

Stephan Weber*

Koordination von Privatversicherungsleistungen

Inhaltsverzeichnis

I. Geltendes Recht und seine Schwachstellen	95
A. Mangelhafte Systematik und unklarer Wortlaut	95
B. Schwierige Abgrenzung von Summen- und Schadensversicherung	97
C. Summenversicherung und Bereicherungsverbot	98
D. Regressposition des Schadenversicherers	99
E. Regress des Haftpflichtversicherers	101
F. Regressmodalitäten	102
G. Regressprivileg und Beeinträchtigung des Rückgriffs	103
II. Revisionsbedarf und Vorschläge der Expertenkommission	104
A. Neue Systematik	104
B. Lösung der Abgrenzungsfrage	104
C. Informationspflicht	105
D. Anrechnung und Regress der Schadensversicherungsleistungen	105
E. Quotenvorrecht und Quotenteilung	106
F. Voraussetzungen des Rückgriffs	107
G. Regress des Haftpflichtversicherers	109
III. Offengelassene Fragen	111
A. Verjährung der Regressansprüche	111
B. Solidarität im Innenverhältnis	111
C. Stellung des Privatversicherers in der Gemeinschaft mit Sozialversicherern	112
D. Regress der überobligatorischen Pensionskassenleistungen	113
IV. Ein Wurf für die nächsten hundert Jahre	113
Literaturauswahl zum Koordinationsrecht	114

I. Geltendes Recht und seine Schwachstellen

A. Mangelhafte Systematik und unklarer Wortlaut

Zu den gravierendsten Mängeln des heutigen VVG gehört wohl seine *Systematik*. Als besonders problematisch hat sich die Gegenüberstellung von Schadens- und Personenversicherungen erwiesen. Geht man vom versicherten Gegenstand aus, hätte zwischen der Personen-, Sach- und Vermögensversicherung differenziert

* Schriftleiter HAVE und Fachrichter am Handelsgericht Zürich.

werden müssen. Nimmt man dagegen die Bemessungsgrundlage zum Unterscheidungsmerkmal, muss die Summenversicherung der Schadensversicherung gegenüber gestellt werden.

Die Gliederung des VVG, die anlässlich der parlamentarischen Beratung eingeführt worden ist¹, hat viel Kopfzerbrechen verursacht und die dadurch ausgelösten Komplikationen konnten bis heute nicht befriedigend gelöst werden. So macht sich Unsicherheit bemerkbar, wenn die Versicherungsleistungen der Schadens- oder Personenversicherung zuzuordnen sind. Bei etlichen Bestimmungen ist unklar, ob sie nur auf die Schadens-, oder ob sie auch auf die Personenversicherung anwendbar sind und umgekehrt. So auch bei VVG 96 und 72, die für die Leistungskoordination zentralen Bestimmungen des VVG.

Nicht nur der Aufbau, auch der *Wortlaut* vieler Artikel überzeugt im heutigen VVG nicht. Und auch davon ist das Koordinationsrecht betroffen. So steht nicht fest, was mit den Ersatzansprüchen aus «unerlaubter Handlung» gemeint ist, von denen in VVG 72 I die Rede ist und in die der Schadensversicherer subrogieren kann. Gehört nur die Verschuldenshaftung dazu oder auch Ansprüche aus Vertrag und gegen Kausalhaftpflichtige? Unklar bis heute ist auch das Verhältnis von VVG 72 zum später erlassenen OR 51 II geblieben.

Unsicherheit herrscht auch in *weiteren Fragen*, z.B. ob ausserhalb der Personenversicherung Summenversicherungen zulässig sind oder ob es ein Bereicherungsverbot gibt. Kontrovers ist auch geblieben, welche Stellung dem Privatversicherer im Verein mit Sozialversicherern zukommt. Ist er diesen gleichgestellt oder haben die Sozialversicherungsträger eine privilegierte Stellung und können sich vorab aus dem Regresssubstrat befriedigen? Auch weitere koordinationsrechtliche Fragen sind kontrovers. Die eine oder andere, längst nicht alle, werden in den nachfolgenden Ausführungen gestreift.

¹ Der Entwurf zum VVG sprach im Besonderen Teil noch von Bestimmungen über die Sach- und Personenversicherung. In der parlamentarischen Beratung wurde der zweite Titel des Gesetzes in «Besondere Bestimmungen über die Schadensversicherung» umformuliert. Begründet wurde die Änderung mit rechtsvergleichenden Überlegungen (dazu STOESEL, 505 Fn. 6) sowie damit, dass mit der bundesrätlichen Terminologie zu wenig zum Ausdruck komme, dass es sich beim Versicherungsobjekt um «rapports économiques» handle; Zusammenstellung der Materialien bei RAPP, 55 f. Vgl. dazu auch KÖNIG, ZSR 1962 II 186 f., der trotz der Auswirkungen der logisch verfehlten Einteilung kein Revisionsbedarf ortet, da ein Gesetz kein Lehrbuch sei und der Mangel durch eine restriktive Interpretation des Begriffs Personenversicherung lösbar sei.

B. Schwierige Abgrenzung von Summen- und Schadensversicherung

Beginnen wir mit der Abgrenzungsfrage, die von allergrösster Bedeutung ist, denn für die Versicherten ist es selbstverständlich entscheidend, ob sie die vereinbarten Versicherungsleistungen ungeschmälert erhalten, oder ob sie sich andere Schadenausgleichszahlungen anrechnen lassen müssen.

Entsprechend der Einteilung in Schadens- und *Personenversicherungen* wurde VVG 72 über Jahrzehnte nicht auf Personenversicherungen angewendet. Für diese galt ausnahmslos das in *VVG 96* verankerte Kumulationsprinzip. Das Bundesgericht lehnte die Anwendung der Regeln über die Schadensversicherung mit der Begründung ab, dass eine materielle Schätzung des menschlichen Lebens nicht möglich sei und daher auch keine Grenzziehung für die Liquidation solcher Schäden. Von dieser Haltung sind die Gerichte selbst dann nicht abgerückt, wenn der Ersatz von Heilungskosten zur Debatte stand². Die Lehre ist dagegen Sturm gelaufen und hat auf die stossenden Ergebnisse hingewiesen, die etwa entstehen, wenn die Heilungskosten doppelt liquidiert werden können³.

Erst in BGE 104 II 44 (Entscheid *Contacta*) reagierte das Bundesgericht auf die heftige Kritik und den Ruf nach einer Gesetzesrevision⁴ und räumte ein, dass nicht die begriffsjuristische und zudem auf redaktioneller Ungenauigkeit beruhende Unterscheidung von Personen- und Schadensversicherung ausschlaggebend sei, sondern die Ausgestaltung als Summen- oder Schadensversicherung. Geht es um den Ausgleich eines Schadens, sei die Anwendung von VVG 72 gerechtfertigt. Als Referenzwert für die Abgrenzung wurde der haftpflichtrechtliche Schaden herangezogen.

BGE 119 II 361 hat die neue Rechtsprechung bestätigt und weitere Präzisierungen zur delikaten Abgrenzung gemacht. Die Grenzziehung ist noch heute mit Unsicherheiten verbunden, auch wenn sich die Gerichte⁵ und die Lehre⁶ intensiv

² BGE 100 II 457 und dort zitierte ältere Entscheide.

³ «Dieses klassische Exempel von Begriffsjurisprudenz hatte verpönte Bereicherungen des Geschädigten zur Folge; je teurer die Behandlung war und je länger sie dauerte, um so mehr konnte der Geschädigte einstreichen», KELLER, 207.

⁴ MAURER, Subrogation, 197 ff.

