

110 Jahre Irrungen und Wirrungen um den Regress des Schadensversicherers: Das Bundesgericht durchschlägt den gordischen Knoten

MICHAEL HOCHSTRASSER/HEINRICH HEMPEL *

1. Einleitung

Über 100 Jahre lang galt in der Schweiz, dass der Regress des Schadensversicherers ein Verschulden des Haftpflichtigen voraussetzt, u.U. gar ein grobes. Dies wurde in der Lehre zwar zum Teil heftig kritisiert und liess sich je länger desto weniger mit den Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht vereinbaren. Trotzdem hielt das Bundesgericht – abgesehen von einzelnen Ausreissern – an dieser Rechtsprechung fest, zuletzt in einem Entscheid aus dem Jahre 2011. Überraschend hat das Bundesgericht nun in einem Entscheid vom 7. Mai 2018 (4A_602/2017) seine Praxis geändert und den Regress eines Schadensversicherers auf ein kausalhaftpflichtiges Busunternehmen zugelassen, obwohl diesem kein Verschulden am Unfall nachgewiesen werden konnte.

Dieser Entscheid darf als überfällig bezeichnet werden. Er hat auch erhebliche Auswirkungen auf die Schadensregulierung in der Luftfahrt. Dies rechtfertigt es, die Entwicklung der Rechtsprechung zum Regress des Schadensversicherers auch in einer luftrechtlichen Zeitschrift näher anzusehen. Die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung lohnt sich auch deshalb, weil sie anschaulich zeigt, wie schlechte Fälle schlechtes Recht machen können (*bad cases make bad law*) und wie durch eher knapp begründete Entscheide eine Bundesgerichtspraxis entsteht. Sie zeigt aber auch, dass eine Bundesgerichtspraxis nicht so einheitlich sein muss, wie es den Anschein hat, und wie schwierig die Änderung einer einmal begründeten Praxis ist. Die Entscheide aus den Jahren 2011 und 2018 sind sodann – trotz unterschiedlichem Ergebnis – fast schon Lehrbuchbeispiele für gut begründete Urteile.

2. Ausgangslage

Mehrere Bundesgerichtsentscheide zum Regress des Schadensversicherers betreffen auch Fracht- und Personenbeförderungsfälle. Zwar ging es in diesen Entscheiden nicht um Luft-, sondern um Bodentransporte. Dennoch spielen die Fragen rund um den Regress auch im Lufttransport eine bedeutende Rolle.

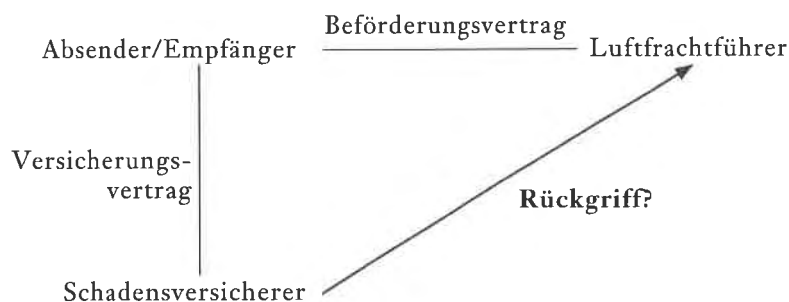
Wird bei einem Lufttransport Gepäck oder Frachtgut beschädigt oder ein Passagier verletzt, können – wie in Haftpflichtfällen häufig – mehrere Personen verpflichtet sein, den Schaden zu decken. Im Vordergrund

* PD Dr. iur. Michael Hochstrasser und Dr. iur. Heinrich Hempel sind Partner bei Schiller Rechtsanwälte, Winterthur.

stehen Ansprüche gegen den Lufttransportführer, mit dem der Beförderungsvertrag geschlossen wurde. Denkbar sind aber auch Ansprüche gegen dessen Mitarbeitende, *Handling Agents* und weitere Hilfspersonen, die den Schaden (mit)verursacht haben. Insbesondere im Falle eines Absturzes kann sich der Kreis der Haftpflichtigen erheblich erweitern, z. B. auf Hersteller, Wartungsunternehmen, Flugsicherungsdienste usw. Je mehr potenziell Haftpflichtige involviert sind, desto komplexer kann die Schadensregulierung werden und umso länger kann sie dauern. Der Geschädigte muss sich entscheiden, gegenüber welchen Haftpflichtigen er seinen Schaden geltend macht. Für die Haftpflichtigen stellt sich die Frage, wer den Schaden zuletzt trägt bzw. wie er unter ihnen aufzuteilen ist.

Mit der Schadensregulierung nichts zu tun hat der Geschädigte, wenn er eine Schadensversicherung abgeschlossen hat. Die Schadensversicherung wird den Schaden in der Regel ohne Verzug decken, sobald das Quantitativ erstellt ist. Für den Lufttransport von Frachtgut dürfte in vielen Fällen der Abschluss einer Schadensversicherung nur schon deshalb geboten sein, weil die Haftung des Lufttransportführers nach dem Montrealer Übereinkommen (MÜ)¹ auf 19 Sonderziehungsrechte pro Kilogramm limitiert ist und diese Haftungsbegrenzung nicht durchbrochen werden kann.² Auch für das Reisegepäck empfiehlt sich angesichts der Haftungsbegrenzung auf 1'113 Sonderziehungsrechte³ der Abschluss einer Versicherung. Für Passagiere, jedenfalls für schweizerische, erscheint angesichts des gut ausgebauten Sozialversicherungsschutzes der Abschluss von Versicherungen für Personenschäden nicht unbedingt erforderlich. Dennoch verfügen viele Geschädigte über einen zusätzlichen Versicherungsschutz, der teils als Schadens-, teils als Personenversicherung ausgestaltet ist. Die Schadensversicherer decken dabei – in Ergänzung zu den Sozialversicherungen – typischerweise nur einen Teil des Schadens.

Hat der Schadensversicherer den Schaden ganz oder teilweise ersetzt, stellt sich die Frage, ob und inwieweit er auf den Lufttransportführer und allfällige weitere Haftpflichtige Rückgriff nehmen kann. Graphisch lässt sich dies wie folgt darstellen:



¹ Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr, abgeschlossen in Montreal am 28. Mai 1999, SR 0.748.411 (MÜ).

² Art. 22 Abs. 3 MÜ sowie Art. 22 Abs. 5 MÜ e contrario.

³ Art. 22 Abs. 2 MÜ. Die Haftungsmitel für Reisegepäck kann nur in Ausnahmefällen unter den Voraussetzungen von Art. 22. Abs. 5 MÜ durchbrochen werden.

Die für die Beantwortung dieser Frage massgeblichen Rechtsgrundlagen finden sich im Versicherungsvertragsgesetz (VVG)⁴ und im Obligationenrecht (OR).⁵

3. Die Regelung des Rückgriffs im Versicherungsvertragsgesetz (Art. 72 VVG)

Das Versicherungsvertragsgesetz wurde am 2. April 1908 erlassen und trat am 1. Januar 1911, ein Jahr vor dem heute geltenden Obligationenrecht, in Kraft. Es regelt den Regress des Schadensversicherers in Artikel 72, wobei im vorliegenden Kontext allein Absatz 1 massgebend ist. Art. 72 Abs. 1 VVG lautet wie folgt:

Auf den Versicherer geht insoweit, als er Entschädigung geleistet hat, der Ersatzanspruch über, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht.

Gemäss Art. 72 Abs. 1 VVG subrogiert der Versicherer demnach in die Ansprüche des Geschädigten, d.h. die Ansprüche des Geschädigten gehen auf den Versicherer über und der Versicherer tritt in die Rechtsstellung des Geschädigten ein.⁶ Die Subrogation ist jedoch nicht umfassend. Sie ist erstens sachlich beschränkt auf die Ansprüche des Geschädigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung.⁷ Zweitens ist sie betragsmässig beschränkt auf die Ersatzleistung des Versicherers.⁸ Mit anderen Worten: Ansprüche des Geschädigten, die sich nicht auf unerlaubte Handlungen stützen – z.B. vertragliche Ansprüche – gehen nicht auf den Versicherer über. Auch die Ansprüche aus unerlaubter Handlung verbleiben beim Geschädigten, soweit sie vom Versicherer nicht gedeckt werden.

Art. 72 VVG sagt nicht, was «unerlaubte Handlungen» sind. Der Begriff findet sich jedoch im Ersten Titel des Obligationenrechts vom 30. März 1911 («Die Entstehung der Obligationen») in der Überschrift zum Zweiten Abschnitt («Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen»). In diesem sind die Fälle ausservertraglicher Haftung geregelt, sowohl die

⁴ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz), SR 221.229.1 (VVG).

⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 200 (OR).

⁶ Z.B. BGE 137 III 352, E. 4.1; BREHM, Berner Kommentar, 4. A., Art. 51 OR N 61; GRABER; Basler Kommentar, 6. A., Art. 51 OR N 27; MAZAN, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Art. 51 OR N 24 f.; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. A., S. 569 f.; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. A., Rz. 88.33; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., Rz. 1769; ROBERTO, Haftpflichtrecht, 2. A., Rz. 18.21.

⁷ Z.B. BGE 137 III 352, E. 4.1; BREHM, *op. cit.* Fn. 6, Art. 51 OR N 61; GRABER, Basler Kommentar, Art. 72 VVG N 7/9; GRABER; *op. cit.* Fn. 6, Art. 51 OR N 28; MAZAN, *op. cit.* Fn. 6, Art. 51 OR N 25; ENGEL, *op. cit.* Fn. 6, S. 569 f.; SCHWENZER, *op. cit.* Fn. 6, Rz. 88.33; REY, *op. cit.* Fn. 6, Rz. 1770 f.; ROBERTO, *op. cit.* Fn. 6, Rz. 18.21.

⁸ Z.B. BGE 137 III 352, E. 4.1; BREHM, *op. cit.* Fn. 6, Art. 51 OR N 65; GRABER, *op. cit.* Fn. 6, Art. 51 OR N 27; GRABER, *op. cit.* Fn. 7, Art. 72 VVG N 6, 34; MAZAN, *op. cit.* Fn. 6, Art. 51 OR N 28; SCHWENZER, *op. cit.* Fn. 6, Rz. 88.33; ROBERTO, *op. cit.* Fn. 6, Rz. 18.22.

Haftung aus Verschulden als auch die Kausalhaftungen. Es läge daher nahe, dass es dem damals – und heute – gängigen Verständnis entsprach, dass der Begriff «unerlaubte Handlung» jegliche Form der ausservertraglichen Haftung bezeichneter, nicht nur diejenige aus Verschulden.⁹ Wie zu zeigen sein wird, sollte aber gerade die Auslegung des Begriffs der «unerlaubten Handlung» für die Gerichte eine Herausforderung darstellen.

