

# Der Regress des Versicherers im schweizerischen Recht

Heinrich HONSELL

## I. Das Problem

Regressprobleme sind auch im Versicherungsrecht genuin zivilrechtliche Fragen, so dass ich hoffen darf, dass dieser bescheidene Beitrag das Interesse von BRUNO SCHMIDLIN findet, der sich nicht nur um das droit privé romain, sondern auch um das schweizerische Obligationenrecht bleibende Verdienste erworben hat.

Hat der Versicherer bei einer Schadensversicherung (z.B. Hausrats-, Autokasko- oder Krankenversicherung) den Sach- oder Personenschaden des Versicherten ersetzt, so kann dies einen evtl. vorhandenen Schädiger nicht entlasten. Da es andererseits dem Bereicherungsverbot widerspräche, wenn der Geschädigte neben der Versicherungssumme noch Schadenersatz von dem Dritten erhielte, bestimmt Art. 72 VVG, dass Ansprüche gegen Dritte aus unerlaubter Handlung kraft Gesetzes auf den Versicherer übergehen, soweit er Entschädigung geleistet hat.

Ausgeschlossen ist der Regress nach Art. 72 Abs. 3 VVG gegen leicht fahrlässig handelnde Hausgenossen oder Hilfspersonen. Bei Strassenverkehrsunfällen richtet sich der Regress nach Art. 65 Abs. 3 SVG<sup>1</sup>.

Typische Anwendungsbeispiele der Norm sind folgende Fälle:

Die Hausratsversicherung bezahlt den Schaden aus einem Einbruchdiebstahl. Der Anspruch des Versicherten gegen den Dieb geht auf den Hausratsversicherer über.

Ein Wagen wird aus Verschulden eines anderen Autofahrers beschädigt. Die Kaskoversicherung des Geschädigten ersetzt den Schaden. Sie nimmt Regress beim Haftpflichtversicherer des Schädigers.

Ratio legis dieser Legalzession oder Subrogation ist zunächst das Bereicherungsverbot: Der Schuldner soll neben der Versicherungsleistung nicht auch noch Schadenersatz erhalten, sonst würde der Schadensfall zum Glücksfall. Ein zweiter Aspekt ist die Überlegung, dass es den Schädiger nicht entlasten soll, wenn der Geschädigte durch Abschluss einer Schadensversicherung Vorsorge getroffen hat. Auch kann und soll der Versicherer bei der Prämienkalkulation das Regressrecht gegen schuldhafte Schadensverursacher berücksichtigen, das heisst, die Prämien entsprechend niedriger ansetzen; was allerdings in praxi nicht oder nicht im notwendigen Umfang geschieht.

## II. Abrenzung

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu auch BGE 119 II 289.

Art. 72 VVG gilt nur für die Schadensversicherung. Bei der Summenversicherung gibt es nach Art. 96 VVG keine Legalzession.

Diese Vorschrift ist insofern verfehlt, als sie statt von Summenversicherung von Personenversicherung spricht. Der Ausschluss des Regresses passt nur bei der Summenversicherung. Obwohl die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nur die Personenversicherung betrifft, ist anerkannt, dass Art. 72 VVG sowohl für Sach- als auch für Personenschäden gilt und ebenso dass der Regressausschluss nach Art. 96 VVG und eine daraus möglicherweise resultierende Kumulation nur bei der Summenversicherung zulässig sind, etwa bei einer Lebens- oder Krankenhaustagegeldversicherung. Wenn eine Lebens- oder Unfallversicherung für das versicherte Ereignis eine bestimmte Summe auszahlt, so tritt der Gedanke des Schadensausgleichs in den Hintergrund. Bei der Summenversicherung leistet der Versicherer bei Eintritt des versicherten Risikos eine bestimmte Summe, unabhängig vom tatsächlich eingetretenen Schaden. Der Versicherer hat gemäss Art. 96 VVG keinen Regress, so dass in diesem Bereich Versicherungs- und Haftpflichtleistung kumuliert werden können. Nähme man Art. 96 VVG jedoch wörtlich, so würden Leistungen (z.B. Ersatz von Heilungskosten oder Erwerbsausfall) aus einer privaten Kranken- oder Unfallversicherung mit dem vom Schädiger zu leistenden Schadenersatz zugunsten des Geschädigten kumuliert, ohne dass dem Versicherer ein Regress zustünde. Dies würde gegen das Bereicherungsverbot verstossen.

