

Noch immer offene Fragen beim Regress der Pensionskassen

STEPHAN WEBER

Zusammenfassung

Die Gesellschaft für Haftpflicht und Versicherungsrecht hat sich schon früh in diversen Arbeitsgruppen mit der Vereinheitlichung des Sozialversicherungs- und Koordinationsrechts beschäftigt. Die Aktivitäten, aus denen zwei Publikationen resultierten, haben rund ein Vierteljahrhundert später mit dem ATSG Früchte getragen. Gleichwohl blieben einige Fragen gerade auch im Bereich der Koordination von Haftpflicht- und Versicherungsleistungen ungelöst. Der Beitrag beleuchtet die offenen Fragen rund um den Regress der Pensionskassen und zeigt nach einem Blick auf die Entstehungsgeschichte und einer kleinen Auslegeordnung ein paar Lösungsansätze auf, die dahin zielen, die Regressmodalitäten auch für die altrechtlichen Fälle und die überobligatorischen Leistungen den übrigen Sozialversicherungsträgern anzugleichen.

Résumé

Plusieurs groupes de travail de la Société du droit de la responsabilité civile et des assurances se sont, dans le passé, préoccupés de l'unification du droit de l'assurance sociale et du droit de coordination. Les activités menées, qui ont donné lieu à des publications, ont porté leurs fruits un quart de siècle plus tard sous la forme de la LPGA. Et pourtant des questions demeurent, en particulier dans le domaine de la coordination des prestations sociales et de responsabilité civile. La présente contribution apporte un éclairage sur les questions ouvertes relatives au recours des caisses de pension et formule, après un bref regard sur la genèse et l'état des lieux en la matière, quelques propositions de solution dans le but de coordonner les modalités de recours avec les autres assureurs sociaux, valables également pour les cas soumis à l'ancien droit et les prestations surobligatoires.

Inhaltsübersicht

1.	Vorreiterrolle des SGHVR im Koordinationsrecht	708
2.	Entstehungsgeschichtliches, Rechtsprechung und Lehre	709
	A. Vorstellungen des Gesetzgebers.....	709
	B. Missglückte Konkretisierungen auf dem Verordnungsweg	710
	C. Verständnis von Lehre und Praxis.....	711
	D. Tendenz in Richtung Gleichstellung mit übrigen Sozialversicherungsträgern.....	712
3.	Kontroverse Punkte	713
	A. Notwendigkeit einer Abtretung in altrechtlichen Fällen.....	713
	B. Anwendung von OR 51 II auf Pensionskassen.....	714
	C. Regress für zukünftige Leistungen	715
	D. Stellung innerhalb der Koordinationsgemeinschaft	716
	E. Anrechnung und Regress der überobligatorischen Leistungen.....	717
	F. Beschränkung auf nicht finanzierte Leistungen und Regress des Rentenschadens.....	718
	G. Beschränkung auf den versicherten Verdienst.....	719
4.	Neue Wege	720

1. Vorreiterrolle des SGHVR im Koordinationsrecht

Die Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA) hat an ihrem 4. Weltkongress, der vom 29. April bis 1. Mai 1974 in Lausanne durchgeführt wurde, das Thema «Kumul, Regress und Subrogation in der privaten und öffentlichen Versicherung» behandelt. Bereits am 30. Januar 1974 hat der Vorstand der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungsrecht beschlossen, das Thema Koordination vertieft zu behandeln und eine Arbeitsgruppe ins Leben zu rufen. Die Aktivitäten mündeten in einer umfassenden Arbeit über die Koordinationsmechanismen¹. Vier Jahre später beschloss die Generalversammlung der Gesellschaft, eine Arbeitsgruppe zum Thema «Allgemeiner Teil des schweizerischen Sozialversicherungsrechts» einzusetzen². Ziel dieser Bemühungen war ein Vorschlag zur Vereinheitlichung des Sozialversicherungs- und Koordinationsrechts. Die erfolgreiche Umsetzung der Vorschläge gelang erst viele Jahre später mit der Einführung des ATSG am 1. Januar 2003. Längst nicht alle Koordinationsprobleme wurden damit aber beseitigt. So haben die Privatversicherer nach wie vor ein nur beschränktes Regressrecht und viele Fragen sind noch immer umstritten. Nur teilweise gelöst ist auch die Koordina-

¹ Der Bericht der Arbeitsgruppe ist ursprünglich in der ZSR erschienen und dann in erweiterter Form als Buchausgabe: ALFRED MAURER, Kumulation und Subrogation in der Sozial- und Privatversicherung – Ein Beitrag zur Harmonisierung der Gesetzgebung, Bern 1975.

² Der Bericht dieser Arbeitsgruppe ist 1984 als Beiheft zur ZSR unter dem Titel «Bericht und Entwurf zu einem Allgemeinen Teil der Sozialversicherung» erschienen.

tion in der beruflichen Vorsorge, die, obwohl Teil des Sozialversicherungssystems, nicht in den ATSG eingebunden worden ist. Zwar wurde im Rahmen der 1. BVG-Revision eine Subrogationsnorm eingefügt, für die überobligatorischen Leistungen fehlt aber nach wie vor ein überzeugendes Koordinationskonzept. Auch die altrechtlichen Fälle sind noch nicht vom Tisch und sie werfen grundsätzliche Fragen auf. Grund genug, auch sie noch einmal zu beleuchten.

