

Kritik an einem ungewöhnlichen Deckungsausschluss

Zugleich eine Aufforderung zur aufsichtsrechtlichen AVB-Kontrolle

HUBERT STÖCKLI*

Zusammenfassung

Aus den Musterbestimmungen des Schweizerischen Versicherungsverbands: «Versichert ist die Haftpflicht ... der Arbeitnehmer und übrigen Hilfspersonen des Versicherungsnehmers ... Ausgeschlossen bleiben jedoch Regress- und Ausgleichsansprüche Dritter für Leistungen, die sie den Geschädigten ausgerichtet haben ...» Damit bleiben Arbeitnehmer ausgerechnet in jenen Fällen schutzlos, die existenzbedrohend sein können. Dieser Ausschluss lässt sich nicht halten – was dieser Beitrag nachweisen soll.

Résumé

Extrait des conditions contractuelles type de l'ASA (Association Suisse d'Assurances): «L'assurance couvre la responsabilité ... des travailleurs et autres auxiliaires du preneur d'assurance ... Sont toutefois exclues les prétentions récursoires et compensatoires formulées par des tiers à raison des prestations qu'ils ont fournies aux lésés ...». Sur cette base, les travailleurs demeurent sans couverture dans les cas qui pourraient menacer leur existence. Une telle exclusion n'est pas soutenable; c'est ce qu'entend montrer la présente contribution.

Inhaltsübersicht

1. Die Klausel	592
2. Die Kritik.....	595
3. Der (Glück-)Wunsch.....	600

* Ich danke Frau MLaw LUCIE MAZENAUER für kritische Einwände und die Überprüfung der Verweise.

1. Die Klausel

1. Sie sind Architektin oder Ingenieur? Führen ein Unternehmen? Haben anderweitig mit Belangen der **Betriebshaftpflichtversicherung** zu tun? Dann werden Sie mit den einschlägigen Bedingungen im Wesentlichen vertraut sein. Doch kennen Sie auch die folgende Klausel?

«Versichert ist die Haftpflicht ... der Arbeitnehmer und übrigen Hilfspersonen des Versicherungsnehmers (mit Ausnahme von selbständigen Unternehmern und Berufsleuten, deren sich der Versicherungsnehmer bedient, wie Unterakkordanten) aus ihren Verrichtungen für den versicherten Betrieb und aus ihrer Tätigkeit im Zusammenhang mit den versicherten Grundstücken, Gebäuden, Räumlichkeiten und Anlagen. Ausgeschlossen bleiben jedoch Regress- und Ausgleichsansprüche Dritter für Leistungen, die sie den Geschädigten ausgerichtet haben ...»

Diese Klausel stammt aus dem Bedingungswerk des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SVV), genauer aus den «Allgemeinen Bedingungen (AVB) für die Betriebshaftpflichtversicherung». Sie fügt sich ein in die lange Reihe der Deckungsausschlüsse, die auf Regressfälle zugeschnitten sind und sich in vielen Versicherungsbedingungen finden. Von seinem Bedingungswerk sagt der Verband selber zwar, es handle sich dabei um «Unverbindliche Musterbedingungen des SVV. Die Gesellschaften können abweichende Bedingungen vereinbaren.» Tatsache aber ist, dass die Versicherungsunternehmen diese Klausel meist wortwörtlich¹ übernehmen, wie eine Internetabfrage rasch zeigt. Die Klausel ist also verbreitet. Zudem ist sie, was ich hier nachzuweisen hoffe, unhaltbar.

