

38 NE

# DERRER SATMER HUNZIKER & BAUMGARTNER

RECHTSANWÄLTE  
ATTORNEYS AT LAW  
AVOCATS

Eidg. Finanzdepartement
+ 03.1002.2009 +
Reg.-Nr.

DR. IUR. BRUNO DERRER  
DR. IUR. FRANZ SATMER LL.M.  
DR. IUR. FELIX HUNZIKER-BLUM  
LIC. IUR. MAX BAUMGARTNER  
LIC. IUR. GIAN MARTIN

DUFOURSTRASSE 101  
CH-8008 ZÜRICH  
TELEFON +41 44 383 54 26  
TELEFAX +41 44 383 54 29

Herrn Fürsprecher  
Bruno Dorner  
Rechtsdienst Eidg. Finanzverwaltung  
Bernerhof  
3003 Bern

7186 Mompé-Tujetsch, 26.2.2009  
Postfach 46

## **Vernehmlassung zur Revision des Versicherungsvertragsgesetzes**

Sehr geehrter Herr Kollege Dorner, sehr geehrte Damen und Herren

Anfangs Februar traf ich mich mit Frau Dr. Monica Mächler, Vizepräsidentin der FINMA, zu einem Gespräch über ein anderes Thema. Das Gespräch geriet auch auf die Revision des VVG, und da ich einige Bedenken zur Streichung des Pfandrechts am Versicherungsanspruch (Art. 60 VVG) äusserte, lud sie mich ein, mich an der laufenden Vernehmlassung zu beteiligen.

Von 1981-1997 war ich im Schadendienst der WINTERTHUR tätig, 1994-1996 auch als deren Vertreter in der Schadenleiterkommission SVV; Stephan Weber, Mitglied der Expertenkommission, war mein Nachfolger in jenem Gremium. 1997 war ich als Linienvorgesetzter und Verwaltungsrat der WINTERTHUR-Rechtsschutz zudem Projektleiter der Fusion mit der ARAG (Schweiz). Ich publizierte nach meinem Weggang einen Erfahrungsbericht: Kundenorientierte Schadenerledigung (Zürich 1998), die einzige deutschsprachige Monographie zu diesem Thema. Seit bald 10 Jahren bin ich Partner einer kleinen Anwaltskanzlei im Zürcher Seefeld und befasse mich – vorwiegend als Prozessanwalt – mit Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Ich bearbeite Mandate von Privaten, Unternehmungen und Versicherungsgesellschaften. Nebenamtlich bin ich seit 1.1.2008 Präsident des Institutsrats des Eidg. Instituts für Geistiges Eigentum.

Ich benütze die Gelegenheit, mich mit meiner Vernehmlassung nicht nur zu Art. 60 VVG/Art. 91 E-VVG, sondern auch zu einigen anderen Aspekten zu äussern, zu denen Erfahrungen aus der Praxis interessieren dürften.

#### **Verjährungsfrist (Begleitbericht S. 9f.)**

Es entspricht meiner Erfahrung, dass die 2 Jahre des Art. 46 VVG oft kurz sind. Die neue Lösung ist zu begrüßen, selbst wenn die Frist von 5 auf 3 Jahre heruntersetzt werden sollte, was anscheinend europäischer Standard ist (eine entsprechende Revision des OR ist geplant). Richtig ist auch die Einführung einer 10-jährigen Verjährungsfrist.

#### **Zusatzversicherungen der Krankenversicherungen (Begleitbericht S. 10 ff., 98f.)**

Dazu habe ich im vergangenen Jahr einen Aufsatz in AJP 2008 S. 726 ff. publiziert (Beilage). Anlass dafür war ein Prozess, den ich in Schaffhausen als Vertreter eines Unfallversicherers führe – er ist nun seit gut drei Jahren hängig. Rund ein Jahr nach Klageanhängigmachung erhielten die Parteianwälte die Kopie eines Briefes des kantonsgerichtlichen Referenten ans Obergericht, worin er dem Obergericht mitteilte, das Kantonsgericht sei der Meinung, der Fall betreffe eine Zusatzversicherung, und deshalb sei das Obergericht als Versicherungsgericht zuständig. Das Obergericht akzeptierte die Prozessübernahme erstaunlich diskussions- und formlos. Inzwischen soll nach einer Referentenaudienz eine Begutachtung der Klägerin stattgefunden haben, aber der zweite Schriftenwechsel ist noch immer nicht angeordnet. Der gesamte Prozess dauert nun schon über drei Jahre. Soviel zu einem „einfachen und raschen Verfahren“. Die Ausführungen zu Art. 118 E-VVG unterstütze ich deshalb.

