

Relativierung der Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR

Bundesgerichtsurteil 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018

Mit Bemerkungen von Thomas Grob und Hans Caspar von der Crone*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
 - 1. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 3. Juli 2017
 - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 12. Juli 2018
- III. Bemerkungen
 - 1. Regresskaskade nach Art. 51 Abs. 2 OR
 - 2. Rechtsprechung und Lehre
 - 3. Neuordnung der Kaskade
- IV. Schlussbemerkungen

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die Arbeitgeberin des Geschädigten war damit beauftragt, Kanalisationsleitungen und Schächte in einer Hauptstrasse zu sanieren und abzudichten. Während der Arbeiten im Abwasserkontrollschacht erlitt der Geschädigte am 8. September 2004 Verbrennungen am Oberkörper, als sich an einer von ihm gerauchten Zigarette im Schacht befindliches Gas entzündete. Die Brandverletzungen heilten in der Folge gut ab, während die psychischen Folgen des Unfalls umstritten sind.

Daraufhin richteten die drei Klägerinnen bzw. Beschwerdeführerinnen entsprechende Leistungen aus bzw. werden noch solche ausgerichtet. Es handelt sich dabei um die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva), die Eidgenössische Invalidenversicherung (IV) und die Eidgenössische Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV). Ihrer Auffassung nach stammte das entzündete Gas aus einer lecken Gasleitung des Gaswerks, das bei der Versicherungsgesellschaft A. AG (Beklagte bzw. Beschwerdegegnerin) nach dem Rohrleitungsgesetz¹ obligatorisch haftpflichtversichert ist, womit diese für den Schaden des Geschädigten einzustehen habe.

Mit Klage vom 5. Juni 2014 machten die Sozialversicherungen beim Handelsgericht Zürich gegenüber der Beklagten Regressansprüche für die von ihnen an den Geschädigten ausgerichteten Sozialversi-

cherungsleistungen geltend und beantragten, die Beklagte sei zur Zahlung des ausgerichteten Betrags zu verpflichten. Das Handelsgericht schützte die Klage mit Urteil vom 4. April 2016 teilweise und verpflichtete die Beklagte zunächst zu einer Teilzahlung des eingeklagten Betrags an die Klägerinnen.² Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Dieses vereinigte die beiden Beschwerdeverfahren und hiess beide Beschwerden mit Urteil vom 15. Dezember 2016 teilweise gut und wies die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück.³ Das Handelsgericht Zürich fällte in der Folge ein neues Urteil und wies die Klage mit Urteil vom 3. Juli 2017 vollumfänglich ab.⁴ Hiergegen gelangten die Klägerinnen mit Beschwerde in Zivilsachen erneut ans Bundesgericht. Sie beantragten, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an das Handelsgericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde mit Urteil vom 12. Juli 2018 teilweise gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache ein zweites Mal an die Vorinstanz zurück für die weitere Beweisabnahme zu den medizinischen Folgen des Unfalls und der daraus resultierenden Arbeitsunfähigkeit.⁵

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 3. Juli 2017

Das Handelsgericht erwog im Rahmen des ersten Rückweisungsentscheids, dass die von der Beklagten zu tragende Haftungsquote 0% betrage.⁶ Die Arbeitgeberin hafte aus Vertrag, weil sie ihre Schutzpflichten gemäss Art. 328 OR und damit den Arbeitsvertrag verletzt habe, insbesondere wegen der mangelnden Durchsetzung eines Rauchverbotes im Abwasserkontrollschacht.⁷ Das Gaswerk hingegen hafte «bloss» aus dem Rohrleitungsgesetz, weil es kein zusätzliches Verschulden am eingetretenen Schaden treffe.⁸ Nach der gesetzlichen Regresskaskade hafte daher die Ar-

* MLaw Thomas Grob und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <www.rwi.uzh.ch/vdc>.

¹ Art. 33 ff. RLG (Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 4. Oktober 1963; SR 746.1).

² HGer ZH 140095-O vom 4. April 2016.

³ BGE 143 III 79.

⁴ HGer ZH 170033-O vom 3. Juli 2017.

⁵ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018.

⁶ HGer ZH 170033-O vom 3. Juli 2017, E. 9.8.

⁷ HGer ZH 170033-O vom 3. Juli 2017, E. 9.6.

⁸ HGer ZH 170033-O vom 3. Juli 2017, E. 9.7.

beitgeberin an zweiter und die Beklagte an dritter Stelle. Entsprechend sei die Haftungsquote im Innenverhältnis vollständig von der Arbeitgeberin zu tragen. Das Handelsgericht hielt sich damit strikt an die gesetzlich vorgesehene Haftungsverteilung in Art. 51 Abs. 2 OR. Es verwies in diesem Zusammenhang auf die wortlautgemässe Anwendung dieser Bestimmung durch das Bundesgericht in BGE 137 III 352, weshalb kein Anlass bestehe, von der Kaskade abzuweichen.⁹

2. Urteil des Bundesgerichts vom 12. Juli 2018

Das Bundesgericht verwarf die Ansicht der Vorinstanz, wonach die interne Zuteilung der Haftungsquote gestützt auf Art. 51 Abs. 2 OR vollständig zu Lasten der Arbeitgeberin gehe. Es erinnerte zunächst daran, dass es sich bei der Stufenfolge in Art. 51 Abs. 2 OR nur um eine Regelbestimmung handle, was sich bereits aus dem Wortlaut der Norm ergebe. Von dieser könne und müsse im Einzelfall abgewichen werden, wenn eine starre Anwendung dem Einzelfall nicht gerecht würde.¹⁰ Das Bundesgericht bekräftigte, dies sei immer Rechtsprechung gewesen, wenngleich in der Lehre darauf hingewiesen werde, dass von dieser Möglichkeit nur äusserst zurückhaltend Gebrauch gemacht wurde.¹¹