2. Entstehungsgeschichtliches, Rechtsprechung und Lehre

A. Vorstellungen des Gesetzgebers

Die regressrechtliche Stellung der Personalvorsorgeeinrichtungen war bis zur 1. BVG-Revision höchst kontrovers. Für die obligatorischen Leistungen ist nun die Situation geklärt: Die Vorsorgeeinrichtungen verfügen mit dem neu eingefügten Art. 34b BVG seit dem 1.1.2005 über ein integrales Regressrecht basierend auf einer Subrogation im Unfallzeitpunkt, analog der Regelung für die übrigen Sozialversicherer in ATSG 72 ff.

Für Schadenfälle vor dem Inkrafttreten der neuen Koordinationsbestimmung gilt aber nach wie vor die altrechtliche Regelung, und ungeklärt bleibt weiterhin, ob für die weitergehende Vorsorge ein anderes Regressregime gelten soll.

In aBVG 34 delegierte das Gesetz die Koordinationsfragen an den Bundesrat. Nur rudimentär hielt der Gesetzgeber fest, dass dieser «Vorschriften zur Verhinderung ungerechtfertigter Vorteile des Versicherten oder seiner Hinterlassenen beim Zusammentreffen mehrerer Leistungen» erlassen solle. In der Botschaft zum BVG³ wird als Begründung für dieses Vorgehen angegeben, dass die Delegation auf Verordnungsstufe den Gesetzestext entlasten und eine «Grundlage zur Regelung der Leistungskumulation» schaffen solle: «Die Verordnung wird auch Vorschriften über die Kumulation von Versicherungsleistungen mit Leistungen eines für den Tod oder die Invalidität des Versicherten haftpflichtigen Dritten enthalten. Dieses Problem ist eng mit dem der Subrogation verflochten. Die Vorsorgeeinrichtung soll in diesem Falle von Gesetzes wegen in die Rechte des Anspruchsberechtigten gegenüber dem haftpflichtigen Dritten eintreten, und zwar in dem Umfange, in dem sie ihre eigenen Leistungen aufgrund von Artikel 35 Absatz 2 hätte kürzen können.»

Der Gesetzgeber ging bei Erlass des BVG ganz offensichtlich von einer Subrogation aus, einem Koordinationsmittel, das im damaligen Zeitpunkt bereits bei anderen Sozialversicherungszweigen eingeführt worden war. Im Vorentwurf vom

³ BBl 1976 I 246 f. Die Ausführungen betreffen Art. 35 des Entwurfs, dem späteren Satz 1 von aBVG 34 II.

21. Juni 1974 war denn auch eine Subrogationslösung noch explizit vorgesehen, allerdings kombiniert mit dem Kürzungsprinzip.⁴

B. Missglückte Konkretisierungen auf dem Verordnungsweg

Angesichts der Intentionen des Gesetzgebers erstaunt die Konkretisierung der extrasystemischen Koordination in aBVG-2 26, wo mit einer Kann-Formulierung festgehalten wurde, die Vorsorgeeinrichtung könne in ihrem Reglement bestimmen, *«dass der Anwärter auf eine Hinterlassenen- oder Invalidenleistung ihr seine Forderung gegen haftpflichtige Dritte bis zur Höhe ihrer Leistungspflicht abtreten muss.»*

In einem Kommentar zur Verordnung 2 schrieb das Bundesamt für Sozialversicherung, dass die Bestimmung über die Überentschädigung und Koordination mit anderen Sozialversicherungen nur relativ zwingend sei, Abweichungen zugunsten der Versicherten dadurch also nicht ausgeschlossen sein sollen. Zugunsten des Versicherten würde sich ein Leistungskumul auswirken, der, folgt man dem zitierten Kommentar, alsdann möglich wäre. Dass dies kaum dem Willen des Gesetzgebers entsprechen dürfte, ist offensichtlich. Zwar lässt das Gesetz das Koordinationsmittel offen, doch soll dieses so beschaffen sein, dass Überentschädigungen vermieden werden. Die Koordination via Abtretung ist schwer nachvollziehbar, denn sie überlässt letztlich die Koordination den Kassen und Destinatären.

Klarheit besteht nach der gesetzlichen Konzeption insofern, als die überobligatorischen Leistungen vom BVG und den Verordnungsbestimmungen, soweit es um die Leistungen und deren Koordination geht, nicht erfasst sind. Auch das wird allerdings nicht durchwegs so gesehen. BVG 6, der darauf hinweist, dass der zweite Teil des BVG nur Mindestvorschriften enthalte, steht denn auch in einem gewissen Spannungsfeld zu aBVG 34, der die Leistungen begrenzen möchte. Weiter gehende Leistungen sind gerade auch dadurch möglich, dass bei konkurrierenden Ansprüchen keine Kürzung oder Anrechnung erfolgt.