Festzuhalten ist, dass sich Art. 72 VVG im Kapitel zu den Besonderen Bestimmungen über die Schadensversicherung befindet und damit nur für Schadensversicherungen gilt, nicht aber für Personenversicherungen. Für Personenversicherungen schliesst Art. 96 VVG eine Subrogation in die Ansprüche des Versicherten und den Regress ausdrücklich aus. Der Grund für diese unterschiedliche Behandlung ist, dass Schadensversicherungen (wie z.B. Kasko-, Hausrat-, Diebstahlversicherung, Versicherung eines Transportguts oder eines Wertgegenstands) ihrem Zweck nach einen Schaden decken. Entsprechend ist auch die Versicherungsdeckung auf den Schadensbetrag begrenzt und eine Überversicherung unzulässig.¹⁰ Personenversicherungen (wie z.B. eine Lebensversicherung) dienen demgegenüber nicht der Deckung eines Schadens, sondern sind unabhängig von einem allfälligen Schaden und kumulativ dazu zu leisten.

4. *Bad cases make bad law*: BGE 35 II 238 ff. und seine Folgen für das Obligationenrecht von 1911, insbesondere für Art. 51 OR

Am 9. November 1906 bestieg Albert Herrmann, Mitarbeiter des Dachdeckermeisters Wälti, das Dach des Hauses Schwarztörstrasse 38 in Bern, um im Auftrag des Hauseigentümers, Dr. M. Bühler, unter anderem die Bleche des Haustürmchens neu zu streichen. Wegen eines schadhafte Leiterhakens stürzte Albert Herrmann 15 Meter tief in den Tod. Er hinterliess Frau und zwei Kinder. Dachdeckermeister Wälti hatte zwar seine Mitarbeiter gegen Unfall versichert, doch lehnte die Versicherung «La Préservatrice» mit Sitz in Paris unter Hinweis auf die Haftpflicht des Hauseigentümers die Leistung vorläufig ab. Im Rahmen eines Vergleichs mit der Versicherung und Frau Herrmann erklärte sich Dachdeckermeister Wälti bereit, den Prozess von Frau Herrmann gegen Dr. Bühler zu finanzieren, ihr im Falle des Unterliegens CHF 6'000.00 zu bezahlen und in Anrechnung an diesen Betrag monatliche Zahlungen von CHF 40.00 zu leisten.

Der Hauseigentümer lehnte seine Haftung gestützt auf Art. 67 des Obligationenrechts von 1881 – welcher der heutigen Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR entspricht – ab, u.a. weil er den Dachdeckermeister ja gerade zur Beseitigung des Werkmangels beigezogen hatte. Das Bundesgericht wies in seinem Urteil vom 1. Mai 1909 (BGE 35 II 238 ff.) dieses – durchaus nachvollziehbare – Argument wie alle ande-

⁹ So schon VON TUHR, Rückgriff des Versicherers nach OR Art. 51 und VVG Art. 72, SJZ 18 (1921/22) 233, 234 f., der auch kurz auf die römisch-rechtliche Herkunft und die seitherige Entwicklung des Deliktsrechts eingeht.

¹⁰ STRUB, Der Regress des Schadensversicherers de lege lata – de lege ferenda, S. 60 f.; GRABER, *op. cit.* Fn. 7, Art. 72 VVG N 2, Art. 96 VVG N 3.

ren Einwendungen des Hauseigentümers zurück; andernfalls wäre dem schweizerischen Recht vielleicht so manche Irrung und Wirrung um den Regress des Schadensversicherers erspart geblieben. Namentlich folgte das Bundesgericht auch nicht dem Argument von Dr. Bühler, er hafte schon deshalb nicht, weil der Schaden von Frau Herrmann und ihren Kindern durch die Unfallversicherung gedeckt sei. Das Bundesgericht hielt dieses Argument – zwei Jahre vor Inkrafttreten von Art. 72 VVG – für «unstichhaltig», weil die mit dem Dachdeckermeister und dem Unfallversicherer getroffene Regelung nichts daran änderte, dass der Schadenersatzanspruch der Witwe und ihren Kindern zustand. Wäre Art. 72 VVG damals bereits anwendbar gewesen, wäre das Ergebnis dasselbe gewesen: Da die Versicherung noch nicht geleistet hatte, wären die Geschädigten ebenfalls noch selber anspruchsberechtigt gewesen. Hätte die Versicherung bereits geleistet, wären die Ansprüche im Umfang ihrer Leistung auf sie übergegangen – jedenfalls dann, wenn die Werkeigentümerhaftung als Haftung aus unerlaubter Handlung zu qualifizieren gewesen wäre.¹¹

Zumindest mit Bezug auf die Anspruchsberechtigung der Geschädigten erscheint der Entscheid des Bundesgerichts damit auch aus heutiger Sicht nicht nur nachvollziehbar, sondern richtig. In der Politik wurde jedoch als stossend empfunden, dass die Versicherung, die speziell für diesen Fall abgeschlossen worden war und dafür Prämien erhalten hatte, für den Schaden nicht aufkommen musste und der Schaden am Hauseigentümer hängen blieb, der ohne eigenes Verschulden bloss aus Gesetz haftete. Die Versicherungen hätten es schliesslich in der Hand, die Risiken in ihre Prämien einzukalkulieren und sich so bis zu einem bestimmten Grad für künftige Schäden bezahlt zu machen. Das Parlament wollte mit den Regressbestimmungen im «neuen» Obligationenrecht vom 30. März 1911, welches am 1. Januar 1912 in Kraft trat, eine Wiederholung eines solchen Falls verhindern.¹² Weitergehender Abklärungen bedürfte es, inwieweit hierbei auch das mehr als fragwürdige Verhalten des Unfallversicherers eine Rolle spielte, der zur Verbesserung seiner rechtlichen Position die Zahlung verweigert und die Prozessfinanzierung und Rentenzahlungen ihrem Versicherungsnehmer, dem Dachdeckermeister Wälti, überlassen hatte.

Art. 50 OR regelt den – vorliegend nicht relevanten – Fall, dass mehrere Haftpflichtige einen Schaden gemeinsam verschulden. Sie haften im externen Verhältnis solidarisch und im internen Verhältnis nach richterlichem Ermessen.¹³ Art. 51 OR regelt den – vorliegend relevanten – Fall, dass mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen für denselben Schaden haften.¹⁴ Danach gilt Folgendes:

¹ Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift dem Verletzten für denselben Schaden, so wird die Be-

¹¹ Siehe hierzu hinten bei Fn. 15, 19, 24 und 55.

¹² BGE 80 II 247 ff., E. 5; 137 III 352 ff., E. 4.1.

¹³ BREHM, *op. cit.* Fn. 6, Art. 50 OR N 4 f., 57; GRABER, *op. cit.* Fn. 6, Art. 50 OR N 1, 25.

¹⁴ BREHM, *op. cit.* Fn. 6, Art. 51 OR N 6; GRABER, *op. cit.* Fn. 6, Art. 51 OR N 1.

stimmung über den Rückgriff unter Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, entsprechend auf sie angewendet.

² Dabei trägt in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist.

Demnach haften auch Personen, die aus verschiedenen Rechtsgründen schadensersatzpflichtig sind, im externen Verhältnis solidarisch. Im internen Verhältnis haftet primär derjenige, der den Schaden durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, in zweiter Linie der aus Vertrag Haftpflichtige und in letzter Linie, wer ohne eigene Schuld gestützt auf das Gesetz kausal haftbar ist.

Nach dem Willen des Gesetzgebers war klar, dass Art. 51 OR Art. 72 Abs. 1 VVG vorgeht, dass m.a.W. ein Rückgriff nach Art. 72 VVG nur unter den Voraussetzungen von Art. 51 OR möglich ist.¹⁵ Allerdings setzte der Gesetzgeber seinen Willen nur unvollkommen um. Namentlich versäumte er es, Art. 72 Abs. 1 VVG anzupassen. Auch nach Erlass von Art. 51 OR kann der Schadensversicherer gemäss dem Wortlaut von Art. 72 VVG im Umfang seiner Ersatzleistung gegen Personen vorgehen, die aus unerlaubter Handlung haften. Eine Einschränkung zugunsten von bloss kausal Haftpflichtigen enthält Art. 72 VVG nicht. Kein Widerspruch bestünde, wenn der Begriff der «unerlaubten Handlung» nur die Fälle verschuldeter ausservertraglicher Haftung umfassen würde – eine solche Auslegung steht jedoch, wie gezeigt, im Widerspruch zur im Obligationenrecht selbst verwendeten Terminologie («Zweiter Abschnitt: Die Entstehung durch unerlaubte Handlung»). Weiter könnte man argumentieren, dass Art. 51 OR als die jüngere Gesetzesvorschrift dem älteren Art. 72 VVG vorgehe. Dem könnte allerdings entgegengehalten werden, dass Art. 72 VVG als *lex specialis* Art. 51 OR vorgehe. Zudem regelt Art. 51 OR den Regress gestützt auf Gesetz und räumt dem Haftpflichtigen ein selbstständiges Regressrecht ein, während der Schadensversicherer gemäss Art. 72 VVG in die Rechtsstellung des Geschädigten eintritt und demnach nicht eigene Ansprüche, sondern die Ansprüche des Geschädigten geltend macht.

Man durfte also gespannt sein, wie die Gerichte die neue Bestimmung anwenden würden. Erste Gelegenheiten dazu boten sich dem Bundesgericht in den Jahren 1919 und 1921.

5. Erste Bundesgerichtsentscheide zu Art. 51 OR und erste Kritik in der Lehre

Die ersten beiden Fälle, die das Bundesgerichts zu beurteilen hatte, betrafen niedergebrannte Landwirtschaftsgebäude. Im ersten Fall, BGE 45 II 638 ff., wurden die Anlagen der Aktiengesellschaft Bernische Kraftwerke für den Schaden verantwortlich gemacht. Im zweiten Fall, BGE

¹⁵ GRABER, *op. cit.* Fn. 7, Art. 72 VVG N 6; BGE 45 II 638 ff., E. 4; vgl. auch 47 II 408 ff., E. 3; 76 II 387 ff., E. 2 ff.; 77 II 243 ff. E. 2.

47 II 408 ff., der Funkenwurf einer mit Holz befeuerten Lokomotive der Schweizerischen Bundesbahnen SBB. In beiden Fällen wollte die Versicherung, die den Schaden gedeckt hatte, auf das verantwortliche Unternehmen Regress nehmen. In beiden Fällen konnte den Unternehmen bzw. deren Organen kein Verschulden vorgeworfen werden.

