

## Rückgriff des Eigenschadenversicherers – Eine neue Ordnung?

Gion Christian Casanova\*

### I. Praxisänderung des Bundesgerichts

Mit Urteil 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018<sup>1</sup> hat das Bundesgericht seine rund 100-jährige Rechtsprechung zum Regress des Eigenschadenversicherers kritisch geprüft und geändert. Zu Recht ist der Entscheid zur Publikation vorgesehen, nicht nur wegen der mit ihm begründeten Praxisänderung, sondern auch, da eine solche erst kürzlich in einem ebenfalls publizierten Entscheid verworfen wurde.<sup>2</sup>

In der vorliegend beurteilten Sache musste das Bundesgericht über einen Rückgriffsanspruch eines privaten Eigenschadenversicherers (Spitalzusatzversicherung) gegen einen Kausalhaftenden (Motorfahrzeughalter) bzw. gegen dessen Haftpflichtversicherer (Motorfahrzeughaftpflichtversicherung) entscheiden.

In einem ersten Schritt hat sich das Bundesgericht intensiv mit der in der Lehre geäußerten Kritik<sup>3</sup> an seiner Praxis beschäftigt und die Voraussetzungen für eine Praxisänderung bejaht.<sup>4</sup>

Dabei ist es zum Schluss gekommen, dass Art. 51 Abs. 2 OR über den internen Regress von Personen, die aus verschiedenen Rechtsgründen haften, für den Regress des Eigenschadenversicherers gegen den Kausalhaftenden nicht zur Anwendung kommt. Vielmehr stützt sich der Anspruch des Versicherers auf eine Subrogation nach Art. 72 VVG.<sup>5</sup>

Das Bundesgericht stellte zudem fest, dass die bisherige Einschränkung von Art. 72 VVG auf die deliktische Verschuldenshaftung zu eng ist. Nach der neuen Rechtsprechung erfasst Art. 72 VVG *sämtliche ausservertraglichen Haftungen*, d.h. auch die Kausal- und Gefährdungshaftungen. Dabei stützt sich das Bundesgericht sowohl auf den Wortlaut von Art. 72 VVG wie auch auf diverse Lehrmeinungen, die diese weite Auslegung von Art. 72 VVG unterstützen.<sup>6</sup>

Das Bundesgericht hat mit dem vorliegenden Entscheid eine Bresche in die um den Regress des Versicherers gezogene Mauer geschlagen. Die Ausführungen des Gerichts fokussieren sich allerdings auf einen spezifischen Bereich des Regresssystems, wodurch sich Folgefragen ergeben. Auf einige dieser Fragen geht der vorliegende Beitrag ein.

### II. Doppelte Anspruchsgrundlage bei ausservertraglicher Haftung oder Exklusivität der Subrogation?

In seiner bisherigen Praxis ging das Bundesgericht davon aus, dass für den Regress des Eigenschadenversicherers eine doppelte Anspruchsgrundlage besteht. Einerseits erlaubt Art. 72 VVG eine Subrogation in die Ansprüche, die dem Versicherten «gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung» zustehen. Der Versicherer macht auf dieser Basis den auf ihn übergegangenen Haftpflichtanspruch des Versicherten geltend. Andererseits verschafft Art. 51 OR dem Versicherer einen selbständigen Regressanspruch gegen Personen, die für denselben Schaden haften. Diese Ansprüche stehen selbständig nebeneinander.<sup>7</sup>

Der vorliegende Entscheid 4A\_602/2017 stellt allerdings infrage, ob das Bundesgericht an dieser doppelten Anspruchsgrundlage festhält. Nachdem das Bundesgericht in seinen Erwägungen zunächst den Anspruch des Versicherers auf Art. 72 Abs. 1 VVG stützt, führt es ergänzend aus, dass «Art. 51 Abs. 2 OR über den internen Regress von Personen, die aus verschiedenen Rechtsgründen haften, [...] keine Anwendung [findet]».<sup>8</sup>

