

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

905

- 2. **Privatrecht/Droit privé**
- 2.7. **Schuldrecht – allgemein/
Droit des obligations – en général**
- 2.7.1. **Obligationenrecht – Allgemeiner Teil –
allgemein/Droit des obligations –
Partie générale – en général**

2.7.1.1. Entstehung/Formation

BGer 4A_602/2017: Regress des privaten Schadensversicherers auf Kausalhaftpflichtige

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018 (zur Publikation vorgesehen), A. AG gegen Genossenschaft B., Regress (Art. 51 Abs. 2 OR, 72 Abs. 1 VVG).

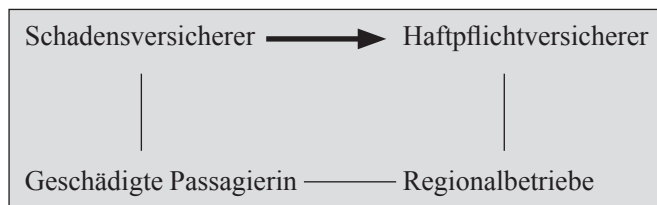


ARNOLD F. RUSCH*

Rechtsprechungsänderung: Art. 72 Abs. 1 VVG¹ erlaubt neu auch den Regress auf Kausalhaftpflichtige. Früher hatten die Gerichte unter einer unerlaubten Handlung im Sinne des Art. 72 Abs. 1 VVG stets nur eine verschuldete unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 41 Abs. 1 OR verstanden. Art. 51 Abs. 2 OR ist auf diesen Regress nicht mehr anwendbar.

I. Sachverhalt und Prozessweg

Das ruppige Anfahren eines Busses der Berner Regionalbetriebe C. AG (nachfolgend: Regionalbetriebe) führte dazu, dass eine Passagierin im Bus stürzte. Der Zusatzversicherer A. AG zur obligatorischen Grundversicherung (nachfolgend: Schadensversicherer) der Passagierin bezahlte ihr für halbprivate Zusatzleistungen im Heilungsprozess CHF 33'088.40. Die Regionalbetriebe waren als Halterin des Busses obligatorisch haftpflichtversichert bei der Genossenschaft B. (VVST) Genossenschaft (nachfolgend: Haftpflichtversicherer). Der Schadensversicherer wollte auf den Haftpflichtversicherer Regress nehmen.



Der Schadensversicherer klagte vor Handelsgericht Bern gegen den Haftpflichtversicherer auf Zahlung von CHF 33'088.40. Er berief sich in diesem Verfahren erfolglos auf den Standpunkt, die Praxis gemäss BGE 137 III 352 sei zu ändern, indem der Regress auch gegen Kausalhaftpflichtige bzw. deren Haftpflichtversicherer gewährt werde. Es war schon vor Handelsgericht Bern nicht mehr strittig, dass die Regionalbetriebe aus Art. 58 SVG für den Unfall kausal haften und dass den Chauffeur des Busses am Unfall kein Verschulden trifft.² Eventualiter berief sich der Schadensversicherer ebenso erfolglos auf Abtretungserklärungen und subeventuell auf Art. 60 Abs. 2 SVG.³ Gegen den abweisenden Entscheid des Handelsgerichts ergriff der Schadensversicherer die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht erinnert in einem ersten Schritt an die Grundlagen und die jahrzehntelange Rechtsprechung, die den Regress des privaten Schadensversicherers gegen einen Kausalhaftpflichtigen nicht zulies (E. 2.1). Das Bundesgericht hielt 2011 in BGE 137 III 352 fest, dass ein Regress des Schadensversicherers auf zwei Wegen möglich ist: *erstens* nach Art. 72 Abs. 1 VVG und *zweitens* nach Art. 51 Abs. 2 OR. Aufgrund der Einstufung des leistenden Schadensversicherers als Vertragshaftpflichtiger stand der Regress nach Art. 51 Abs. 2 OR nur noch auf verschuldet Deliktshaftpflichtige offen. Die Subrogation nach Art. 72 Abs. 1 VVG stand ebenfalls zur Verfügung: Dem Wortlaut nach gingen auf den Versicherer alle Ansprüche über, die dem Geschädigten gegenüber allen Dritten aus *unerlaubter Handlung* zustehen. Aus Gründen der Harmonisierung mit dem später geschaffenen Art. 51 OR schränkte das Bundesgericht die unerlaubte Handlung jedoch auf *verschuldete unerlaubte Handlungen* ein.⁴ Das Bundesgericht hat es in BGE 137 III 352 abgelehnt, von dieser jahrzehntelangen

* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität Freiburg i. Ue.