In BGE 45 II 638 ff. hielt das Bundesgericht fest, dass sich der Regress ausschliesslich nach Art. 51 OR richte. Die Versicherung hatte sich zwar vom Versicherten die Ansprüche abtreten lassen, doch konnte sie dadurch, wie das Bundesgericht betonte, die gesetzliche Regelung nicht umgehen. Da den Bernischen Kraftwerken kein Verschulden vorgeworfen werden konnte und somit nur eine Kausalhaftung in Betracht kam, verneinte das Bundesgericht das Rückgriffsrecht des Versicherers. Es wies insbesondere darauf hin, dass Art. 51 OR gerade mit Blick auf Schadensversicherer erlassen worden sei und diese das mit der Versicherung verbundene Risiko bei der Bemessung der Prämien berücksichtigen könnten. Daran ändere auch nichts, dass die Emmentalische Mobiliarversicherung als Versicherungsgenossenschaft organisiert war und die Versicherten ihre Prämien in Form von Mitgliederbeiträgen leisteten. Das Bundesgericht stützte seinen Entscheid damit ausdrücklich auf den Willen des Gesetzgebers.

In BGE 47 II 408 ff. bestätigte das Bundesgericht, wiederum unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte von Art. 51 OR, dass der Schadensversicherer auf den bloss Kausalhaftpflichtigen nicht regressieren könne. Die im kantonalen Recht vorgesehene Subrogation des Versicherers in die Ansprüche des Versicherten konnte nichts an diesem Ergebnis ändern. Das Bundesgericht ging auch darauf ein, dass die Regelung von Art. 51 OR nicht absolut gelte.¹⁶ Aufgrund der Entstehungsgeschichte der Bestimmung lehnte es das Bundesgericht jedoch ab, eine Ausnahme zu machen. Es sei dem Gesetzgeber als unbillig erschienen, dass Versicherungsgesellschaften «den Schaden auf *ex lege* haftende Personen sollten abwälzen können, während sie doch die Schadensmöglichkeit in ihren Prämien einkalkulieren, und sich auf diese Weise bis zu einem gewissen Grade zum Voraus für künftige Schäden bezahlt machen können».¹⁷

Bemerkenswert erscheint, dass das Bundesgericht in beiden Fällen Art. 72 VVG mit keinem Wort erwähnte und entsprechend auf den Widerspruch zwischen Art. 51 OR und Art. 72 VVG nicht einging – und dies, obwohl die Versicherung dies im ersten Fall thematisiert hatte.

Bereits im Jahre 1922 unterzog ANDREAS VON TUHR die beiden Bundesgerichtsentscheide zu Art. 51 OR einer tiefgreifenden Kritik.¹⁸ Er fand es unverständlich, dass das Bundesgericht in seinen Entscheiden mit keinem Wort auf Art. 72 VVG eingegangen war. Diese Bestimmung regle den Rückgriff des Schadensversicherers, sei *lex specialis* zu Art. 51 OR und lasse den Rückgriff des Schadensversicherers auf Personen, die

¹⁶ Vgl. Art. 51 Abs. 2 OR: «Dabei trägt *in der Regel* derjenige den Schaden [...]» (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁷ BGE 47 II 408, 416.

¹⁸ Siehe vorn bei Fn. 9.

aus unerlaubter Handlung haften, zu.¹⁹ Er legte dar, dass der Begriff der «unerlaubten Handlung» nicht nur die Haftung aus Verschulden, sondern auch die Kausalhaftungen umfasse und es keine Gründe gebe, den Begriff im Rahmen von Art. 72 VVG anders auszulegen. Es sei Zweck der Versicherung, dem Versicherten unabhängig von einer Schadenersatzpflicht Dritter den Schaden zu ersetzen und ihm so die Mühen und Risiken eines Prozesses gegen einen Dritten zu ersparen. Es sei jedoch nicht Zweck der Versicherung, den Dritten von der Haftung zu entlasten, die ihm das Gesetz auferlege. Es sei nicht einzusehen, weshalb eine vom Gesetz als angemessen erachtete Haftung durch den Umstand ausgeschlossen sein solle, dass der Geschädigte einen Versicherungsvertrag abgeschlossen und Prämien bezahlt habe.²⁰

In BGE 50 II 186 ff., zwei Jahre nach dem Aufsatz VON TUHRS, hatte sich das Bundesgericht erneut mit dem Rückgriff des Schadensversicherers auseinanderzusetzen, wiederum im Zusammenhang mit einem niedergebrannten Haus. Die Gebäudeversicherungsanstalt des Kantons Solothurn, die den Schaden gedeckt hatte, suchte Ersatz vom Sohn des Hauseigentümers. Das Bundesgericht bestätigte, dass sich der Rückgriff auch im Falle einer im kantonalen Recht vorgesehenen Subrogation des Versicherers in die Ansprüche des Versicherten ausschliesslich nach Art. 51 OR richte. Da der Sohn des Hauseigentümers den Brand grobfahrlässig verursacht hatte, bejahte das Bundesgericht das Rückgriffsrecht des Versicherers. Aufgrund dieses Ausgangs sah das Bundesgericht offenbar keinen Grund, sich mit Art. 72 VVG oder mit der Kritik VON TUHRS auseinanderzusetzen.²¹ Interessant ist der Entscheid aus einem anderen Grund: Zum ersten Mal hielt das Bundesgericht fest, dass im Anwendungsbereich von Art. 51 OR der Anspruch des Rückgriffsberechtigten herabgesetzt werden kann, und zwar nicht nur aus Gründen, die nach Art. 41 ff. OR eine Herabsetzung des Schadenersatzes erlauben würden, sondern nach dem freien Ermessen des Gerichts. Vorliegend reduzierte das Bundesgericht den Anspruch des Versicherers aus Gründen der Billigkeit auf die Hälfte. Dogmatisch begründete es dies damit, dass Art. 51 Abs. 1 OR auf Art. 50 OR verweist und gemäss Art. 50 Abs. 2 OR die Aufteilung der Haftung nach Ermessen zu erfolgen habe.²²

6. Zwei Ausreisser

Am 16. Januar 1935 arbeiteten die Kuttler Jakob Blaich, Jules Bühler und Hans Schürch auf dem Schlachthof, den die Stadt Zürich den Metzger- und Kuttlermeistern gegen Entgelt zur Verfügung stellte. Die Kuttler

¹⁹ VON TUHR, *op. cit.* Fn. 9, S. 234.

²⁰ VON TUHR, *op. cit.* Fn. 9, S. 235.

²¹ Auch wenn der Versicherer dem kantonalen Recht unterstand und Art. 72 VVG deshalb nicht anwendbar war, wäre eine Auseinandersetzung mit der Bestimmung mit Blick auf die vom Bundesgericht geprüfte und bejahte Frage der Herabsetzung von Rückgriffsansprüchen fruchtbar gewesen. Art. 72 Abs. 3 VVG schliesst nämlich den Regress aus gegen Personen, die dem Versicherten nahestehen (Personen, die mit dem Versicherten in Hausgemeinschaft leben oder für die er einstehen muss), wenn sie den Schaden nur leichtfahrlässig verursachen.

²² BGE 50 II 186 ff., E. 4.

waren an vier Dampfkesseln tätig, in denen Kutteln unter Überdruck gesotten wurden. Als ein Angestellter der Stadt mit Hilfe von Kuttler Schürch einen der Kessel öffnete, bevor der Dampfdruck auf Null gesunken war, zogen sich die drei Kuttler schwere Verbrühungen zu. Der Unfallversicherungsverband Schweizer Metzgermeister, bei denen die Kuttler versichert waren, zahlte ihnen Taggelder sowie die Spital- und Arztkosten. Die Stadt Zürich zahlte zudem dem Kuttler Blaich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht eine Unfallentschädigung. Die Unfallversicherung klagte gegen die Stadt Zürich auf Ersatz der von ihr geleisteten Zahlung. Die Stadt Zürich ihrerseits erhob Widerklage gegen die Unfallversicherung auf Rückerstattung ihrer Zahlung an den Kuttler Blaich. Das Obergericht hiess die Klage der Unfallversicherung teilweise gut und wies die Widerklage der Stadt Zürich ab. Das Bundesgericht wies in BGE 63 II 143 ff. die Berufung der Stadt Zürich gegen diesen Entscheid ab. Es kam zum Schluss, dass die Stadt Zürich aus Werkeigentümerhaftung verantwortlich war, weil die Kessel geöffnet werden konnten, bevor der Druck auf Null gesunken war. Obwohl der Stadt Zürich kein Verschulden vorgeworfen werden konnte, bejahte das Bundesgericht den Regress. Das Bundesgericht ging ausführlich auf die Entstehungsgeschichte von Art. 51 OR ein, insbesondere auch darauf, dass der Gesetzgeber den Regress von Versicherungen auf blosser Kausalhaftpflichtige unterbinden wollte. Das Bundesgericht hielt hierzu fest, dass nicht entscheidend sei, «was der Gesetzgeber bei Erlass einer Bestimmung gewollt hat, sondern was dem Gesetz im Lichte allgemeiner Rechtsanschauung zu entnehmen ist [...], und das ist hier eben die mit dem Material im Widerspruch stehende Lösung». Dies erscheine «keineswegs unbillig: Wenn der Arbeiter, oder, diesem ganz oder teilweise eine Liberalität erweisend, der Arbeitgeber, Unfallversicherungsprämien bezahlt, so ist in der Tat nicht einzusehen, wieso hiervon ein Dritter, nach Gesetz Haftender, sollte profitieren dürfen». Das Bundesgericht nahm damit eines der Hauptargumente von ANDREAS VON TUHR auf, allerdings ohne ihn zu zitieren. Es erwähnte auch seine früheren Entscheide zum Regress des Versicherers nicht. Auch Art. 72 VVG blieb – einmal mehr – unerwähnt.²³

Der nächste Entscheid betraf einen Frachtvertrag über die Beförderung von Zellulose-Ballen der Società Nazionale Industria Applicazione (Snia) Viscosa auf dem Rhein von Rotterdam nach Basel. Das Schiff sank kurz nach dem Auslaufen; die Zellulose wurde dabei stark beschädigt. Der Schaden wurde gestützt auf eine Transportversicherung gegen Abtretung der Schadenersatzansprüche von vier Versicherern gedeckt. Die Versicherer klagten gegen die Reederei auf Ersatz der erbrachten Versicherungsleistungen. Das Bundesgericht liess in BGE 74 II 81 ff. wiederum den Rückgriff des Schadensversicherers zu – allerdings nicht gestützt auf schweizerisches, sondern italienisches Recht. Die beklagte Reederei argumentierte, dass ein Rückgriff nach Art. 72 VVG nicht in

²³ Diskussionswürdig ist die Qualifikation der Versicherung, die den Schaden deckte, als Personenversicherung. Das Bundesgericht verneinte deshalb das Vorliegen unechter Solidarität, die Voraussetzung für die Anwendung von Art. 51 OR sei. Weshalb ein Regress des Personenversicherers zulässig sein soll, obwohl ihn Art. 96 VVG ausschliesst, ergibt sich aus dem Entscheid nicht.