In Wahrheit ist die gesetzliche Unterscheidung zwischen Schadensversicherung (Art. 48 ff. VVG) und Personenversicherung (Art. 73 ff. VVG) schief. Sie ist vorab nicht zu verwechseln mit der Distinktion Sach- und Personenschaden. Die richtige Distinktion lautet Schadens- und Summenversicherung. So ist es in der h.L. anerkannt, dass der Ersatz von Heilungskosten, Verdienstaufschlag usw. unter

die Schadensversicherung fällt<sup>2</sup>. Dagegen ist eine Lebensversicherung oder eine Tagegeldversicherung, welche unabhängig von der Höhe des entstandenen Schadens auf eine bestimmte Summe lautet (z.B. eine Lebensversicherung von Fr. 100'000), nicht als Schadenersatz aufzufassen und kann deshalb mit diesem kumuliert werden. Soll dagegen eine Tagegeldversicherung den Verdienstaussfall ausgleichen, so handelt es sich um eine Schadensversicherung<sup>3</sup>. Die im Fall des Ablebens eines Menschen zu erbringende Leistung ist in der Regel Summenversicherung<sup>4</sup>. Die ältere Judikatur hat systemwidrig und unter Verstoss gegen das Bereicherungsverbot eine Kumulation nach Art. 96 VVG häufig zugelassen: so etwa bei Ansprüchen eines verletzten Mitfahrers gegen die Insassenunfallversicherung und gegen die Motorhaftpflichtversicherung<sup>5</sup>. Als Begründung hat man angeführt<sup>6</sup>, der Wert eines Menschen könne nicht in Geld geschätzt werden (sic!), das ist der alte römische Satz: *liberum corpus nullam recipit aestimationem*<sup>7</sup>. Eine Änderung der Rsp. hat BGE 104 II 44<sup>8</sup> gebracht: Nur soweit die effektiven Kosten für Heilung, Verdienstaussfall usw. ersetzt würden, handle es sich um die Versicherung eines wirtschaftlichen Interesses, das unter die Schadensversicherung und damit unter Art. 72 VVG falle. Nur die Summenversicherung wird also nach Art. 96 VVG beurteilt<sup>9</sup>.

---

2 Vgl. z.B. VIRET, Privatversicherungsrecht (3. Aufl. 1991) 182.

3 BGE 104 II 44.

4 BGE 119 II 361, 367.

5 Vgl. BGE 94 II 186 = Pra 58 Nr. 43; BGE 97 II 259 E. IV = Pra 61 Nr. 32.

6 BGE 100 II 458; 94 II 188.

7 Gaius Dig. 9,1,3 u. 9,3,7. Der Kontext ist dort freilich ein ganz anderer: Der Satz besagt, dass man bei einer Körperverletzung den Körper eines freien Menschen (bzw. die Beeinträchtigung) nicht schätzen kann. Für die Römer war dies nicht selbstverständlich, denn der Körper des Sklaven wurde natürlich nach seinem Marktwert geschätzt.

8 S. auch BGE 119 II 361 E. 4.

### III. Die Anwendung von Art. 51 Abs. 2 OR durch die h.L.

H.L. und Rsp. wenden neben Art. 72 VVG auch Art. 51 Abs. 2 OR an, beziehen also auch den Versicherer in den Regress der Gesamtschuldner ein<sup>10</sup>. Gegen die h.L. ist zunächst einzuwenden, dass der Versicherer aus Vertrag nicht Schadenersatz wegen Vertragsverletzung schuldet, sondern Risikodeckung. Der Versicherer ist nicht Haftpflichtschuldner, weshalb Art. 51 OR auf ihn allenfalls analog angewandt werden könnte. Dies setzt aber eine Lücke voraus. Eine solche besteht aber nicht bzw. ist, wie noch zu zeigen sein wird, durch eine weite Auslegung von Art. 72 VVG zu schliessen.

Art. 51 Abs. 2 OR gibt eine Rangfolge für den Regress vor: deliktisches Verschulden, Vertrag, Haftung ohne Verschulden aufgrund des Gesetzes. Die Weisheit dieser auf EUGEN HUBER zurückgehenden „Regresskaskade“ ist nicht unbestritten. Gilt den einen die Regel als „wohlabgewogenes ethisch fundiertes Prinzip“<sup>11</sup> sprechen die anderen von „fehlerhafter Wertungsanleitung“<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Vgl. auch BGE 119 II 361 = Pra 83 Nr. 163.

