



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Kalivoda als Vorsitzende und die Hofrätinnen und Hofräte Dr. Höllwerth, Dr. E. Solé, Mag. Malesich und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei W\*\*\*\*\* AG \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Herbert Salficky, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei H\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch die BLS Rechtsanwälte Boller Langhammer Schubert GmbH in Wien, wegen 178.309,66 EUR sA und Feststellung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 7. Juni 2016, GZ 11 R 76/16a-45, womit das Teilzwischen- und Teilurteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 26. Februar 2016, GZ 13 Cg 138/14f-39, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

#### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Die Klägerin war im August 1999 Haftpflichtversicherer des Trägers des Krankenhauses H\*\*\*\*\*. Der Haftungshöchstbetrag für Personen- und Sachschäden war mit 30 Mio S (= 2.180.185,03 EUR) pro Versicherungsfall festgesetzt. Laut dem dem Versicherungsvertrag zugrunde gelegten Versicherungsbedingungen (AHVB/EHVB 1995) waren auch die Schadenersatzverpflichtungen der im Krankenhaus angestellten Ärzte aus ihrer Tätigkeit im Betrieb mitversichert. Dr. M\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\* war als Facharzt für

Unfallchirurgie im Krankenhaus H\*\*\*\*\* angestellt und damals betreffend seine ärztliche Tätigkeit auch selbst bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten haftpflichtversichert. Der Haftungshöchstbetrag für Personen- und Sachschäden war mit 10 Mio S (= 726.728,34 EUR) festgesetzt.

Dr. S\*\*\*\*\* operierte am 9. 8. 1999 J\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\* und setzte ihm – arthroskopisch assistiert – eine Kreuzbandersatzplastik ein. Wegen Komplikationen bei der Operation wurde für fast vier Stunden die Blutsperre aufrecht erhalten, deren zulässige Dauer von zwei Stunden damit erheblich überschritten wurde; dies stellt einen groben Behandlungsfehler des Operateurs Dr. S\*\*\*\*\* dar, der für Dauer und Aufrechterhaltung der Blutsperre verantwortlich war, während die sonst bei der Operation tätigen Personen nur nach seinen Anweisungen zu agieren hatten. Allein aufgrund der zu lange aufrecht erhaltenen Blutsperre erlitt der Patient ein Compartmentsyndrom des linken Oberschenkels mit ausgedehnten Nekrosen (Absterben) von Teilen der Oberschenkelmuskulatur. Dies erforderte insgesamt zehn Folgeoperationen zur Entfernung der abgestorbenen Teile und zur Hauttransplantation zur Deckung der geschädigten Weichteile. Als Folge des Behandlungsfehlers ist zudem die Nierenfunktion erheblich eingeschränkt („Crush-Niere“), sodass eine intensivpflichtige Hämofiltration notwendig ist. Auch besteht die Möglichkeit des Eintritts weiterer Schäden und Dauerfolgen. Diese Schäden hätten durch rechtzeitigen Abbruch oder Beendigung der Operation mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden werden können.

Aufgrund dieses Behandlungsfehlers hat die Klägerin als Haftpflichtversicherer des Krankenhausträgers an J\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\* und dessen Krankenversicherungsträger bis 28. 2. 2015 Entschädigungszahlungen für Schmerzensgeld,

Verdienstentgang und Behandlungskosten von maximal 356.617,32 EUR geleistet. Es werden voraussichtlich auch zukünftig noch weitere vorfallskausale Leistungen von der Klägerin an J\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\* und dessen Sozialversicherungsträger zu erbringen sein, deren Ausmaß derzeit noch nicht absehbar ist.

Die **Klägerin** beehrte von der Beklagten die Zahlung von zuletzt 178.309,66 EUR sA und die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin die Hälfte aller Schadenersatzzahlungen und Regressforderungen zu ersetzen, die sie aus dem mit dem Krankenhaus H\*\*\*\*\* abgeschlossenen Haftpflichtversicherungsvertrag aufgrund des Schadensfalles vom 9. 8. 1999 an J\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\* und/oder dessen Rechtsträger, der ihm vorfallskausal Sozial-, Pflege- oder Versicherungsleistungen zu erbringen hätte, in Zukunft noch zu leisten habe, wobei die Zahlungsverpflichtung der Beklagten auf höchstens 2.180.185,03 EUR beschränkt sei. Das Risiko der Tätigkeit des Operateurs sei im Sinn des § 59 VersVG doppelt versichert gewesen. Ebenso wie der Rechtsträger des Krankenhauses habe auch der Versicherungsnehmer der Beklagten Dr. S\*\*\*\*\* als behandelnder Arzt für den durch sein Fehlverhalten entstandenen Schaden einzustehen. Aufgrund der Doppelversicherung stehe der Klägerin ein Ausgleichsanspruch nach § 59 Abs 2 VersVG gegen die Beklagte zu. Die Beklagte habe 50 % der bisher liquidierten Beträge zu ersetzen. Aufgrund der zu erwartenden weiteren Schadenersatzzahlungen, insbesondere aus dem Titel des Verdienstentgangs, bestehe auch ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung bis zur Höhe der identen Versicherungssumme beider Versicherungsverträge. Ein allfälliges Mitverschulden anderer Personen sei irrelevant,

ebenso ein allfälliges Organisationsverschulden des Krankenhauses. Subsidiär stütze die Klägerin ihr Begehren auf § 67 VersVG.