Betracht komme, weil die Klägerin eine Haftung aus Vertrag geltend mache, Art. 72 VVG eine Subrogation aber nur für Ansprüche aus unerlaubter Handlung vorsehe. Ein Rückgriff nach Art. 51 OR sei, soweit diese Bestimmung überhaupt zur Anwendung komme, ausgeschlossen, weil beide Parteien aus dem gleichen Grund (Vertrag) hafteten und Art. 51 OR für diesen Fall keine Grundlage für den Rückgriff bilde. Das Bundesgericht folgte dieser Argumentation jedoch nicht, weil es zum Schluss kam, dass sich die Frage des Rückgriffs des Versicherers nicht nach schweizerischem Recht beurteile. Zwar unterstand der Frachtvertrag schweizerischem Recht, der Versicherungsvertrag unterstand aber italienischem Recht. Die Zulässigkeit und Wirkungen der Zahlung des Versicherers richteten sich nach Auffassung des Bundesgerichts nach dem Versicherungsstatut, also italienischem Recht, welches den Rückgriff gegen die aus Frachtvertrag haftende schweizerische Reederei zulies. Damit erübrigte es sich, den Rückgriff nach Art. 72 VVG und Art. 51 OR zu prüfen.²⁴ Immerhin hätte die Frage nahegelegen, wie es sich rechtfertigen liess, schweizerische Versicherer schlechter zu behandeln als ausländische Versicherer.

Wenn die schweizerische Assekuranz aufgrund von BGE 63 II 143 ff. und 74 II 81 ff. auf eine Praxisänderung gehofft hatte, sah sie sich schon bald eines Besseren belehrt. In BGE 76 II 387 ff. hatte das Bundesgericht nach dem Zusammenprall eines Zuges mit einem Automobil den Regress eines Kaskoversicherers gegen die SBB zu beurteilen. Es hielt fest, dass sich der Regress des Schadensversicherers ausschliesslich nach Art. 51 Abs. 2 OR richte und ein Rückgriff auf den Kausalhaftpflichtigen nach dem Wortlaut (!) und Zweck der Bestimmung ausgeschlossen sei. Die in Art. 51 Abs. 2 OR vorgesehene Haftungskaskade gelte zwar nicht absolut, doch könne davon nur abgewichen werden, wenn sie zu unhaltbaren Ergebnissen führe.

Nach diesem eher rudimentär begründeten Entscheid setzte sich das Bundesgericht in BGE 77 II 243 ff. wieder vertieft mit den Fragen auseinander, die sich im Zusammenhang mit dem Regress des Schadensversicherers stellen. Es ging – einmal mehr – um den Brand eines Hauses. Ursache war die fehlerhafte Konstruktion eines Rauchabzugsrohres durch zwei Mitarbeiter eines Spenglermeisters. Die Brandschutzversicherung, die den Schaden deckte, hatte sich vom Hauseigentümer sämtliche Ansprüche gegen den Spenglermeister und seine Mitarbeiter abtreten lassen. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanzen konnte eine Haftung des Spenglermeisters aus Art. 41 ff. OR (also eine Haftung aus Verschulden) ausgeschlossen werden und kam einzig eine Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR in Betracht. Das Bundesgericht hielt fest, dass es sich hierbei nach der Terminologie von Art. 51 OR um eine Haftung aus Gesetz handle und deshalb ein Regress des Schadensversicherers entsprechend seiner Rechtsprechung ausgeschlossen sei. Soweit ersichtlich, ging das Bundesgericht erstmals auf die Kritik VON TUHRS und die Frage des Verhältnisses zwischen Art 51 OR und Art. 72 VVG ein. Es gestand der Kritik durchaus einige Berechtigung

²⁴ Siehe hierzu auch die Ausführungen bei Fn. 21.

zu, kam jedoch unter Hinweis auf OSER-SCHÖNENBERGER und im Interesse einer «konsequenten Ordnung» zum Schluss, dass Kausalhaftungstatbestände nicht als «unerlaubte Handlungen» i.S.v. Art. 72 VVG zu qualifizieren seien. Das Bundesgericht bestätigte damit die Urteile von 1919, 1921 und 1924, und dies unter Berücksichtigung der daran geäußerten Kritik. Ein Schönheitsfehler ist allerdings, dass es den Ausreisser in BGE 63 II 143 ff. mit keinem Wort erwähnte und sich auch nicht mit VON TUHRS Argument auseinandersetzte, dass die Schadensversicherung nicht den Zweck habe, den Haftpflichtigen zu entlasten. Es konnte damit keine Rede davon sein, dass alle Fragen geklärt wären.

7. Der Leitentscheid: BGE 80 II 247 ff. (Gini/Durlemann)

Dem Bundesgericht bot sich schon drei Jahre später die Gelegenheit, sich nochmals vertieft mit den Fragen auseinanderzusetzen, die sich beim Regress des Schadensversicherers stellen. Sein Urteil vom 5. Oktober 1954 in Sachen La Neuchâteloise gegen Gini und Durlemann (BGE 80 II 247 ff.) sollte für über 60 Jahre der eigentliche Leitentscheid in Fragen des Regresses sein.

Auch im Fall Gini/Durlemann ging es – wieder einmal – um ein brennendes Haus: Joseph Peroni liess sein Haus vom Unternehmer Jérôme Gini neu anstreichen. Ein Angestellter Ginis, Francis Durlemann, entfernte mit einer Brennlampe die alte Farbe und löste dabei einen Brand aus. Peronis Versicherung kam für den Schaden auf und wollte von Jérôme Gini und Francis Durlemann die Versicherungsleistungen ersetzt erhalten.

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass der Versicherer gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VVG in die Ansprüche des Hauseigentümers gegen Francis Durlemann suborgiert hatte, der den Schaden leicht fahrlässig verursacht hatte und deshalb aus Art. 41 OR haftete. Wegen des leichten Verschuldens und einer drohenden Notlage (Art. 44 Abs. 2 OR) reduzierte das Bundesgericht jedoch den Regressanspruch auf weniger als 20 % der Versicherungsleistungen.²⁵

Anschliessend prüfte das Bundesgericht die Ansprüche des Versicherers gegen Jérôme Gini. Es hielt zunächst fest, dass Jérôme Gini weder aus Art. 41 OR noch aus Art. 55 OR (Geschäftsherrenhaftung) haftete. In Betracht kam nur eine Haftung aus dem Vertrag von Jérôme Gini mit dem Hauseigentümer Peroni, insbesondere eine Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 OR. Das Bundesgericht erwog hierzu, dass der Versicherer gemäss Art. 72 VVG nicht in die vertraglichen Schadenersatzansprüche des Versicherten suborgiere. Vorliegend hatte sich die Versicherung jedoch sämtliche Ansprüche, also auch die vertraglichen Ansprüche, vom Versicherten abtreten lassen. Das Bundesgericht bestätigte seine frühere Praxis, wonach dies zulässig sei, dass dadurch jedoch nicht die Regressordnung gemäss Art. 51 OR umgangen werden könne. Das Bundesgericht hatte nun die Frage zu prüfen, ob Art. 51 OR nur den Regress zwischen Personen, die aus unterschiedlichen Gründen haften, oder aber

²⁵ BGE 80 II 247 ff., E. 2/3; siehe auch KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. A., § 75 Rz. 189.

auch den Fall, in dem, wie vorliegend, beide involvierten Parteien aus Vertrag haften. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass Art. 51 OR auch in dieser Konstellation anwendbar sei. Art. 51 OR sei Ausdruck des Grundsatzes, dass diejenige Person, die an einem Schaden eine geringere Verantwortung treffe, auf diejenige Partei, die am Schaden eine grössere Verantwortung treffe, Rückgriff nehmen könne. In Anwendung dieses Grundsatzes hielt das Bundesgericht fest, dass eine aus Vertrag haftende auf eine andere aus Vertrag haftende Partei nur Rückgriff nehmen könne, wenn diese am Schaden ein Verschulden treffe, das nicht mehr leicht sei. Weil diese Voraussetzung im vorliegenden Fall nicht erfüllt war, wies das Bundesgericht die Klage des Versicherers gegen Jérôme Gini ab.

Zusammenfassend bedeutete der Entscheid in Sachen Gini/Durlemann für die Schadensversicherer Folgendes:

- Der Schadensversicherer kann Regress nehmen auf Personen, die aus unerlaubter Handlung haften und den Schaden schuldhaft verursacht haben.
- Der Schadensversicherer kann auch Regress nehmen auf Personen, die aus Vertrag haften, jedoch nur, wenn sie den Schaden schuldhaft verursacht haben und das Verschulden als nicht mehr leicht zu qualifizieren ist.
- Die Regressansprüche können unter Berücksichtigung der massgeblichen Umstände nach Ermessen des Gerichts herabgesetzt werden.
- Ein Regress des Schadensversicherers gegen Kausalhaftpflichtige ist ausgeschlossen.

8. Fortführung und Präzisierung der Praxis

Nach dem Entscheid in Sachen Gini/Durlemann bestätigte und verfeinerte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Regress des Schadensversicherers. Erwähnenswert ist, dass das Bundesgericht dem Entscheid in Sachen Gini/Durlemann zunächst noch nicht die grundsätzliche Bedeutung gab, die er mit der Zeit erhielt. So zitierte es z.B. in BGE 103 II 330 ff. den drei Jahre früher gefällten BGE 77 II 243 ff. und erwähnte BGE 80 II 247 ff. mit keinem Wort. Auch in BGE 107 II 489 ff. wird der Fall Gini/Durlemann nicht erwähnt.

Wiederholt bestätigte das Bundesgericht, dass Art. 51 Abs. 2 OR zwingend ist und durch eine Abtretung der Schadenersatzforderung gegen den haftpflichtigen Dritten an die Versicherung nicht umgangen werden kann.²⁶ Sind die Voraussetzungen für einen Regress nach Art. 51 Abs. 2 OR erfüllt, kann der Schadensversicherer die Regressansprüche demgegenüber auch dann geltend machen, wenn der Versicherte die Ansprüche nicht abgetreten hat.²⁷

²⁶ BGE 115 II 24 ff., E. 2b; 132 III 321 ff., E. 2.3.2.2.

²⁷ BGE 115 II 24 ff.; 132 III 321 ff., E. 2.3.2.2.

