

# Durchgriff in der Betriebshaftpflichtversicherung

## Wenn die Einpersonen-AG die Alleinaktionärin schädigt

Mike Schumacher\*

Die Betriebshaftpflichtversicherung schützt das Vermögen vor Schadenersatzforderungen Dritter. Schädigt die Einpersonen-AG die Alleinaktionärin und begehrt anschliessend Versicherungsleistungen, muss geprüft werden, ob es sich um einen nicht versicherten Eigenschaden oder einen versicherten Drittschaden handelt. Die Deckungsfrage lässt sich mithilfe der Rechtsfigur des Durchgriffs beantworten. Demnach kann der Versicherer durch den Schleier der juristischen Person hindurchgreifen und die Leistungspflicht ablehnen, wenn eine wirtschaftliche Einheit zwischen Haftpflichtiger und Geschädigtem besteht und die rechtliche Selbstständigkeit der juristischen Person bloss vorgeschoben wird, um Versicherungsschutz zu erlangen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn das ursprüngliche Geschäft zwischen den Parteien dem «dealing at arm's length»-Prinzip widerspricht, die beherrschte juristische Person mithin kein eigenständiges wirtschaftliches Interesse an der Leistung zu Gunsten der beherrschenden Person hat.

L'assurance responsabilité civile d'entreprise protège le patrimoine contre les prétentions en dommages-intérêts de tiers. Si la SA à actionnaire unique cause un dommage à l'actionnaire et demande ensuite des prestations d'assurance, il faut vérifier s'il s'agit du propre dommage non assuré ou du dommage d'un tiers assuré. La question de la couverture peut être résolue à l'aide du concept de la transparence. Selon ce principe, l'assureur peut passer derrière l'écran que représente la personne morale et refuser d'accorder des prestations lorsqu'il existe une unité économique entre le responsable et le lésé et que l'indépendance juridique de la personne morale n'est qu'un prétexte pour obtenir une couverture d'assurance. C'est notamment le cas lorsque la transaction initiale entre les parties est contraire au principe de l'indépendance («dealing at arm's length») et que la personne morale dominée n'a pas un intérêt économique propre à la prestation en faveur de la personne dominante.

### I. Einleitung

Beim titelgebenden Szenario handelt es sich um einen realen Fall, der dem Schreibenden – noch zu seiner Zeit als Schadensachbearbeiter bei einem Versicherungsunternehmen – zur Erledigung aufgetragen worden ist: Ein Unternehmer, der Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat seines als Aktiengesellschaft organisierten Handwerksbetriebs war, sanierte sein Einfamilienhaus, wobei es zu einem Sachschaden an ebendiesem Haus kam. Diesen wollte der Unternehmer über seine Betriebshaftpflichtversicherung als Drittschaden regulieren.<sup>1</sup> Fraglich war in dieser Konstellation die Versicherungsdeckung, da Haftpflichtversiche-

rungen bekanntlich keine «Eigenschäden» absichern.<sup>2</sup> Liegt nun ein Schaden eines Dritten vor? Oder kann mittels des sogenannten «Durchgriffs» («le principe de la transparence» oder «le principe de la levée du voile corporatif»)<sup>3</sup> der Schleier der juristischen Person des Versicherungsnehmers gehoben und die Leistungspflicht aufgrund eines Eigenschadens verneint werden? Bei der Beurteilung der Deckungssituation vermisste der Schreibende einschlägige Meinungen zu dieser Frage und will nun – einige Jahre und ein

\* MLaw, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Lehrstuhl für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung von Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller an der Universität Luzern. Der Autor dankt Luca Oberholzer, MLaw, für die kritische und umsichtige Durchsicht des Manuskripts.

<sup>1</sup> Vgl. die Abbildung des Haftpflichtversicherungsdreiecks bei MIKE ABEGG, Das Dreiecksverhältnis im Haftpflichtversicherungsrecht, Diss. Zürich 2020, Zürich/Basel/Genf 2021, 3.

<sup>2</sup> Herkömmliche Haftpflichtversicherungen schützen das Vermögen der Anspruchsberechtigten vor den finanziellen Folgen von an Dritten verursachten Schäden (VINCENT BRULHART, Droit des assurances privées, 2. A., Bern 2017, N 874; MORITZ KUHN, Privatversicherungsrecht, Unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und Aufsichtsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2010, N 446 f.). Die Versicherungsbedingungen schliessen in der Regel Eigenschäden aus, vgl. dazu Art. 7 lit. a der Musterbedingungen des Schweizerischen Versicherungsverbands (SVV), Internet [https://www.svv.ch/sites/default/files/2017-11/allg.\\_muster\\_avb\\_betriebshaftpflichtversicherung\\_2012\\_deutsch.pdf](https://www.svv.ch/sites/default/files/2017-11/allg._muster_avb_betriebshaftpflichtversicherung_2012_deutsch.pdf) (Abruf 15.7.2022). Diese Bestimmung wurde von allen namhaften Versicherungsgesellschaften in ihre jeweiligen Vertragswerke übernommen.

<sup>3</sup> Übersetzung nach CHRISTINE CHAPPUIS, L'abus de droit en droit suisse des affaires, in: Pascal Ancel/Gabriel Aubert/Christine Chappuis (Hrsg.), L'abus de droit : comparaisons franco-suissees, Saint-Etienne 2001, 69 ff., N 50.

rechtswissenschaftliches Studium später – diese Lücke im Schnittbereich zwischen Personen-, Gesellschafts- und Versicherungsrecht schliessen.

Dazu werden nachfolgend die Grundzüge des Durchgriffs und dessen Bedeutung im Schweizer Recht rekapituliert (II.), um anschliessend die einzelnen Voraussetzungen für ein erfolgreiches «Durchgreifen» im Kontext der vorliegenden versicherungsrechtlichen Thematik zu analysieren (III.). Weiter gilt es, die Beweislastverteilung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer zu beleuchten (IV.), bevor ein Fazit mit den wesentlichen Erkenntnissen diesen Beitrag abschliesst (V.).

