

verhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird. Sie sind nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes nach dem neuen Recht zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind. Diese Konstellation liegt nun zumindest nicht mehr vor; vielmehr wird die Anwendung von Art. 97 und 98 VVG aufgehoben. Art. 4 SchlT ZGB ist insofern nicht anwendbar, als davon ausgegangen werden muss, dass das vormalige Recht einen geschützten Anspruch auf die Anwendung von Art. 97 und 98 VVG eingeräumt hat, der Übergangsrechtlich nach der Regel der Nichtrückwirkung zu behandeln ist.

V. Vergleich zur laufenden VAG-Teilrevision

In der laufenden VAG-Teilrevision⁴⁸ verweist Art. 30a Abs. 2 E-VAG auf die Regelung im VVG resp. auf dessen Art. 98a Abs. 2 Bst. b–f. Die Definition des professionellen Versicherungsnehmers ist somit im VAG identisch. Die Begriffsbestimmung dient im VAG insbesondere der Ausgestaltung des kundenschutzbaasierten Aufsichtskonzepts. Das VAG bezweckt damit neu den Schutz der Versicherten «nach Massgabe ihrer Schutzbedürftigkeit» vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen (vgl. Art. 1 Abs. 2 E-VAG).

Auf Versicherungsunternehmen, die ausschliesslich Verträge mit professionellen Versicherungsnehmern abschliessen, sind die Art. 10, 17–20, 52e Abs. 2, 54a^{bis}, 82 und 83 E-VAG nicht anwendbar (vgl. Art. 30a Abs. 1 E-VAG). Damit entfällt insbesondere die Pflicht zur Stellung eines gebundenen Vermögens. Entsprechend fehlt es an diesem Schutz. Betreibt ein Versicherungsunternehmen sowohl die Versicherung professioneller Versicherungsnehmer als auch die Versicherung nichtprofessioneller Versicherungsnehmer, so gilt Abs. 1 nur für das von ihm betriebene Geschäft mit professionellen Versicherungsnehmern (vgl. Art. 30a Abs. 2 E-VAG). Die Bestimmungen nach Abs. 1 bleiben in jedem Fall anwendbar, wenn aus Versicherungsverträgen mit professionellen Versicherungsnehmern Ansprüche aus Pflichtversicherungen zugunsten nicht professioneller Personen resultieren (vgl. Art. 30a Abs. 3 E-VAG). Bei der Versicherung sämtlicher Risiken der beruflichen Vorsorge ist zudem in jedem Fall ein gebundenes Vermögen zu stellen (Art. 30a Abs. 4 E-VAG).

⁴⁸ Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 14. November 2018 die Vernehmlassung für eine Teilrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) eröffnet (vgl. Der Bundesrat, <www.admin.ch/gov/de/start.html>, und Eidgenössisches Finanzdepartement, <www.efd.admin.ch>, besucht am 7.7.2020).

VI. Fazit

Positiv zu werten ist, dass die Grössenkriterien gemäss Art. 98a Abs. 2 Bst. g VVG nun mit dem FIDLEG koordiniert sind und auch im VAG kraft Verweises direkt zur Anwendung gelangen. Dies dient der Kohärenz der Rechtsordnung. Wie die Daten des BFS zeigen, sind die Grössenkriterien so gewählt, dass professionelle Versicherungsnehmer die Ausnahme bleiben. Schwieriger wird es sein, eine stimmige Auslegung für Unternehmen mit professionellem Risikomanagement (Art. 98a Abs. 2 Bst. f VVG) und öffentlich-rechtliche Körperschaften, öffentlich-rechtliche Anstalten und öffentlich-rechtliche Stiftungen (Art. 98a Abs. 2 Bst. e VVG) zu finden. Das Bestehen eines professionellen Risikomanagements sollte nicht leichthin angenommen werden. Insbesondere KMU bedürfen in der Regel des Schutzes des VVG. Analog der Anforderung gemäss FIDLEG bei der Tresorerie ist ein Nachweis zu fordern, dass mindestens eine Person mit den notwendigen Kenntnissen und Fähigkeiten dauernd mit der relevanten Aufgabe, d.h. im Kontext des VVG mit dem Risikomanagement, befasst ist. Nur so kann ein vernünftiger und realisierbarer Kundenschutz sichergestellt werden.

