

Festschrift
für Anton K. Schnyder

zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Pascal Grolimund

Alfred Koller

Leander D. Loacker

Wolfgang Portmann

Schulthess § 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018
ISBN 978-3-7255-7364-6

© Umschlagbild: Fotolia/lil_22

www.schulthess.com

Geschäftsführung und Folgepflicht in der offenen Mitversicherung

Inhaltsübersicht	Seite
I. Statt einer Einleitung: ein Beispiel	839
II. Das Wesen der Mitversicherung	840
A. Risk Sharing	840
B. Offene/stille Mitversicherung	840
C. Die Funktionsweise der offenen Mitversicherung	841
III. Rechte und Pflichten der Parteien	844
A. Geschäftsführung durch den Führenden	844
B. Folgepflicht des Mitversicherers	845
IV. Statt einer Zusammenfassung: zurück zum Beispiel	852

I. Statt einer Einleitung: ein Beispiel

Die Versicherer F AG und M AG versichern gemeinsam das gleiche Risiko. Im Versicherungsvertrag mit dem Versicherungsnehmer sind sie als Mitversicherer aufgeführt. Die F AG trägt 60% des Risikos, die M AG 40%. Der Versicherungsvertrag beinhaltet ausserdem eine Bestimmung, wonach die Geschäftsführung der F AG obliegt.

Es kommt zu einem Schadenfall. Dem Versicherungsnehmer ist ein Schaden von 1000 entstanden. Die F AG übernimmt die Schadenregulierung und kommt nach mehreren Monaten zum Ergebnis, der dem Versicherungsnehmer entstandene Schaden falle in den Deckungsbereich der Police, alle Deckungsvoraussetzungen seien erfüllt, Deckungseinreden bestünden keine. Mit dem Versicherungsnehmer wird eine entsprechende Entschädigungsvereinbarung abgeschlossen. Gestützt darauf und nach Abzug des anwendbaren Selbstbehaltes von 200 zahlt die F AG ihren Anteil von 60%, also 480, an den Versicherungsnehmer aus und fordert gleichzeitig die M AG auf, ihren Anteil von 40% (320) ebenfalls zu überweisen.

Die M AG weigert sich. Sie hat nach Vorliegen der Entschädigungsvereinbarung den Schadenfall einer eigenen Beurteilung unterzogen und ist zur Auffassung gelangt, es greife eine Ausschlussklausel in der Police. Die beantragte Versicherungsdeckung sei deswegen zu verweigern.

Dieses fiktive, aber keineswegs praxisfremde Beispiel wirft eine Anzahl von Fragen auf: Welches ist die Funktion des führenden Versicherers in der offenen Mitversicherung? Ist der Mitversicherer verpflichtet, der Schadenregulierung des Führenden zu folgen? Oder darf er davon abweichen und, wenn ja, unter welchen Bedingungen?

II. Das Wesen der Mitversicherung

A. Risk Sharing

Die Funktion der Mitversicherung ist ebenso banal wie notwendig. Es geht darum, ein zu versicherndes Risiko auf mehrere Risikoträger zu verteilen. Dies ist immer dann notwendig, wenn die Zeichnungskapazität eines einzelnen Versicherers nicht ausreicht, um die von Versicherungsnehmerseite gewünschte Deckung sicherzustellen, aber auch dann, wenn ein einzelner Versicherer diese Kapazität alleine nicht zur Verfügung stellen *will*. Namentlich um ein Klumpenrisiko zu vermeiden, finden sich Mitversicherungsverträge häufig im Bereich von Grossrisiken, insbesondere in der Industrieversicherung, aber auch in der Rückversicherung¹. Besonders häufig ist die Mitversicherung in Policen anzutreffen, welche auf dem Londoner Markt gezeichnet werden. Versicherungsverträge, an denen zehn oder mehr Versicherer beteiligt sind, bilden dort keine Seltenheit².

B. Offene/stille Mitversicherung

Während bei einer offenen Mitversicherung die Mitversicherer als solche im Versicherungsvertrag genannt werden, ist dies bei der stillen oder verdeckten Mitversicherung (bei sog. Kellerpolicen) nicht der Fall. Bei der stillen Mitversicherung tritt gegenüber dem Versicherungsnehmer nur *ein* Versicherer als Risikoträger auf. Zwischen dem Versicherungsnehmer und dem stillen Mitversicherer besteht kein Rechtsverhältnis. Dementsprechend funktioniert die stille Mitversicherung ähnlich wie eine (fakultative) Rückversicherung³.

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich ausschliesslich mit der offenen Mitversicherung.

1 NEBEL, Rechtliche Aspekte der Mitversicherung, SVZ 63 (1995) 281.

2 Vgl. zu dem auf dem Lloyd's Markt üblichen Slipsystem, welches häufig sogar zu einer Überzeichnung des zu versichernden Risikos führt: NEBEL, Aspekte der Mitversicherung, 285; BURLING, Lloyd's: Law and Practice, 2013, 5 f.; HENLEY, The Law of Insurance Broking, 2. Aufl. 2004, 12–013 ff.

3 Vgl. dazu FUHRER, Privatversicherungsrecht, 2011, 18.16. Siehe auch BSK VVG-NEBEL, Art. 101 N 17 mit Hinweis auf BGE 107 II 196 ff., in welchem Entscheid sich das Bundesgericht zum Verhältnis zwischen Rückversicherung und stiller Mitversicherung geäussert hat.

C. Die Funktionsweise der offenen Mitversicherung

I. Mehrere unabhängige Versicherungsverträge

Mitversicherung liegt vor, wenn mehrere Versicherer in *bewusstem Zusammenwirken* ein Risiko versichern, wobei jeder Mitversicherer einen Anteil des Risikos trägt⁴. Das Kriterium des bewussten Zusammenwirkens unterscheidet die Mitversicherung von anderen Formen der Risikoteilung, namentlich von der Nebenversicherung und der Doppel- oder Mehrfachversicherung⁵.

