

# Ungeklärte Fragen des Regresses nach Art. 72 VVG\*

Prof. Dr. Heinrich Honsell, Zürich

- I. Einleitung
- II. Der Regress des Eigenschadenversicherers
- III. Versicherungsrechtliche Neuerungen im Vernehmlassungsentwurf zur Reform des Haftpflichtrechts
- IV. Regress gegen Dritte, deren Interessen mitversichert sind
- V. Zusammenfassung

## I. Einleitung

Obleich sich das schweizerische VVG in den nun bald 100 Jahren seines Bestehens im Ganzen durchaus bewährt hat, gibt es doch etliche Probleme, die das Gesetz nicht befriedigend löst und auf die auch Rechtsprechung und Lehre oft nicht die richtige Antwort finden.<sup>1</sup> Hierher gehören, um nur einige wenige Beispiele zu nennen, das Prinzip der Unteilbarkeit der Prämie nach Art. 24 VVG; der Deckungsausschluss bei Verletzung der Anzeigepflicht nach Art. 6 trotz Fehlens der Kausalität; die fehlerhafte gesetzliche Unterscheidung zwischen Schadensversicherung (Art. 48 ff. VVG) und Personenversicherung (Art. 73 ff. VVG)<sup>2</sup>; der alte und immer noch ungeklärte Streit, ob in der Haftpflichtversicherung das befürchtete Ereignis mit der Entstehung des Haftpflichtanspruchs verwirklicht ist oder erst mit dessen Geltendmachung durch den Geschädigten<sup>3</sup>. Auch die zahlreichen Unklarheiten bei der Frage des Regresses und insbesondere die Anwendung von Art. 51 OR auf den Versicherungsvertrag gehören hierher.

---

\* Ich widme diesen Beitrag dem verehrten Kollegen Hausheer in Dankbarkeit für vielfältige literarische Anregungen.

<sup>1</sup> Vgl. insbes. die Kritik von GAUCH, Das VVG – alt und revisionsbedürftig! recht 1990, 65; JARA/KÖHNE, Konsumentenschutz in der Assekuranz, SVZ 1997, 209 ff.; S. FUHRER, Konsumentenschutz im Versicherungsrecht, HAVE 2002, 1 ff.

<sup>2</sup> Die richtige Distinktion lautet: Schadens- und Summenversicherung, näher dazu HONSELL Mél. Schmidlin (1998) 279.

<sup>3</sup> Vgl. die Nachweise bei VVG-NEF Art. 9 N 16.

Der Gesetzgeber hat bislang die Revision des VVG nur recht zaghaft an die Hand genommen. Es gibt einen Vernehmlassungsentwurf zu einer Teilrevision<sup>4</sup>, der allerdings nur einige wenige Mängel beseitigen wird. So soll (endlich!) die bereits genannte Anzeigenpflichtverletzung nur dann zu einer Leistungsbefreiung des Versicherers führen, wenn ein Kausalzusammenhang besteht<sup>5</sup>. Beseitigt wird auch das unverständliche Prinzip der Unteilbarkeit der Prämie. Schliesslich wird die Vertretungsmacht der Agenten neu geregelt<sup>6</sup>.

Nicht geregelt ist im Entwurf die seit langem umstrittene Frage des Regresses des Eigenschadenversicherers, der wir uns nun zuwenden.

## II. Der Regress des Eigenschadenversicherers

Hat der Versicherer bei einer Schadensversicherung (z.B. Hausrat-, Autokasko- oder Krankenversicherung) den Sach- oder Personenschaden des Versicherten ersetzt, so darf dies einen etwa vorhandenen Schädiger nicht entlasten. Da es andererseits dem Bereicherungsverbot widerspräche, wenn der Geschädigte neben der Versicherungssumme noch Schadenersatz von einem Dritten erhielte, bestimmt Art. 72 VVG, dass Ansprüche gegen Dritte aus unerlaubter Handlung kraft Gesetzes auf den Versicherer übergehen, soweit er Entschädigung geleistet hat. Typische Anwendungsbeispiele sind etwa die Folgenden: Eine Hausratversicherung bezahlt den Schaden aus einem Einbruchsdiebstahl. Der Anspruch des Versicherten gegen den Dieb geht auf den Hausratversicherer über. Ein Wagen wird durch Verschulden eines anderen Autofahrers beschädigt. Die Kaskoversicherung des Geschädigten hat den Schaden ersetzt und nimmt Regress beim Haftpflichtversicherer des Schädigers.

Eine Krankenversicherung hat unfallbedingte Heilungskosten getragen. Sie kann ebenfalls beim Haftpflichtversicherer des Unfallverursachers Regress nehmen.

Art. 72 VVG hatte von Anfang an den Mangel, dass er seinem Wortlaut nach nur für Ansprüche aus unerlaubter Handlung gilt, nicht hingegen für solche aus Vertragsverletzung oder Kausalhaftung<sup>7</sup>. Anstatt diese planwidrige Lücke durch Auslegung bzw. Analogie zu schliessen, wendet die h.L. in Rechtsprechung und Schrifttum neben Art. 72 VVG auch Art.

