

Andreas Furrer / Raphael Brunner

Goodbye Gini-Durlemann

Ein Stolperstein im schweizerischen Regressrecht fällt

Das Bundesgericht hat den Regress der Schweiz neu geordnet. Die rechtliche «Trutzburg» Gini/Durlemann wurde nach 64 Jahren gestürmt. Der Schadenversicherer unterliegt bei Ansprüchen aus Gefährdungs- oder Kausalhaftungen keinen Regressbeschränkungen mehr. Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung geändert und den Anwendungsbereich der gesetzlichen Subrogation gemäss Art. 72 VVG stark ausgeweitet. Die Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR kommt nicht mehr zur Anwendung. Das Bundesgericht lässt überdies erkennen, dass es zukünftig auch den Regress des Schadenversicherers gegen den aus Vertrag haftenden Dritten unbeschränkt zulassen dürfte.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Privatversicherungsrecht

Zitiervorschlag: Andreas Furrer / Raphael Brunner, Goodbye Gini-Durlemann, in: Jusletter 2. Juli 2018

Inhaltsübersicht

- I. Der Entscheid in a nutshell
- II. Ausgangslage
 - 1. Ausgangspunkt: Die «Anknüpfungsentscheidung von 2011»
 - 2. Sachverhalt
- III. Begründung
 - 1. Das Verhältnis zwischen Art. 72 Abs. 1 VVG und Art. 50 f. OR gemäss alter GINI/DURLEMANN-Rechtsprechung
 - 2. Die Begründung des Bundesgerichts für die Änderung der Rechtsprechung
 - 3. Die neue Rechtsprechung
 - 4. Ankündigung: Das Obiter Dictum für den Regress für vertragliche Ansprüche
- IV. Tragweite dieser Entscheidung
- V. Ausblick

I. Der Entscheid in a nutshell

[Rz 1] Das Schweizerische Bundesgericht hat am 7. Mai 2018¹ die bereits im Jahre 2011 in BGE 137 III 352 angedeutete Bereitschaft umgesetzt, seine langjährige GINI/DURLEMANN-Rechtsprechung endlich aufzugeben. In diese rechtliche «Trutzburg» konnten sich bislang Schadenverursacher zurückziehen, wenn Versicherer den Geschädigten den entstandenen Schaden auszahlten und die dadurch auf sie gesetzlich übergegangenen oder abgetretenen Schadenersatzforderungen geltend machen wollten.

[Rz 2] Gemäss der GINI/DURLEMANN-Rechtsprechung kam die gesetzliche Subrogation des Schadenversicherers gemäss Art. 72 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)² ausschliesslich bei Ansprüchen aus ausservertraglicher, unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 41 des Obligationenrechts (OR) zur Anwendung. Ein Versicherer konnte gegen einen aus Vertrag, Gefährdungshaftung oder Kausalhaftung verantwortlichen Schadenverursacher nur Regress nehmen, wenn diesem auf der Verschuldensebene grobe Fahrlässigkeit oder Absicht vorgeworfen werden konnte. Das Bundesgericht stützte sich im GINI/DURLEMANN-Entscheid auf die Kaskadenordnung von Art. 51 OR, der sich mit der Haftung mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen befasst.

[Rz 3] Mit dem Urteil 4A_602/2017 hat das Bundesgericht den Begriff der «unerlaubten Handlung» in Art. 72 VVG in seiner Bedeutung substantiell ausgeweitet. Es hat entschieden, dass jeder als Gefährdungs- oder einfache Kausalhaftung normierte Tatbestand, mithin jede ausservertragliche Haftung im Sinne von Art. 41 ff. OR unter den speziellen Begriff der unerlaubten Handlung in Art. 72 VVG falle.³ Art. 51 OR komme in derartigen Konstellationen nicht mehr zur Anwendung.

[Rz 4] Damit steht dem Schadenversicherer der Regress ab sofort uneingeschränkt auch gegen Personen zu, die für einen Schaden auf Grundlage einer Gefährdungs- oder Kausalhaftung verantwortlich sind. Deutlich hat das Gericht überdies angekündigt, seine Rechtsprechung auch in Bezug auf vertragliche Regressforderungen des Schadenversicherers anzupassen.