<sup>10</sup> Vgl. z.B. KELLER/GABI, Haftpflichtrecht (2. Aufl. 1988) 156; KOENIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht (3. Aufl. 1967) 289 f.; MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht (3. Aufl. 1995) 417 ff.; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht I (5. Aufl. 1995) 546 ff.; OSWALD SZS 1972, 29; REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht (1995) N 1574; THUT, Der Regreß des Versicherers (Diss. Zürich 1924) 71 ff.; SCHMITT, Das Regressrecht des Versicherers (Diss. Zürich 1941) 12 ff.; BK-BREHM Art. 51 N 61 ff.; OR-SCHNYDER Art. 51 N 22; ROELLI/JAEGER, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (1932) Art. 72 N 5; BGE 45 II 638; 47 II 408; BGE 80 II 251 E. 5 = Pra 44 Nr. 18; 120 II 63.

<sup>11</sup> OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht I (4. Aufl. 1975) 352.

<sup>12</sup> SCHAER, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen (1984) N 842; kritisch auch WIDMER FS Assista (1979) 269 ff. und SCHAER recht 1991, 12 ff.

Bei verschiedenartigen Rechtsgründen gilt die gesetzliche Regressordnung, von welcher der Richter allerdings nach Ermessen abweichen kann. Eine schematische Handhabung ist jedenfalls nicht am Platz. Der Grundgedanke ist der, dass die zuletzt in Betracht kommende Gruppe der aus Gesetz Haftenden gegen die beiden anderen (Vertrag und Delikt) vollen Regress nehmen kann. Konkurrieren nur Vertrag und Delikt, so trägt im Innenverhältnis der deliktisch Haftende den Schaden allein. Sind nur Haftpflichtige aus ein und derselben Haftung vorhanden, so greift beim Fehlen besonderer Umstände grundsätzlich eine pro rata Haftung ein.

An erster Stelle steht, wer aus eigenem Verschulden (Delikt nach Art. 41 ff. OR) haftet.

Die zweite Stelle nehmen die aus Vertrag Haftenden ein. Das betrifft v.a. Schadenersatzansprüche aus (positiver) Vertragsverletzung nach Art. 97 ff., 208, 259e, 368 OR usw., die allerdings meist mit Delikt konkurrieren; ferner die Fälle einer vertraglichen Garantie (Art. 111 OR). Als Vertragshaftung gilt auch die Ersatzpflicht des Geschäftsherrn aufgrund von Art. 101 OR. Vor allem aber gilt nach der abzulehnenden h.L. als aus Vertrag Haftender auch der Versicherer<sup>13</sup>. Der aus Vertrag Ersatzpflichtige kann Regress nehmen beim Deliktsschädiger; ist kein solcher vorhanden, so bei anderen aus Vertrag Haftenden, nicht aber beim Kausalhaftpflichtigen.

An dritter Stelle steht, wer unmittelbar aus Gesetz haftet. Hierher gehören namentlich die Fälle der Kausal- und Gefährdungshaftung. Zur Kausalhaftung zählt nach der Judikatur auch die Haftung aus Art. 55 OR<sup>14</sup> sowie aus Art. 56 OR und Art. 333 ZGB, also diejenigen Tatbestände, in denen dem

---

<sup>13</sup> BGE 107 II 489, 495.

<sup>14</sup> BGE 45 II 639, 647; BGE 55 II 120; ablehnend zu Recht VON TUHR SJZ 1922, 233 ff.; in Wahrheit handelt es sich um eine sehr eingeschränkte Verschuldenshaftung, denn der Geschäftsherr haftet nur für culpa in eligendo, instruendo vel custodiendo.