⁵ Seither sind weitere Entscheide gefällt worden: Urteile des Bundesgerichts 4C.112/2001 vom 14.6.2001; 5C.106/2003 vom 7.11.2003; 4C.170/2005 vom 9.11.2005, Ziff. 8; Appellationsgericht BS vom 3.11.2004 in BJM 2006, 107 ff.

⁶ Aus der Literatur seien erwähnt: RÜTSCH/DUCKSCH, 50 ff.; STOESEL, 509 f., 512 ff.; WEBER, SVZ 1997, 68 ff.

um *Abgrenzungskriterien* bemüht haben⁷. Offen ist namentlich geblieben, wie viel Pauschalierung und Abstrahierung der Leistungsbemessung sich noch mit dem Prädikat Schadensversicherung verträgt. Die Gerichte nehmen es mit dem Erfordernis der schadensadäquaten Bemessung, die im gleichen Vertrag für sämtliche Leistungen geprüft werden muss, streng. Die Bemessung der Leistungen muss sich strikte am Schadenersatzrecht orientieren, was aus versicherungstechnischer Sicht wenig Sinn macht. Während das Haftpflichtrecht dem Ermessen viel Platz einräumt, sind im Versicherungsrecht klare und objektivierte Bemessungskriterien gefordert. Auch die Rechtsentwicklung, die im Schadenersatzrecht recht lebhaft ist, lässt eine Fixierung der haftpflichtrechtlichen Parameter in den AVB nicht zu. Der Abgrenzungskonflikt ist damit vorprogrammiert.

Als unbefriedigend erweist sich nicht nur die Unsicherheit über den Umfang des Versicherungsschutzes, sondern auch, dass die Frage nach der Kumulation oder Anrechnung beim Abschluss einer Versicherung kaum thematisiert wird⁸. Die koordinationsrechtlichen Feinheiten sind dem Aussendienst aber meist auch gar nicht geläufig und werden auch bei der Produktentwicklung und Prämienkalkulation ignoriert⁹.

Massgebend sollte daher schon *de lege lata* sein, was der Versicherungsnehmer nach *Treu und Glauben* erwarten durfte: Eine Existenzsicherung, die um den Schaden rotiert oder eine Deckung, die über den konkreten Bedarf hinausgeht und dem Versicherten ungeschmälert zufließen soll. Nach dem Bundesgericht kann aber gerade gegenteilig der *Parteiwille* die Einordnung nicht beeinflussen¹⁰.

C. Summenversicherung und Bereicherungsverbot

Eng mit der Frage nach der Abgrenzung verknüpft ist jene nach der Zulässigkeit der Anspruchskumulation bzw. die Grundsatzfrage, ob es im (Privat-) Versicherungsrecht ein *Bereicherungsverbot* gibt. VVG 96 lässt bei *Personenschäden* unbestritten eine über den Schaden hinausgehende Bedarfsdeckung zu.

⁷ Um die fraglichen Leistungen einer der beiden Versicherungsarten zuzuordnen, ist weder auf eine globale Qualifikation, noch auf den Parteiwillen abzustellen. Massgebendes Unterscheidungsmerkmal bilden die Leistungsvoraussetzungen. Sie müssen so abgefasst sein, dass sie als auslösendes Moment zwingend eine Vermögenseinbusse fordern und nicht bloss eine Integritätsverletzung, mag das beschriebene Verletzungsbild auch regelmässig mit finanziellen Nachteilen verbunden sein.

⁸ Was – zumindest bei einer gezielten Anfrage – zu einer Haftung wegen fehlerhafter Beratung führen kann, dazu ANDERAS HÖNGER, Haftung des Versicherers für Beratungsfehler seiner Agenten, SVZ 1996, 65 ff.

⁹ Nach STARK sollte der Versicherungsnehmer zwischen einem Tarif mit und ohne Anrechnung wählen können, EMIL W. STARK, AJP 1994, 642.

¹⁰ Vgl. WEBER, SVZ 1997, 69.

Die Frage nach einem Bereicherungsverbot ist bei der Summenversicherung obsolet, da dort ja der Schaden als Referenzwert per definitionem negiert wird.

Aber auch in der *Sach- und Vermögensversicherung* haben sich in der Praxis Summenversicherungen etabliert. So etwa die Neuwert- oder Zeitwertzusatzversicherung, die in der Motorfahrzeugversicherung verbreitet, aber auch in anderen Branchen anzutreffen ist. Aus haftpflichtrechtlicher Optik wäre nur der Zeit- oder Wiederbeschaffungswert¹¹ zu vergüten.

Lehre und Rechtsprechung qualifizieren die Neuwertversicherung als Sach- oder als Kombination einer Sach- und Vermögensversicherung¹². Die Qualifikationsfrage, die umstritten und nicht ohne Konsequenzen ist, soll hier nicht vertieft werden, doch ist selbstverständlich, dass der den Schaden übersteigende Betrag nicht regressierbar ist, da ihm kein relevanter Schaden gegenüber steht¹³. Es handelt sich bei diesen Versicherungsprodukten um eine *Mischform von Schadens- und Summenversicherung*.

Bis heute ist nicht restlos klar, wie die *Zulässigkeit* der schadensunabhängigen Versicherungsleistungen ausserhalb der Personenversicherung legitimiert werden kann. Dieser stehen die zwingenden Bestimmungen über den Ersatzwert in *VVG 62 und 63* entgegen, die auch für die Vermögensversicherung Geltung haben. Umstritten ist auch, ob eine schadensunabhängige Versicherung dadurch erreicht werden kann, dass die Parteien eine Taxierung i.S. von *VVG 65* vereinbaren und den Gegenbeweis des Versicherers vertraglich ausschliessen. Aus dem gesetzlichen Korsett kann man sich letztlich nur mit dem methodologischen Kunstgriff der «teleologischen Reduktion» befreien¹⁴. Hinter den schadensunabhängigen Leistungen muss aber stets noch ein wirtschaftliches Interesse erkennbar sein, sonst verkommt die Vereinbarung zum Spielgeschäft.

D. Regressposition des Schadenversicherers

Unklar ist nicht nur die Abgrenzung zwischen Summen- und Schadensversicherung, sondern auch die Stellung des Privatversicherers in der Gemeinschaft mit Haftpflichtigen und anderen Versicherern.

¹¹ Auch im Haftpflichtrecht wird darüber diskutiert, ob ein «Abzug neu für alt» zu machen ist, doch stehen dahinter mehr praktische als dogmatische Überlegungen.

¹² Eingehend RAPP, 67 ff.

¹³ Würde ein Selbstbehalt vereinbart, so stellt sich die Frage, ob dieser gleichwohl regressiert werden kann, wenn die Versicherungsleistungen den ganzen Schaden decken oder gar übersteigen; dazu MÜLLER, 70 ff.

¹⁴ So jedenfalls sieht es RAPP, 134 ff.

Nach VVG 72 gehen auf den Versicherer, soweit er Versicherungsleistungen erbracht hat, all jene Ansprüche über, die dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus *unerlaubter Handlung* zustehen. Uneinig ist man sich zum einen, was unter der unerlaubten Handlung zu verstehen ist, zum anderen aber auch, ob OR 51 II neben der speziellen Regressbestimmung des VVG zum Zug kommt und ob damit eine Besserstellung der Regressstellung verbunden ist.

