

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180507\_d\_ch\_b\_01 vom 7. Mai 2018**

FINMA Versicherungsrecht, 2018-05-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20180507\\_d\\_ch\\_b\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20180507_d_ch_b_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180507\_d\_ch\_b\_01 du 7 mai 2018

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180507\_d\_ch\_b\_01 del 7 maggio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache (Art. 72 BGG), sie richtet sich gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten entschieden hat (Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG), ein Streitwert ist nicht erforderlich (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG), die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen unterlegen (Art. 76 BGG) und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 BGG). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt hinreichender Begründung (Art. 42 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2 BGG) einzutreten.

### **E. 2**

Nach Art. 72 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz,

VVG; SR 221.229.1) geht der Ersatzanspruch, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht, insoweit auf den Versicherer über, als er Entschädigung geleistet hat. Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, so wird der Regress nach richterlichem Ermessen bestimmt (Art. 51 Abs. 1 mit Verweis auf Art. 50 Abs. 2 OR). 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 Seite 3

und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist (Art. 51 Abs. 2 OR).

### **E. 2.1**

Das Bundesgericht hat in BGE 137 III 352 die Praxis dargestellt, wonach der vertraglich dem Geschädigten ersatzpflichtige (Schadensversicherer) auf den kausal haftenden keinen Rückgriff nehmen kann. Nach eingehender Würdigung der Kritik in der Lehre hat es in diesem Urteil die von der damaligen Vorinstanz befürwortete Praxisänderung abgelehnt aus folgender Erwägung (E. 4.6): "[...] Unter den im heutigen Zeitpunkt gegebenen Umständen rechtfertigt sich vorliegend keine Praxisänderung. Dass dem Schadensversicherer kein Rückgriffsrecht gegen Kausalhaftpflichtige zusteht, entspricht der wohl nach wie vor herrschenden Lehre und der jahrzehntealten konstanten Praxis des Bundesgerichts. Das Bundesgericht ist von dieser trotz der bereits seit dem Jahre 1922 geübten Kritik, die im Laufe der Jahre auch dogmatisch weiter untermauert wurde, nur in einem isolierten, vor langer Zeit beurteilten Fall (BGE 63 II 143 E. 7 [...]) abgewichen. [...] Mit der konstanten Rechtsprechung wird dem eindeutigen Willen des historischen Gesetzgebers nachgelebt, dass der Versicherer, der sich durch die Prämien für mögliche Schadensfälle bezahlt macht,

den Schaden in der Regel vor einem ohne sein Verschulden Haftenden tragen soll. Auch wenn dieser klare gesetzgeberische Entscheid zu einer diskussionswürdigen Kostenverteilung für Schadensereignisse führen mag, ist es nicht ohne weiteres Sache der Rechtsprechung, diesen zu ändern, auch wenn seither einige Zeit verflissen ist. Dies umso weniger, wenn sich – wie im vorliegenden Fall – der Gesetzgeber selber im Rahmen einer umfassenden Gesetzesrevision der Frage angenommen hat. In diesem Fall rechtfertigt es sich nicht, der Revision vorzugreifen, auch wenn diese im fraglichen Punkt in die von der Vorinstanz eingeschlagene Richtung geht und sich vorliegend das Bestehen von geänderten Auffassungen und Verhältnissen im Gesetzgebungsverfahren erhärtet zu haben scheint [...]. Vielmehr ist das Inkrafttreten der Revision abzuwarten, in deren Rahmen auch allenfalls erforderliche Abstimmungen mit anderen Vorschriften vorgenommen werden können. [...]."

## **E. 2.2**

Der Bundesgerichtsentscheid ist in der Lehre unterschiedlich aufgenommen worden. Teilweise wird zustimmend vermerkt, dass sich das Bundesgericht trotz der sachlich überzeugenden Argumente der Kritiker angesichts der bereits laufenden Revision Zurückhaltung auf-erlegte (STEPHAN FUHRER, Anmerkung in HAVE 2011 S. 408 f.; ihm folgend ANDREA PFLEIDERER, AJP 2012 S. 713 f.). Teilweise wird der Entscheid ohne Kritik wiedergegeben (vgl. CHRISTOPH K. GRABER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 6. Aufl. 2015, N. 13 zu Seite 4