#### **Begründung des Versicherungsanspruches (Begleitbericht S. 46, Art. 36 E-VVG)**

Der Entwurf verlangt eine Substanziierung (grammatisch falsch), der Begleitbericht spricht von substantiieren (veraltet). Als Schreiber am Bezirksgericht Horgen („Das kleine Bundesgericht“) wurden wir vom Präsidenten angewiesen, das modernere „substanziieren“ zu verwenden. Ich würde es vorziehen, stattdessen eine „hinreichende Begründung“ zu verlangen (vgl. Art. 42 Abs. 1 lit. b E-VVG, wo die (täuschende) **Begründung** die Rechtsfolge auslöst) und auf das Fremdwort zu verzichten. Eine Stilfrage, sicher – aber Schweizer Gesetze verzichten in der Regel auf Worte, die nicht Bestandteil der Landessprachen sind.

Vom Wunsch nach einer „eingängigen Sprache gerichtet“ (Begleitbericht S. 7) ist auch meine Bemerkung zu Art. 9 & 10. E-VVG: „für Rechnung der versicherten Person“ stammt nicht aus unserer Zeit. Wieso greift man nicht auf den Begriff des Interesses in Art. 9 Abs. 1 zurück?

#### **Folgen der Inverzugsetzung (a.a.O.)**

Ich bearbeite nun schon zum dritten Mal einen grossen Haftpflichtschaden, bei welchem sich der Haftpflichtversicherer unter dem Vorwand fehlender Deckung seiner Verpflichtung, Abwehrrechtsschutz zu leisten und sich aktiv mit dem Schadenfall zu befassen, zu entziehen versucht. In einem Fall der HELVETIA bestritt diese sogar die Existenz einer 43-seitigen Master-Police mit der Begründung, es handle sich bloss um eine Offerte, was die Instruktionsrichterin deutlich als „treuwidrig“ bezeichnete. Es war dann aber noch eine umfangreiche Repliksschrift nötig, um einen Vergleich zu bewirken.

Der Versicherer setzt sich mit diesem Versuch der Leistungsvermeidung zwar selber in Verzug, aber die Taktik bringt den Versicherten allemal in die von ihm nicht erwünschte Lage (genau darum hat er ja Versicherungsschutz eingekauft), dass er selber eine Schaden erledigungsorganisation aufbauen und den Schadenersatz vorfinanzieren muss. Ich möchte einfach die Frage aufwerfen, ob für den Verzug mit dem Eintreten auf den Schadenfall nicht doch ein besonderer Schadenersatz i.S. einer Privatbusse einzuführen ist, z.B. in der Höhe der Brutto-Jahresprämie des Schadenjahres.

#### **Grobfahrlässigkeitskürzung bei Einstehenmüssen (Begleitbericht S. 49, Art. 42 Abs. 4 E-VVG)**

Der bisherige Art. 14 Abs. 3 VVG sah als Bedingung für eine Kürzung eine doppelte Grobfahrlässigkeit vor, nämlich des Handelnden und des für ihn Verantwortlichen. Das entspricht den Verhältnissen von **interaktiven subjektiven Risiken** in arbeitsteiligen Organisationen, die sich durch die Anspruchsberechtigten nie zu 100% kontrollieren lassen. Das angeführte Beispiel mit dem nicht betriebssicheren Fahrzeug ist insofern nicht, und aber eben doch treffend, als ein Arbeitgeber nicht damit rechnen muss, dass es einem Mitarbeiter einfällt, ein erkennbar nicht betriebssicheres Fahrzeug überhaupt in Betrieb zu setzen. Dazu kommt, dass der Entwurf offenbar dem Anspruchsberechtigten einen Entlastungsbeweis zuweist, während der Versicherer bloss die Einrede der Grobfahrlässigkeit

erheben muss. Das ist m.E. eine zu bequeme Position für einen vertraglich Leistungspflichtigen. Ich votiere für ein Beibehalten von Art. 14 Abs. 3 VVG.

#### **Folgen der Verletzung von Obliegenheiten (S. 50, Art. 42 Abs. 5 E-VVG)**

Bei den Gerichten bestehen keine Anhaltspunkte mit Bezug auf die Höhe möglicher Kürzungen. Es wäre wünschenswert, wenn die Botschaft entsprechende Richtgrössen aufzeigen würde.

