

Praktische und rechtliche Fragen des Versicherungsschutzes

Fabio Schlüchter*

Neben einem sorgfältigen Risikomanagement und einer guten Qualitätssicherung können Haftpflichtrisiken mit einer auf die Unternehmung spezifisch zugeschnittenen Haftpflichtversicherung beschränkt werden. Der Beitrag behandelt einige aktuelle Problembereiche der Betriebshaftpflichtversicherung: die Abgrenzung des Sachschadens vom reinen Vermögensschaden, die Möglichkeiten der Regelung des zeitlichen Geltungsbereichs, die Probleme bei Wechsel des Versicherungsunternehmens sowie den Ausschluss des Unternehmerrisikos vom Versicherungsschutz als zentraler Grundsatz der Betriebshaftpflichtversicherung.

Les risques de responsabilité civile peuvent être limités par un management consciencieux du risque, une garantie appropriée de la qualité et par une assurance responsabilité civile spécifique adaptée à l'entreprise.

Cette contribution aborde trois problèmes en relation avec l'assurance responsabilité civile d'entreprise. Elle évoque d'une part la délimitation entre dommage matériel et dommage patrimonial pur. D'autre part, elle expose les trois possibilités de réglementation du champ d'application temporel de l'assurance et met l'accent sur les problèmes liés au changement d'assurance. Enfin elle présente l'exclusion du risque d'entreprise de la protection d'assurance comme un principe majeur de l'assurance responsabilité civile d'entreprise.

I. Einleitung

Die Betriebshaftpflicht-Versicherung ist ein wichtiges Instrument für Unternehmungen zur Beschränkung von Haftpflichtrisiken.

Der Beitrag befasst sich mit drei aktuellen Problemkreisen der Haftpflichtversicherung von Unternehmungen, nämlich mit dem Begriff des Sachschadens, dem zeitlichen Geltungsbereich und dem Ausschluss des Unternehmerrisikos. Dabei werden Fallkonstellationen aus der Praxis und die anwendbaren Allgemeinen Versicherungsbedingungen analysiert. Vertieft behandelt wird der Umfang des Versicherungsschutzes und die Vermeidung von Deckungslücken.¹

Ausgangspunkt ist die gängige Umschreibung des Versicherungsschutzes in den AVB:

Versicherte Haftpflicht

Versichert ist die auf gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen beruhende Haftpflicht aus dem in der Police bezeichneten Betrieb (bzw. der bezeichneten Tätigkeit) wegen

* Dr. iur., Helvetia Patria Versicherungen, Mitglied der Direktion, Rechtsanwalt in St. Gallen. Erweiterte Fassung eines Referates an der Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung vom 15. September 2005 in St. Gallen.

¹ Ich danke Herrn Reto Wick, Schadeninspektor der Direktion bei der Helvetia Patria, für seine zahlreichen wertvollen Hinweise und die kritische Durchsicht des Manuskripts.

a) **Personenschäden**, d.h. Tötung, Verletzung oder sonstige Gesundheitsschädigung von Personen.

b) **Sachschäden**, d.h. Zerstörung, Beschädigung oder Verlust von Sachen. Die Funktionsbeeinträchtigung einer Sache ohne deren Substanzbeeinträchtigung gilt nicht als Sachschaden.

Den Sachschäden gleichgestellt ist die Tötung, die Verletzung oder sonstige Gesundheitsschädigung sowie der Verlust von Tieren.

c) **Vermögensschäden**, d.h. in Geld messbare Schäden, jedoch nur dann, wenn diese auf einen versicherten Personenschaden oder einen dem Geschädigten zugefügten versicherten Sachschaden zurückzuführen sind.

II. Sachschaden

1. Begriff

In der Betriebshaftpflichtversicherung sind (neben Personenschäden) Sachschäden sowie die darauf zurückzuführenden Vermögensschäden versichert. Grundsätzlich nicht versichert sind dagegen reine Vermögensschäden, d.h. Vermögensbeeinträchtigungen, die keine Folge eines versicherten Personen- oder Sachschadens sind. Versichert ist die Zerstörung, Beschädigung oder der Verlust von Sachen. Aufgrund einer Empfehlung des Schweizerischen Versiche-

rungsverbandes wird in den neueren Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) präzisiert, dass die funktionelle Beeinträchtigung einer Sache ohne deren *Substanzbeeinträchtigung* nicht als Sachschaden gilt.²

Die AVB beruhen damit eindeutig auf der Substanzbeeinträchtigungs-Theorie und nicht auf der Funktionsbeeinträchtigungs-Theorie.³ Für die Bejahung eines Sachschadens ist eine physische Beeinträchtigung der Sache notwendig. Die Sache muss durch physikalische, chemische oder andere Einwirkung auf ihre Substanz in ihrer Unversehrtheit beeinträchtigt sein.⁴ Das Entweichenlassen von Luft aus den Pneus eines Fahrzeuges oder die widerrechtliche Versperrung eines Weges durch Hindernisse sind daher keine Sachschäden.⁵

Nachfolgend erfolgt die Abgrenzung zum reinen Vermögensschaden und eine Analyse des versicherungsvertraglichen Begriffes der Substanzbeeinträchtigung. Da die Kasuistik für die Bestimmung des Begriffsgehaltes hier besonders wichtig ist, werden zahlreiche konkrete Beispiele aus der Rechtsprechung und der Versicherungspraxis angeführt.

2. Abgrenzung zum reinen Vermögensschaden

Vermögensschäden als Folge eines Sachschadens sind lediglich dann versichert, wenn sie auf einen *dem Geschädigten* zugefügten Sachschaden zurückzuführen sind. Mit dieser unscheinbaren Einschränkung (dem Geschädigten zugefügten Sachschaden) wird ein Teil der gesetzlichen Haftung nicht vom Versicherungsschutz erfasst. Diese Deckungsbeschränkung wurde aufgrund der Haftungserweiterung im Rahmen der Rechtsprechung zur Verletzung einer allgemeinen Schutznorm (Kabelbruchfälle) eingeführt.⁶ Aus diesem Grund bleibt ein Schaden in der Folge der Schädigung eines Betriebes, welcher der Allgemeinheit dient – z.B. aufgrund eines Kabelbruches mit anschliessendem Stromausfall beim Geschädigten – ohne Versicherungsschutz.

² Als Sachschäden gelten Zerstörung, Beschädigung oder Verlust von Sachen sowie die dem Geschädigten daraus entstehenden Vermögensschäden. Die Funktionsbeeinträchtigung einer Sache ohne deren Substanzbeeinträchtigung gilt nicht als Sachschaden. Den Sachschäden gleichgestellt ist die Tötung, die Verletzung oder sonstige Gesundheitsschädigung sowie der Verlust von Tieren.

³ Die deutsche Rechtsprechung folgt der Funktionsbeeinträchtigungstheorie, wobei eine gewisse Einwirkung auf die Sache auch in der deutschen Rechtsprechung als notwendig für die Annahme eines Sachschadens bezeichnet wird. Hier nähern sich die Theorien offensichtlich an. Weitere Hinweise bei STEPHAN FUHRER, *Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit der Liquidation von Sachschäden, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung*, St. Gallen 1993, 85 ff.

⁴ Urteil Handelsgericht Zürich 30.1.2004, ZR 103 (2004), 293.

⁵ Weitere Beispiele bei BRUNO SCHATZMANN, *Der Begriff des Sachschadens in der Betriebshaftpflichtversicherung und im Haftpflichtrecht*, SVZ 68 (2000) 29 f.

⁶ BGE 102 II 85.

Reine Vermögensschäden werden somit durch die Grund-AVB grundsätzlich vom Versicherungsschutz ausgeschlossen.⁷ Was bedeutet dies für den Versicherungsnehmer, der aufgrund der geltenden Anspruchskonkurrenz sowohl ausservertraglich wie vertraglich mit Haftungsansprüchen konfrontiert ist? Soweit lediglich die *ausservertragliche* Haftpflicht betroffen ist, ist der Deckungsausschluss für den Versicherungsnehmer (mangels Haftung) nur insoweit nachteilig, als keine Rechtsschutzfunktion (Abwehr ungerechtfertigter Ansprüche) durch den Versicherer wahrgenommen und finanziert werden muss.

Anders für die *vertragliche* Haftung. Hier ist der Deckungsausschluss für den Versicherungsnehmer von weit gehender materieller Bedeutung, da ohne weiteres Haftung ohne Versicherungsschutz vorliegen kann. Ist der Versicherungsnehmer im Bereich der vertraglichen Haftung für reine Vermögensschäden besonders exponiert, muss daher eine Zusatzversicherung für reine Vermögensschäden abgeschlossen werden.⁸

Mit dem Einschluss der Zusatzdeckung für reine Vermögensschäden können im Übrigen Schwierigkeiten einer genauen Begriffsbestimmung umgangen werden, indem – wie dies in den Versicherungsbedingungen gelegentlich anzutreffen ist – der mitversicherte reine Vermögensschaden einfach einem Sachschaden gleichgesetzt wird.

3. Begriffsdifferenzen

Da die Definition der versicherten Haftpflichtgefahr grundsätzlich der Vertragsfreiheit unterliegt, kann sie von den Parteien frei festgelegt werden. Haftpflichtrechtlich wird dagegen der Begriff des Sachschadens durch Gesetz und Rechtsprechung erfasst. Der versicherungsvertragliche Begriff des Sachschadens könnte weiter gehen als der haftpflichtrechtliche und auch Teile des Vermögensschadens umfassen oder auch nur Teilbereiche des haftpflichtrechtlichen Sachschadens abdecken.⁹ Versicherungsschutz und Haftpflicht würden schon begrifflich nicht übereinstimmen.

⁷ Vgl. weitere Ausführungen zum reinen Vermögensschaden unter Ziff. IV.4.F.k.

⁸ Beispiel: Der Versicherungsnehmer liefert eine elektronische Steuerung, deren Ausfall zum Stillstand einer ganzen Produktionskette führt. Ein Teil dieses reinen Vermögensschadens aus dem Betriebsausfall kann durch die Zusatzdeckung «Nutzungsausfall» versichert werden (Ausfall der unversehrt gebliebenen Sachen). Generell ist jedoch bei der Versicherung von reinen Vermögensschäden darauf zu achten, dass die konkret benötigte Deckung nicht durch einen der zahlreichen Ausschlüsse – z.B. für Haftung aus zugesicherten Eigenschaften – wieder aufgehoben wird (vgl. dazu Ziff. IV.4.F.k.).

⁹ Vgl. SCHATZMANN (Fn 5) 27.

Eine verschiedenartige Auslegung eines Begriffs ist nie wünschenswert. Es ist mit Blick auf den allgemeinen Sprachgebrauch sinnvoll, dieselben Begriffe auch einheitlich auszulegen. Es ist ausserdem zu beachten, dass die Haftpflichtversicherung das Vermögen des Versicherungsnehmers vor der Gefahr einer gesetzlichen Haftpflicht schützt. Da der Schaden und damit auch der Sachschaden eine der Grundvoraussetzungen jeder Haftpflicht ist, kann der Begriff nicht beliebig definiert werden. Ohne zwingenden Grund sollte daher der versicherungsvertragliche Begriff des Sachschadens nicht vom haftpflichtrechtlichen abweichend interpretiert werden.

Aus den AVB der Haftpflichtversicherung sind keine Abweichungen vom haftpflichtrechtlichen Begriff des Sachschadens erkennbar. Die Begriffe haben eine einheitliche Bedeutung. Einschränkungen der Deckung können nur durch klar formulierte Ausschlüsse statuiert werden, wie z.B. die Ausschlüsse für Obhuts- und Bearbeitungsschäden, Be- und Entladeschäden oder in Kauf genommene Sachschäden, die zwar alle haftpflichtrechtlich erfasst werden, aber vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind.

4. Substanzbeeinträchtigung

Würde der Begriff des Sachschadens jede Einschränkung der Gebrauchsfähigkeit umfassen, wären reine Vermögensschäden weitgehend versichert. Die entsprechende Deckungserweiterung würde auch dort zu einer Verteuerung des Versicherungsschutzes führen, wo für die Deckungserweiterung wirtschaftlich kein Bedarf besteht.

Auf der anderen Seite würde ein enges Verständnis des Begriffes der Substanzbeeinträchtigung z.B. im Sinne der Verletzung der Molekularstruktur einer Sache den gewünschten Versicherungsschutz zu stark beschränken.

Der Begriff Substanzbeeinträchtigung umfasst ohne weiteres die eigentliche Substanzverletzung. Fraglich ist dagegen, ob eine blosser Substanzeinwirkung genügt. Unbestritten (und in den AVB klar festgehalten¹⁰) ist, dass die blosser Beeinträchtigung der Funktion resp. der Gebrauchstauglichkeit der Sache ohne Substanzeinwirkung keinen versicherten Sachschaden darstellt.¹¹

Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung dort, wo zu beurteilen ist, ob bei der Einwirkung auf die Sache bereits von einer Substanzbeeinträchtigung gesprochen werden kann oder ob beispielsweise eine reversible Verschmutzung vorliegt oder eine mangelhafte Farbgebung das bearbeitete Produkt marktuntauglich macht.