---

<sup>4</sup> Revision des Aufsichtsrechts betreffend die privaten Versicherungsunternehmen und Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag. Erläuternder Bericht und Vorentwürfe vom August 1998, BBl 1998, 4679. Die Vernehmlassungsfrist ist am 31.12.1998 abgelaufen. Das Vorhaben stagniert. Auch eine Botschaft gibt es noch nicht.

<sup>5</sup> Vgl. dazu S. FUHRER HAVE 2002, 1, 4 ff.

<sup>6</sup> Auch hierzu S. FUHRER aaO. 2002, 1, 5.

<sup>7</sup> Anders und richtig der deutsche und österreichische § 67 VVG, wo allgemein von Schadenersatzansprüchen die Rede ist.

51 Abs. 2 OR an, bezieht also den Versicherer in den Regress der Gesamtschuldner ein<sup>8</sup>. Dieser irrigen Auffassung hat sich leider auch der Reformentwurf zum Haftpflichtrecht angeschlossen (Art. 54a und 53c VE-OR). Ehe wir hierauf eingehen, ist indes kurz die Kritik an der h.L. zu erneuern<sup>9</sup>.

Art. 51 OR statuiert eine Solidarhaftung bei Konkurrenz von Delikt, positiver Vertragsverletzung und sonstiger Haftung aus Gesetz (namentlich bei Kausalhaftung). Der erste Einwand gegen die h.L. ist der, dass der Versicherer unter Art. 51 Abs. 2 OR schon deshalb nicht subsumiert werden kann, weil er nicht aus Vertrag Schadenersatz wegen Vertragsverletzung schuldet, sondern Risikodeckung aus dem Versicherungsvertrag. Der Versicherer ist nicht Haftpflichtschuldner. Der zweite Einwand geht darin, dass die in Art. 51 Abs. 2 OR vorgesehene Rangfolge des Regresses (Delikt, Vertrag, Haftung ohne Verschulden aufgrund Gesetzes) für den Versicherungsvertrag in keiner Weise passt. Die Weisheit dieser auf Eugen Huber zurückgehenden sog. „Regresskaskade“ ist überhaupt umstritten. Gilt den einen die Regel als „wohlabgewogenes ethisch fundiertes Prinzip“<sup>10</sup>, sprechen die anderen von „fehlerhafter Wertungsanleitung“<sup>11</sup>. Der Grundgedanke ist der, dass die zuletzt in Betracht kommende Gruppe der aus Gesetz Haftenden gegen die beiden anderen (Vertrag und Delikt) vollen Regress nehmen kann. Konkurrieren nur Vertrag und Delikt, so trägt im Innenverhältnis der deliktisch Haftende den Schaden allein. Sind nur Haftpflichtige aus einer Kategorie vorhanden, so greift beim Fehlen besonderer Umstände grundsätzlich eine Pro-rata-Haftung ein. Nach dieser Ordnung steht an erster Stelle, wer aus eigenem Verschulden nach Art. 41 ff. OR haftet. Die zweite Stelle nehmen die aus Vertrag Haftenden ein. Das betrifft vor allem Schadenersatzansprüche aus (positiver) Vertragsverletzung nach Art. 97 ff., 208, 259e, 368 OR usw. Der aus Vertrag Ersatzpflichtige kann Regress nehmen beim Deliktsschädiger und wenn ein solcher nicht vorhanden ist, bei anderen aus Vertrag Haftpflichtigen, nicht dagegen beim Kausalhaftpflichtigen. An dritter Stelle steht, wer unmittelbar aus Gesetz haftet. Hierher gehören namentlich die Fälle der Kausal- und Gefährdungshaftung. Wendet man diese Ordnung auf den Versicherer an, so hat er Regress

---

<sup>8</sup> Vgl. zum Beispiel KELLER/GABI, Haftpflichtrecht (2. Aufl. 1988) 156; KÖNIG, Schweiz. Privatversicherungsrecht (3. Aufl. 1967) 289 f.; MAURER, Schweiz. Privatversicherungsrecht (3. Aufl. 1995) 417 ff.; OFTINGER/STARK, Schweiz. Haftpflichtrecht I (5. Aufl. 1995) 546 ff.; OSWALD SZS 1972, 29; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht (2. Aufl. 1998) N 1574; THUT, Der Regress des Versicherers (Diss. Zürich 1924) 71 ff.; SCHMITT, Das Regressrecht des Versicherers (Diss. Zürich 1941) 12 ff.; BK-BREHM, Art. 51 N 61 ff.; OR-SCHNYDER, Art. 51 N 22; ROELLI/JÄGER, Kommentar zum Schweiz. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (1932) Art. 72 N 5; FELLMANN, Regress und Subrogation: Allgemeine Grundsätze, in: Koller, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, 15 ff.; BGE 120 II 196e 4c; 120 II 63; 107 II 489, 495; 80 II 251e 5 = Pra 44 Nr. 18; BGE 47 II 408; BGE 45 II 638.

<sup>9</sup> Eingehend dazu HONSELL, Mél. Schmidlin (1998) 279.

