

Der neue Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG im Lichte des intertemporalen Rechts:

Ein direktes Forderungsrecht für neue und alte Versicherungsverträge?

Ronald Pedergrana* / Jan-Philip Elm**

Mit Inkrafttreten des teilrevidierten Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) per 1. Januar 2022 wurde dem geschädigten Dritten gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG ein direktes Forderungsrecht gegenüber der Versicherung eingeräumt. Angesichts des unklaren Wortlauts von Art. 103a VVG – der wohlgerneht einzigen VVG-spezifischen Übergangsbestimmung – ist ein Meinungsstreit über die Frage entbrannt, wie sich das neue Recht auswirkt: Gilt das direkte Forderungsrecht lediglich für neue, das heisst nach Inkrafttreten des neuen VVG abgeschlossene Versicherungsverträge oder gilt es ebenso für alte Versicherungsverträge, die noch unter dem bisherigen Recht abgeschlossen worden sind? Vorliegend werden die verschiedenen Ansichten in Anlehnung an die Grundsätze der juristischen Methodenlehre sowie anhand konkreter Fallbeispiele diskutiert. Die Autoren kommen hierbei zum Ergebnis, dass das direkte Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG auf alle Versicherungsverträge Anwendung finden muss, somit auch auf jene, die vor Inkrafttreten des teilrevidierten VVG abgeschlossen worden sind.

L'entrée en vigueur de la révision partielle de la LCA a accordé au tiers lésé un droit d'action directe contre l'entreprise d'assurance. Compte tenu du libellé peu clair de l'art. 103a LCA – la seule disposition transitoire spécifique de la LCA –, une controverse s'est engagée sur la question de savoir si le droit d'action directe s'applique uniquement aux nouveaux contrats d'assurance, c'est-à-dire aux contrats conclus après l'entrée en vigueur de la nouvelle LCA, ou également aux anciens contrats d'assurance conclus sous l'empire de l'ancien droit. Les différents points de vue sont discutés en s'appuyant sur les principes de la méthodologie juridique et sur la base de cas concrets. Les auteurs arrivent à la conclusion que le droit d'action directe selon l'art. 60 al. 1^{bis} LCA doit s'appliquer à tous les contrats d'assurance, y compris aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la LCA partiellement révisée.

I. Einleitung

A. Gesetzliche Ausgangslage nach dem teilrevidiertem VVG

Per 1. Januar 2022 trat infolge der Teilrevision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) der neue Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG in Kraft. Hiernach steht dem geschädigten Dritten oder dessen Rechtsnachfolger im Rahmen einer allfällig bestehenden Versicherungsdeckung und unter Vorbehalt der Einwendungen und Einreden, die ihm das Versicherungsunternehmen aufgrund des Gesetzes oder des Vertrages entgegenhalten kann, ein direktes Forderungsrecht gegenüber der Versicherung zu. Um es einfach auszudrücken: Der geschädigte Dritte kann seinen Anspruch von nun an direkt gegenüber der Versicherung, das den Schädiger

deckt, geltend machen. Umstritten ist, wie sich das neue Recht auswirkt, wobei vier Fälle unterschieden werden müssen: Im Fall A ist der Schaden vor Inkrafttreten des teilrevidierten VVG eingetreten, er wurde auch schon vorher geltend gemacht, aber der Schaden ist noch nicht liquidiert (das sind z.B. alle am 1. Januar 2022 noch hängigen Arzthaftpflichtfälle). Im Fall B wurde der Schaden zwar vor dem 1. Januar 2022 verursacht, er ist auch vor dem 1. Januar 2022 eingetreten, wurde aber erst nach Inkrafttreten des teilrevidierten VVG entdeckt (z.B. das seit einer Operation aus dem Jahr 2021 entwickelte chronische Bauchweh, das nach einer Operation durch Frau Dr. B. auf vergessenes Operationsbesteck im Bauchraum zurückzuführen ist). Im Fall C wurde der Schaden zwar vor dem 1. Januar 2022 verursacht, ist aber erst nach dem 1. Januar 2022 eingetreten (z.B. wurde im Rahmen eines Bauprojekts ein Hang zu wenig gesichert, woraufhin die Baute des Nachbarn durch die Setzung des Aushubs und einen Hangrutsch infolge eines längeren Starkregens im Jahr 2022 grössere Schäden erleidet). Im Fall D wur-

* Dr. iur. HSG, DAS Versicherungsmedizin Universität Basel, eigene Anwaltspraxis in St Gallen für Geschädigte; unter freundlicher Beihilfe von M.A. HSG in Law Ivan Vuckovic.

** M.A. HSG in Rechtswissenschaft mit Wirtschaftswissenschaften, LL.M., Doktorand an der Universität Hamburg, Institut für Recht und Ökonomik, Fakultät für Rechtswissenschaft.

de die schädigende Handlung erst nach dem 1. Januar 2022 vorgenommen, weshalb der Schaden auch erst zu einem späteren Zeitpunkt eingetreten ist. Der Versicherungsvertrag zwischen dem Schädiger und seiner Haftpflichtversicherung datiert aber aus dem Jahr 2015. Es ist zum Beispiel in freien Berufen wie jenem des Anwalts üblich, dass langjährige Haftpflichtversicherungen abgeschlossen werden bzw. der Abschluss des Vertrags schon Jahre zurückliegt. Auch bei Privathaftpflichtversicherungen sind langjährige Vertragsverhältnisse die Regel.

B. Fragestellung

Übergangsrechtlich gilt gemäss Art. 103a VVG, dass für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderungen vom 19. Juni 2020 abgeschlossen worden sind, die Formvorschriften und das Kündigungsrecht nach den Art. 35a und 35b VVG gelten. Angesichts dieser – wohlgerneht einzigen – Übergangsbestimmung des revidierten VVG drängt sich die Frage auf, in welchem Verhältnis Art. 103a VVG zum direkten Forderungsrecht gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG steht: Gilt das direkte Forderungsrecht lediglich für neue, das heisst nach Inkrafttreten des neuen VVG abgeschlossene Versicherungsverträge oder gilt es ebenso für alte Versicherungsverträge, die noch unter dem bisherigen Recht abgeschlossen worden sind? Und was gilt demnach für die oben bezeichneten Fälle A bis D aus intertemporalrechtlicher Sicht?

Um die Bedeutung des direkten Forderungsrechts zu verdeutlichen, sind die oben bezeichneten Fallbeispiele zu ergänzen: Im Fall A ist der haftpflichtige Arzt untergetaucht, er hat keinen Wohnsitz mehr in der Schweiz und über verwertbare Aktiven ist nichts bekannt. Die geschädigte Person geht deswegen mutmasslich leer aus. Im Fall B erleidet die Chirurigin Frau Dr. B einen ischämischen Infarkt und befindet sich in der Reha. Sie hofft, bald wieder sprechen zu können. Doch kann sie zum gegebenen Zeitpunkt gar nicht Stellung zu den Vorwürfen nehmen. Im Fall C fällt die Aktiengesellschaft, der das Grundstück gehörte, in Konkurs. Das überbaute Grundstück ist damit Teil der Konkursmasse. Im Bauhaftpflichtfall D haben sowohl die Sanitärfirma, der Sanitärplaner und die mit der Bauleitung befasste Gesellschaft die gleiche Haftpflichtversicherung. Sie streiten sich unergiebig über die Ursache, mit Ausnahme der Sanitärfirma: Diese reagiert nicht auf die wiederholte Kontaktaufnahme des geschädigten Bauherrn und ist auch nicht an der Schlichtungsverhandlung erschienen.