## II. Der Durchgriff im Schweizer Recht

Eine juristische Person ist eine Rechtsfigur, die körperlich nicht existiert, der aber Rechtsfähigkeit zugesprochen wird.<sup>4</sup> Es ist anerkannt, dass die juristische Person Trägerin von Rechten (wie z.B. Persönlichkeitsrechten) und Pflichten (wie z.B. Prämienschuld als Versicherungsnehmerin) sein kann.<sup>5</sup> Diese rechtliche Selbstständigkeit bedingt die Loslösung der juristischen Person von ihren Mitgliedern oder Gesellschaftern. So haftet für den Verlust der Aktiengesellschaft beispielsweise lediglich das Vermögen der juristischen Person, nicht aber dasjenige der Aktionärin.<sup>6</sup> Diese Separierung ist gesetzlich gewollt und im Regelfall ist auf die Selbstständigkeit der juristischen Person abzustellen.<sup>7</sup> Das gilt auch, wenn zwischen der juristischen Person und der sie beherrschenden Person eine weitgehende Identität der wirtschaftlichen Interessen besteht.<sup>8</sup> Mit dem Durchgriff,<sup>9</sup> einem «Lieblingskind der

Lehrbücher»,<sup>10</sup> wird diese Separierung durchbrochen. Besonders relevant ist er im Gesellschafts- und Steuerrecht, wo auf eine langjährige Gerichtspraxis zurückgeblickt werden kann.<sup>11</sup> Die Gerichte befassten sich zwar überwiegend mit beherrschten Aktiengesellschaften, aber auch bei allen anderen Arten von juristischen Personen kann ein Durchgriff erfolgen.<sup>12</sup>

Ein überwiegender Teil der Lehre<sup>13</sup> und die ständige Rechtsprechung<sup>14</sup> betrachten den Durchgriff in dogmatischer Hinsicht als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB (Missbrauchslehre). Für einige – scheinbar überholte<sup>15</sup> – Lehrmeinungen ist ein Durchgriff bereits dann vorzunehmen, wenn die Separierung der Rechtssubjekte den Zweck einer bestimmten Norm vereiteln würde, selbst wenn das Verhalten nicht als rechtsmissbräuchlich gälte (Normanwendungs- bzw. Normauslegungslehre).<sup>16</sup> Dazwischen werden auch vermittelnde Positionen eingenommen.<sup>17</sup> Andere Autoren wiederum erachten das Kriterium der wirtschaftlichen Einheit für ausreichend (Einheitstheorie)<sup>18</sup> oder lehnen

<sup>4</sup> Vgl. zur umstrittenen Frage, ob eine juristische Person real oder fiktiv ist, MARIE THERES FÖGEN, «Mehr Sein als Schein»? – Anmerkungen zur juristischen Person in Theorie und Praxis, SJZ 1999, 393 ff., 398.

<sup>5</sup> Siehe statt aller HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Die juristischen Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, Bern 1993 (zit. BK-RIEMER), Art. 53 ZGB N 3 ff.

<sup>6</sup> Art. 620 Abs. 1 und 2 OR.

<sup>7</sup> BGE 145 III 351 E. 4.2; 113 II 31 E. 2c; 92 II 160 E. 1; ROGER ZUBER, Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Durchgriff im Zivilprozess, Methoden, um den wirtschaftlichen Gegebenheiten bei der Anwendung des schweizerischen Zivilprozessrechts Rechnung zu tragen, Diss., Bern 2005, 8.

<sup>8</sup> ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. A., Bern 2018, § 2 N 54.

<sup>9</sup> Vgl. für einen Überblick über die verwendete Terminologie MARLENE KOBERSKI, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht, Eine interdisziplinäre Studie für eine einheitliche methodische Einordnung des Durchgriffs im Gesellschafts- und Steuerrecht unter Berücksichtigung des Aspekts der Einheit der Rechtsordnung, Diss., Bern 2012, 35 f. m.w.Verw.

<sup>10</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, N 458.

<sup>11</sup> Das erste bundesgerichtliche Urteil entstammt dem Jahre 1927 (BGE 53 II 25 E. 2), jedoch noch ohne Nennung des Wortes «Durchgriff». Das Bundesgericht führte den Begriff erst im Jahre 1971 ein (BGE 97 II 289 E. 3).

<sup>12</sup> BK-RIEMER (FN 5), Systematischer Teil N 27 mit Hinweisen auf die Gerichtspraxis.

<sup>13</sup> ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 5. A., Bern 2021 (zit. BK-BREHM), Art. 41 OR N 13b; HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. A., Bern 2020, N 1161 f.; DIES., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER), Art. 2 ZGB N 256; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 52, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-VERFASSEN/IN); STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MARTINA BOSSHARDT, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–9 ZGB), Bern 2019, § 3 N 166 f.; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE (FN 13), Vor Art. 52–59 N 7; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/JÖRG SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 1222; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 8), § 2 N 54; PETER NOBEL, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht, SJZ 2017, 457 ff., 465.

<sup>14</sup> BGE 145 III 351 E. 4.2; 144 III 541 E. 8.3.2; 141 V 119 E. 3.4; 132 III 489 E. 3.2; 128 II 329 E. 2.4; 121 III 319 E. 5a/aa; 113 II 31 E. 2c; aus der jüngsten Rechtsprechung z.B. BGer 4A\_341/2021 vom 15. Dezember 2021 E. 7.1.

<sup>15</sup> So CHAPPUIS (FN 3), N 51 und dortige FN 72.

<sup>16</sup> HANS MERZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1966, Art. 2 ZGB N 287 f.; ANDREAS VON PLANTA, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1981, 155 f.; MARKUS WICK, Der Durchgriff und das auf ihn anwendbare Recht gemäss IPRG, Diss. 1994, Zürich 1996, 63 ff.

<sup>17</sup> Siehe für eine differenziertere Ansicht HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. A., Bern 2020, N 2276.