Das Bundesgericht hat darauf hingewiesen, dass es von seiner bisherigen Rechtsprechung hinsichtlich der Behandlung allfälliger Regressansprüche von Versicherungen gegen Kausalhaftpflichtige, auf die sich die Vorinstanz explizit bezog, in einem kürzlich ergangenen Entscheid vom 7. Mai 2018 abgewichen sei.¹² Art. 51 Abs. 2 OR sei entgegen der noch in BGE 137 III 352 vertretenen Auffassung nicht anwendbar, sondern es finde eine Subrogation nach Art. 72 VVG statt. Somit greife der alleinige Hinweis der Vorinstanz auf BGE 137 III 352 zu kurz, um ein Abweichen von der Stufenfolge auszuschliessen.¹³ Es fügte an, dass die Abstufung in Art. 51 Abs. 2 OR nicht allen denkbaren Fällen gerecht werden könne, weshalb im konkreten Fall berücksichtigt werden

müsse, welche Zwecke der Gesetzgeber mit dem Rohrleitungsgesetz verfolge.¹⁴

Dazu verwies das Bundesgericht zunächst auf die Ausführungen in der Botschaft zum Rohrleitungsgesetz zu den von Rohrleitungsanlagen ausgehenden Gefahren und der damit verbundenen Rechtfertigung einer Kausalhaftung. Laut Botschaft bestehe bei Gasleitungen die spezifische Gefahr von austretendem Gas, das mit der Umgebungsluft ein explosives Gemisch bilden und sich durch den geringsten äusseren Anlass entzünden könne.¹⁵ Es sei von entscheidender Bedeutung, so das Bundesgericht, dass der Gesetzgeber dieses den Rohrleitungsanlagen immanente Risiko als Regelfall ansah und die Kausalhaftung gerade mit Blick darauf eingeführt habe – unabhängig davon, ob das Risiko, das von Rohrleitungen ausgehe, wirklich so gross sei.¹⁶ Weiter verweist das Bundesgericht in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen in der Botschaft zu denjenigen Schäden, die nicht entstanden wären, wenn Dritte die nötige Vorsicht hätten walten lassen.¹⁷ So möge es der Rohrleitungsinhaber in diesen Fällen als hart empfinden, dass er auch dann haften solle, wenn der Schaden durch grobes Drittverschulden verursacht worden sei. In der Regel könne jedoch auf den Dritten, der den Schaden verursacht habe, Rückgriff genommen werden. In den Fällen, in denen dies nicht möglich sei – beispielsweise bei Sabotage durch einen Unbekannten – soll der Rohrleitungsbetreiber hingegen aus Billigkeitsgründen haften, damit nicht der schuldlose Geschädigte das Risiko zu tragen habe, leer auszugehen.¹⁸

Bezugnehmend auf den vorliegenden Sachverhalt erwog das Bundesgericht, dass sich zunächst die Frage nach einem Verschulden der Rohrleitungsbetreiberin stelle. Sofern sich das spezifische Risiko durch ein Verschulden der Betreiberin verwirkliche, bliebe es nämlich bei der Haftung der Betreiberin auch nach der Stufenregelung von Art. 51 Abs. 2

⁹ HGer ZH 170033-O vom 3. Juli 2017, E. 9.8.

¹⁰ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.1.

¹¹ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.3.

¹² BGer 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018.

¹³ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.2.

¹⁴ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.3.

¹⁵ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.3.1 unter Verweis auf die Botschaft des Bundesrats betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 28. September 1962, BBl 1962, 791 ff., 808.

¹⁶ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.5.

¹⁷ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.3.2.

¹⁸ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.3.2 unter Verweis auf BBl 1962, 791 ff., 820 (Fn. 15).

OR.¹⁹ Treffe sie jedoch kein Verschulden, hafte die Betreiberin erst in letzter Linie. Dabei kann es sich einerseits um Fälle handeln, in denen sich das typische Betriebsrisiko verwirkliche und wo Drittverschulden oder eine Vertragsverletzung Dritter keine Rolle spiele.²⁰ Andererseits handle es sich, sofern Drittverschulden relevant sei, regelmässig um Fälle, in denen von der Rohrleitungsanlage keine wesentliche Gefahr ausgegangen wäre, wenn sich der Dritte korrekt oder vertragsgemäss verhalten hätte. Es handle sich hierbei überwiegend um Fälle, in denen der Dritte näher am Schaden stehe als der Betreiber.²¹

Sodann erwoog das Bundesgericht, dass die Anwendung von Art. 51 Abs. 2 OR sowohl bei Absicht als auch bei grobfahrlässigem Handeln Dritter zu dem vom Gesetzgeber gewollten Ergebnis führe. In diesen Fällen sei es gerechtfertigt, wenn der Schaden nicht beim Rohrleitungsinhaber verbleibe. Dies decke sich wertungsmässig auch mit der Ausnahme in Art. 33 Abs. 2 RLG bei grobem Verschulden des Geschädigten und fehlendem Verschulden des Betreibers. Andernfalls würde ein Saboteur von der Risiko- neigung der Anlage profitieren, weil die Betriebsgefahr zwingend zu berücksichtigen wäre, was sich nicht rechtfertigen liesse.²²

Im vorliegenden Fall habe sich die typische Betriebsgefahr der Rohrleitungsanlage insoweit ohne Zutun der Arbeitgeberin verwirklicht, als Gas ausgetreten sei und mit der Umgebungsluft ein explosives Gemisch bildete, das sich durch den geringsten äusseren Anlass habe entzünden können. Das Gas habe sich jedoch nur deshalb entzündet, weil der Geschädigte im Stollen geraucht habe bzw. die Arbeitgeberin ihrer Pflicht zum Erlass eines Rauchverbots nicht nachgekommen sei. Das vertragswidrige Verhalten der Arbeitgeberin habe somit bloss die Auslösung der Gefahrsverwirklichung beeinflusst.²³ Einem solchen Zusammenspiel, so das Bundesgericht, trage die Stufenfolge in Art. 51 Abs. 2 OR gerade nicht Rechnung, da sie nicht dem vom Gesetzgeber vorgesehenen Regelfall entspreche. Aus diesen Gründen sei eine Abweichung von der Stufenfolge gerechtfertigt.²⁴ Bei der konkreten Festlegung der Haftungsquote berücksichtigte

das Bundesgericht das Zusammenspiel der Verwirklichung der typischen Betriebsgefahr mit der Pflichtverletzung der Arbeitgeberin. Es legte die interne Haftungsquote der Arbeitgeberin sowie der Beschwerdegegnerin bei je 50% fest.²⁵

III. Bemerkungen

1. Regresskaskade nach Art. 51 Abs. 2 OR

1.1 Funktionsweise von Art. 51 Abs. 2 OR

Wenn einem Gläubiger mehrere Ersatzpflichtige gegenüberstehen, gilt es zu klären, welchen Teil des Schadens die Verantwortlichen untereinander tragen müssen.²⁶ Solidarschuldner haften im Innenverhältnis prinzipiell nach dem in Art. 148 Abs. 1 OR festgehaltenen Grundsatz der Haftung nach Köpfen. Einige Bestimmungen erlauben es dem Gericht jedoch, von diesem Grundsatz abzuweichen.²⁷ Zu denken ist insbesondere an die allgemeinen Bestimmungen in Art. 50 Abs. 2 und 51 OR sowie die Sonderbestimmungen in Art. 759 Abs. 3 OR oder Art. 60 Abs. 2 SVG.