Richtigerweise müssen unter dem Oberbegriff der Substanzbeeinträchtigung die Substanzverletzung und die Substanzeinwirkung zusammengefasst werden. Die in der Praxis anzutreffende Unterscheidung mag im Hinblick auf eine bessere Prämienkalkulation sinnvoll sein, indem in der Grundversicherung lediglich die Substanzverletzung versichert ist, die Substanzeinwirkung dagegen mittels einer Zusatzdeckung erfasst werden soll. Unter Berücksichtigung der Grundsätze der Interpretation von AVB (Unklarheitsregel, Vertrauensgrundsatz etc.) ist der Begriff der Substanzbeeinträchtigung generell in der weiteren Fassung zu interpretieren.

5. Fallbeispiele

Die nachfolgenden Beispiele stammen aus der (spärlichen) Rechtsprechung und der (reichhaltigen) aussergerichtlichen Versicherungspraxis.

Mangelhaftes Konservierungsmittel (Praxisbeispiel)

Ein Konservenhersteller verwendet bei der Abfüllung von Früchten ein vom Versicherungsnehmer geliefertes mangelhaftes Konservierungsmittel, welches schädliche Substanzen enthält. Infolge der Auswirkungen des Konservierungsmittels müssen alle Dosen samt Inhalt vernichtet werden.

Aufgrund der Substanzverletzung des Inhalts ist Versicherungsdeckung (für den Inhalt und – in der Folge davon – für die Dosen) gegeben.

Flugzeugspannlack (Urteil des Bundesgerichts 4C.74/1996 vom 3. Oktober 1996)

Bei der Restaurierung von Flugzeugen werden die mit Tuch bespannten Flügel mit Flugzeugspannlack behandelt. Da der Spannlack für diese Verwendung nicht geeignet ist, treten Spannungsverluste beim Tuchstoff auf.

Das Bundesgericht verneint einen Sachschaden, da keine Substanzbeeinträchtigung vorliege. Das Tuch sei lediglich unbrauchbar (funktionell beeinträchtigt), die Substanz des Tuches dagegen nicht verletzt.

Die mir bekannte gängige Interpretation der Haftpflichtversicherungen betrachtet dagegen diesen Fall als Sachschaden und damit als versichert. Der Flugzeugspannlack konnte vorliegend nicht ausge-

¹⁰ «Die Funktionsbeeinträchtigung einer Sache ohne deren Substanzbeeinträchtigung gilt nicht als Sachschaden.»

¹¹ Beispiel aus der deutschen Rechtsprechung: Wertverminderung einer Liegenschaft aufgrund von Lärmeinwirkung durch ein benachbartes Bordell (zit. bei FUHRER [Fn 3] 52).

waschen oder sonstwie entfernt werden. Die Einwirkung auf das Tuch wäre damit wohl nicht für die Bejahung einer Substanzverletzung, jedoch mit Sicherheit für die Bejahung einer Substanzeinwirkung (und damit einer Substanzbeeinträchtigung) hinreichend gewesen.¹²

Fehlerhafte Druckfarbe (Praxisbeispiel)

Der Versicherungsnehmer liefert Farbe zum Druck von Joghurtbechern. Die Farbe entspricht nicht den vertraglichen Anforderungen des Herstellers der Becher. Die Farbabweichung wird erst nach Bedruckung und Abfüllung der Becher festgestellt. Aus wirtschaftlichen Überlegungen werden die Verpackungen samt Inhalt entsorgt.

Die Mangelhaftigkeit der Farbe kann nicht als Verletzung oder Beeinträchtigung der Substanz der Joghurt-Becher betrachtet werden. Ein (zumindest teilweiser) Versicherungsschutz wäre nur bei Bestehen einer Zusatzdeckung für Verbindungs- und Vermischungsschäden gegeben.

Mangelhafte Fleischkäse-Dose (Praxisbeispiel)

Der Versicherungsnehmer stellt Blechdosen zur Abpackung von Fleischkäse her. Die Dosen sind innen mit einem Lack versehen, damit der Fleischkäse herausrutschen kann. Der mangelhafte Lack ist gesundheitstechnisch unproblematisch, verhindert jedoch ein problemloses Herausrutschen des Fleischkäses.

Die Mangelhaftigkeit des Lacks führt nicht zu einer Verletzung oder Beeinträchtigung der Substanz des Fleischkäses und ist daher nicht gedeckt. Zusatzversicherung Verbindungs- und Vermischungsschäden.

Frostschäden (Praxisbeispiel)

Der Versicherungsnehmer montiert eine Sprinkleranlage über Pflanzenkulturen. Ihr Zweck liegt darin, dass bei Frostgefahr das gesprenkelte Wasser eine Isolationsschicht um die austreibenden Frucht-Knospen bildet und diese so vor dem Erfrieren schützt. Wegen eines Materialfehlers steht die Sprinkleranlage still, ein Teil der nicht besprenkelten Knospen stirbt ab. Es wächst somit keine Frucht. Der Baum oder der Ast selber ist nicht beschädigt, da im nächsten Jahr wieder eine Knospe ausschlagen und zu einer Frucht heranwachsen kann.

Das Absterben der Knospen ist ein Sachschaden und damit gedeckt.

¹² Es ging im Bundesgerichtsentscheid allerdings nicht um die Deckungsfrage, sondern um die Haftung des Lieferanten des Herstellers aus Kaufrecht. Vertragliche Ansprüche wurden aufgrund der verpassten Mängelrüge, ausservertragliche Ansprüche aufgrund fehlender Widerrechtlichkeit – Sachschaden verneint – abgewiesen.

Verschmutzung Klärschlamm (BGE 118 II 176)

Mit dem Abwasser eines Schredderwerks gelangt Schwermetall in die Kanalisation. Dabei wird zum einen die Kanalisation verschmutzt und zum andern der Klärschlamm derart verunreinigt, dass er nicht mehr landwirtschaftlich genutzt werden kann.

Das Bundesgericht bejaht eine Beschädigung des Klärschlammes, da er in seiner Zusammensetzung derart verändert worden ist, dass er nicht mehr in der vorgesehenen Weise verwendet werden kann. Er muss aufwendig verbrannt werden.¹³

Die Kosten der Reinigung der Kanalisation sind dagegen nicht versichert, weil die Verschmutzung aufgrund einer allmählichen Einwirkung erfolgt ist und damit von diesem speziellen Deckungsausschluss erfasst wird.¹⁴ Die Verschmutzung der Kanalisation erfüllt auch den Begriff des versicherten Sachschadens nicht, da eine Reinigung ohne weiteres möglich ist.

Kosten Schlossänderung (BGE 118 II 342)

Die Diskussion um die Frage, ob Schlossänderungskosten in Folge des Verlusts eines Schlüssels versichert sind, ist schon als «Dauerbrenner» bezeichnet worden.¹⁵

Das Bundesgericht bestätigt im angeführten Entscheid ein vorinstanzliches Urteil, welches die Kosten für das Auswechseln einer Schliessanlage als nicht gedeckten reinen Vermögensschaden bezeichnet. Ansatzpunkt für die Begründung ist, dass der Verlust des Schlüssels selbst (aufgrund des Deckungsausschlusses für Schäden an anvertrauten Sachen) nicht versichert ist. Die Änderung der Schlösser kann damit nicht auf einen versicherten Sachschaden zurückgeführt werden.

Die vorliegend (im Rahmen der Problematik Substanz- oder Funktionsbeeinträchtigung) interessierende Frage lautet: Wird durch den Verlust des Schlüssels auf die Schlösser eingewirkt oder ist lediglich deren Funktion beeinträchtigt?

¹³ Das Bundesgericht vermischt die Substanz- und Funktionsbeeinträchtigungstheorie, was jedoch im Resultat nicht schadet, da für die grundsätzliche Beurteilung der Versicherungsdeckung (Sachbeeinträchtigung und nicht blosse Funktionsbeeinträchtigung) nicht die Verunmöglichung des vorgesehenen Verwendungszwecks (Funktionsbeeinträchtigung), sondern die Veränderung der Sachsubstanz (Sachbeeinträchtigung) mit der anschließenden Notwendigkeit der Verbrennung des Klärschlammes (Vermögenseinbusse) entscheidend ist.

¹⁴ In den aktuellen AVB ist kein genereller Ausschluss von Allmählichkeitsschäden mehr vorgesehen. Im Rahmen von Umweltbeeinträchtigungen hat der Ausschluss dagegen insofern Bedeutung, als Umweltbeeinträchtigungen lediglich als Folge eines unfallmässigen Ereignisses versichert sind.

¹⁵ FUHRER (Fn 3) 86.

Die Frage muss wohl dahingehend beantwortet werden, dass von einer Einwirkung auf das Schloss durch den Verlust des Schlüssels schon begrifflich nicht gesprochen werden kann. Dagegen bewirkt der enge funktionale Zusammenhang zwischen Schloss und Schlüssel, dass durch den Verlust¹⁶ des Schlüssels neben dem Sachschaden am Schlüssel ein Vermögensschaden (bezogen auf das Schloss) entsteht. Da Vermögensschäden (in den Grund-AVB) nur als Folge gedeckter Sachschäden versichert sind, hängt der Versicherungsschutz also davon ab, ob der Verlust des Schlüssels selbst gedeckt ist oder nicht. Wird die Deckung für den Verlust bejaht, sind auch damit im Zusammenhang stehende Vermögensschäden versichert. Wird sie dagegen gestützt auf den Ausschluss für Obhutsschäden verneint, sind auch die Folgekosten nicht gedeckt.¹⁷

Mangelhaftes Hundefutter (Praxisbeispiel)

Eine Wasserkraftwerk-Betreiberin liefert einer Tiernahrungs-Herstellerin Wasser mit einem vertraglich vereinbarten Eisengehalt von max. 0,05 mg/l. Bei einer Kontrolle des Wassers stellt man fest, dass es 0,2 mg Eisen enthält. Das kantonale st. gallische Labor und die EMPA bestätigen, dass die Euronorm 0,2 mg Eisen zulässt und dass das Tierfutter (für Hunde und Katzen) nicht gesundheitsgefährdend sei. Hingegen habe das Futter eine geschmackliche Veränderung erfahren, welche durch Hunde und Katzen festgestellt werden könne. Die Abnehmer (Migros, COOP und weitere Vertragspartner in Österreich) verweigern die Entgegennahme des Futters, weil es anscheinend nicht mehr von den Tieren gefressen wird und somit unverkäuflich ist.

Die Substanzverletzung ist gemäss Euronorm gesundheitstechnisch nicht relevant. Aus diesem Grund wird die Deckung in der Praxis verneint. Dies ist fragwürdig, da die erfolgte Substanzbeeinträchtigung durch zu viel Eisen nicht mit dem Hinweis auf eine Norm, welche dem Gesundheitsschutz – also einem hier nicht relevanten Rechtsgut – dient, aufgehoben werden kann. Versicherungsschutz durch Zusatzversicherung für Verbindungs- und Vermischungsschäden.

Mangelhaftes Pflanzenmittel (Urteil Handelsgericht Zürich vom 30. Januar 2004)¹⁸

Die Lieferung eines mangelhaften Wachstumsregulators für Getreide führt dazu, dass Getreidehalme durch Wind und Regen umgeknickt werden. Die Haftpflichtversicherung des Herstellers lehnt den Versicherungsschutz mit der Begründung ab, es liege kein gedeckter Sachschaden, sondern ein ungedeckter reiner Vermögensschaden vor.

Das Zürcher Handelsgericht hält fest, dass die Definition des Sachschadens als «Zerstörung, Beschädigung oder Verlust einer Sache» gestützt auf Lehre und Rechtsprechung im Haftpflicht- wie im Versicherungsvertragsrecht identisch sei. Es müsse eine physische – d.h. physikalische, chemische oder andere – Einwirkung auf die Substanz der Sache erfolgen.

Das Gericht stellt sich damit auf die Seite der Substanztheorie, hält jedoch ausdrücklich fest, dass aufgrund des vorliegenden Sachschadens nicht entschieden werden müsse, ob auch eine blosser Funktionsbeeinträchtigung einen Sachschaden begründen könnte.

Entscheidend für die Bejahung des Sachschadens ist für das Gericht die Tatsache, dass der mangelhafte Wachstumsregulator dazu geführt hat, dass die Getreidehalme zu lang werden und damit verstärkt dazu neigen, durch Wind und Regen umgeknickt zu werden. Die Schadensgeneigtheit der Halme genügt. Daneben betrachtet es das Gericht mit Hinweis auf den allgemeinen Sprachgebrauch (zu Recht) als einleuchtend, dass ein über grössere Flächen hinweg flachgelegtes Getreidefeld als Sachschaden betrachtet wird.¹⁹

Schliesslich wird nach einer systematischen und teleologischen Analyse der Versicherungsbedingungen festgehalten, dass der unmittelbare Zweck des Wachstumsregulators ist, durch Hemmung des Längenwachstums ein Umknicken des Getreides zu verhindern. Es geht also nicht primär um eine optimierende, sondern um eine sachschützende Funktion.²⁰

¹⁶ Gemäss AVB gilt der Verlust (neben der Zerstörung und der Beschädigung) von Sachen als Sachschaden.

¹⁷ Anderer Ansicht FUHRER (Fn 3) 87 mit dem Hinweis, dass der Ausschluss von Schlossänderungskosten ausdrücklich in den AVB vorgesehen werden müsste.

¹⁸ In ZR 103 (2004), 290 ff.