[Rz 5] In den nachstehenden Ausführungen soll dieser Entscheid und dessen Auswirkungen auf die Versicherungspraxis untersucht werden.

¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018, zur Publikation vorgesehen.

² Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (VVG; SR 221.229.1).

³ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.6.

II. Ausgangslage

1. Ausgangspunkt: Die «Anknüpfungsentscheidung von 2011»

[Rz 6] Das Bundesgericht verweigerte 2011 eine entsprechende Anpassung der Rechtsprechung mit Hinweis auf die anstehende Totalrevision des Versicherungsvertragsrechts von 1907. Nach dem Scheitern dieses Revisionsvorhabens kam es im vorliegenden Urteil zum Schluss,⁴ dass die Zeit für eine Anpassung der Rechtsprechung an die Forderungen aus Politik und Lehre gekommen ist. Es begründet dies nicht zuletzt damit, dass die geplante gesetzliche Anpassung des Regressrechts sowohl in der politischen Diskussion um die gescheiterte Totalrevision als auch um die nun diskutierte Teilrevision des Versicherungsvertragsrechts⁵ unbestritten geblieben ist. Der politische Wille zu einer Änderung der Regressordnung sei klar nachgewiesen.

2. Sachverhalt

[Rz 7] Folgender Fall bildet den Ausgangspunkt für diese Entscheidung: Eine Frau erlitt einen Kompressionsbruch des dritten Lendenwirbels, als der Bus eines Regionalbetriebes etwas «ruppig»⁶ anfuhr und sie aufgrund dieses Manövers stürzte. Die private Zusatz-Unfallversicherung deckte über die obligatorische Grundversicherung hinausgehende Heilungskosten von insgesamt CHF 33'088.40 und nahm Rückgriff auf die Halterin des Busses aus der Kausalhaftung des Fahrzeughalters gemäss Art. 58 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG). Der obligatorische Haftpflichtversicherer des Regionalbetriebs berief sich auf die GINI/DURLEMANN-Praxis und bestritt als Eventualstandpunkte die Rechtsgültigkeit der Abtretungserklärung sowie die Anwendbarkeit von Art. 60 Abs. 2 SVG, wonach der Schaden unter Würdigung aller Umstände auf die beteiligten Ersatzpflichtigen solidarisch aufgeteilt wird. Das Handelsgericht Bern wies den Anspruch in Anlehnung an die GINI/DURLEMANN-Rechtsprechung des Bundesgerichts ab.

III. Begründung

1. Das Verhältnis zwischen Art. 72 Abs. 1 VVG und Art. 50 f. OR gemäss alter GINI/DURLEMANN-Rechtsprechung

[Rz 8] Das Bundesgericht eröffnet seine Erwägungen zu Recht mit dem Hinweis auf die Rechtslage nach Art. 72 Abs. 1 VVG. Demnach geht der Ersatzanspruch, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht, *de lege lata* insoweit auf den Versicherer über, als dieser Entschädigung geleistet hat.

[Rz 9] Das Bundesgericht hat bisher den Begriff der unerlaubten Handlung gemäss Art. 72 Abs. 1 VVG vor allem aus historischen Gründen eng und strikt ausgelegt. Eine Subrogation des Versicherers erfolge gemäss Art. 72 VVG *de lege lata* ausschliesslich bei Schadenersatz-

⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.4 und 2.5.

⁵ Am 28. Juni 2017 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes und entschied sich für eine Teilrevision des VVG, in der nur die unbestritten gebliebenen Änderungen aus dem Entwurf der Totalrevision übernommen wurde (vgl. Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017 (BBl 2017 5089)).

⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. A.

ansprüchen aus unerlaubter Handlung bzw. Delikt im engeren Sinne und nicht bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen oder solchen aus einer Gefährdungs- oder einer Kausalhaftung.