Überfällige Korrekturen im Koordinationsrecht des VVG

Stephan Weber*

Die Koordinationsbestimmungen des VVG standen schon lange in der Kritik. Mit einer unglücklichen Systematik, die zwischen Schaden- und Personenversicherung unterscheidet und für Erstere in Art. 72 VVG eine Subrogationsnorm bereithält und in Art. 96 VVG eine Norm, die bei der Personenversicherung eingeordnet zwingend eine Summenversicherung vorgibt, waren Komplikationen vorprogrammiert. Es dauerte 70 Jahre, bis das Bundesgericht endlich auch eine Personenversicherung als Schadenversicherung zugelassen hat, und nochmals weitere 40 Jahre, bis das beschränkte Regressrecht in Art. 72 VVG zumindest teilweise überwunden worden ist. Widerstand gegenüber der nun getroffenen neuen Lösung gab es nicht, einzig die Frage, ob die Abgrenzung von Summen- und Schadenversicherungen näher zu definieren ist, und ob die Haftpflichtversicherer in der vorgeschlagenen Bestimmung genügend eingebunden sind, für die sich punkto Regressposition eine etwas andere Ausgangslage ergibt, gab im Vorfeld zu Diskussionen Anlass. Anlässlich der

parlamentarischen Beratung gab auch das erweiterte Regressprivileg zu reden.

Mit der Teilrevision erhält das VVG nebst einigen materiellen Änderungen auch einen leicht veränderten Aufbau. Dieser bleibt zwar hinter dem überzeugenden Konzept des Vorentwurfs und dem des ersten Entwurfs zurück, bringt aber doch etwas mehr Klarheit und mit dem Verschieben einiger Artikel kann nun auch die systematische Auslegung im VVG Einzug halten, die bislang z.T. obskure Ergebnisse geliefert hat.

I. Gesetz und Rechtswirklichkeit klaffen weit auseinander

Die heutige Regelung des Regressrechts im VVG ist nicht mehr zeitgemäss, ja, sie war von Beginn an nicht sachgerecht. Zum einen hat die falsche Systematik des VVG über lange Zeit die Ausgestaltung von Personenversicherungen als Schadenversicherung verhindert, zum anderen wurde das Regressrecht durch die eingeschränkte Subrogation und zusätzlich durch die Regresskaskade in Art. 51 Abs. 2 OR beschnitten. Das Bundesgericht hat erst nach Jahrzehnten den Kumulationszwang in der Personenversicherung im bekannten Contacta-Urteil¹ gelockert und auch Personenversicherungen als Schadenversicherungen akzeptiert. Im Entscheid Gini/Durlemann² und jüngst in BGE 144 III 209 hat das Bundesgericht die zusätzlich mit Art. 51 Abs. 2 OR fixierte Regressbeschränkung gelockert und die Stufenordnung überwunden, welche einen Rückgriff auf Haftpflichtige ohne Verschulden verhindert hat. Ohne gesetzgeberischen Eingriff lässt sich ein kohärentes Koordinationsrecht für die Privatversicherungsleistungen aber nicht verwirklichen, Gesetz und Rechtswirklichkeit klaffen zu weit auseinander und viele Fragen sind offengeblieben³ oder lassen sich mit dem geltenden VVG nicht befriedigend beantworten. Mit den nun verabschiedeten Änderungen im Rahmen der Teilrevision des VVG sind leider nicht alle, aber doch einige gelöst worden.