Zunächst aber: Worum geht es der Klausel? Es geht ihr um den Umfang der Versicherungsdeckung, die sich der Versicherungsnehmer vom Haftpflichtversicherer versprechen lässt, und dies in zweifacher Hinsicht. Zunächst weitet die Klausel den Versicherungsschutz auf die «Arbeitnehmer und übrigen Hilfspersonen» aus, um dann diese Erweiterung insoweit zurückzunehmen, als sie bei «Regress- und Ausgleichsansprüchen Dritter für Leistungen, die sie den Geschädigten ausgerichtet haben», nicht zum Tragen kommen soll. Das ist ein überaus einschneidender Deckungsausschluss, da so der Arbeitnehmer (namentlich) beim Rückgriff eines Sozialversicherers im Regen steht. Zum Teil wurde mir zwar gesagt, diese Regresskonstellation komme praktisch gar nicht vor. Zum Teil hörte ich aber auch das Gegenteil: der Regress werde regelmässig ausgeübt. Ich weiss jetzt nicht recht, wie es sich damit verhält. Recht klar aber ist, dass ein Regress häufig ins Leere läuft, wenn hinter dem Regressschuldner kein Haftpflichtversicherer steht – das Regresssubstrat ist regelmässig zu gering.

¹ Wenn auch in grafisch unterschiedlicher Darstellung.

Ich kann mir zwar vorstellen, dass die Tage dieses Deckungsausschlusses gezählt sind. Diese Vermutung liegt nahe, wenn man den Dienstmiete-Entscheid des Bundesgerichts (Urteil 4A_187/2007 [9. Mai 2008]) extrapoliert. Zudem geht der Vernehmlassungsentwurf VVG vom 21. Januar 2009 in diese Richtung (Art. 90 Abs. 1 E-VVG). Doch noch ist es nicht soweit. Zudem ist es schwierig, in diesem Bereich verlässliche Prognosen zu stellen. In den folgenden Bemerkungen will ich denn auch nur zeigen, weshalb der zitierte Deckungsausschluss gestrichen gehört² – vorab deshalb, weil er sachlich verfehlt ist; nötigenfalls unter Berufung auf seine Ungewöhnlichkeit.

2. Ausgehen möchte ich von **zwei Anwendungsfällen**, in denen der Deckungsausschluss zum Tragen kommt. Sie stammen aus der Bauwelt, wobei sich für andere Branchen gleichgelagerte Beispiele finden lassen. Ein Weiteres: Natürlich können die Parteien eine individuelle Abrede treffen, die eine Deckung für «Regress- und Ausgleichsansprüche Dritter» vorsieht und damit von der zitierten AVB-Klausel abweicht. Das komme zwar vor, entspreche aber nicht dem Standard, wurde mir gesagt. Bleiben wir beim Standard:

a. Im ersten Anwendungsfall wird ein angestellter Architekt von seinem Arbeitgeber (dem Versicherungsnehmer) auf einer Baustelle als *Bauleiter* eingesetzt. In dieser Funktion ordnet der Architekt einen Vorgang an, der gegen die Sicherheitsvorschriften verstösst. Der Bauunternehmer führt den Vorgang aus. Bei der Ausführung verunfallt einer seiner Bauarbeiter. Was gilt? Der Unfallversicherer wird zahlen und auf die Haftpflichtigen regressieren wollen. Sein Rückgriffsanspruch ergibt sich daraus, dass er im Zeitpunkt des Unfalls in die Ansprüche des verunfallten Bauarbeiters subrogierte (Art. 72 Abs. 1 ATSG). Der Sozialversicherer wird unter anderem die Haftpflicht des bauleitenden Architekten und die Haftpflicht des Arbeitgebers prüfen. Mögliche Anspruchsgrundlagen sind Art. 41 Abs. 1 OR für den Bauleiter und Art. 55 OR, was den Arbeitgeber angeht. Wenn sich der Arbeitgeber zu entlasten vermag, bleibt der Bauleiter übrig, sodass sich Regressansprüche auf ihn konzentrieren.³ Gedeckt aber ist lediglich seine Haftpflicht, während er dem Rückgriff bar jeglichen Versicherungsschutzes ausgesetzt ist.

² Kritisch schon FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur, Diss. Freiburg, Zürich 2007, N 776 ff.; MÜLLER ALEXANDER, Besonderheiten beim Regress des Privatversicherers, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2010, Zürich 2010, S. 50 ff.