¹⁹ Unterstützt wird die Anknüpfung an die augenfällige Beschädigung mit dem Hinweis darauf, dass ein planwidriger Getreidehalm von 30 cm schon begrifflich nicht als sachbeschädigter von 25 cm betrachtet werden kann. So wenig wie eine planwidrig kleine Tomate keine schadhafte grosse Tomate ist.

²⁰ Im Entscheid wird überdies eine Verletzung der Anzeigepflicht verneint. Die Tatsache, dass der Hersteller die Abnehmer aus Kulanzgründen in geringem Umfang entschädigt hat, ohne den Versicherer vom Sachverhalt zu informieren, wird nicht als Kenntnis mit damit verbundener Obliegenheit der unverzüglichen Information des Versicherers betrachtet.

Kleine Salatköpfe (Praxisbeispiel)

Der Versicherungsnehmer produziert und liefert Plastikbahnen an verschiedene Gemüsebauern. Der Zweck ist Schutz vor Kälte bzw. schnelleres Wachsen. Wegen eines Materialfehlers isoliert die Plastikbahn nicht genügend. Die Salatköpfe bleiben kleiner als erwartet bzw. reifen erst ca. 4 Wochen später als vorgesehen aus (Zeitpunkt, in welchem der Abnehmer dafür keine Verwendung mehr hat).

Ablehnung der Deckung mangels Substanzbeeinträchtigung. Eine Spezialversicherung für reine Vermögensschäden wird bei diesem Sachverhalt nur von einem Teil der Versicherer angeboten.

Kleine Äpfel (Praxisbeispiel)

Wegen eines Produktfehlers beim Schutz- oder Düngungsmittel wachsen die betroffenen Äpfel nicht genügend und können nicht als 1.-Klasse-Äpfel, sondern nur als Mostäpfel verkauft werden.

Ablehnung der Deckung mangels Substanzschaden. Zusatzversicherung mit «Düngemittelklausel».

Kleine Fische (Praxisbeispiel)

Fehlerhaftes Nahrungsmittel für Fische und Hühner. Die Fische resp. die Eier wachsen nicht wie üblich. Die Abnehmer zahlen einen tieferen Preis oder verweigern die Annahme.

Keine Deckung mangels Substanzschaden. Zusatzversicherung mit «Futtermittelklausel».

Pilkington UK Limited / CGU Insurance PLC²¹

Der Versicherungsnehmer, Pilkington, stellt Scheiben aus Sicherheitsglas her, welche in einem Bahnhof eingebaut werden. Einige der Scheiben sind mangelhaft und fallen nach dem Einbau heraus. Der Auftraggeber verzichtet aus Kostengründen darauf, alle Scheiben zu ersetzen, sondern ergreift Sicherheitsmassnahmen, damit niemand durch möglicherweise herabfallende Glasteile verletzt wird. Der Auftraggeber macht Schadenersatzansprüche geltend, welche vergleichsweise erledigt werden. In der darauf folgenden Auseinandersetzung mit der Haftpflichtversicherung verneint diese die Deckung, da dem Bahnhofsgebäude durch den Einbau der mangelhaften Scheiben kein Sachschaden im Sinne der Versicherungsbedingungen zugefügt worden sei.

Der Londoner Court of Appeal verneint wie die Vorinstanz das Vorliegen eines Sachschadens. Der Sachschaden verlange eine Veränderung der physischen Substanz, welche ausserdem wirtschaftlich

betrachtet schädlich sei.²² Nicht erfasst seien durch den Begriff des Sachschadens dagegen mögliche zukünftige Fehlfunktionen.

Die blossе Schadensgeneigtheit des (vom Einbau des mangelhaften Produktes betroffenen) übergeordneten Produktes genügt also nicht zur Bejahung eines Sachschadens.²³

Das Gericht geht ausdrücklich auf einige US-amerikanische Präjudizien ein, bei welchen eine andere Wertung vorgenommen wurde. Interessanterweise wird darauf hingewiesen, dass US-amerikanische Gerichte eine gegenüber dem Versicherungsnehmer wohlwollendere Interpretation der AVB vornehmen.²⁴

Mangelhafte Lego-Steine (Praxisbeispiel)

Der Versicherungsnehmer ist Hersteller von Farben. Die mangelhafte Farbe bewirkt Hautverfärbungen bei mit Lego-Steinen spielenden Kindern. Ausserdem verfärben sich die Plastikbeutel, in welchen die Lego-Steine verpackt sind. Nach Feststellung dieses Sachverhaltes retournieren die Verkaufsläden die Lego-Steine.

Versicherungsschutz entfällt mangels Substanzschaden. Zusatzversicherung Verbindungs- und Vermischungsschäden.

6. Zusatzdeckung Verbindungs- und Vermischungsschäden

Die Grunddeckung, welche nach einschränkender (in der Praxis immer wieder anzutreffender und abzulehnender) Interpretation lediglich die Substanzbeeinträchtigung im Sinne der Substanzverletzung, nicht dagegen die blossе Substanzeinwirkung erfasst, genügt v.a. dort nicht, wo ein bestehendes Produkt bearbeitet oder mit einem anderen vermischt wird. Beispiele aus der Praxis sind etwa die Vermischung von Getreidesorten oder Flüssigkeiten wie Erdöl, Milch oder auch das Anbringen von Verpackungsfolien.

²¹ Court of Appeal, London, 28.1.2004, Case No: A3/2003/1666, PHI 2005, 38 ff.

²² Damit sind auch Fälle erfasst, bei welchen toxische Substanzen – mit Hinweis auf die US-amerikanische Rechtsprechung zu Asbest-Fällen – eingebaut werden.

²³ Die Interpretation ist diesbezüglich wohl eingeschränkter als diejenige des Zürcher Handelsgerichts im vorne angeführten Entscheid «Mangelhaftes Pflanzenmittel» vom 30.1.2004.

²⁴ Auszug aus dem Entscheid: «[...] doubts as to the existence or extent of coverage must generally be resolved in favour of the insured [...]; weiter wird generell auf «[...] the reasonable expectations of the insured [...]» abgestellt. Im Entscheid *Toxide Europe Ltd. / CGU International Insurance*, EWHC 216, 29. September 2004, PHI 2005, 55, war dagegen nicht der Wortlaut des Versicherungsvertrages zentral, sondern eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, welche im Resultat zur Bejahung des Sachschadens führte. Die Deckung wurde allerdings aus anderen Gründen verneint.

Entstehen durch die Verbindung chemische oder physikalische Reaktionen, ist die Substanz der Sache beschädigt und damit auch nach den Grund-AVB der Versicherungsschutz zu bejahen. Dies ist der Fall bei Vermischung von Öl und Diesel oder bei der mangelhaften Verpackungsfolie, welche den Aufdruck beschädigt. Es genügt, dass erst die Trennung zu einem Sachschaden führt.²⁵

Lässt die Grunddeckung Fragen offen, muss aufgrund möglicher Deckungslücken die Zusatzdeckung für Verbindungs- und Vermischungsschäden abgeschlossen werden.²⁶ Der Versicherungsschutz erstreckt sich damit auf die gesetzliche Haftpflicht für Schäden infolge von Vermischung oder Verbindung der vom Versicherten gelieferten Sachen mit Sachen Dritter.

7. Zusatzdeckung reine Vermögensschäden

Vgl. dazu Ausführungen unter Ziff. IV.4.Fk.

8. Wechselwirkungen zwischen Haftpflicht und Versicherungsschutz

Gestützt auf die freie Ausgestaltung von Versicherungsverträgen ist heute zu beobachten, dass der Rahmen der gesetzlichen Haftpflicht durch den Versicherungsschutz erweitert wird. Dies erfolgt vor allem dort, wo im Hinblick auf ein ganz spezifisches Kundenbedürfnis eine besondere Versicherungsbedingung ausgestaltet wird.

Beispiel

Die Grund-AVB decken Rückrufkosten bei Produktmängeln nicht. Dafür gibt es standardisierte besondere Vereinbarungen. Diese sehen einen beschränkten Versicherungsschutz für Rückrufkosten vor. Ein Versicherer bietet die sogenannte «erweiterte Produkterückrufkosten-Versicherung» an. Dort werden Kosten, welche kein haftpflichtrechtliches Korrelat zum Rückruf haben, wie z.B. Reisekosten des Versicherungsnehmers, versichert. Darüber hinaus werden Reparaturkosten – also üblicherweise nicht gedeckte Aufwendungen des Versicherungsnehmers für Gewährleistung – versichert, wenn diese günstiger sind als der Rückruf.

Die Tendenz zu immer schlankeren und relativ einheitlichen Grund-AVB ergänzt durch immer spezifischere Anpassungen im Rahmen von Kundenbedürfnissen führt damit zu einer verstärkten Überlagerung der haftpflichtrechtlichen Dogmatik durch die versicherungsvertragliche Realität.

²⁵ Vgl. SCHATZMANN (Fn 5) 30.

²⁶ Aus betriebs- und volkswirtschaftlichen Gründen ist es sinnvoll, dass spezifische Risiken, denen nicht alle Unternehmungen ausgesetzt sind, mit einem spezifischen Zusatz versichert werden.

Da heute das Bestehen von Versicherungsschutz in grösseren Schadenfällen von existenzieller Bedeutung für alle beteiligten Parteien ist, wird auch die haftpflichtrechtliche Beurteilung davon geprägt. Wird eine Dienstleistung als gesamtwirtschaftlich wünschbar betrachtet, kann wohl mit hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass die Unmöglichkeit, sich gegen das Haftungsrisiko zu versichern, dazu führt, dass die Haftung milder beurteilt wird.²⁷

9. Zusammenfassung

Der versicherungsvertragliche Begriff des Sachschadens ist so zu verstehen, dass jede nicht ohne weiteres reversible Substanzeinwirkung darunter fällt. Dagegen ist die blosser Funktionsbeeinträchtigung nicht vom Begriff des Sachschadens erfasst.

Der Ausschluss reiner Vermögensschäden hat für die Praxis im Bereich der vertraglichen Haftung eine zentrale Bedeutung. Bei der Versicherungsberatung muss daher – auch aufgrund der Definition des Sachschadens – die Frage der reinen Vermögensschäden besonders beachtet werden.²⁸

Deckungslücken, welche sich aus der Beschränkung des Sachschadens auf die Sachbeeinträchtigung ergeben, können für fast alle Branchen und Geschäftsbereiche mindestens teilweise durch Zusatzversicherungen geschlossen werden.

III. Zeitlicher Geltungsbereich in der Haftpflichtversicherung

1. Allgemeines

Am Beginn der Bearbeitung eines Schadenfalles steht die Bestimmung des für den Versicherungsschutz relevanten Schadendatums. Die Kernfrage lautet: Fällt das Ereignis in den zeitlichen Geltungsbereich des Versicherungsvertrages? Und bei mehreren in Frage kommenden Versicherern zusätzlich: Welcher ist zuständig?

Beim Abschluss des Versicherungsvertrages bestehen drei grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten der Regelung des zeitlichen Geltungsbereichs:

1. Verursachung (action committed)
2. Schadeneintritt (loss occurrence)
3. Anspruchserhebung (claims made)

²⁷ Dies kann über den ineffizienten Umweg des (zeitweisen) Ausfalls der grundsätzlich erwünschten Dienstleistung führen. Vgl. dazu als eindrückliches Beispiel die Diskussion im Kanton Luzern zur ärztlichen Behandlung von US-Bürgern in: Schweizerische Ärztezeitung, 2004; 85: Nr. 41, 2173.

²⁸ Vgl. im Übrigen die Ausführungen im Zusammenhang mit dem Ausschluss des Unternehmerrisikos Ziff. IV.4.Fk.

In der Praxis werden diese sogenannten Prinzipien zum Teil in reiner Form, meistens jedoch in Mischformen angeboten (Versicherung des Vorrisikos, befristete Nachdeckung).

2. Zeitpunkt der Verursachung (action committed)

Das Verursachungsprinzip war in der Schweiz lange Zeit vorherrschend. Es leuchtet auch ohne weiteres ein, wird doch damit der Versicherungsschutz – gleich wie die Haftungsgrundlage – an eine Handlung oder Unterlassung des Versicherungsnehmers angeknüpft. In BGE 100 II 403 bezeichnet das Bundesgericht das Verursachungsprinzip als der «Natur der Haftpflichtversicherung» entsprechend. Auch in der Literatur findet man Stellungnahmen zu Gunsten des Verursachungsprinzips als regelmässige Anknüpfung.²⁹

Trotzdem haben die Haftpflichtversicherer in einer (ausserhalb der Fachwelt kaum beachteten) Neubeurteilung das Prinzip der Verursachung als grundlegendes Prinzip der Anknüpfung des zeitlichen Geltungsbereichs durch das Prinzip des Schadeneintritts ersetzt.

Die Gründe dafür sind auf verschiedenen Ebenen zu finden: Hauptnachteil des Verursachungsprinzips ist, dass immer ein (mehr oder weniger) grosser Zeitraum zwischen Ursache und aktueller Beurteilung liegt. Es kommt typischerweise eine bezüglich Versicherungssumme und Deckungsumfang veraltete Police zum Tragen. Der Versicherer kann nie sicher sein, von einem Fall mit weit zurückliegender Ursache eingeholt zu werden, obwohl der Schadenverursacher vielleicht schon lange bei einer anderen Gesellschaft versichert ist. Eine realistische und den aktuellen Risiken und Vertragsverhältnissen angepasste Prämienkalkulation wird dadurch erschwert.

