

che Versicherungsprodukte eine «Prospektpflicht»¹⁴. Diese Neuregelungen auf europäischer Ebene bleiben allerdings vom schweizerischen Gesetzgeber nicht unbeachtet. Der Bundesrat beauftragte am 7. September 2016 das EFD, eine Vernehmlassungsvorlage zur Revision des VAG auszuarbeiten, welche insbesondere auch die zunächst im FIDLEG-Entwurf für Versicherungsunternehmen vorgesehenen Regeln über Sorgfaltspflichten bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen aufgreifen.¹⁵ Die Diskussion um eine Übernahme von Prospektpflichten nach europäischem Muster liegt insofern noch in der Zukunft.¹⁶

Aus rechtsvergleichender Sicht ist der E-VVG im Sinne der Ausführungen der Botschaft durchaus auf Einzelaspekte beschränkt. Ein durchgehender legislativer Rechtsvergleich mit den erwähnten, teils umfassenden Reformen im Ausland und dem europäischen Modellgesetz der PEICL erübrigt sich damit. Das schweizerische VVG wird weiter nach alter Rezeptur hergestellt. Vielleicht hätte sich dennoch in einzelnen Punkten ein Blick in ausländische Detailregelungen gelohnt. Um ein Beispiel zu erwähnen: Der E-VVG regelt in seinem Art. 9 auch die vorläufige Deckung. Dies stellt einen neuen Regulierungsansatz dar, den zuvor auch schon der deutsche Gesetzgeber in den §§ 49–52 dVVG 2008 und die Art. 2:402 und 2:403 PEICL verfolgt haben. Ein kurzer Blick in diese Regelungen wäre womöglich doch von Interesse gewesen.

Dringend revisionsbedürftige Systematik und Koordinationsbestimmungen des VVG – und doch nur ein halber Schritt

Stephan Weber*

I. Einleitendes

Der Beitrag greift zwei Problemkreise auf, die Systematik des Versicherungsvertragsgesetzes und damit eng zusammenhängend die Koordination der Privatversicherungsleistungen, Themen, die unbedingt im Rahmen einer Revision des VVG berücksichtigt werden müssen, auch wenn sie nicht explizit auf der vom Parlament vorgeschlagenen Agenda der Teilrevision stehen.¹ Die beiden Anliegen sind an sich gar nicht umstritten, sie haben aber auch keine Lobby. Daher sollen hier die Dringlichkeit einer Novellierung, gleichzeitig auch – zum besseren Verständnis – die Hintergründe der geltenden Regelungen aufgezeigt werden. Gewürdigt werden insbesondere die jüngsten Revisionsvorschläge, die leider, so viel sei vorweggenommen, weit hinter dem Wünschbaren zurückbleiben.

II. Falsche Systematik und Überwindungsversuche

A. Woher sie kommt

Dass das VVG eine falsche Systematik hat, ist hinlänglich bekannt. Es unterscheidet in seinem Besonderen Teil zwischen Schaden- und Personenversicherung und vergleicht damit Äpfel mit Birnen, denn entweder unterteilt man die Versicherungsarten in Schaden- und Summenversicherungen oder man unterscheidet nach dem versicherten Gegenstand zwischen Sach-, Personen- und Vermögensversicherungen (siehe Grafik 1).²

¹⁴ Siehe Art. 20 Abs. 4 ff. Richtlinie (EU) 2016/97 (IDD).

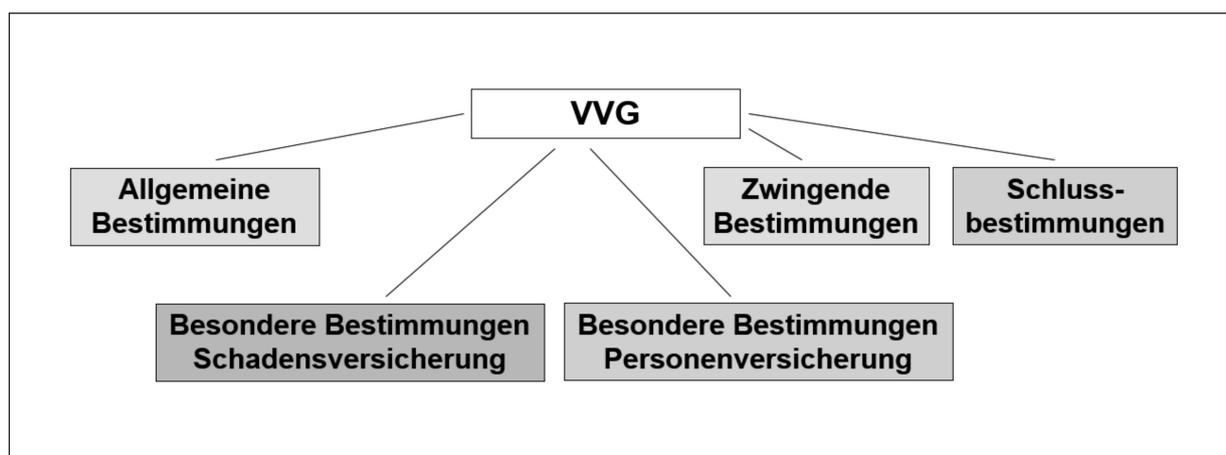
¹⁵ Zum Ganzen FINMA, FINANZMARKTREGULIERUNG: HÄNGIGE VORHABEN (Stand und Ausblick per 25. Januar 2017), < www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/5finma/finanzmarktregulierung-vorhaben.pdf?la=de>, besucht am 21.6.2017.

¹⁶ Zu den Entwicklungen HELMUT HEISS, Aktualitäten – Privatversicherungsrecht, in: Stephan Fuhrer (Hrsg.), Jahrbuch SGHVR 2017, Zürich/Basel/Genf 2017, 109 ff., 118 ff.

* Dr. h.c., Schriftleiter HAVE, ehem. Mitglied der Expertenkommission Totalrevision VVG.

¹ Nicht behandelt wird im Beitrag die Mehrfachversicherung, die ebenfalls zum Koordinationsrecht gehört und bei der die ursprünglichen Revisionsvorschläge ebenso nicht umgesetzt worden sind, obwohl die heutige Situation mit der doppelten Prämienpflicht, der fehlenden Befreiungsmöglichkeit und der blossen Anteilhaftung die Interessen nicht ausgeglichen wahr, obschon die Gefahr einer Mehrfachversicherung durch die Komplexität und Vielfalt der Produkte zugenommen hat, vgl. dazu STEPHAN FUHRER, Verpasste Chance – Gedanken zu den Vorschlägen des Bundesrates zur Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG), HAVE 2017, 327 ff., 328.

² STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 2.70 und 2.102; VINCENT BRULHART, Droit des assurances privées, Bern 2008, Rz. 308 ff., insbesondere 312 ff.



Grafik 1: Geltendes VVG.

Weniger bekannt ist, wie es zu dieser seltsamen Systematik gekommen ist. Man findet dazu unterschiedliche Erklärungen, meist wird sie mit einem redaktionellen Versehen erklärt. Dem ist aber keineswegs so, das Rätsel lässt sich mit einem Blick in die Materialien einfach auflösen: Ursprünglich war noch alles korrekt aufgegleist und es wurde zwischen der Sachversicherung einerseits und der Personenversicherung andererseits unterschieden. In der Botschaft lässt sich dazu nachlesen: «Die Aussonderung der Sachversicherung und Personenversicherung ist eine äußerliche. Doch sprechen Erwägungen der Zweckmäßigkeit für die vorgeschlagene Einteilung. Nur so ist es möglich, die allen Versicherungsarten gemeinsamen Rechtssätze zusammenzufassen, in einem besonderen Titel voranzustellen und damit dem Gesetze Übersichtlichkeit zu verschaffen. [...] Die Terminologie «Sachversicherung», «Personenversicherung» ist absichtlich gewählt. Sie enthebt den Gesetzgeber der Notwendigkeit, den Schulstreit zu schlichten, ob die Lebensversicherung Schadensversicherung sei oder nicht.»³ Zwar sind mit der Sach- und Personenversicherung noch nicht alle Versicherungszweige abgedeckt, es fehlt die Vermögensversicherung. Bemerkenswert ist aber, dass man offenbar bereits damals darüber diskutiert hat, ob eine Lebensversicherung auch eine Schadenversicherung sein kann.

