

befunden und erwogen:

I.

1. Mit Urteil vom 24. Januar 2003 wies der Gerichtspräsident 1 des Gerichtskreises V Burgdorf-Fraubrunnen die Klage des Klägers/Appellanten(fortan Appellant) kostenfällig ab (p. 79).
2. Form- und fristgerecht (Art. 338 f. ZPO) appellierte der Appellant mit Eingabe vom 6. Februar 2003 (Postaufgabe) gegen dieses Urteil und beantragte die Feststellung der Leistungspflicht der Beklagten/Appellatin (nachfolgend Appellatin) aus Versicherungsvertrag (Police XXX oder Police BBB), unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen (p. 85).
3. Anlässlich der oberinstanzlichen Hauptverhandlung vom 1. Juli 2003 bestätigte der Appellant das in der Appellationserklärung gestellte Rechtsbegehren (p. 109). Die Gegenpartei schloss auf kostenfällige Abweisung des Begehrens des Appellanten (p. 109).
4. Mit ausdrücklichem Einverständnis der Parteivertreter wurde nach Art. 205 ZPO vorgegangen (Urteilsberatung und -fällung in Abwesenheit der Parteien und Eröffnung des Urteils durch Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung [p. 111]). Die Urteilsberatung und -fällung fand am 4. Juli 2003 statt (p. 115 f.).
5. Der Appellationshof ist sachlich, örtlich und funktionell zuständig (Art. 7 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 335 Abs. 1 ZPO), so dass materiell auf die Appellation eingetreten wird.

II.

1. Im oberinstanzlichen Plädoyer führte der Rechtsvertreter des Appellanten aus, aus den Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) der Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherung (Art. 1 Ziff. 2 lit. a), welche Vertragsgrundlage der vom Appellanten abgeschlossenen Haftpflichtversicherung für „Vereine und Clubs“ darstellten, gehe hervor, dass auch die Haftpflicht des Mieters von Grundstücken, etc., die ganz oder teilweise dem versicherten Betrieb dienen, gedeckt sei. Versicherungsnehmer sei gemäss der Police „Haftpflichtversicherung für Vereine und Clubs“ Nr. BBB der Appellant. Er habe den albanischen Verein vertreten, da dieser kein Verein im rechtlichen Sinn mit Rechtspersönlichkeit darstelle, sondern lediglich als einfache Gesellschaft zu qualifizieren sei. Unter „Clubs“ falle ohne weiteres auch ein Verein im untechnischen Sinne. Der Appellant sei Versicherungsnehmer des Vereins. Versichert worden sei das Clublokal. Die Einschränkung des Versicherungsumfangs gemäss Art. 6 lit. i der AVB betreffe lediglich bewegliche Sachen. In Art. 1 Ziff. 2 lit. i, welcher die versi-

cherte Haftpflicht regle, seien unbewegliche Sachen ausdrücklich aufgeführt. Damit sei vorliegend die Deckung klar gegeben.

Versicherungsnehmer der Haushaltversicherung („B“) der Appellatin sei der Appellant. Dieser sei Ausländer und verstehe kaum deutsch. Es sei an sich richtig, dass die einzelnen Ziffern der AVB der B-Versicherung in der richtigen Reihenfolge und im Zusammenhang auszulegen seien, wie die Appellatin in ihrer Klageantwort in Art. 10 ausgeführt habe. Diese seien aber derart komplex, dass sie kaum nachvollzogen werden könnten. Es sei stossend, wenn man sich „geistiger Turnübungen“ bedienen müsse, um die Versicherungsdeckung zu verneinen. Unter A 1 der AVB der Haushaltversicherung seien die Sachschäden geregelt. Darunter fielen gemäss A 1 Ziff. 2 auch Schäden durch Mieter von Sachen, wobei bewegliche wie unbewegliche gleichermassen erfasst würden. Gemäss A 14 Ziff. 1 i.V.m. A 13 Ziff. 4 und 6 seien Mieterschäden im weitesten Sinn gedeckt, d.h. nicht nur Schäden selbstbewohnter Liegenschaften. Die Klammerangaben in A 14 dienten gemäss den eigenen Aussagen der Appellatin der Verdeutlichung. Diese könnten somit nicht zur Einschränkung des Deckungsumfanges herangezogen werden. Die Bestimmung von A 9 komme vorliegend nicht zur Anwendung, da sie nur Einschränkungen bezüglich der Haftpflicht beim Eigentum enthalte. Das Führen einer zwangslosen Vereinigung ohne Rechtspersönlichkeit gehöre gerade in der Schweiz zum "Verhalten im täglichen Leben", wie es in A 1 der AVB verlangt werde. Um die diesbezügliche Deckung auszuschliessen, wäre eine ausdrückliche Vereinbarung nötig gewesen. Nicht zum Verhalten im täglichen Leben gehöre nur eine geschäftliche, auf Dauer ausgerichtete, gewerbliche Verrichtung, mit welcher der Lebensunterhalt bestritten werde.