In BGE 114 II 342 ff. hatte das Bundesgericht die Frage zu beurteilen, ob der Vermieter eines Autos, das bei einem Unfall beschädigt wurde, die freie Wahl habe, gegen den Mieter oder den Kaskoversicherer vorzugehen. Das Bundesgericht bejahte dies und wies ausdrücklich darauf hin, dass der Mieter, wenn ihn kein Verschulden treffe, die Möglichkeit habe, auf den Kaskoversicherer zu regressieren.²⁸

Mehrfach hatte sich das Bundesgericht mit dem Regress des ausländischen Schadensversicherers zu befassen. Es bestätigte BGE 74 II 81 ff., wonach sich die Frage, ob der Versicherer in die Ansprüche des Versicherten eintrete, nach dem Recht beurteilt, dem der Versicherungsvertrag untersteht. In Abweichung von diesem Entscheid wandte das Bundesgericht jedoch neu das – auch nach Art. 144 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291) geltende – Kumulationsprinzip an, wonach auch das Recht zu beachten ist, dem die Haftpflichtansprüche unterstehen. Der Haftpflichtige darf dadurch, dass der Versicherungsvertrag ausländischem Recht untersteht, nicht schlechter gestellt werden. Wenn der Versicherungsvertrag ausländischem Recht untersteht und sich die Haftpflichtansprüche nach schweizerischem Recht richten, kann der ausländische Versicherer auf den Haftpflichtigen nur insoweit Rückgriff nehmen, als dies nach Art. 51 Abs. 2 OR möglich ist.²⁹

Art. 51 Abs. 2 OR und die Gini/Durlemann-Praxis kommen jedoch laut Bundesgericht dann nicht zur Anwendung, wenn ein internationales Übereinkommen oder ausländisches Recht die Haftungs- und Regressordnung bestimmt. Gemäss BGE 132 III 626 ff. ist das bei der CMR³⁰ der Fall: Nach der CMR hafte der Beförderer allein und Art. 17 CMR regle die Haftung abschliessend. Die CMR lasse zu, dass der Empfänger die Ersatzforderung gegen den Frachtführer an seinen Transportversicherer abtrete. Für die Anwendung von Art. 51 Abs. 2 OR bleibe daher kein Platz. Im konkreten Fall ging es um Maschinen, die auf dem Transport nach Indien beschädigt worden waren. Im Zentrum stand die Frage, ob der Verkäufer der Maschinen nach der CMR auch Frachtführer oder blosser Spediteur war. Das Bundesgericht bejahte ersteres und hiess die Regressansprüche des Versicherers gegen den Verkäufer gestützt auf die CMR gut, obwohl ihn kein Verschulden traf.³¹ Der Versicherungsvertrag unterstand iranischem Recht.

In BGE 126 III 521 ff. stellte sich die Frage, ob die Gini/Durlemann-Praxis auch für einen Arbeitgeber gilt, der – wie ein Versicherer – aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Pflichten den Schaden seines Angestellten deckt. Konkret ging es um Folgendes: Ein Arbeitnehmer war bei

²⁸ Dies ist insoweit bemerkenswert, als der Kaskoversicherer nach Ansicht des Bundesgerichts wie der Mieter nach Vertrag haftet – somit auf der gleichen Stufe steht – und den Versicherer kein Verschulden trifft. Das Bundesgericht begründet dieses Ergebnis damit, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung anzunehmen sei, dass die Prämien der Kaskoversicherung im Mietpreis inbegriffen seien.

²⁹ BGE 118 II 502 ff.; 107 II 489 ff.

³⁰ Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr, abgeschlossen in Genf am 19. Mai 1956, SR 0.741.611 (CMR).

³¹ BGE 132 III 626 ff.

einem Autounfall verletzt worden. Während dessen Arbeitsunfähigkeit leistete der Arbeitgeber aufgrund seiner Lohnfortzahlungspflicht weiterhin den Lohn. Der Arbeitgeber regressierte gegen die Haftpflichtversicherung der fehlbaren Autolenkerin. Das Arbeitsrecht kennt keine mit Art. 72 VVG vergleichbare Bestimmung, wonach der Arbeitgeber in die Ansprüche des Arbeitnehmers subrogieren würde. Das Bundesgericht wies jedoch darauf hin, dass der Arbeitgeber eine Taggeldversicherung für den Lohnausfall abschliessen könne und diese gestützt auf Art. 72 VVG in die Ansprüche des Arbeitnehmers subrogieren würde, wenn sie den Lohnausfall deckt. Das Bundesgericht betrachtete es als «weder einleuchtend noch billig», wenn der Arbeitgeber schlechter gestellt wäre als der Versicherer. Eine unmittelbare Anwendung von Art. 51 Abs. 2 OR schloss das Bundesgericht aus, weil «der Arbeitgeber nicht zum Kreis der gemäss Art. 51 OR Haftpflichtigen zählt, sondern mit der Lohnzahlung unabhängig vom schädigenden Ereignis seine gesetzliche oder vertragliche Leistungspflicht erfüllt».³² In Betracht komme daher nur eine analoge Anwendung. Dabei kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Arbeitgeber – anders als der Versicherer – auch auf die bloss kausalhaftpflichtige Autolenkerin Rückgriff nehmen könne.

Damit war der Arbeitgeber – trotz Fehlens einer gesetzlichen Vorschrift – beim Regress besser gestellt als der Schadensversicherer, für den das Gesetz einen Regress ausdrücklich zulässt. Dies war insbesondere auch deshalb unverständlich, weil der Versicherer wie der Arbeitgeber ebenfalls kein Haftpflichtiger ist, sondern in Erfüllung des Vertrags leistet.³³ Trotzdem hatte BGE 126 III 521 ff. keinen Einfluss auf den Regress des Schadensversicherers, für den weiterhin die Gini/Durlemann-Praxis zur Anwendung gelangte.

9. Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht

Bei Erlass von Art. 72 VVG und Art. 51 OR war das schweizerische Sozialversicherungssystem noch sehr rudimentär ausgebildet. Zwar führte das Kranken- und Unfallversicherungsgesetz vom 13. Juni 1911 (KUVG) eine obligatorische Unfallversicherung für Arbeitnehmer ein, jedoch nur für ausgewählte Branchen.³⁴ Art. 100 KUVG sah bereits vor, dass der Unfallversicherer bis zum Betrag seiner Leistungen in die Schadenersatzansprüche des Versicherten subrogiert und gegen Haftpflichtige regressieren kann, und zwar auch gegen Kausalhaftpflichtige und aus Vertrag Haftende, die den Schaden nicht schuldhaft verursacht haben.³⁵ Eine analoge Regelung sah das Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 20. September 1949 vor und wurde 1968 für die Pensionskasse des eidgenössischen und des Bundespersonals eingeführt.³⁶ Für private und kantonale Pensionskassen galten demgegenüber die Schranken der Gini/Durlemann-Praxis.³⁷ Das Bundesgesetz über

³² BGE 126 III 521 ff., E. 2b.

³³ BGE 126 III 521 ff., E. 2b; BREHM, *op. cit.* Fn. 6, Art. 41 OR N 31b.

³⁴ OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, 4.A., S. 404.

³⁵ OFTINGER, *op. cit.* Fn. 34, S. 405 und 410.

³⁶ OFTINGER, *op. cit.* Fn. 34, S. 439 und 443.

³⁷ OFTINGER, *op. cit.* Fn. 34, S. 445.

die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG) sah zwar zunächst keine Regressmöglichkeit vor, doch wurden 1977 Regressbestimmungen eingefügt, die weitgehend jenen des KUVG entsprachen.³⁸

Der Trend, dem Sozialversicherer ein umfassendes Regressrecht einzuräumen, setzte sich fort. Das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1) hält nun in Art. 72 Abs. 1 als Grundsatz fest, dass grundsätzlich alle dem ATSG unterstehenden Sozialversicherer in der Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche des Versicherten und seiner Hinterlassenen gegenüber haftpflichtigen Dritten eintreten. Ähnlich lautet Art. 34b des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40).

Einzelnen Sozialversicherern stand damit schon früh ein weitergehendes Regressrecht zu als den privaten Versicherern. Spätestens seit 2000 waren die Sozialversicherer durchgängig besser gestellt als die privaten Versicherer.

10. Kritik in der Lehre

Wie vorn gezeigt, unterzog ANDREAS VON THUR die ersten Entscheide zum Regress des Schadensversicherers einer massiven Kritik.³⁹ In den vergangenen Jahren und Jahrzehnten wurde immer stärkere Kritik an der Gini/Durlemann-Praxis laut. Dabei setzte die Kritik an verschiedenen Punkten an.⁴⁰

Die ersten Entscheide des Bundesgerichtes, wonach der Schadensversicherer auf den Kausalhaftpflichtigen nicht Rückgriff nehmen könne, stützten sich massgeblich auf den Willen des Gesetzgebers. Wie das Bundesgericht selber in BGE 63 II 143 ff. darlegte, kann für die Auslegung der Wille des Gesetzgebers nicht das allein ausschlaggebende Kriterium sein. Wie das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zur Gesetzesauslegung immer wieder betont hat, gilt in der Schweiz ein «Methodenpluralismus».⁴¹ Der Entstehungsgeschichte des Gesetzes kommt dabei zwar durchaus eine gewisse Bedeutung zu, sie ist jedoch nur eines von mehreren Kriterien. Ausgangspunkt der Auslegung ist grundsätzlich der Wortlaut des Gesetzes. Weiter zu berücksichtigen sind die Systematik des Gesetzes, dessen Zweck, dessen Entstehungsgeschichte, aber auch das Verständnis der Norm im Zeitpunkt des Entscheides. Dabei kommt keinem dieser Kriterien eine Vorrangstellung zu; vielmehr

³⁸ Siehe AS 1978 S. 391.

³⁹ Vorn bei Fn. 9 und 18.

⁴⁰ Vgl. hierzu auch die ausführliche Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit der Kritik in BGE 137 III 352 ff. und im Urteil vom 7. Mai 2018, 4A_602/2017.