Für die heutige Einteilung war das Parlament verantwortlich, genauer der Nationalrat. Der deutschsprachige Berichterstatter der Kommission machte dort nämlich beliebt, dass die Terminologie geändert werden sollte: «Hier schlägt Ihnen die Kommission vor, an Stelle des Ausdrucks «Sachversicherung» «Schadenversicherung» zu setzen und zwar lediglich des-

wegen, weil seit dem Erscheinen unseres Entwurfes gleiche gesetzgeberische Entwürfe in den benachbarten Staaten erschienen sind. Sowohl im französischen als auch im deutschen und österreichischen Entwurf trägt dieser Titel nicht die Überschrift «Sachversicherung», sondern «Schadenversicherung». Ich glaube, bei der grossen Wichtigkeit, welche die Geschäfte der schweizerischen Anstalten im Ausland haben, ist es notwendig, eine möglichste Übereinstimmung der technischen Ausdrücke herbeizuführen.»⁴ Man war damals offenbar gegenüber dem Ausland noch offener eingestellt und liess sich schon fast etwas opportunistisch davon inspirieren, dass man in den VVG-Entwürfen der umliegenden Länder – Deutschland, Österreich und Frankreich – nicht von Sach-, sondern von Schadenversicherung sprach. Etwas mehr geben die Ausführungen des französischsprachigen Berichterstatters der Kommission her, der darauf hinweist, dass mit der Sachversicherung nicht der richtige Ansatz gewählt wird, weil es um das wirtschaftliche Interesse gehe, das versichert werde, ein Votum, an dem die Vertreter der Interessenlehre ihre Freude haben sollten: «L'objet de l'assurance proprement dit n'est pas la chose elle-même qu'un sinistre peut anéantir ou diminuer, mais c'est l'intérêt qu'un assuré a à ce que le sinistre n'arrive pas. Dans ces conditions, il s'agit là de rapports économiques et en disant que les dispositions du chapitre 2 sont des dispositions spéciales à l'assurance des choses, on n'exprime pas exactement la pensée du législateur. C'est pourquoi nous vous proposons de modifier cette terminologie et de rédiger le titre comme suit: «dispositions spéciales à l'assurance contre les dommages». Ces termes ne laisseront subsister aucun doute et nous resterons ainsi sur le terrain où se sont placés les différents pays qui nous environnent.»⁵

³ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 2. Februar 1904, BBl 1904 241 ff., 257 f. (im Folgenden: Botschaft VVG 1904).

⁴ AB NR 1907, 523.

⁵ AB NR 1907, 523 f.

B. Zu was sie führt

Wie auch immer, die Einteilung ist unglücklich und daran sollten sich nicht nur Dogmatiker stören. Sie hat in der Praxis immer wieder zu Problemen geführt, und sie tut es noch. Bei der Auslegung von Gesetzesbestimmungen ist man auf eine korrekte Systematik angewiesen, denn die Stellung einer Vorschrift im Gesetz kann bekanntlich zum besseren Verständnis beitragen.⁶ Auch im VVG hat man einzelne Artikel aus ihrem normativen Kontext heraus interpretiert, namentlich im Koordinationsrecht, und dort mit weitreichenden Folgen. So sieht Art. 72 VVG eine Subrogationsnorm vor, die es dem Versicherer ermöglicht, auf haftpflichtige Dritte zu greifen. Der Umstand, dass Art. 72 VVG im Kapitel über die Schadenversicherung eine Subrogation vorsieht, während dies in Art. 96 VVG für Leistungen aus Personenversicherungen verneint wird,⁷ hat über Jahrzehnte die Koordinationsdiskussion geprägt und verhindert, dass man Personenversicherungen auch als Schadenversicherungen zugelassen hat.

Schuld an diesem Resultat ist allerdings nicht allein die Systematik des VVG, sondern auch der Umstand, dass sich der Gesetzgeber damals die Personenversicherung nicht als Schadenversicherung vorstellen konnte, weil eine Schätzung des Wertes des menschlichen Lebens nicht möglich sei: «Das Regreßrecht des Versicherers ist von der herrschenden Personenversicherungspraxis mit Recht aufgegeben worden. Denn die Subrogation kann nur auf Billigkeitsrücksichten und Zweckmäßigkeitserwägungen gegründet werden. Beide Gesichtspunkte schlagen in der Personenversicherung nicht durch, weil sie von der Schätzung des Wertes des menschlichen Lebens absehen muß und daher eine Grenze für die Schadensliquidation nicht kennt.»⁸ Heute sieht man das anders. Auch das Regressrecht des Sachversicherers tönt in der Botschaft etwas halbherzig. Es sei unbillig, wenn bei einer unerlaubten Handlung der Schadensstifter von der Versicherung des Geschädigten profitiere, allerdings habe der Versicherer ja auch eine Prämie bekommen, daher sei er nicht geschädigt.⁹ Das erklärt dann auch die ein-

geschränkten Regressmöglichkeiten des Schadenversicherers, auf die in Ziff. IV zurückzukommen ist.

Und so dauerte es fast 80 Jahre, bis man die systematische Hürde überwunden und die Personenversicherungen auch als Schadenversicherungen zugelassen hat. Noch im Jahre 1974 hat sich das Bundesgericht vehement dagegen gewehrt, eine Subsidiärklausel für die Heilungskosten zuzulassen, eine Praxisänderung wäre nur angezeigt, wenn diese unzweifelhaft «unrichtig und überholt erschiene», was vorliegend auf keinen Fall gesagt werden könne.¹⁰ Vier Jahre später tönte es bereits ganz anders und das Bundesgericht wies im bekannten *Contacta*-Urteil darauf hin, dass «die Verhältnisse im Versicherungswesen zur Zeit der Schaffung des Gesetzes von den heutigen grundlegend verschieden waren»¹¹. Dem ist nichts beizufügen, nur sollte man den Hinweis auf den Zeitgeist – nochmals 40 Jahre später – auch für die anstehende VVG-Revision beherzigen.

Die Systematik schafft auch bei anderen Fragen bis heute Probleme, so z.B. bei der Rettungspflicht nach Art. 61 VVG, für die sich fragt, ob sie auch für die Summenversicherung gilt, was das Bundesgericht so sieht, andere aber anzweifeln.¹² Würde man die Be-

Ausschluß des Regreßrechtes das Versicherungsgeschäft in privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Beziehung gefährden würde.»

⁶ ERNST KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl., Bern 2016, 88 ff.

⁷ Art. 96 VVG hält konträr zu Art. 72 VVG fest: «In der Personenversicherung gehen die Ansprüche, die dem Anspruchsberechtigten infolge Eintrittes des befürchteten Ereignisses gegenüber Dritten zustehen, nicht auf den Versicherer über.»

⁸ Botschaft VVG 1904 (Fn. 3), 316.

