



Solidarität im Schadenersatzrecht

Insbesondere die Solidarität zwischen Haftpflichtigen

ALFRED KOLLER*

Die – passive (Art. 143 OR) – Solidarität ist ein zentrales Institut des Schadenersatzrechts. Nicht nur haften mehrere Haftpflichtige gegenüber dem Geschädigten regelmässig solidarisch (z.B. Art. 50 Abs. 1 OR, Art. 61 Abs. 3 SVG und Art. 66 LFG), auch besteht Solidarität zwischen mehreren Haftpflichtigen und einem regressberechtigten Sozialversicherungsträger (Art. 72 ATSG) sowie zwischen einem Haftpflichtigen und einem Schadensversicherer (z.B. Kaskoversicherer) des Geschädigten. Ist der Haftpflichtige gegen seine Haftpflicht versichert, besteht auch zwischen ihm und dem Haftpflichtversicherer Solidarität (s. zu allen vier Tatbeständen unten II.). Soweit Solidarität besteht, richtet sich die Rechtslage nach Art. 144–149 OR, allerdings mit zahlreichen sonderrechtlichen Abweichungen (s. allgemein unten I. und speziell mit Bezug auf die solidarische Haftung mehrerer gegenüber dem Geschädigten unten III.).

La solidarité – passive (art. 143 CO) – est un élément central du régime des dommages-intérêts. S'il est fréquent que plusieurs responsables répondent de manière solidaire envers le lésé (p. ex. art. 50 al. 1 CO, art. 61 al. 3 LCR et art. 66 LA), la solidarité existe aussi entre plusieurs responsables à l'égard d'un assureur social ayant un droit de recours (art. 72 LPG) ainsi qu'entre un responsable et l'assureur de dommages (p. ex. assurance casco) du lésé. Si le responsable dispose d'une assurance responsabilité civile, la solidarité existe aussi entre lui et son assureur responsabilité (sur ces quatre situations, voir le point II. ci-dessous). Dès lors qu'il y a solidarité, la situation juridique est régie par les art. 144 à 149 CO, avec néanmoins de nombreuses déclinaisons prévues par le droit spécial (cf. pour les généralités, le point I. ci-après, et pour ce qui concerne plus spécialement la responsabilité solidaire de plusieurs à l'égard du lésé, le point III. ci-après).

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung: Von der Solidarität im Allgemeinen
 - A. Begriff und Abgrenzungen
 - B. Entstehungsgründe
 - C. Das Verhältnis des Gläubigers zu den Solidarschuldnern (Aussenverhältnis)
 - D. Das Verhältnis der Solidarschuldner untereinander (Innenverhältnis)
- II. Solidarität im Schadenersatzrecht: Überblick
 - A. Solidarische Haftung mehrerer gegenüber dem Geschädigten
 - B. Solidarität zwischen einem Haftpflichtigen und einem Schadensversicherer des Geschädigten
 - C. Solidarität zwischen einem Haftpflichtigen und dessen Haftpflichtversicherer
 - D. Solidarität mehrerer Haftpflichtiger gegenüber einem regressberechtigten Sozialversicherungsträger
- III. Insbesondere die Solidarität zwischen mehreren Haftpflichtigen
 - A. Grundzüge der rechtlichen Regelung
 1. Das Verhältnis der Haftpflichtigen zum Geschädigten (Aussenverhältnis)
 2. Das Verhältnis der Haftpflichtigen unter sich (Innenverhältnis)
 - B. Ausgewählte Bundesgerichtspraxis

[1] Im Zentrum des vorliegenden Aufsatzes steht die solidarische Haftung von zwei oder mehreren Haftpflichtigen gegenüber dem Geschädigten (unten III.), überblicksweise wird jedoch auch auf weitere Tatbestände von Solida-

rität im Schadenersatzrecht eingegangen: die solidarische Haftung eines Haftpflichtigen mit seinem Haftpflichtversicherer, zwischen einem Haftpflichtigen und einem Schadensversicherer des Geschädigten sowie mehrerer Haftpflichtiger gegenüber einem regressberechtigten Sozialversicherungsträger (II.). Vorangestellt werden Bemerkungen zur Solidarität im Allgemeinen (I.). Dabei geht es allerdings nicht um eine umfassende Behandlung der Thematik, sondern lediglich um eine auf die späteren Ausführungen ausgerichtete kursorische Darstellung der massgeblichen Rechtsgrundlagen. Mit dem Ausdruck Solidarität ist im Übrigen vorstehend und im Folgenden immer die passive (Art. 143 ff. OR) gemeint, nicht die aktive (Art. 150 OR).

I. Einleitung: Von der Solidarität im Allgemeinen

A. Begriff und Abgrenzungen

[2] Die (passive) Solidarität ist eine von mehreren möglichen Schuldnermehrheiten. Sie kennzeichnet sich dadurch, dass der Gläubiger frei wählen kann, welchen der Schuldner er belangen will, und dass die Leistung des einen Schuldners auch die Schuld der andern tilgt (Art. 144 OR). Haben beispielsweise mehrere einen Schaden durch gemeinsames Verschulden verursacht, so haften sie solidarisch (Art. 50 Abs. 1 OR), weshalb der Geschädigte von jedem Einzelnen

* ALFRED KOLLER, Prof. em. Dr. iur., Mörschwil, Rechtsanwalt in St. Gallen.

Schadenersatz verlangen kann, aber nur bis zur vollständigen Schadensdeckung. Solidarität im umschriebenen Sinne kann sich nicht nur – wie im gemachten Beispiel – auf teilbare Leistungen beziehen, sondern auch auf unteilbare (s. z.B. Art. 308 OR und Art. 603 Abs. 1 ZGB).

[3] Nach Art. 308 OR haften bei gemeinschaftlicher Entlehnung einer Sache die mehreren Entlehner solidarisch. Jeder Einzelne kann somit vom Verleiher unabhängig von den andern auf Rückgabe belangt und allenfalls verklagt werden. Entsprechendes gilt – nach Art. 603 Abs. 1 ZGB – auch dort, wo mehrere Erben eine im Nachlass befindliche Sache schulden. Sie haften also solidarisch auf Rückgabe, obwohl sie an der Sache gesamthänderisch beteiligt sind und es daher «zur Ausübung des Eigentums und insbesondere zur Verfügung über die Sache des einstimmigen Beschlusses aller Gesamteigentümer [Erben]» bedarf (Art. 653 Abs. 2 ZGB). Solidarität ist hingegen ausgeschlossen, wo eine Leistung ihrer Art nach nur durch gemeinsames Zusammenwirken der mehreren Schuldner bewirkt werden kann, also etwa, wenn eine Musikkapelle sich zu einem Auftritt verpflichtet hat (gemeinschaftliche Schuld). Während im Erbenbeispiel der einzelne Erbe die Leistung (Rückgabe der Sache) – nach vorgängiger Einholung der Zustimmung seiner Miterben – eigenständig bewirken kann, trifft dies hier nicht zu, vielmehr kann jeder Schuldner (Musiker) nur einen Teil der Leistung erbringen und dieser Teil erhält zudem nur bei gleichzeitiger Leistung der Mitschuldner Erfüllungscharakter.¹

[4] Keine Solidarität liegt vor, wo einer von mehreren Schuldnern (bloss) subsidiär haftet, mag auch die Leistung des einen Schuldners die Schuld der andern ebenfalls tilgen. Daher sind Hauptschuldner und Bürge keine Solidarschuldner, ebenso wenig ein Garantiepflichtiger (Art. 111 OR) und der Dritte, dessen Leistung garantiert ist. Von der Solidarität zu trennen sind sodann kumulative und anteilmässige Schulden. Im ersten Fall haften die verschiedenen Schuldner je für die ganze Leistung, ohne dass die Leistung des einen Schuldners die anderen Schulden tilgt (z.B. Art. 96 VVG, dazu unten N 11). Der Gläubiger kann somit sein Leistungsinteresse – anders als bei der Solidarität – mehrfach befriedigen. Im zweiten Fall haben die mehreren Schuldner nur je einen Teil der dem Gläubiger insgesamt geschuldeten Leistung zu erbringen, weshalb die Leistung eines (Teil-)Schuldners die Schulden der Mitschuldner – anders als bei der Solidarität – unberührt lässt (Beispiel unten in N 24). Teilschulden dieser Art sind nur bei teilbaren Schulden denkbar und scheiden daher dort aus, wo die mehreren Schuldner gemeinschaftlich zu erfüllen haben und die Leistung des einzelnen erst durch das Zusammenwirken (gemeinsames Musizieren im Beispiel von oben N 3) Erfüllungscharakter bekommt,

nicht denkbar (vgl. BAG, 5 AZR 480/7, 24.4.1974, in: NJW 1974, 2255).