³ Möglich ist auch, dass der Unfallversicherer auf den Bauunternehmer regressiert. Gelingt dieser Rückgriff, wird der Unternehmer von den übrigen Haftpflichtigen Ausgleich verlangen (Art. 148 OR). Trifft es den Bauleiter auf diesem Weg, ändert das nichts daran, dass er keinen Versicherungsschutz hat.

b. Im zweiten Anwendungsfall verursacht ein *Bauführer*, der bei einem Bauunternehmer (dem Versicherungsnehmer) angestellt ist, einen Bauunfall, durch den ein Bauarbeiter, der beim gleichen Unternehmer beschäftigt ist, zu Schaden kommt. Was gilt? Wiederum wird der Unfallversicherer leisten und dann den Regress auf den oder die Haftpflichtigen ins Auge fassen (Art. 72 Abs. 1 ATSG). Die Vertragshaftung des Arbeitgebers wird sich auf Art. 101 OR, seine Deliktshaftung auf Art. 55 OR stützen lassen. Denkbar ist überdies eine Haftung nach Art. 328 OR in Verbindung mit Art. 55 Abs. 2 ZGB in Fällen, in denen der Arbeitgeber seine Befugnisse auf einen seiner Arbeitnehmer überträgt. Denn in solchen Fällen gilt, dass «celui-ci [der Arbeitnehmer] devient, en raison de cette délégation, un organe de l'employeur», was das Bundesgericht ausgesprochen zweckorientiert unterfüttert: «Toute autre construction juridique reviendrait à dire qu'il suffit d'avoir une structure hiérarchisée pour que la responsabilité de l'employeur se dilue, ce qui n'est pas acceptable» (BGE 128 III 80 E. b). Soweit sich der Arbeitgeber aber zu entlasten vermag, entfallen seine Haftung und damit auch die Möglichkeit, auf ihn Rückgriff zu nehmen. Zudem kann der Arbeitgeber selbst bei bestehender Haftung gegen den Rückgriff das sozialversicherungsrechtliche Regressprivileg einwenden. Dieses Privileg wird ihm durch Art. 75 Abs. 2 ATSG verschafft und schützt ihn immer dann, wenn er den Versicherungsfall nicht «absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt» hat (Art. 75 Abs. 1 ATSG). Dabei kommt es auf das eigene Verschulden an.⁴ Bei einer juristischen Person gilt als eigenes Verschulden alles, was sich einem ihrer Organe vorwerfen lässt – dies unterstreicht die Bedeutung, die der mit BGE 128 III 80 E. b vorgenommenen Ausweitung des Organbegriffs zukommt. Handelt aber ein Arbeitnehmer, der keine Organstellung hat, grobfahrlässig, hat der Arbeitgeber sich dieses Verschulden unter dem Gesichtspunkt des Regressprivilegs nicht vorhalten zu lassen. Wo das Privileg des Arbeitgebers greift, konzentriert sich der Regressanspruch auf den Bauführer. Hat der Bauführer sich Grobfahrlässigkeit vorzuwerfen, greift sein Regressprivileg (Art. 75 Abs. 2 ATSG) nicht, und er ist dem Rückgriff des Unfallversicherers schutzlos ausgesetzt – zumindest die Betriebshaftpflichtversicherung schliesst diesen Schutz aus.

Was ist zu tun? Ein erster Ansatzpunkt ist die Ersatzpflicht aus Vertragsverletzung, die ein Arbeitgeber begeht, der seinen Arbeitnehmer unzureichend gegen die Folgen der Berufshaftpflicht versichert. Alsdann hätte der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer «wirtschaftlich so zu stellen», wie wenn die im Arbeitsvertrag vorge-