Art. 51 OR; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl. 2013, S. 218 f. Rz. 540a) bzw. ohne weiter zu begründen mit einem Verweis auf kritische Lehrmeinungen vertreten, der Regress müsse insbesondere gegenüber dem aufgrund einer Betriebsgefahr Haftpflichtigen möglich sein (FELLMANN/KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 2012 S. 1043 f. Rz. 2961). Teilweise wird bedauert, dass das Problem noch immer nicht gelöst sei, obwohl ANDREAS VON TUHR (Rückgriff des Versicherers nach OR Art. 51 und VVG Art. 72, SJZ 1922 S. 235) schon vor knapp einem Jahrhundert vertrat, "dass unter "unerlaubten Handlungen" im Sinn des Art. 72 Versicherungsgesetz alle im OR Art. 41-61 geregelten Tatbestände zu verstehen sind, insbesondere auch Art. 55, so dass der Versicherer gegen den Geschäftsherrn Regress hat, welcher den Schadensverursacher angestellt hat" (ARNOLD F. RUSCH, Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile, in: Strassenverkehrsrechts-Tagung 14.-15. Juni 2012, 2012, S. 252). Teilweise wird der durch einen Einzelfall bedingte historische Wille des Gesetzgebers als nicht mehr verbindlich erachtet (HONSELL/ISENRING/KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl. 2013, § 11 N. 42, § 24 N. 8) und die bundesgerichtliche Praxis wird eingehend kritisiert. So wird darauf hingewiesen, dass der Schadenversicherer mit der Verursachung des Schadens nichts zu tun hat, dass die Grundsätze für den Regress in Art. 51 Abs. 2 OR nicht absolut, sondern nur "in der Regel" gälten und dass der Zweck der Schadenversicherung nicht darin bestehe, den kausal Haftpflichtigen zu entlasten (WERROT/PERRITAZ, Colloque du droit de la responsabilité civile 2015, 2015, S. 59 ff., S. 67; vgl. auch PERRITAZ, Le concours d'actions et la solidarité, 2017, S. 183 f. Rz. 601 ff.; vgl. ferner ALBORZ TOLOU, Le recours interne dans la solidarité imparfaite, HAVE 2015 S. 133 ff., 141 ff.; HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, Personenschadensrecht, 2010, S. 262 Rz. 468; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I,

## **E. 2.3**

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 (BGE 143 IV 9 E. 2.4; 137 III 352 E. 4.6 S. 360; 136 V 313 E. 5.3.1; 136 III 6 E. 3 mit Hinweisen).

#### **E. 2.4**

Wie schon in BGE 137 III 352 dargestellt, haben sich der mittlerweile vor fast einem Jahrhundert geäusserten Kritik VON TUHRS zunehmend mehr Autoren mit überzeugenden Argumentationen angeschlossen. Zutreffend wird namentlich kritisiert, der Versicherer werde zu Unrecht als Haftpflichtiger im Sinne von Art. 50 f. OR behandelt, obwohl er den Schaden in Erfüllung seiner primären Leistungspflicht aus dem Versicherungsvertrag decke und nicht (sekundären) Schadenersatz aus Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages leiste. Dem Versicherer den Rückgriff auf Kausalhaftpflichtige zu verwehren, führe auch zu einer falschen Kostenverteilung, weil der Ersatz von Schäden die vertragliche Gegenleistung zum Einkassieren von Prämien sei. Diese würden nicht bezahlt, um Kausalhaftpflichtige zu entlasten. Folglich solle der Versicherungsnehmer auch nicht für die Haftpflicht Dritter mit seinen Prämien aufkommen. Die aufgrund von Statistiken berechneten Prämien könnten reduziert werden, wenn dem Versicherer der Rückgriff auf Kausalhaftpflichtige erlaubt würde (vgl. STRUB, a.a.O., S. 87 f.; OFTINGER/STARK, a.a.O., § 11 N 68 ff.; KUHN/KÖRNER, Seite 6

a.a.O., S. 265). Ferner wird darauf hingewiesen, dass im Versuch dieser "Regressfalle" und der fragwürdigen Kostenallokation zu entkommen – allenfalls ungültige, aber jedenfalls konsumentenunfreundliche – Ausschlussklauseln in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen verwendet werden (STEPHAN WEBER, Dringend revisionsbedürftige Systematik und Koordinationsbestimmungen des VVG – und doch nur ein halber Schritt, HAVE 2017 S. 447 ff. mit Beispielen von entsprechenden Klauseln aus der Praxis). Ein Abweichen von der bestehenden Praxis bzw. eine Änderung de lege ferenda sei auch geboten, weil sich die Verhältnisse mit der Einführung zahlreicher Gefährdungshaftungstatbestände stark geändert hätten; die bestehende Praxis bzw. Rechtslage sei nicht mehr zeitgemäss und führe auch zu unverständlichen Unterschieden zur Regelung im Sozialversicherungsrecht, wo den Versicherern vom Gesetz (Art. 72 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG; SR 830.1) ein integrales Regressrecht zuerkannt werde (vgl. dazu BGE 137 III 352, in welchem diese Ansicht unter Verweis auf zahlreiche Lehrmeinungen in E. 4.2 S. 356 bereits wiedergegeben wurde; vgl. auch CASANOVA, a.a.O., S. 172).