<sup>18</sup> RUDOLF JSAY, Das Recht am Unternehmen., Berlin 1910, 96 ff. sowie insb. 104 f.

das «Durchgriffsinstitut» ganz ab, da es nicht mit dem hiesigen Rechtssystem kompatibel sei.<sup>19</sup> Aufgrund der langjährigen und in dieser Frage<sup>20</sup> einheitlichen Praxis des Bundesgerichts<sup>21</sup> liegt nach der hier vertretenen Ansicht eine Praxisänderung in weiter Ferne, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen auf den Durchgriff als Instrument zur Korrektur rechtsmissbräuchlichen Verhaltens beziehen.

Wie immer bei der Annahme eines Rechtsmissbrauchs geht es darum, dass ausnahmsweise<sup>22</sup> «scheinbares Recht dem wirklichen weichen» muss,<sup>23</sup> wenn besondere Umstände vorliegen.<sup>24</sup> Mit anderen Worten handelt es sich um eine «ethische materielle Schranke»,<sup>25</sup> mit welcher das Gericht im Einzelfall korrigierend in die rechtliche Betrachtung eines Sachverhalts einwirken und formelles Recht übersteuern kann. Aufgrund seines generalklauselartigen Charakters kristallisierten sich Fallgruppen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens heraus.<sup>26</sup> Eine dieser Fallgruppen umfasst die Fälle des Verbots der zweckwidrigen Verwendung von Rechtsinstituten.<sup>27</sup> In Bejahung des Rechtsmissbrauchs und damit eines Durchgriffs wird argumentiert, dass die Selbstständigkeit der juristischen Person im konkreten Fall bloss vorgeschoben, mithin also nicht zu dem ihrer Selbstständigkeit angedachten Zweck verwendet wird.<sup>28</sup> Dabei gilt zu beachten, dass die juristische Person nicht speziell zu diesem zweckwidrigen Anlass gegründet worden sein muss; ihre Verwendung zum nicht angedachten Zweck im betreffenden Einzelfall genügt.<sup>29</sup> Typische Indizien dafür sind die Sphären- bzw. Vermögensvermischung, die Fremdsteuerung zur Verfolgung von Sonderinteressen der beherrschenden Person oder die Unterkapitalisierung, welche die Leistungsfähigkeit der juristischen Person gefährdet.<sup>30</sup> Im Übrigen ist festzuhalten, dass nur Dritte einen Durchgriff anstrengen dürfen; sowohl die beherrschte wie

auch die beherrschende Person sind auf die gewählte Organisationsform mit all ihren Vor- und Nachteilen zu behaften.<sup>31</sup>

Die unmittelbare Rechtsfolge bei der Bejahung eines Durchgriffs ist die Nichtbeachtung der Selbstständigkeit der juristischen Person.<sup>32</sup> Die konkreten Auswirkungen sind einzelfallspezifisch: Beim Haftungsdurchgriff umfasst das Haftungssubstrat nicht bloss das Vermögen der (evtl. inzwischen insolventen) Gesellschaft, sondern erstreckt sich auf dasjenige der beherrschenden Person.<sup>33</sup> Eine weitere Auswirkung ist z.B. die Anrechnung gewisser Eigenschaften der einen an die andere Person.<sup>34</sup> Keinesfalls aber führt der Durchgriff zu einer ganzheitlichen Verschmelzung der involvierten Personen<sup>35</sup> – die Voraussetzungen für einen Durchgriff müssen bei jedem Sachverhalt aufs Neue geprüft werden.

### III. Anwendungsvoraussetzungen im Schadenfall

An dieser Stelle gilt es nun, die Erkenntnisse zum Durchgriff für die vorliegende versicherungsrechtliche Problematik fruchtbar zu machen.<sup>36</sup> Bislang ist die Durchgriffstheorie nämlich kaum in Zusammenhang mit Personen- oder Sachschäden gebracht worden.<sup>37</sup> Einzig in einem wenig bekannten, unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 1985 musste sich das Bundesgericht mit einer solchen Konstellation auseinandersetzen und hatte die Deckungsablehnung des Versicherungsunternehmens geschützt.<sup>38</sup>

Bevor jedoch die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen untersucht werden, soll zunächst die versicherungsrechtliche Ausgangslage nochmals aufgezeigt werden: Rein formell haftet die Aktiengesellschaft für den Schaden des auftraggebenden Alleinaktionärs, z.B. im Rahmen eines Werkvertrags. Für die finanziellen Folgen dieser Haftung kommt die Betriebshaftpflichtversicherung grundsätzlich auf.<sup>39</sup> Da eine Haftpflicht aber rein begriffstechnisch nur für Schäden eines Dritten, nicht aber für Eigenschäden in Frage kommt, wirft diese Konstellation Fragen auf. Mit anderen Worten

<sup>19</sup> DIETER KEHL, Der sogenannte Durchgriff, Eine zivilistische Studie zur Natur der juristischen Person, Habil. Zürich, Dietikon 1991, 124. Vgl. die Einordnungen der verschiedenen Ansichten bei KOBIEFSKI (FN 9), 45 ff. und ZUBER (FN 7), 10 ff.

<sup>20</sup> Zu Recht weist VON DER CRONE (FN 17), N 2281 ff., aber auf gewisse Unstimmigkeiten in der jüngeren Rechtsprechung bezüglich der Interpretation des Rechtsmissbrauchs hin.

<sup>21</sup> Siehe nur die in FN 14 angeführten Urteile.

<sup>22</sup> Es gilt, dass «im Zweifel Rechtsmissbrauch zu verneinen und das formelle Recht [...] zu schützen ist» (BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER [FN 13], Art. 2 ZGB N 202).

<sup>23</sup> BGE 125 III 257 E. 2c.

<sup>24</sup> CHAPPUIS (FN 3), N 66; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 13), Art. 2 ZGB N 41 ff.; BSK ZGB I-HONSELL (FN 13), Art. 2 N 24.

<sup>25</sup> BGE 125 III 257 E. 2c.

<sup>26</sup> BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 13), Art. 2 ZGB N 68 m.w.H.

<sup>27</sup> BGE 135 III 162 E. 3.3.1; 128 II 145 E. 2.2; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 13), Art. 2 ZGB N 253 ff.

