

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20080421_d_so_o_01 vom 21. April 2008

FINMA Versicherungsrecht, 2008-04-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20080421_d_so_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20080421_d_so_o_01 du 21 avril 2008

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20080421_d_so_o_01 del 21 aprile 2008

Erwägungen

E. 1

Fürsprecher Herbert Müller mit dem Vertreter Rechtsanwalt Dr. Peter Rothenbühler für die Beklagte und Appellantin;

E. 2

Am 16. Oktober 1998 erhoben die Eltern von Jessica, Claudio und Patricia Castelli-Carulli, beim Amtsgericht von Solothurn-Lebern eine Teilklage auf Leistung einer Genugtuung gegen Dr. Urs Schmuckle, welcher Mutter und Kind während der Geburt betreut hatte. Das Obergericht des Kantons Solothurn bejahte eine für den Gesundheitsschaden von Jessica rechtserhebliche Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes und sprach der Mutter von Jessica mit Urteil vom 12. Dezember 2006 eine Genugtuung von Fr. 5'000.— nebst Zins zu 5 % seit dem 29. Januar 1990 zu; die Klage des Vaters wies es infolge eingetretener Verjährung ab. Das Bundesgericht wies eine gegen dieses Urteil erhobene Berufung am 19. Mai 2003 ab (BGE 4C.32/2003).

E. 3

Die Eidgenössische Invalidenversicherung (nachfolgend: Klagerin), welche bereits seit 1990 Leistungen für Jessica Castelli erbracht hatte, reichte am 21. März 2005 beim Richteramt Solothurn-Lebern Klage gegen Dr. Urs Schmuckle ein mit dem Rechtsbegehren, dieser sei unter o/e Kostenfolge zur Zahlung von Fr. 2'340'705.— zuzüglich Zins zu 5 %, ausmachend für die Zeit vom 29. Januar 1990 bis zum 31. Dezember 2004 Fr. 357'028.— und auf Fr. 2'340'705.— ab dem 1. Januar 2005 zu verurteilen. Sie behielt sich eine Mehrforderung vor. An der Aussöhnungsverhandlung vom 19. Mai 2005 liess Dr. Urs Schmuckle beantragen, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, eventualiter sei einem Parteiwechsel in dem Sinne zuzustimmen, dass die Generali Versicherungen, anstelle des ins Recht gefassten Beklagten Dr. med. U. Schmuckle die Prozessführung als Beklagte Partei übernimmt. M. M., Q und R., E., M. M. B., M. E. E. A., E.

Die Klagerin lehnte den Parteiwechsel ab und beantragte am 6. Juni 2005, auf das Gesuch der Generali sei nicht einzutreten, eventuell sei es abzuweisen. Mit Verfügung vom 8. Juni 2005 liess der Amtsgerichtspräsident die Intervention der Generali Versicherung an der Seite des beklagten Dr. Urs Schmuckle nicht zu.

E. 4

Mit der schriftlichen Klage vom 9. Februar 2006 beantragte die Klagerin, Dr. Urs Schmuckle sei zu verpflichten, ihr unter Vorbehalt einer Mehrforderung Fr. 2'520'852.— zuzüglich Zins zu 5 %, ausmachend Fr. 392'902.— für die Zeit vom 29. Januar 1990 bis

zum 31. Juli 2005 und auf 2'520'852.— ab dem 1. August 2005 zu bezahlen. Am 7. März 2006 liess Dr. Urs Schmuckle den Generali Versicherungen den Streit verkünden. Die Generali Versicherungen leisteten der Streitverkündigung am 9. März 2006 Folge.

E. 5

Die Parteien anerkennen wechselseitig, dass die Direktschadenersatzforderung von Jessica Castelli gegenüber Dr. med. U. Schmuckle, respektive gegenüber der Generali verjährt ist, und Dr. med. Schmuckle, respektive die Generali, die Verjährungseinrede erhoben und demgemäss nichts bezahlt hat.

E. 6

Die Generali halt indes nach wie vor der klägerischen Forderung das Befriedigungsvorrecht gemäss Art. 48^{ter} Abs. 3 Satz 2 AHVG in der am 29. Januar 1990 gultigen Fassung entgegen. Nachdem die Generali sämtliche übrigen Anspruchsvoraussetzungen anerkennt, beziehungsweise diese keine rechtshindernden oder rechtsaufhebenden Einreden oder Einwendungen entgegengesetzt, beschränken sich die Einwendungen der Generali auf die Frage, ob sie sich zur Abwendung der klägerischen Forderung auf das Befriedigungsvorrecht der geschädigten Person berufen kann. Die Klageantwort beschränkt sich aufgrund der vorstehend in Ziffer 1-6 getroffenen Vereinbarung ausschliesslich auf die Frage des Befriedigungsvorrechts der geschädigten Person auf die Versicherungssumme.

E. 7

Am 7. Dezember 2006 fällt das Amtsgericht von Solothurn-Lebern folgendes Urteil: 1. Die Beklagte hat der Klagerin Fr. 2'520'852.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. August 2005 und Fr. 392'902.00 Verzugszins für die Zeit vom 29. Januar 1990 bis 31. Juli 2005 zu bezahlen. 2. Die Beklagte hat der Klagerin eine Parteientschädigung von Fr. 88'501.00, bestehend aus der Einleitungsentschädigung von Fr. 75'000.00, den Vorstandsentschädigungen von Fr. 250.00 und Fr. 1'000.00, der Vortragsentschädigung von Fr. 2'000.00, den Auslagen von pauschal Fr. 4'000.00 und 7,6 % MWST auf dem Zwischentotal von Fr. 82'250.00 zu bezahlen. 3. Die Beklagte hat die Gerichtskosten mit einer Urteilsgebühr von Fr. 65'000.00, der Instruktionsgebühr von Fr. 1'000.00, den Kosten der Aussöhnungsverhandlung von Fr. 250.00 und den Auslagen von Fr. 200.00 total Fr. 66'450.00 zu bezahlen.