#### **Erfüllungsort (Begleitbericht S. 50, Art. 43 E-VVG)**

Der Entwurf enthält keine Regelung für den Erfüllungsort des ausländischen Haftpflichtversicherers eines Schweizer Anspruchsberechtigten gegenüber einem Geschädigten in der Schweiz. Im Falle des Crossair-Absturzes in Nassenwil am 10.1.2000 blieb der Londoner Versicherer bis zum Schluss namenlos; der Kontakt lief über ein Anwaltsbüro in Winterthur, und es kam vor, dass dessen Kontakt nach London wegen einer Asienreise des Sachbearbeiters während eines Monats nicht möglich war. Mein Vorschlag für einen Absatz 2:

„<sup>2</sup> Hat das Versicherungsunternehmen seinen Sitz im Ausland, so ist der schweizerische Wohnsitz oder Sitz der versicherten Person Erfüllungsort und Gerichtsstand.“

#### **Hängige Versicherungsfälle (Begleitbericht S. 59f., Art. 58 E-VVG)**

In einem Krankentaggeldfall einer 1-Mann-GmbH endigte der Vertrag zufolge Prämienverzug, dies als Folge des Totalausfalles des Geschäftsführers. Der Versicherer stellte sich allen Ernstes auf den Standpunkt, mit der Vertragsbeendigung werde die laufende 730-Tage-Leistungsdauer auf den Tag der Vertragsbeendigung verkürzt. Die Bestimmung ist deshalb zu begrüssen.

Nicht triftig sind die Ausführungen zu Abs. 2 (S. 60). Ich bin seit 1981 mit einer WINTERTHUR-Compleat zusatzversichert (jetzt bei der SANITAS), einem Produkt **mit Ansparung von Deckungskapital**. Werde ich derart krank und mittellos, dass ich die Prämien nicht mehr bezahlen kann, so wären die weiteren Leistungen vorfinanziert. Diese Deckungskapitalien müssen den Versicherten gewährleistet bleiben. Neuere Produkte haben kein Deckungskapital mehr und sind dementsprechend im jüngeren Alter prämien günstiger. Dabei bin ich mir aber nicht sicher, ob dieses Produkt bereits als geschlossener

Bestand (Art. 116 E-VVG) geführt wird; an eine entsprechende Information kann ich mich nicht erinnern.

### **Regressumfang (Begleitbericht S. 79, Art. 90 Abs. 1 E-VVG)**

Die Ausdehnung der Deckung auf Regresse ist richtig, um regressbedrohte Mitarbeiter zu schützen. Die bisherige Lösung stammt noch aus der Zeit des Versicherungskartells, vor UVG & BVG, wo es dank dem Gemeinschaftstarif für die einzelnen Gesellschaften keine Rolle spielte, wenn sie sich einen Regress ans Bein streichen mussten. „Knock by knock“ und das Gesetz der grossen Zahl gleichen das übers Ganze ja wieder aus.

### **Abwehrkosten (Art. 90 Abs. 2 E-VVG)**

Den letzten Halbsatz dieses Absatzes halte ich für überflüssig. Um sich die Kontrolle über die Abwehrkosten zu sichern wird sich der Haftpflichtversicherer wie bisher die Führung der Schadenerledigung vorbehalten (inkl. Auswahl des Prozessanwaltes und Prozessinstruktion), und aus Gründen der Einheitlichkeit der Verantwortung für diese Aufgabe wird sich der Versicherte nicht einmischen bzw. selber aktiv werden. Die Ausnahme tritt nur dann ein, wenn der Versicherer mit der Schadenerledigung in Verzug gerät. Dann wird er aber in Kauf nehmen bzw. akzeptieren müssen, dass der mit einer solchen Aufgabe oft überforderte Versicherte rein aus Gründen des „try and error“ Mehrkosten produziert, die jener, auch als Teil des Verzugsschadens (s. oben), decken muss.

### **Pfandrecht am Versicherungsanspruch, Art. 60 VVG, direktes Forderungsrecht und Auskunftsanspruch (Begleitbericht S. 80, Art. 91 E-VVG)**

Die Einführung des direkten Forderungsrechts ist zeitgemäss und entlastet den Versicherten, gerade auch KMU-Betriebe, die keine Stäbe haben, die sich mit einem Haftpflichtfall oder gar -prozess befassen können. Es ist zu wünschen, dass die Versicherer diese Entlastung dann auch als Dienstleistung „verkaufen“, denn damit wird die Schadenerledigung endlich zum Wettbewerbselement, was ich schon in meinem Buch postulierte. Richtig ist aber auch der Verzicht auf einen Einredenausschluss.