Es liegt auf der Hand, dass bei einer Anwendung des direkten Forderungsrechts auf sämtliche Versicherungsverträge weitaus mehr Geschädigte direkt gegen Versicherungen vorgehen könnten und damit in den

Genuss eines reduzierten Prozess- und Kostenrisikos kämen. Mit der Beantwortung der vorgenannten Frage wird demnach darüber entschieden, welchen Interessen (oder Willenszielen) im schweizerischen Versicherungswesen mehr Gewicht beigemessen wird: der Wirtschaftlichkeit von Versicherungen oder dem Schutz der geschädigten Person, des wohl schwächsten Akteurs im Dreiergespann bestehend aus Versicherung, Schädiger und Geschädigtem.

C. Bislang vertretene Ansichten

Es verwundert damit nicht, dass der Meinungskampf – wie so oft – bereits im Vorfeld des Inkrafttretens des teilrevidierten VVG entbrannt ist. Bleibt es doch nach ADOMEIT/HÄHNCHEN den Rechtswissenschaften ihrer Natur gemäss verwehrt, mittels wissenschaftstheoretisch tauglicher Beweise über die richtige Lösung (sofern es eine solche überhaupt gibt) von juristischen Streitfragen zu entscheiden: Anstatt über die «Richtigkeit» einer Meinung zu urteilen, bewähre sich eine Meinung vielmehr über ihren «Grad der Akzeptanz».¹ Dieser Meinungskampf sei für die praktische Orientierung unentbehrlich (und damit auch für die konkrete Anwendung der neuen Bestimmungen des teilrevidierten VVG im Zuge der hierzu neu zu entwickelnden Rechtsprechung). Habe es doch eine Signalwirkung, ob eine Meinung «allgemein vertreten» wird, «herrschend» oder wenigstens «überwiegend» ist, denn niemand werde sich gern auf eine «Mindermeinung» beziehen. Vorliegend ist das Verhältnis von Art. 103a VVG zum direkten Forderungsrecht gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG schlichtweg «umstritten». Auch dieser Meinungskampf bleibt nicht unberührt von rechtspolitischen Willenszielen, die bereits den Gesetzgebungsprozess prägten. Jede Meinung ist letztlich Ausdruck einer Wertung.

MORENO/WENDELSPIESS sprechen sich für eine generelle Anwendung des direkten Forderungsrechts per Inkrafttreten des revidierten VVG aus, unabhängig vom Willen der betroffenen Vertragsparteien.² So müsse beim Inkrafttreten der neuen Gesetzesbestimmungen beachtet werden, dass das direkte Forderungsrecht nicht nur das Verhältnis der direkten Vertragspartner (d.h. des Schädigers mit der Versicherung) betreffe, sondern sich im Wesentlichen auch auf Dritte (d.h. den geschädigten Dritten) auswirke. Art. 103a VVG regle jedoch ausschliesslich das vertragliche Verhältnis zwischen der Versicherung und dem Versicherungsnehmer. Damit käme dem direkten Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG – im Sinne einer «Dritt-

¹ KLAUS ADOMEIT/SUSANNE HÄHNCHEN, *Rechtstheorie für Studenten*, 6. A., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2012, N 10 und 29.

² IGNACIO MORENO/ROLF WENDELSPIESS, *Der Regress im neuen VVG*, HAVE/REAS 2021, 237 ff., 245 f.

wirkung» – vielmehr Gesetzescharakter als Vertragscharakter zu. Deswegen sei Art. 103a VVG auf das direkte Forderungsrecht nicht anwendbar. Ebenfalls vertreten VON ZEDTWITZ/MAISANO die Ansicht, dass der Gesetzgeber die Auswirkungen der Teilrevision des VVG ausserhalb des Versicherungsvertrags, das heisst im Verhältnis zwischen der Versicherung und dem geschädigten Dritten bzw. zwischen dem Versicherten und dem geschädigten Dritten, mit Art. 103a VVG nicht geregelt habe.³ ROTHENBERGER verweist in diesem Zusammenhang auf die allgemeinen Regeln des intertemporalen Rechts gemäss Art. 1 bis 4 der Schlusstitel des Zivilgesetzbuches (SchlT ZGB).⁴ Dagegen vertreten KLETT/KUZMANOVIC den Standpunkt, es erscheine unwahrscheinlich, dass trotz einer eigenen VVG-Übergangsbestimmung einzig in Bezug auf Vorschriften, die sich auf Dritte auswirken, intertemporal nicht auf das VVG, sondern auf die allgemeinen Grundsätze abzustellen sei.⁵ Eine Unterscheidung zugunsten geschädigter Dritter führe nämlich zu einer sachlich ungerechtfertigten Privilegierung vertragsfremder Dritter zulasten des Versicherungsnehmers. Es überzeuge daher nicht, die Bestimmungen des teilrevidierten VVG mit Auswirkungen auf Drittparteien – und damit auch das direkte Forderungsrecht gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG – isoliert und losgelöst vom vertraglichen Grundverhältnis zu betrachten. Vielmehr sei der gegenseitigen Wechselwirkung zwischen den versicherungsvertraglichen Regelungen im engeren Sinn und den Bestimmungen mit Auswirkungen auf Dritte Rechnung zu tragen.

D. Welche Übergangsbestimmung: Art. 103a VVG oder Art. 1 ff. SchlT ZGB?

In den folgenden Überlegungen stellt sich somit die Frage, ob das direkte Forderungsrecht des Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG intertemporalrechtlich unter Art. 103a VVG oder unter die allgemeinen Bestimmungen in Art. 1 bis 4 SchlT ZGB fällt. Zwar gilt auch im letzteren Fall die Grundregel der Nichtrückwirkung gemäss Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB. Danach werden die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten sind, auch nachher gemäss den Bestimmungen des eidgenössischen oder kantonalen Rechts beurteilt, die zur Zeit des Eintritts dieser Tatsache gegolten haben. Doch erfährt dieser Grund-

satz in den Folgeartikeln erhebliche Einschränkungen.⁶ Allein mit dem Hinweis auf Art. 1 SchlT ZGB lässt sich daher nicht entscheiden, ob auf einen bestimmten Sachverhalt altes oder neues Recht anzuwenden ist. Nach Art. 2 Abs. 2 SchlT ZGB finden Vorschriften des bisherigen Rechtes, die nach der Auffassung des neuen Rechtes der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit widersprechen, nach dessen Inkrafttreten keine Anwendung mehr. Unter altem Recht erworbene Rechte bestehen demnach nach dem formellen Inkrafttreten des neuen Rechts nur dann weiter, sofern dem keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.⁷ Weiter gilt gemäss Art. 3 SchlT ZGB, dass Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes nach dem neuen Recht zu beurteilen sind, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind. Diese Bestimmung zielt demzufolge auf «gesetzliche Rechte» ab, die mangels Begründung durch Rechtsgeschäft nicht als «erworbene Rechte» zu qualifizieren sind.⁸