In welchem Umfang mehrere Haftpflichtige, die aus verschiedenen Rechtsgründen haften, Rückgriff gegeneinander nehmen können, bestimmt sich durch richterliches Ermessen (Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR). Massgebendes Kriterium für die Ausübung des Ermessens ist dabei die Schwere des Verschuldens der Ersatzpflichtigen.²⁸ Art. 51 Abs. 2 OR formuliert jedoch bedeutsame Richtlinien für die Ausübung des richterlichen Ermessens. Diese als Regress- oder Kaskadenordnung bezeichnete gesetzliche Stufenordnung gibt vor, wer im internen Verhältnis den Schaden hierarchisch in welcher Reihenfolge zu tragen hat.²⁹ Dazu werden drei Kategorien gebildet, die einander in der vom Gesetz vorgegebenen

¹⁹ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.4.1.

²⁰ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.4.1.

²¹ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.4.2.

²² BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.5.

²³ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.5.1.

²⁴ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.5.2.

²⁵ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.5.3.

²⁶ Yael Strub, Der Regress des Schadensversicherers de lege lata – de lege ferenda, Diss. Zürich 2010, 27.

²⁷ Christoph K. Graber, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 3 zu Art. 148.

²⁸ BSK OR I-Graber (Fn. 27), N 25 zu Art. 50.

²⁹ Heinz Rey/Isabelle Wildhaber, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018, N 1750 f.

Reihenfolge ausschliessen.³⁰ In erster Linie soll derjenige den Schaden tragen, der ihn durch eine unerlaubte Handlung (Art. 41 ff. OR) schuldhaft verursacht hat. In zweiter Linie haftet der aus Vertrag Ersatzpflichtige. Es handelt sich dabei insbesondere um die Haftungstatbestände für Vertragsverletzungen (z.B. Art. 97 f., Art. 259e, Art. 321e OR etc.).³¹ Schädiger der zweiten Gruppe können auf jene der ersten Gruppen Rückgriff nehmen. Unter gewissen Voraussetzungen ist auch der Rückgriff auf andere aus Vertrag Haftende möglich. Auf Schädiger der nachgeordneten dritten Gruppe kann hingegen nicht regressiert werden. Zu dieser letzten Gruppe zählen die Kausalhaftenden.³² Dazu zählt die Rechtsprechung neben den einfachen Kausalhaftungen (z.B. Art. 55, 56, 58 OR; Art. 333, 679 ZGB) auch die in Spezialgesetzen geregelten Gefährdungshaftungen.³³ Stehen Ansprüche aus einfacher Kausalhaftung zu solchen aus Gefährdungshaftung in Konkurrenz, werden die Unterschiede nach richterlichem Ermessen berücksichtigt.³⁴ Schädiger einer nachgeordneten Gruppe können somit gemäss Art. 51 Abs. 2 OR in vollem Umfang auf jene einer vorgeordneten Gruppe Rückgriff nehmen, nicht jedoch umgekehrt.³⁵ Diese Konzeption der Regresskaskade in Art. 51 Abs. 2 OR orientiert sich am Verschuldensprinzip.³⁶ Diese Rangfolge kann im Innenverhältnis unter den solidarisch Haftpflichtigen zu einer in der Lehre kritisierten «Alles-oder-nichts-Verteilung» des Schadens führen.³⁷ Die fragliche Bestimmung in Art. 51 Abs. 2 OR ist indes über den Anwendungsbereich des OR hinaus von Bedeutung, da verschiedene Spezialgesetze auf diese

Regelung verweisen oder die Bestimmung übernehmen.³⁸

Entscheidend für das Verständnis der in der Regresskaskade von Art. 51 Abs. 2 OR enthaltenen gesetzgeberischen Wertung der verschiedenen Haftungsgründe ist der Entstehungskontext der Bestimmung. Diese Wertung beruht auf dem «Leiterhakenfall»³⁹, einem als unbillig empfundenen Urteil: Dort beauftragte ein Hauseigentümer einen Dachdecker mit der Reparatur seines Turmdachs. Ein zu diesem Zweck beigezogener Arbeiter des Dachdeckers stürzte wegen eines nicht ordnungsgemäss befestigten Leiterhakens und verunfallte tödlich. Der Dachdecker hatte seine Arbeiter gegen Unfall versichert. Die Unfallversicherung verweigerte die Zahlung an die Witwe unter Hinweis auf die Haftung des Hauseigentümers, worauf diese sich unter Geltendmachung eines Werkmangels an den Werkeigentümer hielt. In der Folge entging die Unfallversicherung ihrer Zahlungspflicht. Hierauf reagierte der damalige Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 51 Abs. 2 OR und der Schaffung der Regresskaskade.⁴⁰ Damit sollte in erster Linie den Versicherern die Regressmöglichkeit auf Kausalhaftpflichtige entzogen werden, um einen Ausgleich für die im Entscheid als zu weit empfundene Werkeigentümerhaftung zu schaffen. Nach damaliger Ansicht sollten Schäden nicht auf Ersatzpflichtige abgewälzt werden können, die ohne eigenes Verschulden haften, während die Versicherer selbst die Schadensmöglichkeiten in ihre Prämien einkalkulieren und sich so ein Stück weit auf künftige Schäden vorbereiten können.⁴¹ Mit der Festsetzung der vorgehenden Haftung des aus Vertrag Haftenden beabsichtigte der Gesetzgeber damit gleichzeitig die Privilegierung von Kausalhaftpflichtigen, insb. des Werkeigentümers, wenn der Geschädigte über Versicherungsschutz verfügt.⁴² Das Verhältnis dieser Bestimmung zu Art. 72 VVG war seit Beginn umstritten und bildete Gegenstand verschiedener Diskussionen. Klar war jedoch immerhin bei Erlass von Art. 51 Abs. 2 OR, dass der Gesetz-

³⁰ Karl Otfinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, § 10 N 50.