[5] Art. 144 Abs. 1 OR, wonach der Gläubiger «von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil *oder das Ganze* fordern [kann]» (Hervorhebung hinzugefügt), könnte zum Schluss verleiten, dass die Solidarschuldner begriffsnotwendig alle die ganze Leistung schulden, Teilsolidarität daher ausgeschlossen ist. Das trifft indes anerkanntermassen nicht zu (s. z.B. BGE 95 II 43, dazu unten N 70 ff.). Auch schliessen unterschiedliche *Schuldinhalte* Solidarität nicht aus, obwohl die Art. 143 ff. OR nach ihrem Wortlaut den gegenteiligen Eindruck erwecken. Allerdings regelt das Gesetz die besonderen Probleme, welche unterschiedliche Schuldinhalte und ein unterschiedlicher Leistungsumfang aufwerfen, nicht. Sie sind daher *modo legislatoris* zu lösen (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

[6] Wenn beispielsweise dem Besteller eines Bauwerks aus einem Werkmangel ein Nachbesserungsanspruch gegen den Unternehmer, der das Werk erstellt hat (Art. 368 OR), und ein Schadenersatzanspruch gegen einen von ihm beigezogenen Architekten (Art. 97 OR i.V.m. Art. 398 OR) zustehen, so haften die beiden Schuldner trotz der unterschiedlichen Schuldinhalte solidarisch; ist die Haftung des Unternehmers wegen Art. 369 OR – wie häufig – beschränkt, diejenige des Architekten – wie regelmässig – nicht, so liegt Teilsolidarität vor (s. beispielsweise N 78). In solchen Fällen stellen sich allerdings besondere, gesetzlich nicht geregelte Probleme.²

B. Entstehungsgründe

[7] Die Solidarität kann auf Vertrag, Gesetz oder ungeschriebenem Recht beruhen.

[8] 1. Wo sich mehrere Schuldner *vertraglich* zu einer Leistung gegenüber ein und demselben Gläubiger verpflichten, haften sie grundsätzlich nur solidarisch, wenn sie mit dem Gläubiger eine entsprechende Vereinbarung treffen (Art. 143 Abs. 1 OR). Eine Ausnahme gilt für unteilbare Leistungen; mit Bezug auf solche wird Solidarität (widerlegbar) vermutet (z.B. Art. 308 und 478 OR).³ Sieht man von diesem Tatbestand ab, muss der Gläubiger, wenn er das Vorliegen von Solidarität behauptet, eine entsprechende Vereinbarung nachweisen. Misslingt ihm dies, ist je nach Sachlage Teilschuldnerschaft (z.B. BGE 49 III 205 E. 4), Bürgschaft (BGE 66 II 26 ff., 29) oder eine sonstige Schuldnermehrheit anzunehmen.

¹ Vgl. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 42.06; HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR (zit. BK-BECKER), Art. 69 OR N 8.

² S. z.B. KOLLER (FN 1), N 75.49 f. und 75.105 f., sowie ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015, N 782 ff.

³ W.Hw. auf Vermutungen dieser Art bei PATRICK KRAUSKOPF, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 143–150 OR, Die Solidarität, Zürich 2016 (zit. ZK-KRAUSKOPF), Art. 143 OR N 90.

[9] Eine Solidaritätsvereinbarung hat den allgemeinen Gültigkeitsanforderungen für Verträge zu genügen. Eine zusätzliche Inhaltsschranke ist dort zu beachten, wo Solidarität zu Sicherungszwecken verabredet wird, also sich jemand zur Sicherung einer Schuld solidarisch verpflichtet. Nach BGE 129 III 702 ff., 710, soll diese Möglichkeit (kumulative Schuldübernahme) *nicht geschäftsgewandten* Personen nur zur Verfügung stehen, wenn sie an der Übernahme «ein unmittelbares und materielles Interesse» haben.⁴ BGE 129 III 702 wurde inzwischen mehrfach bestätigt (z.B. BGer, 4A_235/2012, 26.10.2012; 4A_312/2016, 25.8.2016; 4A_310/2015, 29.10.2015; 4A_624/2017, 8.5.2018).

[10] 2. Wo mehrere Schuldner *von Gesetzes wegen* ein und demselben Gläubiger zu einer Leistung verpflichtet sind, entscheidet das Gesetz, ob die Schuldner dem Gläubiger solidarisch oder in anderer Weise verpflichtet sind. Einzelne Bestimmungen ordnen Solidarität *ausdrücklich* an, andere nur *mittelbar*, indem sie z.B. eine Regressordnung aufstellen (eine solche setzt dort, wo von mehreren Schuldnern keiner subsidiär haftet, Solidarität voraus; bei anderen Schuldnermehrheiten wie der kumulativen Schuld oder der anteilmässigen Schuld stellen sich naturgemäss keine Regressprobleme). In die erste Kategorie gehören beispielsweise Art. 50 Abs. 1 und Art. 308 OR, in die zweite Art. 51 OR und Art. 95c Abs. 2 VVG.

[11] Art. 95c Abs. 2 VVG, der hier beispielshalber wiedergegeben sei, betrifft den Fall, dass für einen bestimmten Schaden nebst einem Haftpflichtigen ein privater Schadensversicherer des Geschädigten (z.B. ein Kaskoversicherer) einzustehen hat. Er sieht vor, dass der Versicherer im Zeitpunkt seiner Leistung in die Rechte des Versicherten eintritt. Bis dahin haftet er mit dem Haftpflichtigen solidarisch, weshalb es dem Geschädigten freisteht, welchen der beiden er belangen will (illustrativ BGE 114 II 342, dazu unten N 39). Die Solidarität ist zwar nicht ausdrücklich angeordnet, sie ergibt sich aber daraus, dass dem Versicherer ein Regressrecht eingeräumt ist. Träfe dies – wie bei einer Summenversicherung (Art. 96 VVG) – nicht zu, läge auch keine Solidarität vor, sondern eine kumulative Schuld, der Versicherte/Geschädigte könnte also zusätzlich zum Schadenersatz auch noch die Versicherungsleistung beanspruchen. Was im Einzelfall vorliegt, ist durch Auslegung des Versicherungsvertrags zu ermitteln.⁵ Es ist also jeweils zu prüfen, ob nach dem Parteiwillen die Versicherungsleistung unabhängig vom Scha-

denersatz erbracht werden soll (dann Summenversicherung) oder nicht (dann Schadensversicherung).

[12] Wo die Solidarität ausdrücklich angeordnet ist, liegt sog. *echte* Solidarität vor, sonst *unechte*⁶ (zur praktischen Bedeutung dieser Unterscheidung s. unten N 21, 29, 74).

[13] 3. Nach Art. 143 Abs. 2 OR entsteht Solidarität bei Fehlen einer einschlägigen vertraglichen Abrede «nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen» (Art. 143 Abs. 2 OR). Einschlägige Bestimmungen sind allerdings nach den allgemeinen Grundsätzen analogiefähig, so dass sie gegebenenfalls *kraft ungeschriebenen Rechts* (Art. 1 Abs. 2 ZGB) Anwendung finden (s. z.B. unten N 32). Überhaupt schliesst Art. 143 Abs. 2 OR die lückenfüllende Ergänzung des geschriebenen Rechts nicht aus, weshalb der Richter Gesetzeslücken nicht nur im Wege der Analogie, also durch Weiterentwicklung bestehenden Rechts, sondern auch durch Schaffung eigenständiger Regeln füllen kann.

C. Das Verhältnis des Gläubigers zu den Solidarschuldnern (Aussenverhältnis)

[14] Hinsichtlich der Rechtslage im Falle von Solidarität ist – entsprechend dem Gesetzesaufbau – zwischen dem Aussenverhältnis (Verhältnis zwischen dem Gläubiger und den einzelnen Schuldnern) und dem Innenverhältnis (Verhältnis zwischen den Schuldnern) zu unterscheiden. Das Aussenverhältnis ist durch das Wahlrecht des Gläubigers gemäss Art. 144 OR (dazu sogleich Ziff. 1) sowie den Grundsatz der Selbständigkeit der Verpflichtungen der Solidarschuldner (Ziff. 2) beherrscht.⁷ Das Innenverhältnis bleibt im Folgenden vorerst ausgeklammert (s. dazu unten I.D.):

[15] 1. Nach Art. 144 OR (dazu bereits oben N 2 und 5) kann der Gläubiger «nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern» (Abs. 1). Dieses Wahlrecht besteht so lange, «bis die ganze Forderung getilgt ist» (Abs. 2). Damit ist für den Gläubiger insbesondere der Vorteil verbunden, dass das Risiko der Insolvenz eines der Schuldner – anders als im Falle von Teilschuldnerschaft – nicht zu seinen Lasten, sondern zu Lasten der übrigen Schuldner geht. Erst wenn die Schuldner insgesamt nicht die ganze Schuld zu tilgen vermögen, erleidet der Gläubiger einen Verlust. Diese komfortable Rechtsstel-

⁴ Folgt man dem, so kann eine nicht geschäftsgewandte Person beispielsweise eine Mietzinsschuld mitübernehmen, wenn sie selbst Mieter wird, oder es kann jemand eine Darlehensschuld des Ehegatten mitübernehmen, wenn das Darlehen ehelichen Bedürfnissen dienen soll. Das blosses Interesse, einem Dritten zu einem Kredit zu verhelfen, reicht hingegen, da nicht materieller Natur, für eine wirksame kumulative Schuldübernahme nicht aus. BGE 129 III 702 wurde mehrfach besprochen (s. z.B. RUTH ARNET, AJP 2004, 883 ff., und SUSAN EMMENEGGER, Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft – vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen, ZBJV 2007, 561 ff., 575 ff.).

⁵ STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2. A., Zürich 2021, N 2.77, mit dem Hinweis, dass die Auslegung nicht selten zweifelhaft und strittig ist.

⁶ Praktisch wenige bedeutsame Präzisierung bei KOLLER (FN 1), N 75.40.

