

écarté, au fond, la demande de dommages-intérêts, mais sans discuter l'exception du défendeur. Il serait excessif, d'autre part, de considérer la déclaration du gouvernement bernois, dans l'affaire Gerber (RO 7, p. 144), comme la preuve d'une pratique constante des autorités cantonales, cette déclaration isolée étant en contradiction avec l'attitude très nette prise, peu avant, par le Conseil exécutif, lors du procès Blum.

Bien plus, un fait nouveau s'est produit, dès lors : Par jugement du 17 décembre 1918 (Zeitschrift des bern. Juristenvereins, t. 55, p. 348 et suiv.), la Cour d'appel a, en effet, déclaré irrecevables les demandes formées contre l'Etat, lorsqu'elles n'ont point été précédées d'une décision de l'autorité administrative, reconnaissant l'existence de la faute. Ce jugement permet aujourd'hui de considérer la question comme résolue, du moins pour les tribunaux bernois. Le droit matériel étant régi, en l'espèce, exclusivement par la législation cantonale, le Tribunal fédéral ne peut qu'adopter à son tour cette solution, conforme au texte et à l'esprit de la loi.

Le Tribunal fédéral prononce :

L'exception dilatoire opposée par le défendeur est admise et la demande rejetée, en l'état.

IV. VERSICHERUNGSVERTRAG

CONTRAT D'ASSURANCE

41. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. März 1928
i. S. « Helvetia » Schweiz. Unfall- und Haftpflichtversicherungsgesellschaft gegen Schmidt.

Automobilhaftpflichtversicherung.
Die Bestimmung eines kantonalen Gesetzes, wonach die Erteilung der Verkehrsbewilligung an einen Automobilisten davon abhängig gemacht wird, dass dieser sich über den Abschluss einer Haftpflichtversicherung ausweise, die auch die grobe Fahrlässigkeit im vollen Umfange (unter Ausschluss des Herabsetzungsrechtes gemäss Art. 14 Abs. 2 VVG) in sich schliesst, ist nicht bundesrechtswidrig (Erw. 2). Kann ein solcher Ausschluss, wenn er nicht ausdrücklich in die Policebestimmungen aufgenommen worden ist, unter Umständen als von den Parteien stillschweigend vereinbart erachtet werden ? (Erw. 3).

A. — Am 8. Mai 1922 kam es zwischen einem Adolf Soltermann, Metzgerburschen in Tavannes, der auf einem Velo auf der Jurastrasse gegen die Aarwangerstrasse und den Bahnhof Langenthal fuhr, und dem heutigen Kläger, C. R. Schmidt, der mit einem Automobil durch die Aarwangerstrasse in das Dorf Langenthal hineinfuhr, zu einem Zusammenstoss, bei dem Soltermann erhebliche Verletzungen davontrug.

Da Schmidt sich weigerte, dem Soltermann den ihm aus dem Unfall entstandenen Schaden zu ersetzen, reichte letzterer Klage gegen Schmidt ein, welche im Betrage von 13,000 Fr. nebst 5 % Zins seit 1. März 1923 gutgeheissen wurde. Diese Forderung betrug nach eingetretener Rechtskraft des Urteils inklusive Zins und Prozessentschädigung 15,000 Fr. Hieran leistete die Schweizerische Unfall- und Haftpflicht-Versicherungsanstalt « Helvetia » auf Grund einer von Schmidt abge-

schlossenen Haftpflichtversicherung dem Geschädigten am 9. Januar 1926 eine Summe von 11,625 Fr. Die Bezahlung des Mehrbetrages aber lehnte die Gesellschaft gestützt auf Art. 14 Abs. 2 VVG ab, weil Schmidt das Schadensereignis grobfahrlässig herbeigeführt habe.

B. — Schmidt befriedigte daraufhin Soltermann aus eigenen Mitteln, belangte aber in der Folge die Versicherungsgesellschaft für 4266 Fr. 45 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. Januar 1926. Seine Klage wurde vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 16. März 1927 gutgeheissen.