Verantwortlichen ein Entlastungsbeweis offensteht; ebenso der Kausalhaftungstatbestand von Art. 58 OR. Die Schwierigkeiten bestehen vor allem darin, dass die Fälle zu verschiedenartig und zu komplex sind, als dass sie sich in ein so einfaches Schema zwängen liessen. Insbesondere für die Regressordnung des Privat- und des Sozialversicherungsrechtes passt die Regelung nicht. Der Versicherer wird wie ein aus Vertrag Haftpflichtiger behandelt, obgleich er aus Vertrag nicht Schadenersatz schuldet, sondern eine vertragliche Primärleistung, nämlich Risikodeckung, und obgleich der Regress des Versicherers in Art. 72 VVG abschliessend und ausreichend geregelt ist. Der Versicherer hat also Rückgriff gegen den aus Verschulden Haftenden, was der Regelung von Art. 72 VVG entspricht und insofern überflüssig, aber unschädlich ist. Es ist aber problematisch, dem Versicherer auch den Rückgriff auf andere aus Vertrag Haftpflichtige zu gestatten, denn Art. 72 VVG beschränkt den Regress auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung im weiteren Sinne.

Gleichwohl wenden h.L. und Rsp. neben Art. 72 VVG auch Art. 51 Abs. 2 OR an, wobei der Versicherer wie ein aus Vertrag Haftpflichtiger behandelt wird. Auch der Vorentwurf der Reformkommission nimmt leider ebenfalls diesen unhaltbaren Standpunkt ein. Die Regressbestimmung in Art. 32 Abs. 1 verweist einfach auf den Rückgriff unter Solidarschuldern nach Art. 29 u. 30 VE<sup>15</sup>.

Problematisch ist es zunächst, dem Versicherer den Rückgriff auch in Fällen zu gestatten, in denen er nach Art. 72 VVG ausgeschlossen ist. Art. 72 Abs. 3 VVG schliesst den Regress bei leichter Fahrlässigkeit gegen Haushaltsangehörige oder

---

<sup>15</sup> In Art. 30 Abs. 1 VE wird allerdings die Huber'sche Regresskaskade durch eine weit offenere Formulierung ersetzt: „Auf die beteiligten haftpflichtigen Personen wird der Schadenersatz nach Massgabe aller Umstände verteilt; zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Schwere des Verschuldens und die Intensität des charakteristischen Risikos, welche jeder einzelnen Person zuzurechnen sind.“ - Der Bericht der

Hilfspersonen des Versicherten aus. Das BGer mildert die Folgen der Anwendbarkeit von Art. 50 und 51 OR, indem es den Rückgriff des Versicherers (entgegen Art. 51 Abs. 2 OR) gegenüber dem aus Vertrag Haftenden wenigstens bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit zulässt. Hierfür stützt es sich auf das Argument, dass die Ersatzpflicht des Versicherers durch Prämien gedeckt ist<sup>16</sup>. In der Lehre ist diese Frage umstritten<sup>17</sup>. Unverständlich ist es ferner, wenn dem Versicherer der Regress gegen den Geschäftsherrn (Art. 55 OR) mit der verfehlten Begründung abgeschnitten wird, es handle sich hierbei um eine Kausalhaftung<sup>18</sup>.

Die gravierendste Fehlentscheidung liegt darin, dass dem Eigenschaden-Versicherer, der für Personen oder Sachschäden Deckung gewährt, durch die Einreihung in Art. 51 Abs. 2 OR der Regress auf Kausal- bzw. Gefährdungshaftungspflichtige genommen wird<sup>19</sup>. Wäre das richtig, so könnte z.B. eine (private) Krankenversicherung, deren Versicherungsnehmer von einem Hund gebissen worden ist, nicht bei dem Tierhalter nach Art. 56 OR Regress nehmen; ebensowenig der Gebäudeversicherer, wenn ein Gebäude durch Funkenflug der Eisenbahn in Brand geraten ist<sup>20</sup>. Dasselbe gilt etwa für Ansprüche nach dem Produkthaftungsgesetz, die ebenfalls kein Verschulden voraussetzen, so dass der eintretende Schadenversicherer keinen Regress gegen

---

Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts (1991) war noch für ein unbeschränktes Rückgriffsrecht des Versicherers eingetreten (107).

<sup>16</sup> BGE 80 II 254 = Pra 44 Nr. 18; BGE 93 II 353.

<sup>17</sup> Vgl. OFTINGER aaO 368 f.; KELLER/GABI aaO 147.

<sup>18</sup> Vgl. dazu Fn 14.