#### **E. 2.5**

Die im Jahre 2011 vorgesehene Totalrevision des VVG ist vom Gesetzgeber nicht weiterverfolgt worden. Wie auch die Vorinstanz im angefochtenen Urteil ausführt, hat der Bundesrat am 28. Juni 2017 eine Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vorgelegt, mit der dieses Gesetz in ausgewählten Themen an die veränderten Gegebenheiten und an die Bedürfnisse nach einem vernünftigen und

realisierbaren Versicherungsschutz angepasst werden soll (BBl 2017 5089). Darin wird neu als Art. 95c Abs. 2 des Entwurfs eine Norm vorgeschlagen, die aus dem Entwurf für die Totalrevision übernommen worden ist, und im Wesentlichen der Subrogation der Sozialversicherer entspricht; sie lautet nach dem bundesrätlichen Vorschlag: "Im Umfang und zum Zeitpunkt seiner Leistung tritt das Versicherungsunternehmen für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte des Versicherten ein". Die Norm soll der breiten Kritik der Lehre an der bisherigen Praxis Rechnung tragen und wird mit der Begründung in die nunmehr nur noch punktuelle Revisionsvorlage übernommen, dass sie im nicht weiterverfolgten Verfahren zur Totalrevision unbestritten geblieben war. Ist aber davon auszugehen, dass der sachlich überzeugenden Lehrmeinung in einem bereits durchgeführten Vernehmlassungsverfahren keine Kritik erwachsen ist, so überwiegen die Gründe, die für eine Praxisänderung sprechen. Seite 7

Die bisherige Rechtsprechung stellte zu stark auf den historischen Willen des Gesetzgebers ab; 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 (BGE 35 II 238) zu korrigieren (vgl. dazu PERRITAZ, a.a.O., S. 177 f. Rz. 582 ff., S. 181 f. Rz. 597 ff.; HONSELL/ISENRING/KESSLER, a.a.O., § 11 N. 42; WERROT/PERRITAZ, a.a.O., S. 65 f.; TOLOU, a.a.O., S. 131 f.). Die überwiegende Lehre weist nunmehr zutreffend darauf hin, dass es nicht überzeugt, den Haftpflichtigen in den Fällen zu privilegieren, in welchen die geschädigte Person zufälligerweise für Versicherungsschutz gesorgt hat (VON TUHR, a.a.O., S. 235; SCHAER, a.a.O., S. 294 f. Rz. 862, S. 305 ff. Rz. 893 ff.; STRUB, a.a.O., S. 78 f.; PERRITAZ, a.a.O., S. 175 Rz. 578, S. 196 Rz. 646; RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 620; HONSELL, a.a.O., S. 572 Fn. 12). So wurde denn auch bereits in dem der übrigen Rechtsprechung entgegenstehenden BGE 63 II 143 Folgendes festgehalten (E. 7): "Nun ist aber nicht entscheidend, was der Gesetzgeber bei Erlass einer Bestimmung gewollt hat, sondern was dem Gesetz im Lichte allgemeiner Rechtsanschauung zu entnehmen ist [...]: Wenn der Arbeiter, oder [...] der Arbeitgeber, Unfallversicherungsprämien bezahlt, so ist nicht einzusehen, wieso hievon ein Dritter, nach Gesetz Haftender sollte profitieren dürfen." Zwar folgte die Rechtsprechung im Nachgang zu dieser Entscheidung aus dem Jahre 1937 wieder dem historischen Willen des Gesetzgebers, doch wurde im aktuellsten in diesem Zusammenhang publizierten BGE 137 III 352 (E. 4.6 S. 361) bemerkt, dass sich das "Bestehen von geänderten Auffassungen und Verhältnissen im Gesetzgebungsverfahren [betreffend die im Jahre 2011 vorgesehene, jedoch schliesslich nicht durchgeführte Totalrevision des VVG] erhärtet zu haben scheint". Vor diesem Hintergrund zunehmend kritischer Lehrmeinungen und stark veränderter äusserer Verhältnisse (durch die Einführung zahlreicher Gefährdungshaftungstatbestände) vermögen – trotz langjähriger Praxis – auch Rechtssicherheitsgründe einer Praxisänderung nicht entgegenzustehen. Der sachlich überzeugenden Lehrmeinung ist unter dem Hinweis zu folgen, dass es im Sinne einer "gelebten Gewaltentrennung" (FUHRER, a.a.O., S. 409) 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.