Die Risikoübernahme erfolgt, wie erwähnt, *anteilmässig*, also nach Quoten. Jeder Mitversicherer haftet nur für den von ihm gezeichneten Teil des Risikos. Es gibt keine Solidarhaftung⁶. Obligationenrechtlich liegt eine sog. Teilschuld vor⁷.

Da die Mitversicherung weder im VVG noch in einem anderen Erlass ausdrücklich geregelt ist, ist ihre rechtliche Qualifikation nicht ganz unumstritten. Die vorherrschende Auffassung in der Lehre geht dahin, dass es sich bei der Mitversicherung um *eine Anzahl unabhängiger Verträge* zwischen dem Versicherungsnehmer und dem jeweiligen Versicherer handelt⁸. In diesem Sinne hat sich auch das Handelsgericht Zürich geäußert: «Bei der Mitversicherung transferiert der Versicherungsnehmer sein Risiko mittels mehrerer Versicherungsverträge auf die beteiligten Mitversicherer. Dabei hat jeder Versicherer einen prozentualen oder betragsmässig definierten Anteil der Versicherungssumme zu übernehmen. Es handelt sich um mehrere rechtlich selbständige Verträge»⁹. Daran ändert nichts, dass diese Verträge in einer einzigen Vertragsurkunde dokumentiert werden¹⁰.

Das Verhältnis der Mitversicherer zueinander wird in der Lehre auch als *einfache Gesellschaft* im Sinne von Art. 530 ff. OR bezeichnet, mit der Besonderheit allerdings, dass die Mitversicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer nur für ihre Quote haften, dies in Abweichung von der dispositiven Regelung in Art. 544 Abs. 3 OR¹¹. Auf diesen gesellschaftsrechtlichen Aspekt wird in der Folge jedoch nicht näher eingegangen.

4 NEBEL, Aspekte der Mitversicherung, 282; FUHRER, 18.2.

5 FUHRER, 18.13.

6 FUHRER, 18.15.

7 HUEGENIN, Obligationenrecht, 2. Aufl. 2014, 2281.

8 NEBEL, Aspekte der Mitversicherung, 285; BRULIART, Droit des assurances privées, 2008, 1090; unklar MAURER, Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. 1995, 203, welcher auf dem Konzept eines einheitlichen Vertrages zu basieren scheint.

9 HG120065 vom 12.1.2015, E. 2.1.6; in gleichem Sinne auch HG120126 vom 23.11.2015, E. 3.1.2: «gleichlautende, aber separate und rechtlich an sich selbständige Verträge». Siehe auch HG150263 vom 20.4.2016, E. 2.1.6.

10 Handelsgericht Zürich, HG120126 vom 23.11.2015, E. 3.1.2 a.E.

11 FELLMANN/MÜLLER, Berner Kommentar 2006, OR 530 N 304; vgl. für das deutsche Recht SCHALOSKE, Das Vertragsrecht der sogenannten offenen Mitversicherung, VersR 2007, 616; DERS., Folgerungen aus der Dornbracht-Entscheidung für die Praxis der offenen Mitversicherung, 2013, 53,

2. Führungsvertrag zwischen dem Führenden und dem Mitversicherer

Das Definitionsmerkmal des bewussten Zusammenwirkens der Mitversicherer äussert sich im Führungsvertrag, mit welchem einer der Mitversicherer von den übrigen Mitversicherern mit der Geschäftsführung betraut wird. Ich würde so weit gehen, den Führungsvertrag als *Essentialium der Mitversicherung* zu bezeichnen¹². Zwar mag es vorkommen, dass Mitversicherungsverträge ohne explizite Führungsklausel abgeschlossen werden¹³. Wo es an einer ausdrücklichen Vereinbarung fehlt, dürfte jedoch in aller Regel qua Auslegung ein stillschweigender Führungsvertrag zu ermitteln sein¹⁴. Ohne Führungsvereinbarung ist die Mitversicherung letztlich nichts anderes als eine koordinierte Mehrfachversicherung, wobei sich die Koordination darauf beschränkt sicherzustellen, dass die verschiedenen Versicherer insgesamt nicht mehr als 100% des Risikos zeichnen. Die grosse Bedeutung des Führenden wird denn auch in der Literatur zu Recht betont. Es ist von «Leitfunktion» die Rede¹⁵, davon, der Führende bilde «das Scharnier zwischen den beteiligten Versicherern und dem Versicherungsnehmer»¹⁶.

Was die rechtliche Qualifikation des Führungsvertrages anbetrifft, so herrscht in Literatur und Praxis weitgehend Einigkeit darüber, dass es sich um ein *Auftragsverhältnis* zwischen dem Führenden und den Mitversicherern handelt¹⁷, dessen Inhalt frei vereinbart werden kann. Typischerweise übernimmt der Führende von den Mitversicherern die Aufgabe, die Mitversicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer zu vertreten und die mit der Abwicklung des Versicherungsvertrages anfallenden Aufgaben zu erledigen. Als Gegenleistung hat er regelmässig Anspruch auf eine Entschädigung in Form der sog. Führungs-

wonach es sich um einen Zusammenschluss der Mitversicherer zu einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts gemäss BGB § 705 handelt.

- 12 In diesem Sinne wohl auch FELLMANN/MÜLLER, OR 530 N 304; vgl. die Definition der Mitversicherung in der RL-Solvency II (Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit): «Das Risiko wird im Rahmen eines einzigen Vertrags gegen Zahlung der Gesamtprämie für eine einheitliche Versicherungsdauer von mehreren Versicherungsunternehmen, von denen eines das führende Versicherungsunternehmen ist, und zwar von jedem einzeln als «Mitversicherer» übernommen, ohne dass zwischen diesen ein Gesamtschuldverhältnis besteht» (Art. 190 Abs. 1 lit. b).
- 13 Vgl. für das deutsche Recht SCHALOSKE, Vertragsrecht, 612 Fn. 47: «Wenngleich äusserst selten kommen aber auch Mitversicherungen ohne Führungsabreden vor». Auch ROELLI/JAEGER, Kommentar zum schweizerischen Versicherungsvertragsgesetz, Bd. II, 1932, Art. 53 N 10, sprechen lediglich davon, es könne vereinbart werden, dass einer der Mitversicherer als Führender dem Versicherungsnehmer gegenüberstehe.
- 14 Vgl. für das deutsche Recht SCHALOSKE, Das Recht der so genannten offenen Mitversicherung, 2007, 169.
- 15 NEBEL, Aspekte der Mitversicherung, 282.
- 16 FUHRER, 18.14; Handelsgericht Zürich, HG120065 vom 12.1.2015, E. 2.1.6.; HG150263 vom 20.4.2016, E. 2.1.6.
- 17 NEBEL, Aspekte der Mitversicherung, 287; ROELLI/JAEGER, a.a.O.; FUHRER, 18.14; Handelsgericht Zürich, HG120065 vom 12.1.2015, E. 2.1.6.; HG150263 vom 20.4.2016, E. 2.1.6.