⁴ Diesen Schluss legt das Urteil des Bundesgerichts 4C.379/2000 (15. Februar 2001) nahe, in dem im Zusammenhang mit aArt. 44 UVG ausgeführt wird, dass der «Ausschluss des Haftungsprivilegs des Arbeitgebers ein eigenes grobes Verschulden der in Anspruch genommenen Person voraus[setzt], weshalb der privilegierte Arbeitgeber nicht für das Verschulden seiner Hilfspersonen, insbesondere der Arbeitskollegen des Verunfallten einzustehen hat» (E. 4). Dieses Urteil erging zwar zu einer Bestimmung, die es heute nicht mehr gibt, bleibt aber für das nach wie vor bestehende Regressprivileg bedeutsam. So FRESARD-FELLAY GHISLAINE, Fn 2, N 765.

sehene Haftpflichtversicherung abgeschlossen worden wäre (vgl. BGr. 4C.240/2003 E. 4 [3. Dezember 2003]). Dieser Ansatzpunkt setzt allerdings voraus, dass der Arbeitsvertrag zu Lasten des Arbeitgebers die Pflicht begründet, seinen Arbeitnehmer für die Folgen der Berufshaftpflicht ausreichend zu versichern. Unbesehen wird man dies nicht annehmen können, ausgeschlossen aber ist es nicht. Zu denken ist vor allem an den Fall, da der Arbeitsvertrag festhält, dass der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer versichern werde, ohne gleichzeitig den Umfang des zu beschaffenden Versicherungsschutzes zu umreissen. Viel weiter geht ein zweiter Ansatz, der zum Teil postuliert wird⁵. Diesem Ansatz zufolge hat der im Aussenverhältnis weitgehend schutzlose Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber (also im Innenverhältnis) einen Freistellungsanspruch, sodass der (versicherte) «Arbeitgeber ... schlussendlich das Risiko»⁶ trägt. Wer diesen Ansatz vertritt, könnte sich dabei auf Art. 321e OR stützen, indem diese Bestimmung es zulässt, ein erhöhtes Berufsrisiko «als Teil des Unternehmerrisikos zu behandeln und den Schaden ganz oder teilweise auf den Arbeitgeber zu überwälzen»⁷.

2. Die Kritik

1. So verbreitet unser Deckungsausschluss ist, so tückisch ist er. Das belegen die beiden Anwendungsfälle. Damit stellt sich die Frage, ob sich in rechtlicher Hinsicht etwas gegen ihn ausrichten lasse. Was gibt vorab das **Wettbewerbsrecht** her? Immerhin springt ins Auge, dass sich die Klausel fast flächendeckend in den Bedingungen der verschiedenen Gesellschaften festgesetzt hat. Und so hätte sich womöglich die Wettbewerbskommission für sie zu interessieren: Erstens wurde die Klausel durch den Schweizerischen Versicherungsverband in «Musterbedingungen», die zwar unverbindlich, aber doch wohl zur Nachahmung gedacht sind, vorformuliert. Und zweitens liegt eine Wettbewerbsabrede schon dann vor, wenn Unternehmen gleicher Marktstufe ihre Verhaltensweisen aufeinander abstimmen und damit eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

2. Weiter ist an das **Aufsichtsrecht** zu denken. Hier findet sich eine Bestimmung, die notorisch unterschätzt wird. Sie liesse eine AVB-Inhaltskontrolle zu, die das in Art. 8 UWG Vorgesehene in den Schatten stellt. Ihre gesetzliche Grundlage hat die Bestimmung in Art. 46 VAG, wonach die FINMA namentlich «gegen Missstände ein[schreitet], welche die Interessen der Versicherten gefährden» (Abs. 1 lit. g). Worin ein Missbrauch liegen kann? Darüber gibt die Bestimmung Auskunft, die

⁵ Siehe SCHÄR ROLAND, *Modernes Versicherungsrecht*, Bern 2007, 540 f.

⁶ SCHÄR, Fn 5, 540.