⁹ Vgl. Botschaft VVG 1904 (Fn. 3), 317: «Der Versicherte kann, soweit er vom Versicherer entschädigt worden ist, vom Täter nicht mehr Ersatz fordern. Es erscheint nun als unbillig, daß der Schadensstifter, der eine unerlaubte Handlung begangen hat, von der Versicherung profitiere. Dieses Dilemma beseitigt das Regreßrecht des Sachversicherers. Der Umstand, daß der Versicherer sein volles Äquivalent mit der Prämie erhält, schließt freilich die Annahme einer Schädigung des Assekurateurs aus. Dieses Moment muß jedoch vor der für die Sachversicherung zutreffenden Erwägung zurücktreten, daß der

¹⁰ BGE 100 II 453 E. 4. Das Bundesgericht stellte fest, dass es sich auch bei der Kostenvergütung um eine Personenversicherung handle, weshalb eine Klausel, nach der die Ersatzpflicht des Versicherers für Heilungskosten ausdrücklich wegbedungen wird, falls ein Dritter dafür aufkommen muss, gegen die zwingende Bestimmung von Art. 96 verstosse: «Würde man der in der Lehre vertretenen Meinung folgen, würde die wichtige Frage, ob Schadens- oder Personenversicherung gegeben sei, davon abhängen, ob im Versicherungsvertrag die Vergütung der tatsächlichen Heilungskosten oder die Ausrichtung eines festen Taggeldes, d.h. einer bestimmten Summe, vereinbart worden ist. [...] Es wird aber sehr oft vom Zufall abhängen, welche Versicherungsform gewählt wird. Würde im einen Fall Schadensversicherung, im andern Summen- oder Personenversicherung angenommen, würde zwischen den beiden Formen ein Unterschied entstehen, der sich sachlich nicht rechtfertigen liesse.»

¹¹ BGE 104 II 44 E. 4.c. Weiter führt das BGer aus: «So kam seinerzeit die Personenversicherung und insbesondere die Unfallversicherung nur als Summenversicherung vor [...]. Demgegenüber verpflichten sich heute die Versicherer in diesem Bereich, wie vorliegend, sehr oft zur Übernahme der effektiven Kosten. Der Gesetzgeber hatte somit keinen Anlass, die Frage zu entscheiden, ob Personenschäden auch durch eine Schadenversicherung gedeckt werden könnten.»

¹² So BGE 128 III 34 E. 3: «Die Rettungspflicht nach Art. 61 VVG als Anwendungsfall einer Schadenminderungspflicht beansprucht – obwohl im Kapitel über die Schadenversicherung geregelt (Art. 48 ff. VVG) – auch in der Personenversicherung Geltung (Art. 73 ff. VVG) und damit auch bei einer Summenversicherung. [...] Was die Frage eines abstufbaren Schadens angeht, darf nicht übersehen werden, dass die vereinbarte Summenleistung zwar nicht durch eine Schadensberechnung variiert wird. Auch die Summenversicherung bezweckt jedoch, einen für möglich gehaltenen Vermögensnachteil abzudecken.» Anders sieht das STEPHAN FUHRER: «Dass – trotz der Einreihung der Schadenminderungspflicht unter die Bestimmungen über die Schadenversicherung – diese auch für Personenversicherungen (wie z.B. vorliegend für die Taggeldversicherung) gilt, ist richtig. Daraus aber zu schliessen, dass dies in allgemeiner Weise

stimmung in den Allgemeinen Teil nehmen, wäre klar gestellt, dass der Grundsatz der Schadenminderung bei allen Versicherungsarten zum Zuge kommen soll, auch bei einer Summenversicherung.

C. Wie sie zu korrigieren wäre

Im Entwurf zu einer Totalrevision des VVG (hier mit E1-VVG abgekürzt) wurde eine neue Systematik vorgeschlagen,¹³ bei der im Besonderen Teil je in einem eigenen Abschnitt Bestimmungen über die Schadenversicherung und die Summenversicherung aufgeführt sind. Ihnen folgen die Bestimmungen zu den einzelnen Versicherungszweigen (siehe Grafik 2). Damit ist sofort ersichtlich, welche Regeln für sämtliche Versicherungen gelten und welche nur einzelne Versicherungsarten betreffen. Die systematischen Neuerungen sind auch in der Vernehmlassung auf Zustimmung gestossen.¹⁴

Das Parlament hat sich gegen eine Totalrevision entschieden und die Vorlage an den Bundesrat zurückgewiesen, mit dem Auftrag, im Rahmen einer blossen Teilrevision nur einzelne Punkte aufzugreifen. In seinem Entwurf für eine Teilrevision¹⁵ (hier mit E2-VVG abgekürzt) werden nun aber nebst materiellen Änderungen auch Vorschläge für eine verbesserte Gliederung gemacht. Das soll dadurch erreicht werden, dass nebst der groben Einteilung in Kapitel (vormals Titel) zusätzlich acht Abschnitte gebildet werden, die den Abschluss des Vertrags, die Aufklärungspflichten, den Inhalt und die Verbindlichkeit, die Prämie, die Änderung des Vertrags, die Beendigung des Vertrags, der Eintritt des befürchteten Ereignisses sowie weitere Bestimmungen umfassen. Im Besonderen Teil werden die Bestimmungen zu einzelnen Versicherungszweigen¹⁶ mit einem Abschnitt über die Koordination ergänzt, in dem sich für die Schadenversicherung eine

Subrogationsnorm findet und der Kumulationsgrundsatz für die Summenversicherung festgehalten ist (siehe Grafik 3).

Mit der feineren Gliederung wird die Lesbarkeit deutlich gefördert, leider ist man aber den Vorschlägen der Expertenkommission (auch in dieser Hinsicht) nur teilweise gefolgt. Diese hat im Abschnitt über den Eintritt des befürchteten Ereignisses die Schadenminderungspflicht¹⁷ und die Regelung der Schadenminderungskosten untergebracht¹⁸ und damit die Obliegenheiten im Schadenfall geschickt zusammengefasst. Warum diese Vorschläge nicht beibehalten worden sind, bleibt ein Rätsel, zumal sich dagegen kein Widerstand formiert hat. Das Rezyklieren der bestehenden alten Artikel¹⁹ in einem neuen Korsett kann zumindest einige Unsicherheiten des heutigen VVG beseitigen. Nun stehen die Schadenminderungspflicht und weitere Bestimmungen, wie das Veränderungsverbot und die Rechtsfolgen bei der Mehrfachversicherung, im Abschnitt über die Haftpflichtversicherung statt im Allgemeinen Teil. Das mag ein Versehen oder auf Inkompetenz zurückzuführen sein, hätte aber weitreichende Folgen, wenn keine Korrektur erfolgt. Nicht optimal ist m.E. auch die Platzierung der Koordinationsbestimmungen, die im Allgemeinen Teil besser aufgehoben wären. Immerhin schadet die Verortung hier nicht, sie sind mit einem eigenen und zeitgemäss betitelten Abschnitt ansonsten gut eingebettet. Ob die getroffene Lösung auch inhaltlich überzeugt, davon ist in den folgenden Zeilen die Rede.

III. Ungelöste Abgrenzung von Summen- und Schadenversicherung

A. Keine Änderung in Sicht

Im E2-VVG werden die Bestimmungen über die extrasystemische Koordination, die heute in Art. 72 VVG und Art. 96 geregelt ist, in einem eigenen Abschnitt zusammengeführt. Dabei wird für die Schadenversicherung in Art. 95c Abs. 1 E2-VVG festgehalten, dass sie nicht mit anderen schadenausgleichenden Leistungen kumulierbar ist, während für die Summenversicherungen der bisherige Wortlaut von Art. 96 beibehalten wird, der den Rechtsübergang im Gegensatz zu Art. 95c Abs. 2 negiert. Soweit bleibt alles beim Alten. Auf eine Definition der beiden Versicherungsarten wird weiterhin verzichtet und bei der Summenversicherung auch nicht festgehalten, dass die Leistungen

und damit auch für Summenversicherungen gilt, ist fraglich. Kennzeichnend für die Summenversicherungen ist, dass der Schaden des Versicherten weder Voraussetzung noch Bemessungsgrösse für die Leistung des Versicherers ist. Wieso der Versicherte verpflichtet sein soll, einen Schaden, dessen Bestehen gerade nicht Voraussetzung für die Leistungspflicht des Versicherers ist, im Interesse des Versicherers kleinzuhalten, ist deshalb nicht ohne Weiteres nachvollziehbar» (STEPHAN FUHRER, Anmerkungen zu privatrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts [BGer 4A_304/2012 vom 14.11.2012, BGE 138 III 799], HAVE 2013, 140 ff., 144).