E. 8

Die Beklagte appellierte am 20. Dezember 2006 gegen dieses Urteil mit dem Antrag, das Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und die Klage abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Sie stellte ausserdem folgende Be-weisanträge: 3. Von RA Dr. iur. A. Neri, St. Urbangasse 2, 8001 Zurich, sei schriftliche Auskunft über den Erstellungsgrund sowie die inhaltliche Begründetheit seines Schreibens vom 3. September 2001 (BB-7) bezüglich Höhe des Direktschadens einzuholen, eventualiter sei er als Zeuge/Auskunftsperson oder Sachverständiger dazu zu befragen. 4. Über die Höhe des Betreuungs-, Haushalt- und Erwerbsschadens von Jessica Castelli seien gerichtliche Gutachten zu veranlassen. Mit Verfügung vom 18. Januar 2008 wies der Referent des Obergerichts diese Anträge ab.

E. 9

An der Hauptverhandlung vor Obergericht vom 31. März 2008 stellten und begründeten die Parteien die eingangs erwähnten Anträge. Auf die Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, im Rahmen der nachstehenden Erwägungen eingegangen; im Übrigen wird auf die Akten verwiesen. A. E. A. M.

II. 1. Die Appellation ist form- und fristgerecht eingereicht worden. Das ange-rufene Gericht ist sachlich und örtlich zuständig. Auf die Streitsache ist somit ein-zutreten. 2. Die Beklagte hat in der Vereinbarung vom April 2006 sämtliche An-spruchsvoraussetzungen für die von der Klägerin geltend gemachte Regressforde-rung unwiderruflich anerkannt. Sie halt der klägerischen Forderung lediglich das Befriedigungsvorrecht gemäss Art. 48¹ Abs. 3 Satz 2 AHVG in der am 29. Januar 1990 gultigen Fassung entgegen. Die Parteien gehen übereinstimmend und zu Recht (vgl. Ueli Kieser, ATSG- Kommentar, 2003, N 6 zu Art. 72 ATSG) davon aus, dass im vorliegenden Fall die im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses - dem 29. Januar 1990 - in Kraft ste-henden Normen anwendbar sind. Damais galten gemäss Art. 52 Abs. 1 aLVG für den Rückgriff der Invalidenversicherung auf haftpflichtige Dritte die Artikel 48¹, 48², 48³ Abs. 1 sowie 48⁴ aAHVG sinngemäss. Von Interesse ist hier insbe-sondere Artikel 48¹ aAHVG, dessen erster und dritter Absatz wie folgt lautete: ' Die Ansprüche des Versicherten und seiner Hinterlassenen gehen nur so weit auf die Versicherung über, als deren Leistungen zusammen mit dem vom Dritten geschuldeten Ersatz den Schaden übersteigen. ^ Die Ansprüche, die nicht auf die Versicherung übergehen, bleiben dem Versicherten und seinen Hinterlassenen gewahrt. Kann nur ein Teil des vom Dritten geschuldeten Ersatzes eingebracht werden, so sind daraus zuerst die Ansprüche des Versicherten und seiner Hinterlassenen zu befriedigen. Dieses sogenannte Quotenvorrecht des Geschädigten ist weitgehend unverändert als Art. 73 in das ATSG übernommen worden. Es kann als Vertei-lungsvorrecht oder als Befriedigungsvorrecht zum Tragen kommen: a) Das Verteilungsvorrecht kommt dann zum Zug, wenn die ungekürzt er-brachten Versicherungsleistungen nicht den vollen Schaden des Versicherten dek-ken, diesem aber aus rechtlichen Gründen (z.B. wegen eines Mitverschuldensab-zugs) nicht die volle Befriedigung seiner Haftpflichtforderung zusteht (Peter Beck, Zusammenwirken von Schadenausgleichssystemen, in: Peter Münch/Thomas Gei-ser, Schaden - Haftung - Versicherung, 1999, RZ 6.140). Der Grundgedanke besteht darin, dass die Folgen von haftpflichtrechtlichen Reduktionsgründen insoweit nicht vom Geschädigten zu tragen seien, als sie quantitativ weniger ausmachen als die Versicherungsleistungen. Der Direktanspruch ist in erster Linie voli zu befriedi-gen und der Versicherer kann nur auf den Rest der gesamten Haftpflichtforderung greifen (Karl Oftinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 5. Aufl. 1995, § 11 RZ 203). Um dieses Vorrecht zu sichern, gehen die Schadenersatz- ansprüche nur soweit auf den regressierenden Versicherer über, als dessen Lei-stungen zusammen mit dem vom Haftpflichtigen geschuldeten Ersatz den Scha-den übersteigen (Peter Beck, a.a.O., RZ 6.141). Dieses Verteilungsvorrecht ist in