BVG 34 lässt auch offen, was als *«ungerechtfertigter Vorteil des Versicherten oder seiner Hinterlassenen»* zu verstehen ist. In der Botschaft wird dazu ausgeführt, dass es befremdend wäre, wenn ein Invalidenrentner seine Lebenshaltung auf höherem Niveau fortführen könnte als bei der Fortführung seiner Erwerbstätigkeit. Auch sei es nicht erwünscht, dass das Ableben eines Versicherten sich zu einem wirtschaft-

⁴ «Ist die vom haftpflichtigen Dritten zu erbringende Entschädigung noch nicht bestimmbar, so hat die Vorsorgeeinrichtung ihre Leistungen voll auszurichten. Sie tritt in diesem Falle von Gesetzes wegen im Umfange ihrer Leistungen, soweit sie hätte kürzen können, in die Rechte des Anspruchsberechtigten gegenüber dem haftpflichtigen Dritten ein» (Art. 23 III VE BVG). Zu dieser unglücklichen Kombination von Vorleistung, Anrechnung und Subrogation MAURER (FN 1) 36 ff. und 64 f.

lichen Vorteil für seine Familie auswirke. Klar redigiert ist dagegen BVG 49 II, der regelt, welche Artikel für die weiter gehende Vorsorge anwendbar sind und dabei BVG 34 ausklammert. Anwendbar ist das BVG im überobligatorischen Bereich auf organisatorische und verfahrensmässige Punkte, nicht aber auf die Leistungsmodalitäten und die Leistungskoordination.

C. Verständnis von Lehre und Praxis

Dass die vom Gesetz- und Verordnungsgeber geschaffene Ausgangslage zu Irritationen führen musste und Kontroversen nährt, liegt auf der Hand. So wird etwa die Ansicht vertreten, dass das Regressrecht der Pensionskassen überhaupt davon abhängen soll, ob reglementarisch eine Abtretung vorgesehen ist⁵. Die heutige Regelung lässt solche Interpretationen ohne Weiteres zu. Allerdings würde man damit weder den koordinationsrechtlichen Prinzipien noch den Vorstellungen des Gesetzgebers gerecht, dem wohl eine Subrogation, sicher aber eine Leistungsanrechnung vor Augen gestanden hat.

In der Rechtsprechung hat sich schon früh ein anderer Weg etabliert. Der Rückgriff soll sich weder auf die Abtretung noch auf eine Subrogation stützen, sondern allein auf OR 51 II. In BGE 115 II 24 ff. begründet das Bundesgericht diese Rechtsauffassung primär mit der herrschenden Lehre, die eine solche Lösung vertrete⁶. Auf die Übereinstimmung mit Praxis und Lehre beruft sich das Bundesgericht auch mit der Ansicht, dass von der Bestimmung nicht abgewichen werden dürfe, ein Mythos, der sich bis heute halten konnte. Aus diesem Grunde sei jede Abtretung unwirksam, soweit sie die Regressordnung unterlaufe, gleichgültig, ob sie sich auf Statuten, ein Reglement oder einen kantonalen Erlass abstützt. Selbst aBVG-2 26 ändere an diesen Grundsätzen nichts. Diese Bestimmung könne die Vorsorgeeinrichtungen nicht besser stellen als die – damals noch nicht mit einer Subrogationsbestimmung ausgestatteten – Krankenkassen. Das Bundesgericht platziert die Vorsorgeeinrichtungen in der Regressstreppe auf der Vertragsstufe mit der einschneidenden Konsequenz, dass damit der Regress nur auf Haftpflichtige zugelassen ist, die den Schaden schuldhaft verursacht haben. Auch wenn die Regressordnung nur «in der Regel» gelte, sei eine solche Beschränkung des Regressrechts nicht unbillig.

⁵ So v.a. STEPHAN HOFER, Haftpflichtanspruch und Pensionskassenregress, SZS 2001, 125 ff. und derselbe, Pensionskassenregress in: Personen-Schaden-Forum 2002, 93 ff.

⁶ Es konnte sich dabei u.a. auf DESCHENAUX, OFTINGER, SCHÄTZLE, STEIN UND OSWALD berufen.

D. Tendenz in Richtung Gleichstellung mit übrigen Sozialversicherungsträgern

Die über weite Strecken schwer fassbare Argumentation hat bis heute überlebt und auch Eingang in eine Empfehlung der Privat- und Sozialversicherer gefunden⁷. In der Zwischenzeit hat sich allerdings in der Gesetzgebung, aber auch in Lehre und Rechtsprechung einiges bewegt. So mehren sich die Stimmen, die angesichts der Gleichwertigkeit der Haftungsgründe eine Regresskaskade und den Einbezug der Versicherer und Pensionskassen ablehnen⁸. Der Gesetzgeber hat in den letzten Jahren bis hin zu den obligatorischen Leistungen der beruflichen Vorsorge das Subrogationsprinzip eingeführt und vereinheitlicht. Schon vor Erlass des ATSG wurde in KVG 79 auch dem Krankenversicherer ein integrales, auf Subrogation gestütztes Regressrecht eingeräumt.

Die Rechtsprechung hat in BGE 126 III 521 dem Arbeitgeber für die Lohnfortzahlung einen Regressanspruch zugestanden, der den subrogierenden Sozial- und Schadenversicherern gleichgestellt sei. Zu diesem Ergebnis hat die zutreffende Feststellung geführt, dass *«der Arbeitgeber nicht zum Kreis der Haftpflichtigen zählt, sondern mit der Lohnzahlung unabhängig vom schädigenden Ereignis seine gesetzliche oder vertragliche Leistungspflicht erfüllt und nicht aus Schlechterfüllung für den entstandenen Schaden haftet»*. Ebenso treffend ist die Feststellung, dass sich eine Beschränkung des Regressrechts zugunsten der Haftpflichtigen auswirken würde.