³¹ Weitere Beispiele bei Strub (Fn. 26), 28.

³² Rey/Wildhaber (Fn. 29), N 1754.

³³ Roland Brehm, Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 4 –61 OR, 4. Aufl., Bern 2013, N 74 f. zu Art. 51; Pierre Widmer, Ethos und Adäquanz der Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR, in: Festschrift Assista 1968–1978, Genf 1979, 281.

³⁴ Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013, § 11 N 39.

³⁵ Ingeborg Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 88.32.

³⁶ In der älteren Rechtssprache Culpaprinzip; vgl. Strub (Fn. 26), 36; Otfinger/Stark (Fn. 30), § 1 N 102.

³⁷ Vgl. Otfinger/Stark (Fn. 30), §10 N 54.

³⁸ BK OR-Brehm (Fn. 33), N 12 zu Art. 51 mit Beispielen.

³⁹ BGE 35 II 238.

⁴⁰ Zur Entstehungsgeschichte eingehend Widmer (Fn. 33), 275 ff.

⁴¹ Vgl. dazu BGE 80 II 247, E. 5; 63 II 143, E. 7; 47 II 408, E. 4.

⁴² BGE 45 II 638, E. 4; Vincent Perritaz, Le concours d'actions et la solidarité, Diss. Fribourg 2017, 178.

geber die Regressmöglichkeit der Versicherer auf Kausalhaftpflichtige einschränken wollte.⁴³

1.2 Rechtsvergleichende Betrachtung: Deutschland

Das Pendant zur Solidarschuldnerschaft bildet in Deutschland die sog. Gesamtschuldnerschaft nach § 421 ff. BGB. Das Innenverhältnis der Gesamtschuldner ist in § 426 BGB geregelt. Untereinander sind die Ersatzpflichtigen zu gleichen Anteilen verpflichtet, «soweit nicht ein anderes bestimmt ist». Eine andere Verteilungsquote als jene zu gleichen Teilen kann sich aus Gesetz, Vertrag oder aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergeben.⁴⁴ Die Ausgleichung nach Kopfteilen ist somit eine Hilfsregel für den Fall, dass das Ausgleichsverhältnis nichts anderes vorsieht.⁴⁵ Gesetzliche Sonderregeln i.S.v § 426 BGB finden sich an verschiedenen Stellen.⁴⁶ So sieht das deutsche Recht in § 840 Abs. 2 und 3 BGB für die Haftung mehrerer aus unerlaubter Handlung eine Art Kaskadenordnung vor.⁴⁷ Diese Vorschriften beziehen sich jedoch auf spezifische Fallkonstellationen.⁴⁸ Daraus lässt sich insoweit keine verallgemeinerungsfähige Regel ableiten, wonach bei Zusammentreffen einer Kausal- und Verschuldenshaftung stets allein der aus Verschulden Haftende ersatzpflichtig sein soll. Vielmehr gilt der Grundsatz, wonach sich die Haftungsquoten im Innenverhältnis nach den Umständen der Schadenszufügung bemessen, insbesondere nach den Verschuldens- und den Verursachungsbeiträgen der einzelnen Ersatzpflichtigen.⁴⁹

Es kann somit festgehalten werden, dass das deutsche Recht keine Regresskaskade ähnlich derjenigen in Art. 51 Abs. 2 OR vorsieht. Es bietet daher

eine flexiblere, dem Einzelfall angepasste Lösung, die es erlaubt, die dem Einzelnen zuzurechnenden Verschuldens- und Verursachungsbeiträge zu berücksichtigen.⁵⁰

2. Rechtsprechung und Lehre

2.1 Bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts

Um die Tragweite des vorliegenden Urteils besser einschätzen zu können, gilt es, dieses vor dem Hintergrund der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis zur Regresskaskade sowie auch zur Regressposition der Versicherer innerhalb der Stufenordnung zu sehen.

Wie das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid festhält, ist es entsprechend dem Wortlaut der Bestimmung, der besagt, dass die vorgesehene Hierarchie «in der Regel» zum Tragen komme, «seit jeher davon ausgegangen», dass der Richter von der Stufenfolge nach Art. 51 Abs. 2 OR im Einzelfall abweichen könne.⁵¹ Dementsprechend liess das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung einerseits teilweise erkennen, dass es der Ausübung richterlichen Ermessens bei der internen Schadenszuteilung nicht grundsätzlich ablehnend gegenübersteht. In diesem Sinne führte es aus, [...] «*il faut se garder de tout schématisisme et résister à la tentation de définir in abstracto des critères de répartition qui imposeraient une rigidité que le législateur n'a pas prévue*». ⁵² Andererseits vertrat das Bundesgericht in anderen Entscheiden wiederum eine restriktivere Haltung, indem man grosse Umsicht walten lassen müsse, sofern man von der vorgegebenen Stufenordnung abweichen wolle: «*Il ne doit toutefois user de cette faculté qu'avec une grande circonspection et là seulement où la stricte application de cette disposition conduirait à des résultats tout à fait inéquitables.*»⁵³

Letztlich blieb es in der grossen Mehrheit der Fälle beim blossen Hinweis, dass von der Kaskade abgewichen werden könne; nur in ganz vereinzelt Fällen führten Billigkeitsüberlegungen zu einer Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles.⁵⁴ Zudem wurden diese wenigen abweichenden Entscheide

⁴³ Stephan Weber, Der Anfang vom Ende der Regresskaskade?, HAVE 2018, 357 ff., 358.

⁴⁴ Bernhard Kresse, in: Gsell Beate/Krüger Wolfgang/Lorenz Stephan (Hrsg.), Beck-online Grosskommentar zum Zivilrecht, München, Stand vom 1. Dezember 2018, N 49 zu § 426.