⁷ S. zum Folgenden ausführlich KOLLER (FN 1), N 75.44 ff.

lung des Gläubigers bezeichnet man⁸ als Paschastellung.⁹ Eine Einschränkung des Wahlrechts kann sich – ausnahmsweise – aus dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) ergeben (vgl. BGer, 4A_461/2018, 20.3.2019;¹⁰ BGH, VII ZR 171/61, 2.5.1963, in: NJW 1963, 1401).

[16] Art. 144 Abs. 1 OR wirkt sich u.a. dahin aus, dass der Gläubiger die verschiedenen Mitschuldner gleichzeitig auf Leistung verklagen kann, unter Umständen in ein und demselben Prozess (Art. 15 ZPO; vgl. z.B. BGE 93 II 311 E. 1; dazu N 76). Freilich kann er auch einzeln gegen sie vorgehen, es besteht zwischen ihnen also keine notwendige Streitgenossenschaft (Art. 70 ZPO), auch dort nicht, wo Gegenstand der Solidarschuld eine unteilbare Leistung ist (anders offenbar AppGer BS, BJM 2007, 28, E. 5). Obsiegt der Gläubiger im Prozess gegen einen der Mitschuldner, schliesst dies die Belangung eines anderen Solidarschuldners nicht aus; erst mit der vollständigen Befriedigung fällt dieses Recht dahin (vgl. unten N 77).¹¹ Die Paschastellung des Gläubigers hat ihren Niederschlag auch im Konkursrecht gefunden (Art. 216 und 217 SchKG).

[17] Art. 144 OR bezieht sich auf den – vorstehend unterstellten – Regelfall, dass alle Solidarschuldner dem Gläubiger auf das Ganze haften. Trifft dies für einen Mitschuldner nicht zu (Teilsolidarität), haftet er selbstverständlich nur im Umfang seiner Leistungspflicht. Erbringt in einem solchen Fall ein vollhafter Schuldner bloss eine Teilleistung, so fragt sich, ob diese auf den solidarisch geschuldeten Leistungsteil anzurechnen ist oder nicht. M.E. ist Letzteres anzunehmen (Art. 85 Abs. 2 OR analog).¹²

[18] 2. Der Grundsatz der Selbständigkeit der Verpflichtungen der Solidarschuldner ist nicht in allgemeiner Weise ausgesprochen, er hat jedoch seinen Niederschlag in mehreren Bestimmungen gefunden, insbesondere in Art. 145 Abs. 1,¹³ Art. 146 und Art. 147 Abs. 2 OR. Eine

wichtige Einschränkung findet sich im Verjährungsrecht (Art. 136 Abs. 1 OR). Einzelheiten:

[19] Nach Art. 145 Abs. 1 OR kann ein Solidarschuldner dem Gläubiger nur eigene Einreden¹⁴ entgegensetzen, nicht auch solche der Mitschuldner. Eigene Einreden sind freilich nicht nur die *persönlichen* Einreden (diejenigen, die «aus seinem persönlichen Verhältnisse zum Gläubiger» stammen, Art. 145 Abs. 1 OR), sondern auch jene, welche «aus dem gemeinsamen Entstehungsgrunde oder Inhalte der solidarischen Verbindlichkeit hervorgehen» (gleiche Bestimmung) und daher *allen* Solidarschuldnern zustehen.¹⁵ Mithin kann ein Solidarschuldner gegenüber einem Leistungsbegehren nicht nur einwenden, seine Schuld sei verjährt, sondern auch, es handle sich um eine Spielschuld und müsse daher von keinem der Mitschuldner erfüllt werden (Art. 513 OR). Nicht zulässig ist hingegen beispielsweise der Einwand, die Schuld *eines Mitschuldners* sei verjährt (s. demgegenüber Art. 502 OR betr. die Bürgschaft).¹⁶

[20] Nach Art. 146 OR kann ein Solidarschuldner, soweit es nicht anders bestimmt ist, die Lage der anderen durch persönliche Handlungen nicht erschweren (KGer VS, ZWR 1999, 212). Gemeint sind in Art. 146 OR vorab *rechtsgeschäftliche* Handlungen¹⁷. Daher geht beispielsweise ein Verzicht auf die Verjährungseinrede nicht auch zu Lasten der Mitschuldner, was in Art. 141 Abs. 2 OR noch ausdrücklich festgehalten ist.¹⁸ Art. 146 OR meint aber auch und vor allem *nicht rechtsgeschäftliches* Handeln. Insbesondere kann vertragswidriges Verhalten des einen Solidarschuldners – grundsätzlich – nicht auch den an-

⁸ Im Anschluss an PHILIPP HECK, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, 234 unten.

⁹ Art. 144 Abs. 1 OR ist allerdings dispositiv, also vertraglicher Abänderung zugänglich (KOLLER [FN 2], N 803 f., m.w.Nw.).

¹⁰ Hier war m.E. die Rechtsmissbrauchsgrenze entgegen der Auffassung des Bundesgerichts überschritten.

¹¹ Ein im Aussenverhältnis verklagter Solidarschuldner kann im gleichen Prozess Regressklage (Streitverkündungsklage) gegen die Mitschuldner erheben (Art. 81 f. ZPO; vgl. BGE 139 III 674 E. 2.4.3). S. zum Regressverhältnis nachstehend Ziff. I.D.

¹² KOLLER (FN 1), N 75.49, mit Beispiel in N 75.50. Ebenso BSK OR I-GRABER, Art. 144 N 7, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser); ZK-KRAUSKOPF (FN 3), Art. 147 OR N 16; a.A. z.B. ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3. A. Zürich 1974, 298 Fn 13.

¹³ Abs. 2 von Art. 145 OR betrifft entgegen der Gesetzessystematik nicht das Aussen-, sondern das Innenverhältnis. Zum Regelungsinhalt s. unten FN 15.

¹⁴ Darunter sind auch Einwendungen (zum Begriff KOLLER [FN 1], N 2.67) zu verstehen.

¹⁵ Der auf Leistung belangte Schuldner ist den Mitschuldnern gegenüber verpflichtet, eine allen gemeinsam zustehende Einrede geltend zu machen. Versäumt er dies schuldhaft, so wird er «den andern gegenüber verantwortlich» (Art. 145 Abs. 2 OR).

¹⁶ Ein Überblick über die persönlichen bzw. gemeinsamen Einreden findet sich bei KOLLER (FN 1), N 75.53 f.

¹⁷ THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, bearbeitet von ALFRED KOLLER (§§ 1–47), ANTON K. SCHNYDER (§§ 48–58) und JEAN NICOLAS DRUEY (§§ 59–89), § 6 N 19.

¹⁸ Dasselbe gilt nach Art. 141 Abs. 3 OR unter mehreren Schuldner einer unteilbaren Leistung, dies aber – unausgesprochen – nur für den Fall, dass die mehreren Schuldner solidarisch haften. Wo die Solidarität ausdrücklich angeordnet ist, wie z.B. in Art. 308 OR, kommt schon Art. 141 Abs. 2 OR zum Tragen und erübrigt sich der Rückgriff auf Art. 141 Abs. 3 OR. Angesprochen sind daher in dieser Bestimmung nur Fälle, in denen sich die Solidarität nur mittelbar aus dem Gesetz ergibt, etwa durch Aufstellen einer Regressordnung (s. z.B. Art. 70 OR). Art. 141 Abs. 3 OR sieht zudem vor, dass der Verzicht des Hauptschuldners nicht auch zu Lasten des Bürgen wirkt. Diese Regel betrifft also nicht die Solidarität.

dem entgegengehalten werden.¹⁹ Art. 146 OR bezieht sich zwar unmittelbar nur auf Schuldnerhandlungen, analog gilt er jedoch auch für *Gläubigerhandlungen*. Der Gläubiger kann also durch Handlungen gegenüber einem einzelnen Solidarschuldner die Rechtslage der übrigen grundsätzlich nicht erschweren (vgl. § 425 Abs. 2 BGB/DE).²⁰ Die wichtigste Ausnahme findet sich in Art. 136 Abs. 1 OR.

[21] Nach Art. 136 Abs. 1 OR wirken verjährungsunterbrechende Handlungen des Gläubigers (Art. 135 Ziff. 2 OR) gegen alle Solidarschuldner. Wenn daher der Gläubiger beispielsweise den einen Solidarschuldner betreibt, so ist die Verjährung auch gegenüber dessen Mitschuldnern unterbrochen. Für verjährungsunterbrechende Handlungen des *Schuldners* (Art. 135 Ziff. 1 OR) gilt Art. 136 Abs. 1 OR hingegen nicht.²¹ Art. 136 Abs. 1 OR erfährt sonderrechtlich gewisse Einschränkungen (z.B. Art. 593 und Art. 1071 Abs. 1 OR). Nach bundesgerichtlicher Ansicht soll er zudem nur bei echter Solidarität (N 12) zur Anwendung kommen, also dort, wo die Solidarität auf Vertrag beruht oder im Gesetz ausdrücklich angeordnet ist (BGE 127 III 257 E. 6a).²²

[22] Art. 147 Abs. 2 OR betrifft den Fall, dass ein Solidarschuldner ohne Befriedigung des Gläubigers befreit wird, also z.B. durch schenkungsweisen Schuldverlass. Er sieht vor, dass die Befreiung *grundsätzlich nicht auch zugunsten der anderen wirkt*. Vorbehalten sind Fälle, in denen «die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit» eine Befreiung aller rechtfertigen.²³

D. Das Verhältnis der Solidarschuldner untereinander (Innenverhältnis)

[23] Das Innenverhältnis zwischen den Solidarschuldnern ist – abgesehen von Sonderregeln und dem bedeutungsarmen Art. 145 Abs. 2 OR²⁴ – in Art. 148 und 149 sowie Art. 139 OR geregelt.