In casu sei der entstandene Schaden durch die Appellatin auf jeden Fall zu ersetzen. Wenn nicht gestützt auf die AVB, so zumindest in Anwendung der Unklarheitenregel gemäss Art. 33 VVG, welche hinsichtlich der Ausnahmebestimmungen von A 6 – 13 zur Anwendung gelange.

2. Demgegenüber liess die Appellatin in oberer Instanz ausführen, die erstinstanzlichen Erwägungen seien zutreffend und zu bestätigen. Im vorliegenden Fall gehöre die Führung des Vereins nicht zum Verhalten im täglichen Leben. Der Appellant sei nicht allein verantwortlich gewesen für den Betrieb des Clublokals. Ferner habe der Appellant beim Regierungsstatthalteramt um eine Betriebsbewilligung für einen nicht öffentlichen Gastgewerbebetrieb mit Alkoholausschank ersucht. Es seien im Lokal Getränke verkauft und diverse Geldspiele angeboten worden. A 13 erfasse einzig Schäden in der privaten Wohnung des Appellanten. Versicherungsnehmer der Haushaltversicherung sei allein der Appellant, also nicht der Verein. Dieser sei mithin nicht versichert.

Hinsichtlich der Vereinsversicherung sei festzuhalten, dass der Appellant die Appellatin als Mieter belange, nicht als Verein. Der Appellant müsse sich jedoch beim Verein schadlos hal-

ten. Die Haftpflicht für Vereine und Clubs umfasse ausschliesslich Schäden an Personen im Vereinslokal. Jegliche Mieterhaftpflicht sei in Art. 6 lit. i AVB ausgeschlossen worden.

III.

A. Sachverhalt

1. Hinsichtlich der Darlegung des rechtserheblichen Sachverhalts kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz unter lit. B der Urteilerwägungen verwiesen werden, da dieser in casu unbestritten ist und es keinen Sinn macht, in mehr oder weniger unveränderter Redaktion das Gleiche zu sagen (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage 2000, N 3 zu Art. 351 ZPO).
2. Uneinig sind sich die Parteien darüber, wie die vorliegend massgeblichen Klauseln der (allgemeinen und ergänzenden) Vertragsbedingungen zu den beiden vom Appellanten mit der Gegenpartei abgeschlossenen Versicherungsverträge (B, Haushaltversicherung [Police Nr. XXX sowie Haftpflichtversicherung für Vereine und Clubs [Police Nr. BBB)) auszulegen sind.

B. Rechtliches

Der Appellant fordert Versicherungsleistungen für Schäden am von ihm gemieteten Objekt (Clublokal des Albanervereins). Er stützt seine Ansprüche einerseits auf die Privathaftpflichtpolice, andererseits auf die Betriebshaftpflichtversicherung des Albanischen Vereins.

1. Haushalt- bzw. Privathaftpflichtversicherung („B“)

 - a. Vorab kann hinsichtlich der Haftung aus der „B“-Versicherung auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Seiten vier bis sechs der Urteilsbegründung).
 - b. Gemäss A 1 der AVB besteht u. a. Versicherungsschutz bei Sachschäden, für welche der Versicherte als Privatperson aus seinem Verhalten im täglichen Leben haftpflichtig wird. Die Vorinstanz hat die Klausel „im täglichen Leben“ nach dem Vertrauensprinzip (unter Berücksichtigung der Ungewöhnlichkeitsregel) ausgelegt und kam zum Schluss, die Vereinstätigkeit gehöre nicht zum Privatbereich des Appellanten; vielmehr habe dieser damit einen Beruf ausgeübt (vgl. Ziff. 2.a der Urteilerwägungen). Dieser Auffassung ist zuzustimmen.

Neben den vom Vorrichter genannten Argumenten ist ergänzend Folgendes festzuhalten: Bei dem vom Appellanten gemieteten Clublokal handelte es sich um einen Gastgewerbebetrieb mit immerhin 70 Plätzen (vgl. Betriebsbewilligung für nicht öffentlichen Gastgewerbebetrieb mit Alkoholausschank des Regierungsstatthalters von Burgdorf, p. 48). Damit kann durchaus ein ansehnlicher Umsatz und auch Gewinn erwirtschaftet werden. Einen solchen Betrieb als Geschäftsführer zu leiten (siehe die Angaben des Appellanten im Gesuch um Betriebsbewilligung, p. 45), geht nach Auffassung der Kammer klar über ein reines Hobby hinaus. Im Lokal wurden entgeltlich Getränke ausgeschenkt, auch alkoholische. Ferner war offenbar mindestens ein Glückspielautomat aufgestellt. Der Betrieb war mithin grundsätzlich auf selbständigen Erwerb bzw. eine dauernde wirtschaftliche Tätigkeit ausgerichtet. Daran ändert selbstredend nichts, dass die Führung des Lokals offenbar nicht rentierte und der Appellant damit nicht seinen Lebensunterhalt bestritt (vgl. p. 40).