<sup>19</sup> Gegen eine Anwendung von Art. 51 Abs. 2 OR neben Art. 72 VVG hat sich schon VON TUHR SJZ 1922, 234 ausgesprochen. Auch SCHAER aaO N 862 und 893 kritisiert, dass ein kausal Haftender privilegiert wird, wenn ein Versicherer Leistungen erbringt. Er hält es zutreffend für rechtspolitisch verfehlt, dass ein Haftpflichtiger privilegiert wird, wenn der Ggeschädigte freiwillig für Versicherungsschutz sorgt.

<sup>20</sup> BGE 47 II 408, 416.



den Hersteller hat<sup>21</sup>. Umgekehrt könnte, wer aus Produkthaftpflicht wegen eines Personenschadens in Anspruch genommen wird, bei der Kranken- oder Rentenversicherung Regress nehmen, wenn der Geschädigte versichert war. Beschädigt eine Dachlawine ein parkiertes Fahrzeug, so entfällt im Ergebnis die Werkeigentümerhaftung des Gebäudeeigentümers, wenn bezüglich des Wagens eine Kaskoversicherung besteht. Hat der Gebäudeeigentümer gezahlt, so kann er beim Kaskoversicherer des Geschädigten Regress nehmen.

Das ist eine verkehrte Welt.

Lässt man den unpassenden Störfaktor von Art. 51 Abs. 2 OR beiseite, so lassen sich alle diese Fälle in (analoger) Anwendung von Art. 72 VVG einfach und sachgerecht lösen. Hingegen zäumt die h.L. das Pferd gewissermassen vom Schwanz auf, wenn sie zur Rettung des Regresses nach Art. 51 Abs. 2 OR die Vorschrift von Art. 72 VVG auf Fälle der Verschuldenshaftung nach Art. 41 ff. OR beschränken will<sup>22</sup>. Art. 72 VVG spricht zwar nur von Ansprüchen aus „unerlaubter Handlung“, doch erfasst dies schon nach dem Wortlaut des zweiten Abschnitts des OR („Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen“) auch Fälle der Kausalhaftung (namentlich Art. 58 OR). Auch ist die analoge Anwendung auf die ausserhalb des OR normierten Tatbestände nach Fallähnlichkeit und ratio legis ohne weiteres gerechtfertigt<sup>23</sup>. Für die Gefährdungshaftung gilt dies schon deshalb, weil zur Zeit des Inkrafttretens des VVG die meisten Gefährdungshaftungsgesetze noch gar nicht existierten.

---

<sup>21</sup> Weitere Beispiele bei SCHAER aaO N 895 f.

<sup>22</sup> Vgl. die in Fn 10 Genannten.

<sup>23</sup> Wie hier VON TUHR SJZ 1922, 233, 235; SCHAER aaO N 925; ebenso die h.L. in Deutschland, vgl. PRÖLSS/MARTIN/KOLHOSSER, Versicherungsvertragsgesetz (25. Aufl. 1992) § 67 Anm. 2; allerdings enthält § 67 dVVG nicht die Einschränkung auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung, sondern spricht schlicht von Ansprüchen gegen Dritte. Eine Analogie ist m.E. auch für Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung zu bejahen.

Vor allem aber macht es keinen Sinn, dass die Haftung des Werkeigentümers von dem zufälligen Umstand abhängen soll, ob der Geschädigte selbst gegen den Schaden versichert ist oder nicht. Im Ergebnis haftet aber der Werkeigentümer nach der Rechtsprechung nur im zuletzt genannten Fall, im ersten kann er gegen die Eigenschadensversicherung des Geschädigten Regress nehmen, denn er selbst haftet ohne Verschulden nur aus Gesetz, diese aber aus Vertrag. Ist – wie im Regelfall – der Werkeigentümer versichert, so hätte er, wenn er in Anspruch genommen wird, nach Art. 51 Abs. 2 OR intern einen Regress gegen beide Versicherer. Der Anspruch gegen seine Versicherung folgt aber schon aus dem Versicherungsvertrag und nicht erst aus der Regressnorm. Unklar ist weiter, wie der Regress der Versicherer untereinander aussehen soll. Haften sie beide (aus Vertrag) je zur Hälfte, oder wird der Versicherer wie der Werkeigentümer als aus Gesetz Haftender behandelt? Richtig ist es allein, dem Eigenschadenversicherer den vollen Regress gegen den Haftpflichtversicherer zu geben, eine Lösung, die in Art. 72 VVG klar vorgezeichnet ist<sup>24</sup>.

