstellation liegt auch Art. 77 Abs. 2 UVG zugrunde, wonach bei Nichtberufsunfällen derjenige Versicherer die Leistungen erbringt, bei dem die verunfallte Person zuletzt auch gegen Berufsunfälle versichert war. Art. 77 Abs. 2 UVG kann im vorliegenden Fall nicht herangezogen werden, weil der Kausalzusammenhang zwischen dem Rückfall und dem Grundereignis nicht erstellt ist. Da vorliegend nicht in Frage steht, bei welchem Versicherer der Versicherte zuletzt auch gegen Berufsunfälle versichert war, enthält diese Bestimmung

für die Problematik, dass grundsätzlich beide Versicherer gleichermassen als Leistungspflichtige in Frage kommen, keine Lösung.

Art. 77 Abs. 3 UVG delegiert die Befugnis an den Bundesrat, die Leistungspflicht und das Zusammenwirken der Versicherer in vier abschliessend (vgl. dazu BGE 116 V 51 E. 1c) genannten Konstellationen zu ordnen:

> « a. für Versicherte, die von verschiedenen Arbeitgebern beschäftigt werden;
>
> b. bei einem erneuten Unfall, namentlich wenn er zum Verlust paariger Organe oder zu anderen Änderungen des Invaliditätsgrades führt;
>
> c. beim Tode beider Elternteile;
>
> d. bei Berufskrankheiten, die in mehreren, bei verschiedenen Versicherern versicherten Betrieben verursacht wurden. »

7.1.1 Gestützt auf Art. 77 Abs. 3 Bst. a UVG wurde Art. 99 UVV erlassen. Entsprechend dem Wortlaut der Delegationsnorm (« von verschiedenen Arbeitgebern beschäftigt ») und der Sachüberschrift (« Leistungspflicht bei Versicherten mit mehreren Arbeitgebern ») regelt Art. 99 UVV das Zusammenwirken mehrerer Versicherer, bei denen gleichzeitig eine Deckung besteht. Obwohl dieses Tatbestandselement im vorliegenden Fall nicht erfüllt ist, kann Art. 99 Abs. 2 UVV entnommen werden, dass der leistungspflichtige Versicherer bei Nichtberufsunfällen, die zu einer Rentenleistung oder zu einer Integritätsentschädigung führen, von den anderen Versicherern die Rückerstattung der Versicherungsleistungen im Verhältnis des bei ihnen versicherten Verdienstes zum gesamten versicherten Verdienst fordern kann. Der Verordnungsgeber hat somit in der Konstellation, dass bei mehreren Versicherern gleichzeitig eine Deckung besteht, das Kostentragungsrisiko für einen Nichtberufsunfall demjenigen Versicherer überbunden, bei dem die versicherte Person zuletzt tätig und für Nichtberufsunfälle versichert war. Eine Rückerstattungspflicht der anderen Versicherer besteht nur, wenn der Nichtberufsunfall zu einer Rentenleistung oder zu einer Integritätsentschädigung führt.

7.1.2 Als Ausführungsvorschrift von Art. 77 Abs. 3 Bst. b UVG trägt Art. 100 UVV die Überschrift « Leistungspflicht bei erneutem Unfall ». Wenn der Versicherte erneut verunfallt, während er wegen eines versicherten Unfalls noch behandlungsbedürftig, arbeitsunfähig und versichert ist, so muss der bisher leistungspflichtige Versicherer auch die Leistungen für den neuen Unfall erbringen (Art. 100 Abs. 1 UVV).

Verunfallt der Versicherte während der Heilungsdauer eines oder mehrerer Unfälle, aber nach der Wiederaufnahme einer versicherten Tätigkeit, erneut und löst der neue Unfall Anspruch auf Taggeld aus, so erbringt der für den neuen Unfall leistungspflichtige Versicherer auch die Leistungen für die früheren Unfälle. Die anderen beteiligten Versicherer vergüten ihm diese Leistungen, ohne Teuerungszulagen, nach Massgabe der Verursachung; damit ist ihre Leistungspflicht abgegolten. Die beteiligten Versicherer können untereinander von dieser Regelung abweichende Vereinbarungen treffen, namentlich wenn der neue Unfall wesentlich geringere Folgen hat als der frühere (Art. 100 Abs. 2 UVV).

Erleidet ein aus einem früheren Unfall Rentenberechtigter einen neuen Unfall und führt dieser zu einer Änderung des Invaliditätsgrades, so muss der für den zweiten Unfall leistungspflichtige Versicherer sämtliche Leistungen ausrichten. Der für den ersten Unfall leistungspflichtige Versicherer vergütet dem anderen Versicherer den Betrag, der dem Barwert des Rentenanteils, ohne Teuerungszulagen, aus dem ersten Unfall entspricht. Damit ist seine Leistungspflicht abgegolten (Art. 100 Abs. 3 UVV).