Die **Beklagte** beantragte die Abweisung der Klage. Es bestehe keine Doppelversicherung im Sinn des § 59 VersVG, weil die Schadenshöhe nicht absehbar sei und verschiedene Personen Versicherungsnehmer wären. Eine Doppelversicherung könne höchstens in jenem Schadensausmaß gegeben sein, das vom behandelnden Arzt persönlich zu vertreten wäre. Ein Regressanspruch des Krankenhausträgers sei um eine Mitverschuldensquote (Organisationsverschulden, Verschulden anderer Mitarbeiter des Krankenhausträgers) zu kürzen; auf den verbleibenden Rest sei das Dienstnehmerhaftungsprivileg anzuwenden. Es bestehe kein Vorrang des § 59 Abs 2 VersVG gegenüber § 67 VersVG. Die Höhe der Klagsforderung sei nicht nachvollziehbar und nicht angemessen. Ein Regressanspruch könne höchstens ein Viertel der tatsächlichen Schadenssumme betragen; die Klägerin habe auf einen überschreitenden Betrag verzichtet. Der Regressanspruch sei verjährt.

Das **Erstgericht** erkannte das Leistungsbegehren als dem Grunde nach zu Recht bestehend; dem Feststellungsbegehren gab es statt, begrenzte jedoch die Zahlungsverpflichtung der Beklagten mit ihrer vertraglichen Haftungshöchstsumme von 726.728,34 EUR und wies das Feststellungsmehrbegehren ab.

Das Erstgericht bejahte das Vorliegen einer Doppelversicherung, weil die von der Klägerin und der Beklagten jeweils versicherten Risiken Haftungsansprüche von Patienten für Schädigungen durch Kunstfehler umfassen würden. Wenn das Schadensausmaß, wie im vorliegenden Fall noch nicht abschätzbar sei, sei § 59 Abs 2 Satz 1 VersVG

analog anzuwenden. Da diese Bestimmung als Sonderregelung jeder anderen Regressregelung, insbesondere auch der nach § 67 VersVG vorgehe, seien das Dienstnehmerhaftungsprivileg und ein allfälliges Organisationsverschulden des Krankenhausträgers unbeachtlich. Für die Höhe der Regressquote komme es nicht auf das Verhältnis der Höhe der Versicherungssummen an. Ein Verzicht der Klägerin auf einen ein Viertel der tatsächlich entstandenen Schäden übersteigenden Regress lasse sich aus dem Schreiben vom 22. 3. 2006 nicht ableiten.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge und ließ die ordentliche Revision nicht zu, weil es der höchstgerichtlichen Judikatur zur Doppelversicherung gefolgt sei. Es bestätigte die Rechtsansicht des Erstgerichts und verneinte ergänzend ausdrücklich die Verjährung des Regressanspruchs: Die Versicherer würden dem Versicherungsnehmer bei der Doppelversicherung im Sinn des § 890 ABGB als Gesamtschuldner haften; der Erstattungsanspruch nach § 896 ABGB unterliege jedoch der allgemeinen Verjährungsfrist des § 1479 ABGB von 30 Jahren.

Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche **Revision der Beklagten** mit einem auf gänzliche Klagsabweisung zielenden Abänderungsantrag; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zur Verdeutlichung der Rechtslage zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

I. Zu § 59 Abs 2 VersVG:

1.1. Der Oberste Gerichtshof hat in der

Entscheidung 7 Ob 52/02a (= RIS-Justiz RS0116372) zu einem vergleichbaren Fall unter Hinweis auf Judikatur und Lehre bereits Folgendes ausgesprochen:

Die in § 59 Abs 1 VersVG definierte Doppelversicherung ist ein Sonderfall einer Neben- bzw Mehrfachversicherung nach § 58 VersVG. In jedem Fall gehört es zu den Voraussetzungen der Doppelversicherung, dass dasselbe Interesse gegen dieselbe Gefahr bei mehreren Versicherern versichert ist. Als zusätzliches Merkmal gilt aber, dass entweder (erste Alternative) die Summe der Versicherungssummen den Versicherungswert übersteigt oder (zweite Alternative) dass die Summe der von den Versicherern zu zahlenden Entschädigungen aus anderen Gründen den Gesamtschaden übersteigt. Während die erste Alternative auf die Aktivenversicherung zugeschnitten ist, betrifft die zweite Alternative die Passivenversicherung, die keinen Versicherungswert hat, der nach der ersten Alternative mit der Versicherungssumme verglichen werden könnte; darunter fällt vor allem eine Mehrheit von Haftpflichtversicherungen. Bei ihnen kommt es auf den Vergleich zwischen dem Schaden und der Entschädigung an. Voraussetzung der Doppelversicherung ist immer, dass in zwei Versicherungsverträgen dasselbe Interesse versichert wird. Dies muss aber nicht durch dieselbe Person geschehen; Doppelversicherung ist daher auch dann anzunehmen, wenn dasselbe Interesse etwa durch eine Eigenversicherung und durch eine Versicherung für fremde Rechnung geschützt wird. Nicht Identität des Versicherungsnehmers, sondern Identität des versicherten Interesses begründet Doppelversicherung. Dieselbe Gefahr im Sinn des § 59 Abs 1 VersVG liegt auch vor, wenn in den einzelnen Verträgen mehrere Gefahrenkombinationen erfasst sind und die konkrete Gefahr,

die zum Versicherungsfall geführt hat, in den jeweiligen Verträgen gedeckt ist. Während bei der Aktivenversicherung eine Doppelversicherung bereits mit dem Vertragsabschluss entstehen kann, kann bei der Passivenversicherung das Vorliegen einer Doppelversicherung erst im Zeitpunkt des Versicherungsfalles beurteilt werden. Erst dann steht in der Regel fest, ob der Versicherungsnehmer die Deckung aus allen Verträgen in Anspruch nehmen muss, oder ob etwa die Versicherungssumme aus einem Vertrag ausreicht.