<sup>28</sup> BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 13), Art. 2 ZGB N 256.

<sup>29</sup> BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 13), Art. 2 ZGB N 258.

<sup>30</sup> BGE 144 III 541 E. 8.3.2; BÖCKLI (FN 10), N 459 ff.; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 13), Art. 2 ZGB N 259; KOBIEFSKI (FN 9), 113 f.

<sup>31</sup> BGE 121 III 319 E. 5a/bb und 5a/cc; 97 II 289 E. 3; CHAPPUIS (FN 3), N 56; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE (FN 13), Vor Art. 52–59 N 7; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE (FN 8), § 2 N 58; BK-MERZ (FN 16), Art. 2 N 290.

<sup>32</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE (FN 8), § 2 N 57; BK-RIEMER (FN 5), Systematischer Teil N 25.

<sup>33</sup> BGE 145 III 351 E. 4.2; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 13), N 1164.

<sup>34</sup> KOBIEFSKI (FN 9), 178 m.w.H.

<sup>35</sup> KOBIEFSKI (FN 9), 179.

<sup>36</sup> Für ein ähnliches Vorhaben im Erbrecht vgl. PIUS KOLLER, Durchgriff und indirekte Zuwendungen im Erbrecht, Ein Appel an Rechtsprechung und Lehre, AJP 2021, 19 ff.

<sup>37</sup> BK-BREHM (FN 13), Art. 41 OR N 13c.

<sup>38</sup> BGer vom 5. September 1985, in: SG 1985 Nr. 370; siehe dazu unten III.B.1.

<sup>39</sup> Art. 1 lit. a Muster-AVB (FN 2); STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, N 20.2.

gilt es zu prüfen, ob tatsächlich ein rechtlich relevantes Haftpflichtverhältnis oder viel eher ein verkappter Eigenschaden vorliegt, da die vom Alleinaktionär beherrschte Gesellschaft eine Sache des Alleinaktionärs beschädigt hat.

Wie bereits erwähnt ist in aller Regel die Selbstständigkeit der juristischen Person zu beachten.<sup>40</sup> Der Durchgriff als Ausnahme dieser Regel erfordert als Tatbestandsvoraussetzungen einerseits eine wirtschaftliche Einheit zwischen den Parteien und andererseits ein rechtsmissbräuchliches Abstützen auf die Selbstständigkeit der juristischen Person.<sup>41</sup>

### A. Wirtschaftliche Einheit

Ein Durchgriff kann nur erfolgen, wenn zwischen der juristischen und der hinter ihr stehenden Person ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, sie von dieser somit *de facto* beherrscht wird.<sup>42</sup> Das Bundesgericht spricht dann von einer wirtschaftlichen Identität.<sup>43</sup> Diese «beruht auf der Möglichkeit, die juristische Person zu beherrschen, und bedingt ein Abhängigkeitsverhältnis, das irgendwie – zulässig oder unzulässig, lang- oder kurzfristig, zufällig oder planmässig – geartet sein kann und das auf Anteilseignerschaft oder aber auf anderen Gründen beruht wie vertraglichen Bindungen oder familiären, verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen.»<sup>44</sup> Damit ist der Anwendungsbereich sehr breit formuliert.

Unproblematisch ist die Annahme eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses bei Einpersonen-Gesellschaften oder Konzernen.<sup>45</sup> Von einer Beherrschung ist aber auch auszugehen, wenn zwar mehrere Personen an einer juristischen Person beteiligt sind, aber klare Machtverhältnisse bestehen; eine Person also klar als beherrschend identifiziert werden kann.<sup>46</sup> In den meisten Fällen dürften sich diesbezüglich aber keine grösseren Probleme ergeben, denn wo Machtverhältnisse umstritten sind, dürfte eine Beherrschung naturgemäss zu verneinen sein.

### B. Rechtsmissbrauch

#### 1. Ausgangslage

So ist anzunehmen, dass sich die Frage des Durchgriffs an der Rechtsmissbrauchsschranke entscheidet. Auch hier ist nochmals an den Ausnahmecharakter von

Art. 2 Abs. 2 ZGB zu erinnern.<sup>47</sup> Im Regelfall wäre die Versicherungsdeckung somit als gegeben zu betrachten; das scheinbar formelle Recht gewährt der Versicherungsnehmerin einen Leistungsanspruch. Muss das Versicherungsunternehmen den Schadenfall nun regulieren oder ist die Schadensmeldung durch die Versicherungsnehmerin bzw. der sie beherrschenden Alleinaktionärin rechtsmissbräuchlich? Massgebend muss dabei sein, ob die geschädigte Alleinaktionärin das Kleid der Aktiengesellschaft bloss vorschleibt, um Versicherungsschutz zu erlangen, oder ob die Vereinbarung der Rolle als Haftpflichtige und Geschädigte bloss untergeordneter Natur ist.

Im bereits angesprochenen höchstrichterlichen Entscheid ging es praktisch um die gleiche Konstellation, wie sie einleitend geschildert worden ist. In Bestätigung der Vor- und der Erstinstanz beschied das Bundesgericht, dass die Deckungseinrede des Versicherers zu Recht erfolgt war. Es sah den Rechtsmissbrauch bzw. den Verstoss gegen Treu und Glauben darin, dass der Alleinaktionär die juristische Person persönlich führte und in dieser Eigenschaft für Leistungsstörungen haftete.<sup>48</sup>

Diese Ansicht des Bundesgerichts ist – zumindest aus heutiger Sicht<sup>49</sup> – abzulehnen. Indem es bloss an die organisatorische Einbettung der Alleinaktionärin anknüpft, verkennt es, dass bei der Frage des Rechtsmissbrauchs immer der konkrete Einzelfall beachtet werden muss und rechtsmissbräuchliches Verhalten nur ausnahmsweise anzunehmen ist. Bezogen auf die Einpersonen-Gesellschaft führte diese strenge Handhabe aber nun dazu, dass der Ausnahme- zum Regelfall wird: Die juristische Selbstständigkeit würde diesfalls nur beachtet werden, wenn sich die Alleinaktionärin aus dem operativen und strategischen Geschäft raushält. Dabei geht es bei der Einpersonen-AG im Gegenteil ja genau darum, dass auch die allein wirtschaftende Person bei Einhaltung der aktienrechtlichen Prinzipien z.B. in den Genuss der Haftungsbeschränkung kommt.<sup>50</sup>

Unter Berücksichtigung dieser Kritik gilt es, andere Kriterien zu definieren, welche eine sachgerechte Interpretation des Durchgriffs auf die Frage der Versicherungsleistung zulassen. Dabei wird im Folgenden vom eigentlichen Regelfall, nämlich der Beachtung der juristischen Selbstständigkeit und damit von einer Verneinung eines Rechtsmissbrauchs ausgegangen, um

<sup>40</sup> Siehe oben FN 7.