Gegen die Einbeziehung der Versicherer in den Regress nach Art. 51 Abs. 2 OR spricht weiter, dass der Geschädigte gegen den Versicherer – sieht man von einigen Spezialnormen<sup>25</sup>, insbesondere Art. 65 Abs. 3 SVG, ab – keinen Direktanspruch hat.

Das Bundesgericht<sup>26</sup> rechtfertigt seine Rechtsprechung mit folgender Begründung: „Gerade im Hinblick auf die Versicherungsgesellschaften wurde die Bestimmung des Art. 51 OR in erster Linie in das Gesetz aufgenommen. Es erschiene als unbillig, dass diese den Schaden auf ex lege haftende Personen sollten abwälzen

---

<sup>24</sup> Auf die Praxis der Regressverzichts- oder Schadensteilungsabkommen der Versicherer untereinander wird hier nicht eingegangen.

<sup>25</sup> Ebenso Art. 37 RLG.

<sup>26</sup> BGE 47 II 408, 416.

können, während sie doch die Schadensmöglichkeiten in ihre Prämien einkalkulieren, und sich auf diese Weise bis zu einem gewissen Grade zum voraus für künftige Schäden bezahlt machen können“.

Der Gedanke der Versicherung wird hier recht laienhaft umschrieben. Der Versicherer macht sich nicht „durch die Prämie in einem gewissen Grade zum voraus für künftige Schäden bezahlt“. Die Prämie ist vielmehr zunächst die Gegenleistung für die Übernahme der Gefahr, unabhängig davon, ob sich diese verwirklicht. Die Kompensation der Risiken erfolgt nach den Gesetzen der Statistik durch eine Vielzahl von Versicherungsverträgen<sup>27</sup>. Ganz ähnliche Kriterien verwendet die deutsche Rechtsprechung. Nach dem Bundesverwaltungsgericht liegt eine Versicherung vor, wenn sich ein Unternehmen gegen Entgelt für den Fall eines ungewissen Ereignisses zur Erbringung bestimmter Leistungen verpflichtet, wobei das übernommene Risiko auf eine Vielzahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen verteilt wird und der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der grossen Zahl beruhende Kalkulation zugrunde liegt<sup>28</sup>. Versicherungsverträge sind also durch folgende Elemente gekennzeichnet:

Das Versicherungsunternehmen verspricht seine Leistung für den Fall des Eintritts eines ungewissen, wirtschaftlich nachteiligen Ereignisses; der Versicherungsnehmer wird m.a.W. durch die Versicherung gegen die Verwirklichung einer Gefahr geschützt. Die Versicherungsleistung muss gegen Entgelt gewährt werden. Dieses Erfordernis ergibt sich für das Schweizer Recht klar aus Art. 18 VVG. Die Mittel für die Versicherungsleistung werden durch die Prämien von der Gesamtheit der Versicherten aufgebracht.

---

<sup>27</sup> Vgl. BGE 114 Ib 244 E. 4; BGE 107 Ib 56 mit Hinweisen; dazu etwa KUHN, Grundzüge des Schweizerischen Privatversicherungsrechts (1989) 81 ff.; MAURER aaO 94 ff.; zum Begriff der Versicherung s. ferner KELLER/ROELLI, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (2. Aufl. 1968) 13 ff., 46 ff.

<sup>28</sup> Vgl. etwa BVerwGE 75, 155, 159 f.; auch der deutsche Bundesgerichtshof hat diese Definition übernommen, BGH NJW 1995, 324 f.; NJW-RR 1991, 1014 u. öfter.

Eine Versicherung setzt die Kompensation der Risiken nach den Gesetzen der Statistik<sup>29</sup> voraus; denn es besteht der Erfahrungswert, dass sich von einer Vielzahl gleicher Risiken - auf einen längeren Zeitraum gesehen - nur ein geringer Prozentsatz verwirklicht. Die Gesamtheit der in einem Risiko-Kollektiv Versicherten bringt durch ihre Prämien das Kapital auf, mit dem die Schäden ausgeglichen werden.

Man kann also nicht sagen, dass der Versicherer im Hinblick auf die Prämien näher daran sei den Schaden endgültig zu tragen als ein aufgrund Gesetz Haftpflichtiger. Allerdings soll der Versicherer den Regress bei seiner Kalkulation berücksichtigen, was zu niedrigeren Prämien führen würde, aber leider kaum geschieht.