Das Bundesgericht hat sich in mehreren Entscheiden zur Anwendung der Schlusstitel des ZGB geäussert. In BGE 138 II 659 wird klar und verständlich die Unterscheidung getroffen zwischen Auswirkungen von Gesetzesänderungen auf vertragliche Ansprüche und solchen, die unmittelbar durch das Gesetz begründet werden.⁹ Das Bundesgericht fügt in diesem Zusammenhang an: «Entscheidend ist damit, ob es sich um eine Frage handelt, die durch den Parteiwillen oder das Gesetz bestimmt ist.»¹⁰

E. Vorgehen

Im Folgenden werden die verschiedenen Ansichten in Anwendung der Grundsätze der juristischen Methodenlehre diskutiert. Bei der Auslegung von Art. 103a VVG im Verhältnis zu Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG ist nach den vier Einzeloperationen gemäss dem Savignyschem Quart vorzugehen: (1) dem Wortlaut einer Norm («grammatikalisch»), (2) dessen Entstehungsgeschichte («historisch»), (3) dessen Kontexts («systematisch») und (4) dessen Zwecks («teleologisch»).¹¹ Der Wortlaut einer Norm und der ihm zu entnehmende Wortsinn bilden hierbei den Ausgangspunkt,¹² wobei bekanntermassen im Endergebnis keiner Methode der Vorrang zu gewähren ist (im Sinne eines «pragmatischen

³ CLEMENS VON ZEDTWITZ/RICCARDO MAISANO, Rückgriff des Privatversicherers gemäss Art. 95c rev. VVG – ab wann?, Jusletter vom 1. März 2021, 5.

⁴ ADRIAN ROTHENBERGER, Mauerblümchen im Rampenlicht: Zur Veränderung des (extrasystemischen) Koordinationsrechts – Ausblick, in Stephan Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2021, Zürich 2021, 307 ff., 312 f.

⁵ BARBARA KLETT/JELICA KUZMANOVIC, Das Übergangsrecht des revidierten VVG mit Fokus auf Vorschriften mit Auswirkungen auf Dritte, HAVE/REAS 2022, 26 ff., 28 und 30.

⁶ BSK ZGB II-VISCHER, Art. 1 SchlT ZGB N 14, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-VERFASSER/IN).

⁷ BSK ZGB II-VISCHER (FN 6), Art. 1 SchlT ZGB N 15.

⁸ BSK ZGB II-VISCHER (FN 6), Art. 3 SchlT ZGB N 2.

⁹ BGE 138 III 659 E. 3.3 S. 662 f.

¹⁰ BGE 138 III 659 E. 3.3 S. 663.

¹¹ ADOMEIT/HÄHNCHEN (FN 1), N 66.

¹² ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. A., Bern/München/Wien 2010, 67; BGE 141 II 262 E. 4.1 272.

Methodenpluralismus»¹³). Abschliessend wird in einer Gesamtbetrachtung erörtert, wie sich dies auf die vorgenannten Fallbeispiele auswirkt.

II. Sprachlich-grammatikalische Auslegung

Gegenstand der sprachlich-grammatikalischen Interpretation ist «das Wort, welches den Übergang aus dem Denken des Gesetzgebers in unser Denken vermittelt».¹⁴

Art. 103a VVG lautet wie folgt:

Für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2020 abgeschlossen worden sind, gelten folgende Bestimmungen des neuen Rechts:

- a. die Formvorschriften;
- b. das Kündigungsrecht nach den Artikeln 35a und 35b.

KLETT/KUZMANOVIC sind der Auffassung, dass der unmissverständlich bzw. lückenlos formulierte Wortlaut der Bestimmung keinen Raum für Interpretationen zuliesse und sie damit auf das gesamte VVG anzuwenden sei.¹⁵ *E contrario* müsse daraus gelesen werden, dass abgesehen von den Formvorschriften und den Art. 35a und 35b VVG alle anderen neuen Bestimmungen des teilrevidierten VVG erst mit Abschluss eines neuen Versicherungsvertrags am oder nach dem 1. Januar 2022 Geltung haben. Anders äussern sich hingegen MORENO/WENDELSPIESS, welche anmerken, dass sich das direkte Forderungsrecht gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG im Wesentlichen auf geschädigte Dritte – und damit nicht nur auf das vertragliche Grundverhältnis zwischen Schädiger und Versicherung – auswirke.¹⁶ Auch VON ZEDTWITZ/MAISANO vertreten in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass Art. 103a VVG ausschliesslich die Auswirkungen der Teilrevision des VVG auf das vertragliche Verhältnis zwischen Versicherung und Versicherungsnehmer regle.¹⁷

Da der Wortlaut mehrere Verständnismöglichkeiten erlaubt, kann auf eine streng positivistische Interpretation von Art. 103a VVG nicht abgestellt werden. In der Folge wird versucht, mit der systematischen Auslegung mehr Klarheit zu schaffen.

III. Systematische Interpretation

A. Allgemein

Im Rahmen der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Norm aus deren Stellung im Gefüge des Gesamtgesetzes, eines Teilgebiets der Rechtsordnung oder der Rechtsordnung insgesamt ermittelt.¹⁸ Anders gesagt: «Das systematische Element [...] bezieht sich auf den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer grossen Einheit verknüpft».¹⁹ Vorliegend geht es um die in der Literatur diskutierte Frage, ob das direkte Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG vertraglicher oder gesetzlicher Natur ist, mithin intertemporal Art. 103a VVG oder Art. 1 bis 4 SchlT ZGB einschlägig sind.

B. Einordnung des direkten Forderungsrechts nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG

KLETT/KUZMANOVIC bemerken in diesem Zusammenhang, «dass jedem Berührungspunkt zwischen einer Versicherungsgesellschaft und einer Drittpartei ein laufender Versicherungsvertrag zugrunde liegt».²⁰ Voraussetzung für die Geltendmachung des direkten Forderungsrechts sei demnach ein bestehender Versicherungsvertrag.²¹ Ferner mache die Einführung des direkten Forderungsrechts die Anpassung diverser Klauseln eines Versicherungsvertrags notwendig, so zum Beispiel die Einführung strengerer Mitwirkungspflichten (bzw. Obliegenheiten) vonseiten des Versicherungsnehmers. MORENO/WENDELSPIESS vertreten dagegen die Ansicht, dass das direkte Forderungsrecht seine Grundlage – im Sinne einer «Drittwirkung» in Analogie zur Subrogation – im Gesetz fände.²² Damit käme ihm vielmehr Gesetzescharakter und weniger Vertragscharakter zu, was wiederum für eine Anwendung von Art. 1 bis 4 SchlT ZGB (bzw. Art. 3 SchlT ZGB) spräche. SCHUMACHER/DUMMERMUTH/BUBB geht dies jedoch nicht weit genug.²³ So sei mit der Feststellung, dass dem geschädigten Dritten von Gesetzes wegen ein Anspruch gegenüber der Versicherung eingeräumt werde, noch nicht beantwortet, um was für einen Anspruch es beim direkten Forderungsrecht gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG geht: einen Haftpflicht- oder einen Deckungs- bzw. Versicherungsanspruch. Prägnanter formuliert stelle sich die Frage, ob der geschädigte Dritte (1) seinen eigenen Anspruch gegenüber dem Schädiger, (2) den eigentlich dem Schädiger zustehenden Deckungsanspruch gegenüber der Versi-

¹³ Siehe z.B. BGE 142 III 557 E. 8.3 sowie KRAMER (FN 12), 122 f. und 170 ff.