C. — Gegen diesen Entscheid erhob die Schweizerische Unfall- und Haftpflicht-Versicherungsanstalt « Helvetia » die Berufung an das Bundesgericht mit dem Begehren um Abweisung der Klage.

D. — Gleichzeitig reichte sie Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht des Kantons Zürich ein, welche, soweit das obergerichtliche Urteil dem Kläger einen 4122 Fr. 80 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. Januar 1928 übersteigenden Betrag zugesprochen hatte, mit Urteil vom 5. September 1927 gutgeheissen wurde, da der Kläger seinerzeit selber seine Klageforderung auf diesen Betrag reduziert hatte.

E. — Auch gegen diesen Entscheid des Kassationsgerichtes erhob die Schweizerische Unfall- und Haftpflicht-Versicherungsanstalt « Helvetia » die Berufung an das Bundesgericht, indem sie abermals um Abweisung der Klage ersuchte.

F. — Der Kläger Schmidt beantragte die Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Das Urteil des Kassationsgerichtes stellt sich, wie sich aus seinem ganzen Inhalte ergibt, als reiner Nichtigkeitsbeschwerdeentscheid und nicht als Sachurteil dar, auch wenn das Dispositiv hierüber zu Zweifeln Anlass geben könnte. Es kann daher auf die gegen diesen

Entscheid erhobene Berufung nicht eingetreten werden, wohl aber auf diejenige gegen das obergerichtliche Urteil, da dieses durch den Kassationsentscheid, mit Ausnahme der angeführten Reduktion der zugesprochenen Klageforderung auf 4122 Fr. 80 Cts., nicht aufgehoben worden ist.

2. — Die Berufungsklägerin lehnt die Zahlung des vollen Schadensbetrages deshalb ab, weil gemäss Art. 14 Abs. 2 VVG der Versicherer berechtigt sei, seine Leistung in einem dem Grade des Verschuldens entsprechenden Verhältnis zu kürzen, wenn der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte das bezügliche Schadensereignis grobfahrlässig herbeigeführt hat. Demgegenüber erachtete die Vorinstanz die Zahlungspflicht der Berufungsklägerin als im vollen Umfange gegeben. Aus dem Umstande, dass der Kanton Zürich in seinem Gesetz über den Verkehr mit Motorfahrzeugen vom 5. März 1916 (das zur Zeit des fraglichen Schadensereignisses noch in Geltung gewesen sei) einerseits die Erteilung der Verkehrsbewilligung vom Abschluss einer Haftpflichtversicherung abhängig gemacht und andererseits die Aufnahme des Art. 11 des Konkordates betr. den Verkehr mit Motorfahrzeugen und Fahrrädern vom 7. April 1914 ausdrücklich abgelehnt und vom Fahrzeug-eigentümer volle Deckung des von ihm verursachten Schadens verlangt habe, müsse als Wille des Gesetzgebers angenommen werden, dass, soweit der Fahrzeug-eigentümer für den aus der Verletzung eines Dritten entstandenen Schaden haftbar sei, dieser Schaden dem Dritten vom Versicherer voll ersetzt werden müsse und dass dem Dritten das Risiko der Insolvenz des Fahrzeug-eigentümers nicht (weder ganz noch auch nur teilweise) überbunden werden dürfe. Diese Folge könnte aber dann eintreten, wenn dem Versicherer das Recht zustünde, seine Leistung gemäss Art. 14 Abs. 2 VVG zu kürzen. Wenn auch vorliegend in der Police die Anwendung des Art. 14 Abs. 2 VVG nicht ausdrücklich ausge-