⁴⁵ Peter Bydlinski, in: Rixecker Roland/Säcker Franz Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 2016, N 14 zu § 426.

⁴⁶ Vgl. Bydlinski (Fn. 45), N 21 zu § 426.

⁴⁷ Oftinger/Stark (Fn. 30), § 10 N 55.

⁴⁸ Der erste Absatz betrifft das Verhältnis des Verrichtungsgelähften zum Prinzipal, im zweiten geht es um Tierhalter sowie Gebäudebesitzer, vgl. Bydlinski (Fn. 45), N 18 und 20 zu § 840.

⁴⁹ Bydlinski (Fn. 45), N 21 zu § 426.

⁵⁰ Vgl. auch Strub (Fn. 26), 45.

⁵¹ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.3.

⁵² BGE 116 II 649, E. 3a.

⁵³ BGE 76 II 392, E. 4.

⁵⁴ BK OR-Brehm (Fn. 33), N 80 zu Art. 51; Perritaz (Fn. 42), N 566 mit Verweis auf weitere Bundesgerichtsentscheide in Fn. 808.

nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht.⁵⁵ In der Lehre wird daher vertreten, dass das Bundesgericht die gesetzlich vorgesehene Regresskaskade in seiner bisherigen Rechtsprechung als ein fast absolut geltendes Prinzip behandelte.⁵⁶ Diese restriktive Haltung gründete überwiegend in der hohen Gewichtung des Aspekts der Rechtssicherheit sowie des historischen Willens des Gesetzgebers.⁵⁷ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Regresskaskade war damit bis anhin sehr schwankend, wenngleich die Haftungsquoten im Ergebnis in den allermeisten Fällen entsprechend der Kaskadenordnung zugeteilt wurden.⁵⁸

2.2 Kritik

Die in Art. 51 Abs. 2 OR verankerte Regresskaskade bildete verschiedentlich Gegenstand von Diskussionen in der Lehre. Insbesondere hinsichtlich der Intensität der Bindung des Richters an die Kaskade in Art. 51 Abs. 2 OR herrscht Uneinigkeit.⁵⁹

Vereinzelt stellen sich gewisse Autoren auf den Standpunkt, dass Abweichungen von der in Art. 51 Abs. 2 OR aufgestellten Kaskade, der Linie der bisherigen Rechtsprechung folgend, lediglich dann in Betracht zu ziehen seien, wenn andernfalls ein unbilliges Ergebnis drohe.⁶⁰ Der Gesetzestext sei eindeutig, weswegen Abweichungen die Ausnahme bilden sollen, auch weil die Abstufung in Art. 51 Abs. 2 OR ein «wohl abgewogenes ethisch fundiertes Prinzip» sei.⁶¹

Demgegenüber kritisiert der überwiegende Teil der Lehre die gesetzliche Konzeption von Art. 51 Abs. 2 OR sowie deren bisherige Anwendung in der

Rechtsprechung.⁶² Es wird vorgebracht, dass die Bestimmung nicht durchdacht sei und lediglich mit Blick auf einen Einzelfall ins OR von 1911 aufgenommen wurde.⁶³ Solche Fälle eignen sich jedoch nicht für gesetzgeberische Wertungsentscheide. Um es in den Worten von *Oliver Wendell Holmes Jr.* auszudrücken: «*Great cases like hard cases make bad law. For great cases are called great, not by reason of their importance [...] but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgement.*»⁶⁴ Darüber hinaus führe die Regresskaskade zu einer unsachlichen Privilegierung des Kausalhaftpflichtigen, weil dem Verschulden bei der Zuteilung der Haftungsquoten im Innenverhältnis zu viel Gewicht beigemessen werde: Die systematische Überwälzung des Schadens auf die Person, die aus Verschulden hafte, stehe im Gegensatz zur Entwicklung des Haftpflichtrechts, wonach das Verschuldensprinzip im Zuge der Zunahme der Kausalhaftungen an Bedeutung eingebüsst habe.⁶⁵ Die starke Betonung des Verschuldens beruhe auf der überholten Ansicht, wonach dieses das vorherrschende Haftungsprinzip darstelle und sei daher nicht mehr zeitgemäss.⁶⁶ Diesem komme nach wie vor eine wichtige Bedeutung zu, was jedoch nicht dazu führen dürfe, dass daraus faktisch der Ausschluss anderer Haftungsgründe resultiere und die Schwere des Verschuldens unberücksichtigt bleibe.⁶⁷ Gefordert wird deshalb, in der Konsequenz, ein flexiblerer Umgang mit der Bestimmung von Art. 51 Abs. 2 OR.⁶⁸ Die Kaskade sei als blosse Richtlinie zu verstehen, welche die Gerichte nicht binde. Zudem habe sich

⁵⁵ Dazu BK OR-Brehm (Fn. 33), N 80b zu Art. 51.

⁵⁶ Perritaz (Fn. 42), N 566.

⁵⁷ BGE 137 III 352, E. 4.6; Christoph K. Graber/Gion Christian Casanova, Zum Regress des Haftpflichtversicherers, in: Haftpflicht- und Versicherungsrecht / Droit de la responsabilité civile et des assurances, Liber Amicorum Roland Brehm, Bern 2012, 164; BK OR-Brehm (Fn. 33), N 80c zu Art. 51.

⁵⁸ Strub (Fn. 26), 39.

⁵⁹ Rey/Wildhaber (Fn. 29), N 1757.

⁶⁰ BK OR-Brehm (Fn. 33), N 80 zu Art. 51; Theo Guhl/Alfred Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 26 N 17.

⁶¹ Karl Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975, 352.

⁶² Unter anderem Gion Christian Casanova, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung, Diss. Zürich 2010, 155 ff.; Walter Fellmann/Andrea Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012, N 2935; Oftinger/Stark (Fn. 30), § 10 N 51; Rey/Wildhaber (Fn. 29), N 1757; Franz Werro/Vincent Perritaz, La remise en cause de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO, AJP 2018, 1179–1185, 1181 Fn. 19 m.w.H.

⁶³ Roland Schaer, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a.M. 1984, N 844.

⁶⁴ Northern Securities Co. vs. United States, 193 U.S. 197 [1904], dissenting opinion, Oliver Wendell Holmes Jr.