- c. In A 1 der AVB ist die Haftpflicht des Versicherungsnehmers als Mieter (...) versichert. Die Einschränkungen gemäss A 6-13 bleiben aber vorbehalten. A 13 Ziff. 3 hält explizit fest, dass nicht versichert sind: Schäden an Sachen, an oder mit denen ein Versicherter gegen Entgelt eine Tätigkeit ausübt. Zudem schliesst A 13 Ziff. 2 AVB sämtliche Schäden aus, welche im Zusammenhang mit einem gewerblichen Betrieb stehen. Oben (lit. b) wurde beweismässig festgestellt, dass der Appellant eine gewerbliche Tätigkeit ausübte. Somit ist die Haftung der Appellatin auch gestützt auf A 13 Ziff. 2 AVB zu verneinen.

Die von Fürsprecher Pfulg erwähnten Bestimmungen/Einschränkungen von A 9 AVB sind auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Der Appellant ist nicht Eigentümer des Clubraums – und nur beim Eigentum ist der gewerbliche Betrieb ausgenommen (vgl. A 9 Ziff. 11). In A 9 Ziff. 3 AVB wird festgehalten, dass auch die Haftpflicht als Mieter von unbebauten Grundstücken, die nicht eigenen Erwerbszwecken dienen, versichert ist. Die erwähnten Klauseln, wie auch A 13 Ziff. 3 AVB, verdeutlichen, dass die Privathaftpflichtversicherung jeglichen Schutz einer beruflichen Tätigkeit ausschliesst. Diese Auslegung wird bestätigt durch die Regelung in A 12 Ziff. 5 AVB. Danach ist die Haftpflicht für Schäden im Zusammenhang mit der Ausübung einer haupt- oder nebenberuflichen Tätigkeit nur aufgrund besonderer Vereinbarungen versichert.

Nach S. Fuhrer in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Honsell/Vogt/Schnyder [Hrsg.], Basel/Genf/München 2000, N 113 zu Art. 33 VVG, deckt die Privathaftpflichtversicherung die Haftung der Versicherten in ihrer Eigenschaft als Privatperson für eigenes Verhalten im privaten Leben, unter Ausschluss jeder beruflichen Tätigkeit. Teilweise wird auch nur die Haftung aus hauptberuflicher

Tätigkeit ausgeschlossen, was vorliegend jedoch nicht der Fall ist (vgl. A 12 Ziff. 5 AVB). Diese Definition der Privathaftpflichtversicherung entspricht genau dem vom Gericht durch Auslegung ermittelten Vertragsinhalt der vorliegenden Policen der Appellatin.

- d. In casu ist ferner A 13 Ziff. 6 von Bedeutung. Nach dieser Bestimmung ist die Haftung ausgeschlossen für Schäden, welche mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden mussten. Insbesondere sind (...) durch übermässige Beanspruchung entstandene Mieterschäden nicht versichert. Gerade um einen derartigen Schaden geht es vorliegend, nach der bisherigen Beweislage.

2. Betriebshaftpflichtversicherung (Haftpflichtversicherung für Vereine und Clubs)

- a. In der Police Nr. BBB der „Haftpflichtversicherung für Vereine und Clubs“ (KB 8) steht unter dem Stichwort „Versicherungsnehmer“ Folgendes: „Albanischer Verein X.“ Aus dieser Umschreibung kann nach Ansicht der Kammer nicht geschlossen werden, dass neben dem Verein auch X selber Versicherungsnehmer ist, heisst es im Titel der Police doch klar: „Haftpflichtversicherung für Vereine und Clubs“. Mit der erwähnten Definition des Versicherungsnehmers in der Police wird offensichtlich bloss die Ansprechperson des Vereins genannt resp. die Zustelladresse aufgeführt, mehr nicht.
- b. Der Albanische Verein hat unbestrittenermassen keine Statuten und ist nicht im Handelsregister eingetragen. Er verfügt somit über keine Rechtspersönlichkeit im Sinne von Art. 60 Abs. 1 und 2 ZGB. Es handelt sich demnach um eine einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR. Für Verpflichtungen der Gesellschaft haften die Gesellschafter solidarisch (Art. 544 Abs. 3 OR). In casu ist nicht der Verein (als einfache Gesellschaft) Mieter des Lokals, sondern allein der Appellant (siehe Mietvertrag vom 11. Dezember 1995, KB 3). Letzterer hat nicht eingewendet, er habe das Lokal dem Verein untervermietet. Allenfalls wurde das Lokal dem Verein zum Gebrauch überlassen (siehe auch die Ausführungen des Vorrichters auf Seite sechs des Urteils). Im Übrigen geht der Appellant auch selber davon aus, dass er selber der Mieter sei und im Verhältnis zum Vermieter hafte (vgl. Klageschrift, Seite neun, sowie die Bestimmungen im Mietvertrag, KB 3, Ziffer 5 [„... für verursachte Schäden haftet der Mieter.“], ferner die zutreffenden Erwägungen des Vorrichters zu Art. 257 f Abs. 1 OR auf Seite vier oben der Urteilsbegründung).