¹⁴ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1840/2012, § 33.

¹⁵ KLETT/KUZMANOVIC (FN 5), HAVE/REAS 2022, 28.

¹⁶ MORENO/WENDELSPIESS (FN 2), HAVE/REAS 2021, 245.

¹⁷ VON ZEDTWITZ/MAISANO (FN 3), Jusletter vom 1. März 2021, 4.

¹⁸ KRAMER (FN 12), S. 85.

¹⁹ VON SAVIGNY (FN 14), § 33.

²⁰ KLETT/KUZMANOVIC (FN 5), HAVE/REAS 2022, 28.

²¹ KLETT/KUZMANOVIC (FN 5), HAVE/REAS 2022, 28.

²² MORENO/WENDELSPIESS (FN 2), HAVE/REAS 2021, 245 f.; siehe auch VON ZEDTWITZ/MAISANO (FN 3), Jusletter vom 1. März 2021, 3.

²³ BENJAMIN SCHUMACHER/PATRICK DUMMERMUTH/LUKAS BUBB, *Das direkte Forderungsrecht im revidierten VVG – ein praxistaugliches Instrument?*, HAVE/REAS 2021, 355 ff., 358.

cherung oder (3) einen Anspruch eigener Art (*sui generis*) einklagt. Die Autoren kommen in dieser Frage zum Ergebnis, dass das direkte Forderungsrecht dem geschädigten Dritten von Gesetzes wegen ein eigenes Recht einräume, gegenüber der Versicherung die sich aus dem Deckungsverhältnis ergebenden Forderungen geltend zu machen, sofern ein Haftungsanspruch gegenüber dem Schädiger besteht.²⁴ Auch wenn der Haftpflichtanspruch von Gesetzes wegen gegenüber der Versicherung bestehe, handle es sich damit weiterhin um eine Forderung zwischen dem geschädigten Dritten und dem Schädiger, wobei dieser Haftpflichtanspruch im Direktprozess gegen die Versicherung als Vorfrage behandelt werde.²⁵ Zwar spiele diese dogmatische Einordnung in der Praxis allenfalls eine untergeordnete Rolle, weil zum Beispiel bei obligatorischen Haftpflichtversicherungen das direkte Forderungsrecht mit einem gesetzlichen Einredeausschluss einhergehe (vgl. Art. 59 Abs. 3 VVG), doch ist den Autoren beizupflichten, wenn sie zugleich hervorheben, dass diese rein rechtliche Betrachtung bei bestimmten Fragen – so auch bei jener betreffend das Verhältnis des direkten Forderungsrechts zu Art. 103a VVG – praktische Relevanz habe.²⁶

Dennoch überzeugt es wenig, das direkte Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG damit als (rein) vertraglichen Anspruch zu qualifizieren. Zwar stehen das vertragliche und das gesetzliche Element im Vergleich zur grammatikalischen Interpretation nicht mehr in einem direkten Gegensatz, indem sie aus systematischer Sicht vielmehr «nebeneinander» bestehen. Es handelt sich demnach um ein *gesetzliches Recht*, das dem geschädigten Dritten erlaubt, einen *Deckungsanspruch* einzuklagen. Doch bestehen weiterhin stichhaltige Einwände, die das vertragliche Element in den Hintergrund treten lassen. So unterstreicht SÜSSKIND, dass der geschädigte Dritte mit der Geltendmachung des direkten Forderungsrechts nicht in die Rechte des versicherten Schädigers einträte, mithin nicht Vertragspartei sei und keinen vertraglichen Deckungsanspruch geltend machen könne.²⁷ Zudem sei es ihm verwehrt, die Fälligkeit der Versicherungsleistung nach Art. 41 VVG herbeizuführen, was einzig dem Versicherungsnehmer vorbehalten bliebe. Schliesslich bringt SÜSSKIND an, dass sich der Gerichtsstand in Analogie zu Klagen aus Motorfahrzeugunfällen nach den Bestimmungen über die unerlaubte Handlung gemäss Art. 36 ff. ZPO rich-

te.²⁸ SCHUMACHER/DUMMERMUTH/BUBB – ausgehend von einer vertraglichen Leistung – vertreten dagegen die Ansicht, dass für den geschädigten Dritten die gleichen Gerichtsstände gälten, wie wenn der Versicherte selber auf Grundlage des Versicherungsvertrags gegen die Versicherung vorgehe.²⁹

KLETT/KUZMANOVIC gehen richtigerweise davon aus, dass auf Gesetzesnormen wie Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG grundsätzlich Art. 3 SchlT ZGB zur Anwendung käme, was aber «nicht vollständig überzeugt». So habe ein direktes Forderungsrecht zwischen Schädiger und Versicherung eine derart starke Wirkung auf das Versicherungsvertragsverhältnis in Form von neuen Obliegenheiten und Deckungsänderungen, dass der Parteiwille über den Inhalt des Versicherungsvertrags tangiert wäre.³⁰ Dabei wird verkannt, dass Art. 3 SchlT ZGB ausschliesslich das «gesetzliche Recht» aus Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG berücksichtigt und allfällige wirtschaftliche Interessen der Vertragsparteien (d.h. des Versicherungsnehmers und der Versicherung) ausser Acht lässt. Durch gesetzliche Änderungen werden oftmals wirtschaftliche Interessen der Vertragsparteien indirekt berührt. Art. 3 SchlT ZGB betrachtet das Forderungsrecht isoliert als eigenständiges gesetzliches Recht.

C. Würdigung

Als Zwischenfazit wird damit zumindest klar, dass auch das systematische Element keinen befriedigenden Aufschluss darüber gibt, ob dem direkten Forderungsrecht gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG eher Vertrags- oder Gesetzescharakter zukommt. Damit bleibt auch unklar, ob Art. 103a VVG oder Art. 1 bis 4 SchlT ZGB (bzw. betreffend das systematische Element Art. 3 SchlT ZGB) einschlägig sind. Jede Rechtfertigung, wonach ein Schwerpunkt auf die vertragliche oder gesetzliche Komponente zu legen sei, lässt sich grundsätzlich vertreten.

Es erscheint daher zielführend, uns im Folgenden der teleologischen Interpretation – dem Sinn und Zweck – von Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG zuzuwenden, wobei dieser in einem logischen Schritt das historische Element voranzustellen ist.

IV. Das historische Auslegungselement

A. Allgemein

Das historische Element, sprich, die Entstehungsgeschichte einer Norm, liefert Anhaltspunkte für den ursprünglichen «Willen» des Gesetzgebers.³¹ Es hat «den

²⁴ SCHUMACHER/DUMMERMUTH/BUBB (FN 23), 358; siehe hierzu auch KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/2, 4 A., Zürich 1989, § 26 N 150 sowie WALTER FELLMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bern 2013, N 869.

²⁵ SCHUMACHER/DUMMERMUTH/BUBB (FN 23), HAVE/REAS 2021, 360.

²⁶ SCHUMACHER/DUMMERMUTH/BUBB (FN 23), HAVE/REAS 2021, 358.

²⁷ MARCEL SÜSSKIND, Rechtsnatur des direkten Forderungsrechts gegen den Versicherer, HAVE/REAS 2022, 101.