⁷ ZK-STAEHELIN, Art. 321e OR N 23.

ihren Platz in der Aufsichtsverordnung hat und die deutlich genug ist: Missbräuchlich ist die «Verwendung von Vertragsbestimmungen, welche eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen» (Art. 117 Abs. 1 lit. c AVO). Die Bestimmung hat – soweit ich das überblicke – in der bisherigen Aufsichtspraxis keine sichtbare Rolle gespielt. Das ist bedauerlich. Womöglich interpretiert die zuständige Behörde ihre Rolle allzu restriktiv. Zwar ist ihr zuzugeben, dass nicht die FINMA, sondern das Gericht über «privatrechtliche Streitigkeiten ... zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherten» entscheidet (Art. 85 Abs. 1 VAG). Indes schliesst dieser Vorbehalt ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde keineswegs aus. Im Gegenteil: Ihre Funktion besteht darin, Missbräuchen entgegenzutreten, die «sich wiederholen oder einen breiten Personenkreis betreffen könnten» (Art. 117 Abs. 1 AVO). Das ist doch, so will mir scheinen, gerade bei missbräuchlichen Allgemeinen Versicherungsbedingungen stets der Fall!

- a. Natürlich hat die aufsichtsrechtliche Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen auch ihre Gegner.⁸ Welche Einwände sind im Schwange?
- Zunächst mag man einwenden, der Massstab, den die Aufsichtsverordnung anlegt, sei denn doch zu offen, zu abstrakt. Doch stösst dieser Einwand ins Leere. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind eine geläufige Erscheinung und müssen in der Rechtsanwendung konkretisiert werden. Sie unter Verweis auf ihre Unbestimmtheit schon gar nicht anzurühren, liefe darauf hinaus, diese konkretisierende Entwicklung zu unterbinden – in gesetzeswidriger Weise. Der Gesetzgeber will eine Kontrolle, die den «Schutz der Versicherten vor Missbräuchen»⁹ gewährleistet. Und einzuschreiten hat die Aufsichtsbehörde, wenn sich ein den «Versicherten und Anspruchsberechtigten abträgliches Verhalten ... wiederholt oder einen breiten Personenkreis betreffen könnte. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn vorformulierte Versicherungsbedingungen verwendet werden, welche die Versicherten systematisch benachteiligen.»¹⁰
 - Dann zum Einwand, die Verordnung gehe über Art. 8 UWG hinaus, indem sie auf das Merkmal der Irreführung verzichte.¹¹ Die Beobachtung, die dem Einwand zugrunde liegt, trifft zu. Und in der Tat ist es bemerkenswert, dass der Bundesrat hier vom Tatbestandsmerkmal der Irreführung dispensiert und sich damit von Art. 8 UWG löst. Gleichzeitig ist daran zu denken, dass die Aufsichtsverordnung eine aufsichtsrechtliche Funktion hat und sich schon deshalb nicht

⁸ Siehe etwa BURKI ANDREAS/PFUND PETER/WALDMEIER JÜRIG, Rechtliches, in: Waldmeier (Hrsg.), *Versicherungsaufsicht*, Zürich 2007, 69.

⁹ Botschaft zum Versicherungsaufsichtsgesetz vom 9. Mai 2003, BBl 2003 3827.

¹⁰ Botschaft zum Versicherungsaufsichtsgesetz vom 9. Mai 2003, BBl 2003 3828.

¹¹ FUHRER STEPHAN, Neuerungen in der Aufsichtsverordnung, in: Waldmeier/Weber (Hrsg.), *HAVE, Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2005, 93.

unbesehen mit Art. 8 UWG gleichsetzen lässt. Zudem besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass Art. 8 UWG gerade wegen seines Elements der Irreführung toter Buchstabe geblieben ist.¹² Vor diesem Hintergrund wäre nicht ohne weiteres verständlich, wenn der Bundesrat bei der Konkretisierung des aufsichtsrechtlichen Missbrauchstatbestands eine neuerliche Totgeburt produzierte. Dazu kommt ein Weiteres: Mit Art. 117 AVO deutsch der Bundesrat nicht Art. 8 UWG aus, sondern konkretisiert die gesetzliche Bestimmung, nach der die FINMA Missständen entgegenzutreten hat. Die Inhaltskontrolle ist Teil der behördlichen Aufsicht über den Versicherungsmarkt, während Art. 8 UWG die Lauterkeit im Wettbewerb sichern soll und keinen aufsichtsrechtlichen Gehalt hat. Schon dies lässt es – wie mir scheint – zu, hier über Art. 8 UWG hinauszugehen und in der Aufsichtsverordnung auf das lauterkeitsrechtliche Erfordernis der Irreführung zu verzichten.