Dem Verein ist bisher kein Schaden entstanden, da er nicht Mieter des Clublokals ist und somit dem Vermieter gegenüber nicht als Mieter haftet. Der Mieter X hat vorliegend auch nicht auf den Verein Rückgriff genommen. Eine Regressnahme wird nirgends behauptet.

tet, im Gegenteil, hält der Appellant in seiner Klageschrift (Art. 5, Seite 10) sogar explizit fest, der Schaden richte sich nach der vom Vermieter gestellten Rechnung, die Schadenshöhe werde nicht bestritten. Weiter führt der Appellant in der Klage aus, der Appellant hätte nichts einzuwenden, wenn es der Gegenpartei gelingen würde, die vom Vermieter gestellte Schadenersatzforderung zu reduzieren.

Auch wenn sich der Appellant selbst als versicherter Adressat betrachtet und Leistungen aus der Police Nr. BBB verlangt, weil er das Lokal ja im Auftrag des Vereins gemietet habe, ändert dies nichts an der bewiesenen Tatsache, dass er allein Mieter ist und eben gerade als solcher haftet.

Wie erwähnt, hat der Albanische Verein keine Statuten und keine statutarischen Aufgaben definiert. Der Appellant kann sich demzufolge mit dem von ihm eingegangenen Mietverhältnis auch nicht auf eine statutarische Aufgabe berufen. Diese Behauptung in der Rechtschrift (siehe Klage, Seite 11) erweist sich als aktenwidrig.

Da dem Verein mithin (noch) kein Schaden entstanden ist, fehlt eine grundsätzliche Anspruchsvoraussetzung für eine Versicherungsleistung. Die Klage ist bereits aus diesem Grunde abzuweisen.

- c. Bei der Vereinsversicherung gehen die Ergänzenden Vertragsbedingungen (EVB) als „lex specialis“ den Allgemeinen Vertragsbedingungen ausdrücklich vor. Gemäss Art. 3 lit. a EVB erstreckt sich der Versicherungsschutz u. a. *nicht* auf Ansprüche aus Schäden aus dem Eigentum und Betrieb von Unternehmungen mit gewerblichem Charakter.

Betreibt ein Verein eine Festwirtschaft, besteht gemäss Art. 3 lit. a EVB i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. c EVB Versicherungsschutz aus der Haftpflichtversicherung für Vereine. Bereits bei Festhütten und Zelten braucht es freilich eine besondere Vereinbarung, damit die Haftpflicht aus dem Bestand und Betrieb derselben versichert ist (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. b EVB). Im vorliegenden Fall, in welchem gemäss den Aussagen des Appellanten und laut der Betriebsbewilligung eine dauernde Bewirtung im Clublokal vorgesehen ist (siehe hierzu auch die Ausführungen oben unter Ziff. 1 lit. a), und zwar auch für Nicht-Clubmitglieder, müsste also eine besondere Vereinbarung vorliegen, damit die Appellatin Versicherungsdeckung zu gewähren hätte. Das ist vorliegend nicht der Fall.

- d. Zur Ungewöhnlichkeitsregel: Sie besagt, dass von der globalen Zustimmung zu allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen sind, auf deren Vorhandensein die schwächere, weniger geschäftserfahrene Partei nicht besonders aufmerksam gemacht worden ist. Die Partei, welche die AGB in den Vertrag aufgenommen hat,

muss aufgrund des Vertrauensprinzips davon ausgehen, dass ihr unerfahrener Vertragspartner gewisse ungewöhnliche Klauseln nicht will (vgl. zum Ganzen, BSK VVG Fuhrer, a.a.O., N 57 ff. zu Art. 33 VVG). Die Ungewöhnlichkeitsregel knüpft also an das Überraschungsmoment an. Die Ungewöhnlichkeit betrifft die Frage der Konsensbildung und ist demzufolge abzugrenzen von der Unbilligkeit.

Damit einer AGB-Bestimmung die Anwendung versagt wird, muss einerseits ein Macht- und Erfahrungsgefälle vorliegen und andererseits muss die fragliche Klausel sowohl subjektiv als auch objektiv ungewöhnlich sein. Ob eine Klausel als subjektiv ungewöhnlich anzusehen ist, beurteilt sich nach einem individuellen Massstab, d.h. es kommt auf das spezifische Fachwissen, die Branchenkenntnisse und die allgemeine Geschäftserfahrung des betreffenden Konsumenten an. Die objektive Ungewöhnlichkeit setzt voraus, dass die betreffende Klausel einen geschäftsfremden Inhalt hat, sie muss demnach die Vertragsnatur wesentlich verändern oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen dieses Vertragstypus fallen (BSK VVG Fuhrer, a.a.O., N 60, N 63 und 64 zu Art. 33 VVG).

Der Appellant ist Ausländer und versteht die deutsche Sprache schlecht. Spezielle Kenntnisse über Versicherungsprodukte besitzt er wohl nicht, sonst hätte er vor Abschluss der vorliegenden Policen sicherlich keine Beratung in Anspruch genommen. Wie erfahren der Appellant in allgemeinen geschäftlichen Belangen ist, steht nicht eindeutig fest, da darüber nicht Beweis geführt wurde. Indessen ist davon auszugehen, dass der Appellant keine überdurchschnittliche allgemeine Geschäftserfahrung hat.