Das Verständnis der Regressregeln führt über den in BGE 35 II 238 verewigten «Leiterhaken-Fall»¹⁵. Das als unbillig empfundene Urteil war Inspirationsquelle für die in OR 51 II verankerte Regresskaskade. Sie sollte den Ausgleich für die im Entscheid als zu weit empfundene Werkeigentümerhaftung schaffen. Die Regressordnung sollte die Verschuldenshaftung in die Pflicht nehmen, aber auch den Rückgriff auf den involvierten Versicherer eröffnen. Auch wenn die obligationenrechtliche Regressordnung nach dem VVG entstanden ist, muss VVG 72 in diesem Kontext gelesen werden. Mit aller Deutlichkeit hat auch der legendäre Entscheid *Gini/Durlemann*¹⁶ die Verbindung der beiden Bestimmungen gezogen und die Praxis zu VVG 72 nachhaltig geprägt. Das Bundesgericht stellt in diesem Urteil den Schadensversicherer mit dem vertraglich Haftenden auf eine Stufe und limitiert den Regressanspruch des Sachversicherers auf grobfahrlässige Verstösse¹⁷.

Heute mehren sich die Stimmen, die sich *gegen* solche Einschränkungen der Regressmöglichkeiten wehren. Verwiesen wird darauf, dass der Ausdruck unerlaubte Handlung nicht nur die Verschuldenshaftung einschliesse¹⁸, die Regresskaskade angesichts der Gleichwertigkeit der Haftungsgründe nicht mehr zeitgerecht sei¹⁹, die Ermessensanleitung in OR 51 zu starr gehandhabt werde und der Versicherer mit seinem Schadenausgleich den Vertrag erfülle und nicht verletze und daher nicht zu den Haftenden gehöre²⁰.

¹⁵ Die für das Verständnis unumgängliche Entstehungsgeschichte kann bei SCHAER, Grundzüge, N 472 ff. oder WIDMER, 275 ff. nachgelesen werden.

¹⁶ BGE 80 II 247 ff. = Pra 1955 Nr. 18.

¹⁷ Eine eingehende Analyse des Entscheids bei MÜLLER, 90 ff.

¹⁸ Mit dem Begriff der unerlaubten Handlung können auch weitere Haftungstatbestände gemeint sein. Die Systematik stützt diese Sichtweise, denn der zweite Abschnitt des OR ist mit «Entstehung durch unerlaubte Handlung» betitelt und beherbergt nebst der Verschuldenshaftung auch die Tierhalter-, Geschäftsherren- und Werkeigentümerhaftung.

¹⁹ Die Stigmatisierung der Verschuldenshaftung ist mit pönalen Wertungen verbunden und kann heute zumindest aus einer dogmatischen Warte nicht mehr als ethisch wohlabgewogene Prinzip betrachtet werden. Allerdings orientiert sich das allgemeine Rechtsempfinden nach wie vor am Verschulden, die Rechtsentwicklung hat dieses sozusagen überholt.

²⁰ Statt einiger sei auf HONSELL, 570 ff. verwiesen.

Es leuchtet nicht ein, weshalb der Haftpflichtige entlastet werden soll, wenn sich die geschädigte Person Versicherungsschutz verschafft hat. Damit wird eine *falsche Kostenallokation* ausgelöst und die Position der Versicherten zusätzlich dadurch verschlechtert, dass die Deckung durch *Subsidiärklauseln* aus rein regressstaktischen Gründen eingeschränkt wird. Da «die Versicherungsprämien vom Schadenaufwand bestimmt werden, bezahlen letzten Endes diejenige die Zeche, die durch ihre Vorsorge die Haftpflichtigen entlasten»²¹.

Nicht unbeachtet bleiben darf auch *BGE 126 III 521*. In diesem Entscheid hat das Bundesgericht die lange umstrittene Frage, welche Stellung der Arbeitgeber für den *Regress seiner Lohnfortzahlung* einnimmt, mit einer bloss analogen Anwendung von OR 51 II und mit der Einräumung eines integralen Regressrechts beantwortet: «Eine unmittelbare Anwendung dieser Bestimmung fällt ausser Betracht, da der Arbeitgeber nicht zum Kreis der gemäss Art. 51 OR Haftpflichtigen zählt, sondern mit der Lohnzahlung unabhängig vom schädigenden Ereignis seine gesetzliche oder vertragliche Leistungspflicht erfüllt [...]. 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 wenn diese ihre Rechtsstellung bereits im Unfallzeitpunkt erlangt haben [...]»²².

All diese Argumente treffen auch auf den Schadenversicherer zu, den das Bundesgericht neben dem Sozialversicherer auch ausdrücklich erwähnt und den Arbeitgeber diesen gleichstellt. Man darf gespannt sein, ob damit die Privatversicherer bereits aus dem Prokrustesbett der heutigen Regressbestimmungen befreit worden sind, oder ob es dazu noch weitere gesetzgeberische Schritte braucht.

E. Regress des Haftpflichtversicherers

VVG 72 ist für den Sachversicherer konzipiert, nicht aber für den Haftpflichtversicherer. In der Haftpflichtversicherung ist nicht der Versicherte, sondern ein

²¹ KELLER, 202.

²² BGE 126 III 523.

Dritter geschädigt. Die Rechtsprechung wendet VVG 72 daher nur analog an²³. Der Haftpflichtversicherer subrogiert in die Ansprüche des Versicherten, nimmt aber dessen Stellung ein und kann daher auch auf einen Kausalhaftpflichtigen regressieren. Die Analogie leuchtet allerdings kaum ein, denn weder der Tatbestand noch die Rechtsfolge erscheinen passend. Überzeugender wäre die Annahme einer Gesetzeslücke²⁴. Sieht man von der Frage der Anwendung des Haftungsprivilegs in VVG 72 III einmal ab, bestehen aber beim Regress des Haftpflichtversicherers keine Differenzen.

F. Regressmodalitäten

Zur Regressabwicklung finden sich mit Ausnahme des Regressprivilegs in VVG 72 III keine weiteren gesetzlichen Vorgaben.

So fehlt insbesondere eine Regelung des Quotenvorrechts, ebenso aber auch ein Hinweis auf die eng damit verbundenen *Kongruenzgrundsätze*. Das ist mit Blick auf das Alter des VVG verständlich, denn diese Regressmodalitäten haben sich erst in den letzten Jahrzehnten herausgebildet.

Unbestritten kommt das *Quotenvorrecht*, das sich über SVG 88 als allgemeiner Rechtsgrundsatz etablieren konnte²⁵, auch im VVG zum Zuge. Danach genießt die geschädigte Person ein Vorzugsrecht, wenn die Schadenersatzsumme für die Befriedigung des verbleibenden Direktschadens und der Regressansprüche nicht ausreicht, was namentlich bei einer Kürzung der Schadenersatzleistung eintreten kann.

Im Sozialversicherungsrecht gilt das Quotenvorrecht nicht, wenn die Versicherungsleistungen infolge einer Grobfahrlässigkeit gekürzt werden. Die Kürzung soll sich alsdann auch beim Direktschaden bemerkbar machen, was mit der sog. *Quotenteilung* erreicht wird²⁶. Die Quotenteilung ist noch nicht bis ins Privatversicherungsrecht vorgedrungen. Sie macht unter dem Präventionsaspekt aber auch dort Sinn, denn die Kürzung soll auch spürbar sein, wenn konkurrierende Haft-

²³ BGE 116 II 647.

²⁴ So auch OFTINGER/STARK § 11 N 102 mit weiteren Nachw. zu diesem Problemkreis.

²⁵ Zunächst galt der 1958 eingeführte Grundsatz nur für die Strassenverkehrsunfälle, wurde mit BGE 96 II 361 ff. auf das ganze Haftpflichtrecht ausgedehnt und ist seit langem auch im Sozialversicherungsrecht gesetzlich verankert worden, BREHM N 135 ff. zu OR 51; SCHAER, Grundzüge, N 934 ff.