provision¹⁸. Soweit ausnahmsweise eine Führungsprovision nicht vereinbart ist, kann der Führende andere Vorteile für sich in Anspruch nehmen, z.B. die Möglichkeit, das eigene Policenwording zu verwenden oder den mit der Führung verbundenen Prestigegegewinn. Der Führungsvertrag wird in aller Regel nicht in einem separaten Vertrag zwischen den Mitversicherern abgeschlossen, sondern kommt konkludent zu Stande und findet seinen Niederschlag in der Führungsklausel im Versicherungsvertrag¹⁹. Diese kann mehr oder weniger ausführlich beschreiben, welche Funktionen der Führende im Auftrag der Mitversicherer wahrzunehmen hat und in welchem Umfang er die Mitversicherer mit seinen rechtsgeschäftlichen Äusserungen und Massnahmen zu verpflichten vermag. In diesem Fall dient sie der Konkretisierung der Geschäftsführungskompetenzen des Führenden. Beispielsweise kann in der Führungsklausel explizit geregelt sein, dass der Führende berechtigt ist, für die Mitversicherer bindende Erklärungen abzugeben, und dass sich die Mitversicherer demnach verpflichten, die vom Führenden getroffenen und noch zu treffenden Vereinbarungen, Anordnungen oder Massnahmen, beispielsweise im Hinblick auf die Regulierung eines Schadenfalles, gegen sich gelten zu lassen. In der deutschen Doktrin²⁰ wird diesbezüglich zwischen Anzeigeklauseln²¹, Anschlussklauseln²² und Prozessführungsklauseln²³ unterschieden. Daneben sind aber auch häufig Führungsklauseln anzutreffen, welche, wie im eingangs genannten Beispiel, lediglich eine allgemeine Zuweisung der Geschäftsführungsbefugnis an den Führenden beinhalten²⁴. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob eine solche generelle Klausel genügt, damit der Führende die Mitversicherer auch finanziell verpflichten kann, beispielsweise durch Abschluss einer Entschädigungsvereinbarung im Schadenfall. Die Antwort darauf hängt direkt zusammen mit der Funktion des Führenden und den involvierten Interessen, auch denjenigen des Versicherungsnehmers.

18 NEBEL, Aspekte der Mitversicherung, 282 f.

19 NEBEL, Aspekte der Mitversicherung, 287.

20 SCHALOSKE, Vertragsrecht, 613 ff.; LANGE/DREHER, Der Führende in der Mitversicherung, VersR 2008, 291 ff.

21 Passive Vertretungsmacht (SCHALOSKE, Vertragsrecht, 613).

22 Vollmacht an den Führenden, die Mitversicherer in Rechtsgeschäften zu vertreten, welche die Abwicklung der Mitversicherung gewöhnlich mit sich bringt (SCHALOSKE, Vertragsrecht, 613).

23 Einräumung der aktiven und/oder passiven Prozessführungsbefugnis für alle Mitversicherer (SCHALOSKE, Vertragsrecht, 614 ff.).

24 Etwa wie folgt: «Geschäftsführende Gesellschaft ist die XY AG, mit welcher der Versicherungsnehmer ausschliesslich und rechtsverbindlich verkehrt.»

III. Rechte und Pflichten der Parteien

A. Geschäftsführung durch den Führenden

1. Inhalt der Geschäftsführung

Die qua Führungsklausel an den Führenden übertragene Geschäftsführungskompetenz beschlägt – immer vorbehältlich anderslautender vertraglicher Abmachungen – sämtliche Elemente des Versicherungsvertrages und sämtliche Stadien der Abwicklung desselben. Sie beginnt mit der *Risikoprüfung*. Der Führende prüft das zu versichernde Risiko. Der Versicherungsnehmer ist ihm gegenüber zur Anzeige von gefahrsrelevanten Tatsachen verpflichtet, aber auch *nur* ihm gegenüber, d.h. der Versicherungsnehmer erfüllt seine vorvertragliche Anzeigepflicht gemäss Art. 4 VVG gegenüber allen Mitversicherern, wenn er sie gegenüber dem Führenden erfüllt²⁵.

Der Führende führt sodann die *Vertragsverhandlungen* mit dem Versicherungsnehmer oder dessen Makler. Er ist für die Erfüllung der *Informationspflicht* gemäss Art. 3a VVG verantwortlich. Er sorgt für die *Ausstellung der Police* gemäss Art. 11 VVG und generell für die vertrags- und aufsichtsrechtskonforme *Dokumentation* der Vertragsbeziehung. Er übernimmt das *Prämieninkasso* und üblicherweise auch die *Regulierung der Schadenfälle*²⁶.

2. Die Schadenregulierung im Besonderen

Die Schadenregulierung – genauer: die Schadenregulierungskompetenz des Führenden – gibt in der Praxis immer wieder zu Diskussionen Anlass. Das erstaunt insofern wenig als sie sich direkt finanziell auswirkt. Der Führende, der die Versicherungsdeckung gegenüber dem Versicherungsnehmer anerkennt, verpflichtet damit seine Mitversicherer, welche die zur Diskussion stehenden Deckungsfragen möglicherweise anders beurteilt hätten als der Führende.