¹³ Botschaft zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes vom 7. September 2011, BBl 2011 7705 ff., 7779 (im Folgenden: Botschaft E1-VVG).

¹⁴ Ergebnisbericht zum Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) vom 28. Juni 2017, 5.

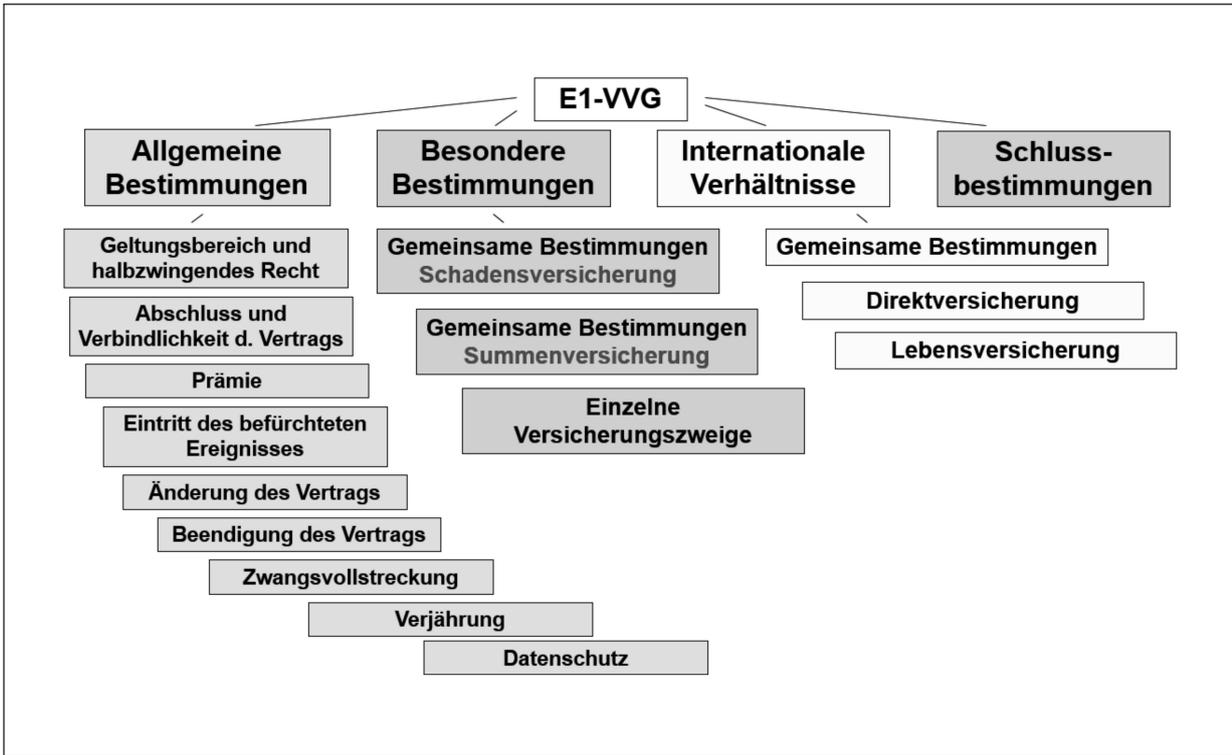
¹⁵ Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017, BBl 2017 5089 ff. (im Folgenden: Botschaft E2-VVG).

¹⁶ Vgl. Botschaft E2-VVG (Fn. 15), 5097: Es sind dies die Sachversicherung, Haftpflichtversicherung, Lebensversicherung sowie die Kranken- und Unfallversicherung.

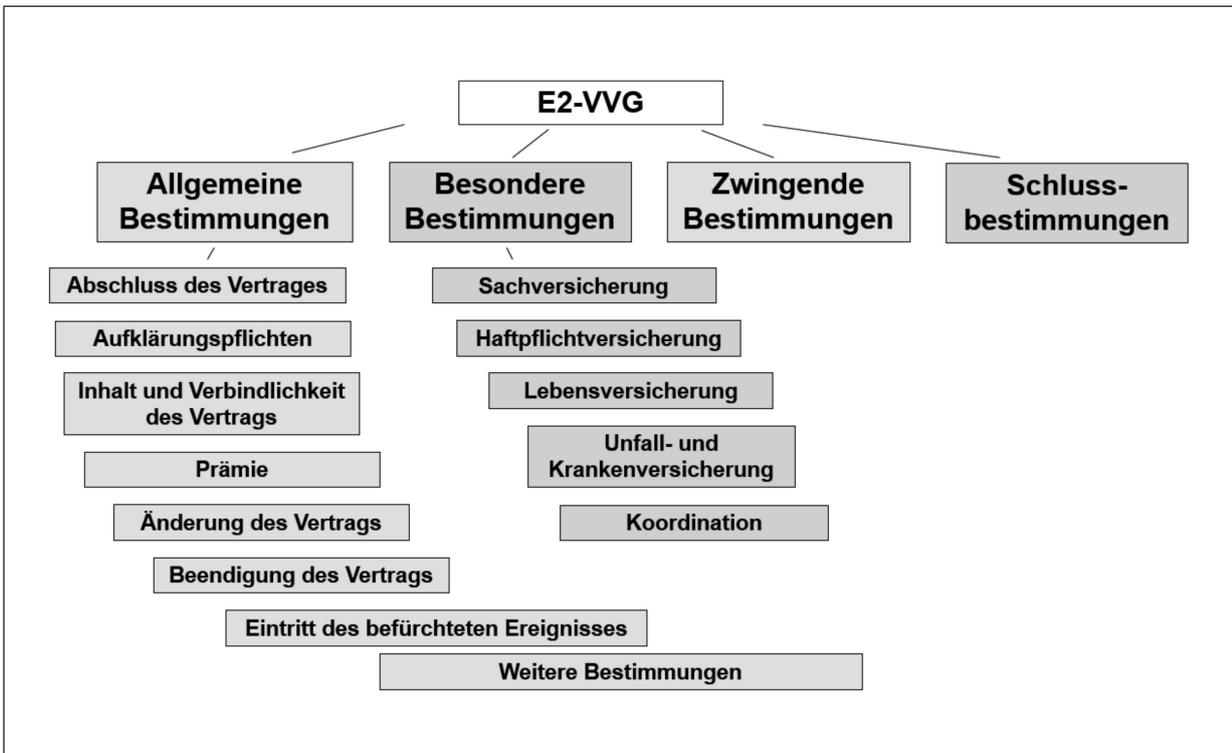
¹⁷ Vormals Rettungspflicht, aber ansonsten mit dem gleichen Wortlaut.

¹⁸ Art. 42a und 42c der Vernehmlassungsvorlage E2-VVG.

¹⁹ Da und dort hätte man die Bestimmungen zudem leicht redigieren können, ohne inhaltlich einzugreifen, einzig um einen zeitgemässen Sprachduktus zu erreichen.



Grafik 2: Entwurf Totalrevision VVG = E1-VVG.



Grafik 3: Entwurf Teilrevision VVG = E2-VVG.

alsdann zusätzlich eingefordert werden können. Damit schliesst man, das eine erste Bemerkung, weiterhin Nichtspezialisten vom Verständnis der Koordinationsregeln aus, dies, obwohl es sich um eine für Versicherungsnehmer und Versicherte äusserst weitreichende Weichenstellung handelt.