<sup>10</sup> OFTINGER, Schweiz. Haftpflichtrecht I (4. Aufl. 1975) 352.

gegen den aus Verschulden Haftenden, was der Regelung von Art. 72 VVG entspricht und daher überflüssig ist.

Die eigentliche Fehlentscheidung, welche in der Heranziehung von OR 51 Abs. 2 liegt, besteht darin, dass dem Eigenschadenversicherer, der für Personen- oder Sachschäden Deckung gewährt, durch die Einreihung in Art. 51 Abs. 2 OR der Regress auf Kausal- bzw. Gefährdungshaftungspflichtige genommen wird<sup>12</sup>. Wäre das richtig, so könnte z.B. eine Krankenversicherung, deren Versicherungsnehmer von einem Hund gebissen worden ist, nicht bei dem Tierhalter nach Art. 56 OR Regress nehmen. Ebenso wenig der Gebäudeversicherer, wenn ein Gebäude durch Funkenflug der Eisenbahn in Brand geraten ist<sup>13</sup>. Beschädigt eine Dachlawine ein parkiertes Fahrzeug, so entfällt im Ergebnis die Werkeigentümerhaftung des Gebäudeeigentümers, wenn bezüglich des Wagens eine Kaskoversicherung besteht. Hat der Gebäudeeigentümer gezahlt, so kann er sogar beim Kaskoversicherer des Geschädigten Regress nehmen. Ähnlich merkwürdige Ergebnisse erzielt man bei Ansprüchen nach dem Produkthaftpflichtgesetz, das ebenfalls kein Verschulden voraussetzt, so dass der eintretende Schadensversicherer keinen Regress gegen den Hersteller nehmen kann. Umgekehrt kann aber, wer aus Produkthaftpflicht wegen eines Personenschadens in Anspruch genommen wird, bei der Kranken- oder Rentenversicherung Regress nehmen, wenn der Geschädigte versichert war. Dies alles ist ungereimt und zum Glück gelten diese Grundsätze nicht im Bereich der öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungen. Hier finden wir vielmehr klare Regressnormen (Art. 41 VVG, Art. 48<sup>ter</sup> AHVG, Art. 52 IVG). Auch Art. 79 KVG eröffnet einen sog. „integralen Regress“ gegen alle Haftpflichtigen, einerlei ob die Haftung auf Verschulden, Gesetz oder Vertrag beruht<sup>14</sup>. Obgleich Eugen Huber, veranlasst durch den berühmten Leiterhakenfall<sup>15</sup>, den Versicherer in der Tat in die Regresskaskade einbeziehen und vor dem Werkeigentümer haften lassen wollte, bleibt dieser Ansatz systemwidrig. Vor allem macht es keinen Sinn, dass z.B. die Haftung des Werkeigentümers von dem zufälligen Umstand abhängen soll, ob der Geschädigte selbst gegen den Schaden versichert ist oder nicht.

---

<sup>11</sup> SCHAER, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadensausgleichssystemen (1984) N 842; ders. recht 1991, 12 ff.; kritisch auch WIDMER FS Assista (1979) 269 ff.

<sup>12</sup> Gegen die Anwendung von Art. 51 Abs. 2 OR neben Art. 72 VVG hat sich schon frühzeitig VON TUHR SJZ 1922, 234, ausgesprochen; ähnlich SCHAER a.a.O. N 862 und 893, der kritisiert, dass ein Kausalhaftender privilegiert wird, wenn ein Versicherer Leistungen erbringt. SCHAER weist zutreffend darauf hin, dass es rechtspolitisch verfehlt ist, den Haftpflichtigen zu privilegieren, wenn der Geschädigte freiwillig für Versicherungsschutz gesorgt hat.

<sup>13</sup> BGE 47 II 408, 416.

<sup>14</sup> So BGE 119 II 293 zum UVG.

<sup>15</sup> BGE 35 II 238 ff.; dazu HONSELL Mél. Schmidlin (1998) 279.

Lässt man den Störfaktor des Art. 51 Abs. 2 OR beiseite, so lassen sich alle Fälle in analoger Anwendung von Art. 72 VVG einfach und sachgerecht lösen. Hingegen zäumt die h.L. das Pferd am Schwanz auf, wenn sie umgekehrt zur Rettung des Regresses nach Art. 51 Abs. 2 OR die Vorschrift von Art. 72 VVG auf Fälle der Verschuldenshaftung nach Art. 41 ff. OR beschränken will. Art. 72 VVG spricht zwar nur von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung, doch erfasst dies schon nach dem Wortlaut des zweiten Abschnitts des OR („die Entstehung durch unerlaubte Handlungen“) auch Fälle der Kausalhaftung (namentlich Art. 58 OR). Die analoge Anwendung auf ausserhalb des OR geschaffene Gefährdungshaftungstatbestände ist nach der Fallähnlichkeit und der ratio legis ohne weiteres geboten<sup>16</sup>. Die ausschliessliche Anwendung der lex specialis von Art. 72 hat weiter den Vorteil, dass das Haftungsprivileg für nahe Angehörige und für Personen, für die der Versicherungsnehmer verantwortlich ist, nach Art. 72 Abs. 3 nicht ausgehöhlt wird. Gegen diese Personen<sup>17</sup> kann in Übereinstimmung mit Art. 14 Abs. 4 nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz Regress genommen werden.