Damit scheint das Bundesgericht dem Teil der Lehre zu folgen, der Art. 72 VVG als *lex specialis* versteht bzw. die Einreihung des Versicherers in die Haftungsordnung ablehnt.<sup>9</sup> Der Versicherer kann sich diesfalls in Zukunft für seinen Regress nicht mehr auf ein selbständiges Rückgriffsrecht i.S.v. Art. 51 OR berufen, sondern einzig auf den Haftpflichtanspruch des Versicherten, der durch die Subrogation auf ihn übergeht.

Diese Unterscheidung hat Auswirkungen auf die Geltendmachung des Regresses. Die Einordnung des Versicherers in die Haftungsordnung von Art. 51 OR hat nicht nur für die Rückgriffsberechtigung als solche

\* Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Prager Dreifuss AG, Zürich.

<sup>1</sup> Das Urteil ist zur amtlichen Publikation vorgesehen.

<sup>2</sup> BGE 137 III 352 vom 7. Juni 2011 E. 4.

<sup>3</sup> Vgl. GION CHRISTIAN CASANOVA, *Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung*, Diss. Zürich/Basel/Genf 2010, 155 ff., 167 ff.

<sup>4</sup> Urteil des BGer 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.2–2.5.

<sup>5</sup> Urteil des BGer 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.6.

<sup>6</sup> Urteil des BGer 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.6 m.w.H.

<sup>7</sup> BGE 137 III 352 E. 4.1; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012, N 2853; BSK OR I-GRABER, Art. 51 N 27.

<sup>8</sup> Urteil des BGer 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.6 *in fine*.

<sup>9</sup> Vgl. HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 24 N 8 f., sowie die weiteren Hinweise in Urteil des BGer 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.6.

Folgen. Sie führt auch zu einer gewissen Koordination der Modalitäten des Regressrechts. Unmittelbare Wirkungen zeigt dies insbesondere bei der Verjährung.<sup>10</sup>

Das auf Art. 51 OR gestützte selbständige Rückgriffsrecht verjährt unabhängig von der Verjährung des Haftpflichtanspruchs im Aussenverhältnis mit einer relativen einjährigen Frist ab Zahlung des Ausgleichsberechtigten (d.h. vorliegend des Versicherers) und Kenntnis des Rückgriffsrechts bzw. in einer absoluten Frist von zehn Jahren. Eine Verjährung des Haftpflichtanspruchs kann dem Regressberechtigten nicht entgegengehalten werden. Einen Schutzmechanismus sieht das Bundesgericht einzig in der Obliegenheit des Berechtigten vor, dem potenziellen Regressschuldner von seiner Regressabsicht frühzeitig Mitteilung zu machen.<sup>11</sup>

Dagegen geht der Haftpflichtanspruch gegen den Schuldner bei Subrogation mit laufender Verjährung über. Steht dem Versicherer nur die Subrogation zur Verfügung, tritt er bei seiner Leistung unter Umständen in einen bereits verjährten Anspruch ein, der für ihn faktisch nicht mehr durchsetzbar ist.<sup>12</sup> Soweit das Bundesgericht die Koordination zwischen dem Anspruch aus Art. 51 OR und Art. 72 VVG tatsächlich vollständig aufgibt und dem Versicherer nur noch die Subrogation zur Verfügung steht, gewinnt damit die Verjährungsthematik unter der neuen Rechtsprechung für den Versicherer an Bedeutung. Auf Versichertenseite ist zu beachten, dass der Versicherte für Handlungen, durch die er das Subrogationsrecht des Versicherers verkürzt, verantwortlich ist.<sup>13</sup>