<sup>41</sup> BGE 145 III 351 E. 4.2; 144 III 541 E. 8.3.2; 121 III 319 E. 5a/aa; BGE 4A\_341/2021 vom 15. Dezember 2021 E. 7.1.

<sup>42</sup> VON DER CRONE (FN 17), N 2278.

<sup>43</sup> Vereinzelt werden auch die Begriffe «Identität der Interessen» oder «wirtschaftliche Einheit» verwendet.

<sup>44</sup> BGE 5A\_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.2.

<sup>45</sup> KOBIEFSKI (FN 9), 111; vgl. hinsichtlich der Konzerne auch VON DER CRONE (FN 17), N 2278 f. m.w.H.

<sup>46</sup> Eine eindrückliche Auswahl möglicher Beherrschungsgründe findet sich bei WICK (FN 16), 7 ff.

<sup>47</sup> Siehe oben FN 24.

<sup>48</sup> Zum Ganzen BGE vom 5. September 1985 E. c/cc, in: SG 1985 Nr. 370.

<sup>49</sup> Zu beachten ist nämlich, dass das Schweizer Recht (insb. Art. 625 OR) die Gründung von Einpersonengesellschaften erst seit dem 1. Januar 2008 zulässt (vgl. Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2002 3148 ff., 3155).

<sup>50</sup> VON DER CRONE (FN 17), N 158; vgl. auch BÖCKLI (FN 10), N 345.

danach die Fälle des Rechtsmissbrauchs und schliesslich mögliche Grenzfälle zu beleuchten.

## 2. Verneinung des Rechtsmissbrauchs

Nach der hier vertretenen Meinung liegt z.B. dann kein Rechtsmissbrauch vor, wenn es aus Sicht der Einpersonen-AG nicht relevant war, mit wem sie den Vertrag abschloss, mit anderen Worten, wenn der Gläubiger der Leistung genauso gut eine nicht mit der juristischen Person verbandelte Drittperson hätte sein können. Das Steuerrecht geht ähnlich vor und wendet das Prinzip «*dealing at arm's length*» an.<sup>51</sup> Es besagt, dass Geschäfte zwischen sich nahestehenden Personen zu gewöhnlichen Marktbedingungen erbracht werden müssen.<sup>52</sup> Hält das Rechtsgeschäft zwischen der beherrschten und der beherrschenden Person diesem sog. Drittvergleich stand, erledigt die Einpersonen-AG also die ihr aufgetragenen Arbeiten zu marktüblichen Konditionen und kann dies mit einer sauber geführten Buchhaltung dokumentiert werden, ist der Versicherungsnehmerin bzw. der Alleinaktionärin kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen, wenn sie Versicherungsleistungen begehrt.

Das Verhalten der geschädigten Alleinaktionärin zielt nicht darauf ab, einen Vorteil zu erlangen; sie will einfach so behandelt werden, wie wenn für den Schaden eine andere als die von ihr beherrschte Unternehmung haften würde. Da das Haftpflichtrecht Schadensausgleich bezweckt,<sup>53</sup> darf keine Bereicherung der geschädigten Person erfolgen.<sup>54</sup> Die Versicherungsgesellschaft gleicht somit finanziell denjenigen Schaden aus, den die geschädigte Person erlitten hat<sup>55</sup> oder der beim Versicherungsnehmer durch die Haftungsansprüche der geschädigten Person entstanden ist.<sup>56</sup> Keine der beiden Personen erlangt dadurch einen finanziellen Vorteil. Im Gegenteil, regelmässig hat sich die Versicherungsnehmerin bei einer Betriebshaftpflichtversicherung mit einem vertraglich vereinbarten Selbstbehalt an den Schadenskosten zu beteiligen.<sup>57</sup> Ausserdem

ist in diesem Fall aufgrund der «gelebten» wirtschaftlichen Trennung keine Sphären- oder Vermögensvermischung festzustellen.

Auch aus der Perspektive des Versicherungsnehmers<sup>58</sup> wäre die Ablehnung der Deckung falsch, denn für ihn spielt es in diesem Fall keine Rolle, wen er geschädigt hat. Hätte er anstelle des Auftrags der Alleinaktionärin einen anderen angenommen und hätte sich dort der gleiche Schaden ereignet, wäre der Versicherungsschutz ohne weiteres zu bejahen. Diese Ungleichbehandlung lässt sich mangels Vorteils der beherrschenden Person nicht rechtfertigen. Somit ist der Rechtsmissbrauch zu verneinen und das Versicherungsunternehmen bleibt leistungspflichtig.