Zum geltenden Pfandrecht auf den Versicherungsanspruch gibt es wenig Rechtsprechung, eigentlich nur SVA V No. 294, S. 586 ff. (ital.). Für einem **Vermögensschaden**haftpflichtprozess konnte ich im vergangenen Jahr von der AXA gestützt auf diesen Entscheid die massgebenden Forderungsurkunden herausverlangen, die ich zur Identifikation der

zuständigen Police und zur Vermeidung des Ueberklagens brauchte. Der Versicherungsnehmer, ein liechtensteinischer Treuhänder, hatte bei der WINTERTHUR vier Policen abgeschlossen, deren Existenz (nicht aber der genaue Inhalt) erst 6 Jahre nach Schadens Eintritt im Rahmen eines Besuches des Geschädigtenvertreterers in der Gefängniszelle des Treuhänders bekannt wurde. Zuvor hatte die WINTERTHUR die Auskunft darüber verweigert, „ob Herr X. bei der WINTERTHUR versichert sei.“ Gestützt auf Art. 60 VVG kann der Geschädigte heute vom Versicherer auch Aufschluss darüber verlangen, welcher Police wie hohe frühere Zahlungen aus dem gleichen Schadenfall bereits belastet worden sind. Damit kann er bei einem (in casu: insolventen) Haftpflichtigen dessen Bonität einschätzen, was ihn vom Ueberklagen (und damit vor einem zusätzlichen Risiko) schützt.

Das Vermögensschaden-Haftpflichtgeschäft ist sowohl im Underwriting wie in der Abwicklung von Schadenfällen ein ausgesprochen schwieriges Geschäft mit grossen, schwer schätzbaren Risiken in beiden Phasen. Das gilt umsomehr für die Position des Geschädigten, dessen wirtschaftliche Existenz (unter Umständen auch diejenige von vom Geschädigten abhängigen Personen, z.B. ganze Familien) durch Fehler eines Versicherten ruiniert werden kann, denn oft geht es um **sehr** viel Geld. Ich halte die Schutzwürdigkeit eines VS-Geschädigten deshalb für **gleichwertig** wie die Schutzwürdigkeit von PS-Geschädigten, während die Schutzwürdigkeit von SS-Geschädigten auf einem tieferen Niveau anzusiedeln ist, sofern damit nicht ebenfalls eine Existenz vernichtet wurde. Mein Antrag: Absatz 3 ersatzlos streichen. Damit wird eine Einheitlichkeit hergestellt und eine Ausnahme vermieden.

Besteht aber das direkte Forderungsrecht, so ist nicht einzusehen, weshalb der Geschädigte die Auskunft über den Haftpflichtversicherungsschutz vom Haftpflichtigen (so Abs. 2) und nicht direkt von dessen Versicherung verlangen können soll, die dazu kompetenter ist. Auch hier könnte Einheitlichkeit eine Gabelung der Korrespondenz beheben.

#### **Schadenregulierung (Art. 94 Abs. 1 E-VVG)**

Es ist **zu** einfach, bloss eine Entschädigungsforderung zu verlangen, um ein Angebot des Versicherers auszulösen. Die Forderung sollte mindestens beziffert, besser aber noch mit Teilpositionen wenigstens dem Grunde nach begründet werden, wenn auf der anderen Seite der Versicherer auch ein begründetes Angebot zu machen hat. Es ist auch einem nicht anwaltlich vertretenen Geschädigten zuzumuten, eine entsprechende Aufstellung seiner

Schadenspositionen zu machen. Der Schadenaussendienst des Versicherers ist erfahrungsgemäss gerne bereit, behilflich zu sein, wenn so der Beizug eines Anwaltes (als weitere Schadenposition) vermieden werden kann.

### **Rechtsschutzversicherung (Begleitbericht S. 83 ff., Art. 95 ff. E-VVG)**

Die Ausnahme des passiven Rechtsschutzes (Art. 95 E-VVG) von den Rechtsschutzversicherungen ist absolut sachgerecht. Es trifft zu, dass die Interessen des Versicherers und des Haftpflichtigen gelegentlich divergieren. In dieser Situation hat der Haftpflichtversicherer den Lead, denn es geht ja schliesslich um sein Geld. Das primäre Interesse des Versicherten zielt auf die Befreiung von Haftpflichtansprüchen. Wie auch immer der Haftpflichtversicherer diese Aufgabe erfüllt, soll der Versicherte nicht direkt steuern können.