II. Abgrenzung von Summen- und Schadenversicherung bleibt unsicher

Neu wird das «Regressrecht des Versicherungsunternehmens» in Art. 95c VVG geregelt und dabei zunächst festgestellt, dass Leistungen aus Schadenversicherungen «nicht mit anderen schadenausgleichenden Leistungen kumulierbar» sind. Ob es diesen Satz

wirklich braucht, darüber kann man unterschiedlicher Meinung sein. Eine Subrogation in die Ansprüche des Geschädigten schliesst ja zwingend eine Leistungskumulation aus. Art. 96 VVG, der die Summenversicherung regelt, hält denn auch fest, dass die Ansprüche gegenüber Dritten nicht auf das Versicherungsunternehmen übergehen, ohne zu erwähnen, dass dies eine Kumulation der Ansprüche zur Folge hat. Nützlicher, wenn auch nicht ganz einfach zu bewerkstelligen, wäre eine Definition der Schaden- und Summenversicherung gewesen,⁴ oder, wie einst vorgeschlagen, eine gesetzliche Vermutung, etwa dahin, dass es sich um eine Schadenversicherung handelt, soweit die AVB nichts Gegenteiliges vorsehen.⁵

Neu hat man immerhin die Informationspflichten erweitert resp. präzisiert und in Art. 3 Abs. 1 lit. d VVG den Passus aufgenommen, dass beim Umfang des Versicherungsschutzes auch darüber informiert werden muss, «ob es sich um eine Summen- oder um eine Schadenversicherung handelt». Was geschieht, wenn die Versicherungsleistung als Summenversicherung deklariert wird, die Umschreibung der Leistungsvoraussetzungen jedoch die Annahme einer Schadenversicherung nahelegt? Bleibt dann nur die Kündigungsmöglichkeit nach Art. 4 VVG⁶ oder ist auch eine Umdeutung der Leistungen möglich? Es sollte die strenge Praxis hinsichtlich der Auslegung der Leistungsvoraussetzungen gelockert werden, jedenfalls müssen die vom Versicherungsunternehmen abgegebenen Informationen über den Deckungsumfang bei der Interpretation nach Treu und Glauben berücksichtigt werden.

III. Integrales Regressrecht, aber nicht für die Haftpflichtversicherer

Die Subrogationsbestimmung Art. 95c Abs. 2 VVG entspricht der Fassung, die bereits im ersten Entwurf präsentiert worden ist, und hat nur eine unbedeutende Satzumstellung erfahren: «Im Umfang und zum Zeitpunkt seiner Leistung tritt das Versicherungsunter-

* Dr. h.c., Geschäftsführer Leonardo Productions AG, Eglisau.

¹ BGE 104 II 44.

² BGE 80 II 247.

³ So z.B., ob nun auch auf die vertraglich Haftenden vorbehaltlos Rückgriff genommen werden kann oder ob dort weiterhin die Grobfahrlässigkeitsschranke zu beachten ist.

⁴ Etwa derart, dass es sich stets um eine Schadenversicherung handelt, wenn für den Anspruch auf Versicherungsleistungen ein finanzieller Nachteil vorliegen muss. Eine solche Formulierung hätte es ermöglicht, für die Leistungsbemessung vom Haftpflichtrecht abweichende Kriterien aufzustellen. Einfacher handhabbare, pauschalisierende Kriterien sind bei Versicherungsprodukten sinnvoll, doch schliesst dies nach heutiger Praxis schnell einmal eine Schadenversicherung aus.

⁵ So, wie das in Art. 62 SVG für die Unfall-(Insassen)versicherung vorgesehen ist. Im Vorentwurf wurde vorgeschlagen, die Personenversicherung generell als Summenversicherung zu betrachten, soweit keine abweichende Regelung getroffen worden ist, was als zu weitgehend kritisiert worden ist.