## 3. Bejahung des Rechtsmissbrauchs

Anders gestaltet sich die Lage, wenn das Rechtsgeschäft zwischen Versicherungsnehmerin und Geschädigter nicht unter *arm's length*-Bedingungen erfolgt. Das ist der Fall, wenn «unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände [...] die zu beurteilende Leistung im Vergleich zu üblichem und marktgerechtem Geschäftsgebaren als derart ungewöhnlich einzustufen ist, dass sie (so) nicht erbracht worden wäre, wenn der Leistungsempfänger der Gesellschaft oder dem Anteilinhaber nicht nahestehen würde».<sup>59</sup> Erbringt die Versicherungsnehmerin ihre Leistung also unentgeltlich oder zu stark reduzierten Konditionen, missachtet sie das *dealing at arm's length*-Prinzip.<sup>60</sup>

Man kann sich nun fragen, inwiefern die Verletzung des Drittvergleichsgrundsatzes die Versicherungsdeckung beeinflusst, immerhin stehen sich zwei – wenn auch eng miteinander verbundene – verschiedene Rechtssubjekte als Haftpflichtige und Geschädigte gegenüber. Da die juristische Person als Versicherungsnehmerin aber von der beherrschenden Person keine oder nur eine geringe Gegenleistung erhält, hat sie kein eigenes Interesse an der Geschäftsbesorgung – deren alleinigen Nutzen kommt dem Alleinaktionär zu und ist für sie wirtschaftlich uninteressant. Die Lage präsentiert sich mithin so, als hätte der Alleinaktionär den Auftrag ohne Zuhilfenahme der (haftpflichtigen) juristischen Person ausgeführt. Somit ist also für die Frage des Rechtsmissbrauchs entscheidend, ob die haftpflichtige juristische Person von der Leistung an die

<sup>51</sup> Statt vieler MARKUS REICH, Steuerrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2020, § 18 N 7, insb. auch § 20 N 25 m.w.H.

<sup>52</sup> BGE 138 II 545 E. 3.2; 138 II 57 E. 2.2; REICH (FN 51), § 20 N 25.

<sup>53</sup> WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012, N 3; HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2018, N 11.

<sup>54</sup> BGE 134 III 489 E. 4.2; 132 III 321 E. 2.2.1; 131 III 12 E. 7.1; BK-BREHM (FN 13), Art. 42 OR N 27; HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENHARD/MARTIN A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 1 N 64.

<sup>55</sup> Wenn der Versicherer den Schaden direkt mit der geschädigten Person reguliert (sog. Befreiungsanspruch, vgl. m.w.Verw. ABEGG [FN 1], 38).

<sup>56</sup> Wenn die geschädigte Person den Haftpflichtigen direkt ins Recht fasst und dieser sich die Versicherungsleistungen ausbezahlen lässt (sog. Zahlungsanspruch, vgl. m.w.Verw. ABEGG [FN 1], 38).

<sup>57</sup> Vgl. Art. 10 Muster-AVB (FN 2).

<sup>58</sup> Sofern eine solch isolierte Betrachtung überhaupt möglich ist. Siehe dazu CHRISTA SOMMER, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010, 296 f. m.w.H.

<sup>59</sup> BGE 138 II 545 E. 3.2.

<sup>60</sup> Im Übrigen könnte diese Konstellation im Haftpflichtverhältnis zu einer Haftungsreduktion aufgrund einer Gefälligkeit führen (siehe dazu m.w.Verw. BK-BREHM [FN 13], Art. 43 OR N 55 ff.). Da aber die Versicherungsdeckung vor der Haftung geprüft werden muss (ABEGG [FN 1], 37; FUHRER [FN 39], N 20.5) und hier im Zentrum steht, ist nicht näher darauf einzugehen.

beherrschende Person in verkehrsüblichem Ausmass profitiert.

Als illustrierendes Beispiel dient eine als Aktiengesellschaft konstituierte Autowerkstätte. Die Inhaberin und Alleinaktionärin schraubt am Feierabend noch an ihrem Oldtimer herum, wobei ihr ein Werkzeug auf die Motorhaube fällt und einen Blechschaden verursacht. Die AG hat an diesem Auftrag nach Betriebschluss nur dann ein Interesse, wenn die Alleinaktionärin ihren Arbeitsaufwand entsprechend verrechnet; ansonsten werden zu Gunsten der Alleinaktionärin bloss Ressourcen auf Kosten der AG beansprucht. Steht das private Interesse der Alleinaktionärin diametral zum geschäftlichen Interesse der von ihr beherrschten AG, so handelt es sich im Wesentlichen um ihre private Geschäftsbesorgung. Wenn ihr dabei ein Fehler unterläuft, der zu einem Schaden führt, wird ihr erster Gedanke nicht sein, dass nun die AG ihr gegenüber haftpflichtig geworden ist. In dieser Situation wird versucht, ein solches haftpflichtrechtliches Drittverhältnis zu begründen, indem die juristische Person als Haftpflichtige vorgeschoben wird. Der Rechtsmissbrauch muss dann bejaht werden.

Dieses Beispiel zeigt auf, dass die Geschäftsbesorgung ohne Vorteil für die beherrschte Aktiengesellschaft wohl oftmals in der Freizeit des Alleinaktionärs erfolgt. Wann immer in der Schadensmeldung also angegeben wird, dass sich das Ereignis ausserhalb der üblichen Geschäftszeiten, insbesondere in den Abendstunden oder am Wochenende, ereignet hat, sollte die Versicherung angehalten sein, die Umstände des Falles genauer abzuklären.

#### 4. Grenzfälle

In den meisten Fällen wird ein solcher Drittvergleich wohl gar nicht angestellt oder der Alleinaktionär bezieht Leistungen zum Einstandstarif, um der Gesellschaft zumindest keine zusätzlichen Kosten zu verursachen. In aller Regel wird dabei die kostendeckende Entschädigung das *arm's length*-Prinzip verletzen, weil ein derart hoher Rabatt keinem Dritten eingeräumt worden wäre. Je nach konkreter Situation könnte sich das Unternehmen hingegen gezwungen sehen, kurzzeitig gewinnneutrale oder gar verlustbringende Aufträge anzunehmen, z.B. bei schwierigem Geschäftsgang, um zumindest die Arbeitsplätze zu erhalten. Auch hier gilt der *dealing at arm's length*-Grundsatz. Wenn die Gesellschaft mit Dritten derartige Vertragsbeziehungen eingeht, spricht nichts dagegen, auch den Alleinaktionär zu bedienen, sofern dadurch kein ertragreicheres Geschäft blockiert wird. Ist Letzteres nicht der Fall, erfolgt das Geschäft *at arm's length* und demzufolge ist kein offener Rechtsmissbrauch ersichtlich.