Die Versicherer haften dem Versicherungsnehmer bei der Doppelversicherung im Sinn des § 890 ABGB zur gesamten Hand jeweils nach Maßgabe ihres Vertrags. Der Versicherungsnehmer kann also von jedem der Versicherer (ganz oder teilweise) die Entschädigung fordern, die ihm nach dem jeweiligen Vertrag gebührt. Jeder Versicherer ist daher genau in jenem Umfang zur Leistung verpflichtet, in dem er es auch ohne Doppelversicherung wäre. § 59 Abs 1 VersVG begrenzt den Anspruch allerdings insoweit, als der Versicherungsnehmer keinen höheren Anspruch hat als der Betrag des Schadens insgesamt ausmacht. Um die subjektive Gefahr der bewussten oder unbewussten Herbeiführung des Versicherungsfalles zurückzudrängen, die mit der Doppelversicherung und der Aussicht auf eine doppelte Entschädigung verbunden ist, hat der Gesetzgeber also die Entschädigung auf den Schadensbetrag begrenzt.

Damit fiele dem Versicherer, der die Prämien erhalten hat und nach dem Eintritt des Versicherungsfalles an sich seine vertragliche Leistung erbringen müsste, unverdient zumindest ein Teil des Entschädigungsbetrags „in den Schoß“. Dieser bei einer Doppelversicherung auf Seiten der Versicherer entstehende Vorteil soll nach dem Willen des Gesetzgebers auf die an der Doppelversicherung beteiligten



Versicherer nach dem Maßstab des § 59 Abs 2 Satz 1 VersVG verteilt werden: Danach wird das Maß der Anteile, die von einem jeden der gesamtschuldnerisch haftenden Versicherer zu tragen sind, abweichend von § 896 Abs 1 Satz 1 ABGB mit dem Verhältnis der Beträge festgelegt, deren Zahlung ihnen dem Versicherungsnehmer gegenüber obliegt. Der Rückgriffs- bzw Ausgleichsanspruch bemisst sich also nach der Differenz zwischen der vom Versicherer erbrachten Leistung und dem von ihm zu tragenden Anteil. Dieser Anteil bestimmt sich nach Maßgabe der Beträge, deren Zahlung den Versicherern gegenüber dem Versicherungsnehmer vertragsmäßig obliegt. Es kommt also auf das Verhältnis der Beträge an, die die Versicherer dem Versicherungsnehmer aufgrund ihres Vertrags jeweils zu erbringen haben, wobei der Ausgleichsschuldner nur im Rahmen der ihn treffenden Leistungspflicht in Anspruch genommen werden kann. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Rückgriffsanspruch dem Grunde nach nicht erst mit der Leistung durch einen der Versicherer, sondern bereits durch den Versicherungsfall entsteht. Daher kann ein Versicherer nicht auf Ausgleich in Anspruch genommen werden, wenn er durch einen Umstand, der vor diesem Zeitpunkt eingetreten ist, dem Versicherungsnehmer gegenüber leistungsfrei geworden ist oder wenn der Vertrag mit dem Versicherungsnehmer bereits beendet war. Ziel und Zweck der Rückgriffsregelung des § 59 Abs 2 Satz 1 VersVG ist der jeder gesetzlich angeordneten Verteilung gegen Gesamtschuldner innewohnende Gedanke, es zu verhindern, dass durch Gläubigerwillkür (hier durch das Belieben des Geschädigten) bestimmt wird, welcher Gesamtschuldner (hier welcher Versicherer) das zur Befriedigung erforderliche Opfer aufzubringen hat.

Die Besonderheit des Rechtsfalles liegt darin, dass das Vorliegen der zweiten in § 59 Abs 1 VersVG normierten Voraussetzung für eine Doppelversicherung (nämlich dass die Summe der Entschädigungen, die von den Streitparteien ohne Bestehen der anderen Versicherung zu zahlen wären, den Gesamtschaden übersteigt) mehr als zehn Jahre nach Eintritt des Versicherungsfalles immer noch nicht entsprechend sicher beurteilbar ist und möglicherweise erst in Jahrzehnten, allenfalls erst im Zeitpunkt des Todes der bei ihrer Geburt geschädigten Minderjährigen mit (ausreichender) Sicherheit beurteilt werden kann. Wollte man deshalb annehmen, dass in einem solchen Fall der dem Grunde nach bereits durch den Versicherungsfall entstandene Rückgriffsanspruch erst dann fällig werde, wenn abschätzbar sei, ob der Gesamtschaden die Gesamtversicherungssumme von 16 Mio S übersteigt, wäre also zu billigen, dass die von der Geschädigten bisher allein in Anspruch genommene Klägerin (Versicherer), die bereits mehr als 3 Mio S geleistet hat und weiterer hoher Forderungen gewärtig sein muss, allenfalls erst nach Jahrzehnten einen nach § 59 Abs 2 VersVG vorgesehenen Ausgleich erlangen könnte. Ausgehend vom dargestellten Sinn und Zweck der Rückgriffsregelung des § 59 Abs 2 Satz 1 VersVG kann aber nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber eine derart gravierende, mögliche Benachteiligung eines Versicherers tatsächlich in Kauf nehmen wollte. Da eine derartige Konstellation offenbar vom Gesetzgeber nicht bedacht wurde, ist es geboten, § 59 Abs 2 Satz 1 VersVG analog anzuwenden.