- Schliesslich zum Einwand, eine aufsichtsrechtliche AVB-Kontrolle, die nur auf Versicherungsunternehmen zugeschnitten sei, verstosse gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen.¹³ Zunächst ist nachvollziehbar, dass die Assekuranz dieses Argument vorbringt. Sicher ist auch, dass Art. 97 BV den Staat auf die Wirtschaftsfreiheit verpflichtet. Allerdings ist zweifelhaft, dass die Verordnungsbestimmung, gegen die sich das Argument wendet, tatsächlich verfassungswidrig ist. Diese Frage wird von jenen, die das Argument vorbringen, regelmässig auch gar nicht vertieft. Aus meiner Sicht ist ein Zweifaches zu bedenken: Erstens fallen alle Privatversicherer unter die umstrittene Verordnungsbestimmung, so dass zumindest von einer Ungleichbehandlung *dieser* Konkurrenten keine Rede sein kann. Wer dann die Banken in den Blick nimmt, mag einwenden, dass eine aufsichtsrechtliche AVB-Kontrolle dazu führte, dass die Versicherungen im Verhältnis zu den Finanzinstituten ins Hintertreffen gerieten. Das leuchtet zwar ein, ist aber womöglich kein tragfähiges Argument gegen eine aufsichtsrechtliche Kontrolle von Versicherungsbedingungen. Jedenfalls ist denkbar, dass sich der bankengesetzliche Gewährartikel, nach dem die Banken Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung zu bieten haben (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG), auf die Geschäftsführung im Bereich der Allgemeinen Bankbedingungen erstreckt – und diese damit der aufsichtsrechtlichen Nachprüfung zugänglich macht. Über diesen Weg liesse sich die Gleichbehandlung

¹² Dazu etwa die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009: «Die Rechtslehre stuft diese Bestimmung wegen des Einschubs «in irreführender Weise» als untaugliches Mittel gegen missbräuchliche AGB ein. Insbesondere verhindert dieser Passus eine abstrakte Inhaltskontrolle von AGB, wie sie ursprünglich vorgesehen war. Damit können AGB, welche zu einseitig zulasten der einen Vertragspartei stipuliert sind, nicht von ihrem missbräuchlichen Inhalt her als unlauter taxiert werden» (BBl 2009 6160).

¹³ Siehe z.B. in den Erläuterungen zum Vorentwurf der Expertenkommission Totalrevision VVG vom 31. Juli 2006, 95.

der Versicherungsgesellschaften und der Banken herleiten, die aber überhaupt nur dann geboten ist, wenn man sonst Gleiches ungleich behandelte. Und hier bestehen jedenfalls für das klassische Versicherungsgeschäft Zweifel, da dieses Geschäft von den Banken gar nicht betrieben wird.

b. Doch will ich jetzt vom Wettbewerbs- und vom Aufsichtsrecht lassen und einen dritten Ansatzpunkt nennen: jenen der richterlichen Kontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen, die ein Versicherungsnehmer im Zivilprozess auslösen kann.

3. Konzeptionell ist die richterliche **Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen** zwar auf eine Übernahmekontrolle angelegt, indem ungewöhnliche Bedingungen keine Geltung erlangen, wenn sie global übernommen wurden. Der Sache nach aber hat das Bundesgericht den Schritt zur Inhaltskontrolle getan, indem es Klauseln, deren Ungewöhnlichkeit geltend gemacht wird, mal am «Vertragscharakter», mal am «gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus» misst. In Urteilen liest sich dies etwa so:

- «Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Beurteilung erfolgt bezogen auf den Einzelfall. Die fragliche Klausel muss zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen ...» (BGE 135 III 7 E. 2.1).
- «Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren ... Entsprechend kann eine Haftungsbeschränkung der Versicherung als ungewöhnlich qualifiziert werden, wenn der durch Bezeichnung und Werbung beschriebene Deckungsumfang erheblich reduziert wird, so dass gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt sind» (BGr. 4A_187/2007 E. 5.1 [9. Mai 2008]).¹⁴

Vorab: Wenn hier (in der zweiten Passage) vom «Versicherungsnehmer» die Rede ist, dürfte es sich so verhalten, dass die unter dem Vertrag versicherten Personen mitgemeint sind. Abgesehen davon bin ich mir nicht sicher, wie durchdacht die bundesgerichtlichen Kriterien wirklich sind. Zunächst scheint mir, dass man den «durch Bezeichnung und Werbung beschriebenen Deckungsumfang» eher als Zusicherung sehen müsste, die alsdann auch vertragliche Wirkungen entfaltet, sodass ein Deckungsausschluss, der mit der Zusicherung in Widerspruch steht, der Zusicherung nicht ohne Weiteres vorgeht. Insoweit frage ich mich, ob es zielführend sei, die Frage der Zusicherung mit der Frage der Ungewöhnlichkeit zu verbinden. Doch stellt sich hier noch ein anderes Problem: Die Ungewöhnlichkeit soll ab-

¹⁴ Vgl. auch BGE 135 III 7 E. 2.1; eingehend zu den Auslegungsregeln Urteil 4A_39/2009 (7. April 2009).

hängig vom Grad sein, in dem die strittige AGB-Klausel «zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters» führt, «in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus» fällt oder «die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers beeinträchtigt». Das Problem sehe ich darin, dass man schwerlich von einer prädestinierten Rechtsstellung des Versicherungsnehmers reden kann, da die Rechtsstellung ja gerade erst durch die Versicherungsverträge und dort wesentlich durch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen umrissen wird¹⁵ und (anders als bei anderen Verträgen) ein Abgleich dieser Bedingungen mit einer dispositiven, gesetzlichen Auffangordnung gar nicht möglich ist. Im konkreten Fall mag allenfalls auf «Bezeichnung und Werbung» Bezug genommen werden, um zu bestimmen, welche Erwartungen der Versicherungsnehmer berechtigterweise hinsichtlich des Deckungsumfangs seiner Betriebshaftpflichtversicherung haben darf. Gleichzeitig ist klar, dass sich ein abstraktes und doch handfestes Kontrollkriterium nicht wird finden lassen, sondern es vielmehr darum geht, auch im AGB-Bereich mittels richterlicher Konkretisierung einen entsprechenden Kontrollraster zu schaffen. Meiner Meinung nach ist die Zeit dazu überreif, damit Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht bloss unter den vagen Voraussetzungen der Ungewöhnlichkeitsregel entgegengetreten werden kann.

4. Zwar habe ich die Meinung gehört, das Ganze sei gewissermassen ein Nullsummenspiel, indem die Haftpflichtversicherer ihre Prämien erhöhen würden, wenn der Deckungsausschluss falle und nicht länger mit ihm kalkuliert werden könne. Wie es sich damit verhält, vermag ich nicht zu beurteilen. Doch frage ich mich, ob denn tatsächlich jedem Deckungsausschluss ein Wert beigemessen wird, der alsdann in die Prämienkalkulation einfliesst. Zweifel kommen mir, wenn ich daran denke, dass in den Berufshaftpflichtversicherungen für Ingenieure zum Teil der Deckungsumfang eingeschränkt wird mit Bezug auf die «Herstellung von oder dem Handel mit Futtermitteln oder Futtermittelzusätzen, die gentechnisch veränderte Organismen enthalten», ohne dass sich behaupten liesse, diese (alsdann unversicherte) Tätigkeit gehöre zum Standardgeschäft typischer Ingenieurbüros.¹⁶ Diesem Ausschluss wird in diesem Kontext also höchstens der Wert 0 zukommen, was bedeutet, dass er für die Prämienberechnung unbeachtlich ist. Ein Weiteres ist zu überlegen: Die Regressansprüche gegen den Versicherungsnehmer (und damit der häufigste Fall) werden in den Versicherungsbedingungen, denen auch unsere Klausel zugehört, ja nicht ausgeschlossen, fliessen also ohnehin in die Prämienberechnung ein. Ob sich die Ansprüche eines Sozialversicherers nun gegen den Versicherungsnehmer oder gegen dessen Arbeitnehmer, der als versicherte Person in den Vertrag einbe-