²⁶ Vgl. BECK, Zusammenwirken, 300 ff.

pflichtansprüche im Raum stehen und nicht durch das Quotenvorrecht aus der Welt geschafft werden²⁷.

Der Regress des Versicherers bewegt sich stets im Rahmen der *identischen Schadensposten*. Welche Haftpflicht- und Versicherungsleistung eine solche Übereinstimmung haben, ist im Bereich der Personenschäden durch die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen²⁸, nicht restlos, aber weitgehend klar²⁹.

Im Bereich der Sach- und Vermögensschäden existieren keine Regelungen über die sachliche Kongruenz. Auch in der Sach- und Vermögensversicherung können und sollten solche Differenzierungen aber gemacht werden³⁰.

G. Regressprivileg und Beeinträchtigung des Rückgriffs

VVG 72 III schliesst Personen, die in einer nahen Beziehung zur versicherten Person stehen, vom Regress aus. Das *Regressprivileg* korrespondiert mit VVG 14 III, der eine Leistungskürzung bei leicht fahrlässigem Verhalten von Hausgenossen und Hilfspersonen verbietet. Das Kürzungsverbot würde unterlaufen, wenn der Versicherer auf diese Personen Rückgriff nehmen und auf diesem Wege die Gemeinschaft wirtschaftlich tangieren könnte.

Zudem wird der Versicherte oder Versicherungsnehmer nach VVG 72 II schadenersatzpflichtig, wenn er die Rückgriffsrechte durch sein Verhalten *vereitelt* hat. Dies kann durch das Treffen einer ungünstigen Vereinbarung oder etwa durch die Nichtunterbrechung der Verjährung geschehen. Meist finden sich dazu in den AVB nähere Regelungen.

²⁷ So auch MÜLLER 73 f., der allerdings davon ausgeht, dass die Methode schon heute auch im Privatversicherungsrecht zur Anwendung kommt.

²⁸ Die identischen Leistungen i.S. der sachlichen Kongruenz sind in ATSG 74 zusammengefasst, allerdings nicht abschliessend.

²⁹ In der neueren Rechtsprechung zeigt sich eine gewisse Tendenz, die sachliche sowie die ebenfalls zu beachtende zeitliche Kongruenz aufzulösen. Wohin die Reise geht, lässt sich aber noch nicht erkennen, kritisch BERNHARD STUDHALTER, Gesamtschadenmethode, Saldorechnung und Kongruenzdivergenzen, HAVE 2006, 114 ff.

³⁰ Vorschläge dazu bei SCHAER, Grundzüge N 1162 ff. und MÜLLER, 62 ff., der eine gesetzliche Lösung für wünschenswert hält.

II. Revisionsbedarf und Vorschläge der Expertenkommission

A. Neue Systematik

Der VE-VVG eliminiert die systematischen Fehler des geltenden VVG und unterscheidet nicht mehr zwischen Schaden- und Personenversicherung, sondern zwischen Schaden- und Summenversicherung. Die weitere Einteilung folgt der branchenüblichen Gliederung in Haftpflicht- Rechtsschutz-, Transport-, Kredit- und Kautions-, Lebens- sowie Kranken- und Unfallversicherung. Wie bis anhin gibt es einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil. Dem Besonderen Teil vorangestellt sind gemeinsame Bestimmungen für die einzelnen Versicherungszweige und diese gliedern sich in einen Abschnitt über die Schadens- und einen über die Summenversicherung. Die neuen Koordinationsregeln sind dort zu finden. Nebst den Regressfragen wird bei der Schadensversicherung auch die hier nicht behandelte *Mehrfachversicherung* geregelt³¹.

B. Lösung der Abgrenzungsfrage

Die Expertenkommission ist zum Schluss gelangt, dass es auch mit einer *Legaldefinition* nicht gelingen wird, die nötige Rechtssicherheit in der Abgrenzung von Summen- und Schadensversicherung zu erreichen. Auch soll weder der Richter noch der Gesetzgeber darüber entscheiden, ob die Leistungen kumuliert oder angerechnet werden, der Entscheid muss von den Vertragsparteien gefällt werden.

Die Zuordnung wird neu über zwei Bestimmungen gesteuert. Zum einen über VE-VVG 28 lit. a, der die *Vermutung* aufstellt, dass *Personenversicherungen* Summenversicherungen sind, wenn nichts anderes vereinbart wird. Entscheidend sind also primär die *AVB*. Enthalten sie keinen Hinweis über die Anrechnung der Leistungen, gilt eine Personenversicherung als Summenversicherung. Damit ist auch klargestellt, dass die Expertenkommission jede Versicherung, die einen Personenschaden zum Gegenstand hat, als Personenversicherung betrachtet, also nicht von einem restriktiven Verständnis ausgeht.

In VE-VVG 28 lit. b werden die *Sach- und Vermögensversicherungen* mit dem gleichen Vermutungsmechanismus der Schadensversicherung zugeordnet. Damit wird impliziert, dass es auch ausserhalb der Personenversicherung Summenver-

³¹ VE-VVG 66, Erläuternder Bericht 62 ff.

sicherungen geben kann, was auch in der Systematik und in den Bestimmungen über die Sachversicherung zum Ausdruck³² kommt. So kann nach VE-VVG 69 der Versicherungswert frei vereinbart werden, der Verkehrswert gilt (nur) vermutungsweise. Immerhin muss ein wirtschaftliches Interesse hinter der Vereinbarung stehen, was VE-VVG 4 I entnommen werden kann. Angesichts des aleatorischen Charakters sollte ein Bedarfszweck ausgewiesen sein, auch wenn bei der Quantifizierung ein grosser Freiraum einzuräumen ist. Die Interessenlehre erweist sich zumindest für die Abgrenzungsfrage als notwendig, allen Unkenrufen zum Trotz.

C. Informationspflicht

Bereits nach dem teilrevidierten VVG muss das Versicherungsunternehmen vor Vertragsschluss über das Versicherungsprodukt informieren. Die Informationspflicht beschlägt sowohl nach revVVG 3 wie auch VE-VVG 6 den *Umfang des Versicherungsschutzes*. Dabei muss nicht nur über Art und Höhe der Leistungen orientiert werden, sondern auch darüber, ob die Leistungen kumulativ oder alternativ ausgerichtet werden. Der Erläuternde Bericht hält diesen wichtigen Aspekt ausdrücklich fest³³.

D. Anrechnung und Regress der Schadensversicherungsleistungen

Im Abschnitt über die Schadensversicherung wird zunächst und an sich selbstverständlich festgehalten, dass die Leistungen aus einer Schadensversicherung nicht mit anderen schadenausgleichenden Leistungen kumulierbar sind³⁴.

Im Umfang und zum Zeitpunkt seiner Leistung tritt nach VE-VVG 63 II das Versicherungsunternehmen für die von ihm gedeckten Schadensposten in die Rechte des Versicherten ein. Mit dieser Formulierung wird dem Schadensversicherer das längst fällige *integrale Regressrecht* zugestanden. Auch der Privatversicherer kann nun also gegen sämtliche Ersatzpflichtige vorgehen, auch wenn diese aus Vertrag oder als Kausalhaftpflichtige für den Schaden aufkommen müssen. Mit diesem Schritt wird für die Privat- und Sozialversicherer ein *ein-*

³² Vgl. VE-VVG 69 ff.

³³ Erläuternder Bericht 60.

³⁴ VE-VVG 63 I.

heitliches Regressrecht eingeführt³⁵. Ein Unterschied bleibt insoweit, als der Rechtsübergang nicht mit dem Eintritt des Versicherungsfalles, sondern erst mit und im Umfange der Zahlung der Leistungen erfolgt³⁶.