Soweit die Revisionsgegnerin (Versicherer) im Falle ihrer Inanspruchnahme Regressmöglichkeiten behauptet und in diesem Zusammenhang auch auf die §§ 2, 3 und 6 DHG verweist, übersieht sie bzw setzt sie sich darüber hinweg, dass

im Falle der Doppelversicherung § 59 Abs 2 VersVG als Sonderregelung jeder anderen Regressregelung, insbesondere auch dem § 67 Abs 1 Satz 1 VersVG nach hM jedenfalls dann vorgeht, wenn der Schädiger – wie hier – der Versicherungsnehmer eines Vertrags ist, durch den die Doppelversicherung entstanden ist. Damit wird vermieden, dass ein Versicherer etwa über eine Legalzession nach § 67 Abs 1 Satz 1 VersVG etwas erlangt, was er nach § 59 Abs 2 VersVG im Wege des Ausgleichs wieder erstatten müsste. Demnach erwirbt der nach § 59 Abs 2 VersVG regressberechtigte Versicherer nicht den vertraglichen Entschädigungsanspruch des Versicherungsnehmers gegen den anderen Versicherer, sondern hat nur den Ausgleichsanspruch nach der zitierten Bestimmung. Dementsprechend kann sich der andere Versicherer nicht auf Haftungsprivilegien nach dem DHG berufen.

Der weitere Einwand, ein Organisationsverschulden des Krankenhauses sei zu berücksichtigen, weil es den Anteil, den die Klägerin von ihr ersetzt verlangen könne, mindere, steht im Widerspruch zur gesetzlichen Anordnung des § 59 Abs 2 VersVG, dass der Anteil, mit dem sich ein Versicherer am Gesamtschaden beteiligen muss, sich zu diesem genauso wie die Leistung verhält, die von diesem Versicherer verlangt werden kann, zur Summe der von allen Versicherern geschuldeten Leistung. Schon das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, dass dem Versicherungsnehmer der Beklagten ein Kunstfehler anzulasten ist und er der Geschädigten für alle daraus resultierenden Nachteile zu haften hat. Von der Beklagten als seiner Haftpflichtversicherer können daher ebenso wie von der Klägerin als Haftpflichtversicherer des Krankenhauses Ersatzleistungen aus dem gegenständlichen Versicherungsfall

bis zur Höhe der Versicherungssumme von 8 Mio S verlangt werden. Da die klagende von der beklagten Versicherung demnach – im Hinblick auf den gleich großen Haftungsrahmen – zu Recht den Ersatz der Hälfte der von ihr geleisteten Ersatzbeträge fordert, kann der Hinweis auf ein Organisationsverschulden des Krankenhauses den gegenständlichen Rückgriffsanspruch nicht schmälern.

1.2. Der Oberste Gerichtshof hat zu 7 Ob 223/11m diese Rechtsprechung bestätigt und insbesondere die Auffassung bekräftigt, wonach Ziel und Zweck der Rückgriffsregelung des § 59 Abs 2 Satz 1 VersVG die Hintanhaltung der Gläubigerwillkür ist, den Gesamtschuldner zu bestimmen, der das zur Befriedigung erforderliche „Opfer“ zu erbringen hat. Der bei einer Doppelversicherung auf Seiten der Versicherer entstehende Vorteil soll nach dem Willen des Gesetzgebers auf die an der Doppelversicherung beteiligten Versicherer nach dem Maßstab des § 59 Abs 2 Satz 1 VersVG verteilt werden. Danach wird das Maß der Anteile, die von jedem der gesamtschuldnerisch haftenden Versicherer zu tragen sind, abweichend von § 896 Abs 1 Satz 1 ABGB mit dem Verhältnis der Beträge festgelegt, deren Zahlung ihnen dem Versicherungsnehmer gegenüber obliegt.

2.1. Die Revision wendet sich gegen die (analoge) Anwendung des § 59 Abs 2 VersVG, bevor feststehe, ob es überhaupt einen Vorteil für die Gesamtheit der Versicherer gebe, also ob eine Doppelversicherung in diesem Sinn vorliege. Der leistende Versicherer sei grundsätzlich nur auf einen Regressanspruch gegen den Schädiger nach § 67 VersVG verwiesen. Von dieser allgemeinen Wertung sei der Gesetzgeber nur punktuell für den Fall, dass eine Doppelversicherung unverrückbar

feststehe, abgewichen. Ein sachlicher Grund für die Verlagerung der Unsicherheit über die Voraussetzungen einer Doppelversicherung und eines Ausgleichsanspruchs nach § 59 Abs 2 VersVG auf den potenziell erstattungspflichtigen Versicherer liege nicht vor. Dadurch werde eine Fristversäumnis zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs gegen den Schädiger saniert. Im Fall der Insolvenz des regressierenden Versicherers könnte es zu einer Schlechterstellung des erstattenden Versicherers – hier der Beklagten – kommen.

2.2. Zunächst ist festzuhalten, dass der in der Entscheidung zu 7 Ob 52/02a vertretene Rechtsansicht zur analogen Anwendung des § 59 Abs 2 VersVG von der Lehre, soweit veröffentlicht, nicht entgegengetreten wurde (*Schauer* in *Fenyves/Schauer* § 59 VersVG Rz 22; *Ertl*, Rechtsprechungsübersicht Versicherungsrecht 2002, *ecolex* 2004, 156).

*Fenyves* (Zum Verhältnis zwischen § 59 Abs 2 und § 67 Abs 1 Satz 1 VersVG in der Haftpflichtversicherung, in FS Welser [2004] 173) meldet zwar erhebliche Bedenken an, führt sie aber in dem Beitrag nicht aus.