7.1.3 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stehen Art. 100 Abs. 1 und 2 UVV zueinander im Verhältnis von *lex generalis* und *lex specialis* (BGE 120 V 65 E. 5c, vgl. auch Alexandra Rumo-Jungo, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, S. 320). Der Grundtatbestand des Art. 100 Abs. 1 UVV ist vorliegend nicht erfüllt, da ein Rückfall zu beurteilen ist und der Versicherte nicht etwa erneut verunfallt ist, während er wegen eines versicherten Unfalls noch behandlungsbedürftig und arbeitsunfähig gewesen wäre.

Der Sachverhalt kann auch nicht unter Art. 100 Abs. 2 UVV subsumiert werden. (...) Vorliegend ist den Akten nicht zu entnehmen, dass der Rückfall zu Taggeldleistungen geführt hätte. Jedenfalls ist der Versicherte (...) nicht während der Heilungsdauer einer der beiden fraglichen Unfälle und nach Wiederaufnahme einer versicherten Tätigkeit erneut verunfallt.

Festzuhalten bleibt die gesetzgeberische Entscheidung, im Fall der noch andauernden Behandlungsbedürftigkeit und Arbeitsunfähigkeit des Versicherten im Zeitpunkt des erneuten Unfalls den für den ersten Unfall leistungspflichtigen Versicherer die Kosten tragen zu lassen (Art. 100 Abs. 1 UVV). Hingegen statuiert Art. 100 Abs. 2 UVV bei der gleichen Grundkonstellation, jedoch nach der Wiederaufnahme einer versicherten Tätigkeit und unter der Voraussetzung, dass der neue Unfall einen Taggeldanspruch auslöst, die Vorleistungspflicht des im Zeitpunkt des neuen Unfalls zuständigen Versicherers und gewährt diesem ein Rückforderungs-

recht gegenüber den anderen beteiligten Versicherern nach Massgabe der Verursachung.

7.2 Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die gestützt auf Art. 77 Abs. 3 Bst. a und b UVG erlassenen, vorstehend zitierten Verordnungsbestimmungen im Bereich der Berufs- und Nichtberufsunfälle das Zusammenwirken mehrerer Versicherer ordnen, nicht aber deren Leistungspflicht bei mehreren möglichen Ursachen bzw. bei der hier interessierenden Beweisproblematik. Es ist keine eindeutige Tendenz des Gesetzgebers auszumachen, Kosten unter den Versicherern generell aufzuteilen oder einem Versicherer allein zu überbinden. Allenfalls könnte der Schluss gezogen werden, dass der Verordnungsgeber geneigt war, bei kleinen Beträgen die gesamten Kosten einem Versicherer zu überbinden (vgl. Art. 99 Abs. 2 erster Satz UVV und Art. 100 Abs. 1 UVV), während er bei hohen Beträgen und bei Dauerleistungen die Aufteilung statuiert hat (vgl. Art. 99 Abs. 2 zweiter Satz UVV sowie Art. 100 Abs. 2 UVV). Diese Tendenz würde dafür sprechen, im vorliegenden Fall der Beschwerdegegnerin die Kosten aus dem Rückfall vom 2. Juli 1999 zu überbinden, da es sich lediglich um die Heilungskosten aus der Operation der rechten Schulter im Jahr 1999 handelt. Mit dieser Lösung, bei der die Beschwerdegegnerin zur Kostentragung verpflichtet würde, ohne dass der Kausalzusammenhang zwischen dem Rückfall vom 2. Juli 1999 und dem von ihr versicherten Ereignis erstellt ist, würde jedoch das Risiko in Kauf genommen, dass in Wirklichkeit nicht die Beschwerdegegnerin, sondern die Beschwerdeführerin leistungspflichtig ist, indem die Kausalität zwischen dem von ihr versicherten Ereignis und dem Rückfall ebenso wahrscheinlich ist. Es fragt sich daher, ob das Gesetz oder die Materialien Aussagen zu dem hier zu beurteilenden Risiko der Beweislosigkeit enthalten.