In BGE 132 III 321 hat sich das Bundesgericht erneut mit dem Pensionskassenregress beschäftigt und zunächst das Argument der fehlenden Kongruenz resp. der nicht schadenausgleichenden Funktion der BVG-Invalidenrente verworfen. Sodann trat es der Ansicht entgegen, wonach ein Rückgriff nur möglich sei, wenn der Geschädigte die Ansprüche abgetreten hat, bzw. dazu aufgrund einer Bestimmung im Pensionskassenreglement verpflichtet sei. Nach der Entstehungsgeschichte stehe fest, dass der Gesetzgeber eine Bereicherung des Geschädigten durch die Kumulation der Vorsorge- und Schadenersatzleistungen nicht zulassen wollte. Zwar sei nicht klar, warum die im Vorentwurf enthaltene und auch in der Botschaft erwähnte Subrogation nicht in der Verordnung aufgenommen worden sei, doch könne Art. 26 aBVG-2 nicht als abschliessende Regel betrachtet werden.

⁷ Empfehlung der Arbeitsgruppe Suva, SLK und BSV zum Regress der Vorsorgeeinrichtung auf haftpflichtige Dritte vom 19.12.2003, letztmals revidiert am 29.11.2005.

⁸ So u.a. ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Zusammenspiel zwischen Haftpflichtrecht und beruflicher Vorsorge, ZBJV 2002, 442 ff.; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Der steinige Weg des Pensionskassenregresses, in: Berufliche Vorsorge 2002, hrsg. von RENÉ SCHAFFHAUSER/HANS-ULRICH STAUFFER, St. Gallen 2002, 206 ff. und schon früh ROLAND SCHAER, «Hard cases make bad law» oder OR 51/2 und die regressierende Personalvorsorgeeinrichtung, recht 1991, 12 ff. Dazu auch MARC M. HÜRZELER, Berufliche Vorsorge und Haftpflichtrecht, SZS 2010, 3 ff.; JEAN MICHEL DUC/LORENZ FIVIAN, Der Rückgriff auf den haftpflichtigen Dritten im Bereich der beruflichen Vorsorge, AJP 2005 1074 ff.

«Mit der überwiegenden Lehre und Rechtsprechung ist demnach davon auszugehen, dass den Pensionskassen auch nach der vor dem 1. Januar 2005 geltenden Regelung ein Rückgriffsanspruch auf den haftpflichtigen Dritten zusteht, unabhängig davon, ob eine Abtretung der Ansprüche des Geschädigten erfolgt ist.» Offenlassen konnte das Bundesgericht (leider) die Frage, ob die Vorsorgeeinrichtung der Rückgriffsordnung von OR 51 II zu unterstellen sei oder ob die Bestimmung nur analog anwendbar sei, weil sich das Problem durch das Verschulden des Haftpflichtigen nicht stellte. Aufhorchen lässt aber die Feststellung, dass sich die Regressansprüche auch auf die künftigen Leistungen erstrecken, auch wenn diese erst sukzessive entstehen werden⁹.

Fasst man die neuere Rechtsprechung zusammen, so bleibt nur noch die Frage der regressrechtlichen Stellung der Pensionskassen in altrechtlichen Fällen sowie die Koordination der überobligatorischen Leistungen offen. Eine Begründung fehlt zudem für die Ansicht, dass auch für den Regress der zukünftigen Leistungen keine Abtretung notwendig ist.

3. Kontroverse Punkte

A. Notwendigkeit einer Abtretung in altrechtlichen Fällen

Zunächst stellt sich die Frage, ob es für die Anrechnung der BVG-Leistungen in altrechtlichen Fällen einer Abtretung bedarf, was aus dem Wortlaut von aBVG-2 26 geschlossen werden kann. Das ist zu verneinen. Die gesetzliche Vorgabe von aBVG 34 II war klar: Ungerechtfertigte Vorteile sind zu verhindern, was eine Leistungskumulation ausschliesst. Art. 34 aBVG stellt für die berufliche Vorsorge ein Überentschädigungsverbot auf, ohne die dazu notwendigen Koordinationsinstrumente zu bestimmen. Mit einer Abtretung kann das anvisierte Ziel – das Vermeiden von Überentschädigungen – nicht erreicht werden, da die Koordination dem Belieben der Pensionskasse und Versicherten überlassen würde. Eine Anrechnung der Leistungen auch ohne statutarische oder reglementarische Grundlage scheint mir angesichts der – zumindest in diesem Punkt klaren – gesetzlichen Vorgabe zwingend. Inwieweit eine Abtretung für die zukünftigen Leistungen notwendig ist, wird in der nachfolgenden Ziff. C geprüft.

⁹ Zu dieser Entscheidung auch die Kommentare von MARC SCHÄTZLE in HAVE 2006, 142 f. und MARC HÜRZELER in AJP 2006, 750 ff.

B. Anwendung von OR 51 II auf Pensionskassen

Da im BVG keine Subrogation vorgesehen ist, stehen dem Geschädigten die Ansprüche gegen die Vorsorgeeinrichtung und den Haftpflichtigen alternativ gegenüber. Der Tatbestand der Anspruchskonkurrenz wird in OR 51 geregelt. Die Bestimmung verweist auf die Rückgriffsregelung bei einem gemeinsamen Verschulden und beherbergt im zweiten Absatz die berühmte Stufenleiter, nach der in erster Linie die Verschuldenshaftpflichtigen und erst in letzter die Kausalhaftpflichtigen den Schaden zu tragen haben. Auf der mittleren Stufe stehen die vertraglich Gebundenen.