[24] 1. Nach Art. 148 OR hat jeder Solidarschuldner «von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung» den «gleichen Teil zu übernehmen» (Abs. 1). Hat einer «mehr als seinen Teil» geleistet, «so hat er für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner» (Abs. 2). «Was von einem Mitschuldner nicht erhältlich ist, haben die übrigen gleichmässig zu tragen» (Abs. 3). Aus der letzteren Regel ist der Satz abzuleiten, dass im Regressverhältnis keine Solidarität besteht, also nur anteilmässig regressiert werden kann.²⁵

[25] Abs. 1 von Art. 148 OR ist freilich dispositiv, was in der Bestimmung noch ausdrücklich gesagt ist. Zudem bestehen zahlreiche Sonderregeln, welche der Bestimmung vorgehen. Beispielsweise hat der Richter dort, wo mehrere aus gemeinsamem Verschulden solidarisch haften (Art. 50 Abs. 1 OR), nach seinem Ermessen über den Regressumfang zu entscheiden (Art. 50 Abs. 2 OR). Es haben sich also nicht notwendig alle Haftpflichtigen gleichmässig am Schaden zu beteiligen.

[26] Das Regressrecht aus Art. 148 OR besteht vermöge «der Solidarität an sich»²⁶, daher unabhängig von der Rechtsbeziehung, welche zwischen den Solidarschuldnern besteht, und demzufolge auch dann, wenn keinerlei Rechtsbeziehung gegeben ist, so beispielsweise in Fällen, in denen sich mehrere Personen unabhängig voneinander für die gleiche Schuld als Schuldmitübernehmer verpflichtet haben (vgl. Art. 497 Abs. 4 OR).²⁷ Es wird daher auch als originäres Regressrecht bezeichnet.

[27] 2. Soweit ein Regressrecht nach Art. 148 OR besteht, tritt der Zahlende in die Rechtsstellung des Gläubigers ein (Art. 149 Abs. 1 OR). Er hat dann ein doppeltes Regressrecht: dasjenige von Art. 148 OR und zusätzlich den Anspruch des Gläubigers. Wird der eine Anspruch beglichen, erlöschen beide. Es besteht also Anspruchskonkurrenz.²⁸ Nebst den Regressansprüchen aus Art. 148 und 149 OR

¹⁹ BK-BECKER (FN 1), Art. 146 OR N 1; Präzisierungen bei KOLLER (FN 1), N 75.144.

²⁰ Was für Schuldner- und Gläubigerhandlungen gilt, gilt auch für sonstige Umstände wie etwa Zahlungsunfähigkeit (Art. 83 OR) oder Bewusstseinszustände wie Arglist oder bösen Glauben. Solche Umstände haben also im Grundsatz immer nur Bedeutung für die einzelne Schuld bzw. den einzelnen Schuldner. Kann beispielsweise die Forderung gegen einen der Solidarschuldner aus objektiven Gründen vor keinem Gericht geltend gemacht werden, so wird mit Bezug auf diese Forderung die Verjährung gehemmt (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6 OR), nicht aber mit Bezug auf die Forderungen gegen die Mitschuldner (vgl. BK-BECKER [FN 1], Art. 136 OR N 2). Die Hemmung ergreift also immer nur die betroffene Forderung.

²¹ Im Zuge der am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen Revision des Verjährungsrechts wurde dies textuell klargestellt, nachdem unter dem alten, nicht ganz eindeutigen Wortlaut vom Bundesgericht die Gegenauffassung vertreten wurde (BGE 89 II 415 E. 2).

²² Die neuere Lehre (z.B. ZK-KRAUSKOPF [FN 3], Art. 143 OR N 154 ff.) teilt diese Auffassung m.E. zu Recht nicht (zu den Gründen s. KOLLER [FN 1], N 75.41).

²³ S. dazu KOLLER (FN 1), N 75.112 ff.

²⁴ Dazu oben FN 15.

²⁵ Eingehende Begründung bei HANS REICHEL, Regress unter Solidarschuldnern, ZSR 1917, 201 ff., 216. In Lehre und Rechtsprechung ist der besagte Satz allgemein anerkannt (z.B. BGE 103 II 137 E. 4; BRIGITTE KRATZ, Berner Kommentar zur schweizerischen Privatrecht, Solidarität, Art. 143–150 OR, Bern 2015, Art. 148 OR N 91, m.w.Nw.).

²⁶ ALBERT SCHNEIDER/HEINRICH FICK, Das schweizerische Obligationenrecht mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, Ausgabe in 2 Bänden, Zürich 1896, Art. 168 OR N 1.

²⁷ Ebenso z.B. ZK-KRAUSKOPF (FN 3), Art. 148/149 OR N 12.

²⁸ KOLLER (FN 1), N 2.118.

besteht oft noch ein weiterer (*dritter*) *Regressanspruch*, z.B. aus Auftragsrecht (Art. 402 Abs. 1 OR).²⁹ S. z.B. BGE 56 II 128, 132.

[28] In diesem Entscheid ging es – vereinfacht gesagt – um Folgendes: A und B, welche zum Betrieb eines Weingeschäfts eine Kollektivgesellschaft gegründet hatten, nahmen von X einen Kredit auf, welcher ausschliesslich dem Geschäft zu dienen bestimmt war. C verpflichtete sich mit A und B solidarisch (Schuldmitübernahme). Nachdem A das Darlehen zurückgezahlt hatte, verklagte er C auf anteilmässige Rückerstattung der Darlehenssumme. C bestritt seine Regresspflicht und bekam vor Bundesgericht Recht. Das Bundesgericht stellte fest, C habe sich im Auftrag von A und B und ohne eigenes Interesse am Darlehen beteiligt. Nach dem Parteiwillen sei daher die anteilmässige Haftung gemäss Art. 148 Abs. 1 OR wegbedungen. Es stellte darüber hinaus fest, dass C, hätte er seinerseits das Darlehen zurückgezahlt, einen (vollen) Erstattungsanspruch gehabt hätte, und zwar sowohl aus Art. 402 Abs. 1 OR als auch aus Art. 148 OR.

[29] Art. 148 OR findet unstreitig auf jede Art von Solidarität Anwendung, also sowohl bei echter als auch bei unechter. Weshalb es sich hinsichtlich Art. 149 Abs. 1 OR anders verhalten sollte, wie das Bundesgericht annimmt (BGE 127 III 257 E. 6c), ist nicht ersichtlich und trifft m.E. nicht zu (s. analog oben N 21).

[30] 3. Nach Art. 139 OR verjährt der Regressanspruch jenes Solidarschuldners, der den Gläubiger befriedigt hat, «mit Ablauf von drei Jahren vom Tage an gerechnet, an welchem er den Gläubiger befriedigt hat und den Mitschuldner kennt». Eine absolute Verjährungsfrist kennt die Bestimmung nicht. Das ist zweifellos kein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers, sondern eine bewusste Entscheidung gegen die früher – vor Erlass von Art. 139 OR – vom Bundesgericht vertretene gegenteilige Auffassung (BGE 133 III 6).³⁰ Art. 139 OR findet nicht nur auf das *originäre* Regressrecht von Art. 148 OR (und andere im OR geregelte originäre Regressrechte wie z.B. dasjenige von Art. 50 Abs. 2 OR) Anwendung, sondern auch auf das *derivative*, vom Gläubiger hergeleitete Regressrecht von Art. 149 Abs. 1 OR. Hier fragt sich jedoch, ob für den übergegangenen Anspruch die im Zeitpunkt des Übergangs laufende Verjährung weiterläuft und er demzufolge

einem doppelten Verjährungsregime (jenem von Art. 139 OR und jenem des übergegangenen Anspruchs) unterliegt. Nach der hier vertretenen Ansicht trifft dies nicht zu (dem Art. 139 OR ist m.E. abschliessende Geltung beizumessen, nachdem der Gesetzgeber trotz zweifellos vorhandenem Problembewusstsein keine entsprechende Regelung getroffen hat).³¹

II. Solidarität im Schadenersatzrecht: Überblick

[31] Wie bereits einleitend (oben N 1) bemerkt, hat die Solidarität im Schadenersatzrecht mehrere Anwendungsfelder. Diese werden im Folgenden (II.A. bis II.D.) überblicksweise dargestellt. Darauf wird die Solidarität zwischen mehreren Haftpflichtigen (Schadenersatzpflichtigen) in einem eigenen Abschnitt (III.) noch eingehender behandelt.