7.3 Die Problematik, dass möglicherweise zwei Versicherer für ein versichertes Ereignis einzustehen haben, jedoch infolge Zeitablaufs oder Art des Gesundheitsschadens nicht mehr festgestellt werden kann, zu welchen Anteilen sie leistungspflichtig sind, wird im Zusammenhang mit der Versicherung von Berufskrankheiten thematisiert. In der Botschaft vom 18. August 1976 zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung (BBl 1976 III 141, hier 213) wird Art. 77 Abs. 3 des Entwurfs, welcher abgesehen von einer redaktionellen Änderung (« Versicherer » anstelle von « Versicherungsträger ») wortgetreu als Art. 77 Abs. 3 UVG verabschiedet wurde, folgendermassen erläutert:

> « Über die Leistungspflicht und das Zusammenwirken der Versicherungsträger bei weiteren Tatbeständen, die zu einer Kumulation oder zum Verlust von Versicherungsansprüchen führen könnten, wird der Bundesrat ergänzende Bestimmungen erlassen, so [...] über die Ent-

schädigung von Berufskrankheiten, bei denen eine vorwiegende Verursachung in einem bestimmten Betrieb nicht festgestellt werden kann. »

Mit diesem Passus ist Art. 102 UVV angesprochen, welcher gestützt auf Art. 77 Abs. 3 Bst. d UVG erlassen wurde. Art. 102 Abs. 1 UVV regelt als *lex generalis* die Leistungspflicht bei Berufskrankheiten, wenn nacheinander bei mehreren Versicherern eine Deckung bestanden hat. Die Leistungspflicht wird demjenigen Versicherer überbunden, bei dem die versicherte Person zur Zeit der letzten Gefährdung beschäftigt war. Art. 102 Abs. 1 UVV erklärt somit trotz Mehrfachkausalität denjenigen Versicherer als leistungspflichtig, der dem versicherten Ereignis, hier dem Eintritt der Berufskrankheit, zeitlich am nächsten steht. Der Wortlaut von Art. 102 Abs. 1 UVV sowie die zitierte Erläuterung in der Botschaft zum UVG sprechen gegen die Annahme einer Vermutung, die zuletzt erlittene Gefährdung sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ursächlich für den Eintritt der Berufskrankheit.

Das differenzierende Merkmal im Tatbestand von Art. 102 Abs. 2 UVV lautet « Bezieht sich die Leistungspflicht auf eine Staublunge oder eine Lärmschwerhörigkeit ». Für diesen Fall hat der Verordnungsgeber abweichend von Art. 102 Abs. 1 UVV die Aufteilung der Leistungspflicht unter den Versicherern im Verhältnis der Dauer der gefährdenden Arbeit bei den jeweiligen Arbeitgebern zur Gesamtdauer der Gefährdung statuiert. Diese Lösung basiert auf der Überlegung, dass in den Fällen der Staublunge und der Lärmschwerhörigkeit der Gesundheitsschaden typischerweise auf eine langfristige schädigende Einwirkung zurückzuführen ist und der Grad der Verursachung jedes einzelnen Arbeitgebers nicht mehr festgestellt werden kann (vgl. auch André Ghélew/Olivier Ramelet/Jean-Baptiste Ritter, Commentaire de la loi sur l'assurance-accidents [LAA], Lausanne 1992, S. 227–228). Dementsprechend wird der Anteil der Leistungspflicht (im Unterschied zu Art. 100 Abs. 2 UVV) nicht nach Massgabe der Verursachung, sondern proportional zur Dauer der gefährdenden Arbeit festgelegt. Der Verordnungsgeber ist von der Vermutung ausgegangen, dass alle Gefährdungen zu dem eingetretenen Gesundheitsschaden geführt haben, auch wenn der Nachweis der Kausalität im Einzelfall nicht erbracht werden kann. Die Aufteilung der Kosten wurde nur für den Fall statuiert, in dem die Beweisnot am grössten ist.

7.4 In die gleiche Richtung zielt die Empfehlung Nr. 3/89 der Ad-hoc-Kommission Schaden UVG vom 8. November 2002. Die Empfehlung stellt keinen Rechtserlass, sondern eine standardisierte Praxis dar, welche von Vertretern der zugelassenen Unfallversicherer vereinbart wurde. Weder die Versicherer selbst noch die übrigen Behörden sind daran gebunden. Die

Empfehlungen der Ad-hoc-Kommission Schaden der UVG-Versicherer sind für das Gericht zwar unverbindlich, jedoch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit von gewisser Bedeutung (BGE 126 V 353 E. 3, BGE 120 V 224 E. 4c, BGE 114 V 315 E. 5c). Auch in zeitlicher Hinsicht spricht grundsätzlich nichts gegen die Berücksichtigung der Empfehlung Nr. 3/89 vom 8. November 2002, da eine neue Rechtspraxis auf alle im Zeitpunkt der richterlichen Beurteilung noch nicht erledigten Fälle anwendbar ist.