²⁸ Bei internationalen Sachverhalten gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) bzw. diesem vorgehende Staatsverträge.

²⁹ SCHUMACHER/DUMMERMUTH/BUBB (FN 23), HAVE/REAS 2021, 361.

³⁰ KLETT/KUZMANOVIC (FN 5), HAVE/REAS 2022, 31.

³¹ KRAMER (FN 12), S. 116.

zur Zeit des gegebenen Gesetzes für das vorliegende Rechtsverhältnis durch Rechtsregeln bestimmten Zustand» zum Gegenstand.³² Die historische Auslegung zielt hierbei darauf ab, ein besseres Verständnis darüber zu entwickeln, auf welche Weise eine neue Norm in diesen Zustand eingreifen sollte.³³ Vorliegend gilt es somit, ausgehend vom historischen Sinn und Zweck des direkten Forderungsrechts nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG auf die intendierte Funktionsweise von Art. 103a VVG zu schliessen. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der Gesetzgeber im engeren Sinn das Parlament (und das Volk) ist, weshalb die Geschichte der Gesetzesvorlage nur insofern von Bedeutung ist, als sich aus dieser ein unausgesprochener Konsens über den Sinn einer Norm erschliesst.

B. Entstehungsgeschichte von Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG

Gemäss der Vernehmlassungsvorlage ist der Sinn und Zweck des direkten Forderungsrechts nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG «der Schutz des Schadenersatzanspruches der geschädigten Person».³⁴ Dass diese Änderung vom Schweizerischen Versicherungsverband (SVV) nicht begrüsst wurde, wundert wenig.³⁵ Das direkte Forderungsrecht solle vielmehr als subsidiäres Forderungsrecht ausgestaltet werden, indem die Geltendmachung des direkten Forderungsrechts voraussetze, dass «keine haftpflichtigen Versicherten als Haftungssubjekte mehr vorhanden sind».³⁶ Wolle doch der Versicherte als zu schützender Konsument keine Haftungsverschärfung mit wirtschaftlichen Folgen für die Prämie. Auch wenn der Kanton Aargau, die Aargauische Gebäudeversicherung (AGV) und die Gebäudeversicherung Graubünden (GVG) eine Stärkung der Position des Geschädigten – angesichts des wenig praktikablen Pfandrechts – begrüsst,³⁷ wurde die Vernehmlassungsvorlage zunächst dennoch dahingehend abgeändert, dass dem geschädigten Dritten lediglich ein subsidiäres direktes Forderungsrecht zustehen

sollte.³⁸ Bemerkenswert ist an dieser Stelle, dass sich Lloyd's anlässlich der Vernehmlassung dahingehend äusserte, dass Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG nicht in das VVG gehöre.³⁹ Das direkte Forderungsrecht schütze nämlich nicht die Versicherten, sondern die geschädigten Dritten. Systematisch gesehen spricht diese juristische Beobachtung dafür, dass dem direkten Forderungsrecht Gesetzescharakter zukommt – und damit Art. 103a VVG darauf keine Anwendung fände. Jedenfalls wurden im Zuge der Beratungen des National- bzw. Ständerats, wenn auch überraschend, diverse konsumentenfreundliche Änderungen und insbesondere die Formulierung von Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG (nebst Art. 59 Abs. 3 VVG) – wie sie per 1. Januar 2022 letztendlich in Kraft getreten ist – doch angenommen.⁴⁰

C. Entstehungsgeschichte von Art. 103a VVG

Wenig Aufschluss über die Anwendung des Gesetzes gibt die Entstehungsgeschichte von Art. 103a VVG. Ursprünglich sah der Bundesrat vor, dass betreffend das Verhältnis des neuen Rechts zum alten Recht die allgemeinen übergangsrechtlichen Grundsätze (d.h. Art. 1 bis 4 SchlT ZGB) zur Anwendung kämen.⁴¹ Auf eine VVG-spezifische Übergangsregelung wurde zunächst verzichtet. Insbesondere äusserte er sich zur Vernehmlassungsvorlage dahingehend, dass das neue Recht auch für bestehende Verträge gelten sollte, sofern sich das neue Recht nicht auf Sachverhalte bezieht, die sich im Rahmen bestehender Verträge bereits abschliessend verwirklicht haben. Weiter fügte er in diesem Zusammenhang an, dass es schliesslich der Praxis überlassen werde, wie weit das neue Recht auf Sachverhalte anzuwenden sei, die sich unter bisherigem Recht verwirklicht haben, deren Auswirkungen aber erst nach Inkrafttreten des teilrevidierten VVG eintreten. Es ist jedoch nachvollziehbar, dass die Vernehmlassungsteilnehmer diesen Vorschlag aufgrund fehlender Rechtssicherheit – so z.B. in Hinsicht auf die Produktentwicklung und Risikobewertung und -übernahme – ablehnten.⁴² Der SVV, die Association des Courtiers en Assurances ACA, santésuisse, die ÖKK Holding AG, die Assura SA, die Groupe Mutuel sowie der Schweizer Bauernverband (SBV) erachteten die Aufnahme einer Übergangsregelung gar als zwingend. So war es für den SVV wesentlich, dass für bestehende Versicherungsverträge grundsätzlich

³² VON SAVIGNY (FN 14), § 33.

³³ VON SAVIGNY (FN 14), § 33.

³⁴ Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 6. Juli 2016, 45 Ziff. 2.2.2.

³⁵ Stellungnahme zur Teilrevision des Versicherungsgesetzes (VVG) des Schweizerischen Versicherungsverbands (SVV) vom 27. Oktober 2016.

³⁶ SVV (FN 35).

³⁷ Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG), Ergebnisbericht vom 28. Juni 2017, 30 Ziff. 2.2.3; Stellungnahme zur Teilrevision des Versicherungsgesetzes (VVG) des Kantons Aargau vom 26. Oktober 2016; Stellungnahme zur Teilrevision des Versicherungsgesetzes (VVG) der Aargauischen Gebäudeversicherung vom 14. Oktober 2016 sowie Stellungnahme zur Teilrevision des Versicherungsgesetzes (VVG) der Gebäudeversicherung Graubünden vom 10. Oktober 2016.

³⁸ Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017, BBl 2017 5089 ff., 5128 (zit. Botschaft VVG 2017).

³⁹ EFD (FN 37), 29 Ziff. 2.2.3 sowie Stellungnahme zur Teilrevision des Versicherungsgesetzes (VVG) von Lloyd's vom 26. Oktober 2016

⁴⁰ Siehe hierzu zusammenfassend MARCO FORTE/STEPHAN KINZL, Der neue Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG – direktes Forderungsrecht der geschädigten Person gegen (alle) Haftpflichtversicherungen?, *Anwaltsrevue* 2010, 421 ff.

⁴¹ EFD (FN 34), 54 Ziff. 2.4.