⁴¹ Z.B. BGE 134 V 170 ff., E. 4.1; HÄFELIN/HALLER/THURNHEER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. A., Rz. 128 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Rz. 178.

muss es Ziel der Auslegung sein, mittels dieser Kriterien den «richtigen» Sinn des Gesetzes zu ermitteln.⁴²

Wie bereits VON TUHR dargelegt hat, besteht ein gewisser Widerspruch zwischen Art. 72 VVG, der die Subrogation des Schadensversicherers in die Ansprüche des Versicherten aus unerlaubter Handlung vorsieht und Art. 51 OR. Das Bundesgericht hat den Widerspruch aufzulösen versucht, indem es den Begriff der unerlaubten Handlung auf die Deliktshaftung aus Verschulden (Art. 41 Abs. 1 OR) eingeschränkt hat, so dass die reinen Kausalhaftungstatbestände nicht erfasst werden. Dieses Verständnis des Begriffs der unerlaubten Handlung entspricht jedoch nicht dem heutigen Verständnis und wohl auch nicht dem Verständnis im Zeitpunkt, als Art. 72 VVG und Art. 51 OR erlassen wurden. Vor allem verwendet das Obligationenrecht selbst den Begriff der unerlaubten Handlung anders, als ihn das Bundesgericht ausgelegt hat. Im Obligationenrecht steht der Begriff für sämtliche Tatbestände der ausservertraglichen Haftung, einschliesslich die Kausalhaftungen.⁴³

Es kommt hinzu, dass Art. 51 OR dem Wortlaut wie der Systematik des Gesetzes nach den Regress unter Haftpflichtigen regelt. Der Schadensversicherer ist jedoch nicht Haftpflichtiger, sondern erbringt seine Leistungen in Erfüllung seiner vertraglichen Leistungspflichten. Man kann sich daher fragen, ob der Regress des Schadensversicherers überhaupt unter Art. 51 OR fällt.⁴⁴ Selbst wenn diese Frage bejaht wird, stellt sich die Anschlussfrage, weshalb die Haftung aus Vertragserfüllung mit der Haftung aus Vertragsverletzung gleich behandelt wird. Art. 51 OR lässt jedenfalls durchaus Raum für Differenzierungen. Die Kaskadenordnung zwischen Haftung aus Verschulden, Vertrag und Gesetz gilt nämlich nur «in der Regel».⁴⁵ Für den Arbeitgeber, der seiner Lohnfortzahlungspflicht nachkommt, hat das Bundesgericht in BGE 126 III 521 ff. eine Ausnahme anerkannt und den Regress auf den Kausalhaftpflichtigen zugelassen. Es erscheint widersprüchlich, dass das Bundesgericht den Arbeitgeber und Schadensversicherer unterschiedlich behandelte.

Vor allem aber vermag der vom Gesetzgeber mit Erlass von Art. 51 OR verfolgte Zweck nicht zu überzeugen. Der Gesetzgeber – und mit ihm auch das Bundesgericht – argumentierte, dass sich der Versicherer aus den Prämien bezahlt machen könne; dies rechtfertige, dass er gegen

⁴² HÄFELIN/HALLER/THURNHEER, *op. cit.* Fn. 41, Rz. 80, 90ff.; HONSELL, Basler Kommentar, 5. A., Art. 1 ZGB N 9 ff.; KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5.A., S. 57 ff.; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Art. 1 ZGB N 140 ff.; siehe auch HEMPEL, Wer ist «Dritter» im Sinne von Art. 64 ff. LFG? – Gedanken zur Anspruchsberechtigung bei der Luftfahrzeughalterpflicht aus Anlass eines aktuellen Entscheids des deutschen Bundesgerichtshofs, ASDA-Bulletin 2017 S. 77 ff., 84.

⁴³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. Mai 2018, 4A_602/2017, E. 2.6.

⁴⁴ Vgl. CASANOVA, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung, S. 161 f.; HONSELL, Ungeklärte Fragen des Regresses nach Art. 72 VVG, in: Festschrift für Heinz Hausheer, S. 572; RUMO-JUNGO, Zusammenspiel zwischen Haftpflicht und beruflicher Vorsorge, in: Festschrift für Heinz Hausheer, S. 620 ff.; STRUB, *op. cit.* Fn. 10, S. 73 ff.

⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 12. Juli 2018, 4A_453/2017, E. 5; BREHM, *op. cit.* Fn. 6, Art. 51 OR N 80 ff.

ausservertraglich Haftende nur vorgehen könne, wenn diesen ein Verschulden treffe. Es ist nun aber in der Tat nicht einzusehen, weshalb ein Haftpflichtiger davon profitieren soll, dass der Geschädigte eine Schadensversicherung abgeschlossen und dafür Prämien bezahlt hat. Mit der Schaffung des Kausalhaftungstatbestandes nahm der Gesetzgeber eine Wertung vor, nämlich dass der Haftpflichtige aufgrund der von ihm geschaffenen Risiken auch ohne Verschulden haften soll. Diese Wertung kann nicht davon abhängen, ob der Geschädigte sich – freiwillig – mit einer Schadensversicherung gegen eine entsprechende Schädigung geschützt hat. Der Geschädigte bezahlt die Versicherungsprämien für sich und zu seinem Vorteil und nicht zum Schutze des Haftpflichtigen.⁴⁶

Die Gini/Durlemann-Praxis stand schliesslich zunehmend quer zu den vorn geschilderten Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht. Es lässt sich nur schwer rechtfertigen, weshalb der private Schadensversicherer beim Regress schlechter behandelt werden soll als die Sozialversicherungen.⁴⁷

Es schien sich damit je länger desto weniger rechtfertigen zu lassen, die Gini/Durlemann-Praxis aufrechtzuerhalten. 2011 bot sich dem Bundesgericht die Gelegenheit, sich mit der Kritik in der Lehre vertieft auseinanderzusetzen.

11. BGE 137 III 352 ff.: Erste Überprüfung und Festhalten an der Gini/Durlemann-Praxis

In BGE 137 III 352 ff. hatte das Bundesgericht folgenden Sachverhalt zu beurteilen:⁴⁸ Der Geschädigte B. war in Zürich in einem Haus die Kellertreppe hinuntergestürzt und hatte sich dabei an den Beinen schwer verletzt. Ein erheblicher Teil der Kosten war von der überobligatorischen Zusatz-Krankenversicherung nach VVG gedeckt worden, welche auf die Hauseigentümer regressierte, die als Werkeigentümer hafteten.

Das Bundesgericht anerkannte, dass sich die vorn geschilderte Kritik in der Literatur auf «beachtliche Argumente» zu stützen vermöge (E. 4.2). Es setzte sich vertieft mit dieser Kritik auseinander und ging auf die im Zeitpunkt des Entscheids laufende Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes ein. Im Rahmen dieser Revisionsbemühungen wurde ein integrales Regressrecht des Versicherers vorgeschlagen, das den Rückgriff auf den haftpflichtigen Dritten unabhängig davon erlauben sollte, auf welcher Grundlage die Schadenersatzpflicht beruht (E. 4.3).

⁴⁶ OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. A., § 11 31 ff., 65 ff., 74 und deren Fn. 81; HONSELL/ISENRRING/KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A., § 11 Rz. 40 ff.; HONSELL, Der Regress des Versicherers im schweizerischen Recht, in: *Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, S. 279 ff., 286.

⁴⁷ Vgl. hierzu auch die ausführliche Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit der Kritik in BGE 137 III 352 ff. und im Urteil vom 7. Mai 2018, 4A_602/2017.

⁴⁸ Der Sachverhalt ist im Auszug des Urteils, der in der BGE-Sammlung publiziert wurde, nicht wiedergegeben. Der Entscheid ist jedoch auf der Webseite des Bundesgerichts vollständig veröffentlicht; siehe Urteil des Bundesgerichts vom 7. Juni 2011, 4A_576/2010.

Trotz der Kritik der Lehre und der Revisionsbemühungen des Gesetzgebers lehnte das Bundesgericht eine Änderung seiner Praxis ab. Es begründete dies damit, dass sich die Versicherungspraxis auf die entsprechende Rechtslage eingestellt habe und eine Änderung der Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit besonders gewichtige Gründe voraussetze. Die ständige Rechtsprechung entspreche dem eindeutigen Willen des historischen Gesetzgebers. Auch wenn dieser gesetzgeberische Entscheid zu einer diskussionswürdigen Kostenverteilung für Schadensereignisse führen möge, sei es nicht ohne weiteres Sache der Rechtsprechung, diesen zu ändern, auch wenn seither einige Zeit verfließen sei. Eine Praxisänderung sei umso weniger vorzunehmen, wenn sich – wie im vorliegenden Fall – der Gesetzgeber selber im Rahmen einer umfassenden Gesetzesrevision der Frage angenommen habe. Es rechtfertige sich nicht, der Revision vorzugreifen. Vielmehr sei das Inkrafttreten der Revision abzuwarten (E. 4.6). Der Regress der Zusatzversicherung nach VVG wurde daher abgewiesen, während der Grundversicherer nach KVG die von ihm gedeckten Kosten ersetzt erhielt.

Damit war ein erster Anlauf zur Änderung der Gini/Durlemann-Praxis gescheitert und musste der Ausgang der Revision des Versicherungsvertragsgesetzes abgewartet werden. 2013 wies das Parlament die Vorlage für eine Totalrevision an den Bundesrat zurück, mit dem Auftrag, stattdessen eine Teilrevision auszuarbeiten. Gemäss dem Rückweisungsbeschluss sollte das geltende Versicherungsvertragsgesetz beibehalten, jedoch punktuell optimiert werden.⁴⁹ Der Bundesrat verabschiedete am 28. Juni 2017 seine Botschaft zur Revision des Versicherungsvertragsgesetzes.⁵⁰ Seit dem ersten Quartal 2018 befindet sich das teilrevidierte VVG in der parlamentarischen Beratung; eine Inkraftsetzung könnte gemäss dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) auf 2019 oder 2020 erfolgen.⁵¹

Obwohl das Regressrecht des Schadensversicherers sich nicht unter den Punkten befand, die das Parlament für revisionsbedürftig erachtete,⁵² sieht die Vorlage des Bundesrates nun doch einen neuen Art. 95c Abs. 2 VVG vor, der den Versicherern (nicht nur den Schadensversicherern) einen umfassenden Regress erlauben würde: «Im Umfang und zum Zeitpunkt seiner Leistung tritt das Versicherungsunternehmen für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte des Versicherten ein.»⁵³ Ausgeschlossen bleiben soll der Regress nach dem neuen Art. 96 für Summenversicherungen.⁵⁴

⁴⁹ Amtl. Bull. NR 2012 2203 ff.; Amtl. Bull. SR 2013 261 ff.

⁵⁰ BBl 2017 5089 ff., 5132 f.

⁵¹ <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/themen/wirtschaft--waehrung--finanzplatz/finanzmarktpolitik/totalrevision-des-versicherungsvertragsgesetzes--vvg-/fb-vvg.html> (besucht am 14. September 2018), Stand Juni 2018.

⁵² BBl 2017 5089 ff., 5095 f. und 5132 f.

⁵³ BBl 2017 5141 ff., 5152.

⁵⁴ BBl 2017 5141 ff., 5152.

12. Praxisänderung: Urteil des Bundesgerichts vom 7. Mai 2018 (4A_602/2017)

Nachdem der Rückweisungsbeschluss des Parlaments 2013 keine Revision der Regressbestimmungen mehr vorsah, war damit zu rechnen, dass ein Versicherer die Frage des Regresses nochmals vors Bundesgericht bringen würde.⁵⁵ Am 7. Mai 2018 erhielt das Bundesgericht die Gelegenheit, sich nochmals mit der Frage auseinanderzusetzen. Obwohl – oder weil – die Vorlage des Bundesrates nun doch wieder ein umfassendes Regressrecht vorsieht, nahm das Bundesgericht die Gelegenheit wahr, um seine Praxis zu ändern. Interessanterweise betraf der Entscheid einen Passagierfall, allerdings nicht in der Luft, sondern am Boden.