### III. Regress gegen den aus Vertrag Haftenden – Wie weiter mit Gini/Durlemann?

Eine weitere offene Frage ist die Rückgriffsberechtigung des Eigenschadenversicherers gegen einen aus Vertrag Haftenden. In der bisherigen Rechtsprechung steht für den Rückgriff auf den aus Vertrag Haftenden die Subrogation gemäss Art. 72 VVG dem Versicherer nicht zur Verfügung. Dagegen schränkt das Bundesgericht den Rückgriffsanspruch des Versicherers gegen den vertraglich Haftenden mit der sogenannten Gini/Durlemann-Praxis ein. Gestützt auf diese steht dem Versicherer der Regress nur bei grobem Verschulden des Vertragshaftenden zur Verfügung.<sup>14</sup>

Das Bundesgericht hat diese Frage vorliegend nicht angesprochen, sondern seine Ausführungen in E. 2.6 des Entscheids auf das Verhältnis des Versicherers zum Kausalhaftenden beschränkt. In den vorangehenden Passagen hat es sich allerdings ausführlich mit der Lehre beschäftigt, die den Einschränkungen des Rückgriffs des Versicherers allgemein kritisch gegenübersteht. Zudem hat es sowohl auf die im Jahr 2011 vorgeschlagene Totalrevision des VVG wie auch auf die laufende Teilrevision des VVG verwiesen, die in Art. 95c Abs. 2 E-VVG eine vollständige Subrogation des Versicherers vorsieht (vgl. Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017, BBl 2017 5089 ff.).<sup>15</sup>

Die Überlegungen im vorliegenden Entscheid bieten eine gute Grundlage, um auch die Gini/Durlemann-Praxis aufzugeben. Es dürfte denn auch nicht einfach zu begründen sein, warum der Rückgriff des Versicherers gegen einen vertraglich Haftenden weiter eingeschränkt werden soll, wenn gleichzeitig der Rückgriff gegen einen Kausalhaftenden ohne dieselbe Einschränkung zulässig sein soll.

Wenn, im Einklang mit den Ausführungen zum Rückgriff auf den Kausalhaftenden, die Haftungsordnung von Art. 51 OR überhaupt nicht mehr auf den Eigenschadenversicherer anzuwenden ist, fehlt allerdings eine klare gesetzliche Grundlage für den Rückgriff. Grundsätzlich möglich wäre eine *analoge* Anwendung von Art. 51 OR.

Eine direkte Anwendung von Art. 72 VVG scheidet ebenfalls aus. Auch in der vom Bundesgericht vorgenommenen weiten Auslegung erfasst der Wortlaut von Art. 72 VVG die vertragliche Haftung nicht. Hinzu kommt, dass zumindest ein Teil der Lehre Art. 72 VVG als Norm versteht, welche die Subrogation des Versicherers beschränkt.<sup>16</sup> Dennoch erscheint die *analoge* Anwendung von Art. 72 VVG auf den Rückgriff gegen den aus Vertrag Haftenden als gangbare und wohl – aufgrund der vom Bundesgericht vorliegend getroffenen Lösung – auch zu bevorzugende Lösung.<sup>17</sup> Damit wird zumindest vermieden, den Rückgriff des Versicherers gegen den vertraglich Haftenden einem anderen Regime zu unterstellen als den Rückgriff gegen den ausservertraglich Haftenden.

<sup>10</sup> Vgl. CASANOVA (Fn. 2), 55; Urteil des BGer 4A\_133/2014 vom 8. Juli 2014 E. 4.2.

<sup>11</sup> Vgl. zur Verjährung ausführlich BGE 133 III 6 E. 5.3.

<sup>12</sup> BK-BREHM, Art. 50 OR N 56, Art. 51 OR N 141.

<sup>13</sup> Art. 72 Abs. 2 VVG; vgl. BSK VVG-GRABER, Art. 72 N 47 ff.

<sup>14</sup> BGE 93 II 345 E. 6; 80 II 247 E. 5, 255; zum «umgekehrten Gini/Durlemann» vgl. BGE 114 II 342 E. 3.