Die Bestimmung ist zwar primär für eine Mehrheit von Haftpflichtigen konzipiert, wurde aber schon bei Erlass auch auf die Versicherer angewendet, denen man gegenüber Kausalhaftpflichtigen den Rückgriff abschneiden wollte. Was damals als stossend empfunden wurde, erscheint heute angesichts der Regresslandschaft im Sozialversicherungsrecht, aber auch mit Blick auf die zumindest in der Theorie beschworene Gleichwertigkeit der Haftungsgründe in einem ganz anderen Licht. Vor allem aber ist es stossend, wenn mit der Regressbeschränkung letztlich das Opfer – via die Prämien – und nicht der Schädiger mit den Kosten belastet wird. Die Regelung, die einem fragwürdigen Einzelfall entsprungen ist, kann nicht länger gegen ein harmonisiertes Koordinationssystem ins Feld geführt werden¹⁰. Die Rechtsanwendung verlangt aktuelle Problemlösungen und darf nicht in der Vergangenheit verweilen. Die historische Deutung läuft ohnehin ins Leere, wenn sie mit Fragen konfrontiert wird, die sich bei deren Erlass noch gar nicht gestellt haben, und das trifft für die Stellung der Pensionskassen ganz klar zu, die damals ja noch kein Thema sein konnten.

Nachdem das Bundesgericht nun auch dem Arbeitgeber ein integrales Regressrecht eingeräumt hat, drängt sich eine regressrechtliche Gleichstellung der Vorsorgeeinrichtungen noch mehr auf. Zudem schliessen die BVG-Leistungen an die Lohnfortzahlung an, sind funktional gleichgerichtet und mit diesen nach BVG 26 II¹¹ koordiniert. Die Regresskaskade passt jedenfalls nicht zu den Versicherungsleistungen. Die Versicherer gehören nicht auf die Stufe der vertraglich Haftenden, die sekundäre Leistungsansprüche aus Vertragsverletzungen schulden.

Aus heutiger Sicht präsentiert sich eine sachgerechte Regressordnung dahin, dass auf der obersten Stufe die Sozial- und Privatversicherer, die Pensionskassen und die Arbeitgeber stehen. Sie können auf sämtliche Haftpflichtige Regress nehmen. Und

¹⁰ Hintergrund bildete der sog. Leiterhakenfall, der in BGE 35 II 238 nachzulesen ist, in dem allerdings schon die Anwendung der Werkeigentümerhaftung – der Käufer einer Liegenschaft lässt das Dach sanieren und ein Handwerker verunglückt dabei infolge eines mangelhaften Leiterhakens tödlich – fraglich war, und das Wesen der beteiligten Unfallversicherung im Dunkeln blieb; vgl. dazu ROLAND SCHAER, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a. Main 1984, N 844 ff.; PIERRE WIDMER, ETHOS und ADÄQUANZ der Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR, in: FS Assista, Genf 1969, 269 ff.

¹¹ Vgl. auch BVV-2 26.

bei den Ersatzpflichtigen sollte ebenso keine schematische Rangordnung, sondern eine auf die konkreten Umstände abstellende (sektorielle) Aufteilung über die endgültige Schadensüberwälzung entscheiden. Nur eine solche Abwägung erlaubt es, die Tatumstände zu gewichten, und würde zudem klar vor Augen führen, dass es in OR 51 für Versicherer als ursachenlose Leistungspflichtige keine Existenzberechtigung geben kann. All dies lässt sich mit dem in OR 51 eingeräumten Ermessen oder aber einer bloss analogen Anwendung der Bestimmung schon heute ohne Weiteres begründen.

C. Regress für zukünftige Leistungen

Das Regressrecht nach OR 51 II kann erst geltend gemacht werden, wenn der Schuldner den Gläubiger befriedigt hat. Aus diesem Grund wird denn auch ganz überwiegend angenommen, dass zukünftige Leistungen nur regressierbar sind, wenn sie an die Pensionskasse abgetreten worden sind. Neuerdings erachtet das Bundesgericht in BGE 132 III 321 E. 2.3.2.4 eine Abtretung auch für die zukünftigen Leistungen als nicht notwendig, liefert für diese überraschende Ansicht aber keine Begründung.

Die Entstehung des Regressrechts erst mit der Befriedigung des Gläubigers wird dem Wesen des BVG als Zweig der Sozialversicherung zweifellos nicht gerecht. Würde auf die vollzogene Leistung abgestellt, so könnte der Versicherte oder seine Hinterbliebenen über die Schadenersatzansprüche bis zum Vollzug der Leistungen verfügen. Ohne Abtretungspflicht im Reglement bestünde auch keine Handhabe, die Klärung der Situation zu erzwingen. Jedenfalls ist zweifelhaft, ob aus aBVG-2 26 eine solche Pflicht abgeleitet werden kann.