Ausgehend vom Grundsatz, dass derjenige Versicherer vorleistungspflichtig ist, dessen Versicherungsverhältnis dem Rückfall in zeitlicher Hinsicht am nächsten steht, empfiehlt die Richtlinie im gesetzlich nicht geregelten Fall, dass bei möglicher Mehrfachkausalität nicht klar ist, welches Ereignis als Grundfall zu betrachten ist, ebenfalls die Vorleistungspflicht desjenigen Versicherers, der dem Unfall zeitlich am nächsten steht (vgl. Bst. a der Empfehlung am Ende). Zu beachten ist, dass die empfohlene Praxis bei nicht zuordnungsfähiger Kausalität explizit auf das Urteil des EVGer U 417/01 vom 17. Juli 2002 Bezug nimmt, welches im Verfahren zwischen dem Versicherten und den Versicherern die Vorleistungspflicht der Beschwerdegegnerin auferlegt hat. Der genannte Passus der Empfehlung betrifft demnach trotz des Wortlauts « voll leistungspflichtig » lediglich die Vorleistungspflicht. Die Frage der Rückerstattung wird unter dem Titel « interne Teilungsregel » in Bst. b der Empfehlung behandelt. Nach dieser Regel gilt unter den Versicherern die Vermutung, dass alle Unfälle zu gleichen Teilen kausal sind, so dass die Leistungen gleich auf die betroffenen Versicherer aufzuteilen sind. Verlangt ein Versicherer eine andere Aufteilung, so hat er klare Beweise vorzulegen. Da die Voraussetzungen der Anwendung der internen Teilungsregel nicht genannt werden, ist unklar, ob diese Regel nur auf den Fall der feststehenden Mehrfachkausalität oder auch auf den hier zu beurteilenden Fall der nicht bewiesenen, nur möglichen Mehrfachkausalität zugeschnitten ist. Da in Bst. a der Empfehlung beide Konstellationen erwähnt werden, lässt sich auch aus der systematischen Stellung der internen Teilungsregel als Bst. b der Empfehlung nichts ableiten. Immerhin erscheint durch die Tatsache, dass die Frage der Beweislosigkeit in Bst. a behandelt wird, die Annahme gerechtfertigt, dass Bst. b der Empfehlung auch für dieses Problem eine Lösung vorschlägt. Es ist daher davon auszugehen, dass die Vertreter der zugelassenen Unfallversicherer mit der internen Teilungsregel nicht nur das Risiko schwer zu beweisender Teilkausalität, sondern auch dasjenige der Beweislosigkeit gleichmässig auf die möglichen Leistungsträger verteilen wollten.

8. Die vorstehenden Erwägungen haben ergeben, dass der zu beurteilende Sachverhalt als Rückfall grundsätzlich unter Art. 11 UVV zu

subsumieren ist, dieser aber mangels Nachweises der Kausalität keinem der beiden in einem früheren Zeitpunkt erlittenen Unfälle zugeordnet werden kann. Art. 99 und Art. 100 UVV sind zwar aufgrund von Art. 11 UVG auch auf Rückfälle anwendbar, indem der Rückfall nicht anders behandelt werden soll als der Unfall, auf den er zurückzuführen ist; beide Bestimmungen führen aber bei Beweislosigkeit zu keiner Lösung. Analoge Elemente zum vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt enthalten Art. 99 und Art. 100 UVV insofern, als sie von einer Grundkonstellation mit mehreren Versicherern und mehreren Ursachen für eine leistungsbegründende Tatsache ausgehen. Eine gesetzgeberische Leitlinie zu Gunsten oder zu Lasten einer Aufteilung der Kosten ist in Bezug auf die Beweisnot nicht auszumachen. Einen Hinweis, wie im Fall der unsicheren Beweislage im Innenverhältnis trotz erwiesenen Gesamtkausalzusammenhangs zu verfahren sei, enthält Art. 102 UVV betreffend Berufskrankheiten. Indem diese Bestimmung allerdings in beiden Varianten von einer gesicherten Mehrfachkausalität ausgeht, bezieht sich die Unsicherheit des Nachweises nicht auf die Verursachung überhaupt, sondern nur auf deren Mass und Intensität. Daher enthält auch Art. 102 UVV keine Antwort auf die Frage, wer das Risiko der Beweislosigkeit zu tragen habe.

Nichts deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber das Risiko der Beweislosigkeit dem vorleistungspflichtigen Versicherer hätte überbinden wollen, zumal je nach Anwendbarkeit von Art. 99 Abs. 2 oder Art. 100 Abs. 2 UVV der vorangehende oder der nachfolgende Versicherer vorleistungspflichtig ist. Bei dieser Sach- und Rechtslage erscheint es durchaus angemessen, die Folgen der Beweislosigkeit beide involvierten Unfallversicherer zu gleichen Teilen tragen zu lassen, wie das die Vorinstanz verfügt und die Adhoc-Kommission Schaden UVG in der Empfehlung Nr. 3/98 vom 8. November 2002 festgelegt hat.

Aus diesen Gründen kommt das BVGer zum Schluss, dass der angefochtene Entscheid im Ergebnis zu bestätigen und die Kosten aus dem Rückfall vom 2. Juli 1999 hälftig auf die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin aufzuteilen sind. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist daher abzuweisen.