Art. 48¹ Abs. 1 aAHVG geregelt (Karl Oftinger/Emil W. Stark, a.a.O., RZ 204; Peter Beck, a.a.O., RZ 6.143). b) Das Befriedigungs- oder Deckungsvorrecht kommt dann zum Zug, wenn der Haftpflichtige bzw. sein Haftpflichtversicherer wegen Insolvenz oder man-geinder Deckung nicht alle gegen ihn gerichteten Forderungen erfüllen kann (Peter Beck, a.a.O., RZ 6.138). In einer solchen Situation hat der Geschädigte den Vorrang: Sein Haftpflichtanspruch ist primär zu decken. Der Versicherer darf sein Rückgriffsrecht nur geltend machen, soweit dadurch der Geschädigte nicht be-nachteiligt wird (Peter Beck,

a.a.O., RZ 6.139). Beschränkt wird nicht der Regressanspruch als solcher, sondern bloss seine Durchsetzbarkeit. c) Das Quotenvorrecht als Verteilungsvorrecht beschränkt also bereits die Subrogation des Versicherers, indem die Forderung des Geschädigten gegen den Haftpflichtigen nicht in vollem Umfang der erbrachten Leistungen auf die Sozialversicherung übergeht. Als Deckungsvorrecht steht es der Durchsetzung der subrogierten Forderung entgegen, ist also eher vollstreckungsrechtlicher Natur (Roland Schaer, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, 1984, RZ 936, 940 und 942). Das Quotenvorrecht kann also im selben Fall sowohl als Verteilungsvorrecht als auch als Deckungsvorrecht zum Zuge kommen, wenn nämlich der Haftpflichtige auch den reduzierten Haftpflichtanspruch nicht zu befriedigen vermag. Die Beklagte anerkennt, dass der haftpflichtige Arzt grundsätzlich unbeschränkt haftet. Das Verteilungsvorrecht spielt also im vorliegenden Fall keine Rolle. Die Beklagte beruft sich denn auch einzig auf das in Art. 48^{ter} Abs. 3 aAHVG verankerte Befriedigungsvorrecht. 3. Die Klagerin ist der Auffassung, allein die geschädigte Person könne sich auf das Befriedigungsvorrecht berufen und der Richter dürfe, da das Vorrecht eine reine Vollstreckungsnorm darstelle, ihre Klage nicht abweisen, weil ein ungenügendes Haftungssubstrat vorliegt. Das Befriedigungsvorrecht ist, auch wenn ihm ein gewisser vollstreckungsrechtlicher Charakter nicht abzuspüren ist, Teil des materiellen Rechts und deshalb vom ordentlichen Zivilrichter zu beurteilen. Sein Urteil wird vollstreckbar und kann in einem nachfolgenden Vollstreckungsverfahren nicht mehr überprüft und geändert werden. Damit das Vorrecht überhaupt zum Tragen kommen kann, muss sich auch der Schädiger und der an seiner Stelle prozessierende Haftpflichtversicherer darauf berufen können. Denn die geschädigte Person ist in aller Regel im Regressprozess nicht Partei. Sie kann ein anschliessendes Vollstreckungsverfahren, zu dem es überdies nur kommt, wenn die Regressforderung nicht freiwillig beglichen wird, nur in Ausnahmefällen beeinflussen: Nur wenn gegen den Schädiger ein Konkursverfahren durchgeführt wird oder sie der gleichen Pfandungsgruppe angehört, kann sie versuchen, ihr Vorrecht mittels einer Kollokationsklage durchzusetzen. Dass der Schädiger das Vorrecht unterlaufen kann, indem er die Regressforderung freiwillig begleicht und mittellos zurückbleibt, ändert hieran nichts.

4. Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass der haftpflichtrechtlich ausgewiesene Schaden die von der Klagerin erbrachten Leistungen bei weitem übersteigt (vgl. insb. die Ausführungen in BS 128 der Klage). Die Direktschadenersatzforderung der Geschädigten gegenüber dem haftpflichtigen Arzt ist jedoch verjährt und dieser und die Beklagte als sein Versicherer haben gegenüber der Geschädigten die Verjährungseinrede erhoben und demgemäss nichts bezahlt (Ziffer 5 der Vereinbarung vom 25./26./27. April 2006, Klageantwortbeilage 1). Zu entscheiden ist die Rechtsfrage, ob sich die Beklagte in dieser Situation auf das Befriedigungsvorrecht berufen kann. Der erste Satzteil von Art. 48^{ter} Abs. 3 Satz 2 aAHVG lässt offen, aus welchen Gründen nur ein Teil des vom Dritten geschuldeten Ersatzes eingebracht werden kann. Die Wendung «eingebracht» verweist dem Sprachsinn nach («geerbet») in erster Linie sicherlich auf Gründe, die in der Person des Ersatzpflichtigen liegen (mangelnde Solvenz, ungenügende Versicherungsdeckung, vgl. René Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band II, 1988, RZ 1795) und eine erfolgreiche Vollstreckung hindern (vgl. Ueli Kieser, a.a.O., N 73 zu Art. 73 ATSG: «wenn der ... Anspruch wegen mangelnder Solvenz nicht eingebracht werden kann»). Ob darunter auch Gründe zu subsumieren sind, die in der Person des Geschädigten liegen (Erlass der Forderung) oder die wie die Verjährungseinrede zwar