<sup>15</sup> Urteil des BGer 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.2–2.5.

<sup>16</sup> Vgl. HONSELL/ISENRING/KESSLER (Fn. 8), § 24 N 8; breiter dagegen beispielsweise ALBORZ TOLOU, Le recours interne dans la solidarité imparfaite, HAVE 2015, 130, 134.

<sup>17</sup> Vgl. dazu beispielsweise TOLOU (Fn. 15), 130, 134.

Hinzuweisen bleibt darauf, dass Art. 72 VVG eine Zession der Ansprüche des Versicherten vor Leistung des Versicherers nicht ausschliesst.<sup>18</sup> Entsprechende Einschränkungen, die sich aus der zwingenden Natur der Haftungsordnung von Art. 51 Abs. 2 OR ergeben,<sup>19</sup> dürften einer Zession nicht mehr im Wege stehen.

#### IV. Regress des Haftpflichtversicherers

Für Haftpflichtversicherer hat der Entscheid zunächst die offensichtliche Folge, dass die Regressordnung – zumindest bei Kausalhaftungen – den Ansprüchen des Versicherers des Geschädigten nicht mehr im Wege steht. Wie sieht es jedoch mit den Ansprüchen aus, die der Haftpflichtversicherer gegen Dritte geltend machen will?

Der Haftpflichtversicherer subrogiert in analoger Anwendung von Art. 72 VVG in den auf Art. 51 Abs. 2 OR gestützten Ausgleichsanspruch seines Versicherten.<sup>20</sup> Bis auf Weiteres werden für die Frage, ob ein Haftpflichtversicherer auf einen Mitschuldner seines Versicherten zurückgreifen kann, weiterhin die Haftungsordnung und die Modalitäten des originären Regressrechts entscheidend sein. Hier zeigt sich, dass die Arbeit des Bundesgerichts mit dem vorliegenden Entscheid noch nicht beendet ist. Das Gericht hat auf eine Auseinandersetzung mit der Haftpflichtordnung als solcher – sogar nur im Hinblick auf die Einordnung der Kausalhaftungen – verzichtet.<sup>21</sup> Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesgericht nun bereit ist, die in der Haftungsordnung vorhandenen Wertungswidersprüche<sup>22</sup> anzugehen, insbesondere da hierzu keine Gesetzesrevision in Planung ist.

Offen ist somit, ob die Praxisänderung Auswirkungen auf Ansprüche des Haftpflichtversicherers gegen Dritte, die *seinem Versicherten gegenüber* für den Schaden aus Vertrag haften, haben wird.<sup>23</sup> Die Stellung des Haftpflichtversicherers hängt dabei wesentlich davon ab, ob dieser für den Anspruch gegen den Dritten (wei-

terhin) in die Haftungsordnung eingebunden wird und welchen Weg das Bundesgericht im Hinblick auf die Gini/Durlemann-Rechtsprechung wählen wird.<sup>24</sup>

#### V. Prozessuale Auswirkungen der Praxisänderung

Ergänzend sollen vorliegend noch einige Überlegungen zu den unmittelbaren prozessualen Folgen der Praxisänderung erfolgen, auch wenn diese die zukünftige Entwicklung des Regressrechts nicht betreffen. Bei einer Praxisänderung stellt sich für die Betroffenen in prozessrechtlicher Hinsicht die Frage nach den Auswirkungen auf (A.) hängige Verfahren und auf (B.) bereits rechtskräftig erledigte Verfahren.

##### A. Hängige Verfahren – Prozesskosten

Die Partei, deren Anspruch vom Gericht abgewiesen wird, sieht sich nicht nur mit dem Verlust des erwarteten Anspruchs konfrontiert. Gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO werden ihr als unterliegender Partei zudem die Prozesskosten<sup>25</sup> auferlegt.