Obwohl es dafür – wie dargelegt – keine plausiblen Gründe gibt, war es doch die Auffassung des Gesetzgebers, dass der Versicherer vor dem Kausalhaftpflichtigen haften solle. EUGEN HUBER, auf den diese Auffassung zurückgeht, hatte den berühmten Leiterhaken-Fall<sup>30</sup> vor Augen. Dort hatte ein Gebäudeeigentümer einen Dachdeckermeister damit beauftragt, das steile Turmdach seines Hauses zu reparieren. Ein Arbeiter des Dachdeckermeisters sollte die Bleche streichen. Als dieser seine Leiter in dem am oberen Teil des Daches befindlichen Leiterhaken einhängte und die Leiter bestieg, stürzte er ab und verletzte sich tödlich, weil der Leiterhaken nicht ordnungsgemäss befestigt war. Der Dachdecker hatte seine Arbeiter gegen Unfall versichert. Die Unfallversicherung verweigerte die Zahlung unter Hinweis auf die Haftung des Hauseigentümers. Das Bundesgericht nahm einen Werkmangel im Sinne von Art. 67 altOR (= Art. 58 OR) an und verurteilte

---

<sup>29</sup> BGE 114 Ib 244 E. 4, bzw. einen kalkulatorischen Zusammenschluss von Einzelrisiken. Damit zusammen hängt der Gedanke der „Gefahrgemeinschaft“, kritisch zu diesem Begriff z.B. DREHER, Die Versicherung als Rechtsprodukt (1991) 124 ff.

<sup>30</sup> BGE 35 II 238.

den Hauseigentümer. Dieses Ergebnis hielt der Gesetzgeber für unbillig und wollte es mit der neuen Vorschrift von Art. 51 Abs. 2 OR korrigieren. In Wahrheit war aber im Leiterhaken-Fall die Haftung des Hauseigentümers deswegen verfehlt, weil ein Handwerker, der gerade mit der Instandhaltung oder Instandsetzung des Gebäudes beauftragt ist, in der Regel Werkeigentümerhaftung nicht geltend machen kann, denn er übernimmt vertraglich dieses Risiko. Ansonsten könnte der Werkeigentümer einen mangelfreien Zustand nicht herbeiführen, ohne sich gerade dadurch einem erhöhten Haftungsrisiko auszusetzen. Dennoch war der Leiterhaken-Fall für den Gesetzesredaktor EUGEN HUBER Anlass zur Formulierung von Art. 51 Abs. 2 OR in seiner heutigen Form, ein geradezu klassisches Beispiel für den Satz „hard cases make bad law“. Durch diese Norm sollte dem Schadenversicherer der Regress auf den Gebäudeeigentümer abgeschnitten werden, bzw. dem Gebäudeeigentümer der Regress auf einen Versicherer eröffnet werden<sup>31</sup>. In der Diskussion des Nationalrats über Art. 51 Abs. 2 OR wurde Art. 72 VVG, der diese Farge ja bereits als *lex specialis* regelte, mit keinem Wort erwähnt. VON TUHR<sup>32</sup> bemerkt hierzu treffend: „Da nun die Auslegung des Gesetzes nicht nach den aus den Materialien ersichtlichen Absichten der Beteiligten zu erfolgen hat, sondern nach dem objektiven Sinn und dem inneren Zusammenhang der im fertigen Gesetz enthaltenen Rechtssätze, so erscheint es mir unzulässig, aus dem wohlüberlegten und festgefügt Versicherungsgesetz eine wichtige Vorschrift herauszubrechen, weil bei der Beratung des OR an diesen bereits bestehenden Rechtssatz nicht gedacht worden ist. Man muß vielmehr m.E. unter Aufrechterhaltung des Art. 72 Versicherungsgesetz den Art. 51 OR auf andere Verträge beschränken, durch welche jemand die Haftung für einen Schaden übernimmt.“

---

<sup>31</sup> Sten.Bull. 1909, 520 ff., 735, 737; s. dazu schon VON TUHR SJZ 1922, 233, 234 Fn 11; WIDMER FS Assista (1979) 269 ff., 274 ff.

Dem ist nichts hinzuzufügen. Wieder einmal ist das Gesetz klüger als seine Verfasser.