A. Solidarische Haftung mehrerer gegenüber dem Geschädigten

[32] Haben mehrere Haftpflichtige für denselben Schaden einzustehen, so haften sie grundsätzlich – nämlich unter Vorbehalt von Sonderrecht – solidarisch, *dies unabhängig vom Rechtsgrund der Haftung* (z.B. BGE 127 III 257 E. 4b/bb). In allgemeiner Weise ist dies freilich im Gesetz nicht vorgesehen, namentlich nicht im Allgemeinen Teil des OR, wo sich ein entsprechender Rechtssatz finden müsste. Vielmehr sieht der OR AT die Solidarität nur für zwei Fälle vor: wenn die verschiedenen Haftpflichtigen den Schaden gemeinsam verschuldet haben (Art. 50 Abs. 1 OR) oder wenn sie aus unterschiedlichen Rechtsgründen (z.B. Art. 41 und 97 OR) haften (Art. 51 OR). Diesen beiden Bestimmungen und zahlreichen weiteren Bestimmungen, welche Solidarität anordnen (z.B. Art. 61 Abs. 3 SVG, Art. 66 LFG, Art. 28 Abs. 1 lit. b und Art. 30 EleG), ist jedoch – im Wege der Gesamtanalogie³² – der fragliche allgemeine Rechtssatz zu entnehmen.

²⁹ Oder Geschäftsführung ohne Auftrag (INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Bern 2020, N 88.41).

³⁰ Im Ergebnis wie hier VINCENT PERRITAZ, *Les délais de l'action récursoire selon le nouveau droit de la prescription*, in: Franz Werro/Pascal Pichonnaz/Christine Chappuis (Hrsg.), *Le nouveau droit de la prescription*, Bern 2020, 85 ff., 92; a.A. ADRIAN ROTHENBERGER, *Die Verjährung des Regressanspruchs*, in: Walter Fellmann (Hrsg.), *Das neue Verjährungsrecht*, Bern 2019, 73 ff., 94; BSK OR I-DÄPPEN (FN 12), Art. 136 N 6; zweifelnd BSK OR I-GRABER (FN 12), Art. 51 N 36.

³¹ In der Lehre ist die Frage umstritten (NW. bei PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. A., Zürich 2020, N 3744 FN 88).

³² Bei der Gesamtanalogie wird mehreren gesetzlichen Bestimmungen, die an verschiedene Tatbestände dieselbe Rechtsfolge knüpfen, ein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen. Demgegenüber wird bei der Einzelanalogie die für einen Tatbestand gegebene Regel auf einen anderen, nicht geregelten, wertungsmässig aber gleich zu erachtenden Tatbestand übertragen (ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 6. A., Bern 2019, 232 ff.; ALFRED KOLLER, *Vertragslücken und deren Füllung*, AJP 2019, 1112 ff., 1113 FN 5).

[33] Art. 50 Abs. 1 OR ergänzt Art. 41 Abs. 1 OR in dem Sinne, als er bei gemeinsam verschuldeter unerlaubter Handlung Solidarität anordnet.³³ Alle präsuntiven Haftpflichtigen müssen widerrechtlich und schuldhaft gehandelt haben und überhaupt alle Haftungsvoraussetzungen von Art. 41 OR erfüllen,³⁴ lediglich das Kausalitätserfordernis ist – wie noch zu zeigen sein wird – teilweise eingeschränkt. Das gemeinsame Verschulden i.S.v. Art. 50 Abs. 1 OR ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Eine auf Schädigung gerichtete Verabredung ist nicht vorausgesetzt; selbst ein bewusstes Zusammenwirken ist nicht unbedingt erforderlich (vgl. BGE 57 II 417 [fahrlässige Gehilfenschaft], dazu unten N 69). Bloss eine gemeinsame Verursachung genügt aber – entgegen den romanischen Gesetzestexten – nicht, zumindest fahrlässiges Nichtwissen um das pflichtwidrige Verhalten eines andern ist erforderlich (BGE 127 III 257 E. 6a; 115 II 42 E. 1b). In diesem Sinne ist vorausgesetzt, aber auch genügend, dass sich die präsuntiven Haftpflichtigen darüber Rechenschaft geben müssen, dass ihr Verhalten geeignet ist, den nachher eingetretenen Schaden herbeizuführen (BGE 104 II 225 E. 4a).

[34] Art. 51 OR stellt für den Fall, dass mehrere für denselben Schaden aus unterschiedlichen Rechtsgründen («aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift») haften, eine Regressordnung auf. Daraus ist – gleich wie im Falle von Art. 95c Abs. 2 VVG (oben N 11) – zu schliessen, dass sie solidarisch haften. Solidarität greift also beispielsweise Platz, wenn jemand durch den Mangel eines Hauses geschädigt wird und für den Schaden nebst dem kausal haftpflichtigen (Art. 58 OR) Grundeigentümer noch der Hausabwart aus Verschulden (Art. 41 OR) haftet.

[35] Folgt man dem Gesagten, so ist Solidarität auch dann anzunehmen, wenn die Haftpflichtigen aus *demselben* Rechtsgrund (z.B. Art. 58 OR [BGE 117 II 50]) haften, ohne dass sie ein gemeinsames Verschulden i.S.v. Art. 50 Abs. 1 OR trifft und ohne dass die solidarische Haftung andernorts im Gesetz angeordnet ist (s. nebst dem bereits erwähnten BGE 117 II 50 noch etwa BGE 80 II 247 und 127 III 257). Das ist von erheblicher praktischer Tragweite, etwa in Fällen, in denen für den aus einem Werkmangel resultierenden Schaden sowohl der Werkunternehmer als auch der Architekt des Bestellers vertraglich einzustehen haben, der eine z.B. aus Art. 107 Abs. 2 OR (i.V.m. Art. 368 Abs. 2 OR), der andere aus Art. 97 OR.

[36] Liefert der Unternehmer ein mangelhaftes Werk ab, so ist er dem Besteller nach Massgabe von Art. 367 ff. OR gewährleistungspflichtig. Gegebenenfalls kann der Besteller die Mängelbeseitigung verlangen (Art. 368 Abs. 2 OR) und bei Weigerung des Unternehmers auf

die Nachbesserung verzichten (Art. 107 i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR) und die Mängel auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten beseitigen lassen (Art. 107 Abs. 2 OR). Hat der vom Besteller beigezogene Architekt den Mangel mitverschuldet, haftet er diesem – solidarisch mit dem Unternehmer – aus Art. 97 OR. Soweit allerdings das Verschulden des Architekten dem Bauherrn wie eigenes Verschulden zurechenbar ist, ist die Haftung des Unternehmers beschränkt (Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 101 und 369 OR), liegt also Teilsolidarität vor. Illustrativ BGE 95 II 43, dazu unten N 70 ff.

B. Solidarität zwischen einem Haftpflichtigen und einem Schadensversicherer des Geschädigten

[37] Bei der Behandlung der im Titel angesprochenen Thematik ist zu unterscheiden, ob es sich beim Schadensversicherer um einen privaten oder einen sozialen Versicherungsträger handelt.

[38] 1. Wenn für einen bestimmten Schaden nebst einem Haftpflichtigen ein *privater* Schadensversicherer (z.B. ein Kaskoversicherer) des Geschädigten aufzukommen hat, so haften beide solidarisch (illustrativ BGE 114 II 342, dazu unten N 39). Leistet – wie regelmässig – der Versicherer, kann er – nach Art. 95c Abs. 2 VVG – auf den Haftpflichtigen regressieren.³⁵ Wo dem Geschädigten mehrere – solidarisch – haftpflichtig sind, steht dem Versicherer nur ein anteilmässiges Regressrecht zu; die Solidarität im Aussenverhältnis (Verhältnis zwischen dem Geschädigten und den mehreren Haftpflichtigen) setzt sich also beim Regress – entsprechend dem aus Art. 148 Abs. 3 OR abgeleiteten allgemeinen Grundsatz – nicht fort (s. demgegenüber Art. 72 Abs. 2 ATSG, dazu unten Ziff. 2).

[39] BGE 114 II 342. Dieser Entscheid betraf folgenden Fall: Die X. SA hatte ein Auto für zehn Tage an T vermietet. Dessen Angestellter I verschuldete einen Totalschaden. Der X. SA, welche für das zerstörte Auto einen Kaskoversicherungsvertrag abgeschlossen hatte, stand gegenüber dem Kaskoversicherer ein Anspruch von CHF 6099 zu. Sie machte jedoch nicht diesen geltend, sondern belangte – gestützt auf Art. 101 OR – T auf Ersatz ihres Schadens von CHF 9965. Das erstinstanzliche Gericht sprach der X. SA lediglich CHF 3866 zu, weil es den Versicherungsanspruch vom Schadenersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsanrechnung in Abzug brachte. Das Bundesgericht hat demgegenüber festgestellt, dass der Versicherer und T – nach aArt. 72 VVG, der

³³ Art. 50 Abs. 1 OR findet analog auch im Rahmen der vertraglichen Verschuldenshaftung Anwendung (BGE 115 II 42 E. 1b). In der Lehre ist die Frage umstritten (bejahend KARL OFTINGER/EMIL STARK I, § 10 N 26, m.w.Nw.; a.A. PAUL LEMP, Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Bern 1939, 209 unten).

³⁴ Abweichend BSK OR I-GRABER (FN 12), Art. 50 N 8.

³⁵ Das Regressrecht erfasst allerdings nur sog. gleichartige Schadensposten (Art. 95c Abs. 2 VVG). Das ist das sog. Kongruenzprinzip. Ein weiteres wichtiges Prinzip besagt, dass der Versicherer nicht zum Nachteil des versicherten Geschädigten regressieren darf (nemo subrogat contra se; vgl. BGE 104 II 307 E. 9d–f betr. aArt. 72 VVG).