3. Zeitpunkt des Schadeneintritts (loss occurrence)

Das Schadeneintrittsprinzip knüpft an den Zeitpunkt an, in welchem ein Schaden erstmals festgestellt wird. Eintritt und Feststellung sind jedoch nicht dasselbe, was bei der Interpretation im konkreten Fall zwei Hauptfragen aufwirft:

1. In den meisten AVB wird offengelassen, wer den Schaden feststellen muss. Ist es der Geschädigte, der Versicherungsnehmer oder ein Dritter?
2. Ist für die Feststellung des Schadens der vom Versicherungsnehmer gesetzte Verletzungsgrund oder die reale (objektiv nachprüfbar) Manifestation des Schadens entscheidend?

²⁹ Z.B. STEPHAN FUHRER, Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, Zürich 1988, 77.

Zu 1.: Die Offenlassung der Frage, wer den Schaden feststellen muss, kann korrekt nur so interpretiert werden, dass es auf die Person nicht ankommt. In der Praxis ist es in den meisten Fällen der Geschädigte. Der Zeitpunkt der Meldung an den Schadenverursacher oder den Versicherer ist dagegen diesbezüglich nicht relevant (vgl. dagegen zur Kenntnis des Vorrisikos – sogleich nachfolgend). Die Feststellung kann also z.B. in einem internen Protokoll des Geschädigten oder des Versicherungsnehmers erfolgen.

Zu 2.: Die heutige Interpretation geht vorherrschend dahin, dass die Manifestation des Schadens entscheidend ist. Im Bereich von Personenschäden wird im Zweifel angenommen, dass dies beim ersten Besuch bei einem Arzt wegen auf den Schadenfall zurückzuführender Symptome der Fall ist. Bei Sach- und Vermögensschäden enthalten die AVB keine weiteren Hinweise. Im Bereich der Unternehmungshaftpflicht führt dies immer wieder zu Auseinandersetzungen um die Frage, ob tatsächlich bereits von einem Schaden die Rede sein kann oder lediglich Mängel und Schwierigkeiten in der Abwicklung eines Projekts bestehen. Die Unterscheidung ist von Bedeutung, da die AVB üblicherweise vorsehen, dass Schäden, welche vor Vertragsbeginn *verursacht* wurden, nur unter folgender Bedingung versichert sind: Der Versicherte muss beweisen, dass er bei Vertragsbeginn keine Kenntnis von einer Handlung, welche seine Haftpflicht begründen könnte, hatte oder den Umständen nach hätte haben müssen.

Diese Einschränkung des Versicherungsschutzes ist von grosser Bedeutung. Der Nachweis des Sachverhaltes «nicht wissen und nicht wissen müssen» kann nur erfolgen, indem durch Indizien glaubhaft gemacht wird, dass keine Kenntnis vorhanden war. Es ist in der Praxis v.a. im Industrie- und Baubereich vielfach üblich, dass vor Ort und ohne Involvierung einer Haftpflichtversicherung Schäden festgestellt und gleich behoben werden. Gelingt diese Schadensbehebung nicht, ergeben sich bei einem Versicherungswechsel oftmals Schwierigkeiten, da die Kenntnis des Schadens (vor Abschluss des neuen Versicherungsvertrages) in der Organisation des Versicherungsnehmers als vorhanden gilt und damit eine Versicherungsdeckung entfällt.³⁰

³⁰ **Praxisbeispiel 1:** Der Versicherungsnehmer plant ein Wasserkraftwerk. Aufgrund einer fehlerhaften Berechnung der Dimensionen des Zufluss-Kanals (zu eng, Wassergeschwindigkeit damit zu hoch) wird zu viel Sand im Flussbett aufgewühlt. Es wird befürchtet, dass der Sand die Turbinen des Wasserkraftwerks beschädigen könnte. Die Problematik wird vor Ort gelöst, indem die künstliche Verengung des Kanals aufgehoben wird (die künstliche Verengung wurde mittels mit Metalldraht zusammengebundener Felsbrocken erreicht). Trotz dieser Massnahme gelangt über längere Zeit zu viel Sand in die Turbinen, was zu erheblichen Schäden führt. In der Zwischenzeit wird der Haftpflichtversicherer des Planungsunternehmens gewechselt.

4. Zeitpunkt der Anspruchserhebung (claims made)

A. Allgemeines

Claims made ist in den USA bereits seit langem bei Nischenprodukten bekannt. In den 1980er-Jahren war in den USA von einer eigentlichen Haftpflicht-Krise die Rede.³¹ Dafür wurde neben den bekannten Phänomenen (class actions, discovery trial, punitive damages, jury system, Erfolgshonorare für Rechtsanwälte etc.) auch das Entstehenmüssen für weit zurückliegende Risiken verantwortlich gemacht. Die Schäden aus der Arzneimittel-Industrie und später die Asbestschäden machten die Zuordnung zu einem Verursachungszeitpunkt und damit zu einer bestimmten Police einer Versicherung vollends unmöglich. Weil eine Versicherung gefunden werden *musste*, bestimmten Faktoren, die bei Vertragsabschluss nicht vorauszusehen waren, die Versicherungsdeckung retrospektiv. Dass damit eine vernünftige Prämienkalkulation verunmöglicht wurde, erscheint auch aus heutiger Perspektive offensichtlich. Um dieses Problem zu beheben, wurde claims made in den USA auf breiter Ebene eingeführt.

Entscheidend ist der Zeitpunkt, in welchem Ansprüche gegen einen Versicherten erhoben werden. Die gängigen AVB enthalten die nebulöse Umschreibung, dass derjenige Zeitpunkt gilt, in welchem der Versicherte

Der neue Versicherer verneint den Versicherungsschutz, da der Versicherungsnehmer bereits zum Zeitpunkt der Entfernung der Felsbrocken Kenntnis von einer Handlung hatte, die seine Haftung begründen konnte. Der frühere Versicherer lehnt die Deckung ab, da er davon ausgeht, dass der Schaden zum Zeitpunkt des Versichererwechsels noch nicht eingetreten war.

Praxisbeispiel 2: Der Versicherungsnehmer stellt Dichtungen für Wasserleitungen her. Am 1.12.2003 erfolgt eine Rückrufaktion, da sich der in den Dichtungen verwendete Gummi als brüchig herausstellt. Die durch den Rückruf entstehenden Kosten sind (zusatz)versichert. Auf 1.1.2004 wechselt der Versicherungsnehmer den Haftpflichtversicherer. Da die Rückrufaktion nicht alle Abnehmer erreicht, kommt es aufgrund des Produktemangels am 1.2.2004 zu einem Wasserschaden bei einem Kunden. Der neue Versicherer verneint eine Deckung, da zwar der Schaden erst am 1.2.2004 eingetreten ist, aber Umstände für die Möglichkeit eines zu erwartenden Schadens vor Versicherungsbeginn bekannt waren (diese Umstände führten eben zur Rückrufaktion). Der frühere Versicherer lehnt die Deckung ebenfalls ab, da der am 1.2.2004 entstandene Sachschaden erst nach Ablauf der Police eingetreten ist. Das unbefriedigende Resultat kann nur vermieden werden, indem der Schadeneintritt zum Zeitpunkt der Rückrufaktion angenommen wird und aufgrund der gedeckten Rückrufkosten in Verbindung mit der Serienschaden-Klausel eine Anknüpfung an das Schadendatum vom 1.12.2003 erfolgt. Sind die Rückrufkosten dagegen nicht versichert, ist am 1.12.2003 überhaupt kein gedecktes Schadeneignis gegeben (Ausschluss Unternehmerrisiko und reine Vermögensschäden). Damit besteht für das Schadeneignis vom 1.2.2004 kein Versicherungsschutz, obwohl ein nahtloser Wechsel des Versicherers ohne Änderung des zeitlichen Geltungsbereichs (Schadeneintrittsprinzip) vorliegt.

³¹ Gemäss neuesten Untersuchungen (vgl. LARS H. WIEGELS, Zeitschrift für Versicherungswesen 2005, 113–118, m.w.H.) kann auch heute nicht davon gesprochen werden, dass sich die Haftpflicht-Situation in den USA normalisiert hat. Im Jahr 2003 wurden in den USA 2.23 %

erstmalig von Umständen Kenntnis erhält oder erhalten müsste, nach denen mit der Erhebung eines Anspruchs gerechnet werden muss. Spätester Zeitpunkt ist die mündliche oder schriftliche Geltendmachung von Ansprüchen.

Während also beim Prinzip des Schadeneintritts der Zeitpunkt der Feststellung des Schadens wichtig ist – und zwar unabhängig davon, wann Ersatzansprüche gestellt werden, muss bei einer Claims-made-Police einzig die Anspruchserhebung in die Laufzeit der Police fallen.

B. Vorschäden

Üblicherweise werden – wie beim Schadeneintrittsprinzip – vor Vertragsbeginn *verursachte* Schäden nur dann gedeckt, wenn der Versicherte beweist, dass er bei Vertragsbeginn keine Kenntnis einer Handlung, die seine Haftung begründen könnte, hatte oder hätte haben müssen.

C. Besonderheiten

Das Claims-made-Prinzip wird von den Versicherern dort befürwortet, wo ein besonders hohes Spätschaden-Potenzial besteht. Es soll eine lange und prämienfreie Deckung nach Auflösung des Vertrages vermieden werden. Die Einführung von claims made in der Schweiz ist bei der Haftpflicht der freien Berufe und bei Risiken, die einen Bezug zum US-Markt haben, zu beobachten, wobei sich kein einheitliches Bild über den gesamten Schweizer Markt ergibt.³² Claims made ist für den Versicherer auch dort attraktiv, wo sich eine ganze Branche ungünstig entwickelt und innert kurzer Frist Anpassungen der Risikobeurteilung erfolgen müssen.

des Bruttoinlandsproduktes, nämlich USD 245.7 Milliarden, für Schadenersatzansprüche und -verfahren aufgewendet. Das sind doppelt so viel wie in vergleichbaren Industrieländern. Lediglich 46 % der Ersatzzahlungen erhielten dabei die Geschädigten, die Verwaltungskosten machten 21 % aus. Im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen fallen die 33 %, welche an die Rechtsanwälte der Geschädigten gingen, erheblich ins Gewicht. Gewichtige geplante Reformversuche sind (vorläufig) gescheitert. Immerhin ist Anfang 2005 der «Lawsuit Abuse Reduction Act» in den US-Kongress (wieder) eingebracht worden, der Strafen für Anwälte bei überzogenen Forderungen vorsieht. Ausserdem hat der Supreme Court in Campbell vs. State Farm im April 2003 entschieden, dass punitive damages grundsätzlich maximal das 9-Fache des zugesprochenen Schadenersatzes betragen dürfen. Nach einem Bericht der Swiss Re, in HAVE 2005, 182, betragen die Ersatzansprüche bezogen auf die Haftpflichtbranchen ohne Motorfahrzeuge in den USA sogar das Dreifache der in anderen Industrieländern anzutreffenden Quote am Bruttoinlandsprodukt.

³² Die einzelnen Versicherer unterstellen zum Teil dieselben Risiken verschiedenen zeitlichen Geltungsbereichen. Aber auch innerhalb der einzelnen Versicherer sind – nicht immer auf sachliche Gründe gestützt – vergleichbare Branchen verschieden geregelt. So kann beispielsweise innerhalb derselben Versicherung für die Haftung

Das Prinzip der Anspruchserhebung wird von einzelnen Autoren als nachteilig für den Versicherungsnehmer bezeichnet.³³ Der Nachteil besteht darin, dass sich der Versicherer bei Beendigung des Versicherungsvertrages aus ihrer Verantwortlichkeit verabschiedet. Mit dem Abschluss einer Nachversicherung³⁴ können diese Nachteile weitgehend aufgefangen werden. Dafür wird allerdings regelmässig eine erhebliche Prämie verlangt.³⁵

Die Vorteile, dass die Zeitpunkte der konkreten Ersatzforderung an den Versicherungsnehmer und der Schadenmeldung an den Versicherer zeitlich am nächsten beieinander sind und eine aktuelle Prämie für aktuelle Schäden bezahlt werden muss, sprechen für das Prinzip der Anspruchserhebung. In erheblichem Mass gilt dies bei Langzeit-Risiken. Hier ergeben sich typischerweise Schäden, bei denen der Zeitpunkt der Verursachung weit vom Zeitpunkt der Manifestation respektive Meldung an den Versicherer entfernt sein kann. Da sich die Risikoeinschätzung – z.B. zum Vertrieb eines Produktes – auch für den Versicherungsnehmer ändert, hat dieser ebenso wie der Versicherer ein Interesse an einem aktualisierten Versicherungsschutz und jedenfalls kein Interesse daran, dass eine frühere Police – eventuell mit veralteten AVB und zu tiefer Versicherungssumme – zur Anwendung kommt. Ausserdem erfolgt die Auseinandersetzung um die Interpretation des Versicherungsvertrages im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen und nicht zwischen Parteien, die unter Umständen im Laufe der Zeit keinerlei Verbindung mehr haben.

von Ärzten und Rechtsanwälten *claims made*, dagegen für die Haftung von Architekten und Ingenieuren Verursachung gelten. Die Begründung liegt darin, dass bei Planungsfehlern der Zeitpunkt der Verursachung relativ einfach feststellbar sein soll (fehlerhafte Planungsarbeiten), der Zeitpunkt des Schadeneintritts und der Kenntnis eines möglichen Anspruchs dagegen schwieriger. Dieses Argument gilt allerdings auch für die Arzthaftung. Generell gilt, dass ein erhöhtes Spätschadenpotenzial und v.a. der unbefriedigende Verlauf einer ganzen Branche gewichtige Gründe sind, bei diesen Branchen *claims made* vorzusehen.