Dies ist unbefriedigend, wenn die unterliegende Partei den Anspruch im Vertrauen auf die bestehende Praxis geltend gemacht hat und ohne die Praxisänderung auch hätte durchsetzen können. Das Bundesgericht anerkennt denn auch, dass der Grundsatz von Treu und Glauben es verbietet, einer Partei Kosten aufzuerlegen, wenn ihre Anträge infolge einer Praxisänderung als unzulässig erklärt wurden.<sup>26</sup>

Art. 107 ZPO sieht eine Verteilung der Gerichtskosten nach Ermessen unter anderem dann vor, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war.<sup>27</sup> Diese Bestimmung ist bei Praxisänderungen anwendbar.<sup>28</sup> Damit ist allerdings noch wenig dazu ausgesagt, wie die Prozesskosten konkret zu verlegen sind.

Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die hauptsächlich im Rahmen des Straf- und Verwaltungsverfahrens entwickelt wurde, ist zunächst davon auszugehen, dass bei einer Praxisänderung keine Gerichtskosten aufzuerlegen sind. Dieser Auffassung scheint auch in der Lehre grundsätzlich kein Widerspruch zu erwachsen, wenn auch infrage gestellt wird, dass diese Rechtsprechung ohne Weiteres auf den Zivilprozess übertragen werden kann.<sup>29</sup> Bemängelt wird dagegen, dass der nun obsiegenden Partei keine Partei-

<sup>18</sup> BGE 80 II 247 E. 5, 255; BSK VVG-GRABER, Art. 72 N 69.

<sup>19</sup> Vgl. YAEL STRUB, Der Regress des Schadensversicherers de lege lata – de lege ferenda, Diss. Zürich/Basel/Genf 2011, 112.

<sup>20</sup> BGE 130 III 362 E. 5.1.

<sup>21</sup> Urteil des BGER 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018 E. 2.6: «Eine Auseinandersetzung mit der Lehre zur Auslegung dieser Norm [Art. 51 Abs. 2 OR] (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.»

<sup>22</sup> Vgl. CASANOVA (Fn. 2), 155 ff.

<sup>23</sup> Vgl. zu dieser Frage CHRISTOPH K. GRABER/GION CHRISTIAN CASANOVA, Zum Regress des Haftpflichtversicherers, in: Stephan Fuhrer/Christine Chappuis (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrecht / Droit de la responsabilité civile et des assurances, Liber Amicorum Roland Brehm, Bern 2012, 162 ff.

<sup>24</sup> Vgl. vorne Ziff. III.

<sup>25</sup> D.h. die Gerichtskosten und die Parteientschädigung, Art. 95 Abs. 1 ZPO.

<sup>26</sup> Urteil des BGER 4A\_291/2015 vom 3. Februar 2016 E. 4.3.2; BGE 140 IV 74 E. 4.2; 122 I 57 E. 3d; 119 Ib 412 E. 3.

<sup>27</sup> Art. 107 Abs. 1 lit. b. ZPO.

<sup>28</sup> Urteil des BGER 4A\_291/2015 vom 3. Februar 2016 E. 4.3.2; 5A\_195/2013 vom 9. Juli 2013 E. 3.2.1.

<sup>29</sup> Vgl. BK ZPO I-STERCHI, Art. 107 N 7.

entschädigung zugesprochen werden soll.<sup>30</sup> Für diese Konstellation wird teilweise vorgeschlagen, eine Parteientschädigung zulasten des Kantons zuzusprechen.<sup>31</sup> Eine höchstrichterliche Klärung der Frage ist – soweit ersichtlich – ausstehend.

### B. In Rechtskraft erwachsene Urteile

Ist ein Verfahren bereits rechtskräftig abgeschlossen, hat die Praxisänderung keine Auswirkungen mehr. Art. 123 Abs. 2 lit. a BGG sieht zwar für Zivilverfahren die Möglichkeit einer Revision vor. Eine Praxisänderung bildet allerdings keinen Revisionsgrund.<sup>32</sup> Die gleiche Auffassung wird unter der ZPO im Zusammenhang mit der Revision gemäss Art. 328 Abs. 1 lit. a vertreten.<sup>33</sup> Die Geltendmachung von Regressansprüchen aus bereits abgeschlossene Verfahren ist damit nicht länger möglich.