[Rz 10] Auf Regressansprüche, die nicht unter Art. 72 VVG fallen, hat das Bundesgericht bisher Art. 50 und 51 OR angewendet:

- In Anwendung der Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR vertrat das Bundesgericht die Ansicht, ein aus Vertrag leistender Sachversicherer könne gegen einen Dritten keinen Regress nehmen, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung, sondern nur nach Gesetzesvorschrift hafte.
- In Bezug auf vertragliche Schadenersatzansprüche wandte das Bundesgericht im Rahmen des ihm gemäss Art. 51 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 50 Abs. 2 OR zustehenden Ermessens denselben (Verschuldens-)Massstab an.
- Daraus ergab sich, dass ein Schadenversicherer gegen einen aus Vertrag, aus einer Gefährdungshaftung oder aus einer Kausalhaftung verpflichteten Dritten nur dann Regress nehmen konnte, wenn dieser Dritte den Schaden «verschuldet» hatte, was entsprechend nachzuweisen war.

[Rz 11] Diese Rechtsprechung wurde in einer historischen Auslegung damit begründet, dass im letzten Teilsatz von Art. 72 Abs. 1 VVG das Wort «verschuldet» eingefügt werden müsse («[...] dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus [verschuldeter] unerlaubter Handlung zusteht»⁷).

[Rz 12] Damit wurden alle Regressansprüche der Schadenversicherer von der direkten Anwendbarkeit von Art. 72 VVG ausgeschlossen, die sich auf einen vertraglichen Schadenersatzanspruch oder eine Kausal- bzw. Gefährdungshaftung stützten. Nur in entsprechenden Fallkonstellationen, in denen dem haftpflichtigen Dritten ein qualifiziertes Verschulden (grobe Fahrlässigkeit oder Absicht) nachgewiesen werden konnte, stand dem Schadenversicherer der Regress gegen den Schadenverursacher zu.

2. Die Begründung des Bundesgerichts für die Änderung der Rechtsprechung

[Rz 13] Nach diesem Hinweis auf die bestehende Praxis GINI/DURLEMANN geht das Bundesgericht auf seinen Entscheid vom 7. Juni 2011⁸ ein, in dem die bisherige Rechtsprechung eingehend begründet und bekräftigt wurde. Es zitiert dabei ausführlich seine eigene damalige Begründung, wonach die GINI/DURLEMANN-Rechtsprechung zwar nach fast einhelliger Lehrmeinung aufzugeben sei, ein Abweichen vom Willen des historischen Gesetzgebers aber durch den Gesetzgeber selbst vorgenommen werden müsse. Dieser Schritt sei, so das Bundesgericht im Jahre 2011, mit der damals im Parlament zu beschliessenden Totalrevision des VVG auch absehbar gewesen. Daher sei damals eine entsprechende Änderung der Rechtsprechung nicht angebracht gewesen.⁹

[Rz 14] Das Bundesgericht setzte sich anschliessend eingehend mit den gemischten, aber mehrheitlich kritischen Reaktionen auf die damalige Entscheidung auseinander.¹⁰

⁷ BGE 137 III 352 E. 4.1.

⁸ BGE 137 III 352.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.1 mit Zitaten aus BGE 137 III 352 E. 4.6.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.2.

[Rz 15] Die Änderung der Rechtsprechung leitet das Bundesgericht mit folgender Anmerkung ein: «Eine Änderung der Praxis lässt sich regelmässig nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der *ratio legis*, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht; andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten. Eine Praxisänderung muss sich deshalb auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die – vor allem im Interesse der Rechtssicherheit – umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist».¹¹

[Rz 16] Das Bundesgericht befasst sich in der Folge noch einmal eingehend mit der Kritik an der GINI/DURLEMANN-Rechtsprechung, und knüpft dabei – wie schon in BGE 137 III 352 – an die grundlegende Arbeit von ANDREAS VON THUR¹² an, der bereits 1922 die Ansicht vertrat, eine Versicherung habe nicht den Zweck, 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.¹³

[Rz 17] Das Gericht listet noch einmal viele der Argumente und Lehrmeinungen auf, die regelmässig für eine Änderung der Rechtsprechung vorgebracht wurden und bezeichnet diese Kritik als «zutreffend»:¹⁴