³³ FUHRER (Fn 29) 75 ff.; HEINRICH HONSELL, Amerikanische Rechtskultur, in: PETER FORSTMOSER/HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF H.WEBER/DIETER ZOBL (Hrsg.) Festschrift für Roger Zäch, Zürich 1999, IV. *medical malpractice law*, betrachtet das System der Anspruchserhebung als systemfremd und gegen das Synallagma als Grundprinzip des Vertragsrechts verstossend.

³⁴ Davon ist die in den AVB vorgesehene übliche Nachmeldefrist von 60 Monaten zu unterscheiden. Diese ist für während der Vertragsdauer erhobene, aber erst später an die Versicherung weitergeleitete Ansprüche gedacht.

³⁵ Problematisch ist die Situation dort, wo nicht ein Wechsel der Versicherung vorliegt, sondern die Tätigkeit aufgegeben wird. Hier müssen hohe Prämien ohne Einkommen bezahlt werden. Extremes Beispiel dafür ist der US-Markt für Arzthaftung, wo Prämien von jährlich USD 50 000 über mehrere Jahre nach Aufgabe der Arztpraxis anzutreffen sind.

Ein wichtiger Vorteil von *claims made* liegt darin, dass der Versicherer das betriebswirtschaftlich korrekte Jahresergebnis schneller beurteilen kann. Die Notwendigkeit, aufgrund befürchteter Spätschäden erhebliche Rückstellungen bilden zu müssen, entfällt. Die Prämienkalkulation wird von einem Teil der Unwägbarkeiten des Zukunftsrisikos befreit.

Der Versicherungsnehmer muss – befürchtet er aus dem Vertrieb seiner Produkte oder Dienstleistungen Spätschäden – eine spezielle Nachdeckung einkaufen. Das entsprechende Risiko muss von ihm abgeschätzt werden, damit er beurteilen kann, wie viel ihm die Versicherung dieses Risikos wert ist. Dies ist sinnvoll, da das Risiko dort beurteilt wird, wo es am ehesten abgeschätzt werden kann, nämlich beim Produzenten oder Erbringer der Dienstleistung.

Der Zeitpunkt der Anspruchserhebung ist nunmehr auch in der Schweiz der vorherrschende zeitliche Geltungsbereich bei den Risiken aus Arzt- und Anwaltschaftspflicht. Dagegen gilt für Architekten und Ingenieure üblicherweise das Verursachungs- oder das Schadeneintrittsprinzip (im Bereich von Arbeitsgemeinschaften mit der Möglichkeit einer Nachdeckung).

Beachtet werden muss in jedem Fall, dass die als Branchenstandard vorgesehene Nachmeldefrist von 60 Monaten nur für Ansprüche gilt, die während der Vertragsdauer gegen einen Versicherungsnehmer erhoben wurden und nach Vertragsende verspätet gemeldet wurden. Es liegt also keine eigentliche Nachdeckung vor. Dagegen wird in den gängigen AVB der Anwaltschaftspflicht bei Praxisaufgabe oder Tod des Versicherungsnehmers eine Nachdeckung bis zur Verjährung von Ansprüchen gewährt. Bei den Ärzten ist dies nicht der Fall.

5. Wechsel des Versicherers

A. Allgemeines

Mit dem verstärkten Aufkommen unabhängiger Versicherungs-Broker und dem Wegfall einheitlicher Tarife werden Versicherer heute viel häufiger gewechselt. Dies erfolgt meistens im Hinblick auf eine erhoffte (oftmals nur vermeintliche) Prämieinsparung.

Die Vielfalt der Möglichkeiten der Regelung des zeitlichen Geltungsbereichs führt dazu, dass beim Wechsel des Versicherers die damit verbundenen Problemstellungen besonders beachtet werden müssen.

Bei Produktvergleichen wird dieser Aspekt trotz seiner zentralen Bedeutung regelmässig vernachlässigt.

B. Auswirkungen des Versichererwechsels mit Bezug auf den zeitlichen Geltungsbereich (ausgewählte Fallkonstellationen)

Umstellung von Verursachung auf Schadeneintritt

Der Schaden tritt im Zeitpunkt des aktuellen Versicherungsvertrages ein, wurde aber während der Geltungsdauer des früheren Versicherungsvertrages verursacht:

Der Vorversicherer gewährt Deckung. Ist kein Vorversicherer vorhanden, besteht Deckung, sofern der Versicherte nachweist, dass er bei Vertragsbeginn von einer Handlung, die seine Haftpflicht begründen könnte, keine Kenntnis hatte oder den Umständen nach hätte haben müssen.

Umstellung von Verursachung auf Anspruchserhebung

Der Schaden wird beim aktuellen Versicherer geltend gemacht, wurde aber in der Geltungsdauer des früheren Versicherungsvertrages verursacht.

Der Vorversicherer gewährt Deckung. Ist kein Vorversicherer vorhanden, besteht Deckung, sofern der Versicherte nachweist, dass er bei Vertragsbeginn von einer Handlung, die seine Haftpflicht begründen könnte, keine Kenntnis hatte oder den Umständen nach hätte haben müssen. Reicht die Versicherungssumme des Vorversicherers nicht aus, so besteht beim aktuellen Versicherer eine Summendifferenzdeckung (immer unter der Voraussetzung der Unkenntnis einer potenziell schädigenden Handlung zu Vertragsbeginn).

Umstellung von Anspruchserhebung auf Verursachung

Wurde der Schaden vor dem Wechsel verursacht, besteht beim neuen Versicherer keine Deckung. Steht der Zeitpunkt der Anspruchserhebung im Geltungsbereich des neuen Versicherungsvertrages, gewährt auch der Vorversicherer keine Deckung. Hier entsteht eine Deckungslücke.

Bei dieser Konstellation ist es ratsam, beim Vorversicherer gegen Prämie einen Vertrag mit Nachdeckung für 5 Jahre abzuschliessen.

Umstellung von Anspruchserhebung auf Schadeneintritt

Der Schaden tritt vor dem Versichererwechsel ein, wird aber erst nach dem Wechsel geltend gemacht. Hier entsteht eine Deckungslücke, da der Schaden vor dem Beginn des neuen Versicherungsvertrages bereits eingetreten ist. Der frühere Vertrag gewährt ebenfalls keine Deckung, da die Forderung erst nach dem Wechsel erhoben wurde.

Bei dieser Konstellation ist es ratsam, beim früheren Versicherer eine Nachdeckung für 5 Jahre abzuschliessen.

Umstellung von Schadeneintritt auf Verursachung

Der Schaden wird vor dem Wechsel des Versicherers verursacht, tritt aber erst danach ein. Hier entsteht eine Lücke, weil der Nachversicherer das Vorrisiko nicht abdeckt.

Der Einkauf einer Nachdeckung beim Vorversicherer ist auch hier notwendig.

Umstellung von Schadeneintritt auf Anspruchserhebung

Der Schaden tritt vor dem Wechsel des Versicherers ein, wird aber erst nach dem Wechsel geltend gemacht. Keine Deckungslücke, sofern der Versicherte nachweist, dass er bei Vertragsbeginn von einer Handlung, die seine Haftpflicht begründen könnte, keine Kenntnis hatte oder den Umständen nach hätte haben müssen.

Schadeneintritt bleibt auch beim neuen Versicherer Schadeneintritt

Deckungslücke, wenn der Schaden während der Geltung des früheren Vertrages eintritt (z.B. erstmaliger Arztbesuch), die Schadenursache aber erst später als 5 Jahre nach Beginn des neuen Vertrages entdeckt wird. Die Lücke entsteht, weil der frühere Vertrag eine Nachmeldefrist von lediglich 5 Jahren vorsieht und der aktuelle Vertrag keine Schäden deckt, die vor Vertragsbeginn verursacht wurden.³⁶

Diese Konstellation kann vor allem bei sogenannten Langzeit-Risiken entstehen und kann nur mit einer Claims-made-Police beim neuen Versicherer vermieden werden.

Anspruchserhebung bleibt auch beim neuen Versicherer Anspruchserhebung

Bei claims made ist der Zeitpunkt entscheidend, in welchem der Versicherte mit einem Anspruch rechnen musste. Die üblichen aktuellen AVB sehen eine Nachmeldefrist von 5 Jahren vor. Beim Wechsel zu einem Versicherungsvertrag, der ebenfalls claims made vorsieht, besteht beim neuen Versicherer Deckung, sofern nachgewiesen wird, dass bei Vertragsabschluss keine Kenntnis einer möglichen haftpflichtrechtlich relevanten Handlung bestand.

Speziell für Rechtsanwälte ist zu beachten, dass es noch heute (Anwalts)-AVB gibt, die vor Vertragsbeginn verursachte Schäden generell ausschliessen,

³⁶ Vgl. zu einer weiteren möglichen Deckungslücke die Beispiele vorne in Fn 30.

dafür aber keine Limitierung der Nachmeldefrist vorsehen. Ein Anwalt hat beim Wechsel zu einem Versicherer mit den soeben beschriebenen AVB ungenügende Deckung für vor Vertragsbeginn verursachte Schäden, v.a. dann, wenn der Vorversicherer das Schadeneintritts- oder Anspruchserhebungsprinzip vorsah.

6. Zusammenfassung/Ausblick

Das Schadeneintrittsprinzip wird bereits mittelfristig an die Stelle des gewohnten Verursachungsprinzips treten. Gewisse Spezialrisiken, welche eine besonders langwierige und lang andauernde Schadenabwicklung mit sich bringen, werden dem Prinzip der Anspruchserhebung zugeordnet.

Da sich der Versicherer bei einer Claims-made-Police mit Ablauf des Vertrages aus dem Risiko verabschiedet, muss der Versicherte vor Ablauf des Vertrages befürchtete Schadenfälle auf die blosse Möglichkeit einer Haftung hin melden.³⁷

Speziell zu beachten ist, vor allem bei der Haftpflicht grösserer Unternehmungen, dass Schäden schon dann als bekannt gelten, wenn sie im Rahmen von Mangel- und Schadensbehebungen am Ort des eingetretenen Schadens behandelt werden.

Der aufgrund betriebswirtschaftlicher Optimierung der Prämie und angestrebter Verkürzung der Policenlaufzeit immer häufigere Wechsel des Versicherers kann zu eigentlichen Deckungsfallen führen. Beim Abschluss oder Wechsel des Versicherungsvertrages ist daher die Überprüfung a) des zeitlichen Geltungsgebietes und b) der Notwendigkeit, Vor- und Nachrisiken zu versichern, sowohl für die freien Berufe wie für Unternehmungen von existenzieller Bedeutung.

IV. Ausschluss des Unternehmerrisikos vom Versicherungsschutz

1. Allgemeines

In den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) der Haftpflichtversicherer werden Ansprüche auf Erfüllung von Verträgen oder an deren Stelle tretende Ansprüche wegen Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung ausgeschlossen. Ebenso sind Ertragsausfälle und Vermögenseinbussen als Folge derartiger Schäden nicht versichert.³⁸

³⁷ Sogenannte «Laundry-List».

³⁸ So z.B. Art. 7 lit. k) AVB Helvetia Patria: Von der Versicherung ausgeschlossen sind (i) Ansprüche auf Erfüllung von Verträgen oder an deren Stelle tretende Ansprüche auf Ersatzleistungen wegen Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung, insbesondere diejenigen für Mängel und Schäden, die an den vom Versicherungsnehmer oder in seinem Auftrag hergestellten oder gelieferten Sachen oder geleis-

In der Praxis wird dieser Deckungsausschluss als Ausschluss der Gewährleistung oder des Unternehmerrisikos bezeichnet. Er erhielt auch schon den Titel eines fundamentalen Grundsatzes der Betriebshaftpflicht-Versicherung.³⁹

Der Ausschluss des Unternehmerrisikos bereitet seit jeher Interpretationsschwierigkeiten, da die Versicherungsdeckung an die gesetzliche Haftpflicht anknüpft – worunter auch die vertragliche Haftung zu subsumieren ist –, aber ein Teil dieser vertraglichen Haftpflicht vom Versicherungsschutz nicht erfasst werden soll. Was dieser ausgeschlossene Teil genau umfasst, ist Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen.

2. Begründung

Versicherungsschutz ist dort am sinnvollsten, wo für den Unternehmer unvorhersehbare und unwägbarere Risiken bestehen. Die Konkretisierung dieses Grundsatzes hat einen qualitativen und einen quantitativen Aspekt. Qualitativ geht es im Rahmen der Haftpflichtversicherung um zu versichernde Risiken, die ausserhalb des durch die unternehmerische Kompetenz abgedeckten Kernbereiches liegen. Im Bereich seiner Kernkompetenz kann der Unternehmer durch Qualitätsmanagement seine Haftungsrisiken am effizientesten selbst reduzieren. Die Abwägbarkeit hängt jedoch auch vom Quantitativ des Schadens ab, welcher sich aus der Verwirklichung eines Risikos ergeben kann. Die Reichweite der nicht versicherten Gewährleistungspflichten ist daher ebenfalls zu definieren.