Schadenregulierung gehört jedoch zur Geschäftsführung. Wenn die Schadenregulierung nicht ausdrücklich oder stillschweigend von den Geschäftsführungskompetenzen des Führenden ausgenommen wird, was letztlich qua Auslegung des Führungsvertrages zu ermitteln ist, ist sie Bestandteil seiner Aufgaben und Befugnisse. Insofern würde ich die Aussagen von NEBEL²⁷ und FELLMANN/MÜLLER²⁸, wonach die Entscheidungen über die Anerkennung, Ablehnung oder vergleichsweise Erledigung eines Deckungsanspruchs für die Mitversicherer verbindlich sind, sofern dem führenden Versicherer *die Kompetenz zur Schadenregulierung* übertragen wurde, dahingehend modifizieren wollen, dass dies alles bereits dann gilt, wenn dem Führenden die (uneingeschränkte) *Geschäftsführungskompetenz* übertragen wurde. Diese beinhaltet die Schadenregulierungskompetenz. Dass

25 FUHRER, 18.14.

26 FUHRER, 18.14.

27 Aspekte der Mitversicherung, 289.

28 N 305.

der Führende, worauf FUHRER²⁹ zu Recht hinweist, «bei heiklen Risiken» die Mitversicherer möglicherweise in die Schadenregulierung einbeziehen möchte, um sich spätere Diskussionen über seine Regulierungsentscheidungen zu ersparen, ändert nichts daran, dass dem Führenden ohne abweichende Vereinbarung im Führungsvertrag diese Kompetenz zusteht. Die Geschäftsführungsbefugnis beinhaltet die Verpflichtung des Führenden, «die Abwicklung des Mitversicherungsgeschäfts in dem vereinbarten Umfang vorzunehmen. Sofern keine abweichenden Absprachen getroffen werden, ist der Führende zumindest in dem Umfang geschäftsführungsberechtigt, in dem er im Aussenverhältnis kraft der Führungsklausel berechtigt ist, die Mitversicherer als Bevollmächtigter zu vertreten»³⁰. Dabei kann sich der Inhalt des Führungsvertrages auch aus «der jeweiligen Verkehrssitte»³¹ (also einem einschlägigen Handelsbrauch) ergeben. Es kann somit von Bedeutung sein, was üblich und was unüblich ist. *Üblicherweise* aber, wie FUHRER³² zu Recht feststellt, reguliert der Führende auch die Schadenfälle.

B. Folgepflicht des Mitversicherers

1. Analogie zur Rückversicherung

In der Rückversicherung steht der Geschäftsführungskompetenz des Zedenten die Pflicht des Rückversicherers gegenüber, sich dessen Entscheidungen zu beugen und sie gegen sich gelten zu lassen. Die Rede ist von der Folgepflicht des Rückversicherers, welche in der Literatur zu Recht als fundamentales Rückversicherungsprinzip und als «Königsthema»³³ der Rückversicherung bezeichnet wird. «*Follow the settlement*» gilt als Essentialium des Rückversicherungsvertrages, als ungeschriebener Rückversicherungsbrauch, welcher auch ohne ausdrückliche Vereinbarung gilt. Mit dem Abschluss des Rückversicherungsvertrages geben die Parteien zum Ausdruck, dass sie die Usancen des Rückversicherungsmarktes akzeptieren, deren Berücksichtigung deshalb auf Grund des Vertrauensprinzips gefordert ist³⁴. NEBEL spricht in diesem Zusammenhang auch von «ungeschriebenem Vertragstypenrecht (Gewohnheitsrecht)»³⁵. Im gleichen Sinne äussert sich STREIFF. Danach handelt es sich bei der Folgepflicht «um ein Grundprinzip der Aufgaben- und Funktionenteilung, also um ein Wesensmerkmal der Rückversicherung»³⁶. Das Prinzip der Folgepflicht «gilt immer, auch wenn die Parteien eine Folgepflicht nicht vereinbart

29 18.14.

30 So für das deutsche Recht LANGE/DREHER, 293.

31 Vgl. PRÖLLS/MARTIN, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Aufl. 2010, Vor § 77 N 18.

32 18.14.

33 LÖRTSCHER, Rückversicherung in der Rechts- und Schadenpraxis, FS SGHVR, 2010, S. 377.

34 NEBEL, Internationale Rückversicherungsverträge aus der Perspektive des schweizerischen Rechts, SVZ 66 (1998) 58.

35 BSK VVG-NEBEL, N 36 zu Art. 101.

36 STREIFF, Von der formellen und materiellen Beendigung des Rückversicherungsvertrages, 2000, 32.

haben»³⁷. QUINTO spricht von «*implicitly agreed rules*»³⁸. Gemäss LÖRTSCHER «hat sich das Prinzip der Folgepflicht in Kontinentaleuropa auch ohne ausdrückliche vertragliche Stipulierung Geltung verschafft»³⁹. Und bereits GERATHEWOHL spricht in seinem Standardwerk zur Rückversicherung von «ungeschriebenem Rückversicherungsrecht»⁴⁰ und betrachtet Folgepflicht und Geschäftsführungsbefugnis als «ein Wesensmerkmal der Rückversicherung»⁴¹.

Die Folgepflicht in der Rückversicherung umfasst mangels abweichender Parteivereinbarung grundsätzlich alle Regulierungsentscheidungen des Zedenten, auch bezüglich strittiger Deckungsfragen unter dem Erstversicherungsvertrag⁴². Tatsächlich beinhaltet das Geschäftsführungsrecht des Zedenten die Abwicklung des Erstversicherungsvertrages während der gesamten Versicherungsdauer. Dazu gehört die Auslegung der Versicherungsbedingungen, und dazu gehört auch die Schadenregulierung. Mit der Rückversicherung strebt der Erstversicherer eine anteilmässige Übertragung der von ihm übernommenen Risiken auf den Rückversicherer an, und der Rückversicherer verspricht Übernahme dieser Risiken im vereinbarten Umfang. Der Rückversicherungsschutz für den Erstversicherer ist dann optimal, wenn sog. Deckungskongruenz vorliegt. Zu diesem Zweck wird der Rückversicherungsvertrag häufig «*back-to-back*», «*as original*», «gemäss Originalpolice» abgeschlossen. Die Parteien bringen damit zum Ausdruck, dass der Rückversicherungsvertrag in zeitlicher, räumlicher und gefahrenumschreibender Hinsicht dieselbe Deckung bieten soll wie die Erstversicherungspolice⁴³. Gegenstand des Rückversicherungsvertrages ist also die vom Erstversicherer akzeptierte Police gemäss den Originalbedingungen. Im Rahmen dieser Originalbedingungen gilt das Recht des Erstversicherers zur Schadenregulierung, wobei jeder Kompromiss über eine dem Grunde oder der Höhe nach zweifelhafte, mit Beweisschwierigkeiten für beide Parteien belastete Forderung eines geschädigten Versicherungsnehmers vom Geschäftsführungsrecht des Erstversicherers umfasst wird⁴⁴.