B. Nur eine Präzisierung der Informationspflicht

Immerhin wird in Art. 3 Abs. 1 lit. b E2-VVG explizit darauf hingewiesen, dass der Versicherer beim Umfang des Versicherungsschutzes auch darüber informieren muss, «ob es sich um eine Summen- oder Schadenversicherung handelt». Wird das unterlassen, kann der Versicherungsvertrag in einem engen zeitlichen Rahmen gekündigt werden, weitere Konsequenzen hat ein Pflichtverstoss hingegen nicht.²⁰ Man darf gespannt sein, wie die Aufklärungspflicht – die allerdings schon bisher galt und lediglich präzisiert wird,²¹ aber längst nicht überall befolgt wurde – von den Versicherungsunternehmen umgesetzt wird, denn die einzelnen Versicherungsleistungen lassen sich nicht generell zuordnen, vielmehr muss die Frage für jede einzelne Leistung beantwortet werden.²²

Die Deklaration im Informationsschreiben kann leider nicht für die Interpretation der Versicherungsleistung herangezogen werden, wie das eigentlich zu erwarten wäre. Dem steht der zwingende Charakter der beiden Bestimmungen entgegen.²³ So kann man eine – nach den leistungsauslösenden Kriterien – als Schadenversicherung konzipierte Versicherung nicht in eine Summenversicherung umdeuten, da Art. 95c Abs. 1 E2-VVG absolut zwingend ist. Und der relativ zwingende Charakter von Art. 96 E2-VVG schliesst schadenunabhängige, pauschale Leistungsbemessungen bei einer Schadenversicherung aus. Es bleibt also auch bei den

revidierten Koordinationsbestimmungen dabei, dass anhand der in den AVB formulierten Leistungsvoraussetzungen die Zuordnung beurteilt werden muss und sich nur auf dieser Ebene die Versicherungsarten festlegen lassen. Die Deutungshoheit bleibt beim Richter.

C. Klarheit schaffen nur Vermutungen

Ob es sich um eine Summen- oder Schadenversicherung handelt, ist nicht immer einfach zu erkennen. Die Interpretation hängt von den verwendeten Begriffen ab,²⁴ oft lässt aber auch erst das Zusammenspiel mehrerer Klauseln einen Schluss auf die Versicherungsart zu, insbesondere wenn die Leistungsumschreibung mit einer Überentschädigungsregelung²⁵ komplettiert wird. Die Grenzziehung ist schwierig und entsprechend gross die damit verbundene Unsicherheit. Das hängt auch damit zusammen, dass das haftpflichtrechtliche Schadenverständnis, das als Referenzgrösse herangezogen wird, nicht immer präzise Kriterien liefert. Das gilt vor allem für die Leistungen im Todesfall, die auch im Haftpflichtrecht z.T. auf abstrakten Quoten beruhen, während eine Quotenlösung bei den Versicherungsleistungen meist als Summenversicherung gedeutet wird. Eine gewisse Pauschalierung der Versicherungsleistungen ist unumgänglich, die Praxis diesbezüglich aber äusserst streng.²⁶

Die nötige Klarheit lässt sich mit Vermutungen erreichen, wie das im Vorentwurf der Expertenkommission vorgeschlagen wurde.²⁷ Die Expertenkommission kam zum Schluss, dass sich die Abgrenzung mit einer Legaldefinition nicht verlässlich vornehmen lässt und weder der Gesetzgeber noch der Richter darüber entscheiden soll, ob Leistungen kumuliert werden können oder nicht; das sei Sache der Parteien.²⁸ Sie schlug vor, bei einer Personenversicherung von einer Summenversicherung auszugehen, wenn in den AVB nichts vereinbart ist (Art. 28 lit. a VE-VVG), und Sach- und Vermögensversicherungen mit dem gleichen Vermutungsmechanismus der Schadenversicherung zu-

²⁰ Art. 3a Abs. 2 VVG setzt eine relative Frist von vier Wochen ab Kenntnisnahme der Pflichtverletzung und eine absolute von einem Jahr ab Pflichtverletzung.

²¹ Botschaft E2-VVG (Fn. 15), 5111: «Es wurde ergänzend die Information darüber aufgenommen, ob es sich um eine Summenversicherung (Versicherungsleistung ist unabhängig davon geschuldet, ob das versicherte Ereignis eine Vermögenseinbusse bewirkt hat und wie hoch diese effektiv ausgefallen ist) oder eine Schadenversicherung (Vermögenseinbusse ist Voraussetzung und Kriterium für die Bemessung der Leistungspflicht) handelt; es ist dies keine zusätzliche Anforderung, sondern vielmehr eine Klärung des Inhalts dieser bestehenden Bestimmung (Bst. b).»

²² «Pour ranger une prestation donnée dans l'une ou l'autre de ces deux catégories, il ne faut pas procéder à une qualification globale, en fonction du contenu principal de la police, qui peut inclure plusieurs assurances distinctes, mais bien plutôt examiner la nature juridique de la prestation en cause, prise isolément (ATF 104 II 44 consid. 4a p. 48). Il faut se demander si ladite prestation couvre un dommage concret ou si elle doit être effectuée indépendamment de l'existence d'un dommage» (BGE 119 II 661 E. 4); dazu auch YAEL STRUB, Der Regress des Schadensversicherers de lege lata – de lege ferenda, Zürich/Basel/Genf 2011, 52 ff.

²³ Art. 97 und 98 VVG.

²⁴ Insbesondere der Begriff «Erwerbsunfähigkeit» gilt als Indikator für eine Schadenversicherung.

²⁵ Ein Ausschluss bei Überentschädigung oder einer bestimmten Sättigungsgrenze schafft am ehesten Klarheit über den Versicherungscharakter.

²⁶ Vgl. BGE 119 II 361 E. 4.

²⁷ Gleich auch PETER BECK, Nötig sind Vermutungen, HAVE 2009, 207 ff.; STRUB (Fn. 22), 56 f.: «M.E. ist es aber Sache der Versicherer, ihre Produkte in der Weise auszugestalten und zu formulieren, dass sich der Kunde bei Durchsicht der Unterlagen sogleich Klarheit darüber verschaffen kann, ob eine Schadens- oder Summenversicherung vorliegt. Fehlt ein klarer Hinweis in den Versicherungsunterlagen, sollte sich der Versicherungsnehmer auf eine Regelung i.S.v. Art. 28 VE VVG stützen können. Der säumige Versicherer hat als Folge seiner Nachlässigkeit eine gesetzliche Vermutung in Kauf zu nehmen.»

²⁸ Vgl. den Erläuternden Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf betreffend die Gesamtrevision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 31. Juli 2006, 60 f.

zuordnen (Art. 28. lit. b VE-VVG).²⁹ Die aufgestellte Vermutung, dass Personenversicherungen durchwegs Summenversicherungen sind, ist etwas gar rudimentär und aus diesem Grunde auch auf Kritik gestossen.³⁰ So sollte etwa die Kostenerstattung von der Summenversicherungsvermutung ausgeklammert werden, Präzisierungen sind aber auch bei Kollektivversicherungen angebracht. Der Vorschlag weist jedoch den richtigen Weg, denn er zwingt zu expliziten Erklärungen in den AVB.

IV. Endlich ein integrales Regressrecht auch für Privatversicherer

A. Die heutige Regelung und ihre Hinter- und Abgründe

Nach wie vor haben die Privatversicherer nur ein limitiertes Regressrecht auf haftpflichtige Dritte. Nach Art. 72 Abs. 1 VVG umfasst die Subrogation nur einen Anspruch, «der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht». Versuche, unter der unerlaubten Handlung mehr als nur die Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR zu sehen, sind gescheitert. Denn nebst dem VVG kommt für den Privatversicherungsregress auch Art. 51 OR zur Anwendung, der mit seiner Regresskaskade die vertraglich Haftenden auf die mittlere Stufe verbannt und nur einen Regress auf Personen zulässt, die den Schaden «durch unerlaubte Handlung verschuldet» haben.