⁶ Die Kündigung muss vier Wochen nach Kenntnis der Pflichtverletzung geltend gemacht werden und die Möglichkeit wird neu von einem auf zwei Jahre erhöht.

nehmen für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte des Versicherten ein.» Sie passt sowohl für den Eigen- wie für den Haftpflichtversicherer, was auch schon bezweifelt worden ist.⁷ Jedenfalls sind keine Komplikationen zu erwarten. Während bei der Eigenschadenversicherung ein Regressrecht gegen alle Haftpflichtigen zur Verfügung steht, gilt für den Haftpflichtversicherer nach wie vor das im Innenverhältnis vorgesehene Regime, also insbesondere Art. 51 Abs. 2 OR, denn die Rechtsposition des Haftpflichtversicherers kann nicht vorteilhafter sein als jene des Haftpflichtigen, sie ist schlicht identisch. Das bedeutet auch, dass gegenüber den Mithaftpflichtigen keine Solidarität besteht. Anders verhält es sich bei der Eigenschadenversicherung. Hier tritt der Versicherer in die Rechtsstellung der geschädigten Person und sie profitiert damit auch von der Solidarität.

Ob allerdings Art. 51 Abs. 2 OR überhaupt noch eine Existenzberechtigung hat, nachdem die Versicherer von der Stufenordnung befreit worden sind,⁸ ist mehr als zweifelhaft, denn die Bestimmung wurde als Bollwerk gegen die Regressforderungen der Versicherer errichtet und macht nun als Ermessensanleitung für die Schadenverteilung unter mehreren Haftpflichtigen keinen Sinn mehr. Dafür ist die Intensität der haftungsbegründenden Ursache die sachgerechtere Anknüpfung als die Haftungskategorie. Damit verbunden ist eine sektorielle Verteilung, also eine Quotenbildung, die jedem Haftpflichtigen seinen Anteil zuweist. Es gibt keinen Grund, Haftpflichtige von der Beteiligung auszuschliessen, jedenfalls sollte dies die seltene Ausnahme bleiben.⁹ Praktikabel wäre eine Aufteilung nach Köpfen, von der abgewichen werden kann, wenn die Haftungsursachen von unterschiedlicher Intensität sind.¹⁰

IV. Quotenvorrecht und weitere Regressmodalitäten bleiben ungeregelt

Im Vorentwurf wurden die Regressbestimmungen des ATSG zum Vorbild genommen und entsprechend auch das Quotenvorrecht, die Quotenteilung und das Befrie-

digungsvorrecht explizit geregelt.¹¹ Das Quotenvorrecht, verstanden als Verteilungs- und Befriedigungsvorrecht, kann als Rechtsgrundsatz auch für das VVG als gesichert gelten, die Quotenteilung dürfte dagegen ohne gesetzliche Grundlage kaum zur Anwendung kommen, da für diese Sonderregel keine Grundsatzqualität erkennbar ist. Ebenso fehlt eine Kongruenzbestimmung, wie sie in Art. 74 ATSG zu finden ist, wo in einem Katalog die Versicherungsleistungen den einzelnen Schadensposten zugeordnet werden. Dass auch im Privatversicherungsrecht nur kongruente Leistungen von der Subrogation erfasst sind, wird mit dem Hinweis, dass das Versicherungsunternehmen nur «für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten» in die Rechte des Versicherten eintreten kann, zum Ausdruck gebracht. Ein Leistungskatalog macht im VVG keinen Sinn, denn die Vielfalt der vertraglich bestimm- baren Versicherungsleistungen schliesst eine starre Lösung aus, selbst wenn die Aufzählung, wie im ATSG, nicht abschliessend sein muss.

V. Anpassungen der AVB sind notwendig

Die Einführung des integralen Regressrechts wird Einfluss auf die Ausgestaltung der AVB haben. Jedenfalls drängt es sich auf, einige Bestimmungen anzupassen, nämlich all jene, die dem Umstand vorbeugen wollen, dass ein Regress trotz konkurrierender Schadenersatzansprüche infolge der Regresskaskade nicht möglich ist. Es betrifft dies insbesondere Deckungsausschlüsse, Subsidiaritäts- und Komplementärklauseln, die bei einer anderweitigen Deckung der Schäden die Leistungen ausschliessen. Sie sind nun zumindest dort, wo sie auf Haftpflichtansprüche abzielen, nicht mehr notwendig. Prominente Beispiele sind der Ausschluss der «Schäden infolge fehlerhafter baulicher Konstruktion» und die Umdeutung der Versicherungsleistungen als Kostenvorschuss, die in der Bauwesenversicherung anzutreffen ist.