Die Folgepflicht – immer vorbehältlich abweichender Parteivereinbarung – endet dort, wo der Zedent in qualifizierter Form gegen seine Pflicht zur ordentlichen und sorgfältigen Geschäftsführung verstösst. Traditionell wird die Grenze der Folgepflicht dort erblickt, wo der Zedent seine Pflichten vorsätzlich oder grobfahrlässig verletzt, wodurch der Rückversicherer geschädigt werden könnte⁴⁵. Namentlich ist der Rückversicherer nicht gebunden, wenn der Zedent in grobfahrlässiger Weise einen Anspruch befriedigt hat, den er bei gewissenhafter Verteidigung hätte abwehren können. Die neuere Litera-

37 STREIFF, 32.

38 QUINTO, Reinsurance agreements from a Swiss law perspective, Jusletter 1.12.2008, 8.

39 LÖRTSCHER, 378.

40 GERATHEWOHL, Rückversicherung – Grundlagen und Praxis, Bd. I, 1976, 510.

41 GERATHEWOHL, 525 Fn. 561.

42 LÖTSCHER, 379.

43 STREIFF, 35 f.

44 GERATHEWOHL, 803.

45 GERATHEWOHL, 528; STREIFF, 32.

tur knüpft demgegenüber eher am Kriterium einer angemessenen und geschäftsmässigen Vorgehensweise des Zedenten an⁴⁶. Im Ergebnis dürfte dies keinen grossen Unterschied machen. Der Erstversicherer, der vernünftige und nachvollziehbare Entscheidungen trifft, wird sich kaum je dem Vorwurf der Grobfahrlässigkeit aussetzen, auch wenn sich ein Entscheid nachträglich als objektiv falsch herausstellt. Und umgekehrt handelt eben derjenige Erstversicherer (mindestens) grobfahrlässig, der einen Schadenfall in leichtfertiger Weise falsch reguliert und damit die Grundsätze ordnungsgemässer Geschäftsführung zu Lasten seines Rückversicherers missachtet.

Ganz ähnlich wie in der Rückversicherung steht der Geschäftsführungskompetenz des führenden Mitversicherers die Pflicht der übrigen Mitversicherer gegenüber, den Entscheidungen des Führenden zu folgen. Es gelten dabei die für die Rückversicherung entwickelten und allgemein anerkannten Kriterien⁴⁷: Ausser bei grob mangelhafter Geschäftsführung des Führenden sind dessen Entscheidungen für den «*following market*» verbindlich.

Die Analogie zur Rückversicherung ist bei der stillen Mitversicherung besonders augenfällig. Das Bundesgericht hat die stille Mitversicherung als Rückversicherung im weiten Sinne («*réassurance au sens large*»⁴⁸) bezeichnet, da in beiden Fällen der gegenüber dem Versicherungsnehmer auftretende Versicherer einen Teil des Risikos auf einen andern Versicherer übertragen hat. Aber auch im Bereich der offenen Mitversicherung scheint mir die Analogie naheliegend. Jedenfalls dann, wenn der Mitversicherer den Führenden gewähren lässt, also trotz einer aus seiner Sicht mangelhaften Geschäftsführung/Schadenregulierung nicht interveniert, kann er sich später, wenn z.B. der Führende mit dem Versicherungsnehmer eine Entschädigungsvereinbarung getroffen hat, nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres auf den Standpunkt stellen, die Schadenregulierung sei für ihn, den Mitversicherer, nicht massgeblich.

2. Problem: Dreiparteienverhältnis

Es gibt allerdings einen offensichtlichen und wesentlichen Unterschied zwischen der Rückversicherung und der offenen Mitversicherung. Die Rückversicherung betrifft eine reine Zweiparteienkonstellation. Es gibt keine Vertragsbeziehung zwischen dem (Erst-) Versicherungsnehmer und dem Rückversicherer. Es gibt dementsprechend auch keine vertraglichen Pflichten des Rückversicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer. Es geht mithin lediglich um die Rechte und Pflichten von Zedent und Rückversicherer in

46 Sog. «*proper and businesslike steps test*» (LÜER/SCHWEPCKE, Rückversicherungsrecht, 2013, § 15 N 206). In diesem Sinne auch LÖRTSCHER, 378 («Massgeblich muss sein, ob die Entscheide und Handlungen des Erstversicherers sachlich und rechtlich nachvollziehbar und vertretbar sind.») und LIEBWEIN, Klassische und moderne Formen der Rückversicherung, 2. Aufl. 2009, S. 158, der verlangt, dass der Zedent «wie ein recht und billig denkender Kaufmann», «als wäre er nicht rückversichert», handelt.

47 NEBEL, Aspekte der Mitversicherung, 289; FUHRER, 18.14 i.V.m 18.32.

48 BGE 107 II 196, 202 E. 3.

deren Verhältnis zueinander. Zwischen diesen Parteien wird ein besonderes Vertrauensverhältnis fingiert; es gilt ein «gesteigertes Treu-und-Glauben-Prinzip»⁴⁹. Im angelsächsischen Raum spricht man von «*utmost good faith*» und «*uberrimae fidei*»⁵⁰. «Der Rückversicherer muss darauf vertrauen können, dass der Zedent die Risiken sorgfältig auswählt und tarifiert, einen Selbstbehalt trägt, die Schäden kompetent reguliert und die Abrechnungen richtig erstellt»⁵¹. Wenn der Zedent dieses Vertrauen enttäuscht, kann der Rückversicherer entsprechend reagieren. Der Erstversicherungsnehmer ist davon nicht betroffen.