⁴² EFD (FN 37), 34 f. Ziff. 4.1.1 sowie SVV (FN 35).

das bisherige Recht weitergelte und das neue Recht mit einer Übergangsfrist von mindestens zwei Jahren ausschliesslich auf neu abzuschliessende Verträge Anwendung fände.⁴³ Im Ergebnis wurde die Vernehmlassungsvorlage im Hinblick auf eine verhältnismässige Regelung um eine VVG-spezifische Übergangsbestimmung, welche dem jetzigen Art. 103a VVG entspricht, ergänzt.⁴⁴ Demnach gelten für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderungen vom 19. Juni 2020 abgeschlossen wurden, lediglich die Formvorschriften und das Kündigungsrecht nach den Art. 35a und 35b VVG. Für die Geltung des neuen Rechts (und damit unter Umständen auch des direkten Forderungsrechts gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG) für bereits bestehende Versicherungsverträge – wohlgermerkt dem Grossteil der gegenwärtig bestehenden Versicherungsverträge – verbleiben damit lediglich die Rechtsinstitute der Vertragsänderung oder der Kündigung.

D. Im Besonderen zum Verhältnis von Art. 103a VVG zu Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG

Im Zusammenhang mit dem direkten Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG zeigt ein Blick in die parlamentarischen Beratungen, dass der Gesetzgeber mit Art. 103a VVG lediglich beabsichtigte, die Auswirkungen der Teilrevision im Verhältnis zu den direkt am Versicherungsvertrag beteiligten Parteien – also dem Versicherungsnehmer und der Versicherung – zu regeln. So bemerkte Nationalrätin Daniela Schneeberger im Zusammenhang mit Art. 103a VVG explizit, dass dies «für beide» Seiten vorteilhaft sei.⁴⁵ Es liegt auf der Hand, dass sie damit auf den Versicherungsnehmer und die Versicherung verwies. Im Umkehrschluss wird damit zumindest ein Indiz geliefert, dass der Gesetzgeber zwischen vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen mit Drittwirkung differenziert, auch wenn er bei der Normierung von Art. 103a VVG den Schutz bzw. die Stärkung der Position des geschädigten Dritten wohl unbewusst ausser Acht liess. Während dies allenfalls einer unechten Gesetzeslücke gleichkäme, erhärtet sich damit zumindest die Annahme, dass dem direkten Forderungsrecht Gesetzescharakter zuzusprechen ist. Letzteres spräche für die Anwendung von Art. 3 SchlT ZGB, mithin einer Anwendung von Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG sowohl auf neue wie auch auf alte Versicherungsverträge, die vor Inkrafttreten des teilrevidierten VVG abgeschlossen worden sind.

V. Teleologische Auslegung: Sinn und Zweck von Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG

A. Allgemein

Bei der teleologischen Auslegung geht es endlich darum, nicht formalistisch – «wertungsblind» – an den Wortlaut einer Norm und «leeren» Begriffen anzuknüpfen, sondern die gesetzliche Anweisung nach ihrem Zweck zu hinterfragen.⁴⁶ Es handelt sich um das logische Element, das die Gliederung des Gedankens, auf dem eine Norm beruht, in seine Einzelteile zerlegt und zueinander ins Verhältnis setzt.⁴⁷ Vorliegend gilt es demnach, Art. 103a VVG in Anlehnung an den Sinn und Zweck des direkten Forderungsrechts gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG – dem Schutz des Schadenersatzanspruches der geschädigten Person – auszuliegen. Als Ausgangspunkt dient hierfür die Annahme, dass Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG nicht auf bestehende Versicherungsverträge anzuwenden sei, die tatsächlichen Folgen dessen sodann an den Beurteilungskriterien der Effizienz und Gerechtigkeit gemessen werden.

B. Folgenanalyse

Wären auf bestehende Versicherungsverträge lediglich die neuen Formvorschriften und das Kündigungsrecht nach den Art. 35a und 35b VVG anwendbar, so bildete dies einen wenig befriedigenden Kompromiss, um dem direkten Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG Einzug in den Rechtsverkehr zu ermöglichen. Mit anderen Worten: Eine Stärkung der Position des geschädigten Dritten als schwächstes Glied im Dreiergespann bestehend aus Versicherung, Schädiger und geschädigter Person liefe vorerst ins Leere. Während eine Übergangsfrist (für die Anwendung von Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG auf unter dem alten Recht entstandene Versicherungsverträge) noch eine für alle Beteiligten verhältnismässige Lösung gewesen wäre, verblieben mit Art. 103a VVG lediglich die Kündigung, die Vertragsänderung oder neu abgeschlossene Verträge, um das direkte Forderungsrecht auf bestehende (bzw. wiederum neu abzuschliessende) Versicherungsverträge anzuwenden. Gleichzeitig hätten aber sowohl Versicherungsnehmer als auch Versicherungen nach neuem Recht wohl kaum einen Anreiz, bestehende Versicherungsverträge zu kündigen bzw. abzuändern. Hinzu kommt, dass es sich bei Versicherungsverträgen bekanntermassen um Dauerverhältnisse handelt. Damit würde mit der derzeitigen Übergangsbestimmung der *Status Quo* in vielen Fällen auf lange Sicht gewahrt, denn das Verhältnis von alten zu neuen Versicherungsverträgen wird noch auf lange Zeit zulasten neuer Verträge deutlich ungleich bleiben. Sprich, das bisherige Recht fände – parallel zum neuen Recht – noch für eine

⁴³ SVV (FN 35).

⁴⁴ Botschaft VVG 2017 (FN 38), 5136.

⁴⁵ Votum von Nationalrätin DANIELA SCHNEEBERGER, AB 2019 N 771; siehe auch Votum von Nationalrätin CÉLINE AMAUDRUZ, AB 2019 N 769 sowie in diesem Zusammenhang von ZEDTITZ/MAISANO (FN 3), Jusletter vom 1. März 2021, 4 f.

⁴⁶ KRAMER (FN 12), 146 f.

⁴⁷ VON SAVIGNY (FN 14), § 33.

lange Zeit Anwendung. Es ist fraglich, ob das die Absicht des Gesetzgebers war.⁴⁸

Durch eine solche Auslegung des Gesetzes würde die Umsetzung des direkten Forderungsrechts stark gehemmt, wenn nicht gar vorerst eher symbolischen Charakter haben. Um an dieser Stelle jedoch nicht in eine rein interessengetriebene Auseinandersetzung zu geraten, bietet es sich an, an zwei allgemein anerkannte Beurteilungskriterien anzuknüpfen: Effizienz und Gerechtigkeit als fundamentale Ziele, die eine Rechtsordnung verfolgen sollte.⁴⁹

C. Würdigung im Hinblick auf eine effiziente Schadenserledigung

Unumstritten mag die Aussage sein, dass die Schadenserledigung möglichst effizient stattzufinden habe. Bereits im Zuge der Vernehmlassung brachte der SVV in diesem Zusammenhang an, dass die geschädigte Person mit der Einräumung eines direkten Forderungsrechts gegen die Versicherung vor die Wahl gestellt werde, wen sie einklagen soll («Nachteil, dass sich der Geschädigte beim direkten Forderungsrecht mit zwei Parteien und mit Deckungsfragen auseinandersetzen muss»)⁵⁰ Auf Geschädigtenseite wurde (so von David Husmann im Namen der Rechtsberatungsstelle UP vertreten) in der Vernehmlassung das direkte Forderungsrecht als Vorteil für Geschädigte und Versicherte begrüsst, versicherte Unternehmen müssten nicht mehr damit rechnen, direkt belangt zu werden. Während der Beratungen des Ständerats wurde sodann dahingehend argumentiert, dass eine direkte Auseinandersetzung zwischen der geschädigten Person und der Versicherung am Versicherungsnehmer vorbei geführt würde und das nicht in seinem Interesse läge.⁵¹ Jedoch wurde bereits kurz darauf in der Differenzvereinbarung im Nationalrat die auch hier vertretene Ansicht dargelegt, wonach der Versicherungsnehmer durch das direkte Forderungsrecht vonseiten des geschädigten Dritten vielmehr entlastet werde, indem er sich mit der Schadenserledigung nicht befassen müsse.⁵² Dies sei nicht zuletzt dann ein Vorteil, wenn Geschädigter und Schädiger in einer besonderen Beziehung stehen, zum Beispiel verwandt sind oder ein Arbeitsverhältnis vorliegt. So schreiben auch FORTE/KINZL von einer «völlig realitätsfremden» Vorstellung und Interessenlage, wenn davon ausgegangen werde, dass die Versicherung zusammen mit dem Versicherungsnehmer den