### **III. Die Neuerungen des Vernehmlassungsentwurfs zur Reform des Haftpflichtrechts**

In Art. 54 ff. VE-OR finden sich einige Vorschriften zum Thema Haftpflicht und Versicherung. Bei diesem Normenbestand handelt es sich um eine klassische „lex fugitiva“, denn Normen, welche die Privatversicherung betreffen, gehören nach der bisherigen Systematik ausschliesslich ins VVG. Im erläuternden Bericht von Widmer und Wessner findet man nichts zur Rechtfertigung dieser Systemwidrigkeit. Vorgesehen ist die Streichung von Art. 72 VVG und ein Verweis in Art. 54 VE-OR auf Art. 53e VE-OR, welcher Art. 51 OR ersetzen soll. Art. 72 Abs. 1 VVG wird von den Entwurfsverfassern als „starke Sonderbestimmung“ kritisiert, wo hingegen Art. 51 als „flexible allgemeine Bestimmung“ bezeichnet wird<sup>18</sup>. Obwohl der Bericht richtig sieht, dass die Verpflichtung des Versicherers ihre Grundlage im Versicherungsvertrag hat und nicht in der Verletzung einer vertraglich oder ausservertraglichen Pflicht, wird an der Einordnung bei der allgemeinen Haftungskonkurrenz festgehalten. Allerdings tritt an die Stelle der „Regresskaskade“ eine Haftungsverteilung „nach Massgabe aller Umstände“, wobei „die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos“ zu berücksichtigen sei (Art. 53c Abs. 1 VE-OR). Diese

<sup>16</sup> HONSELL Mél. Schmidlin (1998) 279; s. auch VON TUHR SJZ 1922, 233, 235; SCHAER aaO. N 925.

<sup>17</sup> Zur Erweiterung auf alle „Repräsentanten“ im deutschen Recht s. z.B. Berliner Komm/SCHWINTOWSKI, § 6 VVG N 206 ff.

verwaschenen Kriterien, mit denen schon der allgemeine Regress bei der Solidarhaftung schwerlich bewältigt werden kann, sind für den Versicherer-Regress völlig unpassend<sup>19</sup>. Vorschriften über die Eigenschadenversicherung haben im neuen Haftpflichtrecht nichts verloren.

Anderes gilt für die Haftpflichtversicherung. Art. 54c VE-OR bringt insoweit sinnvoll ein über Art. 65 SVG hinaus erweitertes allgemeines unmittelbares Forderungsrecht gegen alle Haftpflichtversicherer. Rechtspolitisch gut vertretbar, soll es künftig nicht nur für obligatorische, sondern auch für freiwillige Haftpflichtversicherungen gelten<sup>20</sup>.

Art. 54c VE-OR unterscheidet für den unmittelbaren Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer hinsichtlich des Einredeausschlusses (Art. 65 Abs. 2 und 3 SVG) zwischen obligatorischer und freiwilliger Versicherung. Nur bei Letzterer bleiben dem Haftpflichtversicherer die Einwände aus dem Versicherungsverhältnis erhalten. (Vgl. einerseits Art. 54c, andererseits Art. 54g VE-OR). Analysiert man diesen Regelungsgehalt anhand des Art. 14 VVG, so ist der Versicherer bei einer obligatorischen Haftpflichtversicherung sogar bei Vorsatz deckungspflichtig, wo hingegen bei einer freiwilligen Haftpflichtversicherung der Anspruch des Geschädigten bei grober Fahrlässigkeit nach Art. 14 Abs. 3 entsprechend gekürzt werden kann. Was den zuerst genannten Fall anlangt, so ist es unter sozialem Aspekt sicherlich richtig, dass der Versicherer bei der Motorhaftpflicht nach Art. 65 Abs. 2 SVG sogar bei Vorsatz haftet. Wieweit dieser Gedanke auch bei anderen obligatorischen Haftpflichtversicherungen verallgemeinert werden kann, bedürfte sorgfältiger Prüfung. Der zweite Fall der Anspruchskürzung bei grober Fahrlässigkeit erscheint problematischer. Hat der haftpflichtversicherte Schädiger fahrlässig gehandelt, so hat der Geschädigte gegen den Haftpflichtversicherer einen ungekürzten Direktanspruch. Hat er hingegen grobfahrlässig gehandelt, wird dieser Anspruch entsprechend gekürzt. Das ist nicht einleuchtend. Richtig wäre es nach dem Vorbild von Art. 152 des deutschen und österreichischen VVG, den subjektiven Risikoausschluss in der Haftpflichtversicherung auf den Fall des Vorsatzes zu beschränken.

---

<sup>18</sup> Erläuternder Bericht 179.