Freilich führt die Erweiterung der Regressmöglichkeiten auch zu einer Zunahme der Regresse³⁷. Die Neuregelung des Regressrechts bringt aber vor allem *Erleichterungen*. So muss nicht mehr darüber diskutiert werden, ob den Kausalhaftpflichtigen ein Verschulden trifft oder ob die Vertragsverletzung als grobfahrlässig zu qualifizieren ist. Auch dürfte die eine oder andere Subsidiärklausel aus den AVB verschwinden. So auch der Kunstgriff in der Bauwesenversicherung, wo über die Bevorschussung der Leistungen die Regressordnung überspielt wird³⁸.

VE-VVG 63 II geht den allgemeinen Regressbestimmungen OR 50 f. vor und lässt im Gegensatz zum dispositiven VVG 72 I aufgrund seiner zwingenden Ausgestaltung keine Raum mehr für Abreden, die den Versicherungsnehmer oder Versicherer benachteiligen können. Ausgeschlossen ist insbesondere die Abtretung der Ansprüche. Diese gehen erst mit der Bezahlung auf den Versicherer über.

E. Quotenvorrecht und Quotenteilung

Neu enthält das VVG auch eine Bestimmung über das *Quotenvorrecht* und die Quotenteilung. Dahinter steht das Bestreben, die Regressbestimmungen des VVG an diejenigen des Sozialversicherungsrechts möglichst anzugleichen³⁹. VE-VVG 64 und ATSG 72 I und II weisen denn auch beinahe identische Formulierungen auf.

³⁵ Dies wurde schon von einer Arbeitsgruppe der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungsrecht (SGVR heute SGHVR) als wünschbar erachtet, vgl. MAURER, Kumulation und Subrogation, 106. Demgegenüber schlägt BREHM in seinem VVG-Entwurf vom 29.01.1996, den er ebenfalls im Auftrag der Gesellschaft erstellt hat, die Streichung der Subrogationsbestimmung und die alleinige Anwendung von OR 51 II vor. Nach richtiger Ansicht ist OR 51 auf den Versicherer gar nicht direkt anwendbar, weshalb die Regressfrage noch nicht gelöst wäre.

³⁶ Auch für den Privatversicherer wird vereinzelt ein Rechtsübergang im Zeitpunkt des versicherten Ereignisses gefordert, doch macht die damit einhergehende Kanalisierung der Ansprüche keinen Sinn. Der Versicherte soll wählen können, gegen wen er vorgehen will. Dieses Recht wird ihm genommen, wenn der Rechtsübergang auf den Zeitpunkt des Schadeneignisses verlagert wird.

³⁷ Abhilfe könnten Regressabkommen mit Bagatellklauseln und fixen Quotierungen schaffen, die früher verbreitet waren und mit einem integralen Regressrecht stark vereinfacht würden.

³⁸ Dazu STEPHAN FUHRER, Versicherung von Bauschäden, in: Baurechtstagung der Universität Freiburg, Tagungsband, Freiburg 2005, 179 f.

³⁹ Vgl. dazu auch den Beitrag von BETTINA KAHIL-WOLFF in diesem Tagungsband.

Damit gibt es nun also auch im VVG erstmals eine *Quotenteilung*. Die Einführung der Quotenteilung rechtfertigt sich aus Gründen der Prävention, aber auch, weil die Gemeinschaft der Versicherten nicht mit Kosten belastet werden soll, die auf grobe Nachlässigkeiten zurückführen. Die zwingende Ausgestaltung der Regressbestimmungen kann aber nicht verhindern, dass Versicherungsgesellschaften eine Deckung der Grobfahrlässigkeit anbieten, denn die Kürzungsregelung VE-VVG 32 II ist nur relativ zwingend.

VE-VVG 64 I bringt auch das *Kongruenzerfordernis* zum Ausdruck. Die Leistungen müssen «mit dem von einem Dritten für den gleichen Zeitraum geschuldeten Ersatz» korrespondieren und zudem «den entsprechenden Schaden» betreffen, womit eine zeitliche und sachliche Übereinstimmung erforderlich ist. Auf die Aufzählung der als kongruent betrachteten Leistungskategorien wird verzichtet. Für die Personenschäden wird man sich an ATSG 74 orientieren, der allerdings nicht abschliessend ist und z.B. den Rentenschaden nicht aufführt. Angesichts der freien Produktegestaltung, aber auch der Rechtsentwicklung im Haftpflichtrecht, würde ein gesetzlicher Kongruenzraster kaum Sinn machen.

Offen lässt auch das neue VVG, ob es ein *fiktives Quotenvorrecht* geben kann⁴⁰. Nach dem Wortlaut ist die Frage eher zu bejahen, in der Praxis sollte eine faire Schadenerledigung solche Situationen möglichst vermeiden

F. Voraussetzungen des Rückgriffs

Nebst dem Quotenvorrecht bindet VE-VVG 65 die Versicherer bei der Regressausübung weiter zurück. So darf das Versicherungsunternehmen die Rückgriffsansprüche nur in dem Umfang ausüben, als die geschädigte Person nicht benachteiligt wird. Angesprochen ist damit das *Befriedigungsvorrecht*, das als «vollstreckungsrechtliche» Ergänzung neben das Verteilungsvorrecht tritt.

Nach dem Quotenvorrecht genießt der Versicherte oder Geschädigte bis zur Höhe des vollen Schadens den Vorrang, auch wenn nur eine geteilte Haftung vorliegt. Das Befriedigungsvorrecht betrifft demgegenüber die Konstellation, dass die haftpflichtige Person infolge Insolvenz oder mangelnder Deckung durch den Haftpflichtversicherer nicht in der Lage ist, die an sie gerichteten Forderungen zu befriedigen⁴¹. In der praktischen Umsetzung bedeutet dies, dass der Versicherer erst dann auf den Haftpflichtigen greifen kann, wenn dieser an den Geschädigten Zahlung geleistet hat.

⁴⁰ MÜLLER, 67 ff. mit Hinweisen auf die kontroverse Literatur

⁴¹ BECK, Zusammenwirken N 6.138 f.

Absatz 2 enthält das *Regressprivileg*, das aber anders als jenes in VVG 72 III nicht nur gewisse Personenkreise einschliesst, sondern offener formuliert ist. Zukünftig soll eine Einschränkung oder ein Ausschluss des Rückgriffs möglich sein, wenn besondere Umstände vorliegen. Eine solch flexible Ausgestaltung des Regressprivilegs wird auch im VE zur Haftpflichtrevision vorgeschlagen. Die Autoren des Vorentwurfs taxieren die Regelung von VVG 72 III als «zu streng hinsichtlich der Voraussetzungen und zu eng hinsichtlich des Inhalts»⁴².

Der nun auch von der Expertenkommission gemachte Gesetzesvorschlag ermöglicht es, nebst den privilegierten familiären und vertraglichen (Hilfspersonenverhältnis) Beziehungen auch *weitere Elemente* zu berücksichtigen. Die Formulierung lässt es zu, den Rückgriff etwa auch dann auszuschliessen, wenn die haftpflichtige Person dadurch in eine finanzielle Notlage gerät, die Schädigung anlässlich einer Gefälligkeit verursacht wurde oder der Regresspflichtige, z.B. als Mieter, die Prämien mitfinanziert hat⁴³. Neu gilt das Regressprivileg nicht mehr absolut, es kann auch umfangmässig beschränkt werden. Das *Rechtsfolgeermessen* verleiht der Regelung zusätzliche Beweglichkeit. Der Gefahr der Rechtsunsicherheit und Rechtsungleichheit, die mit einer solchen Regelung verbunden ist, muss mit Fallgruppen begegnet werden.