VI. Deckung von Regressansprüchen wird zwingend

Dem gänzlichen Ausschluss der Regressforderungen aus der Deckung wird zukünftig durch Art. 59 Abs. 2 VVG ein Riegel geschoben. Die neue Bestimmung im ebenso neuen Abschnitt über die Haftpflichtversicherung sieht zwingend vor, dass nebst den Ersatzansprüchen auch die Rückgriffsansprüche Dritter gedeckt sein müssen. Das zielt insbesondere auf die sog.

⁷ ALEXANDER MÜLLER/RETO MENZI, Die Koordination von Versicherungsleistungen im VE-VVG, HAVE 2007, 20 ff., insbes. 23 f.

⁸ Und zuvor auch schon der Arbeitgeber mit der Lohnfortzahlung und zukünftig wohl auch die Pensionskassen mit den überobligatorischen Leistungen.

⁹ Etwa, wenn nur eine minimale Quote im einstelligen Bereich zur Diskussion steht.

¹⁰ Verwiesen sei auf den immer noch vorbildlichen Vorschlag in Art. 53c des Vorentwurfs für ein neues Haftpflichtrecht: «Auf die beteiligten haftpflichtigen Personen wird der Schadenersatz nach Massgabe aller Umstände verteilt; zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, welche jeder einzelnen Person zuzurechnen sind.»

¹¹ Art. 64 und 65 des Vorentwurfs, vgl. STEPHAN WEBER, Koordination von Privatversicherungsleistungen, in: Anton K. Schnyder/Stephan Weber (Hrsg.), Totalrevision VVG – Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre, Zürich/Basel/Genf 2006, 106 ff.

Suva-Klausel in der Betriebshaftpflichtversicherung,¹² die sowohl Betriebsinhaber wie Angestellte einem enorm hohen persönlichen Haftungsrisiko ausgesetzt hat. Damit entfällt auch die Diskussion, ob eine solche Klausel unter dem Gesichtspunkt der Ungewöhnlichkeit überhaupt Bestand haben kann.¹³ Nicht mehr möglich wäre auch die Ausschlussklausel für temporär beschäftigte Arbeitnehmer, bei der das Bundesgericht allerdings bereits früher infolge Ungewöhnlichkeit den Stecker gezogen hat.¹⁴

VII. Das Regressprivileg wird erweitert

Neben der Subrogation wurde auch das bislang in Art. 72 Abs. 2 VVG untergebrachte Regressprivileg neu geregelt. Die privilegierten Personen werden nun nicht mehr abschliessend aufgezählt. Vom Regress befreit ist nach dem neuen Art. 95c Abs. 3 VVG eine leichtfahrlässig herbeigeführte Schädigung durch eine Person, «die in einer engen Beziehung zum Versicherten steht», wobei dies «namentlich» für Personen gilt, die in einer häuslichen Gemeinschaft leben, in einem Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten stehen oder ermächtigt sind, die versicherte Sache zu nutzen. Allzu grosse Abweichungen zum bisherigen Kreis der Privilegierten gemäss Art. 72 Abs. 3 VVG sind nicht zu erwarten. Waren es früher Personen, die in häuslicher Gemeinschaft leben, oder Hilfspersonen der Anspruchsberechtigten, wird nunmehr ein Arbeitsverhältnis oder das Anvertrauen einer Sache vorausgesetzt, sodass angenommen werden kann, dass es nicht mehr auf eine zusätzliche persönliche Beziehung ankommt, wie sie vom Bundesgericht heute noch verlangt wird.¹⁵ Klargestellt ist mit der neurevidierten Bestimmung, dass nicht nur die Arbeitnehmer, sondern auch die Mieter vom Regressprivileg profitieren. Zudem ermöglicht es die beispielhafte Aufzählung, auch weitere Personen vom Regress auszunehmen.