### VI. Fazit

Das Bundesgericht hat mit seinem Entscheid vom 7. Mai 2018 Bewegung in die erstarrte Regressordnung gebracht. Der vorliegende Beitrag spricht nur einige Fragen an, die dem Bundesgericht wohl in Zukunft zur Klärung zugeführt werden. Die Herauslösung des Versicherers aus der Haftungsordnung ist allerdings kein Allheilmittel für alle Widersprüche im Schweizer Regressrecht. Wünschenswert wäre, dass das Bundesgericht nicht bei seiner Anpassung des Versicherungsregresses stehen bliebe, sondern auch seine Praxis zur Haftungsordnung von Art. 51 OR einer kritischen Begutachtung und Neuordnung unterzöge.

<sup>30</sup> ADRIAN URWYLER/MYRIAM GRÜTTER, Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 107 ZPO N 3; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 107 N 5.

<sup>31</sup> Vgl. BK ZPO I-STERCHI, Art. 107 N 7, 27 (analoge Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO in gewissen Fällen). Festzuhalten ist allerdings, dass Art. 107 Abs. 2 ZPO im Grundsatz nur die Gerichtskosten erfasst, nicht die Parteikosten, vgl. BGE 140 III 385 E. 4.1.

<sup>32</sup> Urteil des BGer 9F\_7/2008 vom 9. September 2008 E. 2.2.

<sup>33</sup> BSK ZPO-HERZOG, Art. 328 N 49; DIETER FREIBURGHaus/SUSANNE AFHELDT, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 328 ZPO N 13.

## La relation entre le recours de l'assureur privé de dommages, le recours de l'assureur social et le recours de l'employeur

Ghislaine Frésard\*

### I. Introduction

Dans son arrêt 4A\_602/2017 du 7 mai 2018, destiné à la publication, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence<sup>1</sup> sur les conditions du recours de l'assureur privé de dommages. Il retient que l'assureur privé de dommages est subrogé aux droits du lésé contre le responsable causal du préjudice pour l'indemnité payée à l'ayant droit, au motif que le responsable a commis un acte illicite au sens de l'art. 72 al. 1 LCA. Il entend ainsi explicitement traiter l'assureur privé de dommages de la même manière que les assureurs sociaux. Abandonnant une jurisprudence vieille d'un siècle, il considère que l'art. 51 al. 2 CO régissant le recours interne entre personnes répondant en vertu de causes juridiques différentes ne trouve plus application.

Cet arrêt laisse diverses questions ouvertes, qui sont abordées par ce Forum. L'une de ces questions est celle de *la relation entre le recours de l'assureur privé de dommages avec celui des assureurs sociaux*. Cette question en entraîne une autre, également irrésolue: *Celle de la relation entre ces recours et celui de l'employeur tenu de verser le salaire en cas d'empêchement de travailler dû à un accident, en vertu de l'art. 324a CO*<sup>2</sup>.

C'est l'objet de cette contribution.

### II. La nature des recours

#### A. Les notions

Le recours de l'assureur social et le recours de l'assureur privé de dommages sont tous deux compris comme le droit d'obtenir le remboursement des prestations d'assurance de la part de la personne tenue à réparation du dommage. En quelque sorte l'assureur paie à titre d'avance sur recours. Pour désigner la faculté de l'assureur de recouvrer tout ou partie du paiement,

\* Docteure en droit, avocate, chargée de cours à l'Université de Fribourg.

<sup>1</sup> ATF 137 III 352; 80 II 247.

<sup>2</sup> ATF 126 III 645 consid. 2.