### C. Rechtsfolgen

Wie bereits dargelegt sind die Rechtsfolgen bei einem angewendeten Durchgriff vielfältig. In der vorliegenden Problematik ist es aber vergleichsweise einfach: In der Beurteilung des Versicherungsschutzes wird auf die Trennung der selbstständigen juristischen Person und der sie beherrschenden Person verzichtet. Es wird fingiert, dass der Alleinaktionär und die AG das gleiche Rechtssubjekt sind. Damit liegt kein Schaden an einer Drittperson vor, weshalb das Begehren um Versicherungsleistungen als rechtsmissbräuchlich einzustufen und das Versicherungsunternehmen daher nicht leistungspflichtig ist.

### IV. Gedanken zur Beweislast

Art. 8 ZGB regelt in genereller Weise, wer die Folgen zu tragen hat, wenn eine behauptete Tatsache unbewiesen bleibt.<sup>61</sup> Diese Regel gilt auch im Versicherungsvertragsrecht.<sup>62</sup> Herkömmlich werden dabei rechtsbegründende, rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen unterschieden.<sup>63</sup> In Bezug auf die vorliegende Problematik ist zu prüfen, wie die Beweislastverteilung ausgestaltet ist, wobei der Problematik in einzelnen Teilschritten zu begegnen ist.

#### A. Beweislastverteilung beim Rechtsmissbrauch

Beim Rechtsmissbrauch handelt es sich um eine rechtshindernde Tatsache.<sup>64</sup> Wer sich auf Rechtsmissbrauch beruft, muss also die dafür notwendigen Umstände beweisen.<sup>65</sup> Bleibt die Verletzung des *dealing at arm's length*-Prinzips unbewiesen, hat das Versicherungsunternehmen grundsätzlich die entsprechenden Folgen zu tragen. Es muss somit den Schadenfall regulieren.

#### B. Beweislastverteilung im Schadenfall

Aus Art. 8 ZGB wird abgeleitet, dass der Versicherungsnehmer alle Tatsachen, welche den Versicherungsanspruch begründen, zu beweisen hat, wozu namentlich das Bestehen einer Police, der Eintritt des Schadenfalls und der Schadensumfang gehören. Dem-

<sup>61</sup> Anstatt aller HANS PETER WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-WALTER), Art. 8 ZGB N 165.

<sup>62</sup> BGE 130 III 321 E. 3.1; bestätigt in BGer 4A\_271/2021 vom 7. Februar 2022 E. 2.1 und 4A\_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1.

<sup>63</sup> MARTIN KAUFMANN, Bewiesen? Gedanken zu Beweislast – Beweismass – Beweiswürdigung, AJP 2003, 1199 ff., 1200; HANS PETER WALTER, Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, in: Stephan Weber/Walter Fellmann (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bundesgerichtsgesetz, Beweis, richterliche Fragepflicht und Rechtsmittel, Zürich/Basel/Genf 2009, 47 ff., 57.

<sup>64</sup> BGE 139 III 13 E. 3.1.3.2.

<sup>65</sup> BGE 138 III 425 E. 5.1; 135 III 162 E. 3.3.1; 134 III 52 E. 2.1; 133 III 61 E. 4.1; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 13), Art. 2 ZGB N 87; ALEXANDRA JUNGO, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 8 ZGB, Beweislast, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. ZK-JUNGO), Art. 8 ZGB N 330.

gegenüber trägt das Versicherungsunternehmen die Beweislast für Tatsachen, die zu einer Kürzung oder Verweigerung der Leistungen führen können.<sup>66</sup>

Es ist eine Besonderheit eines Versicherungsvertrages, dass der Deckungsumfang entweder positiv mittels Nennung der versicherten Risiken («*named perils*») oder negativ bestimmt wird, indem verschiedene Ausschlussstatbestände eine Generalklausel ergänzen («*all risk*»).<sup>67</sup> Haftpflichtversicherungen sind als *all risk*-Versicherungen ausgestaltet.<sup>68</sup> Darum muss nicht die Versicherungsnehmerin beweisen, dass der Schaden vom Deckungsumfang abgedeckt ist, sondern das Versicherungsunternehmen hat zu belegen, dass es aufgrund eines Ausschlussstatbestandes, wie z.B. des bereits angesprochenen Art. 7 lit. a Muster-AVB,<sup>69</sup> zu einer Leistungsverweigerung- oder kürzung berechtigt ist.

Es bleibt der mögliche Einwand zu prüfen, der Versicherungsnehmer sei trotz *all-risk*-Deckung dazu verpflichtet, die Umstände darzulegen, die für einen Schaden an einer Drittperson sprechen. Immerhin führt dieser Einwand – wie soeben bei der Rechtsfolge aufgezeigt – materiellrechtlich zur Leistungsverweigerung. Allerdings würde die Versicherungsgesellschaft dabei missachten, dass die Selbstständigkeit der juristischen Person in aller Regel zu wahren ist und der Rechtsmissbrauchsschranke Ausnahmecharakter zugesprochen wird. Folglich ist es nicht an der Versicherungsnehmerin zu beweisen, dass aufgrund der Einhaltung des Drittvergleichs-Grundsatzes der Deckungsumfang eröffnet ist.