schlossen sei, so müsse das mit Rücksicht auf den Inhalt des kantonalen Gesetzes, das beiden Parteien, vor allem der Berufungsklägerin, beim Abschluss des Vertrages bekannt gewesen, doch als stillschweigend vereinbart erachtet werden. Demgegenüber bestreitet die Berufungsklägerin in erster Linie die Richtigkeit der Auslegung des fraglichen kantonalen Gesetzes. Darüber vermag indessen das Bundesgericht nicht zu entscheiden, da ihm die Überprüfung der Auslegung kantonalen Rechtes entzogen ist. Wohl aber ist zu untersuchen, ob das fragliche kantonale Gesetz bei der Auslegung, die ihm die Vorinstanz zuteil werden liess, nicht eidgenössisches Recht verletze. Die Berufungsklägerin behauptet dies mit der Begründung, dass Art. 14 Abs. 2 VVG nicht durch eine Vorschrift kantonalen Rechtes habe aufgehoben werden können. Diese Auffassung ist insofern richtig, als ein Kanton nicht mittels einer kantonalrechtlichen Vorschrift verfügen kann, dass einem Versicherer, unbekümmert um den Inhalt des von ihm abgeschlossenen Versicherungsvertrages, die Einrede des Art. 14 Abs. 2 VVG, d. h. das Recht zur Herabsetzung der Schadensleistung wegen grober Fahrlässigkeit des Versicherungsnehmers bzw. des Anspruchsberechtigten, entzogen sei. Dagegen kann nichts dagegen eingewendet werden — und das ist nach der Auffassung der Vorinstanz (die vom Kassationsgericht nicht als eine Verletzung klaren Rechtes erachtet worden ist) der Sinn des fraglichen Gesetzes — wenn der kantonale Gesetzgeber die Erteilung einer Verkehrsbewilligung an einen Automobilisten davon abhängig macht, dass dieser sich über den Abschluss einer Haftpflichtversicherung ausweise, die auch die grobe Fahrlässigkeit in sich schliesst. Dem kann nicht der von der Berufungsklägerin angeführte Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Kaiser und Genossen gegen den Kantonsrat von Zug vom 3. Oktober 1925 (BGE 51 I S. 423 ff.) entgegengehalten werden. Dasselbst wurde die Bestimmung eines kantonalen Erlasses für bundes-

rechtswidrig erklärt, wonach die Verkehrsbewilligung für Motorfahrzeuge an die Bedingung geknüpft worden war, dass der Bewerber sich unterschrittlich verpflichte, für durch den Betrieb des Motorfahrzeuges herbeigeführte Unfälle in einem durch den betreffenden Erlass umschriebenen, über die gemeinrechtliche Schadenersatzpflicht nach OR hinausgehenden Umfange zu haften und eine entsprechende Haftpflichtversicherung abzuschliessen. Es handelte sich also um eine Ausdehnung der Versicherungspflicht auf Schadensfälle, für die der betreffende Motorradfahrer nach dem gemeinen Recht gar nicht haftbar gewesen wäre. Das steht jedoch vorliegend nicht in Frage. Die Normierung der Versicherungspflicht des Motorfahrzeuginhabers ist als Form der Kautions für die privatrechtlichen Verpflichtungen, die aus der Zulassung einer bestimmten gefährlichen Tätigkeit erwachsen können, an sich gerechtfertigt, und zwar steht es hiebei den Kantonen anheim, die bezüglichlichen Versicherungsbedingungen festzustellen, d. h. insbesondere auch vorzuschreiben, welche Schadensfälle, für die der betreffende Fahrzeuginhaber nach den Vorschriften des gemeinen Rechtes haftbar ist, durch die Versicherung gedeckt sein müssen, sofern dadurch nicht zwingende Normen des Versicherungsvertragsgesetzes verletzt werden. Eine solche Verletzung liegt nun aber nicht vor, wenn vom Fahrzeuginhaber der Abschluss einer das Herabsetzungsrecht gemäss Art. 14 Abs. 2 VVG ausschliessenden Versicherung verlangt wird, da diese Bestimmung in Art. 97 VVG (der die Vorschriften, die durch Vertragsabrede nicht abgeändert werden dürfen, einzeln auführt) nicht enthalten ist.