⁶⁵ Oftinger/Stark (Fn. 30), § 10 N 51; Fellmann/Kottmann (Fn. 62), N 2932 Fn. 5777 m.w.H.

⁶⁶ Casanova (Fn. 62), 156; Strub (Fn. 26), 36.

⁶⁷ Strub (Fn. 26), 90.

⁶⁸ BK OR-Brehm (Fn. 33), N 80d.

der Gesetzgeber im SVG⁶⁹, das eigene Regressnormen beinhaltet, für eine ähnliche Lösung entschieden.⁷⁰ Dort wird das Verschulden ebenfalls stark gewichtet. So hat auch unter Motorfahrzeughaltern in erster Linie derjenige den Schaden zu tragen, der ihn schuldhaft verursacht hat (vgl. Art. 60 Abs. 2 SVG). Der Richter hat jedoch im Gegensatz zu Art. 51 Abs. 2 OR die «besonderen Umstände», namentlich die Betriebsgefahren, zu würdigen, die eine andere Verteilung rechtfertigen (Art. 60 Abs. 2 und 61 SVG). Er kann und soll damit sein Ermessen i.S.v. Art. 4 ZGB nutzen, um eine einzelfallgerechte Lösung zu finden.⁷¹

2.3 Relativierungstendenzen

In der jüngeren Vergangenheit haben sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichts Tendenzen feststellen lassen, die auf eine Relativierung der in Art. 51 Abs. 2 OR enthaltenen Stufenordnung schliessen lassen.

Mit Urteil vom 7. Mai 2018 hat das Bundesgericht eine bedeutsame Änderung seiner Rechtsprechungspraxis zum Regress des Privatversicherers begründet, die sich auch auf das Verständnis und die Anwendung der Regresskaskade auswirkt.⁷² Das Bundesgericht hat mit dieser Entscheidung, anders als noch in BGE 137 III 352, den Rückgriff des Privatversicherers ausgeweitet. Ungeachtet des vorgesehenen integralen Regressrechts des Schadenversicherers, das im Rahmen der Teilrevision des VVG in Art. 95c Abs. 2 E-VVG neu verankert werden dürfte⁷³, hat es das Bundesgericht vorweggenommen, den Schadenversicherer entgegen langjähriger Praxis aus der Kaskadenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR herauszulösen.⁷⁴ Das Bundesgericht sah die Voraussetzungen für eine Praxisänderung als gegeben an und schloss sich damit der weit verbreiteten Kritik in der Lehre an, wonach der Versicherer zu Unrecht als Haftpflichtiger im Sinne von Art. 50 f. OR behandelt werde.⁷⁵ Gemäss Bun-

desgericht überzeuge es nicht, «den Haftpflichtigen in den Fällen zu privilegieren, in welchen die geschädigte Person zufälligerweise für Versicherungsschutz gesorgt hat». Zudem hat es eingestanden, dass dem Willen des historischen Gesetzgebers bis anhin zu viel Gewicht beigegeben wurde.⁷⁶ Das Bundesgericht hat deshalb entschieden, dass sich der Rückgriff des Versicherers ausschliesslich auf Art. 72 VVG stützt und nicht auf Art. 51 Abs. 2 OR. Die in Art. 72 VVG vorgesehene Beschränkung des Rückgriffs wird nunmehr durch eine weite Auslegung des Begriffs der unerlaubten Handlung aufgehoben.⁷⁷ Demnach erfasst die Subrogation der Schadenversicherer nach Art. 72 VVG neu auch Schadenersatzansprüche gegen Kausalhaftpflichtige.⁷⁸ Damit hat das Bundesgericht seine langjährige, berühmte Gini/Durlemann-Rechtsprechung aufgegeben.⁷⁹ Nach dieser konnte der Versicherer gem. Art. 72 VVG nur bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung i.S.v. Art. 41 OR Rückgriff nehmen. Gegen einen aus Vertrag oder Gesetz Haftenden war der Regress des Versicherers nur möglich, wenn der Schaden grob fahrlässig oder absichtlich verursacht wurde.⁸⁰

Aus diesem Urteil ergibt sich mitunter, dass die Regresskaskade in Art. 51 Abs. 2 OR nicht mehr anwendbar ist für den internen Rückgriff des Eigenschadenversicherers auf Kausalhaftpflichtige.⁸¹ Damit verfügen Privatversicherer nun, wie schon zuvor die Sozialversicherer in Art. 72 ATSG⁸², über ein integrales Regressrecht. Das Bundesgericht äusserte sich nicht zur Frage, ob im Zusammenhang mit der Herauslösung des Privatversicherers aus der Regresskaskade von Art. 51 Abs. 2 OR die Stufenordnung als solche ihre Geltung verliert, weil diese ja gerade mit Blick auf die Privatversicherer geschaffen wurde.⁸³ Es hielt explizit fest, dass eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Lehre zur Auslegung dieser Norm nicht

⁶⁹ Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 19. Dezember 1958; SR. 741.01.

⁷⁰ Beat Schönenberger, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Basel 2014, N 11 zu Art. 50/51.

⁷¹ Strub (Fn. 26), 33; Werro/Perritaz (Fn. 62), 1181 Fn. 14 m.w.H.

⁷² BGer 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018.

⁷³ BGer 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018, E. 2.5.

⁷⁴ Dazu Weber (Fn. 43), 356.

⁷⁵ BGer 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018, E. 2.4 und E. 2.5.

⁷⁶ BGer 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018, E. 2.5.

⁷⁷ Weber (Fn. 43), 358 f.

⁷⁸ Adrian Rothenberger, BGE 4A_602/2017 – Mauerfall im Regressrecht des VVG-Versicherers?, HAVE 2018, 324.

⁷⁹ BGE 80 II 247.

⁸⁰ Andreas Furrer/Raphael Brunner, Goodbye Gini-Durlemann, Jusletter 2. Juli 2018, 2.

⁸¹ Adrian Rothenberger, Bedeutung des Urteils 4A_602/2017 für die Privatassekuranz, HAVE 2018, 354 ff., 354.

⁸² Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, SR 830.1.