2.3. Bei einer – wie hier – Gesetzesanalogie wird eine bestimmte gesetzliche Regel im Einklang mit ihrer ratio, aber über ihren Wortlaut hinaus, auf den „ähnlichen Fall“ erstreckt. Die Ähnlichkeit besteht gerade in der „Gleichheit des Rechtsgrundes und des Schutzbedürfnisses“ (*Bydlinski* in *Rummel*<sup>3</sup> § 7 ABGB Rz 4; *Posch* in *Schwimann/G. Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 7 Rz 10; jeweils mwN). Nach dem Regelungszweck des § 59 Abs 2 VersVG soll der bei einer Doppelversicherung auf Seiten der Versicherer entstehende Vorteil auf die an der Doppelversicherung beteiligten Versicherer nach dem Maßstab seines ersten Satzes verteilt werden. Danach wird

das Maß der Anteile, die von einem jeden der gesamtschuldnerisch haftenden Versicherer zu tragen sind, abweichend von § 896 Abs 1 Satz 1 ABGB festgelegt.

Es soll durch § 59 Abs 2 VersVG – wie dargelegt – vermieden werden, dass bei einer Doppelversicherung von einem Versicherer ein „Sonderopfer“ verlangt wird, weil er seinen Versicherungsvertrag erfüllen muss und der andere nicht. Entsteht der Ausgleichsanspruch aber mit dem Versicherungsfall dem Grunde nach und würde er erst nach einem sehr langen, nicht absehbaren Zeitraum (unter Umständen sogar Jahrzehnte später) fällig, weil erst dann sicher feststeht, dass tatsächlich eine Doppelversicherung vorliegt, so würde man dem in Anspruch genommenen Versicherer genau das nach dem Gesetz zu vermeidende „Sonderopfer“ abverlangen, müsste er mit seiner Leistung doch in Vorlage treten und das Risiko der Geldentwertung allein tragen. Demgegenüber kommt das Risiko einer allfälligen Insolvenz eines Versicherers im Fall eines notwendigen Rückausgleichs kaum zum Tragen. Zur Effektivierung des dargelegten Gesetzeszwecks ist es geboten, § 59 Abs 2 Satz 1 VersVG jedenfalls in den Fällen wie dem vorliegenden analog anzuwenden, in dem nach eineinhalb Jahrzehnten noch immer die Voraussetzungen für eine Doppelversicherung gegeben sind und nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese auch weiter bestehen werden (vgl. RIS-Justiz RS0116372).

3. Im Weiteren bestreitet die Revision eine Verdrängung des § 67 Abs 1 Satz 1 VersVG durch § 59 Abs 2 VersVG.

3.1. Dritter im Sinn des § 67 Abs 1 VersVG ist jeder, der nicht Versicherungsnehmer oder Versicherter ist (RIS-Justiz RS0081376). (Andere) Doppelversicherer und

auch der Versicherungsnehmer, durch dessen Vertrag Doppelversicherung entstanden ist, sind nicht Dritte im Sinn des § 67 VersVG (vgl. RIS-Justiz RS0103748; *Ertl* in *Fenyves/Schauer* § 67 VersVG Rz 17 mwN; vgl. *Schauer* in *Fenyves/Schauer* § 59 VersVG Rz 35). Allgemein entspricht es nunmehr herrschender Ansicht, dass die Sonderregelung des § 59 Abs 2 VersVG (§ 78 VVG) als abschließende Sonderregelung allen anderen Regelungen, darunter auch § 67 Abs 1 VersVG (§ 86 VVG) vorgehe (RIS-Justiz RS0116373; *Halbach* in *Langheid/Wandt*, MünchKomm-VVG<sup>2</sup> § 78 Rn 14; *Armbrüster* in *Prölss/Martin*, VVG<sup>29</sup> § 78 Rn 23 und § 86 Rn 25; *Jahnke* in *Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker*, Straßenverkehrsrecht<sup>24</sup> § 86 VVG Rn 68 ua). Das entspricht auch der Rechtsprechung des BGH (zB Iva ZR 143/87, VersR 1989, 250 mwN).

Dies dient der Vereinfachung der Schadensabwicklung (*Armbrüster* aaO § 78 VVG Rn 23; *Schauer* in *Fenyves/Schauer* aaO). Dem liegt ursprünglich der Gedanke zugrunde, dass der Versicherer nicht etwas über die Legalzession nach § 67 Abs 1 VersVG erlangen solle, was er nach § 59 Abs 2 Satz 1 VersVG im Wege des Ausgleichs wieder erstatten müsse (vgl. *Schauer* in *Fenyves/Schauer* aaO; *Schnepf* in *Bruck/Möller*, VVG<sup>9</sup> § 78 Rn 119 ua). § 67 VersVG ist als durch § 59 Abs 2 VersVG verdrängt zu betrachten, wenn der Versicherer des Schädigers im Verhältnis zum leistenden Versicherer nicht endgültig zur vollständigen Schadenstragung verpflichtet ist (*Schauer* in *Fenyves/Schauer* aaO; *ders* in BK, § 59 VVG Rn 35; vgl. auch *Armbrüster* aaO § 86 VVG Rn 25). Voraussetzung ist allerdings, dass entweder beide Versicherungen Haftpflicht-(Sachersatz-)Versicherungen sind oder zumindest eine der beiden Versicherungen das Haftpflicht-(Sachersatz-)Interesse

des Schädigers einschließt (*Ertl* aaO § 67 VersVG Rz 17 mwN; *Schauer* in *Fenyves/Schauer* aaO). Konkurrieren zwei oder mehrere Haftpflichtversicherungen (oder Versicherungen des Sachersatzinteresses) miteinander, dann trifft der Vereinfachungsgedanke zu. Der leistende Versicherer kann allein nach § 59 Abs 2 VersVG Ausgleich nehmen und nicht nach § 67 VersVG gegen den Schädiger vorgehen (*Schauer* in *Fenyves/Schauer* aaO Rz 37). Da auch im Verhältnis zwischen den Versicherern § 67 VersVG durch § 59 Abs 2 VersVG verdrängt wird, kann ein Versicherer, der den Versicherungsnehmer befriedigt hat, nur nach § 59 Abs 2 VersVG Ausgleich nehmen und erwirbt nicht etwa den vertraglichen Entschädigungsanspruch des Versicherungsnehmers gegen den anderen Versicherer (*Schauer* in *Fenyves/Schauer* aaO Rz 39; *ders* in BK § 59 VVG Rn 39; jeweils mwN).