Das Postulat der Privilegierung von Gefährdungs- und Kausalhaftpflichtigen bei Vorhandensein einer Versicherung ist aber unhaltbar. Entgegen h.L. und des subjektiven Willens des Gesetzesverfassers ist Art. 51 Abs. 2 OR heute objektiv in dem Sinne zu interpretieren, dass der Anspruch gegen den Versicherer nicht als vertraglicher Anspruch an dem Regress teilnimmt. Art. 72 VVG ist lex specialis und geht Art. 51 Abs. 2 OR vor. Der Regress des Versicherers richtet sich ausschliesslich nach Art. 72 VVG.

#### IV. Der Regress in der Sozialversicherung

Wie bereits ausgeführt, ist der Ausschluss des Regresses in der Sozialversicherung ebenso störend wie in der Privatversicherung. Unakzeptabel wäre insbesondere eine Kumulierung von Versicherungsleistung und Schadenersatz.

Das Bundesgericht wendet indes nicht nur Art. 51 Abs. 2 OR an, sondern verwirft auch kantonale Subrogationsnormen, die Schadensversicherern eine Legalzession gewähren und dadurch von der „gesetzlichen Ordnung“ des Art. 51 Abs. 2 OR abweichen, als bundesrechtswidrig<sup>33</sup>. Hingegen enthalten die bundesrechtlichen Vorschriften von Art. 41 UVG und Art. 79 KVG

---

<sup>32</sup> SJZ 1922, 233, 234 Fn 11.

<sup>33</sup> BGE 115 II 26 f.

Regressnormen<sup>34</sup>, die dem Versicherer einen sog. „integralen Regress“ gegen alle Haftpflichtigen eröffnen, einerlei ob die Haftung auf Verschulden, Gesetz oder Vertrag beruht<sup>35</sup>. Damit ist der Störfaktor von Art. 51 Abs. 2 OR ausgeschaltet. Es sollte zu denken geben, dass der Bundesgesetzgeber für die wichtigsten Fälle Normen erlässt, welche die aus der Anwendung von Art. 51 OR resultierenden Unsinnigkeiten verhindern, dass aber gleichzeitig das Bundesgericht kantonale Normen, die dasselbe Ziel verfolgen, für bundesrechtswidrig erklärt.

Das Krankenversicherungsgesetz<sup>36</sup> (KVG vom 18. März 1994) enthält in Art. 79 eine Subrogationsbestimmung. Der Eintritt der Krankenkassen in die Ansprüche des Geschädigten gegenüber haftenden Dritten ist insbesondere für Unfälle von Bedeutung, für welche die Krankenkassen subsidiär Leistungen erbringen<sup>37</sup>.

Nach UVG 44 sind bei Arbeitsunfällen Ansprüche gegen Arbeitgeber und Arbeitskollegen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt; ebenso Ansprüche gegen Familienangehörige. Diese Regelung ist für die Fälle problematisch, in denen eine Haftpflichtversicherung besteht. Da Art. 44 UVG schon den Anspruch selbst ausschliesst, entfällt auch der Regress. Nach der Judikatur ist die Haftungsbeschränkung zu Gunsten der in Art. 44 Abs. 1 UVG genannten Familienangehörigen ein Regress- und kein Haftungsprivileg<sup>38</sup>. Diese de lege ferenda wünschenswerte Regelung hat auch die Studienkommission vorgeschlagen<sup>39</sup>. Aus dem in Art. 44 UVG statuierten Haftungsprivileg von

---

<sup>34</sup> Weitere Subrogationsnormen sind Art. 48ter AHVG, Art. 52 IVG.

<sup>35</sup> So BGE 119 II 293 zum UVG.

<sup>36</sup> SR 832.10, AS 1995 II 1328.

<sup>37</sup> Vgl. Botschaft, BBl 1992 I 207.

<sup>38</sup> BGE 117 II 609, 628.

<sup>39</sup> Bericht aaO 174 ff.; s. auch E. SCHMID FS Assista (1989) 383 ff.

Familienangehörigen lässt sich ein allgemeines Prinzip im Haftpflichtrecht jedoch nicht herleiten<sup>40</sup>.

Es existiert ein Entwurf eines Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts aus dem Jahre 1990, mit dem auch der Regress vereinheitlicht werden sollte. Der ist bislang nicht Gesetz geworden<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> BGE 117 II 609 E. 4 c, bb.

<sup>41</sup> BBl 1991 II 185 und BBl 1991 I 910.