⁸³ Vgl. dazu III. 1.1.

erforderlich sei.⁸⁴ Die Herauslösung der Privatversicherer aus der Regresskaskade führt aber jedenfalls dazu, dass die Regresskaskade in Art. 51 Abs. 2 OR ihre ursprüngliche *raison d'être* weitgehend verloren hat. Der mit dem Erlass von Art. 51 Abs. 2 OR vom damaligen Gesetzgeber verfolgte Zweck, die Regressmöglichkeiten der Versicherer zugunsten der Kausalhaftenden zu beschränken, ist durch die Gewährung des integralen Regressrechts hinfällig geworden.⁸⁵

3. Neuordnung der Kaskade

3.1 Gewichtung des Verschuldens

Das Bundesgericht bestätigt im Entscheid, dass die Stufenregel des Art. 51 Abs. 2 OR nach wie vor und immer dann zur Anwendung gelangt, wenn der Schaden durch einen Dritten absichtlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wurde. In diesen Fällen führe die Kaskade in Art. 51 Abs. 2 OR zum vom Gesetzgeber gewünschten Ergebnis, weil die Verwirklichung des einer Kausalhaftung inhärenten Risikos massgeblich auf ein Drittverhalten zurückzuführen ist.⁸⁶ Diese Lösung erscheint berechtigt: Ein Drittverhalten, das den Kausalzusammenhang unterbricht, rechtfertigt die Nichtberücksichtigung einer anderen haftungsbegründenden Ursache geringerer Intensität.⁸⁷ Andernfalls, so zeigt es das Bundesgericht am Beispiel der Sabotage an einer besonders gefährlichen Anlage auf, drohen nicht zu rechtfertigende Ergebnisse.⁸⁸ Deshalb lehnt es das Bundesgericht bei Vorliegen eines schweren Verschuldens zu Recht ab, die dem Betrieb inhärente Gefahr zwingend mitzubersichtigen und den Betreiber ohne Blick auf die konkreten Umstände einen Teil des Schadens tragen zu lassen.⁸⁹

Anderes gilt, wenn das Verschulden unterhalb der Schwelle der groben Fahrlässigkeit liegt. Dann ist, sofern sich zusätzlich das spezifische Risiko des Kausalhaftenden verwirklicht, ein vollumfänglicher Rückgriff des Letzteren auf denjenigen, der aus Verschulden haftet, nicht gerechtfertigt. Das heisst, dass Ersatzpflichtige der ersten und zweiten Stufe der Regresskaskade, entgegen dem bisherigen «Alles-oder-nichts-Prinzip», auf den Ersatzpflichtigen der dritten

Stufe regressieren können, wenn Erstere kein schweres Verschulden trifft. Die konkrete Zuteilung der Haftungsquote erfolgt in diesen Fällen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und die Regresskaskade bleibt unbeachtlich. Damit relativiert das Bundesgericht das die Regresskaskade prägende und bis anhin zu stark gewichtet Verschuldensprinzip.⁹⁰

Wenngleich vom Bundesgericht nicht explizit erwähnt, lässt sich dieser Ansatz auf das Verhältnis zwischen dem aus Delikt und dem aus Vertrag Haftenden übertragen: Wo das Verschulden des Ersatzpflichtigen der ersten Stufe unter der Schwelle der groben Fahrlässigkeit liegt und ein weiterer Ersatzpflichtiger aus Vertrag einen Beitrag zum Schadenseintritt zu vertreten hat, kann Ersterer auf den in der Stufenfolge nachgeordneten Ersatzpflichtigen Rückgriff nehmen.⁹¹ Mit anderen Worten gilt, dass wenn kein schweres Verschulden gegeben ist, aus Billigkeitsgründen von der Stufenfolge in Art. 51 Abs. 2 OR abgewichen und die Zuteilung der Haftungsquoten anhand der Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls vorgenommen werden kann.

3.2 Richterliches Ermessen

Das Bundesgericht ebnet mit dem vorliegenden Urteil den Weg, bei der Zuteilung der Haftungsquoten den Umständen des Einzelfalles vermehrt Rechnung zu tragen und vom starren «Alles-oder-Nichts-Prinzip» abzuweichen, das zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann. Indem den aus Verschulden Haftenden mit der Kaskadenordnung der Regressweg gegen den aus Gesetz Haftenden abgeschnitten wird, würde sich eine Schadensverteilung ergeben, die dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft und wirtschaftlich wenig sinnvoll ist. Es ist daher nicht einzu sehen, wieso der auf der letzten Stufe der Kaskade Stehende vollständig von der Schadenstragung befreit werden sollte, obwohl sich das seinem Betrieb inhärente Risiko verwirklicht hat und eine Teilursache für den Schadenseintritt bildet, wenn gleichzeitig kein schweres Verschulden vorliegt. Dies würde auch den den Kausalhaftungen durch den Gesetzgeber verliehenen Wertungen widersprechen, wonach der Haftpflichtige gerade wegen der von ihm geschaffenen Risiken auch ohne Verschulden haften soll.

⁸⁴ BGer 4A_602/2017 vom 7. Mai 2018, E. 2.6.

⁸⁵ Vgl. BK OR-Brehm (Fn. 33), N 5a zu Art. 51.

⁸⁶ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.5.

⁸⁷ Oftinger/Stark (Fn. 30), § 10 N 65.

⁸⁸ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.3.2.

⁸⁹ BGer 4A_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 5.5.

⁹⁰ Werro/Perritaz (Fn. 62), 1184.

⁹¹ Werro/Perritaz (Fn. 62), 1184.

Eine flexible Anwendung der Regresskaskade ermöglicht daher eine sachgerechte Zuteilung der Haftungsquoten. Dem Richter wird so ein grösserer Ermessensspielraum eingeräumt, der es ihm erlaubt, den Umständen des Einzelfalls besser Rechnung zu tragen. Die Ausübung richterlichen Ermessens bei der Zuteilung der Haftungsquoten richtet sich dabei nach der Intensität des Haftungsgrundes, d.h. der Schwere des Verschuldens bzw. der Bedeutung der Betriebsgefahr.⁹² In diesem Rahmen gilt es, den Unterschieden zwischen Verschulden und Risiko anhand der konkreten Umstände gebührend Rechnung zu tragen. Dies ist sachgerechter als das bisherige Verständnis der Kaskadenordnung, wonach ein «klassisches» Verschulden aufgrund seiner individuellen Vorwerfbarkeit in der Regel schwerer wiegt als ein Organisationsmangel. Diese Perzeption ist aufgrund der Ausgestaltung der Kausalhaftungen ohnehin abzulehnen. Vielmehr ist vom Grundsatz der Gleichwertigkeit der Haftungen auszugehen.⁹³ So ist es zu begrüssen, dass das Bundesgericht für die Abgrenzung zwischen der Anwendung der Kaskade und einem richterlichen Ermessensentscheid auf die Schwere des Verschuldens abstellt.