Vorgängerbestimmung von Art. 95c VVG – solidarisch hafteten. Damit vertrat sich die Anspruchskürzung nicht. Dementsprechend wurde die Klage vollumfänglich gutgeheissen.

[40] Keine Solidarität besteht – wie gesehen – dort, wo es sich beim Versicherer nicht um einen Schadens-, sondern um einen Summenversicherer handelt (Art. 96 VVG). In einem solchen Fall haften Versicherer und Haftpflichtiger kumulativ (oben N 11). Ob eine Versicherung schadenersetzende Funktion hat (Schadensversicherung) oder nicht (Summenversicherung), ist durch Auslegung des Versicherungsvertrages zu ermitteln (s. wiederum oben N 11).

[41] 2. Abweichendes gilt, wenn es sich beim Schadensversicherer um einen *sozialen* Versicherungsträger (z.B. IV, Suva) handelt. Zwar besteht auch in diesem Fall Solidarität, dies allerdings nur für eine sog. logische Sekunde. Denn der Schadenersatzanspruch des Geschädigten geht – abgesehen vom sog. Direktschaden – im Zeitpunkt des Schadensereignisses (und nicht im Zeitpunkt der Leistung wie im Falle von Art. 95c Abs. 2 VVG) auf den Sozialversicherungsträger über³⁶ (Art. 72 ATSG).³⁷ Der Geschädigte hat also faktisch nicht die Wahl, ob er den Versicherungsträger oder den Haftpflichtigen belangen will.

[42] Sind dem Geschädigten *mehrere* haftpflichtig geworden, und dies – wie regelmässig – solidarisch, so setzt sich die Solidarität im Regressverhältnis gegenüber dem Sozialversicherungsträger fort (Art. 72 Abs. 2 ATSG), d.h., die mehreren Haftpflichtigen haften dem Sozialversicherer – vorbehaltlich eines Regressprivilegs (Art. 75 ATSG) – wiederum solidarisch, und nicht – wie im Anwendungsbereich von Art. 148 Abs. 3 OR – anteilmässig. Eine definitive Schadensverteilung findet daher vorerst nicht statt, zu einer solchen kommt es vielmehr erst, wenn der vom Versicherungsträger belangte Haftpflichtige auf den (oder die) Mitschuldner Regress nimmt, z.B. nach Art. 51 OR.

[43] Das praktisch bedeutsamste Regressprivileg dürfte dasjenige von Art. 75 Abs. 2 ATSG sein. Danach kann auf einen Arbeitgeber, der einem Arbeitnehmer wegen Verletzung der ihm durch Art. 328 OR auferlegten Sorgfaltspflichten haftbar ist (Art. 97 OR), nicht regressiert werden, falls ihn ein bloss leichtes Verschulden trifft. Soweit einer der Haftpflichtigen nach Art. 75 ATSG regressprivilegiert ist, kommt das Privileg mittelbar auch dem nicht privilegierten Haftpflichtigen zugute,

indem dieser nur insoweit regresspflichtig ist, als er ohne das Privileg im internen Verhältnis zum Privilegierten den Schaden zu tragen hätte (grundlegend BGE 143 III 79 [dazu unten N 85], bestätigt in BGE 146 III 362).

C. Solidarität zwischen einem Haftpflichtigen und dessen Haftpflichtversicherer

[44] In den vorliegenden Kontext gehört des Weiteren der Fall, dass ein Haftpflichtiger für einen von ihm zu ersetzenden Schaden haftpflichtversichert ist. Wiederum besteht Solidarität, sodass der Geschädigte wählen kann, ob er den Haftpflichtigen oder dessen solidarisch ersatzpflichtigen Versicherer belangen will (s. z.B. Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG, Art. 65 Abs. 1 SVG).³⁸

[45] Wo nebst dem Haftpflichtigen/Versicherten und dessen Versicherer noch ein weiterer Dritter für den in Frage stehenden Schaden solidarisch haftet, ist der Versicherer gegenüber diesem Letzteren nach Erbringung der Versicherungsleistung in gleicher Weise regressberechtigt, wie es der Haftpflichtige/Versicherte bei eigener Zahlung wäre (vgl. BGE 116 II 645 E. 2). Ob und inwieweit also der Haftpflichtversicherer regressberechtigt ist, bestimmt sich ausschliesslich nach den Bestimmungen, die für den Regress des Haftpflichtigen/Versicherten bei eigener Zahlung massgeblich wären.^{39, 40}

D. Solidarität mehrerer Haftpflichtiger gegenüber einem regressberechtigten Sozialversicherungsträger

[46] Zu der im Titel angesprochenen Solidarität kann auf die obigen Ausführungen in N 41 ff. verwiesen werden. Wie dort ausgeführt, kann ein sozialer Schadensversicherer für die von ihm zu erbringenden oder bereits erbrachten Leistungen auf einen Dritten, der dem Versicherten/Geschädigten haftbar geworden ist, Regress nehmen. Sind dem Geschädigten mehrere solidarisch haftbar, so setzt sich die Solidarität im Regressverhältnis fort.

³⁶ Mit dem Direktschaden ist der Schaden gemeint, der vom Regressrecht des Sozialversicherungsträgers nicht erfasst ist und daher vom Geschädigten beim Haftpflichtigen geltend gemacht werden kann.

³⁷ Die oben in FN 35 erwähnten beiden Regressprinzipien gelten auch hier: Der Regress erfasst also nur sog. gleichartige Schadensposten (Art. 74 Abs. 1 SVG), und er darf sich nicht zum Nachteil des versicherten Geschädigten auswirken (Art. 73 Abs. 1 ATSG).

³⁸ S. Näheres bei IGNACIO MORENO/ROLF WENDELSPIESS, Der Regress im neuen VVG, HAVE 2021, 237 ff., 241.

³⁹ ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, 2. A., Bern 1997, 208 f.

⁴⁰ Sonderrechtlich ist teilweise Abweichendes vorgesehen (BSK OR I-GRABER [FN 12], Art. 51 N 27).

III. Insbesondere die Solidarität zwischen mehreren Haftpflichtigen

A. Grundzüge der rechtlichen Regelung

[47] Haben mehrere Haftpflichtige für denselben Schaden einzustehen, haften sie dem Geschädigten – wie gesehen – grundsätzlich solidarisch (oben N 32). Die Rechtslage in einem solchen Fall bestimmt sich nach Art. 144–149 OR, freilich mit sonderrechtlichen Einschränkungen, insbesondere betreffend das Regressverhältnis (Art. 50 und 51 OR, je Abs. 2). Bei den folgenden Präzisierungen wird – entsprechend der Gesetzeskonzeption – zwischen dem Aussenverhältnis (III.A.1.) und dem Innenverhältnis (III.A.2.) unterschieden. Einschlägige Bundesgerichtspraxis wird später gesondert behandelt (unten III.B.).

1. Das Verhältnis der Haftpflichtigen zum Geschädigten (Aussenverhältnis)

[48] Einschlägig sind die Art. 144–147 OR. Bei deren Anwendung auf die hier interessierende Solidarität zwischen Haftpflichtigen sind allerdings schadenersatzrechtliche Besonderheiten zu beachten:

[49] 1. Entgegen dem durch Art. 144 Abs. 1 OR erweckten Anschein haften die Mitschuldner nicht notwendigerweise auf Ersatz des ganzen Schadens und nicht notwendigerweise in demselben Umfang (s. oben N 5). Eine Haftungsreduktion kann sich sowohl aus den Grundsätzen der *Schadensberechnung* (N 50) als auch aus jenen der *Schadenersatzbemessung* (N 51) ergeben:

[50] a) Ein Haftpflichtiger, der einen Schaden nur teilweise verursacht hat, kann grundsätzlich – entsprechend den in Art. 145 Abs. 1 und Art. 146 OR ausgesprochenen Prinzipien – nicht für den gesamten Schaden solidarisch haftbar gemacht werden (vgl. BGE 127 III 257 E. 5). Eine Einschränkung macht Art. 50 Abs. 1 OR für Gehilfen. Diese haben – vorbehaltlich eines Reduktionsgrundes i.S.v. Art. 43 f. OR – für den gesamten Schaden einzustehen, wiewohl ihre Mitwirkung naturgemäss nie gesamtkausal ist.⁴¹ Diesem Umstand kommt erst im Regressverhältnis (Art. 50 Abs. 2 OR) Bedeutung zu (so der Sache nach BGer, 6B_1019/2009, 11.3.2010, E. 4; illustrativ BGE 57 II 417 E. 4, dazu unten N 69).

[51] b) Im Rahmen der Schadenersatzbemessung ist für jeden Haftpflichtigen gesondert zu prüfen, ob ein Reduktionsgrund i.S.v. Art. 43 Abs. 1 oder Art. 44 OR gegeben und inwieweit ihm allenfalls haftungsmindernd Rechnung zu tragen ist (vgl. wiederum Art. 145 Abs. 1 und Art. 146 OR).