<sup>19</sup> Die Regelung der Haftungskonkurrenz in Art. 53 ff. kann nicht als geglückt bezeichnet werden. Zu bemängeln ist namentlich, dass sie überflüssige Wiederholungen und Verdoppelungen zu den allgemeinen Vorschriften über Solidarität (Art. 143 ff. OR) enthält, was jedenfalls überflüssig ist, im Hinblick auf neue Interpretationsstreitigkeiten aber nicht ungefährlich. Überflüssig und missverständlich ist auch die Regelung in Art. 54 Abs. 1 VE-OR, wo es heisst: „Die geschädigte Person, die aus einer Schadensversicherung begünstigt ist, muss sich die Leistungen, die sie vom Versicherer erhalten hat, an ihre Ersatzansprüche gegen die Haftpflichtperson anrechnen lassen. Diese Anordnung ist im Hinblick auf die Subrogation in Art. 54 Abs. 2 VE-OR gegenstandslos: „Mit der Zahlung der Versicherungsleistungen tritt der Versicherer für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte der geschädigten Person ein.“

<sup>20</sup> Erläuternder Bericht 192.

Überflüssig ist schliesslich Art. 54 f. VE-OR, welcher den Regress des Haftpflichtversicherers gegen Mithaftpflichtige normiert. Wird der Haftpflichtversicherer eines von mehreren Schädigern auf den ganzen Schaden in Anspruch genommen, so geht der Anspruch des Geschädigten gegen die übrigen Schädiger schon nach Art. 50, 149 OR auf den in Anspruch genommenen Schädiger (bzw. die zahlende Versicherung) über. Dies ist kein Fall von Art. 72 VVG. Die h.L. wendet fälschlich Art. 72 VVG auf diesen Fall analog an<sup>21</sup> und der Entwurf will dem durch eine eigene Norm Rechnung tragen. Der Regress unter mehreren Schädigern bzw. Haftpflichtversicherern hat mit dem Regress nach Art. 72 VVG nichts zu tun, sondern betrifft nur den Normalfall von Art. 50 f. OR. Eine analoge Anwendung von Art. 72 OR auf die Haftpflichtversicherung ist unzutreffend. Die Überlegung, dies sei nötig, um eine Überentschädigung des Haftpflichtigen zu verhindern<sup>22</sup>, ist unzutreffend, denn der Schädiger (Haftpflichtversicherer) kommt in den Genuss des Regresses nur dann und insoweit, als er als Solidarschuldner auf das Ganze in Anspruch genommen worden ist, obwohl er intern nur pro rata haftet.

#### **IV. Regress gegen Dritte, deren Interessen mitversichert sind**

Nach Art. 72 Abs. 3 entfällt der Regress, wenn der Schaden durch eine Person leichtfahrlässig herbeigeführt worden ist, die mit dem Anspruchsberechtigten in häuslicher Gemeinschaft lebt oder für deren Handlungen der Anspruchsberechtigte einstehen muss.

Die Ratio legis dieser mit Art. 14 Abs. 4 VVG zusammenhängenden Vorschrift ist die, dass der Versicherer nicht gegen Personen regressieren kann, die der Geschädigte selbst nicht in Anspruch nehmen würde, wie z.B. Angehörige oder Hilfspersonen, für die der Versicherte einstehen muss, z.B. Arbeitnehmer<sup>23</sup>.

Es gibt jedoch weitere Fälle, in denen ein Regress des Versicherers nach Art. 72 VVG unangebracht ist: So, wenn der kaskoversicherte Halter eines PW diesen einem Dritten überlässt. Wenn der Mieter einer Wohnung fahrlässig einen Brand herbeiführt, der zu einem Gebäudeschaden führt, welchen der Feuerversicherer ersetzt. Oder wenn ein Flugsportverein eine Kaskoversicherung für die Flugzeuge abschliesst und ein Mitglied des Vereins den

---

<sup>21</sup> BGE 95 II 338; 116 II 647; OFTINGER/STARK I 572 FN 112; VVG-GRABER Art. 72 N 12.

<sup>22</sup> VVG-GRABER Art. 72 N 12 mit Nachweisen.

<sup>23</sup> BGE 85 II 341 verlangt zu Unrecht eine persönliche Beziehung. Der Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Gefahr geneigter Arbeit wird auch in der Schweiz anerkannt (OR-REHBINDER Art. 321e, 5; SCHAER, Der eingeschränkte Regress des Schadensversicherers auf den ermächtigten Benutzer, in: A. Koller, Hrsg. (Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, 99 ff.) Hat aber der Arbeitgeber keinen Anspruch gegen den Arbeitnehmer aus Delikt oder Vertrag, so entfällt auch der Regress.