Eine Passagierin stürzte beim ruppigen Anfahren eines Busses der Berner Regionalbetriebe C. AG. Die Zusatzversicherung zur obligatorischen Grundversicherung zahlte der Passagierin für halb-private Zusatzleistungen CHF 33.088.40. Die Passagierin trat der Versicherung ihre Ansprüche ab. Die Zusatzversicherung klagte gegen die Haftpflichtversicherung der Regionalbetriebe C.

Das Bundesgericht verwies auf seinen Entscheid BGE 137 III 352 ff. und darauf, dass dieser in der Lehre unterschiedlich aufgenommen worden sei (E. 2.1 f.). Erneut ging es auf die Voraussetzungen für eine Praxisänderung ein. Dieses Mal kam das Bundesgericht jedoch zum Schluss, dass diese erfüllt seien. Nachdem der sachlich überzeugenden Lehrmeinung im Rahmen des durchgeführten Vernehmlassungsverfahrens zur Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes keine Kritik erwachsen sei, würden die Gründe für eine Praxisänderung überwiegen. Die bisherige Rechtsprechung stelle zu stark auf den historischen Willen des Gesetzgebers ab, zumal dieser nicht auf einer umfassenden Interessenabwägung basiere, sondern vielmehr nur die Korrektur eines für unbillig erachteten Ergebnisses in einem Einzelfall im Auge gehabt habe (E. 2.5).⁵⁶ Das Bundesgericht fügte an, im Sinne einer «gelebten Gewaltenteilung» sei es dem Gesetzgeber unbenommen, im Rahmen der vorgesehenen Teilrevision des VVG die alte (oder eine andere) Regelung zu erlassen, falls sich der im Rahmen der Vernehmlassungsverfahrens zur aufgegebenen Totalrevision festgestellte Konsens nicht als tragend erweisen sollte (E. 2.5).

In seinen weiteren Erwägungen kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die private Schadensversicherung im Verhältnis zum kausalhaftpflichtigen Unfallverursacher gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VVG gleich zu behandeln sei wie die Sozialversicherungen, die insoweit in die Stellung der geschädigten Person subrogieren, als sie diese entschädigt haben. Art. 72 Abs. 1 VVG sei daher so auszulegen, dass er nicht nur die unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR, sondern sämtliche ausservertraglichen Haftungstatbestände im Sinne von Art. 41 - 61 OR erfasse (E. 2.6).

⁵⁵ HOCHSTRASSER, Der Beförderungsvertrag, Habil. Zürich 2015, N 1524.

⁵⁶ PERRITAZ, Le concours d'actions et la solidarité, Rz. 582 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, *op. cit.* Fn. 46, § 11 N 42; WERRO/PERRITAZ, Les limitations inattendues de couverture et le recours de l'assureur dommages, in: Colloque du droit de la responsabilité civile 2015, S. 59 ff., S. 65 f.; zur Gesetzesauslegung siehe vorn bei Fn. 41 und 42.

Ausserdem erkannte das Bundesgericht, dass der Schadensversicherer nur seine primäre Leistungspflicht aus dem Versicherungsvertrag erfülle und keine (sekundären) Schadenersatzzahlungen aus Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages leiste (E. 2.4). Art. 51 Abs. 2 OR sei daher nicht anwendbar. Deshalb erübrige sich auch eine Auseinandersetzung mit der Lehre zur Auslegung dieser Norm, die eine verstärkte Berücksichtigung des Begriffs «in der Regel» und eine weitere Auslegung des Begriffs der unerlaubten Handlung verlange (E. 2.6).

13. Ende gut alles gut?

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 7. Mai 2018 mit einem kühnen Schlag den gordischen Knoten durchhauen, den der Gesetzgeber von 1911 geschnürt hatte und der spätestens nach dem Entscheid in Sachen Gini/Durlemann immer schwieriger zu lösen schien. Anders als seinerzeit Alexander der Grosse hat sich das Bundesgericht jedoch nicht einfach über alle Regeln hinweggesetzt und mit dem Zweihänder zugeschlagen, sondern in verantwortungsvoller Auseinandersetzung mit den sich stellenden Fragen nach der richtigen Lösung gesucht. Dabei hat es sich das Bundesgericht alles andere als leicht gemacht. Schon der Entscheid von 2011 zeigte, dass sich die Gini/Durlemann-Praxis nur schwer mit einer sorgfältigen Auslegung des Gesetzes, die nicht einseitig auf den Willen des Gesetzgebers abstellt, vereinbaren lässt. Wohl vor allem aus Respekt vor dem Gesetzgeber wollte das Bundesgericht den laufenden Revisionsbemühungen jedoch nicht vorgreifen. Als 2018 das Gesetz immer noch nicht revidiert, die Anpassung des Regressrechts aber unbestritten war, entschied sich das Bundesgericht, nun doch der unbefriedigenden Ungleichbehandlung von Sozial- und Schadensversicherern ein Ende zu setzen. Offenbar kam es zum Schluss, dass es sich nicht rechtfertigen lasse, an einer Praxis festzuhalten, deren Änderung auch der Bundesrat wollte und die in der Vernehmlassung unbestritten war.

Der Entscheid ist zu begrüßen. Dies gilt namentlich auch für die Klarstellungen, die der Entscheid in dogmatischer Hinsicht bringt: Es gibt keine Rechtfertigung, den in Art. 72 VVG verwendeten Begriff der «unerlaubten Handlung» anders als in der übrigen Rechtsordnung auszulegen und auf die ausservertragliche Verschuldenshaftung (Art. 41 Abs. 1 OR) einzuschränken. Ebenso wenig lässt es sich rechtfertigen, eine Vertragspartei, die – wie ein Versicherer – eine Leistung in Erfüllung des Vertrags erbringt, gleich zu behandeln wie eine Vertragspartei, die wegen Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig wird. Es gibt auch keinen Grund, den Haftpflichtigen davon profitieren zu lassen, dass ein vorsichtiger Geschädigter eine Schadensversicherung geschlossen hat. Es erscheint daher konsequent und richtig, die Regressordnung in Art. 50 f. OR auf Fälle der Haftpflicht zu beschränken und Parteien, die in Erfüllung des Vertrags eine Zahlung leisten, von dieser Regressordnung auszunehmen.

Diese – wie wir meinen korrekte – Auslegung wirft allerdings die Frage auf, ob und gestützt worauf ein Schadensversicherer auf Personen regressieren kann, die aus Vertrag haften. Gemäss Art. 72 Abs. 1 VVG

subrogiert der Schadensversicherer nur in Ansprüche des Versicherten aus unerlaubter Handlung, also in ausservertragliche Haftungsansprüche. Eine Subrogation in vertragliche Schadenersatzansprüche ist weder in Art. 72 VVG noch in einer anderen gesetzlichen Vorschrift vorgesehen. Gemäss der Gini/Durlemann-Praxis konnte der Schadensversicherer gestützt auf Art. 51 Abs. 2 OR auf aus Vertrag Haftende Rückgriff nehmen, wenn sie nicht nur ein leichtes Verschulden am Schaden traf. Nach dem Entscheid vom 7. Mai 2018 ist dem Schadensversicherer ein Regress gestützt auf Art. 51 Abs. 2 OR verwehrt, da eine Partei, die einen Schaden in Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten deckt, nicht ein Haftpflichtiger i.S.v. Art. 51 Abs. 2 OR ist und damit nicht unter diese Bestimmung fällt. Der Schadensversicherer kann somit einen Regress gegen den aus Vertrag Haftenden weder auf Art. 72 VVG noch auf Art. 51 Abs. 2 OR stützen – selbst dann nicht, wenn diesen ein grobes Verschulden trifft.⁵⁷ Damit offenbart der Entscheid vom 7. Mai 2018 eine Gesetzeslücke, die nicht vom Bundesgericht geschaffen wird,⁵⁸ sondern seit Erlass von Art. 72 VVG und Art. 51 OR bestanden hat.

Wenn die Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes von den Räten angenommen wird, wird der neue Art. 95c VVG diese Lücke schliessen. Bis zum Inkrafttreten der Revision stellt sich die Frage, wie das Bundesgericht mit der Lücke umgehen wird. Aus dogmatischer Sicht stellt sich die Frage, ob die Beschränkung der Subrogation nach Art. 72 VVG auf die Haftung aus unerlaubter Handlung ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers darstellt oder vielmehr als «planwidrige Unvollständigkeit» des Gesetzes zu betrachten ist.⁵⁹ In historischer Sicht mag der Gesetzgeber in der Tat eine Subrogation in die Schadenersatzansprüche des Versicherten nicht gewollt haben. Aus heutiger Sicht liesse es sich jedoch kaum rechtfertigen, dem Schadensversicherer den Regress gegen aus Vertrag Haftende zu versagen. Wir sprechen uns daher dafür aus, dass die Gerichte die Lücke gestützt auf Art. 1 Abs. 1 und 2 ZGB zugunsten eines Regressrechts des Schadensversicherers füllen.

Mit Urteil vom 12. Juli 2018 hat das Bundesgericht einen weiteren Entscheid gefällt, der als Relativierung der Gini/Durlemann-Praxis verstanden werden kann. Ein Arbeiter erlitt beim Sanieren und Abdichten einer Kanalisationsleitung Verbrennungen, als sich darin befindliches Gas entzündete. Die Sozialversicherungen nahmen für die von ihnen ausgerichteten Leistungen Regress gegen die Eigentümerin der Leitung bzw. deren Haftpflichtversicherung. Im Zusammenhang mit der internen Schadenstragung zwischen der kausalhaftpflichtigen Eigentümerin der Leitung und der aus Vertrag haftpflichtigen Arbeitgeberin des Geschädigten betonte das Bundesgericht, dass die Stufenfolge nach Art. 51 Abs. 2 OR nur «in der Regel» gelte. Im vorliegenden Fall habe sich eine typische Gefahr aus dem Betrieb einer Rohrleitung verwirklicht; der Gesetzgeber habe für Rohrleitungsanlagen genau aus solchen Gründen eine Gefährdungshaftung geschaffen. Es rechtfertige sich daher, den Schaden

⁵⁷ RUSCH, Besprechung des Urteils 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018, AJP 2018, S. 905 ff., 907.

⁵⁸ In diesem Sinne aber wohl RUSCH, *op. cit.* Fn. 57, S. 907.

⁵⁹ HÄFELIN/HALLER/THURNHEER, *op. cit.* Fn. 41, Rz. 141 ff.

zwischen der Arbeitgeberin (auf der 2. Stufe von Art. 51 Abs. 2 OR) und der Eigentümerin der Leitung (3. Stufe) hälftig aufzuteilen.