Eine weiter gehende (und in der Versicherungspraxis wohl gängige) Interpretation ist geprägt von der Befürchtung, dass die Übernahme des Unternehmerrisikos durch die Versicherer zu einem unerwünschten Absinken der Arbeitsqualität (Stichwort: Belohnung für «Pfuscher») führen würde.⁴⁰ Diese Annahme erscheint nicht als realistisch und kann auch nicht aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung begründet

teten Arbeiten infolge einer in der Herstellung, Lieferung oder Arbeitsleistung liegenden Ursache entstanden sind; (ii) Ansprüche für Aufwendungen im Zusammenhang mit der Ermittlung und Behebung von in Einzug 1 hievore erwähnten Mängeln und Schäden sowie Ansprüche für Ertragsausfälle und Vermögenseinbussen als Folge solcher Mängel und Schäden; (iii) ausservertragliche Ansprüche, die in Konkurrenz mit oder anstelle von vertraglichen, nach Einzug 1 und 2 hievore von der Versicherung ausgeschlossenen Ansprüchen gestellt werden.

³⁹ FUHRER (Fn 3) 94, mit dem Hinweis, dass es eher um einen Leitgedanken als um ein durchgängiges Prinzip geht.

⁴⁰ Skeptisch gegenüber dem Begriff des Unternehmerrisikos schon HANS STEINER, Aktuelle Probleme der Betriebshaftpflichtversicherung, SVZ 34 (1966/67), 325 ff., 357 ff., 389 ff., SVZ 35 (1967/68), 1 ff., 367.

werden.⁴¹ Ein Haftpflichtfall bringt sowohl für die direkt involvierten Parteien wie für den Versicherer immer Verluste oder zumindest nicht entschädigte Aufwendungen mit sich. Ein Unternehmer, der wiederholt Schäden verursacht, wird neben einer Verteuerung oder einem Verlust des Versicherungsschutzes als Anbieter auf dem Markt nicht mit Erfolg bestehen können.⁴² Gegenüber dem unsorgfältig tätigen Unternehmer besteht gestützt auf die AVB ausserdem die Möglichkeit, den Deckungsausschluss der Inkaufnahme von Schädigungen und die Leistungskürzung wegen grober Fahrlässigkeit (Art. 14 Abs. 2 und 3 VVG) anzuführen.

Schwierigkeiten bereitet zum einen die genaue Vorstellung und Umschreibung dessen, was unter dem Begriff des nicht versicherten Unternehmerrisikos zu verstehen ist. Zum andern ist auch die Formulierung in den AVB problematisch. Nachstehend erfolgt eine Analyse des Gehaltes der Bestimmung. Es geht um das nicht gedeckte Erfüllungssurrogat, ein Begriff, der allerdings – wie der Begriff des Erfüllungsinteresses – in der Lehre unterschiedlich interpretiert wird.⁴³ Ausgangspunkt der Analyse ist die Systematik der vertraglichen Haftung im Obligationenrecht (da aufgrund der AVB grundsätzlich die *gesetzliche Haftpflicht* versichert ist). Schwerpunkt bildet die Auseinandersetzung mit der Ausschlussbestimmung für das Unternehmerrisiko. Anschliessend erfolgt ein Überblick der Möglichkeiten, zumindest einen Teil dieses Ausschlusses durch Zusatzversicherungen abzudecken.

3. Haftung aus Vertrag

Das System der vertraglichen Haftung umfasst nach heutigem Verständnis⁴⁴ die Tatbestände:

1. der nachträglich verschuldeten Unmöglichkeit
2. des Verzugs
3. der nicht richtigen Erfüllung
4. der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten

Im Kaufvertragsrecht ist von unmittelbarem und mittelbarem Schaden, im Werkvertragsrecht von Mangel und Mangelfolgeschaden die Rede. Ausserdem können Schadenersatzansprüche das *positive* Vertragsinteresse (Gläubiger wird so gestellt, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre) oder das *negative* Vertragsinteresse (Gläubiger wird so gestellt, wie wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre) umfassen.⁴⁵

4. Abgrenzung der versicherten von den nichtversicherten Ansprüchen

A. Allgemeines

Der Versicherungsschutz für vertragliche Haftpflicht orientiert sich an der gesetzlichen Systematik, folgt ihr jedoch weder begrifflich noch inhaltlich vollumfänglich. Die AVB sprechen in der Ausschlussbestimmung von:

1. Ansprüchen auf Erfüllung von Verträgen oder
2. an deren Stelle tretende Ansprüche auf Ersatzleistung wegen Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung

Damit wird eine eigenständige versicherungstechnische Kategorisierung geschaffen. Die Erfüllung und die Erfüllungssurrogate werden ausgeschlossen.

B. Grundsatz

Es ist mittlerweile unbestritten, dass der in den AVB angeführte Deckungsausschluss eingeschränkt zu interpretieren ist, jedenfalls nicht derart, dass die gesamte Vertragshaftung vom Deckungsumfang ausgeschlossen wäre.⁴⁶

Negatives oder positives Vertragsinteresse umfasst regelmässig sowohl den primären Schaden wie den Folgeschaden. Vom Versicherungsschutz ausgeschlossen ist jedoch lediglich der Ersatz für den primären Schaden. Nur dieser tritt an die Stelle der Vertragserfüllung.⁴⁷

⁴¹ Vgl. dazu BERNHARD JAEGER, Ist «Gewährleistungsklausel» der richtige Ausdruck?: Kritische Bemerkungen zu Art. 7 lit. I AVB (Betriebshaftpflichtversicherung), SVZ 37 (1969/70) 138 f., mit der interessanten Vermutung, dass den Verfassern der Klausel eventuell die verschuldensunabhängige Erfolgshaftung (Wandelung, Minderung, Nachbesserung) aus Werkvertrag vorschwebte, für welche eine Versicherungsdeckung tatsächlich nicht sinnvoll erscheint. Die Frage des Ausschlusses des Unternehmerrisikos wurde erst mit dem Aufkommen der Produkthaftpflicht (in einem weit verstandenen Sinn – also nicht beschränkt auf Konsumprodukte) in den 1960er-Jahren intensiver diskutiert. Die Haftpflichtversicherer mussten mangels Deckungsausschluss auch für den Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit Versicherungsschutz gewähren, was als nicht wünschbar betrachtet wurde. Ausserdem wurde die Obhuts- und Bearbeitungsklausel immer enger interpretiert, was für die Versicherer ebenfalls unbefriedigend war. Die Einführung der angepassten Ausschlussklausel zum Unternehmerrisiko erfolgte Ende der 1960er-Jahre.

⁴² Kritik zur «abschreckenden» Wirkung des Ausschlusses auch MICHAEL WEISSBERG, Produkthaftpflicht und Versicherungen in der Schweiz, Bern 1992, 42.

⁴³ Vgl. die eingehende Auseinandersetzung bei BRUNO SCHATZMANN, Versicherungsschutz für die nichtgehörige Erfüllung von Kauf- und Werkverträgen in der Betriebshaftpflichtversicherung, Bern 1999, 166 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Band II, 8. A., Zürich 2003, N 2511 ff. m.w.H.

⁴⁵ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/REY (Fn 44) N 2659 m.w.H.

⁴⁶ FUHRER (Fn 3) 96 mit dem Hinweis, dass genau diese Interpretation in Erläuterungen zur Betriebshaftpflicht-Versicherung verschiedentlich zu finden ist.

⁴⁷ FUHRER (Fn 3) 106.

C. Primärer Schaden/Folgeschaden/Unternehmerrisiko

Die Unterscheidung von primärem Schaden und Folgeschaden ist in der Versicherungspraxis von herausragender Bedeutung.⁴⁸ Die rechtliche Bedeutung dieser Begriffe und deren Abgrenzung vom Unternehmerrisiko wird im Folgenden untersucht.

Eine Differenzierung in nicht gedeckte primäre Schäden und gedeckte Folgeschäden ist im Übrigen auch dort wichtig, wo die Deckung unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses reiner Vermögensschäden entfällt. Reine Vermögensschäden werden heute bei Bedarf immer häufiger als Zusatzversicherung eingeschlossen, womit wiederum die Klärung des nicht versicherten Unternehmerrisikos an Bedeutung gewinnt. Ausserdem ermöglicht eine sorgfältige Analyse des Haftungsrisikos einen risikogerechten Versicherungsschutz.

D. Ansprüche auf «Erfüllung von Verträgen» (Verzug, Wandelung, Minderung)

Das nicht versicherbare Unternehmerrisiko umfasst den eigentlichen Vertragsgegenstand. So soll es nicht Sache des Versicherers sein, wenn ein Unternehmer in Verzug gerät oder ein mangelhaftes Produkt liefert und dieses gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurückgenommen werden muss. Mit dem Ausschluss der Nichterfüllung ist zuerst einmal der Ausschluss der Realerfüllung gemeint. Der Versicherer übernimmt keine Garantieleistungen.⁴⁹

Im Folgenden ist die (schwierigere) Deckungsfrage zu beantworten, die sich dann stellt, wenn aus der mangelhaften Lieferung Folgeschäden resultieren.

E. Verspätungsschaden

Beharrt der Gläubiger im Verzug des Schuldners auf Erfüllung und fordert er Ersatz für den Verspätungsschaden, so ist der Erfüllungsanspruch nicht versichert. Dagegen tritt der Verspätungsschaden nicht an die Stelle, sondern *neben* die Ansprüche auf Realerfüllung und wird damit vom Ausschluss nicht erfasst. Sofern es sich dabei jedoch um reine Vermögensschäden handelt, besteht aus diesem Grund – ohne Abschluss einer Zusatzversicherung – keine Deckung.

F. Erfüllungssurrogat

a. Begriff

Die AVB umschreiben das nicht versicherte Erfüllungssurrogat – also das, was anstelle der ursprünglich vereinbarten Leistung durch den Schuldner erbracht werden muss – folgendermassen: «[...] oder an deren Stelle tretende Ansprüche auf Ersatzleistung wegen Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung.»

Auf die relevanten vertragsrechtlichen Kategorien bezogen geht es um die Sachverhalte der nachträglich verschuldeten Unmöglichkeit und den Verzicht des Gläubigers auf Erfüllung (bei Verzug wie bei der nicht richtigen Erfüllung).

b. Nachträgliche verschuldete Unmöglichkeit, Verzicht des Gläubigers auf Erfüllung

Tritt der Gläubiger bei (vom Schuldner zu verantwortender) Unmöglichkeit der Leistung berechtigterweise vom Vertrag zurück, kann er die eigene versprochene Leistung verweigern und Schadenersatz verlangen.⁵⁰ Der Gläubiger hat dabei die Wahl, das negative Vertragsinteresse oder das Erfüllungsinteresse geltend zu machen.

Verlangt er das Erfüllungsinteresse, wird er so gestellt, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre. Dieser Anspruch tritt an die Stelle des ursprünglichen Anspruchs auf Realerfüllung. Für die Beurteilung der Frage, inwieweit dieser Schaden versichert ist, muss differenziert werden. Lediglich soweit das Erfüllungsinteresse den Wert der versprochenen Leistung übersteigt, wird es vom Ausschluss des Unternehmerrisikos nicht erfasst.⁵¹

Auch das negative Vertragsinteresse tritt an die Stelle der Erfüllung. Der Gläubiger verlangt so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag nie geschlossen worden wäre. Der Versicherungsschutz ist auch hier nur im Rahmen des primären Schadens und damit begrenzt auf den wertmässigen Ausgleich der unterbliebenen Leistung ausgeschlossen.⁵² Die auf das negative Vertragsinteresse gestützten Forderungen für unnötig entstandene Aufwendungen sind damit von der Ausschlussklausel für das Unternehmerrisiko nur teilweise betroffen. Wiederum besteht jedoch in den Grund-

⁴⁸ Der Begriff «primärer Schaden» wird von FUHRER (Fn 3) 103 als «willkürlich» gewählt bezeichnet. Er erscheint mir jedoch sehr gut geeignet für die Abgrenzung zu den vertraglichen Begriffen des unmittelbaren Schadens im Kaufrecht und dem Schaden aus einem mangelhaften Werk.

⁴⁹ SCHATZMANN (Fn 43) 177. Eine Ausnahme stellen die Zusatzversicherungen der «Ermittlungs- und Behebungskosten» und der «Aus- und Einbaukosten» dar.

⁵⁰ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/REY (Fn 44) N 2608 ff. m.w.H.

⁵¹ SCHATZMANN (Fn 43) 178. Vgl. zur Begründung nachfolgende Ziff. IV.4.Ff.; das heisst allerdings noch nicht, dass dafür in jedem Fall Versicherungsschutz besteht. Z.B. können reine Vermögensschäden generell ausgeschlossen sein.

⁵² SCHATZMANN (Fn 43) 174, betrachtet das negative Interesse grundsätzlich nicht als Erfüllungssurrogat. Die Formulierung der AVB spricht jedoch m.E. eindeutig für das negative Vertragsinteresse als Erfüllungssurrogat (im Rahmen des primären Schadens).