## **E. 2.6**

Die private Schadenversicherung ist im Verhältnis zum kausal haftpflichtigen Unfallverursacher gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VVG gleich Seite 8

zu behandeln wie die Sozialversicherungen, welche insoweit in die Stellung der geschädigten Person subrogieren, als sie diese entschädigt haben. Auf den Versicherer gehen nach Art. 72 Abs. 1 VVG insoweit, 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 (so bereits VON TUHR; a.a.O., S. 234 f.; ihm folgend HONSELL, a.a.O., S. 572 f.; PERRITAZ, a.a.O., S. 186 Rz. 610; RUSCH, a.a.O., S. 252; HONSELL/ISENRING/KESSLER, a.a.O., § 24 N. 8 f.; RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 620 ff.; TOLOU, a.a.O., S. 134 f.; vgl. ferner HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, a.a.O., S. 263 Rz. 468; STRUB, a.a.O., S. 83 ff.; ALFRED KOLLER, OR AT, 4. Aufl. 2017, Rz. 75.184 ff.; WIDMER/KRAUSKOPF, Privatrechtliche Haftung, in: Haftung und Versicherung, 2. Aufl. 2015, Rz. 2.169). 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 unerlaubten Handlung im Sinne des Einschlusses von Kausalhaftungstatbeständen auch im Rahmen der Regressordnung andererseits) ist hier nicht erforderlich.

### **E. 2.7**

Die Beschwerdeführerin hat als private Zusatzversicherung der Geschädigten Leistungen im Zusammenhang mit deren Spitalaufenthalt bezahlt, welcher sich in Folge des Unfalls im Autobus der Regionalbetriebe C. \_\_\_\_\_ AG als erforderlich erwies. Die Beschwerdegegnerin als Haftpflichtversicherung der Halterin des Autobusses haftet der Geschädigten unbestritten für die Unfallfolgen kausal. Die Beschwerdeführerin als private Schadenversicherung der Geschädigten, welche gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VVG insoweit in die Stellung der Geschädigten subrogiert, als sie eine Entschädigung geleistet hat, kann daher gegen die Beschwerdegegnerin als obligatorische Versicherung der haftbaren Unfallverursacherin Regress nehmen. Die Beschwerde ist insoweit begründet, weshalb es sich erübrigt, die eventuellen Vorbringen der Beschwerdeführerin der Gültigkeit der ent-

sprechenden Abtretungen und die Anwendbarkeit von Art. 60 Abs. 2 SVG zu behandeln.

### **E. 2.8**

Die grundsätzliche Haftung der Beschwerdegegnerin für den Schaden, welchen die Beschwerdeführerin der Unfallgeschädigten entgolten hat und für die sie Regress nimmt, ist zu bejahen. Da die Vorinstanz ausdrücklich offen gelassen und keine Feststellungen darüber getroffen hat, ob die von der Beschwerdeführerin getragenen Kosten haftpflichtrechtlichen Schaden bilden und ob sämtliche von der Geschädigten in Anspruch genommenen Leistungen unfallkausal waren, ist die Sache an die Vorinstanz zur Prüfung dieser Fragen zurückzuweisen. 3. Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen und die Sache im Sinne der Erwägungen und gemäss des Eventualbegehrens an die Vorinstanz

zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte zu auferlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und keine Parteient- schädigungen (Art. 68 Abs. 1 BGG) zuzusprechen. Seite 10

#### **E. 5**

Aufl. 2018, S. 304 Rz. 1756 f.; FELLMANN/KOTTMANN, a.a.O., S. 1033 ff. Rz. 2932 ff.; CASANOVA, a.a.O., S. 155 ff., 167 ff.; ALBORZ TOLOU, a.a.O., S. 131 ff., 142 ff.; RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 616 ff., 620 ff.; ROLAND SCHAER, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenaus- gleichssystemen, 1984, S. 305 ff. Rz. 893 ff.; STRUB, a.a.O., S. 77 ff.; PERRITAZ, a.a.O., S. 187 ff. Rz. 614 ff.; SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER- CHEN, a.a.O., S. 211 f. Rz 523; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haft- pflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl. 1995, § 10 N. 50 ff.).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.