Die Frage nach der Lückenfüllung dürfte sich erübrigen, wenn sich der Schadensversicherer sämtliche Ansprüche des Versicherten gegen die Haftpflichtigen – einschliesslich die aus Vertrag Haftenden – abtreten lässt, wie dies wohl in den meisten Versicherungsbedingungen vorgesehen ist. Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass dies zulässig ist.⁶⁰ Allerdings hat es auch entschieden, dass mit einer Abtretung die in Art. 51 OR festgelegte Regressordnung nicht umgangen werden könne. Diese Einschränkung des Regresses kann nach dem Urteil des Bundesgerichts vom 7. Mai 2018 nicht mehr gelten. Gemäss diesem Entscheid untersteht der Schadensversicherer, der in Erfüllung seiner versicherungsvertraglichen Pflichten leistet, nicht der Regressordnung des Art. 51 OR. Die an ihn abgetretenen Ansprüche des Versicherten sind keine Regressansprüche aus Gesetz, sondern die primären Haftpflichtansprüche des Geschädigten aus Vertrag. Wenn der Geschädigte selbst die Ansprüche geltend machen würde, könnte sie der Haftpflichtige nicht unter Berufung auf Art. 51 OR abwehren. Dasselbe muss gelten, wenn der Schadensversicherer gestützt auf eine Abtretung in die Rechtsstellung des Geschädigten eintritt und an seiner Stelle die Ansprüche geltend macht.

Entsprechend sollte der Haftpflichtige gegenüber dem Schadensversicherer auch nicht gestützt auf Art. 51 Abs. 2 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR eine Herabsetzung der Ersatzpflicht verlangen können. Wie vorn gezeigt, gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für die Herabsetzung von Regressansprüchen, die sich auf Art. 50 f. OR stützen, bzw. für die Aufteilung der Haftung unter mehreren Haftpflichtigen andere Grundsätze als für die Herabsetzung von Schadensersatzansprüchen. Gestützt darauf kann ein Regressanspruch stärker herabgesetzt werden als ein Schadensersatzanspruch.⁶¹ Da die Regressordnung von Art. 50 f. für den Rückgriff des Schadensversicherers nicht (mehr) gilt, kann auch der Regress des Schadensversicherers, der sich auf Art. 72 VVG oder eine Abtretung stützt, nur insoweit herabgesetzt werden, als sich auch der Geschädigte eine Herabsetzung gefallen lassen muss.

14. Auswirkungen auf das Luftrecht

Die Praxisänderung zum Regress des Schadensversicherers hat auch Auswirkungen auf das Luftrecht.

Die Praxisänderung hat zur Folge, dass der Schadensversicherer nach Art. 72 VVG neu auf Kausalhaftpflichtige auch dann regressieren kann, wenn diese kein Verschulden am Schaden trifft. Die wichtigste Kausalhaftung im Luftrecht ist die in Art. 64 ff. LFG geregelte Haftung des Halters eines Luftfahrzeugs für Schäden, die Dritten auf dem Boden zugefügt werden.⁶² Der Halter haftet z.B. nach Art. 64 LFG, wenn ein

⁶⁰ Z.B. BGE 77 II 243 ff.; GRABER, *op. cit.* Fn. 7, Art. 72 VVG N 69.

⁶¹ Vorn bei Fn. 22.

⁶² Siehe hierzu HEMPEL, *op. cit.* Fn. 42, S. 77 ff.

Luftfahrzeug bei einem Absturz ein Gebäude beschädigt. Nach der Gini/Durlemann-Praxis konnte die Gebäudeversicherung, die den Schaden deckte, nur dann auf den Halter Rückgriff nehmen, wenn ihn ein Verschulden traf. Künftig ist ein Rückgriff in jedem Fall möglich.

Neben der Haftung nach Art. 64 ff. LFG können bei Unfällen, in die ein Luftfahrzeug involviert ist, auch andere Kausalhaftungstatbestände eine Rolle spielen. Ist z.B. ein Absturz auf einen Produktmangel zurückzuführen, haftet der Hersteller nach Produkthaftung⁶³ oder Geschäftsherrenhaftung.⁶⁴ Bei einem Zusammenstoss eines Luftfahrzeugs mit einem anderen Luftfahrzeug am Boden oder mit einem Bodenfahrzeug, kann die Halterhaftung nach Art. 58 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG, SR 741.01) zum Zug kommen. In diesem Fall hängt der Rückgriff des Kaskoversicherers, der den Schaden deckt, nach der Praxisänderung nicht mehr wie noch unter der Gini/Durlemann-Praxis vom Verschulden des Verursachers ab.

Anders liegt die Sache bei der typisch luftrechtlichen Haftung aus Beförderungsvertrag, wie sie im Montrealer Übereinkommen geregelt ist. Wie vorn dargelegt, können internationale Abkommen spezifische Bestimmungen über den Regress enthalten, die der schweizerischen Regressordnung vorgehen. Deshalb hat das Bundesgericht bereits vor seiner Praxisänderung vom 7. Mai 2018 für eine Haftung nach der CMR den Regress des Schadensversicherers auf den aus Vertrag Haftenden zugelassen, obwohl diesem kein Verschulden vorgeworfen werden konnte.⁶⁵ Anders als die CMR enthält das Montreale Übereinkommen keine spezifischen Regressregeln. Die Anspruchsberechtigung bestimmt sich gemäss Art. 29 MÜ nach nationalem Recht. Soweit sich der Regress nach schweizerischem Recht beurteilt, galt somit für den Rückgriff des Schadensversicherers auf den Lufttransportführer bisher die Gini/Durlemann-Praxis. Erst recht galt dies für rein schweizerische Fälle, die sich nach der Lufttransportverordnung beurteilen. Entsprechend setzte der Regress ein – nicht mehr leichtes – Verschulden des Lufttransportführers voraus.

Mit dem Urteil des Bundesgerichts vom 7. Mai 2018 gilt diese Einschränkung nicht mehr. Allerdings gilt die mit dem Entscheid geschaffene rechtliche Unsicherheit für den Regress gegen aus Vertrag Haftende auch für Regressansprüche des Schadensversicherers gegen den Lufttransportführer, soweit sie sich auf den Vertrag stützen. Wird die Gesetzeslücke wie von uns vorgeschlagen gefüllt, könnte der Schadensversicherer auch dann, wenn er sich die Ansprüche des Versicherten nicht abtreten liess, grundsätzlich unabhängig vom Verschulden auf den Lufttransportführer Rückgriff nehmen. Die Haftungsgrenzen des Montrealer Übereinkommens würden jedoch auch für den Schadensversicherer gelten, d.h. der Regress wäre für Frachtschäden auf 19 Sonderziehungsrechte pro Kilo und für Gepäckschäden auf 1'131 Sonder-

⁶³ Art. 1 des Bundesgesetzes über die Produkthaftungspflicht (Produkthaftungspflichtgesetz), SR. 221.112.944 (PrHG).

⁶⁴ Art. 55 OR.

⁶⁵ Siehe vorn bei Fn. 31.

ziehungsrechte pro Passagier beschränkt. Die Haftungsmitte könnte für Frachtschäden nicht, für Gepäckschäden nur bei schwerem Verschulden gemäss Art. 22 Abs. 5 MÜ durchbrochen werden. Für Passagierschäden wäre der Regress auf 113'100 Sonderziehungsrechte pro Passagier beschränkt. Diese Haftungsmitte kann durchbrochen werden, wenn sich der Lufttransportführer nicht nach Art. 21 Abs. 2 MÜ exkulpieren kann. Dies ist auch die Rechtslage, wenn der neue Art. 95c VVG in Kraft tritt.

Vertragliche Haftpflichtansprüche können auch gegenüber Wartungsunternehmen bestehen, wenn ein Luftfahrzeug aufgrund eines Wartungsfehlers einen Schaden erleidet. Wird der Schaden vorab vom Kaskoversicherer gedeckt, kann dieser aufgrund der Praxisänderung grundsätzlich unabhängig vom Verschulden gegen das Wartungsunternehmen vorgehen. Allerdings sehen die Verträge häufig weitgehende Haftungsbeschränkungen vor, die einem Rückgriff entgegenstehen und eine Vielzahl von Fragen aufwerfen können.

Die Praxisänderung des Bundesgerichts wird dazu führen, dass Schadensversicherer Schäden, die sie bisher endgültig tragen mussten, neu vermehrt auf den Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer abwälzen können. Abzuwarten ist, wie sich dies auf die Versicherungsprämien auswirken wird. Tendenziell wird man erwarten dürfen, dass die Versicherungsprämien für Haftpflichtversicherungen steigen werden, während die Prämien für Kasko- und andere Schadensversicherungen eher sinken sollten.

15. Schlussbemerkungen

Die Änderung der Gini/Durlemann-Praxis zum Regress des Schadensversicherers war überfällig. Der Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Mai 2018 ist daher zu begrüßen. Er ermöglicht es dem privaten Schadensversicherer, auch dann auf Kausalhaftpflichtige Rückgriff nach Art. 72 VVG zu nehmen, wenn diese am Schaden kein Verschulden trifft. Der Entscheid des Bundesgerichts ist damit ein für die Schadenregulierung wichtiges Präjudiz – auch für die Schadenregulierung im Bereich der Luftfahrt.

Der Entscheid des Bundesgerichts lässt die Frage offen, inwieweit der Schadensversicherer auf aus Vertrag Haftende regressieren kann. Hier besteht eine Gesetzeslücke, die unseres Erachtens so zu füllen ist, dass der Schadensversicherer auch in diesem Fall unabhängig vom Verschulden Regress nehmen kann. Lässt er sich vom Geschädigten dessen Ansprüche abtreten, sollte der Rückgriff ohnehin unproblematisch sein.

Die Rechtsprechung zum Regress des Schadensversicherers ist auch ein lehrreiches Stück Rechtsgeschichte. Der Gesetzgeber von 1911 erliess mit Art. 51 OR gestützt auf einen Einzelfall eine fragwürdige Gesetzesbestimmung, die den gesetzgeberischen Willen zudem nur unvollkommen umsetzte. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts war zunächst eher erratisch. In den ersten Entscheiden folgte es blind dem Willen des Gesetzgebers, wich dann vorübergehend davon ab, um nach dem 2. Weltkrieg wieder zur ursprünglichen Rechtsprechung zurückzu-

kehren und – trotz Kritik in der Lehre und trotz den in eine andere Richtung weisenden Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht – daran beharrlich festzuhalten. Es hat mehr als 110 Jahre und zwei Anläufe des Bundesgerichts gebraucht, um den fragwürdigen Entscheid des Gesetzgebers von 1911 zu korrigieren. Die Geschichte des Regresses des Schadensversicherers ist damit auch ein Schulbeispiel für die schwierige Abwägung zwischen dem Festhalten an einer Praxis aus Gründen der Rechtssicherheit und einer Praxisänderung im Interesse der richtigen Rechtsanwendung.