¹ Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1).

² HGer BE, HG 16 38, 14.8.2017, N 14.4.

³ HGer BE, HG 16 38, 14.8.2017, N 19–22.

⁴ BGE 137 III 352 E. 4.1, m.w.H.

Rechtsprechung abzuweichen, auch weil eine Gesetzesanpassung vermeintlich unmittelbar bevorstand.⁵

Das Bundesgericht richtet sodann den Fokus auf die Reaktionen der Lehre auf BGE 137 III 352, die grösstenteils negativ ausgefallen sind (E. 2.2). Die Kritik richtete sich *erstens* auf die restriktive Interpretation des Art. 72 Abs. 1 VVG und *zweitens* auf die Einordnung des privaten Schadensversicherers in die Regresskaskade des Art. 51 Abs. 2 OR. Ein *dritter* Kritikpunkt bezog sich auf die unverständliche Konsequenz, dass der Geschädigte durch den Versicherungsschutz und die von ihm bezahlten Prämien den Schädiger entlastet. Ein *vierter* und letzter Punkt widmete sich der zeitlichen Komponente, denn schon 1922 hat ANDREAS VON TUHR das vorliegende Problem dargelegt und eine Lösung dazu präsentiert.⁶

Das Bundesgericht stimmt den Meinungen aus der Lehre zu und erlaubt neu den Regress. Es fasst die neue Rechtslage in E. 2.6 wie folgt zusammen:

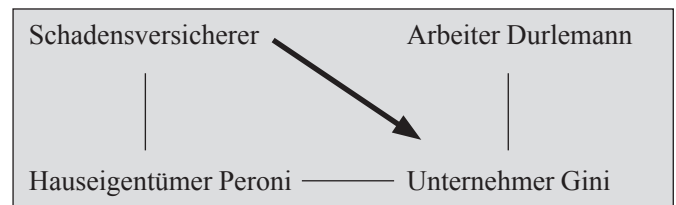
Die private Schadenversicherung ist im Verhältnis zum kausal haftpflichtigen Unfallverursacher gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VVG gleich zu behandeln wie die Sozialversicherungen, welche insofern in die Stellung der geschädigten Person subrogieren, als sie diese entschädigt haben. Auf den Versicherer gehen nach Art. 72 Abs. 1 VVG insofern, als er eine Entschädigung geleistet hat, die Ersatzansprüche über, die dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zustehen. Verursacht ein Kausalhaftpflichtiger einen Unfall, so begeht er eine unerlaubte Handlung im Sinne dieser Bestimmung, selbst wenn ihn kein Verschulden an der Unfallverursachung trifft. Denn ein Verschulden ist nach dem Wortlaut von Art. 72 Abs. 1 VVG nicht gefordert. Es genügt eine «unerlaubte Handlung» («actes illicites», «atti illeciti»). 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 [...]. Art. 51 Abs. 2 OR über den internen Regress von Personen, die aus verschiedenen Rechtsgründen haften, findet keine Anwendung. Eine Auseinandersetzung mit der Lehre zur Auslegung dieser Norm (stärkere Berücksichtigung des Ausdrucks «in der Regel», «dans la règle», «di regola» einerseits, breiteres Verständnis der uner-

laubten Handlung im Sinne des Einschlusses von Kausalhaftungstatbeständen auch im Rahmen der Regressordnung anderseits) ist hier nicht erforderlich.

III. Anmerkungen

Die Rechtsprechungsänderung ist zu begrüßen. Gerade für die grosse zukünftige Herausforderung des selbstfahrenden Automobils ermöglicht die neue Rechtsprechung den Regress des privaten Schadensversicherers gegen den kausalhaftpflichtigen Hersteller des selbstfahrenden Fahrzeugs. Mehrere Autoren haben diese Regresslücke gerade im Hinblick auf das selbstfahrende Fahrzeug beklagt.⁷ Niemand würde verstehen, weshalb eine Versicherung, für die der Geschädigte selbst bezahlt, den kausalhaftpflichtigen Fahrzeughersteller entlasten sollte.