- Der Versicherer werde zu Unrecht als Haftpflichtiger im Sinne von Art. 50 OR behandelt, obwohl er den Schaden in Erfüllung seiner primären Leistungspflicht aus dem Versicherungsvertrag decke und nicht einen (sekundären) Schadenersatz aus Nicht- oder Schlechterfüllung leiste.
- Der fehlende Rückgriff auf die Kausalhaftpflicht führe zu einer falschen Kostenverteilung, weil der Ersatz von Schäden die vertragliche Gegenleistung zur Prämie sei, die nicht bezahlt werde, um den Kausalhaftpflichtigen zu entlasten.
- Mit den Mehreinnahmen aus dem Regress könne auch die Prämie neu berechnet werden.
- Die Regressbeschränkung führe zu allenfalls ungültigen oder zumindest konsumentenunfreundlichen Ausschlussklauseln in den Versicherungsbedingungen, womit die Versicherer versuchen, die «Regressfalle» zu umgehen.
- Die Verhältnisse hätten sich in der Praxis stark verändert, da zahlreiche Gefährdungstatbestände neu eingeführt worden seien.
- Die Unterschiede zum Sozialversicherungsrecht mit seinem integralen Regressrecht seien unverständlich.

[Rz 18] Diese Argumente bilden nun auch nach Ansicht des Bundesgerichts die ernsthaften sachlichen Gründe, die für eine Abkehr von der GINI/DURLEMANN-Rechtsprechung sprechen. Mit Blick auf die vorstehend zitierten Voraussetzungen für eine Praxisänderung wird diese Rechtsprechung damit als *falsche oder nicht mehr als zeitgemäss erachtete Rechtsanwendung* qualifiziert.¹⁵

[Rz 19] Anschliessend wendet sich das Bundesgericht seinem eigenen zentralen Argument aus der Entscheidung BGE 137 III 352 zu, wonach der Gesetzgeber selbst eine Revision dieser als falsch erachteten Entscheidung des historischen Gesetzgebers angestrebt hatte und deshalb die

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.3.

¹² ANDREAS VON THUR, Rückgriff des Versicherers nach Art. 51 OR und Art. 72 VVG, SJZ 1922, S. 233 ff., S. 235.

¹³ Vgl. BGE 137 III 352 E.4.2.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.4.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.3.

Voraussetzungen für eine Änderung der Rechtsprechung im Jahr 2011 nicht gegeben waren.¹⁶ Das Gericht weist auf das Scheitern der Totalrevision des VVG und auf den Vorschlag des Bundesrates in der Botschaft zur Teilrevision des VVG hin.¹⁷ Nach Art. 95c revVVG soll der Versicherer im Umfang und zum Zeitpunkt seiner Leistung für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte des Versicherten eintreten. Diese *notabene* schon im Vorschlag zur Totalrevision des VVG enthaltene Regelung blieb im politischen Prozess unbestritten. Daher rechtfertige sich eine Abkehr vom Willen des historischen Gesetzgebers, «zumal dieser insoweit nicht auf einer umfassenden Interessenabwägung basiert, als die Vorschrift von Art. 51 Abs. 2 OR erlassen wurde, um ein als unbillig erachtetes Ergebnis in einem Einzelfall [...] zu korrigieren»¹⁸. Schliesslich kommt das Bundesgericht in Abwägung dieser Entwicklung zu folgendem Schluss: «Der sachlich überzeugenden Lehrmeinung ist unter dem Hinweis zu folgen, dass es [...] dem Gesetzgeber unbenommen ist, im Rahmen der vorgesehenen Teilrevision die alte – oder eine andere – Regelung zu erlassen, falls sich der im Vernehmlassungsverfahren zur aufgegebenen Totalrevision festgestellte Konsens nicht als tragend erweisen sollte»¹⁹.

[Rz 20] Aus der Tatsache, dass seit 2011 eine an sich unbestrittene Gesetzesänderung aus politischen Gründen nicht umgesetzt werden konnte, zieht das Bundesgericht schliesslich den Schluss, dass die Voraussetzungen erfüllt sind, sich vom Willen des historischen Gesetzgebers zu lösen und sich nun – im Gegensatz zum Jahr 2011 – am klar erkennbaren Willen des aktuellen Gesetzgebers zu orientieren.