Schaden herbeiführt<sup>24</sup>. Der Vernehmlassungsentwurf enthält hierzu in Art. 54a Abs. 2 VE-OR eine relativ vage Bestimmung, in der es heisst: „Das Gericht kann den Umfang des Rückgriffs einschränken, wenn besondere Umstände, namentlich enge Beziehungen zwischen der haftpflichtigen und der geschädigten Person es rechtfertigen.“ Weiter bestimmt Art. 54i VE-OR unter der irreführenden Überschrift „Verhältnis zu einer Versicherung zugunsten Dritter“: „Leistungen an die geschädigte Person aus einer nicht obligatorischen Versicherung, deren Prämien ganz oder teilweise von der haftpflichtigen Person bezahlt worden sind, werden im Verhältnis ihres Prämienanteils auf deren Ersatzpflicht angerechnet, sofern der Versicherungsvertrag nichts anderes bestimmt“. Diese dispositiven Norm soll nur gelten, wenn z.B. der Wohnungsmieter die Prämie der Feuerversicherung bezahlt hat oder der Mieter eines Wagens die Prämie der Kaskoversicherung. Unklar bleibt, ob sie auch anwendbar sein soll, wenn die Prämie im Mietzins enthalten ist, und ob es weiter darauf ankommen soll, ob sie offen ausgewiesen oder nur kalkulatorisch im Mietzins enthalten ist. Verfehlt erscheint es überdies, dass der Regress nur im Verhältnis des Prämienanteils gekürzt wird, wenn z.B. der Wohnungsmieter in einem Haus mit mehreren Wohnungen nur einen Teil der Prämie bezahlt hat und das ganze Haus abbrennt.

Die spärliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zu diesem Problemkreis ist uneinheitlich. Nach BGE 65 II 262 ist die vom Schadensversicherer erbrachte Leistung auf eine allfällige Haftpflichtforderung anzurechnen, wenn der Schädiger die Prämie bezahlt hat. BGE 114 II 342 bejaht die Klage eines Autovermieters gegen den Mieter trotz bestehender Kaskoversicherung, lässt aber einen Regress gegen den Kaskoversicherer zu, wenn keine grobe Fahrlässigkeit vorlag und die Versicherungsprämie im Zins enthalten war.

BGE 120 II 58<sup>25</sup> bejaht einen Regress des Kaskoversicherers gegen das grobfahrlässig handelnde Organ einer AG, wenn der Versicherer den Schaden der AG aus Kulanz reguliert hat. Das ist unzutreffend. Der Verwaltungsratspräsident ist als Organ nicht Dritter, sondern repräsentiert die AG, die selbst gar nicht handeln kann. Bei grober Fahrlässigkeit des Organs hätte bereits der Anspruch der AG gemäss Art. 14 Abs. 2 gekürzt werden müssen. Soweit der Versicherer ohne Rechtsgrund zahlt, entfällt die Subrogation.

Schon vor Jahrzehnten hatte ich die deutsche<sup>26</sup> und österreichische<sup>27</sup> Judikatur kritisiert,<sup>28</sup> die in den genannten Fällen ebenfalls einen Regress gegen den berechtigten

---

<sup>24</sup> OGH VersRdsch 1993, 200; weitere Beispiele bei Schaer a.a.O.

<sup>25</sup> Kritisch dazu HAUSHEER/KOCH ZBJV 1996, 397; SCHAER aaO. 110 f.

<sup>26</sup> BGHZ 22, 109; 30, 40, 42;

<sup>27</sup> OGH VersR 1982, 786; EvBl. 83 Nr. 131; OGH SZ 52 Nr. 12 u. öfter.

<sup>28</sup> HONSELL VersR 1985, 301 ff.

Nutzer bejaht haben. Inzwischen hat sich diese Kritik durchgesetzt; insbesondere der deutsche BGH lehnt den Regress jetzt ab.<sup>29</sup>

Die Argumente für ein Abschneiden des Regresses gelten auch für die Schweiz. Auszugehen ist von der natürlichen Überlegung, dass es mit einer Grundvorstellung unserer Rechtsordnung unvereinbar ist, denjenigen, der die Prämie bezahlt hat, gleichwohl mit einer Regressforderung zu belasten, nur weil er nicht der Eigentümer der versicherten Sache ist und deshalb den Versicherungsvertrag nicht abgeschlossen hat. Hinzu kommt, dass aufgrund der starken Propagierung des Versicherungsschutzes im Publikum verbreitet die Vorstellung vorherrscht, dass die Sachversicherung auch dann regresslos reguliert, wenn statt des Versicherungsnehmers ein berechtigter Dritter die Sache beschädigt hat. Niemand käme auf die Idee, dass der Kaskoversicherer Regress bei dem Bekannten nimmt, dem man den PW geliehen hat, noch weniger, dass dies etwa auch dann gilt, wenn man z. B. auf einer gemeinsamen Fahrt einen Bekannten gebeten hat, das Steuer zu übernehmen. Es leuchtet nicht ein, dass der Versicherer gemäß Art. 14 VVG nur bei grober Fahrlässigkeit des Versicherungsnehmers von seiner Leistungspflicht frei wird, hingegen schon bei leichter Fahrlässigkeit Regress nehmen kann, wenn zufällig ein Freund des Versicherungsnehmers gefahren ist. Die Stellung des Versicherers - so möchte man meinen - ist immer die gleiche, einerlei ob der Versicherungsnehmer oder ein berechtigter Dritter gefahren ist.

Da die Parteien rechtlich meist unerfahren sind und die verborgenen Deckungslücken der Allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht kennen, ist nur eine Lösung sachgerecht, die auch dem Unkundigen Schutz gewährt. Gerade in Zeiten eines oftmals übertriebenen Konsumentenschutzes muten die vielen Lücken im Versicherungsschutz, welche zahlreiche Versicherungsklauseln erst aufreissen, anstatt sie zu schließen, einigermaßen anachronistisch an.