3.2. Die Entscheidung 7 Ob 52/02a ist im Schrifttum geteilt aufgenommen worden.

*Schauer* (in *Fenyves/Schauer* aaO Rz 37 – unter ausdrücklicher Bezugnahme auf 7 Ob 52/02a) vertritt, dass dann, wenn zwei oder mehrere Haftpflichtversicherungen miteinander konkurrieren würden, der Vereinfachungsgedanke zutrefte, wonach der leistende Versicherer allein nach § 59 Abs 2 VersVG Ausgleich nehmen und nicht nach § 67 VersVG gegen den Schädiger vorgehen könne.

Auch *Ertl* (in *Fenyves/Schauer*, § 67 VersVG Rz 17) legt unter Hinweis auf die Entscheidung 7 Ob 52/02a dar, dass § 59 Abs 2 VersVG als *lex specialis* gegenüber § 67 VersVG verstanden wird, (unter anderem) vorausgesetzt dass beide Versicherungen Haftpflicht-(Schadenersatz-)Versicherungen sind.



*Fenyves* (Zum Verhältnis zwischen § 59 Abs 2 und § 67 Abs 1 Satz 1 VersVG in der Haftpflichtversicherung, in FS Welser [2004] 173 [184 ff]) hingegen kritisiert die Entscheidung. § 59 Abs 2 VersVG gehe als Sonderregelung anderen Regressregelungen dann nicht vor, wenn im Anlassfall die Verdrängung des § 67 Abs 1 Satz 1 VersVG die endgültige Zuweisung des Schadens zwischen den beteiligten Versicherern beeinflussen würde. Beim Zusammentreffen mehrerer Versicherungen, die nicht nur Eigenversicherung seien, sondern auch Fremdversicherungskomponenten enthielten, müsse stets sorgfältig geprüft werden, ob im Einzelfall wirklich Doppelversicherung vorliege oder nur eine einfache Versicherung gegeben sei, die „am Ende des Tages“ zur Schadenstragung durch jenen Versicherer führen müsse, welcher das entsprechende Risiko allein übernommen habe. Im Anlassfall habe nur hinsichtlich des Haftpflichtrisikos des Spitalsarztes, nicht jedoch auch hinsichtlich des Haftpflichtrisikos des Krankenhausträgers eine Doppelversicherung vorgelegen. Die Doppelversicherung zugunsten des Spitalsarztes könne aber nicht bedeuten, dass sich auch der Krankenhausträger auf eine Doppelversicherung berufen könne, der nur aus einem Versicherungsvertrag Deckung habe. Andernfalls würde man zu dem als „absurd“ empfundenen Ergebnis gelangen, dass der Haftpflichtversicherer des Spitalsarztes durch die bloße Existenz einer zweiten Haftpflichtversicherung mit einem Schaden belastet werden würde, den er nicht einmal dann tragen hätte müssen, wenn der mit ihm geschlossene Versicherungsvertrag der einzige Vertrag gewesen wäre. Würde man auch in diesem Fall einen „Vorrang“ des § 59 Abs 2 VersVG gegenüber § 67 Abs 1 Satz 1 VersVG annehmen, dann würde das nicht eine bloße Vereinfachung

der Schadensabwicklung, sondern einen unerklärlichen Eingriff in die Vertragslage bedeuten. Reguliere der Haftpflichtversicherer des Krankenhausträgers die Ansprüche des geschädigten Patienten, stehe ihm in erster Stufe gemäß § 59 Abs 2 VersVG ein Ausgleichsanspruch gegen den Haftpflichtversicherer des Turnusarztes zu. Durch die Erfüllung dieses Ausgleichsanspruchs gehe aber der Erstattungsanspruch, den der Turnusarzt gegen den Krankenhausträger nach dem DHG habe, gemäß § 67 Abs 1 Satz 1 VersVG auf seinen Haftpflichtversicherer über. Diesen Ausspruch könne der Haftpflichtversicherer des Turnusarztes daher in einer zweiten Stufe gegen den Krankenhausträger geltend machen, der nicht durch eine Doppelversicherung geschützt gewesen sei. Im Ergebnis falle daher der Teil des Schadenersatzes, den nach §§ 1295, 1304, 1313 ABGB und §§ 2, 6 DHG der Krankenhausträger zu tragen habe, ausschließlich dessen Haftpflichtversicherer zur Last. Ein Ausgleichsanspruch nach § 59 Abs 2 VersVG sei nur im Bereich jener Quote gegeben, die schadenersatzrechtlich vom Spitalsarzt und in der Folge von dessen Haftpflichtversicherer zu tragen sei.

*Kath* (Regress des Versicherers, 281 ff) schloss sich der Kritik von *Fenyves* an und hob hervor, dass einer Verdrängung des Forderungsübergangs nach § 67 VersVG durch § 59 Abs 2 VersVG die argumentative Grundlage einer (bloßen) „Vereinfachung“ dann genommen sei, wenn die ausschließliche und unmittelbare Ausgleichung nach § 59 Abs 2 VersVG eine Verschiebung der von den einzelnen Versicherern endgültig zu tragenden Schadensquoten im Innenverhältnis bewirke. Eine ausschließliche Anwendbarkeit des § 59 Abs 2 VersVG wäre nur dann richtig, wenn beide Interessen, nämlich sowohl das Haftpflichtinteresse des

Arztes als auch jenes des Krankenhausträgers, jeweils in beiden Versicherungsverträgen (doppelt) versichert gewesen wären.