3.3 Flexibilisierung der Rechtsprechung

Mit dem vorliegenden Entscheid kommt das Bundesgericht der in der Lehre geäusserten Forderung eines flexibleren Umgangs mit der Regresskaskade nach. Basierend auf Art. 51 Abs. 2 OR hat sich in der Vergangenheit eine Rechtsprechung entwickelt, die sich teilweise in überschüssiger Weise an der gesetzlich vorgegebenen Kaskade orientierte. Das Bundesgericht hat anerkannt, dass die Kaskade nicht für sämtliche Fälle zu befriedigenden Lösungen führt und es die Verhältnisse des Einzelfalles zu rechtfertigen vermögen, von Art. 51 Abs. 2 OR abzusehen. Eine flexible Anwendung der Kaskade steht dem Wortlaut von Art. 51 Abs. 2 OR nicht entgegen, da der Ausdruck «in der Regel» dies gerade zulässt. Problematisch wäre es, wenn die Zuteilung der Haftungsquoten anhand der Regresskaskade generell die Ausnahme und der

Entscheid nach Billigkeit zur Regel würde.⁹⁴ Mit einer derartigen Interpretation würde eine eigentliche Transformation einer gesetzlich vorgegebenen Regel in eine Ausnahme stattfinden, was der Rechtssicherheit abträglich wäre.⁹⁵ Das Bundesgericht zieht die Möglichkeit einer Abweichung von der «Regel» jedoch nur bei einem nicht schweren Verschulden in Betracht.⁹⁶ Diese Lösung ist im Einklang mit dem bestehenden Gesetzestext von Art. 51 Abs. 2 OR.

Beachtenswert ist, dass sich das Bundesgericht mit diesem flexiblen Ansatz der ursprünglich geplanten Anpassung der Bestimmung annähert, die im Vorentwurf zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts vorgesehen war.⁹⁷ Gemäss Art. 53c Abs. 1 VE-OR sollte der Schadenersatz «nach Massgabe aller Umstände» auf die beteiligten haftpflichtigen Personen verteilt werden, unter besonderer Berücksichtigung der Schwere des Verschuldens und der Intensität des charakteristischen Risikos. Vorgesehen war somit, dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum einzuräumen, der die umfassende Berücksichtigung des Einzelfalles zulässt. Die geplante Änderung stiess in der Vernehmlassung auf breite Zustimmung.⁹⁸ Wegen des fehlenden Grundkonsenses für eine Gesamtrevision fiel sie letztlich aber der Nichtweiterverfolgung der gesamten Vorlage zum Opfer.

IV. Schlussbemerkungen

Das vorliegende Urteil reiht sich ein in die Tendenz der jüngeren Rechtsprechung, die Kaskadenordnung zu relativieren und den Privatversicherern ein integrales Regressrecht zu gewähren. Damit trägt das Bundesgericht den oft geäusserten und berechtigten Bedenken in der Lehre Rechnung und lässt Raum für eine einzelfallgerechte Lösung.

Das Bundesgericht versagt der in Art. 51 Abs. 2 OR vorgegebenen Hierarchie die Anwendung nicht

⁹² KUKO OR-Schönenberger (Fn. 70), N 10 zu Art. 50/51; Weber (Fn. 43), 359.

⁹³ Casanova (Fn. 62), 156, Fn. 725; Fellmann/Kottmann (Fn. 62), N 2933.

⁹⁴ So wird u.a. vorgeschlagen, den Gesetzeswortlaut «in der Regel» so auszulegen, dass damit «hauptsächlich» gemeint sei, siehe *Oftinger/Stark* (Fn. 30), § 10 Rz. 66 f.

⁹⁵ BK OR-Brehm (Fn. 33), N 80d zu Art. 51.

⁹⁶ Siehe III. 3.1.

⁹⁷ Vgl. Art. 53c VE-OR, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ve-d.pdf>>.

⁹⁸ Vgl. die Voten in der Zusammenstellung der Vernehmlassungen, abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/810/Ergebnisse_d_f_i.pdf>.

gänzlich. Sofern einer der Ersatzpflichtigen den Schaden absichtlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat, ist für die Zuteilung der Haftungsquoten nach wie vor auf die vorgegebene Kaskade abzustellen. Erreicht das Verschulden diesen Schweregrad jedoch nicht, so hat der Richter die Zuteilung unter Würdigung aller Umstände vorzunehmen, insbesondere unter Berücksichtigung der Schwere des Verschuldens sowie der Bedeutung des Betriebsrisikos. Damit führt das bloße Vorliegen eines Verschuldens, anders als bisher, nicht mehr zu einem faktischen Ausschluss anderer Haftungsgründe. Das Bundesgericht korrigiert damit die nicht mehr zeitgemässe Konzeption einer überhöhten Bedeutung des Verschuldensprinzips.

Wagt man einen Blick in die Zukunft, so ist davon auszugehen, dass Versicherer ihr Regressmanage-

ment anpassen werden, weil sie die von ihren Kunden abgetretenen Ersatzansprüche künftig einfordern können werden, auch wenn sich der Anspruch gegen einen Kausalhaftpflichtigen richtet. Die andere Seite der Medaille ist, dass mit der Einführung des integralen Regressrechts für Versicherer nach Art. 72 VVG sowie der Aufweichung der Stufenfolge nach Art. 51 Abs. 2 OR nunmehr für Kausalhaftende ein erhöhtes Risiko der Schadenstragung besteht, wenn sich das spezifische Risiko zusätzlich zu einem nicht schweren Verschulden verwirklicht hat. Dies kann mit Blick auf aktuelle Entwicklungen unter anderem bedeutsam sein im Rahmen gewisser Digitalisierungsentwicklungen, beispielsweise für die Hersteller selbstfahrender Fahrzeuge.