Im Streitfall entscheidet darüber der Richter nach seinem Ermessen (Art. 43 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 4 ZGB). Dass er im Falle echter Solidarität (Art. 50 Abs. 1 OR) aus der Person eines *Haftpflichtigen* stammende Reduktionsgründe (z.B. Notlage-Abzug gemäss Art. 44 Abs. 2 OR) *generell* nicht berücksichtigen dürfte, wie in der Lehre teilweise angenommen wird, trifft nach der hier vertretenen Ansicht nicht zu und entspricht auch nicht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (illustrativ BGE 100 II 332, dazu unten N 62 ff.). Richtig ist hingegen, dass eine Haftungsreduktion wegen geringen Verschuldens (Art. 43 Abs. 1 OR) bei der Haftung aus Art. 50 Abs. 1 OR kaum je gerechtfertigt ist. Das ist aber keine Besonderheit der echten Solidarität, vielmehr gilt Entsprechendes auch bei der unechten (BGE 93 II 317 E. 2e). Unbestritten dürfte sein, dass aus der Person des *Geschädigten* stammende Reduktionsgründe unabhängig vom Entstehungsgrund der Solidarität beachtlich sind (illustrativ BGE 95 II 43 E. 4a [Selbstverschulden], dazu unten N 70 ff.).

[52] 2. Die *Modalitäten des Schadenersatzanspruchs* bestimmen sich für die einzelnen Haftpflichtigen grundsätzlich individuell. Die wichtigste Einschränkung betrifft die Verjährung, indem Unterbrechungshandlungen des Geschädigten (Art. 135 Ziff. 2 OR) gegenüber einem der Haftpflichtigen auch gegenüber den Mitschuldnern wirken (Art. 136 Abs. 1 OR). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (oben N 21) kommt Art. 136 Abs. 1 OR allerdings nur bei der echten Solidarität (Art. 50 Abs. 1 OR) zum Tragen (BGE 104 II 225 E. 4).

[53] In diesem Entscheid war folgender Sachverhalt zu beurteilen: In der Ausgabe vom 29. April 1969 der Tageszeitung «Der Oberthurgauer» wurde unter dem Titel «Heisser Bilderhandel am Bodensee» und dem Untertitel «Ein in X. wohnhafter deutscher Kunsthändler scheint Riesengewinne zu machen – Bringt die Staatsanwaltschaft in Frauenfeld Licht in dieses Geschäft?» ein Artikel veröffentlicht, der vom Journalisten W verfasst war. Beim fraglichen Kunsthändler handelte es sich um K. Dieser fühlte sich durch verschiedene im Artikel enthaltene Äusserungen in seiner Ehre verletzt. In der Folge erhob er beim Bezirksgericht Arbon gegen H als Chefredaktor der Zeitung und gegen Rechtsanwalt B wegen dessen angeblicher Beteiligung an der Entstehung des Artikels Klage, mit der er von den beiden Beklagten u.a. Schadenersatz unter solidarischer Haftbarkeit verlangte. Das Bezirksgericht Arbon trat auf die Klage gegen B mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein, die gegen H gerichtete Klage wies es wegen Verjährung ab. Zwar habe der Kläger die Verjährung gegenüber B innert der massgeblichen Einjahresfrist (heute: Dreijahresfrist) von Art. 60 Abs. 1 OR wirksam unterbrochen, nicht aber gegen H, und dieser müsse sich auch die gegenüber H erfolgte Unterbrechung nicht nach Art. 136 Abs. 1 OR anrechnen lassen. Denn diese Bestimmung finde nur auf die echte Solidarität Anwendung, zwischen den Beklagten bestehe jedoch – wenn überhaupt – nur unechte (Art. 51 OR), nicht echte i.S.v. Art. 50 OR. Der Kläger zog diesen Entscheid erfolglos an das Obergericht des Kantons Thurgau und dessen abschlägigen Entscheid – wiederum erfolglos – an das Bundesgericht weiter.

⁴¹ KOLLER (FN 1), N 47.52 und 75.26.

2. Das Verhältnis der Haftpflichtigen unter sich (Innenverhältnis)

[54] Im Folgenden interessiert, inwieweit ein solidarisch Haftpflichtiger nach Erbringung der geschuldeten Leistung auf seine Mitschuldner Regress nehmen kann. Andere Regressprobleme (z.B. Regress bei einem Schulderlass⁴²) bleiben ebenso ausser Betracht wie sonstige Probleme des Innenverhältnisses.⁴³

[55] 1. Ob und gegebenenfalls inwieweit ein Haftpflichtiger im Falle der Zahlung auf seine durch die Zahlung befreiten Mitschuldner Regress nehmen kann, entscheidet der Richter nach seinem Ermessen. Art. 50 Abs. 2 OR, der dies für den Fall *gemeinsamen Verschuldens* i.S.v. Art. 50 Abs. 1 OR ausdrücklich vorsieht, gilt kraft des Verweises von Art. 51 Abs. 1 OR auch bei der Haftung aus *verschiedenen Rechtsgründen*. Hinsichtlich der Haftung *aus demselben Rechtsgrund ohne gemeinsames Verschulden* fehlt zwar eine entsprechende gesetzliche Regel, doch findet Art. 51 Abs. 1 OR (i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR) diesfalls analoge Anwendung, er kommt also lückenfüllend – kraft ungeschriebenen Rechts – zum Tragen (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

[56] Wie der Richter sein Ermessen auszuüben hat, sagt Art. 4 ZGB, der den Richter auf «Recht und Billigkeit» verweist. Eine Einschränkung erfährt diese Bestimmung durch Art. 51 Abs. 2 OR, der dem Richter für den Fall der Haftung aus verschiedenen Rechtsgründen eine Richtlinie für die Handhabung seines Ermessens in die Hand gibt. Danach trägt «in der Regel» derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, in zweiter Linie der aus Vertrag Verpflichtete und in letzter Linie derjenige, der ohne Verschulden «nach Gesetzesvorschrift» haftet. Während sich das Bundesgericht früher praktisch sklavisch an diese Stufenordnung gehalten hat, hat es in einem neusten Entscheid eine gewisse Freiheit bei deren Handhabung erkennen lassen (BGE 144 III 319, dazu unten N 85 ff.).

[57] Ist der Schadenersatzanspruch gegen mehrere Haftpflichtige, welche kein gemeinsames Verschulden trifft, auf einen Sozialversicherungsträger übergegangen, so kommt Art. 51 OR ebenfalls zum Tragen, falls sich die Solidarität – wie regelmässig – im Regressverhältnis fortsetzt (oben N 42). Nimmt also der Versicherungsträger auf einen der Haftpflichtigen Regress, so kann dieser nach Massgabe von Art. 51 OR (i.V.m. Art. 50 OR) den anderen belangen (s. wiederum BGE 144 III 319).

[58] 2. Im Falle echter Solidarität (Art. 50 Abs. 1 OR) kann bei gegebenen Voraussetzungen auf doppelter Anspruchsgrundlage regressiert werden: zum einen nach Art. 50 Abs. 2 OR, zum andern nach Art. 149 Abs. 1 OR. Diese letztere Bestimmung lässt im Zeitpunkt und im Umfang der Zahlung den Schadenersatzanspruch des Geschädigten auf den Zahlenden übergehen (oben N 27). Das Regressrecht ist in diesem Sinne derivativ, während es sich bei jenem von Art. 50 Abs. 2 OR – gleich wie bei jenem von Art. 148 Abs. 2 OR – um ein eigenständiges (originäres) Regressrecht handelt. Beide Ansprüche sind rechtlich selbständig und folgen ihren eigenen Modalitäten. Hinsichtlich der Verjährung werden die Unterschiede indes durch Art. 139 OR, der für beide Ansprüche dasselbe Verjährungsregime vorsieht, eingeebnet. Zu Art. 139 OR s. oben N 30.

[59] Ob Art. 149 Abs. 1 OR auch bei unechter Solidarität (Art. 51 OR) Anwendung findet, ist umstritten. Nach der Ansicht des Bundesgerichts trifft dies nicht zu (BGE 127 III 257 E. 6c; 115 II 42 E. 2a), die heute wohl herrschende Ansicht ist gegenteiliger Auffassung.⁴⁴ Praktische Bedeutung kommt der Kontroverse seit dem Erlass von Art. 139 OR kaum mehr zu.

[60] 3. Wo dem zahlenden Solidarschuldner zwei oder mehrere Regresspflichtige gegenüberstehen, kann er – unter Vorbehalt von Sonderrecht und einer abweichenden Abrede – nur anteilmässig regressieren (Art. 148 Abs. 3 OR), es ist also eine umfassende und definitive Schadensverteilung vorzunehmen (z.B. BGE 103 II 137 E. 4; illustrativ BGE 79 II 66 E. 8, dazu unten N 79 ff.). Dieser Grundsatz liegt auch anderen Regressbestimmungen zugrunde, nicht zuletzt Art. 50 Abs. 2 und Art. 51 OR.

B. Ausgewählte Bundesgerichtspraxis

[61] Im Folgenden soll das Gesagte anhand von vier amtlich publizierten Bundesgerichtsentscheiden illustriert und konkretisiert werden. Durch Urteilsanmerkungen wird der Bezug zu den früheren Ausführungen hergestellt. Der Urteilsachverhalt wird jeweils gekürzt wiedergegeben, und die Erwägungen nur insoweit, als dies der hier verfolgte Zweck erfordert. Diesem entsprechen die amtlich publizierten Regesten nur beschränkt, weshalb sie durch eigene Urteilszusammenfassungen ersetzt wurden.

⁴² S. dazu KOLLER (FN 1), N 75.112 ff.

⁴³ Nicht eingegangen wird insbesondere auf die Schadenersatzpflicht gemäss Art. 145 Abs. 2 OR, dazu oben FN 15.