Die Leistungen nach BVG beruhen auf Gesetz. Sofern sich die Pensionskasse mit dem Leistungsbescheid dazu verpflichtet, Leistungen zu erbringen, stehen der geschädigten Person im Umfange der geschuldeten bisherigen und zukünftigen Leistungen keine Ansprüche gegen die Haftpflichtigen mehr zu. Wird die Entschädigung in Rentenform geleistet, was im BVG üblich ist, so ist die Verpflichtung zur Leistung der tatsächlich erbrachten Leistung gleichzustellen. Insofern rechtfertigt es sich, im Sinne einer bloss analogen Anwendung der Regressbestimmungen und mit Blick auf die im Sozialversicherungsrecht getroffenen Lösungen den Regressanspruch und damit die Befreiung der übrigen Solidarschuldner gegenüber dem Geschädigten spätestens mit der Leistungsanerkennung entstehen zu lassen.

Ähnlich verlief die Rechtsentwicklung auch bei der alten Subrogationsbestimmung in KUVG 100, die den Zeitpunkt des Rechtsübergangs offenliess. Während das Bundesgericht zunächst auf die vollzogene Leistung abstellte¹², wurde später

¹² BGE 63 II 202.

die Anerkennung der Leistungspflicht als ausschlaggebender Zeitpunkt betrachtet. Es vertrage sich nicht mit dem sozialversicherungsrechtlichen Charakter dieser Leistungen, wenn die Versicherten über die Ansprüche disponieren können. Die Lösung wurde auch mit der Praktikabilität begründet: *«Den Eintritt der Subrogation mit der Anerkennung der Leistungspflicht seitens der SUVAL eintreten zu lassen, empfiehlt sich aber auch aus praktischen Gründen; wollte man den Zeitpunkt der Leistung als allein massgebend betrachten, so hätte dies zur Folge, dass bei Ausrichtung einer Rente durch die SUVAL, was den Regelfall darstellt, die Subrogation jeweils nur für das ausbezahlte Monatsbetroffnis einträte, sodass die Anstalt genötigt wäre, sich jeden Monat an den regresspflichtigen Dritten zu wenden. Dies würde eine durch nichts gerechtfertigte Komplizierung des Betriebes nach sich ziehen.»*¹³

Auch im BVG drängt sich eine solche Lösung auf. Der Rechtseintritt bedeutet die Beendigung der Solidarität. Insofern verhält es sich gleich wie bei der Legalzession. Es wäre ohnehin erwägenswert, ob die nach OR 51 I nur «entsprechend» anwendbaren Rückgriffsregeln von OR 50 auf die Fälle der Anspruchskonkurrenz resp. unechten Solidarität nicht dazu führen müsste, für diesen Tatbestand ebenfalls von einer Subrogation auszugehen. Analogie bedeutet die Übernahme einer vorhandenen Regel auf einen wesensgleichen Tatbestand, der rechtlich nicht geregelt ist. Es lässt sich kaum begründen, warum für die Fälle der unechten Solidarität der Regress nicht auch auf eine Subrogation gestützt werden sollte.

Ob man noch weiter gehen will und den Rechtseintritt resp. -übergang auf den Zeitpunkt des Schadeneintritts fixieren sollte, wäre durchaus erwägenswert, denn die Analogie ist im Bereich des BVG zu den Koordinationsregeln des Sozialversicherungsrechts zu ziehen.

D. Stellung innerhalb der Koordinationsgemeinschaft

Dass sich die Pensionskasse nicht in die Haftpflichtordnung einreihen lassen muss, wurde schon ausgeführt und sollte nach dem Lohnfortzahlungsentscheid auch für die Pensionskassen nicht mehr zweifelhaft sein. Offen ist damit das Verhältnis zu den übrigen Sozialversicherern, d.h. die Aufteilung des zur Verfügung stehenden Regresssubstrats. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, dass der Zeitpunkt des Rechtsübergangs für die Regressaufteilung massgebend sein soll, also eine Regressrangfolge über die Zuteilung entscheiden soll¹⁴. Gegenstück bildet die Proportionalmethode, welche die Aufteilung nach dem Leistungsumfang bemisst. Als

¹³ BGE 64 II 420 E.5b.

¹⁴ So u.a. STEPHAN FUHRER, Zur Stellung der Pensionskasse im Regress der Sozialversicherer gegen haftpflichtige Dritte, SZS 1990, 305 ff.: «Nur was nach der vollständigen Befriedigung des Geschädigten und der AHV noch verbleibt, bildet das der PK zur Verfügung stehende Regresssubstrat» (a.a.O. 310).

Mittellösung wird eine sog. Entflechtungsmethode postuliert¹⁵. Danach werden in einem ersten Schritt die Direkt- und Regressansprüche ohne Berücksichtigung der nicht subrogationsberechtigten Versicherer ermittelt. Das Regresssubstrat der nachrangigen Regressanten wird in einem zweiten Schritt aus dem so ermittelten Direktschaden berechnet.