Für ein eingeschränktes Regressrecht gibt es keine sachliche Begründung. Es beruht auf überholten Wertvorstellungen, einer Stigmatisierung der Verschuldenshaftung und letztlich auf einem Verzweiflungsakt von EUGEN HUBER, der mit der Regresskaskade die Werkeigentümerhaftung retten wollte, die nach einem Bundesgerichtsentscheid³¹ als Kausalhaftung in Misskredit geraten war. Mit Art. 51 Abs. 2 OR sollte ganz bewusst der Versicherer in die Pflicht genommen werden: «Damit wäre dann der Rückgriff auf den aus der Versicherung Verpflichteten wie auch auf denjenigen, der durch unerlaubte Handlungen den Scha-

den gestiftet hat, gegeben, und es würde in unserem Falle also das billige Resultat herbeigeführt, dass der Gebäudeeigentümer den Schaden, für den er persönlich weiter nichts kann – er ist nur verantwortlich, weil er Eigentümer des mangelhaft unterhaltenen oder fehlerhaft angelegten Hauses ist – abwälzen könnte auf solche, welche aus unerlaubten Handlungen, aus Delikt den Schaden tragen oder vertraglich die Deckung des Schadens übernommen haben, also auf die Versicherungsgesellschaft.»³²

Man hat bislang eine nur kleine Erweiterung der Regressmöglichkeiten im Entscheid *Gini/Durlemann*³³ zugelassen, den Befreiungsschlag in Richtung eines integralen Regressrechts aber bis heute nicht gewagt, obwohl sich die Lehre darüber zunehmend einig wird.³⁴ Das Bundesgericht hat es in BGE 137 III 352 erneut abgelehnt, korrigierend einzugreifen, obwohl es in dem besonders sorgfältig redigierten Entscheid alle Argumente, die gegen die heutige Regelung sprechen, aufgeführt und die Begründung der Vorinstanz, die sich nicht mehr daran halten mochte, gelobt hat. In den Erwägungen ist greifbar dass auch das Bundesgericht von der heutigen Regelung nicht mehr überzeugt ist. Es hat den Schritt gleichwohl nicht gewagt: «Mit der konstanten Rechtsprechung wird dem eindeutigen Willen des historischen Gesetzgebers nachgelebt, dass der Versicherer, der sich durch die Prämien für mögliche Schadensfälle bezahlt macht, den Schaden in der

²⁹ So die Ausführungen von EUGEN HUBER als Berichterstatter der Kommission, AB NR 1909, 522.

³⁰ BGE 80 II 247 E. 5 (= Pra 1955 Nr. 18): «Die nunmehr in Art. 51 OR getroffene Ordnung entzieht das Rückgriffsrecht der Verfügungsbefugnis des Geschädigten. Angesichts der Tendenz, von der sich der Gesetzgeber bei Erlass dieser Bestimmung leiten ließ, kann daher nicht im Endergebnis als gesetzliche Regelung ein Rückgriffsrecht angenommen werden, das Art. 72 VVG selbst dem Versicherer nicht gewährte. Zwar kann mit Rücksicht darauf, daß früher eine Abtretung zulässig war, auf Grund vorstehender Erwägung nicht jeder Anspruch des Versicherers gegen einen wegen Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen haftbaren Dritten ausgeschlossen werden. Aber sie gebietet doch eine gewisse Zurückhaltung in der Zulassung eines solchen Rückgriffs. Auf jeden Fall drängt es sich auf, ihn zu verweigern, wo der Dritte lediglich für ein leichtes vertragliches Verschulden einzustehen hat.» Es ging im Entscheid um die Frage des Rückgriffs bei gleichem Rechtsgrund, ein konkurrierender Deliktsanspruch gegenüber dem Vertragspartner des Versicherungsnehmers wurde abgelehnt. Alsdann kommt Art. 50 Abs. 2 OR zum Zuge, also nicht die Regresskaskade, sondern ein freier Ermessensentscheid. Im Ergebnis hat der Entscheid die Regresskaskade nochmals gefestigt und nur scheinbar etwas ausgedehnt.

³¹ Vgl. die Nachweise in BGE 137 III 352 E. 4.2., besonders eingehend STRUB (Fn. 22), 77 ff.; ALEXANDER MÜLLER, Regress im Schadensausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers, Diss. St. Gallen 2006, insb. 90 ff. und die Schlussfolgerungen 166 ff.: «Diesem Anspruch kann nur ein integrales Regressrecht, analog demjenigen der Sozialversicherer gemäss ATSG, gerecht werden. Ausnahmen, wie der Zeitpunkt der Subrogation usw., bleiben natürlich vorbehalten. Das aufgezeigte Ziel besteht darin, das Risiko bzw. dessen finanzielle Belastung dem Verursacher und nicht dem Geschädigten aufzubürden.»

²⁹ Vgl. dazu auch 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, 104 f., und den im Anhang abgedruckten Erläuternden Bericht S. 37.

³⁰ ALEXANDER MÜLLER/RETO MENZI, Die Koordination von Versicherungsleistungen im VE-VVG, HAVE 2007, 20 ff., 22, die darin einen Rückfall in die Vor-Contacta-Ära sehen, dem Vorschlag grundsätzlich aber ebenfalls zustimmen und einen entsprechend verfeinerten Artikel vorschlagen.

³¹ Es handelt sich um den in BGE 35 II 238 publizierten *Leiterhaken-Fall*, in dem eine Witwe einen durch den Unfallversicherer finanzierten Prozess gegen einen Werkeigentümer geführt hat, der das Dach seines Hauses hatte sanieren lassen. Bei den Arbeiten war der Ehemann der Witwe wegen eines fehlerhaft befestigten Leiterhakens vom Dach gestürzt.

Regel vor einem ohne sein Verschulden Haftenden tragen soll. Auch wenn dieser klare gesetzgeberische Entscheid zu einer diskussionswürdigen Kostenverteilung für Schadensereignisse führen mag, ist es nicht ohne weiteres Sache der Rechtsprechung, diesen zu ändern, auch wenn seither einige Zeit verflissen ist. Dies umso weniger, wenn sich – wie im vorliegenden Fall – der Gesetzgeber selber im Rahmen einer umfassenden Gesetzesrevision der Frage angenommen hat.»³⁵ Die Revision wirft ihre Schatten voraus, von einer umfassenden Gesetzesrevision kann allerdings nicht mehr die Rede sein.

B. Fatale Auswirkungen der Regressbeschränkung

Für eine Praxisänderung gibt es unzählige Gründe³⁶, im Vordergrund steht die falsche Kostenallokation, denn letztlich bezahlen bei der heutigen Regressordnung jene die Zeche, die mit einer Versicherung vorgesorgt haben, und nicht jene, die den Schaden widerrechtlich verursachen. Die Regelung führt aber auch zu unnötigen und wenig konsumentenfreundlichen AVB-Klauseln. So versucht man mit Subsidiärklauseln und Deckungsausschlüssen bis hin zum Abschieben der Kunden an die anderen Versicherer oder Haftpflichtigen, der Regressfälle zu entkommen. Das ist nicht nur für die Versicherten unangenehm, es ist für die Versicherer auch imageschädigend und bedient unnötig Vorurteile. So findet man etwa in der Gebäudeversicherung aus Angst, trotz Haftpflichtigen auf dem Schaden sitzen zu bleiben, den Ausschluss der fehlerhaften baulichen Konstruktion.³⁷ Auch das seltsame

Konstrukt der Kostenbevorschussung in der Bauwesenversicherung hängt damit zusammen und versucht zu kaschieren, dass es sich um Versicherungsansprüche handelt, um nicht in die Regressfalle zu tappen.³⁸

Der Schweizerische Versicherungsverband bemüht sich, den konsumentenfeindlichen Auswirkungen mit Empfehlungen entgegenzuwirken, so mit einem Regresskodex³⁹, in dem u.a. ein Abschiebverbot statuiert wird, oder mit dem Aufruf, auf die Deckungseinrede der fehlerhaften baulichen Konstruktion zu verzichten,⁴⁰ oder auch dem Hinweis, dass sich der Geschädigte, dem mehrere Anspruchsgrundlagen zustehen, auf die eine oder andere oder gar alle berufen könne.⁴¹ Aber all das kann nicht die Lösung sein, es sind bloss Versuche, die negativen Folgen der heutigen Regressordnung abzumildern.