Schaden abwickeln und Letzterer an der Abwicklung teilnehmen möchte.⁵³ Vielmehr sei – wohl zutreffend – davon auszugehen, dass der Schädiger bislang mühselig dazu gebracht werden musste, den Schadensfall überhaupt seiner Versicherung zu melden. Im Ergebnis sei das Forderungsrecht gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG damit im Hinblick auf eine effiziente Schadenserledigung zu begrüssen. So habe im Vergleich zum Versicherten bzw. zur Versicherung der geschädigte Dritte oftmals als einziger Beteiligter ein wahres Interesse daran, die Schadenserledigung freimütig zu veranlassen. Nicht zuletzt erscheine dies auch förderlich im Sinne der vorprozessualen Effizienz, da damit auch für Versicherungen der Anreiz besteht, zusammen mit der geschädigten Person angesichts eines drohenden Direktprozesses schadensmindernde Massnahmen zu ergreifen (die meistens kostspielig sind) und allenfalls eine gütliche Einigung zu erzielen. Es ist demzufolge aus Effizienzüberlegungen wenig nachvollziehbar, inwiefern Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG nicht auch auf bestehenden Versicherungsverträge anzuwenden sei.

D. Würdigung im Hinblick auf Gerechtigkeitsüberlegungen

1. *Level Playing Field zwischen geschädigten Dritten und Versicherungen*

MORENO/WENDELSPIESS, bezugnehmend auf die Stellungnahme der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (SGHVR) vom 31. Juli 2009,⁵⁴ weisen darauf hin, dass die Regelung nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG in vielen Bereichen bereits der heutigen Praxis entspreche, indem sich Versicherungen regelmässig vorbehielten, mit der geschädigten Person direkt zu verhandeln und ungerechtfertigte Ansprüche abzuwehren bzw. entsprechende Rechtsstreitigkeiten auszutragen.⁵⁵ Das bestätigen auch KLETT/KUZMANOVIC.⁵⁶ Zudem sei es hierbei dem Versicherungsnehmer gar untersagt, irgendwelche Ansprüche anzuerkennen oder Ersatzleistungen direkt zu erbringen.⁵⁷ Wie bei solcher Vertragsgestaltung die Einführung des direkten Forderungsrechts zu einer sachlich ungerechtfertigten Privilegierung des vertragsfremden Geschädigten führe⁵⁸, ist nicht ersichtlich. Oft hat der Versicherungsnehmer kein intrinsisches Interesse an einer zügigen Schadenserledigung. Die geschädigte Person ist deshalb der schwächste Akteur im Dreiergespann bestehend aus Versichertem, Versicherung

⁴⁸ So auch MORENO/WENDELSPIESS (FN 2), 246.

⁴⁹ Siehe z.B. ANNE VAN AAKEN, Ökonomische Analyse und Rechtsanwendung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht, Wien 2020, 4.

⁵⁰ SVV (FN 35).

⁵¹ Votum von Ständerat MARTIN SCHMID, AB 2019 S 770.

⁵² Siehe Vota von Nationalrätin PRISCA BIRRER-HEIMO, AB 2019 N 2359 und AB 2020 N 258, sowie von Nationalrat LEO MÜLLER, AB 2019 N 2359 f. und AB 2020 N 258.

⁵³ FORTE/KINZL (FN 40), Anwaltsrevue 2010, 423.

⁵⁴ Stellungnahme zur Vernehmlassungsvorlage der Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (SGHVR) vom 31. Juli 2009, 11.

⁵⁵ MORENO/WENDELSPIESS (FN 2), HAVE/REAS 2021, 246.

⁵⁶ KLETT/KUZMANOVIC (FN 5), HAVE/REAS 2022, 29.

⁵⁷ MORENO/WENDELSPIESS (FN 2), HAVE/REAS 2021, 246.

⁵⁸ KLETT/KUZMANOVIC (FN 5), HAVE/REAS 2022, 28.

und geschädigtem Dritten, da ihr bislang verwehrt war, die Fälligkeit der Versicherungsleistung selber herbeizuführen.⁵⁹ Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG führt dazu, dass angesichts der vorgenannten Praxis gleiche Ausgangsvoraussetzungen (im Sinne eines «*level playing field*») zwischen dem geschädigten Dritten und der Versicherung geschaffen werden.

2. Zufallsbedingte Ungleichbehandlung geschädigter Personen

Schliesslich können die Rechtsfolgewirkungen des direkten Forderungsrechts, die unweigerlich auf neue Versicherungsverträge zutreffen, nicht isoliert betrachtet werden, insbesondere nicht im Verhältnis zu geschädigten Dritten, deren Schadenserledigung angesichts älterer Versicherungsverträge noch nach bisherigem Recht abgewickelt werden müsste. Wäre Art. 103a VVG auch auf das direkte Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG anwendbar – sprich, gälte das direkte Forderungsrecht nicht auch für alte Versicherungsverträge –, führte dies zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung geschädigter Dritter, deren Schaden noch auf der Grundlage alter Versicherungsverträge abgewickelt werden müsste. Verweigerte sich oder verzögerte der Versicherungsnehmer hierbei die Meldung des Schadensfalls an seine Versicherung, könnten im Einzelfall seitens des geschädigten Dritten existenzgefährdende Nöte entstehen. Gleichermassen bliebe die geschädigte Person auf ihrem Schaden sitzen, wenn deren Schädiger schlichtweg nicht mehr auffindbar ist. Es ist falsch zu behaupten, dass die gesetzliche Verankerung des direkten Forderungsrechts praktisch gesehen eine marginale Bedeutung habe.⁶⁰ Würde das direkte Forderungsrecht nicht umfassend angewendet ab dem Jahr 2022, nähme die Schadenserledigung einen stark aleatorischen Charakter an: der «glückliche» Geschädigte mit einem Direktanspruch, der «unglückliche» mit einem Schaden, den er beim Schädiger geltend machen muss. Die Anwendung des direkten Forderungsrechts nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG führt damit zu einem unbefriedigenden Ergebnis, sofern es nicht auch auf alte Versicherungsverträge angewandt wird. So wäre es geschädigten Dritten auf der Grundlage von alten Versicherungsverträgen verwehrt, direkt gegen die Versicherung vorzugehen – unter Umständen mit existenzgefährdenden Folgen – während andere geschädigte Personen auf der Grundlage neuer Versicherungsverträge durch ihre gestärkte Rechtsstellung den Schadenersatzanspruch direkt gegenüber der Versicherung geltend machen könnten. In der Konsequenz würde das auch bedeuten, dass auch Art. 60 Abs. 3 VVG (Auskunftsrecht zur Haftpflichtversicherung gegenüber Aufsichtsbehörden) nur bei neuen Ver-

