

# ***Fairness des Versicherers aus der Sicht des Anwaltes***

## **Referat anlässlich einer Fortbildungsveranstaltung der SUVA-Linth vom 26.03.2004**

PD Dr. iur. Hardy Landolt, LL.M., Rechtsanwalt, Glarus

### Inhaltsverzeichnis:

<b>I. FAIRNESS .....</b>	<b>2</b>
A. BEGRIFF .....	2
B. FORMELL-RECHTLICHE FAIRNESS.....	2
C. MATERIELL-RECHTLICHE FAIRNESS .....	3
<b>II. VERHANDLUNGSPPOSITION DES ANWALTS .....</b>	<b>3</b>
A. INTERESSEN.....	3
1. <i>Klienteninteresse</i> .....	3
2. <i>Standesinteresse</i> .....	3
3. <i>Rechtsstaatsinteresse</i> .....	3
4. <i>Eigeninteresse</i> .....	5
B. MACHT.....	6
<b>III. VERHANDLUNGSPPOSITION DES VERSICHERERS .....</b>	<b>6</b>
A. INTERESSE.....	6
1. <i>Versicherteninteresse</i> .....	6
2. <i>Effizienzinteresse</i> .....	6
3. <i>Eigeninteresse</i> .....	7
B. MACHT.....	7
<b>IV. VORAUSSETZUNGEN FÜR EIN FAIRES VERHANDELN.....</b>	<b>7</b>
A. INTERESSEN- UND MACHTAUSGLEICH ALS PROBLEM .....	7
B. VORAUSSETZUNGEN NACH DEM HARVARD-KONZEPT .....	8
1. <i>Beteiligte Menschen von den Problemen trennen</i> .....	8
2. <i>Konzentration auf Interessen statt Positionen</i> .....	8
3. <i>Optionen entwickeln mit Vorteilen für beide</i> .....	8
4. <i>Neutrale Beurteilungskriterien zur Ergebnisbewertung entwickeln</i> .....	9
<b>V. GRENZEN UND CHANCEN FÜR EINEN FAIREN INTERESSENAUSGLEICH IM SOZIALVERSICHERUNGSRECHT .....</b>	<b>9</b>
A. GRENZEN.....	9
B. CHANCEN.....	9
<b>VI. ALTERNATIVE STREITBEILEGUNG .....</b>	<b>10</b>
A. CASEMANAGEMENT.....	10
B. OMBUDSMANN.....	11
C. MEDIATION.....	12
<b>LITERATURAUSWAHL .....</b>	<b>13</b>

# I. Fairness

## A. Begriff

Duden - Das Fremdwörterbuch. 7. A. Mannheim 2001

- Ehrliches, anständiges Verhalten in einem sportlichen Wettkampf (Sport)
- Gerechtes, anständiges Verhalten (im Geschäftsleben);
- Ehrliche Haltung anderen gegenüber

Anständigkeit, Ehrlichkeit und Gerechtigkeit sind primär ausserrechtliche Normen, sind aber auch im Recht verankert

- Treu und Glauben (Art. 9 BV)
- Rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)
- Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB) – Beispiel: Bezahlen eines Akontos an Integritätsentschädigung und gleichzeitig negative Feststellungsverfügung

## B. Formell-rechtliche Fairness

Fairness des Verhaltens (Verfahrensablauf)

Ausgleichsgerechtigkeit – Prinzip der gleich langen Spiesse – Wie Du mir, so ich Dir etc.

Beispiel: Geheimaktenverbot (Art. 48 ATSG) – Wie verhält es sich mit „Geheimverhandlungen“ zwischen der SUVA und dem Haftpflichtversicherer?

## ***C. Materiell-rechtliche Fairness***

Fairness des Resultats (Leistungsrechts)

Verteilgerechtigkeit – angemessener Schadenausgleich

Beispiel: Ist es fair, dass krankheitsbedingt Invalide weniger Leistungen erhalten als unfallbedingt Invalide? Oder: Ist es fair dass kranke Personen keine Zusatzversicherungen abschliessen können?