3. Die neue Rechtsprechung

[Rz 21] Das Bundesgericht konnte jedoch die GINI/DURLEMANN-Rechtsprechung aufgrund der vorliegenden Fallkonstellation, bei der ein deliktischer Anspruch auf der Grundlage einer Kausalhaftung (Halterhaftung) gegeben war, nicht in ihrer Gesamtheit neu formulieren, sondern musste sich auf den konkreten Fall beschränken.

[Rz 22] Mit Blick auf das Zusammenspiel von Art. 72 Abs. 1 VVG mit Art. 50 f. OR hält es fest,²⁰ dass die private Schadensversicherung im Verhältnis zum kausal haftenden Schadenverursacher gleich wie die Sozialversicherungen zu behandeln sind: Sie subrogieren in die Stellung der geschädigten Person und die Ansprüche gehen nach Art. 72 Abs. 1 VVG in dem Umfang auf den Versicherer über, als dieser der geschädigten Person eine Entschädigung geleistet hat. Bereits die Verursachung eines Unfalls ist eine entsprechende unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 72 Abs. 1 VVG, ein Verschulden muss nicht vorliegen.

[Rz 23] Um alle Zweifel zu beseitigen, hält es ausdrücklich fest: «Damit fällt jeder als Gefährdungs- oder einfache Kausalhaftung normierte Tatbestand, mithin jegliche ausservertragliche Haftung im Sinne von Art. 41 ff. OR, unter den Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne von Art. 72 Abs. 1 VVG».

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.5.

¹⁷ Botschaft zur Änderung des VVG, (Fn. 5), BB1 2017 5089 ff.

¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.5.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.5 i.f.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.6.

4. **Ankündigung: Das Obiter Dictum für den Regress für vertragliche Ansprüche**

[Rz 24] Obwohl damit die eigentliche Frage bereits beantwortet ist, setzt das Bundesgericht noch zu einer weiteren Erläuterung an²¹ und hält fest, dass im vorliegenden Fall Art. 51 Abs. 2 OR über den internen Regress von aus unterschiedlichen Rechtsgründen haftenden Personen (unechte Solidarität) keine Anwendung finde. Es verweist nochmals auf die entsprechende Lehre, die regelmässig betont, dass die in Art. 51 Abs. 2 OR festgelegte Rangordnung mit den Worten «*in der Regel*» eingeleitet werde, was einen erheblichen Auslegungsspielraum offenlasse.²² Das Gericht betont, dass eine Auseinandersetzung mit dieser Lehre im vorliegenden Fall nicht erforderlich sei.

[Rz 25] Diese für den fraglichen Entscheid grundsätzlich bedeutungslosen Ausführungen des Bundesgerichts (*obiter dictum*) machen letztlich nur im Zusammenhang mit dem Regress für vertragliche Ansprüche Sinn. Sie können daher als Hinweis darauf verstanden werden, dass das Bundesgericht die GINI/DURLEMANN-Rechtsprechung auch im Zusammenhang mit Regressansprüchen von Versicherungen aufgeben wird, wenn diese ihre Versicherten für Schäden entschädigt, die ihnen aus einer Vertragsverletzung entstanden sind.

[Rz 26] Eine Auslegung des Bundesgerichtsentscheides in diesem Sinne ergibt sich nicht zuletzt auch aus der grundsätzlichen Zustimmung des Bundesgerichts zur Kritik der Rechtslehre an der GINI/DURLEMANN-Praxis. Weiter ergibt sich dies auch aus der Argumentation des Bundesgerichts, dass es bereits heute das im gesetzgeberischen Verfahren unbestritten geplante, integrale Regressrecht des Schadenversicherers durch eine zeitgemässe Auslegung der Art. 72 VVG und Art. 50 und 51 OR im Rahmen einer Änderung der Rechtsprechung umsetzen könne.

[Rz 27] Diese generellen und umfassenden Ausführungen des Bundesgerichts in Form eines *obiter dictums* zeigen in aller Deutlichkeit seine Haltung, die Regressthematik grundlegend neu zu ordnen und den Regress des Schadenversicherers integral zuzulassen.