Auch mit der neuen Rechtsprechung bleibt die gesetzliche Regelung des Regresses unübersichtlich und lückenhaft. So gehen gemäss Art. 72 VVG nach wie vor nur die Ansprüche aus unerlaubter Handlung auf den privaten Schadensversicherer über, nicht aber Ansprüche des Geschädigten aus Vertrag. Dieses Problem lag dem berühmten BGE 80 II 247 zugrunde, der die sog. *Gini-Durlemann-Praxis* begründet hat. Peroni liess sein Haus von Gini renovieren. Durlemann, ein Angestellter Ginis, musste dabei alte Farbe entfernen. Er verwendete dafür eine Brennlampe und löste damit einen Brand aus. Der Versicherer Peronis kam für den Schaden auf und wollte auf Gini Regress nehmen. Ginis Haftung liess sich nicht auf Art. 55 Abs. 1 OR stützen, da er den Befreiungsbeweis erfolgreich geleistet hatte.⁸ Gini hätte gegenüber Peroni aus Art. 97 Abs. 1, Art. 101 Abs. 1, Art. 364 Abs. 1 OR für den Schaden einstehen müssen, doch konnte der Versicherer aus Art. 72 VVG nicht gegen ihn vorgehen – die Subrogation erfolgt nur in Ansprüche aus unerlaubter Handlung.⁹



⁵ BGer, 4A_602/2017, 7.5.2018, E. 2.1, mit Hinweis auf BGE 137 III 352 E. 4.6 (bestätigt in BGer, 4A_656/2011, 12.3.2012, E. 2.1); die Rückweisung der Revision des VVG erfolgte am 13. Dezember 2012 (Amtl. Bull. NR 2012, 2213) bzw. am 20. März 2013 (Amtl. Bull. SR 2013, 265).

⁶ ANDREAS VON TUHR, Rückgriff des Versicherers nach OR. Art. 51 und VVG. Art. 72, SJZ 1922, 233 ff., 235: «Ich bin daher der Ansicht, dass unter «unerlaubten Handlungen» im Sinn des Art. 72 Versicherungsgesetzes alle im OR. Art. 41 bis 61 geregelten Tatbestände zu verstehen sind, insbesondere auch Art. 55, so dass der Versicherer gegen den Geschäftsherrn Regress hat, welcher den Urheber des Schadens angestellt hat.»; dazu ARNOLD F. RUSCH, Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile, in: Thomas Probst/Franz Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechts-Tagung 2012, 14.–15. Juni 2012, 235 ff., 252.

⁷ CORDULA LÖTSCHER, Wenn das Auto den Laster nicht sieht, Jusletter IT vom 24.11.2016, N 63 f.; MELINDA FLORINA LOHMANN/ARNOLD F. RUSCH, Fahrassistenzsysteme und selbstfahrende Fahrzeuge im Lichte von Haftpflicht und Versicherung, HAVE 2015, 349 ff., 352 f.; MICHAEL HOCHSTRASSER, Auto ohne Fahrer, AJP 2015, 689 f., 689 f.

⁸ BGE 80 II 247 E. 4a.

⁹ BGE 80 II 247 E. 5.

Das Bundesgericht hat in BGE 80 II 247 eine Regressmöglichkeit *nach Ermessen des Richters* dennoch bejaht. Es betrachtete dafür den erfüllenden Schadensversicherer als vertraglich haftpflichtige Person. Es ging somit um einen Regress des vertraglich «haftenden» Versicherers gegen den ebenfalls vertraglich haftenden Gini. Weil Art. 51 Abs. 2 OR auf Haftpflichtige gleicher Stufe nicht anwendbar ist, begründete das Bundesgericht den Regress mit Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR. Im konkreten Fall liess es den Regress gegen Gini dennoch nicht zu, weil Durlermann nur leicht verschuldet gehandelt hatte.¹⁰

Ermessensweise lässt das Bundesgericht seither den Regress des Versicherers auf eine vertraglich haftpflichtige Person zu, es sei denn, diese oder ihre Hilfsperson treffe nur ein leichtes Verschulden.¹¹ Der neue Entscheid sagt jetzt aber deutlich, dass Art. 51 Abs. 2 OR auf den Schadensversicherer nicht mehr anwendbar sei, *da dieser nicht hafte, sondern nur seinen Vertrag erfülle*.¹² Somit steht der Regress des Schadensversicherers gestützt auf Art. 50 f. OR gegen die vertragshaftpflichtige Person streng genommen auch nicht mehr offen. Der damals herangezogene Art. 51 Abs. 1 OR kann jedenfalls als Begründung nicht mehr dienen, denn er basiert wie Art. 51 Abs. 2 OR auf dem Konzept einer gemeinsamen Haftung gegenüber dem Geschädigten. Auch Art. 50 Abs. 2 OR geht von einer Haftung aus gemeinsamem Verschulden aus, das beim erfüllenden Schadensversicherer nicht vorliegt. Diesen Rückschritt hat das Bundesgericht kaum beabsichtigt. Die *Gini-Durlermann-Konstellation* mit Regress des Schadensversicherers auf die vertragshaftpflichtige Person ist im Bau-¹³ und Transportwesen¹⁴ recht häufig anzutreffen. Der Regress auf die vertragshaftpflichtige Person ist nach wie vor nötig und muss sich inskünftig auf das Urteilsergebnis des BGE 80 II 247 und das darin erwähnte Bereicherungsverbot¹⁵ direkt oder auf Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR in nur noch analoger Anwendung stützen.