## **II. Verhandlungsposition des Anwalts**

### ***A. Interessen***

#### **1. Klienteninteresse**

Objektive Interessenwahrungspflicht (Art. 396 OR)

Weisungsrecht des Klienten (Art. 397 OR)

#### **2. Standesinteresse**

Richtlinien des SAV für die Berufs- und Standesregeln (2002)

- (frühere) Klienten (vgl. Art. 13 ff.)
- Kollegen (vgl. Art. 24 ff.)
- Behörden (vgl. Art. 8: „gebotener Anstand“)

#### **3. Rechtsstaatsinteresse**

- Rechtsanwalt als „Diener des Rechts“, vgl. z.B. BGE 106 Ia 100 E. 6b:

Der Anwalt ist "Diener des Rechts" und "Mitarbeiter der Rechtspflege" insoweit, als ihm die Aufgabe zukommt, die Rechtsuchenden bei der Verfolgung ihrer subjektiven Rechtsschutzinteressen zu beraten und zu unterstützen. Er nimmt damit eine Aufgabe wahr, ohne deren Erfüllung der Bürger seine Rechtsansprüche häufig nicht durchsetzen könnte und ohne deren Wahrnehmung die Verwirklichung der Rechtsordnung ganz allgemein in Frage gestellt wäre. ... Die Bezeichnungen "Diener des Rechts" und "Mitarbeiter der Rechtspflege" bedeuten aber nicht, dass der Anwalt wie der Richter auf die objektive Wahrheitsfindung und Rechtsanwendung verpflichtet sei. Wohl trägt seine Tätigkeit zur Verwirklichung des objektiven Rechts bei, indem namentlich davon ausgegangen wird, dass der Richter um so sicherer zum richtigen Urteil finde, je besser die widerstreitenden subjektiven Rechtspositionen vertreten werden. Der Anwalt ist aber nicht staatliches Organ und auch nicht "Gehilfe des Richters", sondern *Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig*.

- Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000

Art. 12 Berufsregeln

Für Anwältinnen und Anwälte gelten folgende Berufsregeln:

- a. Sie üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus.
- b. Sie üben ihren Beruf unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus.
- c. Sie meiden jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen.
- d. Sie können Werbung machen, solange diese objektiv bleibt und solange sie dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit entspricht.
- e. Sie dürfen vor Beendigung eines Rechtsstreits mit der Klientin oder dem Klienten keine Vereinbarung über die Beteiligung am Prozessgewinn als Ersatz für das Honorar abschliessen; sie dürfen sich auch nicht dazu verpflichten, im Falle eines ungünstigen Abschlusses des Verfahrens auf das Honorar zu verzichten.

f. Sie haben eine Berufshaftpflichtversicherung nach Massgabe der Art und des Umfangs der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, abzuschliessen.

g. Sie sind verpflichtet, in dem Kanton, in dessen Register sie eingetragen sind, amtliche Pflichtverteidigungen und im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege Rechtsvertretungen zu übernehmen.

h. Sie bewahren die ihnen anvertrauten Vermögenswerte getrennt von ihrem eigenen Vermögen auf.

i. Sie klären ihre Klientschaft bei Übernahme des Mandates über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung auf und informieren sie periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars.

j. Sie teilen der Aufsichtsbehörde jede Änderung der sie betreffenden Daten im Register mit.

#### Art. 13 Berufsgeheimnis

1 Anwältinnen und Anwälte unterstehen zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist. Die Entbindung verpflichtet sie nicht zur Preisgabe von Anvertrautem.

2 Sie sorgen für die Wahrung des Berufsgeheimnisses durch ihre Hilfspersonen.

• Siehe ferner Art. 13 ff. Anwaltsgesetz des Kantons Glarus vom 5. Mai 2002)

#### **4. Eigeninteresse**

- pekuniäres Interesse (extrinsische Motivation)
- subjektives Interesse (intrinsische Motivation)

## ***B. Macht***

Relative Machtlosigkeit in Bezug auf Interessendurchsetzung

- Prozess als Mittel der Interessendurchsetzung – Gratisverfahren
- keine Honorargarantie – unentgeltliche Rechtsverteidigung

Konsequenzen für den Verhandlungsstil

- kompetitiver Verhandlungsstil („Dir zeig ich es!“ – Angriff)
- komparativer Verhandlungsstil („Ich will das aber!“ – Anteil)
- konsensualer Verhandlungsstil („Sollten wir nicht?“ – Angebot)

## **III. Verhandlungsposition des Versicherers**

### ***A. Interesse***

#### **1. Versicherteninteresse**

(Sozial-)Versicherer ist für den Versicherten da.