AVB keine Deckung, soweit es sich um reine Vermögensschäden handelt.⁵³

c. Positive Vertragsverletzung (nicht richtige Erfüllung, Verletzung vertraglicher Nebenpflichten)

Macht der Gläubiger gestützt auf Art. 97 OR Schadenersatz wegen positiver Vertragsverletzung geltend, so ist lediglich derjenige Teil der Leistung nicht versichert, der an die Stelle des Anspruchs auf Erfüllung tritt. Der Ersatz für die wertmässige Differenz der versprochenen gegenüber der erbrachten Leistung ist als Erfüllungssurrogat nicht versichert.⁵⁴ Andere Rechtsgüter des Vertragspartners sind von der Beschränkung des Versicherungsschutzes dagegen nicht erfasst.^{55/56} Schäden an diesen Rechtsgütern sind grundsätzlich gedeckte Folgeschäden der schädigenden Handlung.⁵⁷

Beispiel:⁵⁸ Ein Sanitärinstallateur ist werkvertraglich dazu verpflichtet, für einen Wohnungsumbau Badezimmerinstallationen zu liefern. Beschädigt er anlässlich der Montage eines Spülkastens eine Badewanne, indem er die Rohrzanze fallen lässt, verfügt er nur dann über Versicherungsschutz, wenn die Badewanne abgenommen ist. Ist dies nicht der Fall, liegt ein neben die Ansprüche auf Erfüllung tretender Anspruch auf Ersatzleistung wegen nicht richtiger Erfüllung vor.

d. Einschränkende Interpretation

Im ersten Einzug der Gewährleistungsklausel⁵⁹ wird festgehalten: «... ausgeschlossen sind insbesondere Ansprüche für Mängel und Schäden an den gelieferten Sachen oder geleisteten Arbeiten.»

Die Aufzählung der ausgeschlossenen Sachverhalte ist zwar lediglich beispielhaft und dient der Illustration. Sie zeigt jedoch, dass es beim Ausschluss des Unternehmerrisikos typischerweise um eng mit der gelieferten Sache oder geleisteten Arbeit verbundene Schäden gehen soll. Folgerichtig ist jedoch auch die Beschädigung des gelieferten Gegenstandes anlässlich von Nachbesserungsarbeiten nicht versichert. Diese stehen in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der gelieferten Sache.⁶⁰

Die Hervorhebung von Mängeln und Schäden an gelieferten Sachen oder geleisteten Arbeiten ist ein starkes Indiz dafür, dass der Versicherungsschutz nur im unmittelbaren unternehmerischen Tätigkeitsbereich ausgeschlossen werden soll.

Zur Illustration ein Beispiel aus der Police einer Unternehmung der Geo- und Verkehrstechnik, wo das ausgeschlossene Unternehmerrisiko detaillierter (und einschränkender) definiert wird: «Unternehmerrisiko: Ausgeschlossen sind Ansprüche, welche den eigentlichen Gegenstand des Planungsauftrages betreffen, d.h. die Planung, welche bei mangelhafter Erfüllung ganz oder teilweise neu zu machen ist.»

Wie schwierig die Abgrenzung zwischen nicht gedecktem primärem Erfüllungssurrogat und gedecktem Folgeschaden sein kann, illustriert eindrücklich der wegleitende «Statikerfall» des deutschen BGH.⁶¹

Der Versicherungsnehmer, ein Ingenieur, macht einen Fehler bei der Berechnung der Statik. Auf dieser Berechnungsbasis offeriert ein Bauunternehmer zu einem ungenügenden pauschalen Werkpreis. Das Bauwerk benötigt mehr Stahl als vom Ingenieur berechnet. Der Bauunternehmer macht Schadenersatz beim Ingenieur geltend. Der Versicherer verneint eine Deckung aufgrund der Gewährleistungsklausel. Der BGH bejaht den Versicherungsschutz und betrachtet den Schaden als gedeckten Folgeschaden. Ausserdem führt der BGH aus, dass – wäre der Fehler rechtzeitig bemerkt worden – die Kosten für die neue Berechnung nicht versichert gewesen wären.

e. Zwischenergebnis

Gestützt auf die Vertragsfreiheit ist zu akzeptieren, dass in den Betriebshaftpflicht-AVB eine von der Systematik des Obligationenrechts abweichende Abgrenzung zwischen versicherten und nicht versicherten Ansprüchen aus vertraglicher Haftung statuiert wird. Bei der Interpretation der Ausschlussbestimmung ist darauf abzustellen, dass der Unternehmer das mit

⁵³ WEISSBERG (Fn 42) 46, betrachtet Ansprüche auf negatives Vertragsinteresse als generell ausgeschlossen.

⁵⁴ SCHATZMANN (Fn 43) 178.

⁵⁵ Geht das Eigentum an der hergestellten Sache an den Vertragspartner über und wird diese Sache durch Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht verletzt, besteht Deckung. Der Ausschluss erfasst lediglich Erfüllungshandlungen, nicht jedoch vertragliche Nebenpflichten.

⁵⁶ SCHATZMANN (Fn 43) 180.

⁵⁷ FUHRER (Fn 3) 102, spricht von gedeckten primären Schäden.

⁵⁸ Nach SCHATZMANN (Fn 43) 183.

⁵⁹ Vgl. AVB-Text vorne Fn 38.

⁶⁰ Beispiel: Die Versicherungsnehmerin liefert Folien, welche durch einen Unternehmer zum Zweck der Warnung vor Lecks in Öltanks eingebaut werden. Die Warneinrichtung funktioniert nicht, weil die

Folien mit dem Unterboden des Tanks verkleben. Bei der Reparatur wird die Folie beschädigt. Keine Deckung, da die mangelhafte Nachbesserungsarbeit im Rahmen der richtigen Vertragserfüllung erbracht wird. Einverstanden mit der Beurteilung ist SCHATZMANN (Fn 43) 182, a.M. FUHRER (Fn 3) 113.

⁶¹ BGH 13.5.1981, in NJW 1981, 1780; zustimmender Kommentar von JOACHIM SCHMIDT-SALZER, Produkthaftung/Band IV, Produkthaftpflichtversicherung, 2. Aufl., Heidelberg 1990, 841 f.; der BGH bejaht die Deckung des «naheliegenden» Folgeschadens mit Blick darauf, dass genau dessen Deckung den Zweck der Versicherung darstelle. Interessanterweise hatte der BGH mit Blick auf die Verjährung zum gleichen Sachverhalt entschieden, dass es sich haftungsrechtlich nicht um Folgeschäden aus positiver Vertragsverletzung handle. Der BGH interpretierte damit den Begriff «Folgeschäden» mit Blick auf den haftungs- und verjährungsrechtlichen Zusammenhang bewusst anders als mit Blick auf die Frage des Versicherungsschutzes. Vgl. auch FUHRER (Fn 3) 107.

seiner Gewährleistungspflicht eng verbundene Unternehmerrisiko (zumindest in einem Kernbereich) nicht versichern kann. Der Deckungsausschluss ist dabei restriktiv zu interpretieren. Nachfolgend erfolgen Ausführungen über einen möglichen Ansatz für diese einschränkende Interpretation, nämlich die Limitierung des Ausschlusses auf den Wert der vertraglich versprochenen Leistung.

f. Wirtschaftlicher Wert der versprochenen Leistung

Die Tätigkeit eines Unternehmers ist darauf ausgerichtet, einen Gewinn zu erzielen, welcher zumindest den Weiterbestand der Unternehmung ermöglicht. Um dies zu gewährleisten, muss er für seine Produkte auf dem Markt einen angemessenen Preis erzielen. Dass ihm dies gelingt, ist sein hauptsächlich wirtschaftliches Risiko. Unmittelbar auf sein Produkt bezogen beläuft sich das Risiko, dass ihm der Markt sein Produkt nicht abnimmt, daher maximal auf den wirtschaftlichen Wert der versprochenen Leistung.⁶²

Mit dem wertmässigen Ausgleich durch Schadenersatz erfüllt der Schuldner seine ursprüngliche Leistungspflicht in anderer Form.⁶³ Sie ist daher als Erfüllungssurrogat nicht versichert. Die Bemessung des wirtschaftlichen Werts orientiert sich am Preis des Produkts oder der Dienstleistung. Im Zweifelsfall kann ein durchschnittlicher Marktpreis herangezogen werden.⁶⁴ Aus der Orientierung am wirtschaftlichen Wert des Produktes / der Dienstleistung ergibt sich, dass z.B. der entgangene Gewinn als Schadensposition nicht vollumfänglich Erfüllungssurrogat darstellen muss und daher auch nicht zwingend vom Versicherungsschutz ausgeschlossen ist.⁶⁵

⁶² Daneben bestehen vielfältige Risiken aus dem wirtschaftlichen Umfeld, wie Marktentwicklungen und allgemeine Wirtschafts- und Gesellschaftstrends, welche mit dem direkten Haftungsrisiko für die Produkte und Dienstleistungen nicht unmittelbar zu tun haben. Diese Risiken sind schon gar nicht Thema einer Haftpflichtversicherung.

⁶³ SCHATZMANN (Fn 43) 173.

⁶⁴ Der Ansatz wurde bereits von FUHRER (Fn 3) 115, gestützt auf die deutsche Lehre, aufgenommen und als einleuchtend und praktikabel beurteilt. Fokus war jedoch die Gewährleistungsklausel in Dienstleistungsverträgen, welche nur sinnvoll im Rahmen der Beschränkung des Ausschlusses auf den wirtschaftlichen Wert der Leistung verstanden werden kann.

⁶⁵ SCHMIDT-SALZER (Fn 61) 816 lehnt aufgrund der Interpretationsbedürftigkeit des Wertbegriffes diesen Ansatz ab. Der Kritik ist entgegenzuhalten, dass das Heranziehen eines Marktpreises für eine Dienstleistung oder ein Produkt und überhaupt die Schätzung eines Schadens im Haftpflichtrecht ein gewohntes Vorgehen darstellt (vgl. dazu – mit ausdrücklichem Hinweis auf den Marktpreis – MAX SIDLER, Schadensschätzung und Gerechtigkeitsgebot, AJP 2005, 546). Dass der Preis der Leistung die Obergrenze des – unter diesem Ausschluss – nicht gedeckten Erfüllungssurrogates darstellt, ist nur folgerichtig. FUHRER (Fn 3) 106, beurteilt den entgangenen Gewinn

Folgendes Beispiel aus der Praxis soll die konkreten Unterschiede je nach Interpretation der Reichweite des Ausschlusses⁶⁶ illustrieren: Der Versicherungsnehmer liefert 160 Stahlringe, welche als Bestandteile des Antriebs in elektrische Rollstühle eingebaut werden. Das Auftragsvolumen beläuft sich auf CHF 10 000. Die Abreisskraft genügt bei verschiedenen Stahlringen nicht, was erst bei der Inbetriebnahme entdeckt wird und zu Nachbearbeitungskosten (aus Sicherheitsgründen an allen Rollstühlen) von CHF 55 000 führt. Interpretiert man den Deckungsausschluss der bei nicht richtiger Erfüllung an die Stelle der versprochenen Leistung tretenden Ersatzleistungskosten weit, so beträgt der ungedeckte Anteil der Kosten CHF 55 000. Interpretiert man ihn eng – nämlich wie hier postuliert beschränkt auf den wirtschaftlichen Wert der Leistung – beläuft sich der Ausschluss (bezogen auf den Ausschluss des Unternehmerrisikos und bei Vorliegen einer Zusatzdeckung für reine Vermögensschäden) auf CHF 10 000.

Sind dagegen die Stahlringe selbst und ausschliesslich von der Mangelbehebung betroffen, kann der Deckungsausschluss unter Berücksichtigung des Zusatzes «... insbesondere für Mängel und Schäden an den gelieferten Sachen und Arbeiten» nur so interpretiert werden, dass die gesamten Kosten nicht versichert sind. Die Eindeutigkeit des Ausschlusses lässt eine andere Interpretation auch gestützt auf Art. 33 VVG (Unklarheitsregel) nicht zu.⁶⁷

g. Zusätzliche Kosten im Zusammenhang mit der Gewährleistungspflicht / Ertragsausfälle und Vermögenseinbussen

Im zweiten Einzug der Gewährleistungsklausel⁶⁸ wird festgehalten: «... nicht versichert sind Aufwendungen im Zusammenhang mit der Ermittlung und Behebung von Mängeln und Schäden der gelieferten Sache oder der geleisteten Arbeiten sowie daraus entstehende Ansprüche für Ertragsausfälle und Vermögenseinbussen.»

ebenfalls als Erfüllungssurrogat, da abgestellt wird auf das «Zurückbleiben der tatsächlichen von der versprochenen Leistung». Ein weiteres illustratives Beispiel bei SCHMIDT-SALZER (Fn 61) 817 f.: Versicherungsnehmer hat eine Turbine zu überholen. Kurz vor Abschluss der Arbeiten kommt es aufgrund des Verschuldens des Unternehmers zu einem Brand der Turbine. Die völlig zerstörte Turbine wird durch eine neue ersetzt. Der Ersatz der Turbine ist versichert. Nicht gedeckt ist die vernichtete Serviceleistung. Für den Fall, dass in der Neuanschaffung ein Service-Anteil isoliert werden kann, ist dieser als Erfüllungssurrogat ebenfalls nicht gedeckt.

⁶⁶ Voraussetzung für die Bejahung des Versicherungsschutzes ist, dass nicht ein anderer Deckungsausschluss zum Tragen kommt resp. eine Zusatzversicherung für reine Vermögensschäden vereinbart wurde.