Der neue Entscheid schafft folglich eine neue Lücke – die hoffentlich bald wieder zur Geschichte gehört. Die aktuelle VVG-Revision enthält nämlich den neuen Art. 95c Abs. 2 E-VVG, der einen umfassenden Regress durch Subrogation ermöglicht: *«Im Umfang und zum Zeitpunkt seiner Leistung tritt das Versicherungsunternehmen für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte des Versicherten ein.»*¹⁶

¹⁰ BGE 80 II 247 E. 5: «En tout cas; il s'impose de le refuser lorsque le tiers répond seulement d'une faute contractuelle légère, qu'il l'ait commise lui-même ou qu'elle soit le fait de ses employés.»

¹¹ BGer, 4C.92/2007, 31.7.2007, E. 3.1; 4C.148/2001, 6.6.2002, E. 5.2; BGE 114 II 342 E. 3.

¹² BGer, 4A_602/2017, 7.5.2018, E. 2.4 und 2.6.

¹³ BGer, 4C.92/2007, 31.7.2007, E. 3.1.

¹⁴ BGE 132 III 626 E. 5.1 (im internationalen Verhältnis mit anderer Lösung); BGer, 4C.148/2001, 6.6.2002, E. 5.2; BGE 93 II 345 E. 6.

¹⁵ BGE 80 II 247 E. 5: «L'art. 51 CO procède du principe que le lésé ne doit pas s'enrichir du fait qu'il peut demander la réparation du dommage à plusieurs responsables. Or cette possibilité d'enrichissement existe non seulement lorsque ceux-ci répondent du préjudice en vertu de causes différentes mais aussi quand ils en sont tenus pour des causes semblables.»

¹⁶ BBl 2017 5152; vgl. dazu die Botschaft vom 28. Juni 2017 zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes, BBl 2017 5089 ff., 5132 f.: «Die neue Regelung trägt dieser Kritik Rechnung. Sie übernimmt den Grundgedanken von Artikel 72 Absatz 1 VVG und führt diesen den praktischen Bedürfnissen entsprechend weiter, indem sie im Rahmen der vom leistenden Versicherungsunternehmen gedeckten gleichartigen Kategorien von Schadensposten den Eintritt (Subrogation) in die Rechte der versicherten Person statuiert. Wie Absatz 1 ist diese Bestimmung als zwingendes Recht ausgestaltet. Im Gegensatz zum geltenden Recht (Art. 72 Abs. 1 VVG) soll das Versicherungsunternehmen damit nicht nur gegen die aus unerlaubter Handlung haftende Person, sondern gegen sämtliche Ersatzpflichtige vorgehen können, also auch wenn diese aus Vertragsverletzung oder aus einer Kausalhaftung zum Ersatz verpflichtet sind. Damit gilt für die privaten Schadenversicherer das gleiche wie für die Sozialversicherer (vgl. Art. 72 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG]). Es gibt keine Gründe, weshalb gewisse Haftungskategorien vom Regress ausgeschlossen werden sollten; vielmehr führt die Belastung der Person, die den Schaden verursacht hat, auch zu einer sinnvollen Kostenverteilung. Zudem wird mit einer Ausweitung des Regressrechts die Regressabwicklung wesentlich vereinfacht. Die vorgeschlagene Bestimmung geht den allgemeinen Regeln von Artikel 50 f. OR vor und lässt, im Gegensatz zum dispositiven Recht von Artikel 72 Absatz 1 VVG, keinen Raum für Abreden, die die Versicherungsnehmerin oder den Versicherungsnehmer benachteiligen könnten. So ist beispielsweise die Zession zukünftiger Haftpflichtansprüche an das Versicherungsunternehmen nicht mehr zulässig.»