Ganz anders in der Mitversicherung. Bei der Mitversicherung handelt es sich um eine *Dreiparteienbeziehung*. Zwar liegen, wie bereits ausgeführt, nach h.L. zwei (oder mehr) unabhängige Versicherungsverhältnisse zwischen dem Versicherungsnehmer und dem (jeweiligen) Mitversicherer vor. Die Führungsklausel ist jedoch Bestandteil der Police und damit jedes einzelnen Versicherungsvertrages. Dementsprechend muss der Grundsatz gelten, dass die Führungsklausel ohne Zustimmung des Versicherungsnehmers weder abgeändert, noch gar aufgelöst werden kann⁵².

Es stehen sich mithin zwei fundamentale Grundsätze gegenüber:

- (1.) Der als Auftrag qualifizierende Führungsvertrag zwischen dem führenden Versicherer und dem «*Follower*» kann nach der grundsätzlich zwingenden Vorschrift von Art. 404 OR⁵³ (und generell nach dem Grundsatz, dass aus wichtigem Grund eine vorzeitige Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses jederzeit möglich ist⁵⁴) von jeder Vertragspartei jederzeit widerrufen oder gekündigt werden.
- (2.) Es gibt keine einseitigen Vertragsanpassungen. *Pacta sunt servanda*.

Während also der Mitversicherer in seinem Verhältnis zum Führenden den diesem erteilten Geschäftsführungsauftrag aus wichtigem Grund jederzeit widerrufen und seine Rechte gegenüber dem Versicherungsnehmer selber wahren kann, ist er dem Versicherungsnehmer gegenüber verpflichtet, genau dies zu unterlassen. Das Interesse des Versicherungsnehmers geht nämlich dahin, nur mit *einem* Versicherer reden und gegebenenfalls nur *einen* Versicherer ins Recht fassen zu müssen. Sein Interesse geht ausserdem dahin, dass wenn die Deckung durch den Führenden anerkannt wird, er nicht die gleiche Diskussion mit den Mitversicherern führen (und allenfalls sogar gegen einen oder mehrere Mitversicherer prozedieren) muss, sondern dass diese die Entscheidung des Führenden anerkennen. Der Versicherungsnehmer hat mithin ein Recht darauf, dass das, wozu sich die Mitversicherer in der Police verpflichtet haben, nämlich dass die Geschäftsfüh-

49 LÖRTSCHER, 371.

50 Vgl. BSK VVG-NEBEL, Art. 101 N 31.

51 BSK VVG-NEBEL, Art. 101 N 31, mit Hinweis auf GERATHEWOHL, 458.

52 NEBEL, Aspekte der Mitversicherung, 287.

53 Auf die Abgrenzung zwischen typischen und atypischen Aufträgen soll hier nicht eingegangen werden.

54 BGE 138 III 304, 319 E. 7; HUEGENIN, 798.

nung nur durch *einen* Mitversicherer wahrgenommen wird und dass gegebenenfalls auch nur gegen *einen* Mitversicherer (mit Wirkung für alle) über einen streitigen Deckungsanspruch prozediert werden muss, auch so praktiziert wird.

Umgekehrt ist dem Mitversicherer kaum zuzumuten, dass er sich im Falle einer erkennbar ungenügenden Geschäftsführung dem Versicherungsnehmer gegenüber passiv verhält. Zu denken ist etwa an die Situation, in welcher der Führende drauf und dran ist, mit dem Versicherungsnehmer, obwohl ein Schadenfall offensichtlich nicht gedeckt ist, eine Entschädigungsvereinbarung zu treffen. Natürlich kann der Mitversicherer jederzeit gegenüber dem Führenden intervenieren und versuchen, ihn eines Besseren zu belehren. Er kann ihm auch Schadenersatzansprüche wegen Schlechterfüllung des Führungsvertrages androhen. Darf er aber auch den Führungsvertrag bzw. die damit verbundene Vertretungsvollmacht widerrufen und seine Rechte gegenüber dem Versicherungsnehmer selber wahrnehmen?

3. Notwendigkeit einer Interessenabwägung

Man mag versucht sein, bei der Beantwortung der hiervor gestellten Fragen die Interessen der vermeintlich schwächsten Vertragspartei, des Versicherungsnehmers, am stärksten zu gewichten und den Mitversicherer auf die *Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen den Führenden* zu verweisen: Der Führende hat sich qua Führungsvertrag zur Wahrung der Interessen des Mitversicherers verpflichtet. Es geht nicht an, Unstimmigkeiten unter dem Führungsvertrag durch Beendigung desselben auf dem Rücken des Versicherungsnehmers auszufechten. Vielmehr haftet der Führende für die «getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes» (Art. 398 Abs. 2 OR).

Dieser Ansatz greift aber zu kurz. Zunächst ist daran zu erinnern, dass Mitversicherungsverträge im Konsumentenbereich die Ausnahme bilden. Sie sind v.a. im Bereich von beruflichen, gewerblichen, Industrie- und Grossrisiken anzutreffen. Insofern wäre es verfehlt, von vornherein von einem Machtgefälle mit dem Versicherungsnehmer als schwächster Vertragspartei auszugehen, zumal der Versicherungsnehmer regelmässig durch ein professionelles Maklerunternehmen beraten und vertreten sein dürfte, dessen Knowhow und Erfahrung dem Versicherungsnehmer zuzurechnen sind⁵⁵. Es kann deshalb durchaus Situationen geben, in welchen das Interesse des Mitversicherers an einer selbständigen Schadenbearbeitung – um bei diesem in der Praxis wohl wichtigsten Beispiel zu bleiben – überwiegt. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Mitversicherer seinen Anteil am Erstversicherungsrisiko rückversichert hat. Er ist in diesem Fall nicht nur «*Follower*» im Mitversicherungsverhältnis, sondern auch Zedent, von welchem der Rückversicherer wiederum erwartet, dass er die ihm gegenüber bestehenden Geschäftsführungsaufgaben ordnungsgemäss erfüllt. Letzteres aber tut er nicht, wenn er eine offensichtlich ungenügende Geschäftsführung durch den führenden Erstversicherer toleriert. Unter dem Rückversicherungsvertrag kann er in dieser Situation vielmehr *verpflichtet*