3. — Erscheint somit die durch das streitige kantonale Gesetz über den Verkehr mit Motorfahrzeugen vom 5. März 1916 nach der Auslegung der Vorinstanz getroffene Regelung nicht bundesrechtswidrig, so ist damit aber über die vorliegende Klage noch nicht entschieden. Vielmehr muss untersucht werden, ob der dem hier zu

beurteilenden Streite zu grunde liegende Versicherungsvertrag von den Parteien auch tatsächlich im Sinne der vorgenannten Vorschrift abgeschlossen worden ist. Das kann nicht schon deshalb angenommen werden, weil dem Berufungsbeklagten seinerzeit die Verkehrsbeurteilung auf Grund des vorliegenden Versicherungsvertrages tatsächlich erteilt worden ist. Denn die von der Verwaltungsbehörde anlässlich der Erteilung der fraglichen Polizeierlaubnis vertretene Auffassung ist für die Gerichte nicht verbindlich; und sodann steht zudem gar nicht fest, ob überhaupt die betreffende Verwaltungsbehörde dem angefochtenen kantonalen Gesetz hinsichtlich des Ausschlusses des Art. 14 Abs. 2 VVG dieselbe Auslegung zuteil werden liess, wie die Vorinstanz.

Eine ausdrückliche Wegbedingung des dem Versicherer durch Art. 14 Abs. 2 VVG zuerkannten Herabsetzungsrechtes findet sich nirgends in der Police, und auch *per argumentum e contrario* lässt sich nichts aus den Allgemeinen Versicherungsbedingungen herleiten, das die Annahme eines solchen Ausschlusses rechtfertigen würde. Der Hinweis des Berufungsbeklagten auf § 2 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen, wonach Schäden, die der Versicherte absichtlich oder im Zustande der Geistesstörung herbeigeführt hat, von der Versicherung ausdrücklich ausgeschlossen sind, während die durch den Versicherten bezw. den Anspruchsberechtigten grobfahrlässig herbeigeführten Schäden nicht erwähnt werden, ist deshalb nicht stichhaltig, weil in § 2 nur von den Ausschliessungsgründen die Rede ist, nicht aber vom Recht einer allfälligen Kürzung der Leistungspflicht des Versicherers. Über letzteres enthalten die der Police beigedruckten Allgemeinen Versicherungsbedingungen überhaupt keine Bestimmung, sodass hiefür subsidiär die gesetzlichen Vorschriften Platz greifen. Dem kann nicht, wie der Berufungsbeklagte glaubt, die Vorschrift des § 18 der Allgemeinen Versiche-

rungsbedingungen entgegengehalten werden, wonach Vereinbarungen, welche eine Abänderung der in der Police aufgeführten Bedingungen bezwecken, zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Bestätigung der Direktion der Berufungsklägerin bedürfen; denn damit wollte zweifellos nicht gesagt werden, dass durch die in der Police aufgeführten Bedingungen das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien restlos geregelt und daher für eine subsidiäre Anwendung des Gesetzes überhaupt kein Raum mehr sei.

Es bleibt daher zu untersuchen, ob allenfalls im Hinblick auf die bestehenden besonderen Umstände angenommen werden müsse, dass die Parteien bei Vertragsabschluss *stillschweigend* das Herabsetzungsrecht des Art. 14 Abs. 2 VVG als ausgeschlossen erachten wollten. Die Tatsache allein, dass es sich vorliegend um eine Haftpflichtversicherung handelt, die den Zweck verfolgt, Dritte zu schützen, vermöchte die Annahme eines solchen Ausschlusses noch nicht zu rechtfertigen; denn sonst wäre nicht einzusehen, warum vorliegend andere Anspruchsverwirkungsfälle wie z. B. die Unterlassung der rechtzeitigen Schadensanzeige u. a. (die ja auch zur Folge haben können, dass der verletzte Dritte ohne ein eigenes Verschulden leer ausgeht) ausdrücklich in die Police aufgenommen und nicht gegenteils auch ausgeschlossen worden sind. Es könnte sich daher höchstens fragen, ob eine solche stillschweigende Vereinbarung im Hinblick auf die vorerwähnten kantonalrechtlichen Vorschriften, die nach der Auslegung der Vorinstanz vom Automobilisten bei der von ihm abzuschliessenden Haftpflichtversicherung einen derartigen Ausschluss fordern, angenommen werden müsse. Auch das ist jedoch, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, zu verneinen. Es hätte sich vielleicht fragen können, ob die Annahme eines solchen stillschweigenden Ausschlusses allenfalls dann gerechtfertigt gewesen wäre, wenn die streitigen kantonalrechtlichen Vorschriften klar und