IV. **Tragweite dieser Entscheidung**

[Rz 28] Während über 100 Jahren bildete die Schweiz eine Insel der Glückseligen für Haftpflichtige bzw. Haftpflichtversicherer: Sobald ein Schadenversicherer den Geschädigten entschädigt hatte und damit die Forderung auf diesen übergegangen war, konnte er sich – soweit keine absichtliche oder grobfahrlässige Schädigung vorlag – in der GINI/DURLEMANN-«Trutzburg» relativ sicher fühlen, weil der Schadenversicherer aufgrund dieser Rechtsprechung nur wenig Möglichkeiten

²¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.6 i.f.

²² Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2 sowie E. 2.2 mit folgenden Verweisen: FRANZ WERRO/PASCAL PICHONNAZ, *Colloque du droit de la responsabilité civile* 2015, Bern 2015, S. 59 ff., S. 67; vgl. auch VINCENT PERRITAZ, *Le concours d'actions et la solidarité*, Zürich 2017, S. 183 f. Rz. 601 ff.; vgl. ferner ALBORZ TOLOU, *Le recours interne dans la solidarité imparfaite*, HAVE 2/2015, S. 133 ff., S. 141 ff.; MARC HÜRZELER/NIKOLAUS TAMM/RAFFAELLA BIAGGI, *Personenschadensrecht*, Basel 2010, S. 262 Rz. 468; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 11 N 65; CHRISTOPH K. GRABER/GION CHRISTIAN CASANOVA, *Zum Regress des Haftpflichtversicherers*, in: *Liber amicorum Roland Brehm, Stephan Fuhrer/Christina Chappuis* (Hrsg.), Bern 2012, S. 165; MORITZ KUHN/ALEXANDRA KÖRNER, *Versicherungsrecht – Wichtige Urteile*, in: *Strassenverkehrsrechts-Tagung 14.–15. Juni 2012*, Thomas Probst/Franz Werro (Hrsg.), Bern 2012, S. 265.

hatte, seinen Regressanspruch durchzusetzen. Die Hürde des Nachweises eines grobfahrlässigen oder gar absichtlichen Verhaltens des Schädigers war regelmässig nicht zu überwinden.

[Rz 29] Es war ein langer Kampf gegen diese schützende Burg um den Haftpflichtigen. Zwar konnten einige wenige Schlachten gewonnen werden, ohne dass die Festung fundamental ins Wanken kam:

- Das Bundesgericht liess in BGE 126 III 521 in Abweichung der GINI/DURLEMANN-Praxis den Regress eines in Vertragserfüllung leistenden Arbeitgebers (Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit) gegen einen für diese Arbeitsunfähigkeit aus einer gesetzlichen Kausalhaftung verantwortlichen Fahrzeughalter (Art. 58 SVG) zu. Das Gericht befand, der Arbeitgeber sei dem Sozialversicherer gleichzustellen, der per Gesetz in die Schadenersatzansprüche subrogiere. Da nach Ansicht des Bundesgerichts die Lohnfortzahlung nicht als «Haftung für einen Schaden» zu qualifizieren sei, wendete es Art. 51 OR jedoch nur analog an.
- Eine weitere Schlacht wurde in Anwendung der Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr (CMR) gewonnen. Das Bundesgericht kam in BGE 132 III 626 zum Schluss, dass die CMR zwingend anwendbar sei und die Ersatzpflicht des Frachtführers in Art. 17 CMR abschliessend geregelt sei. Da die CMR die Abtretung der Ersatzforderung des Empfängers gegen den Frachtführer an den Transportversicherer zulasse, könne die GINI/DURLEMANN-Rechtsprechung keine Anwendung finden. Grundsätzlich entschied das Bundesgericht, die Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR komme nicht zur Anwendung, wenn ausländischem oder dem schweizerischen Obligationenrecht vorgehendes internationales Recht über die Haftungs- bzw. Regressordnung bestimme. Die Voraussetzungen, welche erfüllt sein müssen, damit internationales Recht «über die Haftungsordnung bzw. den Regress bestimmt», wurden jedoch nicht näher definiert. Unklar blieb deshalb, ob diese Rechtsprechung auch auf die internationalen Konventionen der anderen Transportmodalitäten übertragbar war.
- Der nächste Angriff auf GINI/DURLEMANN ging dann jedoch im bereits zitierten BGE 137 III 352 verloren. Diese grundsätzliche Frage solle, so das Bundesgericht damals, durch einen Entscheid des Gesetzgebers geändert werden.
- Doch auch der Gesetzgeber kam bis heute nicht zum Ziel. Die Totalrevision des VVG scheiterte. Die zwei Kammern des Parlamentes konnten sich im Differenzbereinigungsverfahren nicht auf eine gemeinsame Linie einigen.
- Schliesslich wäre unklar gewesen, ob der nächste geplante politische Angriff, die Teilrevision des VVG, GINI/DURLEMANN beendet hätte: Denn dem nun auf den Weg gebrachten Revisionsvorschlag erwächst starker Widerstand sowohl aus der Lehre²³ als auch von Seiten des Konsumentenschutzes und linker Parteien.²⁴ Alle vorgebrachten Kritikpunkte haben aber nichts mit dem hier im Mittelpunkt stehenden erleichterten Regress bzw. der integralen Subrogation des Versicherers in die Ansprüche des Versicherten zu tun.