C. Minimale Revisionsvorschläge

Sowohl im Vorentwurf wie auch im späteren Entwurf für eine Totalrevision des VVG wurde das Regressrecht noch umfangreich geregelt. Die Subrogation wird dabei in allen Vorlagen mehr oder weniger gleich umschrieben, man hat nur den Satzbau in der neuesten Version etwas verändert,⁴² was inhaltlich nichts ändert,

³⁵ BGE 137 III 352 E. 4.6.

³⁶ So nebst den oben erwähnten Punkten der Umstand, dass die Haftungsgründe gleichwertig sind, dass Art. 51 Abs. 2 OR ohnehin nur eine Ermessensanleitung ist, dass auch in den Entscheiden *Contacta* und *Gini/Durlemann* eine Rechtsentwicklung praktiziert worden ist, und namentlich in BGE 126 III 521 E. 2.b, wo für den Arbeitgeber erkannt worden ist, dass es sich bei der Lohnfortzahlung wie bei den Versicherungsleistungen um Erfüllungsansprüche handelt: «Da der Arbeitgeber seinen Vertrag erfüllt und nicht aus Schlechterfüllung für den entstandenen Schaden haftet, kann die in Art. 51 Abs. 2 OR vorgesehene Abstufung nach der Haftung aus unerlaubter Handlung, Vertrag oder Gesetz nicht auf die Lohnfortzahlung des Arbeitgebers übertragen werden. Der Regress steht dem Arbeitgeber auch gegenüber einem kausal Haftenden zu, da sich die Lohnfortzahlungspflicht nicht zu dessen Gunsten auswirken soll [...]. Der Arbeitgeber ist diesbezüglich den subrogierenden Sozial- und Schadensversicherern gleichzustellen.» Auch bei den altrechtlichen und überobligatorischen Pensionskassenleistungen tendiert das Bundesgericht zu einem Abweichen von der Stufenordnung, hat die Frage bis heute aber nicht entschieden, vgl. BGE 132 III 321 E. 2.

³⁷ Die Ausschlussklauseln sind etwa so formuliert: «Nicht versichert sind Schäden infolge fehlerhafter baulicher Konstruktion, d.h. infolge von Mängeln in der Konzeption (Planungs- und Berechnungsfehler) oder in der Ausführung (Herstellung) des Bauwerks, sofern ein Baubeteiligter (Unternehmer, Architekt, Ingenieur usw.) nach den gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen für den Schaden einzustehen hat. Dieser Deckungsausschluss gilt während 5 Jahren seit Abschluss der Bautätigkeit.»

³⁸ Die Klauseln lauten in den Bauwesenversicherungen dahin gehend: «Die Bauwesenversicherung hat nicht für Schäden aufzukommen, welche durch den Haftpflichtversicherer eines am Bau des Werkes Beteiligten getragen werden müssen. Sie leistet jedoch einen Kostenvorschuss. Der Bauherr ist im Umfang des geleisteten Vorschusses verpflichtet, seine Forderung gegen den Haftpflichtigen abzutreten.»

³⁹ Empfehlung der Schadenleiterkommission (SLK) des SVV vom 13.5.1998.

⁴⁰ Das tönt dann so: «Der Sachversicherer verzichtet im Rahmen der Empfehlung auf die Deckungseinrede der fehlerhaften baulichen Konstruktion. Der Haftpflichtversicherer erhebt beim Regress gegen einen lediglich vertraglich oder kausal haftenden Handwerker keine Einwände. Ein vertraglicher Deckungsausschluss von Regressansprüchen gegen Hilfspersonen kann dem Sachversicherer nicht entgegen gehalten werden.

Wasserschäden, bei welchen die erwähnte Deckungseinrede geltend gemacht werden könnte, sind vom erstangegangenen Sach- oder Haftpflichtversicherer zu regulieren. Reguliert der Wasserversicherer, so sind diese Schäden ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zu übernehmen.

Die Zeitwertentschädigung wird bis CHF 50 000.- hälftig geteilt. [...]

⁴¹ «Kann der Geschädigte seinen Anspruch auf Schadenersatz sowohl auf eine vertragliche Haftung nach OR 97/101 als auf eine Verschuldenshaftung des Vertragspartners nach OR 41 abstützen (z.B. Handwerker führt persönlich oder durch ein Organ der Firma den Vertrag schuldhaft aus), wird dem Geschädigten ohne Präjudiz der Vorteil der Anspruchskonkurrenz zuerkannt. Es steht ihm offen, sich alternativ auf das eine oder andere Rechtsmittel zu berufen oder kumulativ auf beide.» Dass dies herrschende Ansicht ist, scheint noch nicht überall angekommen zu sein.

Dasselbe Recht wird zur erleichterten Abwicklung der Regresse nach Art. 72 VVG/Art. 51 OR auch den privaten Schadenversicherern zuerkannt.

⁴² Ursprünglich hiess es: «Das Versicherungsunternehmen tritt [...] im Umfang und zum Zeitpunkt seiner Leistung in die Rechte der versicherten Person ein» (vgl. Art. 76 Abs. 2 E1-VVG); nun beginnt der Satz mit: «Im Umfang und zum Zeitpunkt seiner Leistung tritt das Versicherungsunternehmen für die von ihm gedeckten gleichartigen

der Rechtseintritt erfolgt vorbehaltlos in sämtliche Rechte des Versicherten. Weggefallen sind aber die weiteren Bestimmungen wie das Befriedigungs-, das Quotenvorrecht und die Quotenteilung.⁴³ Ob sich diese heute im ATSG geregelten und ganz selbstverständlichen Regressmodalitäten als allgemeine Rechtsgrundsätze ohne gesetzlichen Support etablieren können, ist zu bezweifeln und nur gerade für das Quotenvorrecht anzunehmen.⁴⁴

Es ist zu bedauern, dass man keinen Gleichlauf mit dem Sozialversicherungsrecht sucht, wo man sich noch bei der Totalrevision vom ATSG inspirieren liess. Eine Harmonisierung der Regressbestimmungen wäre erstrebenswert, es bleiben auch dann noch genügend Reibungspunkte. Ob es auch eine Konkretisierung des Kongruenzgrundsatzes mit einer Aufzählung von Schadenspositionen und identischen Versicherungsleistungen braucht, ist eher zu verneinen.⁴⁵ Das Kongruenzerfordernis ist gleich wie in den früheren Vorschlägen in der Formulierung enthalten, dass ein Rechtseintritt nur bei «gleichartigen Schadensposten» erfolgt.

Vorgeschlagen wurde auch, den Zeitpunkt der Subrogation wie im Sozialversicherungsrecht auf den Eintritt des schädigenden Ereignisses vorzuverlegen und nicht auf den Zeitpunkt der Leistungserbringung abzustellen.⁴⁶ Dafür spricht, dass für zukünftige (insbesondere periodische) Leistungen ohne Abtretung nicht Regress genommen werden kann; dagegen, dass die versicherte Person das Wahlrecht verliert. Es liesse sich wohl auch eine Lösung dahin finden, dass die Subrogation die bereits erfolgten und verbindlich festgelegten Leistungen umfasst, dann wären alle Zahlungen legal zediert.