Gestützt auf diese Ausführungen müssten die in den AVB bzw. EVB enthaltenen Ausschlussbestimmungen, welche von der Appellatin angerufen wurden, wohl als subjektiv ungewöhnlich qualifiziert werden. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Haftpflichtversicherung für Vereine und Clubs, da offensichtlich ist, dass der Appellant den Betrieb des Clublokals versichern wollte.

Demgegenüber liegt in casu jedoch klar keine objektive Ungewöhnlichkeit vor. Denn die von den Parteien angerufenen Klauseln der EVB resp. AVB weisen in objektiver Hinsicht keinen geschäftsfremden Inhalt auf. Auch verändern diese die Vertragsnatur nicht wesentlich und fallen auch nicht in erheblichem Masse aus dem Rahmen einer Privathaftpflichtversicherung oder Vereinsversicherung. Dies gilt insbesondere für die Bestimmung von Art. 3 lit. a EVB. Nach Auffassung der Kammer ist es nämlich keineswegs ungewöhnlich, wenn ein Verein z. B. einmal im Jahr eine Festwirtschaft betreibt. Für aus diesem Betrieb resultierende Schäden wäre er laut den vorliegenden EVB denn auch gedeckt. Hingegen ist eher ungewöhnlich, dass ein Verein zur Pflege der Kultur einer Ethnie regelmässig ein Lokal betreibt, in welchem bis zu 70 Personen bewirtet werden können.

Die Voraussetzungen der Ungewöhnlichkeitsregel müssen kumulativ erfüllt sein (BSK VVG Fuhrer, a.a.O., N 60 zu Art. 33 VVG). Wie erwähnt, sind die fraglichen Bestimmungen der EVB und AVB objektiv nicht ungewöhnlich. Sie sind mithin vom Konsens erfasst und demzufolge in casu anwendbar.

Der Appellant zitierte ein im Basler-Kommentar bei der Kasuistik zur Ungewöhnlichkeitsregel im Zusammenhang mit Haftpflichtversicherungen erwähntes Beispiel (BSK VVG Fuhrer, a.a.O., N 65 zu Art. 33 VVG). Aus dem an der erwähnten Stelle behandelten Fall kann der Appellant jedoch nichts zu seinen Gunsten ableiten.

In diesem Beispiel hat es der Präsident eines Sportverein zugelassen, dass die dem Verein obliegende Pflicht, auf seinem Sportplatz spielende Kinder vor bestimmten Gefahren zu schützen, verletzt wird. Er haftete deshalb für den durch einen Unfall entstandenen Schaden. Der Privathaftpflichtversicherer lehnte die Übernahme des Schadens ab. Er stützte sich dabei auf folgende Bestimmung: „Versichert ist die Haftpflicht des Versicherungsnehmers aus den Gefahren des täglichen Lebens – mit Ausnahme der Gefahren eines Betriebes, Berufes, Dienstes, Amtes (auch Ehrenamtes), einer verantwortlichen Betätigung in Vereinigungen aller Art...“. Diese Klausel erachtete der deutsche BGH als nicht ungewöhnlich, da der Versicherungsnehmer damit rechnen müsse, dass im Rahmen einer Privathaftpflichtversicherung die Gefahren eines Betriebes nicht gedeckt seien. Das Gleiche gelte für die Tätigkeit als Vorsitzender eines Vereins, da das damit verbundene Haftungsrisiko über die allgemeinen Gefahren des täglichen Lebens hinausginge.

Als Anmerkung zur zitierten Kommentarstelle (BSK VVG Fuhrer, a.a.O., N 65 zu Art. 33 VVG) fügt der Autor an, in der Schweiz enthielten die Privathaftpflichtversicherungsverträge ähnliche Ausschlussklauseln. Dem Grundsatz nach sei das Urteil des BGH deshalb durchaus auf die Schweiz übertragbar. Allerdings gingen die in der Schweiz verwendeten Klauseln in der Regel weniger weit, weshalb Fälle wie der vorliegende gedeckt sein dürften.

In casu ist nach Auffassung der Kammer bereits fraglich, ob die in A 1 der AVB der „B“-Versicherung verwendete Umschreibung des Versicherungsschutzes überhaupt weiter geht, als diejenige im oben genannten Beispiel des deutschen Privathaftpflichtversicherers, zumal der Ausnahmekatalog in casu – im Vergleich mit dem deutschen Fall – noch deutlich detaillierter ausfällt (vgl. A 1 i.V.m. A 6–13 der AVB). Ferner müsste wohl eine weniger weit gehende Formulierung der Ausnahmebestimmungen im Allgemeinen erst recht als nicht geschäftsfremd und damit nicht ungewöhnlich gewertet werden. Ausserdem ist der vorliegende Sachverhalt mit demjenigen, welcher dem Urteil des BGH zugrunde liegt, nicht ohne weiteres vergleichbar. Im Fall, den der BGH zu beurteilen hatte, ging es um die Frage, ob die (weitgehende) Ausschlussklausel, wonach Gefahren eines Betriebes, Berufes, Dienstes, Amtes (auch Ehrenamtes) sowie einer verantwortlichen Betätigung in Vereinigungen aller Art

- 2.2. In concreto, va innanzitutto esaminato se la petizione proposta contro la Y Assicurazioni sia ricevibile.