3.3. *Fenyves* (aaO) will unter Berufung auf *Martin* (Regress des Doppelversicherers gegen den Versicherungsnehmer des anderen Doppelversicherers? in VersR 1978, 881) von der herrschenden Meinung, dass (jedenfalls) bei Haftpflichtversicherungen auch der Doppelversicherer und der Versicherungsnehmer, durch dessen Vertrag eine Doppelversicherung entstanden ist, keine Dritten im Sinn des § 67 VersVG sind und damit § 59 VersVG § 67 VersVG vorgeht, für den vorliegenden Fall eine Ausnahme machen und den Ausgleichsanspruch des Haftpflichtversicherers des Krankenhausträgers gegen den Haftpflichtversicherer des Arztes auf jene Quote kürzen, die rein schadenersatzrechtlich betrachtet im Verhältnis zum Krankenhausträger vom Arzt zu tragen gewesen wäre. Allfällige Ansprüche des Arztes gegen den Krankenhausträger aus Regress wegen Mitverschuldens und (hier) § 3 iVm § 2 Abs 2 DHG seien vom Ausgleichsanspruch in Abzug zu bringen.

Unbestrittene Voraussetzung einer Doppelversicherung ist, dass dasselbe Interesse gegen dieselbe Gefahr versichert ist. *Fenyves* beruft sich bei seiner Ansicht auf den von *Martin* dargelegten Fall, in dem eine Hausratversicherung des Mieters (für das Sachinteresse des Eigentümers und sein Sachersatzinteresse [Haftpflichtinteresse]) und eine Gebäudeversicherung des Eigentümers (für sein Sachinteresse) bestand. Beschädigt der Mieter eine Sache des Eigentümers, dann hat der Hausratversicherer den Schaden allein zu liquidieren, weil für das Haftpflichtinteresse keine Doppelversicherung besteht

und der Schädiger endgültig den Schaden zu tragen hat. In diesem Fall wird zutreffend zwischen den verschiedenen versicherten Interessen und Gefahren unterschieden.

Der Fall bietet aber keine Begründung dafür, dass bei Vorliegen desselben versicherten Interesses und derselben versicherten Gefahr nach versicherungsrechtlichen Grundsätzen noch eine weitere Differenzierung nach rein schadenersatzrechtlichen Grundsätzen anzustellen wäre, die zur Kürzung des Ausgleichsanspruchs führen müsste. Auch aus der in der zitierten Lehre vertretenen Ansicht lässt sich nichts anderes ableiten.

Im vorliegenden Fall ist aber unstrittig das Haftpflichtrisiko des behandelnden Arztes sowohl durch eine Eigenversicherung (Beklagte) als auch durch eine Versicherung auf fremde Rechnung (Klägerin) versichert. Es sind damit dasselbe Interesse und dieselbe Gefahr doppelt versichert. Beide Versicherer sind dem Arzt gegenüber aus den Versicherungsverträgen verpflichtet, Haftpflichtansprüche des von ihm geschädigten Patienten zu ersetzen. Die Klägerin hat die Ansprüche des Patienten (gestützt auf das Verschulden des Arztes) bis jetzt befriedigt. Unstrittig besteht versicherungsrechtlich ein Ausgleichsanspruch der Klägerin. Der konkreten schadenersatzrechtlichen Beurteilung und damit der konkreten Belastung eines Versicherers gegenüber dem anderen (mit oder ohne Anspruchsübergang nach § 67 VersVG) kommt hingegen keine Bedeutung zu, weil sie weder mit dem versicherten Interesse noch mit der versicherten Gefahr zu tun hat und so vom Gesetz nicht vorgesehen ist. Dass § 59 VersVG nicht nur Vorteile (etwa im Verhältnis zum Forderungsübergang nach § 67 VersVG kein Insolvenzrisiko) bringt, hat bereits der BGH ausgesprochen. So vertritt er zum

Einwand, der Versicherer dürfe nicht dadurch schlechter gestellt werden, dass eine freiwillige Haftpflichtversicherung abgeschlossen worden sei, dass es das Gesetz in Kauf genommen habe, dass der beteiligte Versicherer, der bei einer Doppelversicherung durch das Ausgleichsverfahren nach § 59 Abs 2 VersVG generell begünstigt wird, im konkreten Einzelfall durch den Verlust eines ohne Doppelversicherung möglicherweise begründeten Regressanspruchs auch einen Nachteil erleiden kann (vgl BGH IV ZR 29/75, VersR 1976, 847). Die jüngere Rechtsprechung des BGH gewährt dem Gebäudeversicherer gegen die Haftpflichtversicherung des Mieters, welche Ansprüche wegen Schäden an gemieteten Sachen deckt, sogar einen Ausgleichsanspruch in bloß analoger Anwendung des § 59 VVG [alt], welcher als „spezielle Ausgleichsregelung unter den beteiligten Versicherern andere Ausgleichsansprüche verdrängt“ (BGH IV ZR 273/05, VersR 2006, 1536 [Günther], insb Rz 22 f). Damit wird aber deutlich, dass die auf die Meinungen von *Fenyves* und *Kath* gestützte Ansicht der Revision, der Ausgleich zwischen den Versicherern nach § 59 VersVG habe die materiell-rechtlichen Verhältnisse deckungsgleich abzubilden, nicht verfängt.

3.4. Der Oberste Gerichtshof sieht keine Veranlassung, von seiner der herrschenden Meinung folgenden Rechtsprechung abzugehen.