¹⁵ Das zwingende Recht bleibt selbstredend vorbehalten, soweit es welches gibt.

¹⁶ Das bestätigt ein Blick in die SIA-Ordnung 103 (2003) für Leistungen und Honorare der Bauingenieure und Bauingenieurinnen, wo weder von Futtermitteln noch von der Gentechnik die Rede ist.

zogen wird, richten, dürfte unter dem Gesichtspunkt der Prämienberechnung zu vernachlässigen sein. Das Risiko, dass es im Regressweg zu Forderungen kommt, lässt sich durch den Deckungsausschluss jedenfalls kaum merklich verringern.

Ohnehin steht aber ein anderes Argument im Vordergrund: Selbst wenn die Prämien bei einem Einschluss der Regresshaftung erhöht werden müssten, wäre diese Folge hinzunehmen, da sie zu einer gerechteren Lastenverteilung führt. Um dies am Beispiel der sozialen Unfallversicherer zu zeigen: Sie werden durch die Prämien der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer finanziert. Wird der Regress des Unfallversicherers auf einen Dritten, der den unfallversicherten Arbeitnehmer geschädigt hat und ihm jetzt haftpflichtig ist, auch nur faktisch erschwert (unzureichendes Haftungssubstrat infolge des Deckungsausschlusses), führt dies dazu, dass die Last ungeachtet der an sich bestehenden Haftpflicht beim Unfallversicherer hängen bleibt. Allerdings nicht für lange: Denn der Unfallversicherer wird diese Last in seine Prämienkalkulation einfließen lassen und sie so auf die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer abwälzen, die ihn finanzieren. Am Schluss tragen so die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer die Unfallkosten (über die erhöhten Prämien) selber, während es zwar haftpflichtige Dritte gibt, die sich aber faktisch nicht belangen lassen. Das ist, wie ich meine, die falsche Lastenverteilung.

3. Der (Glück-)Wunsch

Wo kein Fall, da kein Kläger. Und wo kein Kläger, da kein Gericht. Ob sich hinsichtlich unserer Ausschlussklausel daran in den nächsten 50 Jahren etwas ändern wird, ist offen. Vielleicht geht aber alles plötzlich sehr schnell. Wird der schon erwähnte Vernehmlassungsentwurf eines neuen VVG vom 21. Januar 2009 dereinst Gesetz, hat die Haftpflichtversicherung zwingend «sowohl die Ersatzansprüche der Geschädigten als auch die Rückgriffsansprüche Dritter» zu decken (Art. 90 Abs. 1 E-VVG). Wünschenswert wäre es jedenfalls, die Ausschlussklausel würde sich davonmachen. Womöglich intensiviert sich aber auch die Tendenz, die Haftung des Arbeitgebers über die Ausweitung des Organbegriffs oder die Figur der Organisationshaftung so stark auszudehnen, dass die konkurrierende Haftung des Arbeitnehmers praktisch kaum mehr eine Rolle spielt. Gegebenenfalls werde ich darauf in der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht zurückkommen. Für die Zwischenzeit wünsche ich der Gesellschaft Ausdauer und Erfolg in ihrem Bestreben, «die Entwicklung des Haftpflichtrechts und des privaten und öffentlichen Versicherungsrechts insbesondere in der Schweiz zu fördern»¹⁷.

¹⁷ Art. 3 lit. a der SGHVR-Vereinsstatuten.