nicht zum Untergang der Forderung führen, dem Ersatzpflichtigen aber das Recht verleihen, die Leistung dauernd zu verweigern, lässt der Wortlaut offen. Der zweite Satzteil spricht eher dagegen, denn die dort postulierte Vorausbefriedigung des Versicherten und seiner Hinterlassenen setzt voraus, dass das verfügbare Haftungssubstrat zur Auszahlung gelangt und die Ansprüche effektiv erfüllt werden (in diese Richtung weist auch der französische Wortlaut; „Si l'on ne peut obtenir du tiers responsable qu'une indemnité partielle, celle-ci couvrira d'abord les droits de l'assuré et des ses survivants"). Das Befriedigungsvorrecht soll eine Benachteiligung des Geschädigten verhindern (Peter Beck, a.a.O., RZ 6.138) und beruht auf dem Gedanken, dass der Versicherer seinen Versicherten u.a. Schutz gegen Zahlungsunfähigkeit des Haftpflichtigen zu bieten hat (Karl Oftinger/Emil W. Stark, a.a.O., RZ 201). Dieser Normzweck steht nicht in Frage, wenn dem Geschädigten lediglich eine nicht gegen den Willen des Schuldners durchsetzbare, verjährte Forderung zusteht und der Haftpflichtige die Einrede der Verjährung tatsächlich erhebt. Beim Befriedigungsvorrecht des Geschädigten geht es um die Rangfolge unter mehreren Gläubigern, die durchsetzbare Ansprüche auf dasselbe Haftungssubstrat erheben können. Die Frage der Rangfolge stellt sich aber gar nicht, wenn der Geschädigte gar keine erzwingbare Forderung mehr erheben kann. Es verhält sich insoweit gleich wie in einem Konkursverfahren: Werden privilegierte Forderungen nicht angemeldet oder abgewiesen, kommt die Konkursdividende, die auf diese Forderungen entfallen wäre, den nachfolgenden Gläubigern und nicht dem Schuldner zugute. Könnten sich der Haftpflichtige und sein Versicherer in der vorliegenden Situation auf das Befriedigungsvorrecht berufen, würde dieses zu einer vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten Privilegierung des insolventen und ungenügend

E. 10

versicherten Haftpflichtigen führen: Er müsste weder die verjährte Schadenersatzforderung des Geschädigten noch die Regressforderung der Sozialversicherung erfüllen, wogegen ein solventer und ausreichend versicherter Haftpflichtiger die Regressforderung allemal zu begleichen hätte. Was die Beklagte und Appellantin in ihrer Appellationsbegründung und ihrem Parteivortrag gegen dieses Ausiehungsergebnis vorbringt, ist nicht stichhaltig: Richtig ist zwar, dass das Befriedigungsvorrecht auch dann spielen kann, wenn die Haftungsquote reduziert ist. Ferner trifft es zu, dass, soweit ein Geschädigter seinen Direktanspruch gegen den Haftpflichtigen nicht geltend macht, sich dadurch der Regressanspruch des Versicherers nicht erhöht (Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht Bd. II, 2. Aufl. Bern 1998, S. 225; Karl Oftinger/Emil W. Stark, a.a.O., S. 610 FN 251). Dies wirkt sich indes nur aus, wenn das Verteilungsvorrecht zum Zuge kommt. Keller verweist denn an der zitierten Stelle auch ausdrücklich auf Art 48^{ter} Abs. 1 aAHVG. Alexandra Rumo-Jungo (Haftpflicht und Sozialversicherung, 1988, RZ 1016) hat ebenfalls eindeutig nur das Verteilungsvorrecht im Auge, schreibt sie doch, die Sozialversicherung «kann auch dann nicht (subsidiär) auf die von der geschädigten Person nicht geltend gemachte Direktforderung greifen, wenn ihre Subrogationsforderung nicht die gesamten ausgerichteten Leistungen deckt». Auch die Ausführungen von Peter Beck, a.a.O., RZ 144, stehen unter dem Titel «Quotenvorrecht ... als Verteilungsvorrecht». Das von der Beklagten angeführte unveröffentlichte Urteil des Handelsgerichts Zürich (Klageantwortbeilage 8, S. 39 f.) schliesslich bezieht sich ebenfalls auf das Verteilungsvorrecht. Im vorliegenden Fall ist dagegen von einem Regressanspruch in Höhe der gesamten erbrachten Leistung auszugehen und beim Befriedigungsvorrecht stellt sich lediglich die Frage, ob und inwieweit dieser Anspruch durchsetzbar ist. Dafür

entscheidend ist nicht, dass Art. 48^{''''''} Abs. 3 aAHVG ebenso wie Abs. 1 vom geschuldeten Ersatz spricht, sondern wie der Passus «eingebracht» zu verstehen ist. Die Literaturstellen sind wohl nicht immer ganz eindeutig (so etwa Peter Beck, a.a.O., RZ 6.139: Erst wenn er [der Geschädigte] befriedigt ist und beim Haftpflichtigen, bzw. seinem Haftpflichtversicherer noch Mittel vorhanden sind, die für die Schadendeckung aus dem Haftpflichtereignis in Anspruch genommen werden können, kann die Regressforderung des Versicherers befriedigt werden). Das ist aber darauf zurückzuführen, dass diese Autoren immer den Normalfall im Auge haben, wo der Haftpflichtige den Geschädigten tatsächlich entschädigen muss. Zum hier vorliegenden Fall, wo der Direktanspruch des Geschädigten wegen Verjährung nicht mehr durchsetzbar ist, äussert sich - soweit ersichtlich - niemand. In diesem Fall besteht zwar eine Naturalobligation fort, die der Haftpflichtige erfüllen kann, ohne eine Nichtschuld zu begleichen. Es handelt sich dabei aber um eine freiwillige Leistung, die eine Berufung auf das Befriedigungsvorrecht nicht rechtfertigt. Anders wäre es nur, wenn der Haftpflichtige auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet hätte. Schliesslich geht es entgegen der Meinung der Beklagten im vorliegenden Prozess nicht darum, ob die bezahlte Entschädigung letztlich am Sozial- oder am Haftpflichtversicherer hängen bleibt, sondern darum, ob der Haftpflichtige oder die Sozialversicherung von der Nachlässigkeit des Rechtsvertreters der Geschädigten profitieren kann: Da in der Berufshaftpflichtversicherung kein direktes Forderungsrecht des Geschädigten besteht, richtet sich die Regressforderung gegen den Haftpflichtigen; die Beklagte führt lediglich den Prozess an dessen Stelle.