Die Revision vertritt sogar darüber hinausgehend im Ergebnis, dass die Klägerin gar keinen Anspruch nach § 59 Abs 2 VersVG habe, sondern nur den auf sie nach § 67 VersVG übergegangenen Anspruch gegen ihren Versicherungsnehmer (Arzt). Sie sei daher nicht passivlegitimiert. Damit steht sie selbst mit *Fenyves* und *Kath*

im Widerspruch und liefert dazu keine nachvollziehbare Begründung, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist.

3.5. Da bei einem Regress des Haftpflichtversicherers des Krankenhausträgers nach § 59 Abs 2 VersVG dem Haftpflichtversicherer des Spitalsarztes keine Einwendungen aus dem internen Verhältnis zwischen dem Spitalsarzt und dem Krankenhausträger zustehen, bedarf es dazu auch keiner Feststellungen.

3.6. Zu 7 Ob 223/11m wurde bereits ausgesprochen, dass sich der Rückgriffs- bzw Ausgleichsanspruch nach der Differenz zwischen der vom Versicherer erbrachten Leistung und dem von ihm zu tragenden Anteil bemisst. Dieser Anteil wiederum bestimmt sich nach Maßgabe der Beträge, deren Zahlung dem Versicherer seinem Vertrag gemäß obliegt. Ausgehend von diesen Grundsätzen wurde ausgesprochen, dass die beiden Versicherer eine Ersatzpflicht nicht im Verhältnis der (nicht ausgeschöpften) Versicherungssummen zueinander, sondern im Verhältnis 1 : 1 trifft.

Demnach kommt es bei der Bestimmung der Anteile nur darauf an, welche konkreten Beträge (wenn auch der Höhe nach mit den jeweils vereinbarten Versicherungssummen begrenzt) von den einzelnen Versicherern vertragsgemäß ohne Vorliegen einer Doppelversicherung – als wären die anderen Verträge nicht vorhanden (vgl *Schauer* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 59 Rz 14; *ders* in BK § 59 VVG Rz 14; *Armbrüster* in *Prölss/Martin*, VVG<sup>29</sup> § 78 Rn 8) – zu zahlen wären. Die Versicherer hier haben den Schaden je zur Hälfte zu tragen (vgl auch *Schauer* in *Fenyves/Schauer* aaO Rz 24). Auf das Verhältnis der jeweiligen Versicherungssummen kommt es nicht an.

3.7. Nach § 393 Abs 1 ZPO kann das Gericht vorab über den Grund des Anspruchs durch Urteil entscheiden (Zwischenurteil), wenn in einem Rechtsstreit ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig und die Verhandlung zunächst bloß in Ansehung des Grundes zur Entscheidung reif ist, und zwar auch wenn noch strittig ist, ob der Anspruch überhaupt mit irgendeinem Betrag zu Recht besteht. Zur Erlassung eines Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs ist es somit erforderlich, dass alle rechtserzeugenden Tatsachen, aus denen der Anspruch abgeleitet wird, und alle Einwendungen, die den Bestand berühren, geklärt sind (RIS-Justiz RS0040935; RS0122728; RS0040743); ein den Grund des Schadenersatzanspruchs bejahendes Zwischenurteil setzt voraus, dass irgendein Schaden wirklich entstanden ist; die bloße Möglichkeit eines Schadenseintritts reicht nicht hin (RIS-Justiz RS0040945).

Dass von der Klägerin bereits Entschädigungszahlungen geleistet wurden, ergibt sich aus den erstgerichtlichen Feststellungen; deren genaue Höhe ist im weiteren Verfahren zu klären (RIS-Justiz RS0102003).

## II. Zum Verzicht:

1. Die Revision sieht im Schreiben vom 22. 3. 2006 einen einseitigen Verzicht der Klägerin auf die Geltendmachung eines ein Viertel der tatsächlich entstandenen Schäden übersteigenden Regresses. Dabei übersieht sie, dass der Verzicht nach herrschender Rechtsprechung ein Vertrag ist, der deshalb der Annahme bedarf (RIS-Justiz RS0034122), die allerdings auch konkludent erfolgen kann (RIS-Justiz RS0014190). Eine – wenn auch nur konkludente – Annahme der im Schreiben der Klägerin enthaltenen Erklärung zum Teilungsverhältnis wurde von der Beklagten im gesamten Verfahren nicht

behauptet und es ergibt sich dies auch nicht aus den Feststellungen.

2. Bei nach ständiger Rechtsprechung gebotener einschränkender Auslegung von Verzichtserklärungen (RIS-Justiz RS0038546) ist den Vorinstanzen beizupflichten, dass der Erklärung der Klägerin über das Teilungsverhältnis nur im Rahmen der Vergleichsverhandlungen Bedeutung beizumessen ist und sie keine Aufgabe einer darüber hinausgehenden Inanspruchnahme im Fall des Scheiterns der Vergleichsverhandlungen beinhaltet.

### III. Zur Verjährung:

Der Ausgleichsanspruch nach § 59 Abs 2 Satz 1 VersVG unterliegt – abgesehen vom Maßstab der Ausgleichung – dem § 896 ABGB. Für diesen gilt daher die allgemeine Verjährungsfrist des § 1479 ABGB von 30 Jahren (*Schauer in Fenyves/Schauer* § 59 VersVG Rz 32 mwN; vgl allgemein zu § 896 ABGB: RIS-Justiz RS0017572). Der Ausgleichsanspruch ist demnach nicht verjährt.

IV. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 4 ZPO iVm § 393 Abs 4 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 25. Jänner 2017  
Dr. K a l i v o d a  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: