

Gini/Durlemann: Bundesgericht ebnet Weg für Regresse von Transportversicherern

(Eine leicht gekürzte Version dieses Artikels wurde [hier](#) publiziert.)

Ein möglicherweise wegweisendes Bundesgerichtsurteil¹ deutet an, dass die berüchtigte Gini/Durlemann-Praxis allenfalls bald der Vergangenheit angehören könnte. Dies würde den Regress für Transportversicherungen in der Schweiz erheblich erleichtern. Endlich. Noch ist es aber zu früh, vollständige Entwarnung zu geben.

Hintergrund

Die Schweiz ist, was die Regressmöglichkeiten eines Versicherers anbelangt, ein Exot. Aufgrund der ominösen und seit über 60 Jahren vom Bundesgericht angewandten Gini/Durlemann-Praxis konnte ein Versicherer nur dann auf einen vertraglich haftenden Regress nehmen, wenn dieser vorsätzlich oder grobfahrlässig handelte. Bei einfachem Verschulden, also bei bloss fahrlässiger Vertragsverletzung, war dem Versicherer der Regress hingegen versperrt.

Im Ausland wurde teils sogar davon gesprochen, dass in der Schweiz Regresse «verboten» sei. Dies trifft zwar so nicht zu, doch ist die erhebliche Erschwerung von Regressen soweit ersichtlich tatsächlich weltweit einzigartig. Es soll nachfolgend kurz dargelegt werden, was Gini/Durlemann genau besagt und welche Bedeutung dem jüngsten Urteil des schweizerischen Bundesgerichts für die Transportbranche zukommt.

Die Entstehung von Gini/Durlemann

Die Bezeichnung Gini/Durlemann geht zurück auf die Parteibezeichnungen eines Bundesgerichtsurteils aus dem Jahre 1954.² In jenem Entscheid hatte ein Mitarbeiter eines Malerunternehmens bei Renovationsarbeiten ein Haus in Brand gesteckt. Den entstandenen Schaden bezahlte die Versicherung des Hauseigentümers, die in der Folge auf das Malerunternehmen und auf den ausführenden Handwerker Regress nehmen wollte. Das Bundesgericht lehnte den Regress auf das Malerunternehmen ab, und zwar mit folgender Begründung:

Zwar sagt Art. 72 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) in der Tat, dass bei Schadensversicherungen Ansprüche des Geschädigten gegen den aus unerlaubter Handlung haftenden in dem Umfang auf den Versicherer übergehen, als dieser Ersatz geleistet hat. Allerdings steht diese Regelung in einem gewissen Kontrast zur Regel von Art. 51 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR). Diese Regel besagt, wer letzten Endes einen Schaden zu tragen hat, wenn mehrere Haftpflichtige für den gleichen Schaden einzutreten haben. Es wird mit anderen Worten die interne Regressordnung zwischen verschiedenen Haftpflichtigen geregelt. Art. 51 OR begründet dabei eine Kaskade: In erster Linie soll der

¹ Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4A.602/2017 vom 7. Mai 2018.

² BGE 80 II 247.

Schaden am Schädiger haften bleiben, der ausservertraglich aus Verschulden haftet. Danach soll ein allfälliger vertraglich haftender den Schaden tragen. Erst zuletzt soll der Schaden an einer Person haften bleiben, die ohne Vertrag und ohne Verschulden haftet (Kausalhaftung).

Das Bundesgericht war damals der Ansicht, dass auch eine Versicherung eine Art Haftung sei, da eine Versicherung ja für einen fremden Schaden einzustehen habe. Wenn eine Versicherung aber eine Haftung ist, dann stellt sich die Frage, auf welcher Stufe diese Haftung im Rahmen von Art. 51 OR anzusiedeln sei. Das Bundesgericht entschied damals, dass eine Versicherung aus Vertrag, nämlich aus Versicherungsvertrag, hafte und somit streng genommen auf die gleiche Stufe wie auch jeder andere vertraglich haftende zu stellen sei. Dies sei aber nicht sachgerecht, da es ja gerade der Zweck der Versicherung sei, einen Schaden zu tragen, und da sie hierfür Prämien kassiere. Das Gericht kam deshalb zu einem salomonischen Entscheid: Eine Versicherung habe in der Regel *keinen* Regress auf einen (anderen) vertraglich haftenden; allerdings soll der Regress zugelassen werden, wenn dem (anderen) vertraglich haftenden ein qualifiziertes Verschulden, also Grobfahrlässigkeit vorgeworfen werden könne. Dann, aber nur dann, sei es angemessen, der Versicherung den Regress zuzugestehen.

Die so begründete Gini/Durlemann-Praxis überdauert nun schon 60 Jahre.

Die Bedeutung von Gini/Durlemann im Transportrecht

Beinahe jeder Transportschaden wird heute unter Bezug von Transportversicherungen erledigt. Reguliert die Transportversicherung den Schaden, indem Sie ihrem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt, so kann sie nur dann auf den Frachtführer Regress nehmen, wenn sie diesem Grobfahrlässigkeit vorzuwerfen vermag. Da die Schwelle hierzu eher hoch ist und da sich zudem Beweisfragen stellen können, haben viele Versicherer von vornherein auf Regresse in der Schweiz verzichtet.

Die Entwicklung von Gini/Durlemann

Die Gini/Durlemann-Praxis wurde schon seit Jahrzehnten von der Lehre scharf kritisiert. Dass auch die Versicherungsbranche diesem weltweit wohl einzigartigen Konstrukt nicht viel abgewinnen konnte, liegt auf der Hand. Dennoch hielt das Bundesgericht eisern an dieser Praxis fest.

Mit BGE 132 III 626, einem Entscheid aus dem Jahre 2006, wurde Gini/Durlemann zum ersten Mal leicht eingeschränkt: Wenn der Versicherungsvertrag ausländischem Recht unterstehe und auf den Transportvertrag nicht nationales, sondern Staatsvertragsrecht wie die CMR zur Anwendung komme, dann greife Gini/Durlemann nicht.

Im Jahre 2011 hielt das Bundesgericht in einem Entscheid sodann Bemerkenswertes fest.³ Das Bundesgericht anerkannte, dass die Praxis stark kritisiert werde und wollte dieser Kritik auch Rechnung tragen. Dennoch hob es die Gini/Durlemann-Praxis nicht auf. Zu jener Zeit stand eine Reform des schweizerischen VVG kurz bevor. Das revidierte VVG hätte der Gini/Durlemann-Praxis einen Riegel geschoben. Das Bundesgericht hielt hierzu fest, es sei

³ BGE 137 III 352 vom 7. Juni 2011.

nicht Sache des Bundesgerichts, Gesetzesrevisionen vorweg zu nehmen. Da das Problem sich durch die Gesetzesrevision von selber lösen würde, verzichtete das Bundesgericht auf eine Praxisänderung. Dummerweise scheiterte die Revision aber überraschend im Parlament. Nun steht aber eine erneute Revision an⁴ und auch dieser Revisionsvorschlag nimmt die an sich unbestrittene Abschaffung der Gini/Durlemann-Praxis auf.

Die Kombination aus beharrlicher Kritik aus der Lehre sowie dem klar erkennbaren politischen Willen, diese Praxis abzuschaffen, war der Nährboden für den jetzt ergangenen Entscheid.

Ist Gini/Durlemann nun abgeschafft?

Nein, noch nicht.

Das Bundesgericht hat im aktuellen Entscheid einem Versicherer den Regress gegen einen *kausal*/haftpflichtigen gestattet. Das Bundesgericht hat sich aber nicht dazu geäußert, ob diese Aufweichung der Gini/Durlemann-Praxis auch in Bezug auf *vertraglich* haftpflichtige gilt.

Art. 72 VVG regelt in der Tat nur den Regress des Versicherers auf *ausservertraglich* haftende. Der Regress auf *vertraglich* haftende ist von Art. 72 VVG nicht erfasst, sondern unterliegt ausschliesslich den Bestimmungen von Art. 51 OR.⁵ Da das Bundesgericht sich in seinem Entscheid ausschliesslich mit Art. 72 VVG befasste, muss klar festgehalten werden, dass der Entscheid nicht ohne Weiteres auf vertragliche Haftungen angewandt werden kann. Auch wenn gewisse Meinungen bereits das Ende der Gini/Durlemann-Praxis verkünden, ist es hierfür noch etwas früh.

Allerdings macht ein Punkt Mut: Das Bundesgericht hat sich zur Begründung seiner Praxisänderung explizit und massgeblich darauf abgestützt, dass der politische Wille zur Abschaffung der Gini/Durlemann-Praxis manifest sei und verweist auf den geplanten neuen Art. 95c VVG. Gemäss dieser neuen Bestimmung sollen Regresse auf sämtliche Haftpflichtige, also explizit auch auf vertraglich haftende zugelassen werden.⁶ Da es der explizite Gedanke des Bundesgerichts war, sich von dieser geplanten Revision leiten zu lassen, darf mit Fug und Recht davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht auch in einem Regress gegen einen vertraglich haftenden gleich entscheiden wird. Beschlossen oder entschieden ist dies aber noch nicht.

Zusammenfassung und Bedeutung für Transportversicherer

1. Das Bundesgericht hat in einem nicht transportrechtlichen Entscheid angedeutet, dass es die sog. Gini/Durlemann-Praxis demnächst komplett abschaffen könnte. Gewissheit besteht jedoch erst, wenn dann auch tatsächlich ein entsprechendes Urteil vorliegt, dass dies bestätigt.
2. Wird die Gini/Durlemann-Praxis abgeschafft, so würde dies bedeuten, dass Transportversicherer auch in der Schweiz nicht mehr beschränkt wären, wenn es um Regresse gegen schadensverursachende Frachtführer oder Spediteure geht.

⁴ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2017 (BBl 2017 5089).

⁵ BSK-Graber, 6. Auflage, Basel 2015, N 28 zu Art. 51 OR.

⁶ Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2017 (BBl 2017 5132).

3. Damit würde sich die Schweiz in diesem Punkt endlich dem internationalen Standard anpassen.

Für weitere Informationen kontaktieren Sie bitte [Stephan Erbe](#), Advokat, ThomannFischer, unter Tel. +41 61 226 24 24 oder erbe@thomannfischer.ch.