[Rz 30] Mit der Entscheidung vom 7. Mai 2018 hat nun das Bundesgericht die einst selbst errichtete Burg GINI/DURLEMANN auch gleich selbst wieder erfolgreich erobert! Die Burg ist gestürmt, jetzt muss sie noch geschliffen werden.

²³ HUBERT STÖCKLI, VVG-Entwurf 2017: lieber keine Revision als diese, HAVE 4/2007, S. 431 ff.

²⁴ Vgl. etwa die Sendung des Kassensturzes vom 18. April 2018 (<https://www.srf.ch/news/schweiz/revision-vvg-kniefall-vor-versicherungslobby-kundenschutz-torpediert>, alle Websites zuletzt besucht am 2. Juni 2018).

[Rz 31] Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, hat das Bundesgericht die Frage, ob ein Regress auch dann gegenüber dem Schädiger zugelassen wird, wenn der Regressierende einen vertraglichen Schadenersatzanspruch entschädigt hat und diesen vom Schädiger ersetzt haben möchte, nicht explizit beantwortet. Dies ist insbesondere im Bereich des Transportrechts von entscheidender Bedeutung, bildet doch ein vom Frachtführer verursachter Schaden eine vertragliche Kausalhaftung (mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises) gegenüber dem Absender. Der Sachversicherer tritt in den Schadenersatzanspruch des Absenders ein und möchte diesen gegenüber dem Frachtführer (oder seinem Versicherer) regressieren.

[Rz 32] Wie wird das Bundesgericht diese Fallkonstellation insbesondere auch unter Berücksichtigung des im Urteil 4A_602/2017 enthaltenen *obiter dictums* beurteilen? Hierzu können die folgenden Gesichtspunkte hervorgehoben werden:

- Aus dogmatischer Sicht stehen dem Bundesgericht zwei Begründungsoptionen zur Verfügung: Es könnte
 - den Begriff der unerlaubten Handlung aus Art. 72 VVG noch weiter ausdehnen, z.B. in dem es die vertragliche Schlechterfüllung ebenfalls als «unerlaubte Handlung» im Sinne von Art. 72 VVG qualifiziert;
 - alternativ auf das in Art. 50 Abs. 2 OR ausdrücklich normierte freie richterliche Ermessen verweisen, um die Regressordnung zwischen zwei auf derselben Stufe der Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR haftenden Personen festzulegen. Auf dieser Grundlage könnte dann der Vorrang des Regressanspruchs des Sachversicherers festgehalten werden, der mit seiner Deckungsleistung eine vertragliche Verpflichtung erfüllt, und damit einen Anspruch gegen den aus einer Schlechterfüllung oder vertraglichen Kausalhaftung haftenden Dritten hat.²⁵
- Die bisherige vorstehend aufgezeigte Rechtsprechung weist darauf hin, dass es sich eher an der zweiten Begründungsoption orientieren wird:
 - Erstens konnte zwar das Bundesgericht in BGE 126 III 521 die Grundsätze in Art. 51 Abs. 2 OR nur analog anwenden. Gleichwohl ist festzuhalten, dass es den Regress einer aus Vertragserfüllung leistenden Person (arbeitsvertragliche Lohnfortzahlung) gegenüber dem aus einer Kausalhaftung verantwortlichen Schadenverursacher (Halter des Fahrzeugs, das den Arbeitnehmer verletzte) zugelassen hat. Das Verschulden bildete dabei kein Kriterium.
 - Zweitens hat das Bundesgericht im vorerwähnten *obiter dictum* deutlich gemacht, dass es die Frage der Regressordnung bei unechter Solidarität nach Art. 51 Abs. 2 OR durchaus noch einmal frei beurteilen will.
 - Drittens schliesslich ergibt sich aus der gesamten Begründung des Bundesgerichts, dass es die Beschränkung des Regresses auf der Grundlage von Art. 50/51 OR für nicht gerechtfertigt hält und daher ganz generell eine Änderung der Rechtsprechung für angezeigt hält. Es wäre mehr als überraschend, wenn das Bundesgericht nun auf halbem Weg stehen bleiben würde, zumal sich auch der in Art. 95c revVVG manifestierte unbestrittene politische Wille auf alle Regressansprüche erstreckt.