Come visto al considerando precedente questo Tribunale deve giudicare delle vertenze relative alle assicurazioni complementari all'assicurazione sociale contro le malattie se praticate da assicuratori autorizzati all'esercizio ai sensi della LAMal.

Per l'art. 13 cpv. 1 LAMal il Dipartimento autorizza gli istituti d'assicurazione che adempiono i requisiti della LAMal (assicuratori) a esercitare l'assicurazione sociale malattie. L'Ufficio federale delle assicurazioni sociali (Ufficio federale) pubblica l'elenco degli assicuratori.

Nell'elenco degli assicuratori-malattie autorizzati Y Assicurazioni, a differenza della Z, non figura.

Per cui già solo per questo motivo la petizione è irricevibile per mancanza di competenza del TCA a giudicare la fattispecie.

Tuttavia, come si vedrà di seguito, anche se la petizione fosse stata presentata contro Z, sarebbe stata dichiarata irricevibile per mancanza di legittimazione passiva.

- 2.3. Dalla documentazione acquisita dal TCA pendente causa emerge quanto segue:

Il 27 dicembre 1995 l'assicurata ha sottoscritto una domanda di adesione alla Cassa malati Z. Con la richiesta di adesione figura la sottoscrizione di un'assicurazione complementare decesso e invalidità in caso d'infortunio (doc. A).

Sulla polizza assicurativa LCA della Z relativa al 2000 (doc. B), figura, tra le altre prestazioni, l'assicurazione Risk, assicurazione complementare decesso e invalidità in seguito a infortunio. L'importo assicurato con la copertura Risk in caso d'invalidità ammonta a fr. 200'000 mentre in caso di morte è di CHF 100'000.--.

Secondo le Condizioni Y d'Assicurazione (CGA qui di seguito) la base dell'assicurazione viene formata dal contratto tra Z Cassa malati e infortuni a Losanna (contraente) e "A Assicurazioni" a Ginevra (Compagnia), il modulo d'adesione all'assicurazione, il certificato d'assicurazione e le condizioni generali (CGA) (doc. CC).

L'art. 7 CGA prevede che se una persona muore, vittima di un infortunio, la Compagnia versa le prestazioni elencate alle lettere a-d. In caso d'invalidità la Compagnia paga le prestazioni previste all'art. 8 lett. a-e.

L'art. 10 CGA prevede che quando l'infortunio è solo parzialmente causa della morte o dell'invalidità, la Compagnia interviene soltanto per le conseguenze normali dell'infortunio, cioè per le conseguenze prevedibili senza il concorso di fattori estranei, quali malattie o infermità anteriori od ulteriori all'infortunio. Per l'art. 11 CGA senza l'approvazione espressa della Compagnia, le pretese a prestazioni assicurate non possono essere né cedute né costituite in pegno, prima della loro fissazione definitiva. Per l'art. 14 CGA per ogni lite che derivasse dal contratto la Compagnia riconosce la competenza dei tribunali del domicilio svizzero del contraente, dell'assicurato o degli aventi diritto.

Le condizioni d'assicurazione prevedono, come detto, che nell'ambito del contratto concluso dalla Cassa con la Y Z offre alle persone che ne fanno richiesta un'assicurazione di capitali in caso d'invalidità e di decesso per infortunio con la specifica che queste prestazioni sono versate non dalla Cassa ma dall'assicuratore Y.

Va qui evidenziato come sulle CGA figura il logo dell' A Assicurazioni, ora Y assicurazione (doc. CC).

- 2.4. Nel caso di specie, con la sua petizione l'assicurata chiede che la Z Assicurazione venga condannata al pagamento di fr. 400'000 oltre interessi al 5% dal 29 novembre 2001.

Va anzitutto rammentato, e ciò non è del resto contestato in concreto dalle parti che hanno avuto il diritto di esprimersi in merito al tema qui in discussione, che le condizioni generali d'assicurazione sono parte integrante del contratto d'assicurazione (B. Viret, Assurances-maladie complémentaires et loi sur le contrat d'assurance, in: Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, ed. IRAL 1997, pag. 666 seg., in particolare pag. 673).

Un contratto d'assicurazione deve essere interpretato ricercando la reale e concorde volontà delle parti (DTF 112 II 253) e alla luce del principio della buona fede (DTF 115 II 268; B. Viret, op.

cit. pag. 92). Se questa non può essere stabilita, occorre fondarsi sulla loro presunta e probabile volontà, secondo il principio della buona fede e considerare tutte le circostanze che hanno portato alla conclusione del contratto. Ci si atterrà all'uso generale e quotidiano della lingua, con la riserva di accezioni tecniche proprie al rischio ritenuto (DTF 118 II 342; JdT 1996 I 128; DTF 115 II 268; SJ 1992 623 citate in B. Carron, La loi fédérale sur le contrat d'assurance, Fribourg 1997 pag. 72). L'interpretazione di una clausola - ovvero la sua valutazione alla luce del contenuto e dello scopo del contratto - è un'operazione sempre necessaria affinché si possa determinarne la portata (Rep 1993 213ss; DTF 112 II 253ss; A. Maurer, Privatversicherungsrecht 1986, p. 231; DTF 116 II 345; Roelli/Keller, Kommentar z. BG über den Versicherungsvertrag, ed 1968 p. 459).