55 GRABER, Diener zweier Herren? – Zur Rolle des Versicherungsbrokers, Versicherung in Wissenschaft und Praxis, Bd. 10, 2015, 12 ff.

sein, den Führungsvertrag zu kündigen und die Schadenregulierung selber in die Hand zu nehmen. Die Nicht-Kündigung des Führungsvertrages würde aus der Sicht des Rückversicherers unter Umständen eine grobfahrlässige oder sogar vorsätzliche Verletzung der Geschäftsführungspflicht des Mitversicherers/Zedenten dem Rückversicherer gegenüber darstellen und den Rückversicherer seinerseits dazu berechtigen, der Schadenerledigung unter dem Erstversicherungsvertrag nicht zu folgen⁵⁶. Zu beachten ist auch, dass die besondere Interessenlage des Mitversicherers für den Versicherungsnehmer normalerweise durchaus erkennbar ist. Der Versicherungsnehmer muss sich bewusst sein, dass der Mitversicherer ein Interesse daran haben kann, an der Wahrung der Selbständigkeit des mit ihm abgeschlossenen Versicherungsvertrages festzuhalten⁵⁷. Er muss deshalb mit der Möglichkeit der Kündigung des Führungsvertrages aus wichtigem Grund rechnen.

Diese wenigen Hinweise sollen aufzeigen, dass sich schematische Lösungen verbieten. Der betroffene Mitversicherer befindet sich in einem klassischen Dilemma. Seine eigenen Interessen stehen denjenigen des Versicherungsnehmers, aber allenfalls auch den Interessen Dritter, die ihrerseits mit denjenigen des Versicherungsnehmers nicht deckungsgleich zu sein brauchen, gegenüber. Was hier Not tut, ist eine sorgfältige Abwägung der involvierten Interessen.

Ausgangspunkt ist der Wortlaut der Führungsklausel. Es dürfte durchaus von Bedeutung sein, ob sich der Mitversicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer *ausdrücklich* verpflichtet hat, den Entscheidungen des Führenden zu folgen, oder ob sich dies «nur» aus dem Wesen des Führungsvertrages ergibt⁵⁸.

Die Interessenabwägung ist *nach Treu und Glauben* vorzunehmen, und zwar in Berücksichtigung der konkreten Umstände sowohl des Zustandekommens des Versicherungs- und des Führungsvertrages, als auch der berechtigten Erwartungen der involvierten Parteien sowie der zur Diskussion stehenden Geschäftsführungsmassnahme und ihrer

56 Eine solche Konstellation lag BGER 4P.23/2006 vom 27.3.2006 zu Grunde. Der Beschwerde führende Rückversicherer hatte sich geweigert, der Schadenerledigung unter dem Erstversicherungsvertrag zu folgen, da der Zedent, der gleichzeitig nicht führender Mitversicherer unter dem Erstversicherungsvertrag war, seine Geschäftsführungspflichten unter dem Rückversicherungsvertrag aus der Sicht des Rückversicherers grob verletzt hatte. Er hatte den Führungsvertrag nicht gekündigt, obwohl sich der führende Erstversicherer erkennbar in einem Interessenkonflikt befunden hatte. Das Bundesgericht hatte sich zu der hier interessierenden Frage nicht zu äussern. Im vor Bundesgericht angefochtenen Schiedsgerichtsurteil hatte das Schiedsgericht jedoch deutliche Worte gefunden und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Zedent das Auftragsverhältnis mit dem führenden Erstversicherer hätte auflösen und die Schadenerledigung im Einklang mit genau dieser Verpflichtung unter dem Rückversicherungsvertrag selbständig hätte an die Hand nehmen können. Dass diese Option vertragswidrig nicht einmal geprüft wurde, führte zu einer prozentualen Reduktion des Anspruchs gegenüber dem Rückversicherer durch das Schiedsgericht, welches nach der Schiedsklausel berechtigt war, nach Billigkeit zu entscheiden.

57 SCHALOSKE, Folgerungen, 35.

58 Auch dies analog zur Rückversicherung: «Die Tragweite der Folgepflicht ist selbstredend in erster Linie auf Grund des Vertragswortlautes zu ermitteln» (LÖRTSCHER, 378).

Tragweite für die Beteiligten. Dabei wird auch eine Rolle spielen, in welchem Zeitpunkt sich der unzufriedene Mitversicherer involviert und gegebenenfalls schliesslich die Notbremse zieht. Kümmerst er sich selber zunächst nicht um die Schadenerledigung und lässt sich erst nach Abschluss derselben durch den Führenden dahingehend verlauten, mit dem Ergebnis nicht einverstanden zu sein, so wird es ihm in der Regel verwehrt sein, sich gegenüber dem Versicherungsnehmer auf die Eigenständigkeit seiner Vertragsbeziehung mit ihm zu berufen und einer mit dem Führenden abgeschlossenen Entschädigungsvereinbarung nicht zu folgen. Hat er dagegen frühzeitig Bedenken angemeldet, welche der Führende jedoch ignoriert hat, wird es ihm eher erlaubt sein, den Versicherungsnehmer über die Situation zu orientieren, den Führungsvertrag zu kündigen und die Schadenerledigung selber an die Hand zu nehmen.⁵⁹

Nicht auszuschliessen ist, dass der Versicherungsnehmer im Falle der (berechtigten) Auflösung des Führungsvertrages durch den Mitversicherer einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Führenden geltend machen kann, da dieser in Schlechterfüllung seiner vertraglichen Pflichten (auch gegenüber dem Versicherungsnehmer!) die Auflösung des Führungsvertrages zu verantworten hat. Allerdings muss der Versicherungsnehmer in diesem Fall einen haftpflichtrechtlich relevanten Schaden nachweisen können. Die vom Mitversicherer zu Recht nicht erbrachte Versicherungsleistung würde selbstverständlich nicht als Schadensposition qualifizieren. Zu denken ist deshalb in erster Linie an Zusatzaufwand und Mehrkosten, welche sich für den Versicherungsnehmer aufgrund der Kündigung des Führungsvertrages ergeben mögen.