⁶⁷ Vgl. allgemein zur Unklarheitsregel, FUHRER, BasK, N 13 zu Art. 33 VVG m.w.H.

⁶⁸ Vgl. AVB-Text in Fn 38.

Dieser Ausschluss betrifft einerseits Folgekosten, welche die Nachbesserung begleiten⁶⁹, andererseits Forderungen für Ertragsausfälle und Vermögenseinbussen. Der Ausschluss ist aufgrund des expliziten Verweises auf die Mängel und Schäden an den vom Versicherungsnehmer gelieferten Sachen oder geleisteten Arbeiten eng zu interpretieren. Trotz dieser engen Interpretation ist die Reichweite vor allem des zweiten Ausschlussgrundes (Ertragsausfälle und Vermögenseinbussen) erheblich.

In jedem Fall muss die Ursache in der Erfüllungshandlung liegen. Schäden, welche aufgrund einer überhaupt nicht oder verspätet erfolgten Vertragserfüllung entstehen, sind davon nicht erfasst.⁷⁰

Das Risiko, für zusätzliche Kosten im Zusammenhang mit der Gewährleistungspflicht haftpflichtig zu werden, kann mit einer Zusatzdeckung für Ermittlungs- und Behebungskosten (teilweise) versichert werden.

h. Zusatzdeckung Ermittlungs- und Behebungskosten⁷¹

Diese Zusatzversicherung nimmt ausdrücklich Bezug auf das Unternehmerrisiko, welches zumindest teilweise vom Versicherungsschutz erfasst werden soll. Der Versicherungsschutz beschränkt sich jedoch auf die Kosten aus der (anlässlich der Gewährleistungsarbeiten – Ermittlung und Behebung des Mangels – erfolgten) Zerstörung und Beschädigung von Sachen.

i. Zusatzdeckung Aus- und Einbaukosten⁷²

Sachverhalt: Beim Erstellen eines Objekts werden Sachen, welche vom Versicherten hergestellt wurden, durch den Besteller verwendet oder eingebaut. Die verwendeten Sachen erweisen sich als mangelhaft und müssen ausgebaut werden. Anschliessend muss mangelfreier Ersatz eingebaut werden.

Mit dieser Zusatzdeckung werden Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Aus- und Einbau von mangelhaften gelieferten Sachen versichert. Damit wird zum einen ein Teil des Unternehmerrisikos mitversichert. Die Kosten stehen nämlich in direktem Zusammenhang mit Ansprüchen des Auftraggebers oder Bestellers auf Erfüllung. Zum andern wird damit der Begriff des Sachschadens erweitert, indem die Mangelhaftigkeit genügt und ein eigentlicher Sachschaden nicht Voraussetzung ist.

j. Zusatzdeckung Nutzungsausfall⁷³

Die Zusatzversicherung nimmt ausdrücklich Bezug auf den Ausschluss von Unternehmerrisiko und reinen Vermögensschäden. Der Versicherungsschutz ist (unter anderem) beschränkt auf die Haftung aus dem Nutzungsausfall der unversehrt gebliebenen Sachen.

⁶⁹ Praxisbeispiel: Der Versicherungsnehmer, ein Sanitärunternehmen, muss ein falsch dimensioniertes eingebautes Rohr ersetzen. Dies ist nur möglich mit vorgängiger Zerstörung einer Wand. Die Kosten der Zerstörung und späteren Wiederherstellung der Wand sind ebenso ausgeschlossen wie die eigentliche Nachbesserung der Arbeitsleistung.

⁷⁰ SCHATZMANN (Fn 43) 184.

⁷¹ **Ermittlungs- und Behebungskosten:** Versichert ist in teilweiser Abänderung des Ausschlusses «Unternehmerrisiko» die gesetzliche Haftpflicht für Sachschäden infolge Ermittlung und Behebung von Mängeln oder Schäden gemäss nachstehenden Bestimmungen: **Deckungsumfang:** Hat ein Versicherter bei der Erstellung, beim Umbau oder bei Reparaturen von Gebäuden, Strassen, Leitungen oder andern unbeweglichen Werken Arbeiten geleistet oder wurden von ihm hergestellte oder gelieferte Materialien verwendet, gilt Folgendes: Müssen wegen dieser Arbeiten oder Materialien Mängel oder Schäden an einem dieser Werke ermittelt oder behoben werden, erstreckt sich die Versicherung auch auf Ansprüche aus der für die Ermittlung oder Behebung notwendigen Zerstörung oder Beschädigung von Sachen. Mitversichert sind zudem die zu Lasten eines Versicherten gehenden Kosten, welche durch angemessene Massnahmen zur Abwendung oder Verminderung einer Zerstörung oder Beschädigung verursacht werden (Schadenminderungsmassnahmen). **Deckungseinschränkungen:** Von der Versicherung ausgeschlossen sind Ertragsausfälle und andere Vermögenseinbussen als Folge einer solchen Zerstörung oder Beschädigung; Ansprüche aus Schäden an Sachen, die ein Versicherter oder ein von ihm beauftragter Dritter geliefert oder hergestellt hat oder an denen er arbeitet (z.B. Einbau, Montage) geleistet hat.

⁷² **Aus- und Einbaukosten:** Mitversichert sind in teilweiser Abänderung der Ausschlüsse «reine Vermögensschäden» und «Unternehmerrisiko» die Aufwendungen, wenn beim Erstellen, beim Umbau, Einbau oder bei der Reparatur beweglicher oder unbeweglicher Sachen von einem Versicherten hergestellte, bearbeitete oder gelieferte Sachen verwendet wurden, und zwar wie folgt: **Deckungsumfang:** Der Versicherungsschutz erstreckt sich auf die gesetzliche Haftpflicht für Aufwendungen wegen (i) der Entfernung, des Ausbaus oder der Freilegung von mangelhaften oder dem Verwendungszweck nicht entsprechenden Sachen, auch wenn dadurch keine anderen Sachen zerstört oder beschädigt werden oder verloren gehen (Ausbaukosten); (ii) des nachfolgenden Einbaus, Anbringens oder Verlegens von mangelfreien oder dem Verwendungszweck entsprechenden Sachen (Einbaukosten). Werden die Aus- oder Einbauarbeiten von Versicherten selbst vorgenommen, erstreckt sich der Versicherungsschutz auf die Selbstkosten. **Deckungseinschränkungen:** Ausgeschlossen von dieser Deckung sind (i) Aufwendungen, wenn ein Versicherter oder ein von ihm beauftragter Dritter die mangelhaften oder nicht dem Verwendungszweck entsprechenden Sachen selbst eingebaut, angebracht oder verlegt hat; (ii) Ansprüche für Schäden und Mängel an Sachen, die ein Versicherter oder ein von ihm beauftragter Dritter herstellt, bearbeitet, geliefert, eingebaut, angebracht oder verlegt hat; (iii) die Kosten für die Nachlieferung mangelfreier Sachen, einschliesslich Transportkosten; (iv) Ertragsausfälle und andere Vermögenseinbussen als Folge ausgeführter Tätigkeiten; (v) Ansprüche, die auf den Aus- und Einbau von Teilen oder Zubehör von Land-, Wasser-, Raum- oder Luftfahrzeugen zurückzuführen sind.

⁷³ **Nutzungsausfall:** Die nachstehende Deckung hat Gültigkeit, wenn die von einem versicherten Unternehmen oder von einem von ihm beauftragten Dritten hergestellten, gelieferten oder bearbeiteten Sachen plötzlich und unerwartet beschädigt oder zerstört werden (z.B. infolge von Bruch, Explosion, Feuer). Der Versicherungsschutz erstreckt sich in teilweiser Abänderung der Ausschlüsse «reine Vermögensschäden» und «Unter-

k. Zusatzdeckung reine Vermögensschäden⁷⁴

Der Einschluss der Deckung für reine Vermögensschäden ist überall dort, wo als Risiko nicht allein die Verursachung eines Personen- oder Sachschadens im Vordergrund steht, genau zu prüfen. Die Frage dürfte in der aktuellen schweizerischen Geschäftswelt fast durchgehend relevant sein. Im Gegensatz zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen sind die Zusatzbedingungen im Markt vielfältig – und nicht nur von Versicherern, sondern auch von Brokern entworfen. Ein verlässlicher Überblick ist schwierig.

Der Einschluss für reine Vermögensschäden erfolgt nach folgendem Muster: «Die Versicherung erstreckt sich in Abänderung des Ausschlusses auch auf die gesetzliche Haftpflicht für reine Vermögensschäden.» Darauf folgt die Aufzählung der speziellen Ausschlüsse, meistens in Ergänzung zu den Ausschlüssen in den AVB. In der Praxis entscheiden daher die Details der Ausschlüsse über das Bestehen des Versicherungsschutzes.

Durchgehend ausgeschlossen sind Haftpflichtansprüche:

- aus der Nichteinhaltung von Terminen und Fristen
- aus der Überschreitung von Kostenvoranschlägen
- aus der Verletzung von Patenten
- für Fehler aus dem Zahlungsverkehr, Veruntreuung
- für Rückrufkosten
- aus Finanzgeschäften
- aus Organhaftung

nehmerrisiko» auf die gesetzliche Haftpflicht für Ertragsausfälle und andere Vermögenseinbussen als Folge der dahingefallenen oder eingeschränkten Möglichkeit der Verwendung von unversehrt gebliebenen Sachen (Nutzungsausfall), sofern alle nachstehenden Voraussetzungen erfüllt sind: (i) das versicherte Unternehmen oder ein von ihm beauftragter Dritter hat die unversehrt gebliebenen Sachen weder hergestellt oder geliefert, noch hat es an diesen Sachen Arbeiten geleistet; (ii) die Beschädigung oder Zerstörung ist auf eine in der Herstellung, Lieferung, Bearbeitung oder Arbeitsleistung des versicherten Unternehmens oder des von ihm beauftragten Dritten liegende Ursache zurückzuführen; (iii) die Beschädigung oder Zerstörung ist erst nach Prüfung, definitiver Abnahme wie auch Inbetriebsetzung der von einem versicherten Unternehmen oder durch einen von ihm beauftragten Dritten hergestellten, gelieferten oder bearbeiteten Sachen oder geleisteten Arbeiten eingetreten.

⁷⁴ **Reine Vermögensschäden: Deckungsumfang:** Die Versicherung erstreckt sich auf die gesetzliche Haftpflicht für reine Vermögens-

5. Zusammenfassung

Die untersuchte Ausschlussbestimmung zum Unternehmerrisiko ist vielschichtig.

Zum einen ist die eigentliche Gewährleistungspflicht betroffen. Diesbezüglich ist der Ausschluss eng auf denjenigen Bereich zu beschränken, der durch die Kernkompetenz des Unternehmers beherrschbar ist. Dieses Risiko ist nicht versicherbar. Hier muss der Unternehmer Qualitätsmanagement betreiben. Quantitativ ist der Ausschluss auf den Wert der versprochenen Leistung zu beschränken.

Zum andern sind durch die Grund-AVB Folgekosten der Mängelbehebung zum Teil (Ermittlung und Behebung) und reine Vermögensschäden gänzlich vom Versicherungsschutz ausgenommen. Diese Risiken muss der Unternehmer auf zwei Ebenen angehen:

Mit Zusatzdeckungen kann er für Ein- und Ausbaurkosten, Ermittlungs- und Behebungskosten, Nutzungsausfall und reine Vermögensschäden (zumindest teilweisen) Versicherungsschutz einkaufen. Da dieser Versicherungsschutz teuer ist und ausserdem nur mit beschränkten Versicherungssummen angeboten wird, sollte der Unternehmer im Rahmen seines Risikomanagements konkrete Haftungsregelungen (Haftungsbeschränkungen, Festlegung von Prüfungs- und Rückgepflichten etc.) gegenüber seinen Vertragspartnern vorsehen.

Auch mit einem sorgfältigen Risikomanagement verbleibt dem Unternehmer noch eine ganze Reihe von wirtschaftlichen Risiken, die ausserhalb des Einflussbereiches von Haftpflicht und Haftpflichtversicherung liegen.

Deckungseinschränkungen: Von der Versicherung ausgeschlossen sind Haftpflichtansprüche für reine Vermögensschäden (i) aus der Überschreitung von Kostenvoranschlägen und Krediten; (ii) aus Finanzierungs- und Kreditgeschäften, Geld-, Grundstück- und ähnlichen wirtschaftlichen Geschäften; (iii) wegen Schäden, die durch Fehlbeträge bei der Kassenführung, durch Fehler bei Zahlungen sowie Veruntreuungen durch das Personal entstehen; (iv) aus Standort- und Wirtschaftlichkeitsüberlegungen, Verletzung von Patenten und anderen gewerblichen Schutzrechten sowie aus Bewertungen; (v) aus der Nichteinhaltung vereinbarter Termine, Fristen, zugesagter Eigenschaften und Leistungen; (vi) aus entgeltlichen Tätigkeiten im Bereiche der Datenverarbeitung; (vii) aus planender, beratender, bau- oder montageleitender, prüfender oder gutachtlicher Tätigkeit; (viii) wegen Organhaftpflicht; (ix) wegen Rückruf oder Rücknahme von Sachen; (x) aus der Verletzung von beschränkten dinglichen Rechten; (xi) aus der Verletzung von Persönlichkeitsrechten; (xii) im Zusammenhang mit Umweltbeeinträchtigungen.