E. 11

Alle Autoren sehen den Zweck des Befriedigungsvorrechts darin, eine Benachteiligung des Geschädigten zu verhindern. Im vorliegenden Fall erleidet die Geschädigte keinerlei Nachteil, wenn die Klagerin ihre Regressforderung durchsetzen kann. Die Beklagte kann sich deshalb nicht auf das Quotenvorrecht berufen. Selbst wenn sich die Beklagte auf das Befriedigungsvorrecht berufen konnte, müsste die Klage grundsätzlich gutgeheissen werden: Wie die Klagerin zu Recht ausführt, hat die von Parteien im April 2006 geschlossene Vereinbarung keinerlei Einfluss auf die Rechtsstellung der an ihr nicht beteiligten Geschädigten. Deren Ansprüche richten sich deshalb nach wie vor gegen den haftpflichtigen Arzt. Über dessen finanzielle Situation ist nichts bekannt und es steht demzufolge nicht fest, dass er nicht in der Lage wäre, alle gegen ihn gerichteten Ansprüche zu befriedigen. 5. Die Haftung der Beklagten beschränkt sich auf die mit Dr. U. Schmuckle vereinbarte Versicherungssumme von 3 Mio. Franken (Ziffer 11/2 der Vereinbarung vom 25./26./27. April 2006, Klageantwortbeilage 1). Die Beklagte will davon bereits erbrachte Leistungen in Höhe von Fr. 481'178.55 abziehen. Die Klagerin anerkennt lediglich Leistungen in Höhe von Fr. 83'610.95 (nämlich die an die Mutter der Geschädigten bezahlte Genugtuung zuzüglich Zins). a) Die Klagerin macht geltend, allein die Kosten für die Abwehr unbegründeter Ansprüche könnten der Deckungssumme belastet werden, nicht hingegen die Kosten für die Abwehr begründeter Ansprüche. Sie beruft sich auf Art. 10 lit. a der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) der Secura (Klagebeilage 17). Sie ist weiter der Auffassung, dass die Deckungssumme seit dem Zeitpunkt des Schadensereignisses mit jährlich 5% zu verzinsen sei. Die Eriedigung von Haftpflichtansprüchen könne Jahre, ja sogar Jahrzehnte in Anspruch nehmen. Die Beklagte habe sich stets geweigert, diese Ansprüche zu regulieren und befinde sich daher schon längst im Verzug, so dass die Versicherungssumme seit je, spätestens aber seit Anhebung der Klage am 21. März 2005 mit 5% zu verzinsen sei. Ob die vereinbarte Versicherungssumme die

Haftung der Gesellschaft auch hinsichtlich der Prozesskosten begrenzt oder ob diese über die eigentliche Versicherungsleistung hinaus vergütet werden müssen, haben die Versicherungsbedingungen zu entscheiden. Wie das Bundesgericht festgestellt hat, ist es jedenfalls bundesrechtlich zulässig, die Haftung des Versicherers vereinbarungsgemäss in dem Sinne zu beschränken, dass auch die Prozesskosten darin eingeschlossen sind (Willy König, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. 1967, S. 505; vgl. auch Cari Jaeger, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, 2. Band, Bern 1932, N 21 zu Art. 59 und N 28 zu Art. 70 WG). Genau dies aber bestimmt Art. 10 lit. a der AVB der Secura, wenn es dort heisst: „Die Leistungen bestehen in der Entschädigung begründeter und in der Abwehr unbegründeter Ansprüche. Sie sind, einschliesslich Schadenzinsen, Schadenminderungs-, Expertisen-, Anwalts-, Gerichts-, Schiedsgerichts- und Vermittlungskosten, Parteientschädigungen und versicherter Schadenverhütungskosten, begrenzt durch die in der Police in dem Zeitpunkt festgelegten Höchstgarantiesummen, in welchem der Schaden oder die Schadenverhütungsmaßnahme E. C. C.,