#### **2. Effizienzinteresse**

Mittelverwendung

- relativ in Bezug auf den einzelnen Versicherten
- absolut in Bezug auf Leistungskategorie

Gewinnmaximierung (private Versicherer)

### **3. Eigeninteresse**

Der Unternehmensführung

Des Sachbearbeiters

#### ***B. Macht***

Relative Macht in Bezug auf Interessendurchsetzung und damit latenter Machtmissbrauch

- Wer zahlt, befiehlt!
- Passivität bei der Sachverhaltsabklärung bzw. beim Verfügungserlass – Rechtsverweigerung
- Aktivität bei der Sachverhaltsabklärung bzw. beim Verfügungserlass – Rechtsverweigerung

Konsequenzen für den Verhandlungsstil

## **IV. Voraussetzungen für ein faires Verhandeln**

### ***A. Interessen- und Machtausgleich als Problem***

Verhandlungspositionen Anwalt und Versicherer sind nicht deckungsgleich, überschneiden sich aber

- Klienten- und Versicherteninteresse
- Verhandlungsstil ist relativ abhängig von der Verhandlungsposition

## **B. Voraussetzungen nach dem Harvard-Konzept**

### **1. Beteiligte Menschen von den Problemen trennen**

- Im Bereich der *Vorstellungen*: Nicht unbedingt die Fakten, sondern die Differenzen in den Vorstellungen führen zum Streit.

Beispiel: der faule Jugo, der wehleidige Italiener – der skrupellose Versicherungsanwalt bzw. Hausarzt

- Im Bereich der *Emotionen*: Missachtung der Emotionen führt dazu, dass jede kleine Streitfrage zum Überlebensproblem wird.

Beispiel: das Verhältnis zwischen dem Sprechenden und einem bestimmten Sachbearbeiter der SUVA Linth

- Im Bereich der *Kommunikation*: Fehler in der Kommunikation verärgern Gesprächspartner – Mitteilung negativer Rückwirkungen statt persönlicher Angriff

Beispiel und Problem: Zulässigkeit von hoheitlichen Verfügungen bzw. Einsprachen ohne vorgängige Anhörung

### **2. Konzentration auf Interessen statt Positionen**

*Position* ist das, wozu sich eine Partei bewusst entschieden hat (z.B. Forderung bestimmte Invalidenrente). Die *Interessen* sind die Gründe, die sie zu dieser Entscheidung veranlasst haben (z.B. Existenzangst, Unverstanden fühlen etc.).

Beispiel: negative Feststellungsverfügung (Interesse = man möchte gesamthaft nicht zu viel bzw. nur einen Teil bezahlen; Position = fehlender Kausalzusammenhang); ähnlich „gestaffelte“ Verfügungen (man lehnt hintereinander statt auf einmal Leistungen ab).

### **3. Optionen entwickeln mit Vorteilen für beide**

Vier Haupthindernisse in der Entwicklung neuer Möglichkeiten sind:

- Vorschnelles Urteil (SUVA verfügt bevor Sachverhalt hinreichend geklärt ist)
- Suche nach „der“ richtigen Lösung (Problem des genehmen Gutachters bzw. Vertrauensarztes)
- Ansicht des begrenzten „Kuchens“
- Geht mich nichts an (Fall Abschieben auf andere Versicherer bzw. Rechtsabteilung)

Lösung: Brainstorming, Verhandeln, runder Tisch etc.

#### **4 . Neutrale Beurteilungskriterien zur Ergebnisbewertung entwickeln**

### **V. Grenzen und Chancen für einen fairen Interessenausgleich im Sozialversicherungsrecht**

#### ***A. Grenzen***

- Legalitätsprinzip: Ohne Gesetz keine Leistung
- Uneinheitlichkeit der Leistungssysteme
- standardisiertes Verwaltungsverfahren
- relative Knappheit der Mittel (Demografieproblem)

#### ***B. Chancen***

ATSG verbietet nicht, miteinander zu reden; im Gegenteil man muss miteinander reden (Sachverhaltsfeststellung und Akten).

- Art. 42 ATSG

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör. Sie müssen nicht angehört werden vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind.

- Art. 45 Abs. 1 ATSG

Der Versicherungsträger übernimmt die Kosten der Abklärung, soweit er die Massnahmen angeordnet hat. Hat er keine Massnahmen angeordnet, so übernimmt er deren Kosten dennoch, wenn die Massnahmen für die Beurteilung des Anspruchs unerlässlich waren oder Bestandteil nachträglich zugesprochener Leistungen bilden.

ATSG verbietet nicht, Streitigkeiten gütlich beizulegen.