unzweideutig wären und auf Grund einer ständigen Praxis als allgemein bekannt erachtet werden müssten. Das trifft jedoch, wie die bei der Beurteilung des vorwürfigen Streit es zu Tage getretenen verschiedenen Auffassungen der Vorinstanzen deutlich zeigen, nicht zu. Das Bezirksgericht hat in seinem Entscheid von einer Verpflichtung des Automobilisten zum Abschluss einer Versicherung mit Ausschluss des Herabsetzungsrechtes gemäss Art. 14 Abs. 2 VVG überhaupt nichts erwähnt, und auch das Kassationsgericht erklärte, dass der Wortlaut des streitigen Gesetzes **gegen** eine solche Verpflichtung spreche, dagegen spreche die *ratio legis* «eher» (also nicht zwingend) für die Auslegung der Vorinstanz; bei sorgfältiger Prüfung sei eine verschiedene Auslegung des Gesetzes möglich. Waren somit die kantonalen Instanzen selber nicht einig darüber, wie die fraglichen Bestimmungen des streitigen kantonalen Gesetzes auszulegen seien, so ist auch kein Raum für die Annahme, dass die Parteien sich über die Bedeutung der fraglichen Vorschriften in dem Sinne, der ihnen von der Vorinstanz beigelegt worden ist, im klaren gewesen seien und dass sie infolgedessen, entsprechend dieser Auslegung, den Ausschluss des Herabsetzungsrechtes, ohne dies in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen ausdrücklich auszusprechen, als stillschweigend vereinbart anerkennen wollten. Die Vorinstanz hat eine Bestätigung für die Richtigkeit einer solchen Annahme allerdings noch darin erblicken zu können geglaubt, dass die Berufungsklägerin dem Geschädigten gegenüber für den streitigen, von ihr nicht bezahlten Betrag Bürgschaft geleistet habe. Das ist jedoch kein schlüssiges Indiz. Hiebei handelte es sich zweifellos nur um ein freiwilliges Entgegenkommen dem Geschädigten gegenüber; denn wenn die Berufungsklägerin im Hinblick auf einen vereinbarten Ausschluss des Herabsetzungsrechtes eine Rechtspflicht zur Leistung der vollen Entschädigung hätte anerkennen wollen, dann wäre nicht einzusehen, warum sie für den streitigen

Restbetrag, statt ihn sofort dem Geschädigten auszu zahlen, nur Bürgschaft leistete. Dieses Verhalten beweist doch, dass sie sich (was bei einer Anerkennung eines Ausschlusses des Herabsetzungsrechtes nicht möglich gewesen wäre) das Recht des Rückgriffes auf den Berufungsbeklagten wahren wollte.

4. — Kann infolgedessen der Berufungsklägerin die Geltendmachung des Herabsetzungsrechtes gemäss Art. 14 Abs. 2 VVG grundsätzlich nicht versagt werden, so bleibt jedoch noch zu untersuchen, ob das dem vorliegenden Streite zugrunde liegende Schadensereignis tatsächlich vom Berufungsbeklagten grobfahrlässig herbeigeführt worden sei und, falls dies zutreffen sollte, ob der von der Berufungsklägerin vorgenommene Abzug im vollen Umfange gerechtfertigt war. Die Angelegenheit ist daher zur Untersuchung und Beurteilung dieser bis heute noch nicht abgeklärten Fragen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

1. Auf die Berufung gegen das Urteil des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 5. September 1927 wird nicht eingetreten.
2. Die Berufung gegen das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 18. März 1927 wird dahin teilweise begründet erklärt, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Angelegenheit zur neuen Beurteilung im Sinne der Motive an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.