Der richtige Lösungsansatz liegt bei einer interessengerechten Interpretation des Art. 72 VVG.

Ratio legis des Art. 72 VVG ist einerseits das Bereicherungsverbot, andererseits der Gedanke, dass die Leistung des Versicherers den Schädiger nicht von seiner Schadensersatzpflicht befreien soll. Diese ratio kann einen Regress in den hier interessierenden Fällen nicht begründen. Die Überlegung, der Schädiger dürfe nicht frei werden, ist geradezu abwegig, wenn er in Wahrheit die Prämienzahlung aufgebracht hat oder

---

<sup>29</sup> Anders zunächst noch BGH VersR 1990, 625; 1991, 462; NJW 1992, 58 und VersR 1994, 85 ; zustimmend dagegen BGHZ 131, 288; BGHZ 145, 393; BGH VersR 2001, 713; VersR 2001, 856; NVersZ 2001, 230; OGH VersR 1993, 1301, 1303; aus der Lit. etwa ARMBRÜSTER VersR 1992, 893; ders. NJW 1997, 177; ders. NVersZ 2001, 193; ders. ZMR 2001, 718; CH. HUBER VersR 1998, 265; PRÖLSS ZMR 2001, 157; ablehnend E. LORENZ VersR 1994, 399, ders. VersR 2001, 96; WOLTER VersR 2001, 98.

aus sonstigen Gründen zumindest wirtschaftlich als Versicherter zu betrachten ist. Auf der anderen Seite der Interessenabwägung bedeutet der Regress des Versicherers letztlich, dass in den Regressfällen in Wahrheit nur eine "Zwischenfinanzierung"<sup>30</sup> des Versicherers und eine Abdeckung des Risikos der Insolvenz des Schädigers zugunsten des Geschädigten vorliegt. Dann aber müsste das Regressaufkommen bei der Prämienkalkulation des Versicherers Berücksichtigung finden. In Wirklichkeit ist dies jedoch nicht der Fall. Die Prämienkalkulation in der Sachversicherung bezieht in der Regel alle Schäden ein, welche durch die versicherten Gefahren verursacht sind. Die Frage, ob es sich um Zufallsschäden handelt oder ob sie vom Versicherungsnehmer oder von Dritten verursacht worden sind, wird also nicht berücksichtigt.

Rechtstechnisch bietet sich zur Vermeidung dieses Ergebnisses, eine dogmatisch einfache Lösung an: Sie besteht im Einschluss der Drittinteressen in den Versicherungsvertrag im Wege der Auslegung. Eine weitere, nur subsidiär in Betracht kommende Möglichkeit ist die Annahme eines konkludenten Haftungsausschlusses für leichte Fahrlässigkeit im Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Drittem, z.B. Vermieter und Mieter.<sup>31</sup>

Die Gegenposition hat die Einbeziehung der Drittinteressen (z.B. des Mieters) in den Vertrag zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer ohne Begründung mit der Behauptung abgelehnt, der Dritte (z.B. Mieter oder Pächter) sei im Zweifel nicht Mitversicherter, versichert sei nur das Interesse des Eigentümers am Sachwert. Die Mitversicherung des Mieters oder des berechtigten Fahrers (usw.) sei dem Interesse nach eine Haftpflichtversicherung, die im Rahmen einer Sachversicherung schon begrifflich ausscheide<sup>32</sup>. Dabei wurde verkannt, dass es hier nicht um eine Haftpflichtversicherung des Mieters im Gewande einer Sachversicherung des Vermieters geht, sondern lediglich um ein Abschneiden des Regresses. Im deutschen Versicherungsrecht ist der (freilich missverständliche und besser zu vermeidende) Begriff des "Sachersatzinteresses" des Mieters usw. heute anerkannt. Ist der Mieter in den Versicherungsschutz einzubeziehen, so entfällt Art. 72 VVG, weil Dritter im Sinne dieser Vorschrift unstreitig jeder, aber auch nur derjenige ist, der nicht Versicherungsnehmer oder Versicherter ist.

Maßgebliches Kriterium der Interessenabwägung ist die Frage, ob die Einbeziehung eines Fremdinteresses zu einer Risikoerhöhung gegenüber dem normalen Risiko führt, das der Prämienkalkulation zugrunde liegt. Wo das nicht der Fall ist, bestehen gegen die

---

<sup>30</sup> Vgl. HONSELL VersR 1985, 301 ff.

<sup>31</sup> S. zu diesen Lösungsansätzen auch CH. HUBER VersR 1998, 265 ff.

<sup>32</sup> Vgl. die Nachweise bei HONSELL aaO.