Nicht mehr aufgeführt ist im Expertenentwurf die *Beeinträchtigung des Rückgriffs* durch den Versicherungsnehmer oder Versicherten. Da den Betroffenen häufig ohnehin nicht bewusst ist, wie sie sich optimal gegenüber potentiellen Regressansprüchen verhalten sollen, erfordert das «Vereitelungsverbot» eine Konkretisierung in den AVB. Es kann daher auf eine gesetzliche Regelung verzichtet werden. Der Sachverhalt wird zudem auch von der Schadenminderungspflicht erfasst⁴⁴. Als Rechtsfolge resultiert alsdann eine Anspruchskürzung und nicht eine Schadenersatzpflicht⁴⁵, denn die Schadenminderung ist eine Obliegenheit⁴⁶.

⁴² WIDMER/WESSNER, 184.

⁴³ Er ist Hilfsperson des Vermieters und profitiert nach richtiger Ansicht bereits heute vom Regressprivileg, ausführlich und in diesem Sinne MÜLLER, 116 ff.

⁴⁴ Sie ist in VE-VVG 23 zu finden.

⁴⁵ So aber die heutige Regelung; GRABER, N 51 ff. zu VVG 72 und zur Frage, ob auch Unterlassungen von der Bestimmung erfasst oder über die Rettungspflicht zu sanktionieren sind, a.a.O. N 50.

⁴⁶ Eine sehr detaillierte Regelung im Sinne einer Obliegenheit sieht der deutsche Entwurf zur Versicherungsvertragsreform vor: «Der Versicherungsnehmer hat seinen Ersatzanspruch oder ein zur Sicherung dieses Anspruchs dienendes Recht unter Beachtung der geltenden Form- oder 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 infolge dessen 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

G. Regress des Haftpflichtversicherers

Der Vorentwurf verzichtet auf eine eigene Regressbestimmung für die Haftpflichtversicherer⁴⁷. Die Subrogationsnorm erfasst nach Ansicht der Expertenkommission auch den Regress des Haftpflichtversicherers, so wie dies auch in Deutschland und im Fürstentum Liechtenstein mit ähnlichen Bestimmungen gesehen wird. Mit der Einführung des direkten Forderungsrechts auch bei der freiwilligen Versicherung⁴⁸ wird der Haftpflichtversicherer Teil der Solidargemeinschaft, sodass nun auch die Anwendung von OR 50f./149 in die Nähe rückt. Der Haftpflichtversicherer, der sich mit dem direkten Forderungsrecht zwischen den Geschädigten und den Schadenverursacher schiebt, lässt sich aber nicht ohne weiteres ins Schadenausgleichssystem einordnen.

Im Unterschied zum Eigenschadenversicherer übernimmt der Haftpflichtversicherer mit der Zahlung die Stelle der versicherten Person bis zur Höhe des bezahlten Betrags und tritt in die Rechte ein, die der versicherten Person gegen mithaftpflichtige Drittpersonen zustehen. Die Höhe der Regressforderung bestimmt sich nach den Vorschriften über die interne Verteilung der Solidarschuld und erfolgt entweder im Wege der Kaskadenordnung hierarchisch oder (und besser!) nach der sektoriellen Verteilung, die sämtliche Umstände des Haftungsereignisses bei der Aufteilung einbezieht.

Bezahlt der Haftpflichtversicherer mehr als er schuldet, erbringt also eine *freiwillige Leistung*, so ist zweifelhaft, ob ihm für den nicht geschuldeten Teil ein Regressanspruch zusteht⁴⁹. Keinen Regress kann es jedenfalls geben, wenn kein haftpflichtrechtlich relevanter Schaden vergütet worden ist.

Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen; die Beweislast für das Nichtvorliegen einer groben Fahrlässigkeit trägt der Versicherungsnehmer» (§ 86 des deutschen Entwurfs).

Auch der Entwurf BREHM sieht eine gegenüber VVG 72 II etwas weitergehende Fassung vor: «Der Anspruchsberechtigte hat den Versicherer, auf dessen Verlangen und dessen Kosten, bei der Durchführung des gesetzlichen Rückgriffsrechts des Versicherers gegen den schadensverursachenden Dritten tunlichst zu unterstützen» (Art. 60 II des BREHMSCHEN Entwurfs).

⁴⁷ Anders der Vorentwurf Haftpflichtrecht, der in Art. 54f eine Regressbestimmung für den Haftpflichtversicherer aufführt: «Mit der Zahlung der Ersatzleistung an die geschädigte Person tritt der Versicherer bis zum Betrag dieser Zahlung in die Rückgriffsrechte der versicherten Person gegen andere Mithaftpflichtige ein.» Kritisch dazu HONSELL 574 f., der aber übergeht, dass der Haftpflichtversicherer nur mit einem Direktanspruch ohne weiteres zum Regress zugelassen wird, dem aber zuzustimmen ist, wenn er die analoge Anwendung von VVG 72 ablehnt.

⁴⁸ VE-VVG 74. In der freiwilligen Versicherung kann der Versicherer der geschädigten Person Einreden aus dem Versicherungsverhältnis entgegen halten, denn der Einredenausschluss gilt nur in der Pflichtversicherung.

⁴⁹ Das Problem der Regressfähigkeit freiwilliger Leistungen stellt sich generell für die Schadensversicherung, vgl. dazu, MÜLLER, 84 ff.; GRABER, N 35 zu VVG 72, der mit BGE 120 II 63 den Regress bejaht, wenn trotz Kürzungsmöglichkeiten oder anderer versicherungsvertraglicher Einwendungen geleistet wird.

In einigen AVB werden die Regressansprüche von der Deckung ausgeschlossen. Solche *Regressausschlussklauseln* finden sich v.a. in den Betriebshaftpflichtversicherungen. In Anlehnung an VVG 59 wird zwischen den Regressansprüchen gegenüber den Arbeitnehmern und gegenüber Personen unterschieden, die mit der Leitung und Beaufsichtigung des Betriebes betraut sind. Die AVB ziehen den Kreis der versicherten Personen zwar regelmässig weiter als dies VVG 59 vorschreibt, schliessen aber Regress- und Ausgleichsansprüche gegen «gewöhnlichen» Arbeitnehmer von der Deckung aus⁵⁰. Damit will man vor allem die Regresse der Suva abwenden, weshalb man auch von der Suva-Klausel spricht. Regressausschlussklauseln sind neuerdings aber auch in den AVB der Privathaftpflichtversicherung anzutreffen.

Ob solche Ausschlüsse überhaupt gültig vereinbart werden können oder ob sie gegen *Treu und Glauben* verstossen oder gar missbräuchlich sind⁵¹, kann hier offen bleiben. Dass die Deckungslücke gravierende Konsequenzen hat, man denke nur an Forderungen aus Personenschäden, die sich schnell in Millionenhöhe bewegen, ist offensichtlich. Der Versicherungsnehmer wiegt sich in der falschen Sicherheit, dass auch die Regressansprüche gedeckt sind. Abzulehnen ist der Deckungsausschluss auch unter dem Gesichtspunkt der sachgerechten Kostenverteilung und eine Inhaltskontrolle dürfte er wohl kaum überleben⁵².

Die Expertenkommission ist der Auffassung, dass Regressausschlussklauseln mit der *Zielsetzung* der Haftpflichtversicherung nicht vereinbar sind. Der Revisionsvorschlag bringt daher eine absolut zwingende Bestimmung, wonach neben den Direkt- auch die Regressansprüche gedeckt sein müssen.