- Art. 50 ATSG

1 Streitigkeiten über sozialversicherungsrechtliche Leistungen können durch Vergleich erledigt werden.

2 Der Versicherungsträger hat den Vergleich in Form einer anfechtbaren Verfügung zu eröffnen.

3 Die Absätze 1 und 2 gelten sinngemäss im Einsprache- und in den Beschwerdeverfahren.

*Forderung nach vermehrten an einem Interessenausgleich orientierten Umgangsformen im innersystemischen Verhältnis (mit Versichertem; Anwalt) und im intersystemischen Verhältnis (mit anderen Versicherern unter Einschluss des Versicherten; Anwalts)*

## **VI. Alternative Streitbeilegung**

### ***A. Casemanagement***

Einparteienverhältnis (nur Versicherer)

„Case Management heisst Teamarbeit. In den Case Teams arbeiten neben Case Manager auch Kreisarzt, weitere Versicherungsspezialisten

der Suva, Rehabilitationsfachleute und Stellenvermittler mit. Bei der Suva sind derzeit 65 ausgebildete Case Manager im Einsatz.“ (Zitat Internet suva.ch)

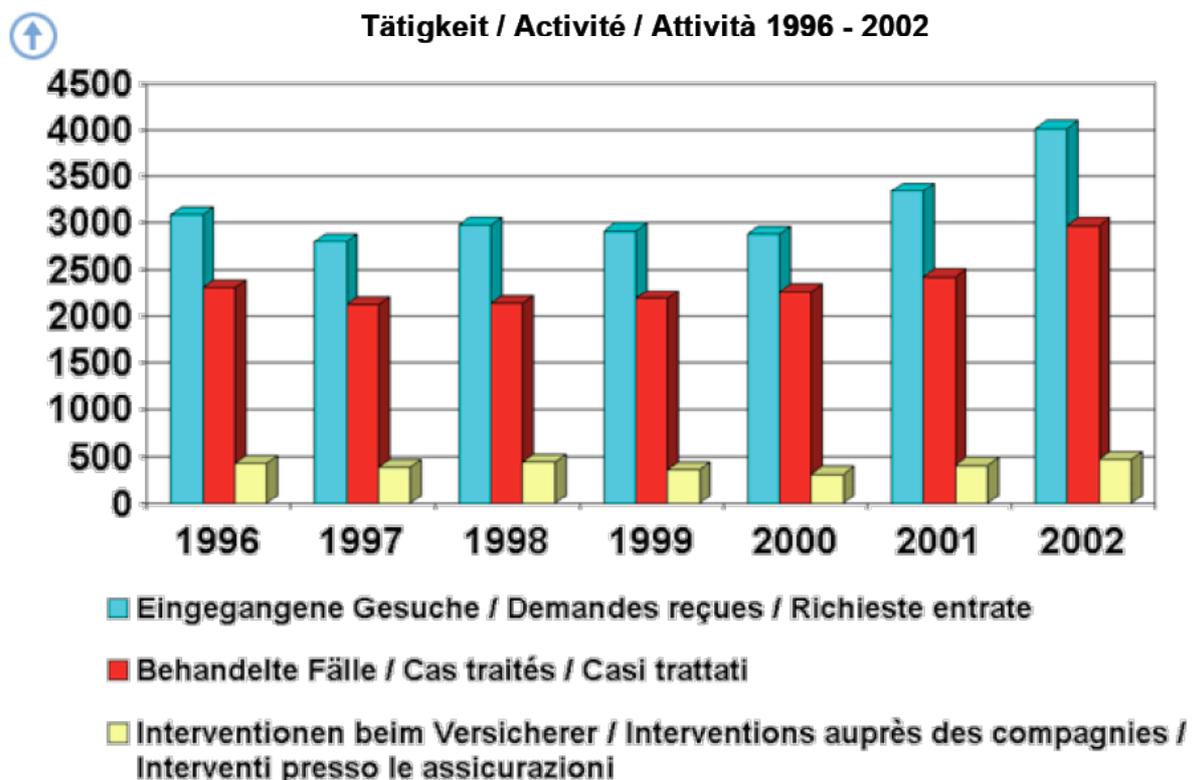
Problem: Wo sind die Versicherungsanwälte bzw. Versichertenvertreter?  
Wenn nur 8% der Fälle problematisch sind, warum keinen Miteinbezug?