Come emerge da quanto precede, in particolare dalle CGA citate, nonché dalla lettera 12 luglio 2001 di Y all'assicurata (doc. X), assicuratore delle prestazioni per le quali l'attrice chiede il pagamento non è Z ma Y

Tutte le norme delle CGA fanno infatti solo riferimento alla Y, eccetto quelle relative alla notifica del sinistro. Dagli atti si desume come la Cassa, in casu la Z, funga unicamente da intermediario per l'incasso dei premi e per le comunicazioni da parte degli assicurati.

Dal contenuto delle condizioni generali, come evidenziato, emerge che Y Assicurazione i era l'assicuratore e l'eventuale debitore delle prestazioni per le quali l'attrice chiede il pagamento di fr. 400'000. Dalle condizioni contrattuali si desume inoltre che unicamente l'assicuratore del rischio d'invalidità e del rischio di decesso, ad esclusione della Cassa Malati, può concedere le prestazioni assicurate ed essere convenuto in giudizio. Tant'è che l'art. 14 relativo al Foro prevede che per ogni lite che deriva dal contratto "la Compagnia (nдр: la Y Assicurazione) riconosce la competenza dei tribunali del domicilio svizzero del contraente, dell'assicurato o degli aventi diritto", riconoscendosi implicitamente la legittimazione passiva.

Z, per contro, agisce quale rappresentante della Y rispettivamente dell'assicuratore delle prestazioni, sia nella conclusione del contratto che nella notifica delle comunicazioni e

del pagamento dei premi, ma non è la debitrice della prestazione chiesta dall'attrice.

- 2.5. In concreto ci sono analogie con la co-assicurazione ("Mitversicherung"), nella quale il medesimo rischio viene ripartito tra più assicuratori e le trattative vengono condotte unicamente da un assicuratore che possiede il potere di rappresentanza e conclude il contratto anche a nome del co-assicuratore (Iten Michael, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis, Friburgo 1999, pag. 5; R. Nebel, Rechtliche Aspekte der Mitversicherung, SVZ 1995 pag. 281 segg.).

La differenza rispetto alla riassicurazione consiste nel fatto che il contratto di riassicurazione non crea alcuna relazione giuridica tra assicurato e riassicuratore. Il contratto di riassicurazione consiste in un contratto tramite il quale il primo assicuratore trasmette una parte del rischio ad un altro assicuratore, il riassicuratore (cfr. DTF 107 II 196, consid. 2 pag. 198). Il Tribunale federale a questo proposito ha rilevato che:

"La part du risque que le premier assureur conserve pour lui est désignée par le terme de "plein", "maximum" ou "Selbstbehalt". Son montant dépend des circonstances les plus diverses. La pratique a développé des formes variées pour la participation du réassureur. La façon dont le contrat de réassurance est organisé dans un cas particulier se détermine avant tout sur la base de considérations commerciales et relevant de la technique de l'assurance. Les prestations contractuelles consistent, comme dans les autres contrats d'assurance, dans le paiement d'une prime par le premier assureur et dans le versement d'un dédommagement par le réassureur en cas de sinistre. En règle générale, c'est une part de la prime de base, proportionnelle à la participation du réassureur du risque en cas de sinistre, qui lui est versée; de plus, le réassureur doit bonifier une provision, représentant sa part aux frais du premier assureur. Le réassureur partage le sort du premier assureur. C'est celui-ci qui règle le cas avec l'assuré en cas de sinistre, sans que le réassureur puisse participer aux discussions. Le réassureur est ainsi lié par la façon dont le premier assureur conduit l'affaire. C'est ce qu'on appelle le devoir de suite (Folgepflicht).
Le contrat de réassurance ne crée de relations juridiques qu'entre les parties. L'assuré n'a point de prétentions contre le réassureur, et réciproquement.

(...)

3.- La Cour a établi que si la police cave régissant les rapports entre les parties doit être considérée comme une coassurance tacite, elle reprend les termes de l'assurance de base et les incorpore par un simple renvoi, c'est-à-dire qu'elle suit le contrat principal dans ses renouvellements tacites. La coassurance tacite doit se qualifier de réassurance au sens large en ce sens qu'à l'insu du preneur originel (...) l'un des assureurs principaux (...) reporte une partie du risque

qu'il assume, en vertu de la coassurance expresse, sur une autre société d'assurance (...).

(...)

Contrairement à ce qu'ont cru pouvoir dire les autorités cantonales, il n'y a pas d'antinomie entre les mots "police cave" et l'expression "par voie de la réassurance". Les deux termes manifestent que la convention ne crée aucun droit ni aucune obligation entre le preneur originaire Nussbaumer et le réassureur la Nationale. Le contrat passé entre les parties le 27 mai 1966, concernant la répartition d'un risque assumé par la Northern en faveur de Firestone, et partiellement réassuré par la Northern auprès de la Nationale (dont la Cour ne parle pas, mais dont elle retient implicitement l'existence dans la mesure où elle se réfère à l'entier des constatations de première instance qui en fait état), a les mêmes caractéristiques que la convention ici en cause. Il comporte aussi les termes de police cave d'où l'on doit déduire, selon les constatations de fait, que le preneur originel n'en avait pas connaissance, ce qui est une des caractéristiques de la réassurance au sens large. (...)"