Dagegen verzichtet der Vorentwurf auf eine Bestimmung, die eine Einschränkung der Deckung im Zusammenhang mit der *grob-fahrlässigen Herbeiführung* des Versicherungsfalles untersagt. In zwei Gutachten von EMIL W. STARK und ROLAND SCHAER wurde die Kürzung nach VVG 14 II bei dieser Konstellation als unzulässig betrachtet⁵³. Auch bei Regressforderungen rechtfertigen sich aber die aus Präventions- und Selektionsgründen vorgenommenen Leistungskürzungen.

⁵⁰ Die Klauseln lauten meist wie folgt:
Versichert ist die Haftpflicht
- des Versicherungsnehmers als Betriebsinhaber [...];
- des Vertreters des Versicherungsnehmers sowie der mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen [...];
- der Arbeitnehmer und übrigen Hilfspersonen des Versicherungsnehmers [...]. Ausgeschlossen bleiben jedoch Regress- und Ausgleichsansprüche Dritter für Leistungen, die sie den Geschädigten ausgerichtet haben.

⁵¹ Kritisch LÄUBLI, 26 ff.

⁵² Ablehnend unter diesem Aspekt MÜLLER, 157 ff.

⁵³ Die Gutachten sind bei LÄUBLI, 30 Fn. 11 und 12 zitiert, bislang aber nicht veröffentlicht worden.

Es ist nicht ersichtlich, wie die unterschiedliche Behandlung von Direkt- und Regressansprüchen begründet werden sollte⁵⁴. Die in VE-VVG 32 geregelte Grobfahrlässigkeitskürzung ist nicht absolut zwingend, weshalb auch weiterhin grobfahrlässig verursachte Schäden versichert werden können.

III. Offengelassene Fragen

A. Verjährung der Regressansprüche

Die Verjährung der Regressansprüche regelt der Vorentwurf gleich wie das geltende Recht nicht. Während bei originären Regressanspruch die Verjährungsfrage umstritten ist, geht man bei einer subrogierten Forderung davon aus, dass mit der Verjährung der Hauptforderung *gleichzeitig* die Verjährung der Regressforderung beginnt. Die Regressforderung kann daher verjährt sein, bevor der Regressanspruch fällig wird, und dies ist der Tag der Befriedigung des Versicherten oder geschädigten Dritten⁵⁵.

Auch der regressierende Versicherer profitiert allerdings von den deutlich *verlängerten Verjährungsfristen*, die in VE-VVG 55 vorgeschlagen werden, doch ist fraglich, ob dies genügt. Die Regressposition wäre besser geschützt, wenn der dies a quo im Zeitpunkt der Leistungserbringung gesetzt würde. Eine solche Regelung findet sich in SVG 83 III und RLG 39 III. Danach verjährt die Regressforderung innert zwei Jahren ab dem Tag, an dem die Leistung voll erbracht wurde und die haftpflichtige Person bekannt war. Auch der Vorentwurf für die Haftpflichtrevision regelt die Verjährung der Regressforderungen abweichend von der Grundforderung. Nach VE 55c beträgt die Frist drei Jahre ab Leistungserbringung und Kenntnis des Haftpflichtigen⁵⁶. Dies wäre auch für das VVG eine diskutabile Lösung.

B. Solidarität im Innenverhältnis

Im geltenden Recht ist man sich weitgehend einig, dass es im Regress keine Solidarität gibt. Die Regresspflichtigen haben nur anteilmässig nach der auf sie entfallenden Quote einzustehen.

⁵⁴ Erläuternder Bericht 69.

⁵⁵ Hier kann heute die ergänzende Anwendung von OR 51 II hilfreich sein, wo die Verjährung erst mit der Zahlung beginnt; FELLMANN, 16.

⁵⁶ WIDMER/WESSNER, 222 ff.

Mit ATSG 72 II wurde die einst heftig umstrittene Frage, ob es auf Regressstufe eine Solidarität geben kann, zugunsten der Solidarität entschieden⁵⁷. Auch wenn nun ein integrales Regressrecht eingeführt und die Regressmodalitäten insgesamt angeglichen werden, sollte auf diesen Schritt verzichtet werden⁵⁸. Mit dem Regress soll eine *endgültige Aufteilung des Schadens* bei einer Mehrheit von Leistungspflichtigen erreicht und bestimmt werden, wer letztlich den Schaden tragen soll. Die interne Aufteilung korrigiert die im Aussenverhältnis durch den Geschädigten willkürlich gewählte Schadensüberwälzung. Die neue Subrogationsbestimmung befreit zwar die Privatversicherer von der Kaskadenordnung, nicht aber davon, die einzelnen Regressanteile zu bestimmen. Nur mit einer quotenmässigen Aufteilung lässt sich das Regressziel, die endgültige Schadensliquidation unter mehreren Leistungspflichtigen, erreichen. Die Zulassung der Solidarität im Regress löst einen unerwünschten Kettenregress aus, bei dem die Haftungsquote stets aufs neue auszuhandeln wäre und zudem riskiert wird, dass jener auf dem Schaden sitzen bleibt, der im Innenverhältnis gerade nicht beteiligt werden soll⁵⁹.

C. Stellung des Privatversicherers in der Gemeinschaft mit Sozialversicherern

Im Bereich der Personenschäden konkurrieren die Leistungen eines Privatversicherers häufig mit jenen der Sozialversicherer. Die Sozialversicherer verfügen – heute gestützt auf ATSG 72 I – über ein integrales Regressrecht. Sie treten im Zeitpunkt des Ereignisses und nicht erst mit der Leistungserbringung in die Ansprüche der versicherten Person (und ihrer Hinterlassenen) ein. Die beteiligten Sozialversicherer werden zu einer Gesamtgläubigerschaft zusammengefasst und gleichen ihre Forderungen proportional, im Verhältnis der erbrachten Leistungen aus⁶⁰. Keine gesetzliche Regel existiert, wenn sich die *Koordinationsgemeinschaft aus Sozial- und Privatversicherern* zusammensetzt.

⁵⁷ Kurz vor dem Inkrafttreten hat auch das Bundesgericht im Urteil 4C.208/2002 vom 19.11.2002, E. 2 die Solidarität befürwortet.

⁵⁸ A.M. MÜLLER, 32.

⁵⁹ Eine Korrektur drängt sich nur auf, wenn ein Regresspflichtiger infolge Zahlungsunfähigkeit ausfällt. Als dann sollen nicht die Versicherer, sondern die Ersatzpflichtigen den Ausfall tragen. Nicht so aber, wenn der Ausfall auf ein Regressprivileg zurückführt. Die Freistellung zieht ihre Motive aus der Verbundenheit der beteiligten Personen und wird durch die versicherungsrechtliche Regresssperre ausgelöst. Der Regressanspruch ist daher auf den Anteil zu beschränken, den der Haftpflichtige tragen müsste, wenn der Schaden ausgleich nicht gestört wäre; der Ausfall gehört in die Sphäre der Versicherer, vgl. auch MÜLLER 81 ff. und die dort zitierte kontroverse Literatur.

⁶⁰ ATSV 16.

Nebst der *Proportional-Methode* wird für die Aufteilung des Regresssubstrats auch die Ansicht vertreten, dass der Zeitpunkt des Rechtsübergangs massgebend sein soll, was die Sozialversicherer privilegiert, da die übrigen Versicherer auf den verbleibenden Rest verwiesen sind. Eine Privilegierung findet aber auch nach der sog. Entflechtungsmethode statt⁶¹, da auch sie die Privatversicherer schlechter stellt als die Proportional-Methode⁶². Überzeugen kann nur die Gleichbehandlung der involvierten Versicherer, die mit der Proportional-Methode gewährleistet ist und die auch in der praktischen Handhabung besticht.