Zum Verhältnis von Leistungspflichtigen mit unterschiedlichen Regressmodalitäten gibt es keine gesetzliche Regelung. Gelöst ist die Regressaufteilung nur für die Sozialversicherer nach ATSG und neu nun auch in BVV-2 27 e für die BVG-Leistungen: Es gilt die Proportionalmethode. Diese sollte aber auch für die altrechtlichen Fälle zum Zuge kommen. Für die Koordinationsgemeinschaft ist der Zeitpunkt des Rechtseintritts nicht relevant. Zwar kann rechtstheoretisch bei einem späteren Rechtseintritt nur in den verbleibenden Direktschaden regressiert werden. Für eine ungleiche Allokation besteht kein Anlass. Die Vorsorgeeinrichtung gehört zur Koordinationsgemeinschaft und muss im Umfange ihrer Leistungen am Regress partizipieren können.¹⁶

E. Anrechnung und Regress der überobligatorischen Leistungen

Für die überobligatorischen Leistungen kommen BVG 34 resp. BVG 34b und die darauf basierenden Verordnungsbestimmungen nicht zum Zuge. Das galt auch für aBVV2-26, der zwar nicht von gesetzlichen Leistungen, sondern von der Abtretung der Leistungen «bis zur Höhe der Leistungspflicht» spricht und vom Wortlaut her die weiter gehende Vorsorge durchaus einschliessen könnte. BVG 49 II erwähnt die Koordinationsbestimmungen nicht und entzieht damit auch der Verordnungsbestimmung die Legitimation für den überobligatorischen Bereich.

Für die weitergehende Vorsorge kann auch auf kein allgemeines Überentschädigungsverbot zurückgegriffen werden. Für die überobligatorischen Leistungen ist daher ausschliesslich das Reglement massgebend¹⁷. Die Koordination kann darin auf unterschiedliche Weise gelöst werden, z.B. durch eine Anrechnungs-, Kürzungs- bzw. Subsidiärklausel oder mittels einer Abtretungsverpflichtung. Die

¹⁵ So LUKAS DINGER in: SCHAEER/DUC/KELLER, Das Verschulden im Wandel des Privatversicherungs- und Haftpflichtrechts, Basel und Frankfurt a.M. 1992, 339 ff. Auch dieses Buch ist das Resultat einer Arbeitsgruppe der Gesellschaft für Versicherungsrecht.

¹⁶ Vgl. auch HÜRZELER (FN 8) 14 ff.

¹⁷ Anders FRANZ SCHLAURI, Die Überentschädigungsabschöpfung in der weitergehenden beruflichen Vorsorge, in Berufliche Vorsorge 2002, St. Gallen 2002, 85 ff., der sich sehr eingehend mit der Frage befasst, sich mit den verschiedenen Lehrmeinungen auseinandersetzt und zum klaren Schluss kommt, dass keine reglementarische Freiheit in der Leistungskoordination bestehe, da auch für die weitergehende Vorsorge ein allgemeines Überentschädigungsverbot massgebend sei. Die gegenteilige Ansicht habe historische Gründe, könne heute aber nicht mehr als konstitutiv für die Koordinationslösung betrachtet werden.

Koordination wird häufig mit einer Überentschädigungsregel gelöst, die nicht zwischen obligatorischen und überobligatorischen Leistungen differenziert, sondern die Leistung bis zur Höhe des Erwerbsschadens begrenzt.

Enthält das Reglement keine Regelung für das Zusammentreffen mit anderen Leistungen, so bleibt fraglich, ob für den überobligatorischen Bereich von einer Leistungskumulation ausgegangen werden darf. Immerhin setzen die Leistungen regelmässig einen Erwerbsausfall voraus und sind damit schadensorientiert. Nach privatversicherungsrechtlichen Kriterien hätte man eine Schadenversicherung vor sich. Eine Leistungskumulation passt aber auch nicht in den sozialversicherungsrechtlichen Kontext. Auch wenn der Vorsorgevertrag zu den Innominatverträgen gehört und damit versicherungsrechtliche Wertungen nur analog einfließen können, darf nur dann auf eine Leistungskumulation geschlossen werden, wenn dies explizit im Reglement angeordnet ist.

Da auf die überobligatorischen Leistungen nicht das VVG zur Anwendung kommt, unterliegen diese ebenfalls der Rückgriffsordnung von OR 51, wobei das zu den obligatorischen Leistungen Gesagte auch hier gilt: Der Rückgriff ist gegen alle Haftpflichtigen möglich, denn das mit der Stufenordnung geschaffene Regressprivileg zugunsten gewisser Haftpflichtiger kann auch für die freiwilligen Versicherungsleistungen nicht begründet werden.

Die Aufteilung des Regresssubstrats folgt ebenfalls dem Proportionalitätsprinzip, sodass sich die Pensionskasse nach den gleichen Modalitäten für die obligatorischen und die überobligatorischen Leistungen am Regress beteiligen kann. Für zukünftige Leistungen braucht es aber nach wie vor eine Abtretung, da der Umfang der Leistungen hier nicht durch das Gesetz determiniert wird und eine Vorverschiebung des Rechtseintritts auch nicht mit dem sozialversicherungsrechtlichen Charakter der Leistungen begründet werden kann.