VIII. Das Regressvereitelungsverbot wird gestrichen

Gestrichen wurde die Erhaltungspflicht von Art. 72 Abs. 2 VVG, die den Versicherten dazu verpflichtet, die Regressforderung zu schützen und alles zu unternehmen oder zu unterlassen, was diese gefährden kann. Dieses Vereitelungsverbot, das etwa durch das Ausstellen einer Saldoquittung verletzt wird, muss zukünftig in den AVB geregelt werden und sollte dort konkreter abgefasst werden. Zumindest teilweise wird der Sachverhalt auch von der Rettungspflicht erfasst.¹⁶

IX. Die Verjährungsfristen für Regressansprüche bleiben unregelt

Obwohl im revidierten VVG die Verjährungsfristen geändert und an die üblichen Fristen angepasst worden sind, hat man keine besondere Regelung für die Regressforderungen aufgenommen. Bei der Subrogation erwirbt das Versicherungsunternehmen die Forderung mit laufender Verjährung, es bleibt ihm nur die restliche Verjährungsfrist. Das kann schnell einmal dazu führen, dass der Anspruch vor seiner Durchsetzung verjährt. Nachdem man im neuen Verjährungsrecht für die Regressforderungen eine spezielle Bestimmung für die Regressansprüche gegenüber solidarisch haftenden Schuldnern aufgenommen hat (Art. 139 OR), hätte sich eine solche Regelung auch im VVG aufgedrängt, umso mehr, als nun kein originärer Regressanspruch mehr zur Verfügung steht, der auf Art. 51 OR gestützt werden kann. Unklar ist, inwieweit die neue Verjährungsbestimmung in Art. 139 OR für die echte und unechte Solidarität zur Anwendung kommt.¹⁷ Es ist aber davon auszugehen, dass auch der Rückgriff des Privatversicherers davon erfasst wird; das VVG regelt das Versicherungsvertragsrecht nicht abschliessend, Art. 100 Abs. 1 OR ruft das in Erinnerung. Damit bleiben dem Versicherungsunternehmen drei Jahre ab Zahltag und Kenntnis des Haftpflichtigen.

¹² Nach den Musterbedingungen des SVV lautet sie wie folgt: «Ausgeschlossen bleiben jedoch Regress- und Ausgleichsansprüche Dritter für Leistungen, die sie den Geschädigten ausgerichtet haben.»

¹³ Dazu HUBERT STÖCKLI, Die «Suva-Klausel» und ihre Auslegung, HAVE 2013, 373 ff. Soweit ein Regressausschluss auch in der Privathaftpflichtversicherung auftaucht, scheidet die Klausel wohl auch an der Inhaltskontrolle.

¹⁴ Urteil des BGE 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008.

¹⁵ BGE 85 II 337 E. 4. Im Urteil des Bundesgerichts 4A_133/2014 vom 8. Juli 2014 E. 3 und 4.5 wurde eine bloss finanzielle Beziehung zwischen einem Mieter als Schädiger und einem Vermieter als Geschädigtem für nicht ausreichend angesehen.

¹⁶ Eine sehr umfassende Regelung sieht dagegen das deutsche VVG in § 86 Abs. 2 vor: «Der Versicherungsnehmer hat seinen Ersatzanspruch oder ein zur Sicherung dieses Anspruchs dienendes Recht unter Beachtung der geltenden Form- und Fristvorschriften zu wahren und bei dessen Durchsetzung durch den Versicherer soweit erforderlich mitzuwirken. Verletzt der Versicherungsnehmer diese Obliegenheit vorsätzlich, ist der Versicherer zur Leistung insoweit nicht verpflichtet, als er infolgedessen keinen Ersatz von dem Dritten erlangen kann. Im Fall einer grob fahrlässigen Verletzung der Obliegenheit ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen; die Beweislast für das Nichtvorliegen einer groben Fahrlässigkeit trägt der Versicherungsnehmer.»

¹⁷ Vgl. dazu PASCAL PICHONNAZ, La solidarité et la prescription, HAVE 2018, 79 ff., 81 f.