Nel caso di specie, a mente del TCA, occorre escludere che l'accordo tra la Y e Z sia un contratto di riassicurazione, rilevato come l'assicurato, tramite le CGA, era a conoscenza della circostanza che assicuratore delle prestazioni per la quali chiede il pagamento è la Y (come figura espressamente nelle CGA). Inoltre l'assicuratore delle prestazioni assicura tutto il danno derivante da morte od invalidità, mentre in caso di riassicurazione, generalmente, il riassicuratore si assume solo parte del rischio, rimanendo il resto a carico dell'assicuratore originale (cfr. DTF 107 II 196 Z). Inoltre, il riassicuratore segue la sorte dell'assicuratore diretto, nel senso che spetta a quest'ultimo regolare il caso con l'assicurato in caso di sinistro senza che il riassicuratore possa partecipare alle discussioni (cfr. DTF 107 II 196). In concreto la situazione appare diversa e l'assicuratore è intervenuto direttamente come desumibile dal doc. S.

Vi sono invece, come già detto, delle analogie con la "co-assicurazione", nel senso che Z agisce sostanzialmente quale tramite tra l'assicurato e l'assicuratore per quel che concerne la conclusione del contratto e la ricezione delle notifiche in caso di infortunio, nonché l'incasso dei premi (di cui la Cassa Malati in parte beneficia), mentre l'assicuratore (e non la Cassa Malati) è debitore delle prestazioni in caso di morte ed invalidità (cfr. Nebel, op. cit., pag. 282).

Secondo la dottrina le caratteristiche della co-assicurazione sono infatti le seguenti:

"Bei der Aushandlung und Abwicklung von Mitversicherungsverträgen kommt dem führenden Versicherer eine Leitfunktion zu. Er setzt die Prämien und Vertragsbedingungen fest und übernimmt zumeist die Risikobeurteilung und Schadenregulierung. Kehrseite dieser exponierten Stellung sind gewisse Haftungsrisiken gegenüber den Mitversicherern. Der führende Versicherer ist erster Ansprechpartner des Versicherungsnehmers. Bei der Wahl des führenden Versicherers spielt dessen Reputation im Markt eine wichtige Rolle. In der Erstversicherung ist es üblich, dass die Mitversicherer dem führenden Versicherer für dessen Aufwand eine Führungsprovision entrichten." (Nebel, op. cit., pag. 282)

Circa la conclusione del contratto da parte dell'assicuratore in nome del co-assicuratore, la dottrina rammenta che in tal caso valgono le norme relative alla rappresentanza (Nebel, op. cit., pag. 286). Circa la responsabilità invece:

"Die Mitversicherer werden gegenüber dem Versicherungsnehmer nur für ihre vertraglich vereinbarte Quote verpflichtet. Sie sind Teilschuldner und nicht Solidarschuldner." (Nebel, op. cit., pag. 288)

- 2.6. A mente del TCA, alla luce di quanto precede, nel caso di specie l'assicuratore delle prestazioni Risk risponde del verificarsi dei rischi figuranti nelle CGA ed oggetto della petizione in esame. La Cassa Malati Z non è invece debitrice dell'importo chiesto dall'assicurato.

Ne discende che la petizione sarebbe stata dichiarata irricevibile anche se presentata contro Z. Circa i rapporti tra K, già V, e la S, non è necessario un ulteriore approfondimento non avendo l'attrice convenuto queste ultime due assicurazioni.

In queste circostanze diventano prive di oggetto le richieste di assunzione di ulteriori prove.

Alla luce di quanto sopra esposto, considerato che l'art. 126 cpv. 1 CPC, applicabile in virtù del rinvio dell'art. 23 LPTCA, prevede che quando un atto è presentato a una autorità giudiziaria incompetente, questa, d'ufficio, lo trasmette subito all'autorità competente e ne dà comunicazione alla parte che l'ha inoltrato, la petizione va trasmessa alla Pretura ... (art. 7 LOG in relazione con il decreto esecutivo concernente le circoscrizioni dei Comuni, Circoli e Distretti e art. 14 delle CGA).

Non si assegnano ripetibili.

Per questi motivi

dichiara e pronuncia

- 1.- La petizione è **irricevibile**.
L'incarto è trasmesso per competenza alla Pretura
- 2.- Non si percepisce tassa di giustizia, mentre le spese sono poste a carico dello Stato. Non si assegnano ripetibili.
- 3.- Intimazione alle parti.
Contro il presente giudizio è dato ricorso per riforma al Tribunale federale di Losanna ai sensi degli art. 43seg della Legge federale sull'organizzazione giudiziaria (OG).

Per il Tribunale cantonale delle assicurazioni
Il presidente

Il segretario

Daniele Cattaneo

Fabio Zocchetti