E. 12

verursacht wurde.“ Davon, dass die Prozesskosten zulasten der Versicherungssumme gehen, sind offensichtlich auch die Parteien ausgegangen, als sie für den Fall des Unterliegens der Beklagten vereinbarten, dass diese 50% der ihr im Rahmen des vorliegenden Verfahrens auferlegten Gerichts- und Parteikosten der Klagerin ausserhalb der zur Verfügung stehenden Versicherungssumme zu leisten hat (Ziffer 11/3. der Vereinbarung vom 25./26./27. April 2006, Klageantwortbeilage 1). Zudem scheint die Klagerin zu übersehen, dass im seinerzeitigen Prozess der Vater der Geschädigten ebenfalls eine Genugtuungsklage erhoben hatte, welche abgewiesen wurde, im damaligen Prozess also insoweit unberechtigte Ansprüche abgewehrt wurden. Eine Verzinsung der Versicherungssumme ab Schadensereignis ist weder gesetzlich noch vertraglich vorgesehen. In der Literatur wird eine zusätzliche Haftung des Versicherers über die Versicherungssumme hinaus bejaht, wenn lediglich wegen der Prozessführung und der im Verlaufe des Prozesses eingetretenen Verlustwertung die Entschädigungssumme über die Versicherungssumme hinausgewachsen ist und die Prozessführung des Versicherers sich als schuldhaft erweist und hätte vermieden werden können und sollen (Cari Jaeger, a.a.O., N 9 zu Art. 59 VVG; diese Ausführungen beziehen sich wohl insbesondere auf die galoppierende Inflation der 20er-Jahre in Deutschland, wie der unmittelbar anschliessende Hinweis auf die deutsche Aufwertungsverordnung von 1926 belegt), beziehungsweise unter dem Stichwort der unfairen Schadenerledigung (sog. Bad-Faith-Doktrin) diskutiert (Roland Schaer, Modernes Versicherungsrecht, 2007, § 20 RZ 45 ff. mit Hinweis auf BGE 5C.45/2004 vom 9. Juli 2004). Immer handelt es dabei um Haftung für ein rechtswidriges Verhalten des Versicherers. Daran gebietet es aber im vorliegenden Fall: Die Führung des Prozesses um die Genugtuungssumme war keineswegs treuwidrig, denn einerseits brachte erst das gerichtlich eingeholte Gutachten Klarheit über das Vorliegen einer haftungsbegründenden Pflichtverletzung durch den versicherten Arzt, und andererseits verneinte das Obergericht entgegen der ersten Instanz einen Anspruch des Vaters der Geschädigten auf Genugtuung. Auch das bundesgerichtliche Verfahren kann wohl kaum als von vornherein nutz- und aussichtslos bezeichnet werden, ist das Urteil doch in Fünferbesetzung ergangen. b) Teil der Schadenersatzforderung ist der Schadenszins. Er setzt keine Mahnung voraus und ist vom Verzugszins zu unterscheiden. Der Schadenszins läuft ab Entstehung des Schadens bis zum Tage der Zahlung des Schadenersatzes, der

Verzugszins ab Urteil (Roland Brehm, Berner Kommentar, Band VI/1/3/1, 3. Aufl. 2006, N 97 und 99 zu Art. 41 OR). Nach der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 131 111 12 E. 9 und 130 NI 591 E. 4) ist auf dem aufaddierten Schadenszins kein Verzugszins geschuldet (so aber Brehm, a.a.O.). Schadens- und Verzugszins müssen stets auseinander gehalten werden; das Umfunktionieren des ersten in den zweiten nach Erschöpfung der Versicherungssumme ist nicht stichhaltig (Brehm, a.a.O., N 99a zu Art. 41 OR mit Verweis auf die [vermeintlich] gegenteiligen Entscheide BGE 56 II 219, 82 11 465 und 88 II 115). Im Entscheid 56 II 212 hielt das Bundesgericht fest, der Zweck des Haftpflichtversicherungsvertrags bestehe nicht darin, den verursachten Schaden zu

E. 13

decken, sondern den Versicherten vor den finanziellen Forderungen zu schützen, die Dritte gestützt auf gesetzliche Haftungsbestimmungen erheben. Deshalb sei es normal, dass sich die Versicherung auf die Prozesskosten erstrecke und sei eine Klausel, wonach diese Kosten an die Versicherungssumme anzurechnen sind, zulässig. Ein stillschweigender Verzicht auf die Anrechnung dieser Kosten sei allerdings darin zu erblicken, dass in einem Nachtrag zum Vertrag ausdrücklich auf ein kantonales Gesetz verwiesen wurde, welches im Interesse der geschädigten Dritten eine minimale Versicherungssumme festlegte. In den beiden jüngeren Entscheiden hat das Bundesgericht ausgeführt, Zinsen zu Lasten des Versicherers könnten die Versicherungssumme nicht übersteigen, ausser es handle sich um Verzugszinsen. Der Versicherer müsse also gemäss Art. 41 VVG und Art. 102 OR in Verzug gesetzt worden sein. Im Fall BGE 88 II 111 E. 7 erblickte das Bundesgericht die Mahnung im Vorladungsbegehren zu einer Aussöhnungsverhandlung, wogegen in BGE 82 11 460 E. 2 das Vorliegen einer Mahnung und damit auch die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszins verneint wurde. Diese Unterscheidung zwischen Schadens- und Verzugszins ist vom Bundesgericht zuletzt im Entscheid 4C.415/2006 vom 11. September 2007 bestätigt worden (E. 6.3). Dort führte das Bundesgericht weiter aus, für die Prozesskosten gelte dasselbe wie für die Verzugszinsen: Sie seien nicht Bestandteil des Schadens, sondern aufgrund des anwendbaren Prozessrechtes und nicht aufgrund des Versicherungsvertrages zu entschädigen. Es wäre stossend, wenn der Versicherer vom Betrag, den er dem Geschädigten zu überweisen habe, die ihm auferlegten Prozesskosten abziehen könne, die entstanden sind, weil der Geschädigte einen Prozess führen musste, um die ihm zustehende Entschädigung erhältlich zu machen. Alle diese zitierten Fälle betrafen die Motorfahrzeughaftpflichtversicherung. In dieser Sparte sind im Interesse der Geschädigten gesetzliche Mindestversicherungssummen vorgesehen und steht dem Geschädigten ein direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer zu. Dann ist es vom Gesetzeszweck geboten und einleuchtend, dass die Mindestversicherungssumme dem Geschädigten ungeschmälert zur Verfügung stehen muss und davon keine Prozesskosten abgezogen werden dürfen. Anders verhält es sich dagegen, wenn keine Mindestversicherungssumme gesetzlich vorgeschrieben ist. In diesem Falle schliesst der Versicherungsnehmer die Versicherung vorab im eigenen Interesse ab und genauso wie die Parteien die Höhe der Versicherungssumme bestimmen können, können sie auch festlegen, welche vom Versicherer zu übernehmende Kosten an die Versicherungssumme anzurechnen sind. In der Berufshaftpflichtversicherung steht dem Geschädigten kein direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer zu. Das gilt auch für die Sozialversicherung, welche Regressrechte ausübt. Die Klägerin wurde folglich erst mit allseitiger Unterzeichnung der Vereinbarung vom 25./26./27. April 2006 (Klageantwortbeilage 1) Gläubigerin der Beklagten. Vor diesem Zeitpunkt konnte sie wohl ihren Schuldner, den haftpflichtigen Arzt (was sie