4. Informationsrecht des Mitversicherers

In der Rückversicherung steht der Folgepflicht des Rückversicherers quasi als Korrektiv, als Kontrollinstrument, das Informations- bzw. Inspektionsrecht des Rückversicherers gegenüber, ebenfalls ein grundlegendes Prinzip der Rückversicherung⁶⁰. Der Rückversicherer soll die Möglichkeit haben, die Geschäftsführung des Zedenten zu überprüfen, indem er Einsicht in dessen Bücher und insbesondere in die gesamten Unterlagen zum fraglichen Schadenfall und zur erfolgten Schadenerledigung nehmen kann⁶¹.

59 Um die Situation im Innenverhältnis der Mitversicherer nicht ausser Acht zu lassen: Wie erwähnt geht ein Teil der Lehre von einer einfachen Gesellschaft aus. Die Gesellschafter können die ansonsten ihnen allen zustehende Geschäftsführungskompetenz durch Vertrag oder Beschluss einem einzelnen Gesellschafter übertragen (Art. 535 OR), was sie mit dem Führungsvertrag gemacht haben. Diese Kompetenz kann dem Geschäftsführer aus wichtigen Gründen aber auch wieder entzogen werden (Art. 539 Abs. 1 OR), wobei ein wichtiger Grund namentlich dann vorliegt, «wenn der Geschäftsführer sich einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht oder die Fähigkeit zu einer guten Geschäftsführung verloren hat» (Art. 539 Abs. 3 OR). Dieses Entzugsrecht ist zwingender Natur. Es kann qua Gesellschaftsvertrag nicht wegbedungen werden (Art. 539 Abs. 2 OR; FELLMANN/MÜLLER, 539 OR N 35). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist somit der Entzug der Geschäftsführungskompetenz des Führenden ein stets in Betracht zu ziehendes Szenario.

60 BSK VVG-Nebel, Art. 101 N 29 i.V.m. N 36.

61 GERATHEWOHL, 532 f.; BSK VVG-NEBEL, Art. 101 N 29; GROSSMANN, Rückversicherung – eine Einführung, 1982, 55 ff.; LIEBWEIN, 161 f.; LÜER/SCHWEPCKE, § 8 N 100 f.

Soweit ich sehe, wurde die Frage, ob in der Mitversicherung auch diesbezüglich eine Analogie zur Rückversicherung gelten solle, in Literatur und Praxis bisher nicht gestellt. Ich halte sie für berechtigt, und mir scheint, dass ein gewisses Kontrollrecht des Mitversicherers ebenso notwendig ist wie dasjenige des Rückversicherers. Wenn der Mitversicherer dem Führenden zu folgen hat, so muss er auch die Möglichkeit haben, sich von der Qualität der Geschäftsführung des Führenden zu überzeugen. Wie der Zedent gegenüber dem Rückversicherer ist auch der Führende gegenüber dem Mitversicherer verpflichtet, dessen Interessen in angemessener Weise zu wahren und insbesondere nicht seine eigenen Interessen über diejenigen des Mitversicherers zu stellen. Der Mitversicherer muss verifizieren können, dass der Führende sachgemäss und mit der gebotenen Sorgfalt vorgegangen und insbesondere den Schadenfall nicht in grobfahrlässiger Weise reguliert hat.

Es ist indessen nicht einmal notwendig, hinsichtlich dieser Frage eine analoge Anwendung des einschlägigen Rückversicherungsbrauchs zu bemühen. Die Überprüfungscompetenz des Mitversicherers ergibt sich direkt aus Art. 400 OR. Der Beauftragte – hier der Führende – ist verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und dabei alle Informationen, welche für den Auftraggeber – den Mitversicherer – von Bedeutung sein können, wahrheitsgetreu und vollständig bekannt zu geben^{62, 63}

IV. Statt einer Zusammenfassung: zurück zum Beispiel

Im eingangs erwähnten Beispiel hat die F AG als führender Versicherer den Schaden auch mit Wirkung für den Mitversicherer, die M AG, reguliert. Der M AG, welche sich bis zu diesem Zeitpunkt nicht hat vernehmen lassen, dürfte es verwehrt sein, die Zahlung an den Versicherungsnehmer unter Hinweis auf einen vertraglichen Deckungsausschluss zu verweigern. Stattdessen ist sie auf Schadenersatzansprüche gegen die F AG verwiesen.

Hätte indessen die M AG schon vor dem Abschluss der von der F AG mit dem Versicherungsnehmer abgeschlossenen Entschädigungsvereinbarung interveniert, hätte sie sich möglicherweise, nämlich im Falle einer groben Verletzung des Führungsvertrages durch die F AG, auf ihr Kündigungsrecht aus wichtigem Grund berufen, den Führungsvertrag mit sofortiger Wirkung beenden und die Schadenregulierung mit dem Versicherungsnehmer selber vornehmen können.

62 BSK OR-WEBER, Art. 400 N 4 m.w.H.; FELLMANN, Berner Kommentar 1992, OR 400 N 19 ff.

63 Zum gleichen Ergebnis würde eine rein gesellschaftsrechtliche Betrachtung führen. Nach dem Recht der einfachen Gesellschaft besteht ein zwingender Anspruch des nicht geschäftsführenden Gesellschafters auf Einsicht in sämtliche Angelegenheiten der Gesellschaft (Art. 541 OR). Dieses Einsichtsrecht geht ebenso weit wie die Rechenschaftsablegungspflicht nach Art. 400 OR (vgl. Art. 540 Abs. 1 OR; FELLMANN/MÜLLER, 541 OR N 46).