F. Beschränkung auf nicht finanzierte Leistungen und Regress des Rentenschadens

Immer wieder wird die Forderung erhoben, den Regress der Vorsorgeeinrichtung auf Rentenanteile zu beschränken, die noch nicht durch Beiträge finanziert worden sind. Die Ansicht ist v.a. in älteren Werken zu finden, wo von einem Sparanteil die Rede ist, für den nicht regressiert werden könne. Der Vergleich hinkt, denn die Finanzierung der Pensionskassenleistungen basiert nicht zwingend auf dem Kapitaldeckungsverfahren und einer individuellen Äquivalenz von Beiträgen und Leistungen. Zudem kann die Art der Finanzierung für den Regress nicht ausschlag-

gebend sein. Verfehlt sind daher auch die Versuche, den Regressumfang nach dem versicherungstechnischen Schaden zu bestimmen.¹⁸

Richtig an der Diskussion von Spar- und Risikoanteilen ist zweifellos das Bestreben, die durch die Beiträge bereits erworbene Rentenposition beim Regress auszuklammern und die Vorsorgeeinrichtung nur im Umfange der ihr erwachsenden «Mehrleistungen» partizipieren zu lassen. Genau das geschieht, wenn die Leistungen nach der Pensionierung mit der nun auch vom Bundesgericht übernommenen Berechnungsmethode des Rentenschadens bestimmt werden, die als Schaden nur den nicht finanzierten Anteil der Altersversorgung begreift. Die Pensionskasse ist nur für jenen Teil ihrer Leistungen regressberechtigt, der noch nicht durch die Beiträge finanziert ist. Das Gleiche gilt auch für die AHV¹⁹. Für die Leistungen bis zum Rücktrittsalter, die durch Risikoprämien finanziert und nicht angespart werden, gilt diese Überlegung aber nicht. Allerdings ist nicht das Finanzierungsverfahren entscheidend, sondern die durch die Beiträge erworbene Rentenposition. Nur für die Altersleistungen kann die PVE daher nicht im vollem Umfange regressieren.

G. Beschränkung auf den versicherten Verdienst

Es fragt sich weiter, ob der Regress auch jene Einkommensteile erfassen kann, die gar nicht versichert sind. In der beruflichen Vorsorge betrifft dies den Koordinationsabzug und den überschüssenden Lohn. Auf eine solche Segmentierung des Regresssubstrats, die sich sachlich zwar aufdrängen würde, sollte verzichtet werden. Sie würde zu einer weiteren Komplizierung der Regressabwicklung führen. Die Unterscheidung zwischen versicherten und nicht versicherten Schadenkomponenten würde nicht nur die BVG-, sondern auch die UVG-Leistungen betreffen, die unter Umständen ebenfalls nur auf einem Teil des Erwerbseinkommens basieren. Die AHV würde von einer «quantitativen» Kongruenz profitieren, da das Regresssubstrat nur im Bereich des versicherten Verdienstes auf alle Versicherungsträger aufgeteilt werden müsste, im überschüssenden Bereich wäre sie allein regressberechtigt.

¹⁸ D.h. nach der Risikosumme, die der Differenz von Deckungskapital und Barwert der Leistungen entspricht. So z.B. GÜNTER BAIGGER, Umfang des Rückgriffs von Personalvorsorgeeinrichtungen gegenüber haftpflichtigen Dritten, SZS 1992, 145 ff.; vgl. dazu auch die Replik von MARC SCHAETZLE in SZS 1992, 221 ff.

¹⁹ Vgl. PETER BECK, Der Regress beim Rentenschaden, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2003, St. Gallen 2003, 91 f. und STEPHAN WEBER, Schadenersatz für den Verlust von Altersrenten, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1993, St. Gallen 1993, 176 ff. insbes. 179 ff.

4. Neue Wege

Die Koordination von Haftpflicht- und Versicherungsleistungen ist bis heute nicht optimal gelöst. Es ist nicht gelungen, das Regressrecht vollständig zu vereinheitlichen, und die nach wie vor bestehenden Kontroversen erschweren die Schadenabwicklung zusätzlich. Darunter leiden vor allem die betroffenen Geschädigten, denn die lange Dauer der Schadenerledigung bei Personenschäden führt auch auf die heterogenen und schlecht synchronisierten Schadenausgleichssysteme zurück. Und die Pensionskassen sind sich der sich bietenden Regressmöglichkeiten vielfach nicht bewusst und schöpfen ihr Regresspotenzial zu wenig aus. Gründe genug, sich im Koordinationsrecht auch neue Wege zu überlegen. Dabei muss auch die Subrogationslösung hinterfragt werden, denn es ist keineswegs zwingend, dass die Sozialversicherungsleistungen den Haftpflichtansprüchen vorgehen. Ein flexibleres System mit einer grösseren Wahlfreiheit der geschädigten Person könnte zumindest einige der angesprochenen Probleme entschärfen.²⁰ Die Anspruchskonkurrenz sollte zumindest bis zur definitiven Erledigung eines Schadenfalles resp. bis zum Erlass der Rentenverfügung andauern. Auch ein solches System hätte selbstverständlich wieder Nachteile. Als zunehmend grösseres Problem erweist sich auch die Verschiedenheit der Systeme, die sich durch die Revisionen im Sozialversicherungsrecht, aber auch die Entwicklungen in der Rechtsprechung akzentuiert haben. Die Unvollkommenheit der Systeme bietet andererseits aber auch den Stoff für diese und noch viele weitere Festschriften. Und sie sind eine Aufforderung an die Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, auch in den nächsten 50 Jahren aktiv an der Rechtsentwicklung mitzuarbeiten und neue Visionen zu entwickeln.

²⁰ Das hinterfragt VOLKER PRIBNOW in HAVE 2009, 77 ff.; in die gleiche Richtung auch STEPHAN WEBER, Vereinfachungen, Visionen und Illusionen, in: Personen-Schaden-Forum 2008, 295 ff.