spätestens mit der Anhebung der Klage am 21. März 2005 auch tat), nicht aber die Beklagte in Verzug setzen. Dass der haftpflichtige Arzt seinerseits die Beklagte in Verzug gesetzt hat, wird von der Klagerin nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen.

E. 14

Damit ist festzuhalten, dass die Prozesskosten grundsätzlich an die Versicherungssumme anzurechnen sind und die Beklagte über die Versicherungssumme hinaus lediglich Verzugszinsen zu bezahlen hat, die ab dem Urteilsdatum zu laufen beginnen. Die von der Klagerin für die Zeit vom 29. Januar 1990 bis zum 31. Juli 2005 geltend gemachten Zinsen von Fr. 392'902.— stellen entgegen der Auffassung des Amtsgerichts Schadens- und nicht Verzugszinsen dar und sind folglich aus der Versicherungssumme zu bezahlen. e) Die Klagerin macht weiter geltend, die Beklagte lege für die von ihr behaupteten Aufwendungen zulasten der Versicherungssumme nur Rechnungen vor und belege nicht, dass sie auch entsprechende Zahlungen geleistet habe. Das Honorar von Rechtsanwalt Dreier in Höhe von Fr. 211'979.35 sei unnützlich und überflüssig, dasjenige von Rechtsanwalt Rothenbühler nicht substantiiert. Ohnehin könnten Anwaltskosten bloss im Umfang der im Zeitpunkt des Prozesses gültigen kantonalen Honorarordnung berücksichtigt werden. Zum Nachweis der von der Beklagten geleisteten Zahlungen genügen die vorgelegten Rechnungen, da keine Indizien dafür vorliegen, dass die Beklagte die entsprechenden Zahlungen nicht geleistet hat beziehungsweise die darin aufgeführten Beträge nicht geschuldet waren. Das gilt insbesondere auch für die Rechnung der Swiss Re vom 26. April 1999 über Fr. 70.— (Klageantwortbeilage 15). Die Zusammenstellung der Beklagten (Klageantwortbeilage 9 und Appellationsbeilage 14) stellt dagegen bloss eine Parteibehauptung dar und genügt als Nachweis nicht. Dies umso mehr als zwischen der im erstinstanzlichen und zweitinstanzlichen Verfahren eingereichten Version Ungereimtheiten bestehen und diese -wie sich nachfolgend ergeben wird - auch inhaltlich Fehler aufweisen. Anwaltsrechnungen von Rechtsanwalt Dreier sind nur im Betrag von Fr. 205'770.20 eingereicht worden (Klageantwortbeilagen 10.1 bis 10.15); für die angeblich erste Zahlung vom 3. Februar 1999 über Fr. 6'209.25 liegt kein Beleg vor. Dieser Betrag kann folglich nicht berücksichtigt werden. Im Übrigen ist der Kritik der Klagerin aus folgenden Gründen nicht zu folgen: Die in den Rechnungen enthaltenen Aufstellungen substantiieren die Bemühungen von Rechtsanwalt Dreier in genügendem Ausmass; von der Beklagten zu verlangen, den Inhalt dieser Urkunden in ihren Rechtsschriften zu wiederholen, wäre überspitzt formalistisch. Der Kanton Solothurn kennt keine verbindliche Honorarordnung für Anwälte; die Parteien sind frei, die Honorare unabhängig von den im Gebührentarif für die Parteientschädigungen vorgesehenen Ansätzen festzulegen. Die Klagerin selber hat den Stundenansatz von Fr. 350.— nicht beanstandet. Im ersten Prozess war zwar lediglich die Teilklage der Eltern der Geschädigten zu beurteilen, sodass der Streitwert „bloss“ Fr. 100'000.— betrug; Prozessthema war jedoch die Grundsatzfrage der Haftung des versicherten Arztes und der Interessenwert des Prozesses lag damit bei mindestens 3 Mio. Franken. Schliesslich betrafen die Bemühungen von Rechtsanwalt Dreier nicht ausschliesslich den Genugtuungsprozess, sondern hatten auch die vorprozessuale Behandlung der Regressforderung der Klagerin zum Gegenstand (vgl. insb. Klageantwortbeilagen 10.09, 10.10 und 10.15). Für die Vertretung durch Rechtsanwalt Rothenbühler hat die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren Fr. 10'097.70 beansprucht, dafür aber erst im Appella-