Abweichend von den Entwürfen der Totalrevision wird auch die Regressbeschränkung geregelt. Während die Bestimmungen ursprünglich sehr offengehalten wurden und auf besondere Umstände hingewiesen worden ist, zu denen «namentlich enge Beziehungen zwischen der haftpflichtigen und der geschädigten Person» gehören, wird ein solches Regressprivileg nun nur noch

bei Personen zugelassen, die zur versicherten Person in einer engen Beziehung stehen, was namentlich bei einer häuslichen Gemeinschaft, im Arbeitsverhältnis und bei anvertrauten Sachen zutrefte. Das ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu begrüssen, auch wenn durchaus weitere angemessene Beschränkungen denkbar sind.⁴⁷ Aufgegeben hat man zudem die Möglichkeit, das Privileg nur umfangmässig einzuschränken.⁴⁸

D. Sonderregel für die Haftpflichtversicherung?

Sowohl im geltenden VVG wie auch in den Revisionsentwürfen wird in den Subrogationsbestimmungen nicht zwischen der Eigenversicherung und der Haftpflichtversicherung differenziert. In BGE 116 II 645 E. 2 hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, dass Art. 72 VVG nur auf den Regress der Haftpflichtversicherung analog anwendbar sei, da die Subrogation nur die Rechte umfasse, die der haftpflichtigen Person gegenüber Mithaftpflichtigen zustehe. Im geltenden VVG ist vom «Ersatzanspruch» die Rede, «der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht». Diese Formulierung passt nicht auf die Haftpflichtversicherung, bei der in die Rückgriffsrechte des Haftpflichtigen subrogiert wird.

Unter die nun in Art. 95c Abs. 2 E2-VVG vorgeschlagenen Formulierung, wonach «in die Rechte der Versicherten» eingetreten wird, lässt sich ohne Weiteres auch die Haftpflichtversicherung subsumieren.⁴⁹ Es ist nicht mehr von Schadenersatz oder bestimmten Rechten die Rede. Allerdings gilt zu beachten, dass damit die Stufenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR noch nicht aus dem Weg geräumt ist. Die Revision wäre daher auch der passende Anlass, Abs. 2 zu streichen oder allenfalls durch eine neue Formulierung zu ersetzen.⁵⁰ Man würde damit auch die Anwendung der unseligen Bestimmung auf die Pensionskassen und Gebäudeversicherer aus der Welt schaffen, die man ebenfalls in diesen Sumpf gezogen hat.

Schadensposten in die Rechte des Versicherten ein» (vgl. Art. 95c Abs. 2 E2-VVG).

⁴³ Im E1-VVG waren diese in Art. 77 Abs. 1 und Art. 78 geregelt; vgl. zum Vorentwurf WEBER (Fn. 29), 106 f.

⁴⁴ Mit BGE 96 II 361 wurde das ursprünglich nur in Art. 88 SVG auf das ganze Haftpflichtrecht und auf die extrasystemische Koordination ausgedehnt.

⁴⁵ Während man für den Personenschaden auf Art. 74 ATSG zurückgreifen kann, fehlt ein Kongruenzraster für den Sach- und Vermögensschaden. Vorschläge dazu finden sich bei MÜLLER/MENZI (Fn. 30), 62 ff.; vgl. auch ROLAND SCHAER, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M. 1984, 1162 ff.

⁴⁶ MÜLLER/MENZI (Fn. 30), 23.

⁴⁷ Dazu WEBER (Fn. 29), 108.

⁴⁸ In Art. 77 Abs. 2 E1-VVG hiess es noch sehr offen wie auch schon im Vorentwurf: «Die Rückgriffsansprüche können eingeschränkt oder ausgeschlossen werden [...]»

⁴⁹ Eine Sonderregel für die Haftpflichtversicherer schlagen MÜLLER/MENZI (Fn. 30), 23 f., vor.

⁵⁰ Etwa jene, die bei der Haftpflichtrevision in Art. 53c des Vorentwurfs zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts vorgeschlagen worden ist: «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.» Mit einer solchen Formulierung wäre klar, dass es nur um das Innenverhältnis bei einer Mehrzahl von Haftpflichtigen geht, und sie würde zudem zur sektoriellen Verteilung passen, die zunehmend von der Lehre und auch vom Bundesgericht favorisiert wird.

V. Schlussbetrachtung und ein letzter (wichtiger) Wunsch

Die vorstehenden Ausführungen finden eigentlich ja gar keine Opponenten, sieht man von den vereinzelten punktuellen Änderungsvorschlägen einmal ab. Die Zeilen rennen sozusagen offene Türen ein. Man wundert sich umso mehr, warum die ursprünglichen Vorschläge nicht umgesetzt worden sind. Immerhin tangieren die Koordinationsfragen die Stellung der Versicherten sehr stark und sie sollten daher auch entsprechend gewürdigt werden.

Wohl mehr Opposition dürfte dem letzten Wunsch erwachsen, obwohl auch er eigentlich fast an eine Selbstverständlichkeit grenzt: In den AVB der Privat- und Betriebshaftpflichtversicherer finden sich Regressausschlussklauseln. Sie werden auch in den Musterbedingungen des SVV vorgeschlagen und lauten dort bei der Betriebshaftpflichtversicherung wie folgt: «Ausgeschlossen bleiben jedoch Regress- und Ausgleichsansprüche Dritter für Leistungen, die sie den Geschädigten ausgerichtet haben.» Der Ausschluss betrifft in der Betriebshaftpflichtversicherung die Arbeitnehmer und übrigen Hilfspersonen. Diese haben, und das macht den Ausschluss besonders brisant, keine Möglichkeit, diese empfindliche Deckungslücke anderweitig zu versichern, z.B. in der Privathaftpflichtversicherung, da diese wiederum die beruflichen Tätigkeiten ausschliessen.

Regressansprüche in sechs- und siebenstelliger Höhe sind vor allem bei Personenschäden von den Sozialversicherern zu erwarten. Und genau auf diese Forderungen zielen die Klauseln ab und werden daher auch als Suva-Klausel bezeichnet.

Es ist fraglich, ob ein solcher Deckungsausschluss überhaupt gültig vereinbart werden kann.⁵¹ Art. 59 VVG schreibt zwar zwingend nur vor, dass in der Betriebshaftpflichtversicherung die Haftpflicht der Vertreter des Versicherungsnehmers sowie die mit der Leitung und Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen versichert werden müssen. Bei diesen sog. Repräsentanten ist dann auch der Ausschluss der Re-

gressansprüche nicht zulässig, wohl aber bei den übrigen Mitarbeitern und uneingeschränkt bei anderen Haftpflichtversicherungen.

Allerdings wird der Ausschluss an der Ungewöhnlichkeitsschranke scheitern. Die meisten Arbeitgeber dürften sich nicht bewusst sein, dass ihre Mitarbeiter für Regressforderungen in Millionenhöhe, die bei einem Sach- oder Personenschaden schnell einmal Realität werden können, keinen Versicherungsschutz geniessen. Die Klauseln dürften aber auch die Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG kaum überleben, doch schränkt das neue UWG den Schutzbereich auf Konsumentinnen und Konsumenten ein und schliesst damit die Betriebshaftpflichtversicherungen aus. Der Deckungsausschluss für Regressansprüche sollte daher mit einer entsprechenden Versicherungspflicht anlässlich der VVG-Revision würdig aus der Welt geschafft werden. Im Rahmen der Totalrevision wurde ein entsprechender Vorstoss gemacht,⁵² in der Teilrevision sucht man (auch) danach vergebens.

⁵¹ Kritisch auch HUBERT STÖCKLI, Kritik an einem ungewöhnlichen Deckungsausschluss – Zugleich eine Aufforderung zur aufsichtsrechtlichen AVB-Kontrolle, in: Stephan Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich/Basel/Genf 2010, 591 ff., der auf die aufsichtsrechtliche Missbrauchskontrolle nach Art. 46 VAG hinweist, die hier eingreifen sollte; DERS., Die «Suva-Klausel» und ihre Auslegung, HAVE 2013, 373 ff.; vgl. auch MÜLLER (Fn. 34), 140 f.; SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Deckungsausschlüsse für Regressansprüche, HAVE 2004, 26 ff.; MANUEL JAUN, in: Urs Glaus/Heinrich Honsell (Hrsg.), Gebäudeversicherung, Systematischer Kommentar, Basel 2009, 335 N 88.

⁵² Im Entwurf für eine Totalrevision allerdings nur als dispositive Bestimmung (im Vorentwurf war sie noch absolut zwingend) in Art. 90 E1-VVG: «Die Versicherung deckt sowohl die Ersatzansprüche der Geschädigten als auch die Rückgriffsansprüche Dritter.»