D. Regress der überobligatorischen Pensionskassenleistungen

Nach wie vor nicht gelöst ist auch der Regress der überobligatorischen Pensionskassenleistungen, auf die das VVG aber nur analog anwendbar ist. Zwar wurde im Rahmen der ersten BVG-Revision auch für die Pensionskassenleistungen ein Subrogationsrecht nach dem Muster von ATSG 72 ff. eingeführt⁶³. Im Bereich der weitergehenden Vorsorge gelten aber nach wie vor die gemeinen Regressregeln, d.h., es kommt nach herrschender Ansicht OR 51 II zum Zuge⁶⁴. Nachdem BGE 126 III 521 dem Arbeitgeber ein integrales Regressrecht eingeräumt hat, muss dieser Schritt auch für die Pensionskassen gemacht werden⁶⁵.

IV. Ein Wurf für die nächsten hundert Jahre

Die Vereinheitlichung der Regressmodalitäten für sämtliche Versicherer dürfte heute kaum mehr auf grossen Widerstand stossen. Der Schritt ist seit langem fällig und hätte schon vor hundert Jahren gemacht werden sollen. Viele Komplikationen wären damit jedenfalls erspart geblieben. Er führt zu einer Gleichbehandlung der Versicherer, vereinfacht die Regressabwicklung und dürfte daher für die nächsten hundert Jahre durchaus Bestand haben. Die neue Regelung verbessert nicht nur die Stellung der Versicherer, sondern auch jene der Versiche-

⁶¹ LUKAS DINGER, Zusammentreffen von Rückgriffen, in: Das Verschulden im Wandel des Privatversicherungs-, Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts, hrsg. von Roland Schaer/Jean-Louis Duc/Alfred Keller, Basel und Frankfurt a.M. 1992, 339 ff.

⁶² Vgl. zu den verschiedenen Aufteilungsmethoden auch RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, N 1100 ff.; DIESELBE, Subrogation, 420 ff.; MÜLLER, 48 ff.

⁶³ Die am 1.1.2005 in Kraft getretene Regelung findet sich in BVG 34b sowie BVV 2 27 und 27a-f.; ein Überblick zur neuen Regelung bei BECK, HAVE 2004, 335 ff.

⁶⁴ Diese Positionierung der Vorsorgeeinrichtung wird auch in einer Empfehlung von BSV, SVV und Suva erneut bekräftigt, abgedruckt in HAVE 2006, 188 ff.

⁶⁵ Ebenso RUMO-JUNGO, Zusammenspiel, 444.

rungsnehmer und Versicherten. Die Angst der Versicherer, auf dem Schaden sitzen zu bleiben, hat zu Ausschlüssen und Subsidiärklauseln geführt, die wenig konsumentenfreundlich sind. Zudem beeinflussen die Regresseinnahmen auch die Prämien, alles Gründe, die Regressordnung schon de lege lata in diese Richtung zu lenken, wofür das Gesetz genügend Spielraum lässt, die Lehre viel Support bietet und das Fehlen vergleichbarer Komplikationen in ausländischen Rechtsordnungen die letzten Zweifel beseitigen sollte. Mit der über Vermutungen und die AVB gesteuerten Abgrenzung der Summen- und Schadensversicherung und der neuen Systematik des VVG gewinnt man zudem viel Rechtssicherheit, die man im heutigen VVG schmerzlich vermisst.

Literaturauswahl zum Koordinationsrecht

BECK PETER, Zusammenwirken der Schadenausgleichssysteme, in: Schaden – Haftung – Versicherung, hrsg. v. Peter Münch/Thomas Geiser, Basel/Genf/München 1999, 235 ff.

BOSSHARD ROBERT/DAXELHOFFER HANS/JAEGER BERNARD, Die Bedeutung des Verschuldens im Rahmen von OR 51 II und VVG 72, in: Das Verschulden im Wandel des Privatversicherungs-, Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts, hrsg. von Roland Schaer/Jean-Louis Duc/Alfred Keller, Basel/Frankfurt a.M. 1992, 339 ff.

BREHM ROLAND, Entwurf eines neuen Versicherungsvertrags-Gesetzes zu Handen der Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungsrecht, Entwurf und Kommentar, Bottmingen 1996.

BREHM ROLAND, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unterlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 3. Aufl., Berner Kommentar, Bd. VI, 1. Abt., 3. Teilband, 1. Unterteilband, Bern 2006.

BREHM ROLAND, Le contrat d'assurance RC, 2.A. Basel/Frankfurt a.M. 1997.

FELLMANN WALTER, Regress und Subrogation: Allgemeine Grundsätze, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, hrsg. v. Alfred Koller, St. Gallen 1999, 1 ff.

HONSELL HEINRICH, Ungeklärte Fragen des Regresses nach Art. 72 VVG, in: Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, hrsg. von Thomas Geiser/Thomas Koller/Ruth Reusser/Hans Peter Walter/Wolfgang Wiegand, Bern 2002), 569 ff.

KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, 2. A. Bern 1998.

KIESER UELI, ATSG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zürich 2003.

KOENIG WILLY, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern 1967.

KOENIG WILLY, Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig? ZSR 81 II (1962), 129 ff.

MÜLLER ALEXANDER, Regress im Schadenausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers, Diss. St. Gallen 2006.

LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, Deckungsausschlüsse für Regressansprüche, HAVE 2004, 26 ff.

MAURER ALFRED, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A. Bern 1995.

MAURER ALFRED, Kumulation und Subrogation in der Sozial- und Privatversicherung. Ein Beitrag zur Harmonisierung der Gesetzgebung. Bericht der von der «Schweizerischen Gesellschaft für Versicherungsrecht» eingesetzten Arbeitsgruppe, Bern 1975.

RAPP ADRIAN, Das Übererschadigungsverbot im schweizerischen Privatversicherungsrecht, Diss. Basel 2000.

RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Zusammenspiel zwischen Haftpflicht und beruflicher Vorsorge unter Berücksichtigung des Vorentwurfs für die Haftpflichtrevision, ZBJV 2002, 433 ff.

RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Subrogation im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses. Vier Sonderfragen, in: Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz (NVB) und des Nationalen Garantiefonds Schweiz (NGD), hrsg. v. Metzler Martin/Fuhrer Stephan, Basel 2000, 409 ff.

RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Haftpflicht und Sozialversicherung, Freiburg 1998.

RÜTSCHER JOSEF/DUCKSCH PETRA, Schadens- und Summenversicherung, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, hrsg. v. Alfred Koller, St. Gallen 1995, 39 ff.

SCHAER ROLAND, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M. 1984.

SCHAER ROLAND, Hard cases make bad law oder OR 51 II und die regressierende Personalvorsorgeeinrichtung, recht 1991, 12 ff.

STEIN PETER, Neuordnung des Regresses im Schweizerischen Privatrecht oder der mobile Leiterhaken, in: Collezione Assista, Genf 1998, 704 ff.

STOESSEL GERHARD, Schadens- und Summenversicherung: Diskussion seit hundert Jahren, in: Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz (NVB) und des Nationalen Garantiefonds Schweiz (NGD), hrsg. v. Metzler Martin/Fuhrer Stephan, Basel 2000, 504 ff.

WEBER STEPHAN, Privatversicherung, in: Schaden – Haftung – Versicherung, hrsg. v. Peter Münch/Thomas Geiser, Basel, Genf, München 1999, 129 ff.

WEBER STEPHAN, Kumul der «Ersatzeinkünfte» bei der Versorgerschadenberechnung, SVZ 1997, 65 ff.

WIDMER PIERRE, Ethos und Adäquanz der Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR, in: Festschrift Assista 1968–1978, Genf 1979, 269 ff.

WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern 2000.