Bei der Wahl des Interessenvertreters im Falle der **Interessenkollision** machte ich im vergangenen Jahr am Bezirksgericht Zürich die Erfahrung, dass Art. 167 AVO nicht verstanden wird. Ich wollte in der Konstellation

- UVG-Versicherer WINTERTHUR plant Ablehnung der Kausalität einer Verletzung
- RSV WINTERTHUR-ARAG anerkennt zwar Interessenkollision, nicht aber die freie Anwaltswahl

in einem Deckungsprozess (nach Erledigung des UVG- und Haftpflichtschadens) meine Mandatierung durchsetzen, die die RSV von Anfang an (aus nie offengelegten Gründen) abgelehnt hatte. Nach meinem Verständnis der Verordnungssystematik ist die **freie Anwaltswahl bei Interessenkollision** ein zwingender Grundsatz, der darum gesetzssystematisch auch vorangestellt wurde. Die RSV darf im Falle der Interessenkollision auch keinen Dreivorschlag verlangen, sondern nur dann, wenn keine Interessenkollision vorliegt. Die Einzelrichterin entschied jedoch, dass der Dreivorschlag in den AVB vereinbart sei, und wies die Klage ab. Dabei spielte vermutlich auch eine (richterpsychologische) Rolle, dass ich die Art der Direktschadenerledigung nicht offenlegen konnte (ein Fall, wie er im Begleitbericht S. 88 zu Art. 100 E-VVG i.f. angesprochen wird). Wegen der „ohne-Not-Praxis“ der Zürcher Gerichte und dem Kostenrisiko zog ich das Urteil nicht weiter. Mein Vorschlag ist, dass Art. 98 Abs. 3 E-VVG (trotz dem „frei“ in Abs. 1) ergänzt wird:

..... Im Falle einer Interessenkollision darf die freie Wahl der Vertretung nicht (auf diese Weise) eingeschränkt werden.

oder dass Abs. 1 an die dritte Stelle (als Abs. 3) rückt (verständlichere Gesetzssystematik).

Zu den Fragen des Anwaltshonorars, der Mandatierung und Instruktion sowie weiteren Aspekten im Dreieck RSV-RA-Versicherter (Begleitbericht S. 85ff.) wird bestimmt der Schweizerische Anwaltsverband Stellung nehmen, weshalb ich dazu auf Aeusserungen verzichte.

### **Selbstbehalte**

Im Entwurf und auch im Begleitbericht fehlt nach meinem Empfinden eine Bestimmung über den Selbstbehalt. Dazu besteht ein Bedürfnis nach Klärung, denn in der Praxis wird heute leider nicht selten versucht (so auch im erwähnten Fall mit dem liechtensteinischen Treuhänder), den Selbstbehalt von der Versicherungssumme abzuziehen, was dann zur Folge hätte, dass der Versicherer nicht die **versicherte** Garantiesumme, für welche er auch die Prämie verlangte, sondern bloss eine reduzierte Garantiesumme für die Schadendeckung zur Verfügung stellen würde.


Richtigerweise ist der Selbstbehalt (am anschaulichsten bei der Kaskoversicherung) **vom Schaden** abzuziehen (der u.U. die Versicherungs- oder Garantiesumme übersteigt), nicht von der Entschädigung, und das ist auch die Meinung dieses technischen Instituts: der Versicherte soll einen Teil seines Schadens selber tragen müssen. Klarzustellen ist auch, dass nicht der Geschädigte, sondern eben der Versicherte den Selbstbehalt zu tragen hat. Der Versicherer sollte den Selbstbehalt bei der direkten Schadenerledigung mit dem Geschädigten vorschliessen, diesen also nicht für den Selbstbehalt an den Versicherten verweisen, und nachher mit dem Versicherten darüber abrechnen.

### **Mein Vorschlag:**

„Ist ein Selbstbehalt vereinbart worden, so ist er vom Schaden abzuziehen, nicht von der Entschädigung. Das Versicherungsunternehmen rechnet nach der Erledigung des Schadenfalles mit dem Versicherungsnehmer darüber ab, sofern im Vertrag nicht vereinbart wurde, dass der Versicherte den Selbstbehalt zu tragen habe.“



Ich hoffe, mit diesem Beitrag einige Aspekte beleuchtet zu haben, die in der Praxis von Bedeutung sind, und es würde mich freuen, wenn ich dereinst erfahren würde, wie meine Gedanken aufgenommen wurden.

Mit freundlichen Grüßen  
  
Dr. Felix Hunziker-Blum

Beilage