### C. Beweisnot und deren Überwindung

Nach dem Gesagten ist das Versicherungsunternehmen in Anwendung der Regeln sowohl zum Rechtsmissbrauch als auch zum Versicherungsrecht in der beweisbelasteten Position. Es muss somit nachweisen, dass zwischen den Beteiligten eine wirtschaftliche Einheit besteht und sie das *dealing at arm's length*-Prinzip verletzt haben, was ohne entsprechende Einsicht in die Geschäftsakten der Versicherungsnehmerin unmöglich ist. Der Versicherer befindet sich diesbezüglich in einer Beweisnot.<sup>70</sup>

Einer solcher Beweisnot wird einerseits damit begegnet, dass der Versicherungsnehmer im Prozess zu den Abhängigkeiten im Betrieb sowie zum Synallagma der konkreten Besorgung befragt wird.<sup>71</sup> Andererseits trifft

ihn als nicht beweisbelastete Partei eine Mitwirkungspflicht, wenn er allein über die entscheidenden Dokumentationen verfügt.<sup>72</sup> Diese Mitwirkungspflicht ist allerdings zurückhaltend anzunehmen und nur dort gerechtfertigt, wo die nicht beweisbelastete Partei näher am Beweis steht und nach Gesetz oder dem Grundsatz von Treu und Glauben zur Beibringung der Beweismittel angehalten ist.<sup>73</sup>

Wenn die Versicherungsnehmerin nicht schon aus Treu und Glauben verpflichtet ist, die Beweismittel im Prozess zu produzieren, so ist nach der hier vertretenen Ansicht in Art. 39 VVG<sup>74</sup> die Rechtsgrundlage für eine solche Mitwirkungspflicht zu erblicken. Somit hat die Versicherungsnehmerin die entsprechenden Unterlagen herauszugeben. Kommt sie ihrer Mitwirkungspflicht nicht nach, wird dies durch das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt.<sup>75</sup> Das bedeutet, dass das Gericht den Beweis des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens als gelungen ansehen könnte, insbesondere dann, wenn der Versicherer starke Indizien für eine Verletzung des Drittvergleichsgrundsatzes präsentiert.

## V. Fazit

### A. Materiellrechtliches Fazit

Wie dargelegt weisen Schadenfälle, in denen die Geschädigte die haftpflichtige juristische Person beherrscht, hinsichtlich des Versicherungsschutzes bei der Betriebshaftpflicht-Versicherung eine gewisse Komplexität auf. Da die Betriebshaftpflicht-Versicherung keine Eigenschäden abdeckt ist jeweils im Einzelfall zu untersuchen, ob *de facto* überhaupt ein Drittschaden entstanden ist oder nicht. Entscheidend ist, dass die geschädigte Alleinaktionärin die Selbstständigkeit der durch sie beherrschten juristischen Person bloss vorschiebt, um ein versichertes Drittschadensverhältnis zu begründen. Ein solcher Durchgriff durch den Schleier der juristischen Person hindurch ist insbesondere bei Rechtsgeschäften zwischen Einpersonen-AG und Alleinaktionären, welche einem *dealing at arm's length*-Vergleich nicht standhalten und damit einseitig die beherrschende Person begünstigen, möglich.

<sup>66</sup> Zum Ganzen BGer 4A\_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1; FUHRER (FN 39), N 11.72; KUHN (FN 2), N 657.

<sup>67</sup> FUHRER (FN 39), N 11.73.

<sup>68</sup> FUHRER (FN 39), N 11.73; sinngemäss ABEGG (FN 1), 39 f.

<sup>69</sup> Siehe oben FN 2.

<sup>70</sup> BGer 4A\_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1; ZK-JUNGO (FN 65), Art. 8 ZGB N 295; BK-WALTER (FN 61), Art. 8 ZGB N 313.

<sup>71</sup> ZK-JUNGO (FN 65), Art. 8 ZGB N 297; BK-WALTER (FN 61), Art. 8 ZGB N 315 m.w.Verw.

<sup>72</sup> ZK-JUNGO (FN 65), Art. 8 ZGB N 299.

<sup>73</sup> BK-WALTER (FN 61), Art. 8 ZGB N 319.

<sup>74</sup> Zwar bezieht sich der Wortlaut der Norm nur auf den Anspruchsberechtigten, dennoch gilt die Auskunftspflicht analog auch für den Versicherungsnehmer (BSK VVG-JÜRG NEF, Art. 39 N 7, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder [Hrsg.], Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Basler Kommentar, Basel 2001).

<sup>75</sup> ZK-JUNGO (FN 65), Art. 8 ZGB N 302; KAUFMANN (FN 63), 1208; BK-WALTER (FN 61), Art. 8 ZGB N 320 f.

**B. Die Lehren für die Versicherungsnehmerin**

Lässt sich der Alleinaktionär eine Leistung seiner AG erbringen, tut er hinsichtlich eines potenziellen Schadens gut daran, eine marktübliche Gegenleistung zu erbringen und vor allem, dies auch entsprechend zu dokumentieren.<sup>76</sup> Denn wie dargelegt ist der Versicherungsnehmer zwar nicht beweisbelastet, aber ihn trifft eine Mitwirkungspflicht und er hat auf Verlangen Einblick in seine Unterlagen zu gewähren sowie über das Synallagma des Geschäfts Auskunft zu geben.

**C. Die Lehren für das Versicherungsunternehmen**

Da der Versicherer im Streitfall das rechtsmissbräuchliche Verhalten des Alleinaktionärs bzw. Versicherungsnehmers beweisen muss, sollte er schon früh im Regulierungsprozess auf mögliche Warnhinweise achten: Wenn der Schaden etwa in den Abendstunden oder am Wochenende eingetreten ist, könnte dies ein Indiz dafür sein, dass der Versicherungsnehmer kein eigenes Interesse an der Geschäftsbesorgung hatte. In diesen Situationen müsste das Versicherungsunternehmen genauere Abklärungen treffen und bei der Versicherungsnehmerin weitere Auskünfte oder Dokumentationen einverlangen.

Um gar nicht erst in diese schwierige Beweissituation zu kommen, könnten Versicherungen geneigt sein, hinsichtlich künftiger Policen die Allgemeinen Vertragsbedingungen anzupassen: So könnte Art. 7 lit. a der Muster-AVB<sup>77</sup> um einen vierten Spiegelstrich ergänzt werden, mit welchem Ansprüche aus Schäden «von Personen, mit denen der Versicherungsnehmer eine wirtschaftliche Einheit bildet» vom Versicherungsschutz ausgeschlossen werden.

<sup>76</sup> Wozu er nach Art. 718b OR ohnehin verpflichtet ist. Vgl. dazu Böckli (FN 10), N 347 f.

<sup>77</sup> Siehe FN 2.