Einbeziehung kein Bedenken. Hat z.B. der Eigentümer eines Einfamilienhauses dieses zunächst selbst bewohnt, später aber vermietet, so liefe der Ausschluss des Mieters vom Versicherungsschutz praktisch auf eine erhebliche, sachlich nicht gerechtfertigte Minderung des Risikos hinaus, denn der durch den Bewohner verschuldete Schaden, der bislang versichert war, entfielen jetzt. Für den Versicherer ist es im Normalfall völlig gleichgültig, wer das Haus bewohnt. Aber auch bei einem Mietshaus kann nichts anderes gelten. Die Versicherungsprämie hängt von der Größe des Hauses, der Anzahl der Wohnungen und ähnlichen Faktoren ab. Sie wird anhand der statistischen Wahrscheinlichkeit der jeweiligen Risiken kalkuliert, wobei - wie dargelegt - das Regressaufkommen bei Drittverschulden im allgemeinen nicht prämiemindernd berücksichtigt wird.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es weder darauf ankommt, ob die Versicherungsprämie offen auf den Mieter abgewälzt oder nur kalkulatorisch im Mietzins enthalten ist, noch darauf, ob der Mieter die Prämie überhaupt zu tragen hat. In den beiden erstgenannten Fällen ist lediglich die Unbilligkeit des von der Rechtsprechung vertretenen Ergebnisses besonders augenfällig.

Nichts anderes gilt für die Fälle der PW-Vermietung. Hier liegt zwar eine Risikoerhöhung vor; der Autovermieter schließt aber eine Kaskoversicherung ab, für die gerade im Hinblick auf das durch die gewerbliche Vermietung erhöhte Risiko des Versicherers eine höhere Prämie nach einem gesonderten Tarif zu zahlen ist. Allein aus der Tatsache, dass ein Mietfahrzeug Gegenstand der Kaskoversicherung zu erhöhtem Tarif ist, folgt, dass der PW-Mieter Versicherter in dem Sinn sind, dass der Versicherer keinen Regress nehmen kann.

## **V. Zusammenfassung**

Als Ergebnis lässt sich zusammenfassen:

1. Der Regress des Versicherers beurteilt sich ausschliesslich nach Art. 72 VVG, der allerdings zu eng gefasst ist, und im Wege der Analogie auf Kausalhaftungsansprüche und Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung zu erstrecken ist. Unter Art. 51 Abs. 2 OR können Regressansprüche Regress des Versicherers schon deshalb nicht subsumiert werden, weil dieser nicht aus Vertrag Schadenersatz wegen Vertragsverletzung schuldet, sondern

Risikodeckung aus dem Versicherungsvertrag. Der Versicherer ist nicht Haftpflichtschuldner. Auch ist das Ergebnis inakzeptabel, dass der Eigenschadenversicherer gegen einen Kausalhaftungspflichtigen nicht Regress nehmen, sondern umgekehrt der Kausalhaftungspflichtige gegen den Kasko-Versicherer (oben II).

2. Der Vernehmlassungsentwurf zur Reform des Haftpflichtrechts hält leider an der Einordnung Versicherer-Regress bei der allgemeinen Haftungskonkurrenz fest. Allerdings tritt an die Stelle der „Regresskaskade“ eine Haftungsverteilung „nach Massgabe aller Umstände“, wobei „die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos“ zu berücksichtigen sei (Art. 53c Abs. 1 VE-OR). Diese verwaschenen Kriterien, mit denen schon der allgemeine Regress bei der Solidarhaftung schwerlich bewältigt werden kann, sind für den Versicherer-Regress völlig unpassend<sup>33</sup> (oben III).
3. Führt die Vermietung oder die sonstige Gebrauchsüberlassung von Sachen, für die der Eigentümer eine Sachversicherung abgeschlossen hat, zu keiner Risikoerhöhung gegenüber dem normalen Risiko, welches der Prämienkalkulation zugrunde gelegt worden ist, so gilt das Risiko des Dritten im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung als mitversichert, so dass ein Regress nach Art. 72 VVG entfällt; denn der Versicherer soll durch die Tatsache der Gebrauchsüberlassung nicht bessergestellt werden, als er ohne diese stünde. Da er andererseits auch nicht schlechter gestellt werden darf und weil auch der Dritte keine bessere Position haben kann als der Versicherungsnehmer, haftet der Dritte wie der Versicherungsnehmer nach Art. 14 VVG im Regresswege zwar nicht bei einfacher, wohl aber grober Fahrlässigkeit und Vorsatz (oben IV).

---

<sup>33</sup> Die Regelung der Haftungskonkurrenz in Art. 53 ff. kann nicht als geglückt bezeichnet werden. Zu bemängeln ist namentlich, dass sie überflüssige Wiederholungen und Verdoppelungen zu den allgemeinen Vorschriften über Solidarität (Art. 143 ff. OR) enthält, was jedenfalls überflüssig ist, im Hinblick auf neue Interpretationsstreitigkeiten aber nicht ungefährlich. Überflüssig und missverständlich ist auch die Regelung in Art. 54 Abs. 1 VE-OR, wo es heisst: „Die geschädigte Person, die aus einer Schadensversicherung begünstigt ist, muss sich die Leistungen, die sie vom Versicherer erhalten hat, an ihre Ersatzansprüche gegen die Haftpflichtperson anrechnen lassen. Diese Anordnung ist im Hinblick auf die Subrogation in Art. 54 Abs. 2 VE-OR gegenstandslos: „Mit der Zahlung der Versicherungsleistungen tritt der Versicherer für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte der geschädigten Person ein.“