## **B. Ombudsmann**

Zweiparteienverhältnis (Versicherter und Dritter)

Versicherungsombudsman

- Ombudsman der Privatversicherung und der Suva (letztere seit dem 1.1.2002; <http://www.versicherungsombudsman.ch/>)



Problem: keine Intervention bei anwaltlicher Vertretung

- Ombudsman der sozialen Krankenversicherung (<http://www.ombudsman-kv.ch/>)

### ***C. Mediation***

Dreiparteienverhältnis (Versicherter, Versicherer und Dritter)

Anwaltsmediation

- Richtlinien SAV für Anwaltsmediatoren (1997)
- Reglement Mediator SAV (2000)

Ombudsmanmediation (auch bei der SUVA?)

## Literaturauswahl

- BLUM, F. (1998) L'avocat et la médiation, in: *Avocat suisse* 1998/1, 12 ff.
- CARRÉ, O. (2002) Médiation d'assurance et assurances sociale. Du nouveau!, in: *Aspects de la sécurité sociale* 2002/2, 29 ff.
- DOMMANN, D. (1999) *Faire & unfaire Verhandlungstaktiken. Und wie man sich gegen unfaire Taktiken wehren kann.* 6. A., Frankfurt a.M.
- DÜRSCHKE, J. (2001) Mediation. Ein Weg im sozialgerichtlichen Verfahren, in: *Sozialgerichtsbarkeit* 2001/10, 532 ff.
- FISHER, R./URY, W. L., ET AL. (2004) *Das Harvard-Konzept. Der Klassiker der Verhandlungstechnik.* 22. A., Frankfurt a.M./New York
- GALLI-WIDMER, M. (1999) Richtlinien für Anwaltsmediatoren, in: *Anwaltsrevue* 1999/2, 14 ff.
- HABSCHEID, E. J. (2001) Die aussergerichtliche Vermittlung (Mediation) als Rechtsverhältnis, in: *Aktuelle juristische Praxis* 2001/8, 938 ff.
- HAFT, F. (2000) Die Verhandlungsführung in: *Psychologie und Recht*, Zürich, 75 ff.
- HASENBÖHLER, F. (2000) "Schlichten statt richten". Gedanken zu neuen Formen der Streiterledigung im Haftpflichtrecht in: *Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz (NVB) und des Nationalen Garantiefonds Schweiz (NGF) aus Anlass der 34. Generalversammlung des Council of Bureaux am 15./16. Juni 2000 in Genf*, Basel, 135 ff.
- LANDOLF, K. (2002) Haftpflichtstreitigkeiten: mediationstauglich?, in: *HAVE* 2002/4, 47 ff.
- LIATOWITSCH, P. (2000) Die Bedeutung des Rechts in der Mediation oder wieviel Recht erträgt die Mediation?, in: *Anwaltsrevue* 2000/3, 4 ff.
- MONTADA, L./KALS, E. (2001) *Mediation. Lehrbuch für Psychologen und Juristen*, Weinheim
- PETER, J. T. (2000) Mediation. Ein Verfahren zur Überwindung von Einigungshindernissen, in: *Aktuelle juristische Praxis* 2000/9, 18 ff.
- PFISTERER, T. (2002) Über Konsens- und Mediationslösungen im öffentlichen Recht ("konferieren statt prozessieren"), in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht II* 2002/3, 169 ff.
- RUMO-JUNGO, A. (2002) Alternative Streiterledigungsmethoden in und ausserhalb von Gerichtsverfahren in: *Recht im Umbruch*, Freiburg i.Ü. 135 ff.
- SANER, R. (1997) *Verhandlungstechnik. Strategie, Taktik, Motivation, Verhalten, Delegationsführung*, Bern

- SCHWEIZER, A. (1999) "Sie irren sich, Herr Kollege !", oder warum Anwälte nicht verhandeln können in: *Mediation*, Zürich, 1 ff.
- SIEGWART, K. (2002) Ombudsstellen und Mediation, in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 2002/11, 561 ff.
- THOUVENIN, A. (2000) Das künftige Berufsbild der Anwälte aus Schweizer Sicht. Abschied vom Einzelkämpfer, der Anwalt als Unternehmer, Mediation als neues Tätigkeitsgebiet, anwaltliche Werbung in: *Künftige Berufsbild des Anwalts in Europa*, Zürich, 111 ff.
- TOELSTEDE, B. G. (1997) *Das Verhandlungskonzept. Hart in der Sache - menschlich im Dialog*, Weinheim
- TOELSTEDE, B. G. (2000) *Fair verhandeln. Das Gewinner-Konzept*, Weinheim
- WEISS, C. (1999) Beziehungsmanagement. Eine Schlüsselkompetenz im Offenen Verhandeln nach dem Harvard-Konzept in: *Mediation*, Zürich, 43 ff.