²⁵ Das Bundesgericht hat die Unterscheidung zwischen dem die Vertragserfüllung Leistenden und dem aus Schlechterfüllung Schuldenden bereits in BGE 126 III 521 E. 2a im Anwendungsbereich der Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR geprüft und entsprechend argumentiert.

- Mit dem neusten Entscheid lässt das Bundesgericht den Regress gegen den Kausalhaftpflichtigen zu, welcher in der Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR ausgeschlossen wäre. Würde nun das Bundesgericht den Regress bei Ansprüchen nicht zulassen, die in der Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR nicht untergeordnet, sondern auf gleicher Stufe einzuordnen sind, so würde dies zu einem störenden Ergebnis führen. Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, weshalb ein vertraglicher Schadenersatzanspruch in Bezug auf das Regressrecht des Schadenversicherers anders zu beurteilen wäre als Ansprüche aus Gefährdungs- oder Kausalhaftungstatbeständen. Dies wäre auch mit der bisher vom Bundesgericht angewandten historischen Auslegung der Gesetze nicht mehr zu begründen.

[Rz 33] Daher wird wohl die Burg GINI/DURLEMANN in noch zu erwartenden letzten Entscheidungen endgültig geschliffen werden, wobei dies durchaus auch auf kantonaler Ebene geschehen kann, weil vielleicht gar niemand mehr diese Frage vom Bundessgericht klären lassen wird.

V. Ausblick

[Rz 34] Diese Öffnung des schweizerischen Regressrechts hat insbesondere auch für den internationalen Versicherungsmarkt eine grosse Bedeutung. Bislang haben ausländische Versicherungsgesellschaften ihre Regressforderungen nur im Ausland durchsetzen können. Dies führte zu prozessualen Situationen, die nicht nur den Versicherern, sondern auch den betroffenen Regressgegnern Probleme bereitete. Zwar konnte sich dieser auf die Schutzmauern der GINI/DURLEMANN Burg weitestgehend verlassen, seine Aktivitäten im Ausland boten aber Anlass für die Durchsetzung entsprechender Forderungen.

[Rz 35] In der Schweiz werden sich nun entsprechende Strukturen zur Durchsetzung von Regressforderungen der Schadenversicherer herausbilden. Dies setzt nicht nur juristischen Sachverstand voraus, sondern auch eine effiziente Organisation. So erfordert bspw. die Beurteilung von Sachschäden im Bereich Transport und Logistik aufgrund der oft geringen Streitwerte eine sehr effiziente Vorgehensweise und viel Erfahrungswissen, während für die rechtliche Abwicklung von Grossschäden – wie eine Havarie auf hoher See – besondere juristische Vorkenntnisse notwendig sind. Weiter ist auch eine enge Zusammenarbeit mit Fachleuten notwendig, um die diversen Sachschäden in den betroffenen Branchen beurteilen zu können.

Prof. Dr. ANDREAS FURRER, LL.M., Professor für Privatrecht, Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht, Direktor der Kompetenzstelle für Logistik und Transportrecht (KOLT); Partner MME Legal | Tax | Compliance.

RAPHAEL BRUNNER, LL.M., Partner MME Legal | Tax | Compliance.