E. 15

tionsverfahren eine Rechnung über Fr. 7'147.30 eingereicht (Appellationsbeilage 16.1). Im Appellationsverfahren hat sie die entsprechenden Kosten auf Fr. 19'035.10 beziffert, aber nur Rechnungen über Fr. 16'084.75 eingereicht. Die Differenz von Fr. 2'950.40 ist nicht belegt und damit von vornherein nicht zu berücksichtigen. Ebenfalls nicht belegt und damit nicht zu berücksichtigen sind die geltend gemachten Reisespesen von H. Müller von Fr. 308.10. Die Beklagte macht aus dem Genugtuungsprozess Gerichtskosten erster und zweiter Instanz in Höhe von Fr. 20'950.— geltend. Gemäss Ziffer 8 des Urteils des Obergerichts vom 12. Dezember 2002 hatte sie jedoch nur Gerichtskosten von Fr. 12'075.— zu bezahlen. Die Differenz von Fr. 8'875.— ist ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Die Beklagte führt schliesslich die ihr vom Amtsgericht auferlegten, aber noch nicht rechtskräftigen Gerichtskosten von Fr. 66'450.— sowie den vom Obergericht einverlangten Kostenvorschuss von Fr. 70'000.— auf. Da diese Positionen den vorliegenden Prozess betreffen, sind sie vorerst auszuklammern, weil erstens deren Höhe noch nicht feststeht und zweitens die Beklagte gemäss Ziffer 11.3 der Vereinbarung der Parteien vom 25./26./27. April 2006 die Hälfte der ihr im vorliegenden Verfahren auferlegten Gerichts- und Parteikosten der Klagerin ausserhalb der zur Verfügung stehenden Versicherungssumme zu leisten hat (Klageantwortbeilage 1). Damit sind von dem von der Beklagten angeführten Betrag von Fr. 481'178.55 folgende Beträge abzuziehen: Fr. 6'209.25 (RA Dreier), Fr. 2'950.40 (RA Rothenbühler), Fr. 308.10 (Reisespesen Müller), Fr. 8'875.— (Gerichtskosten 1. Verfahren) sowie Fr. 136'450.— (Gerichtskosten 2. Verfahren). Es verbleiben damit bisher zu Lasten der Versicherungssumme Aufwendungen von Fr. 326'385.30. Die restliche Versicherungssumme beträgt damit Fr. 2'673'614.70. Wieviel davon für die Befriedigung der klägerischen Forderung zur Verfügung steht, kann allerdings erst festgelegt werden, wenn über Höhe und Verteilung der Prozesskosten entschieden ist, da die Hälfte der der Beklagten auferlegten Gerichtskosten und Parteientschädigungen an die Versicherungssumme anzurechnen ist. 6. Die Klagerin hat mit ihrer schriftlichen Klage Fr. 2'520'852.— zuzüglich Zins zu 5 %, ausmachend Fr. 392'902.— für die Zeit vom 29. Januar 1990 bis zum 31. Juli 2005 und auf 2'520'852.— ab dem 1. August 2005 gefordert. Sie hat im Wesentlichen obsiegt. Einzig bezüglich der Frage der zur Verfügung stehenden Versicherungssumme ist sie teilweise unterlegen. Es rechtfertigt sich daher, die Gerichtskosten zu neun Zehnteln der Beklagten und zu einem Zehntel der Klagerin aufzuerlegen. Ferner ist der Klagerin eine um ein Fünftel reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Das Amtsgericht hat die volle Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren auf Fr. 82'250.— zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer bemessen. Vier Fünftel davon ergeben Fr. 65'800.—, inklusive Mehrwertsteuer Fr. 70'800.80. O. O.

E. 16

Für das obergerichtliche Verfahren wurde keine Kostennote eingereicht. Die in gleichem Ausmass reduzierte Entschädigung ist deshalb - einschliesslich Auslagen und Mehrwertsteuer - ermessensweise auf CHF 24'000.— festzusetzen. An die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von total Fr. 56'450.00 haben die Klagerin Fr. 6'645.— und die Beklagte Fr. 59'805.— zu bezahlen. Die Urteilsgebühr für das Verfahren vor Obergericht wird auf Fr. 69'500.— bemessen. An die Kosten des Appellationsverfahrens von insgesamt Fr. 70'000.— haben die Klagerin Fr. 7'000.— und die Beklagte Fr. 63'000.— zu bezahlen. 7. Wie bereits ausgeführt, ist gemäss der Vereinbarung der Parteien die Hälfte der der Beklagten auferlegten Gerichtskosten und Parteientschädigung ausserhalb der zur Verfügung stehenden Versicherungssumme zu leisten. Die andere Hälfte ist folglich an die

Versicherungssumme anzurechnen. Das sind Fr. 47'400.40 Partei- entschädigung und Fr. 61'402.50 Gerichtskosten, zusammen also Fr. 108'802.90. Dieser Betrag ist zu den oben festgestellten Aufwendungen von Fr. 326'385.30 hinzuzurechnen, was Fr. 435'188.20 ergibt. Von der ursprünglichen Versicherungs- summe von 3 Mio. Franken stehen also noch Fr. 2'564'811.80 zur Verfügung. Da- mit ist die eingeklagte Forderung von Fr. 2'520'852.— und ein Teil des geltend gemachten Schadenszinses (Fr. 43'959.80) gedeckt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.