sicherungsverträgen zur Anwendung käme. Der Anwalt, der eine Forderung seines Mandanten verjähren liess, könnte somit einwenden, er habe noch eine alte Versicherung und müsse diese nicht preisgeben. Das erschwert die Durchsetzung des Rechts. Damit würden jahrelang zwei verschiedene Rechtsregime parallel zur Anwendung kommen. Diese zufällige Ungleichbehandlung kann nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein. Die grosse Mehrheit vertragsfremder Dritter, deren Schadenserledigung noch auf der Grundlage alter Versicherungsverträge erfolgt, hätte damit einfach «Pech gehabt». Dies trifft sowohl auf Sachverhalte zu, die sich vor dem 1. Januar 2022 verwirklicht haben und vor Gericht noch hängig sind bzw. noch nicht gemeldet wurden, als auch auf Sachverhalte, die gänzlich in den Zeitraum nach Inkrafttreten von Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG fallen.

Folglich müsste einem geschädigten Dritten das direkte Forderungsrecht auf Grundlage eines alten Versicherungsvertrags stets eingeräumt werden, solange über einen Schadensfall nicht vor Inkrafttreten des teilrevidierten VVG rechtskräftig entschieden wurde. Die Autoren vertreten daher die Ansicht, dass Art. 103a VVG aufgrund der daraus entstehenden Ungleichbehandlung vertragsfremder Geschädigter nicht auf das direkte Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG angewandt werden kann. Es stellt sich damit die Frage, ob nicht ohnehin – wohlgermerkt sogar wenn man dem direkten Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG primär Vertragscharakter zuspräche – ein Ausnahmetatbestand nach Art. 2 SchlIT ZGB vorliegt, sofern in Kauf genommen wird, dass die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung geschädigter Dritte in Einzelfällen zu existenzgefährdenden Nöten führen kann.⁶¹ Gleichwohl stehen dem Interesse geschädigter Personen, auf der Grundlage alter Versicherungsverträge das direkte Forderungsrecht anrufen zu können, die Interessen der Versicherungen und der Versicherungsnehmer entgegen. So haben einerseits Versicherungen ein Interesse an der Anpassung bestimmter Versicherungsklauseln, wie zum Beispiel in Hinsicht auf Sublimiten oder Subsidiaritäts- bzw. Komplementärklauseln zur Dämpfung allfälliger Prämienerrhöhungen, strengere Mitwirkungspflichten (bzw. Obliegenheiten) vonseiten des Versicherungsnehmers oder den Bearbeitungsaufwand betreffend Rückforderungen.⁶² Andererseits entstehen gegebenenfalls auch Nachteile für den Versicherungsnehmer, sofern seine Versicherung zum Beispiel Schäden anerkennt, die einen allfälligen Selbstbehalt nicht

⁵⁹ Siehe hierzu SÜSSKIND (FN 27), HAVE/REAS 2022, 101.

⁶⁰ So z.B. KLETT/KUZMANOVIC (FN 5), HAVE/REAS 2022, 29.

⁶¹ Siehe im Zusammenhang mit Art. 2 SchlIT ZGB STEPHAN FUHRER, Urteilsbesprechung zu BGER 4A_427/2010: Altrechtliche Anzeigepflichtverletzung, 12. Oktober 2010, Internet: <https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGer%202010/11-2010%2010%2012-B.pdf> (Abruf 9.3.2022).

⁶² KLETT/KUZMANOVIC (FN 5), HAVE/REAS 2022, 29.

bzw. nur marginal übersteigen.⁶³ Dennoch sind sich die Autoren einig, dass in der vorzunehmenden Güterabwägung das Interesse an einer effizienten, einwandfreien Schadenserledigung und jenes an einer Stärkung des Schutzes «aller» geschädigten Personen – angesichts existenzbedrohender Risiken – gegenüber jenen der Versicherungsbranche bzw. Versicherungsnehmer überwiegen. Ob Versicherungsnehmer allfälligen Vertragsänderungen zustimmen, fällt dann letztendlich in den Anwendungsbereich der Privatautonomie. Jedenfalls erscheint es stossend, mit Art. 103a VVG das direkte Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG auf lange Sicht für die grosse Mehrheit geschädigter Dritte vollständig auszuhebeln.

VI. Fazit

Zusammenfassend lassen sich aus den vorstehenden Überlegungen folgende Schlüsse ziehen: Dem direkten Forderungsrecht gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG ist Gesetzescharakter zuzusprechen, weswegen für diese Gesetzesbestimmung übergangsrechtlich nicht Art. 103a VVG gilt, sondern Art. 3 SchlT ZGB zur Anwendung gelangt. Ferner wird die Ansicht vertreten, dass selbst unter der Annahme, dass dem direkten Forderungsrecht Vertragscharakter zukommt und es damit in den Geltungsbereich von Art. 103a VVG fällt, nicht zuletzt aufgrund der dadurch hervorgerufenen Ungleichbehandlungen geschädigter Personen ein Ausnahmetatbestand nach Art. 2 SchlT ZGB anzunehmen ist.

Angewandt auf die eingangs genannten Fallbeispiele hat die hier vertretene Meinung folgende Auswirkung. Abgesehen davon, dass ein direktes Forderungsrecht nicht bedeutet, dass überhaupt Deckung besteht, ist in allen vier Fällen ab 1. Januar 2022 ein direktes Forderungsrecht gegeben. Umstritten könnte diese Frage noch im Fall A sein, wenn also der Schaden schon vor Inkrafttreten des teilrevidierten VVG eingetreten ist. Aber auch hier ist die Anwendung des neuen Rechts sachgerechter: Der Versicherungsnehmer zieht keinen wirklichen Vorteil daraus, wenn der Schaden nicht direkt mit der Versicherung liquidiert werden kann, der Geschädigte aber hätte einen offensichtlichen Nachteil. Da ja der Schaden Ende 2021 im Fall A schon liquide ist, ist durch Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG ab 1. Januar 2022 ein neuer Solidarschuldner gesetzlich geschaffen worden, weshalb es (in Anwendung von Art. 3 SchlT ZGB) richtig ist, auch in diesem Fall ein direktes Forderungsrecht gegen die Versicherung zu bejahen.

Das direkte Forderungsrecht gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG auf neue Versicherungsverträge zu beschränken, wäre nach der hier vertretenen Meinung eine falsche Rechtsanwendung: Es soll ab 1. Januar 2022 für alle Versicherungsverhältnisse gelten. Diese Lösung stellt eine wesentliche Verbesserung der Stellung des Geschädigten dar und hilft auch dem Schädiger selber, weil sie ihn entlastet. Ein professionelles Schadenmanagement durch die Versicherung versachlicht den gesamten Prozess. Da der Vorteil des Geschädigten letztlich kein Nachteil für den Versicherten ist, gibt es auch keinen sachlichen Grund, das direkte Forderungsrecht nicht sofort umfassend anzuwenden.

⁶³ SCHMID (FN 51), AB 2019 S 770.