⁴⁴ Z.B. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. A., Zürich 2020, N 3755 f., m.w.Nw.; ZK-KRAUSKOPF (FN 3), Art. 143 OR N 154 ff.

BGE 100 II 332⁴⁵ *Haftung nach Art. 50 Abs. 1 OR (echte Solidarität). – Reduktion der Haftung aus Gründen in der Person der Haftpflichtigen (Kindesalter, Art. 43 Abs. 1 OR; drohende Notlage i.S.v. Art. 44 Abs. 2 OR)*

Aus dem Urteil

[62] Am 28. Juli 1965 spielten Pierre-André Barbay, Patrick Boven und Pierre-Alain Krumel, alle mit Jahrgang 1956, mit bengalischen Zündhölzern. Von einer Nachbarin zurechtgewiesen, begaben sie sich in die Scheune des André Müller und setzten dort ihr Spiel fort. Ein von Patrick Boven in die Luft geworfenes Zündhölzchen blieb im Heu hängen, sodass dieses in Brand geriet. Die Scheune brannte gänzlich ab und auch das angebaute Wohnhaus des André Denoréaz wurde stark beschädigt. An den Gesamtschaden des Letzteren von rund CHF 96'000 leistete die Brandversicherungsanstalt CHF 81'000. Den verbleibenden Schaden von CHF 15'375 verlangte Denoréaz unter Berufung auf Art. 50 Abs. 1 OR von den drei Knaben ersetzt, unter solidarischer Haftbarkeit. Die entsprechende Klage wurde vom Kantonsgericht Waadt im Grundsatz gutgeheissen, jedoch nur im Betrag von CHF 12'375. Begründet wurde diese Haftungsreduktion wie folgt (Auszug aus der Sachverhaltsschilderung des Bundesgerichts):

Les trois enfants ayant agi ensemble dans leur jeu commun, il y a solidarité parfaite entre eux. Agés d'environ neuf ans, ils pouvaient discerner le caractère dangereux de leur comportement et ils répondent dès lors de leur acte illicite. Une réduction de l'indemnité selon l'art. 43 CO ne doit pas être admise, du moment que la faute des enfants, qui ont désobéi à leurs parents et enfreint une règle de prudence élémentaire, ne peut être qualifiée de légère. Une certaine réduction s'impose cependant en vertu de l'art. 44 al. 2 CO pour ne pas les exposer à la gêne. Le montant à retrancher en application de l'art. 44 al. 2 CO est fixé ex aequo et bono à 3000 fr.

[63] Die Beklagten legten beim Bundesgericht Berufung ein und verlangten gestützt auf Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 2 OR eine Reduktion ihrer Haftung auf CHF 4000. Das Bundesgericht lehnte dies ab (E. 3a betr. Art. 43 Abs. 1 OR, 3b betr. Art. 44 Abs. 2 OR):

3. [...] a) Il est vrai que le Tribunal fédéral opère généralement [in Anwendung von Art. 43 Abs. 1 OR] une réduction sensible de l'obligation de réparer le dommage, lorsque le débiteur est un enfant. L'importance de la réduction dépend de la gravité de la faute et de l'âge du responsable (cf. notamment les arrêts RO 43 II 205, 67 II 49, 70 II 136, 82 II 25 et 90 II 9, cités dans les recours). [...]

En l'espèce, les recourants perdent totalement de vue que les dommages-intérêts auxquels ils ont été condamnés ne représentent qu'une part minime du préjudice qu'ils ont causé, part nettement inférieure à celle de 30% qu'ils admettent eux-mêmes. Le dommage total du demandeur excède 96'000 fr. Condamnés par le jugement déféré à payer 12'375 fr. en capital, les défendeurs ne sont appelés à couvrir qu'environ 1/8 de ce dommage. Ils ne sauraient en effet bénéficier des indemnités versées par l'Etablissement cantonal d'assurance-incendie à son assuré, en contrepartie des primes versées par celui-ci. Le dossier ne révèle aucun indice d'une intention de l'établissement d'assurance d'exercer une action récursoire contre les auteurs du dommage, action qui serait d'ailleurs prescrite. Les défendeurs eux-mêmes n'allèguent pas qu'ils seraient exposés à une telle action, ni que la prescription aurait été interrompue. Dans ces conditions, une réduction supérieure à celle dont bénéficient déjà les auteurs ne se justifie pas, et le recours doit être rejeté sur ce point.

b) A l'appui de la réduction de 3000 fr. opérée en application de l'art. 44 al. 2 CO, le Tribunal cantonal relève que les trois défendeurs «sont aujourd'hui âgés de dix-huit ans» et qu'à cet âge-là, «les jeunes gens sont en général au début de leur formation professionnelle et ne gagnent pas encore leur vie ou du moins dans une mesure très partielle». En raisonnant ainsi, les premiers juges n'ont pas procédé à une appréciation concrète des motifs de réduction pour chaque responsable, comme l'exige en principe l'art. 44 al. 2 CO. Mais même dans l'hypothèse, qu'ils ont retenue, de jeunes gens de dix-huit ans en cours de formation professionnelle et dénués de fortune, la réparation solidaire entre trois d'un préjudice de 12'375 fr. en capital représente un effort financier parfaitement supportable, compte tenu du salaire que gagneront les responsables une fois leur formation professionnelle achevée. La réduction de 3000 fr. n'était donc pas justifiée. Faute de recours du demandeur, elle doit néanmoins être maintenue.

Bemerkungen

[64] 1. Das Kantonsgericht Waadt hatte die Klage gestützt auf Art. 50 Abs. 1 OR gutgeheissen. Da die Beklagten die Haftung als solche nicht bestritten, hatte sich das Bundesgericht dazu nicht im Einzelnen zu äussern. Lediglich im Rahmen der hier nicht thematisierten Verjährungsfrage (E. 1) nahm es dazu kurz wie folgt Stellung (E. 1e):

Les recourants ne discutent pas leur responsabilité solidaire. Même si l'un d'eux seul a lancé l'allumette fatale, ils ont agi de concert, animés d'une même volonté de pratiquer ensemble un jeu dangereux. Après avoir été morigénés, ils se sont soustraits sciemment à la surveillance des adultes. Leur désobéissance, constatée par l'autorité cantonale, procède d'un entraînement mutuel qui engage leur responsabilité civile solidaire selon l'art. 50 al. 1 CO.

[65] 2. Entsprechend dem Grundsatz, dass sich die Haftung der einzelnen Solidarschuldner nach ihren individuellen Verhältnissen bestimmt (oben N 49 ff.), sind Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung so vorzunehmen, wie wenn der einzelne Schuldner allein haftpflichtig wäre. Im konkreten Fall bildete daher der Gesamtschaden von rund CHF 96'000 die Ausgangsbasis

⁴⁵ Pra 1975, Nr. 67.

für die Ersatzbemessung, nicht bloss der von der Versicherung nicht gedeckte Schaden (CHF 15'273), wie die Beklagten und offenbar auch die Vorinstanz angenommen haben (vgl. E. 3a).

[66] Bei der Schadenersatzbemessung spielt es nach dem Gesagten keine Rolle, ob dem Geschädigten nebst dem Schadenersatzanspruch noch ein Versicherungsanspruch zusteht oder nicht. Auch kommt nichts darauf an, ob im ersteren Fall der Versicherer bereits bezahlt hat oder nicht (missverständlich daher E. 3a). Der Haftungsumfang ändert sich dadurch nicht. Was sich ändert, ist höchstens der Anspruchsberechtigte, weil eine Versicherungsleistung den Schadenersatzanspruch u.U. ganz oder teilweise vom Geschädigten auf den Versicherer übergehen lässt (Art. 95c Abs. 2/3 VVG). Aus Sicht des Haftpflichtigen ändert sich gegebenenfalls der Gläubiger, aber nicht der Haftungsumfang.

[67] 3. Die Vorinstanz hatte eine Haftungsreduktion nach Art. 43 Abs. 1 OR abgelehnt, allerdings nicht aus prinzipiellen Gründen, sondern weil das Verschulden der Beklagten zwar nicht als schwer, aber auch nicht als leicht einzustufen war («faute intermédiaire», E. 3a). Das Bundesgericht ging demgegenüber davon aus, Art. 43 Abs. 1 OR komme in Fällen wie dem vorliegenden ohne weiteres zum Tragen, der Umfang der Reduktion hänge jedoch vom Alter des Kindes und von der Schwere des Verschuldens und allfälligen weiteren Reduktionsgründen wie etwa einer nach Art. 44 Abs. 2 OR zu berücksichtigenden Notlage ab. Im konkreten Fall hatte die Vorinstanz die Haftung um rund 7/8 auf CHF 12'375 gekürzt, so dass der Kläger nicht einmal seinen ganzen von der Versicherung nicht gedeckten Schaden von CHF 15'375 ersetzt bekam. Diese Reduktion ging zu weit (E. 3b a.E.), mangels Berufung des Klägers schied jedoch eine Urteilskorrektur durch das Bundesgericht (Gutheissung der Klage in vollem Umfang, also im Betrag von CHF 15'375) aus.

[68] 4. Nach dem Gesagten können solidarisch Verpflichtete auch im Rahmen der Haftung aus Art. 50 Abs. 1 OR persönliche Reduktionsgründe geltend machen. Bei der Berücksichtigung solcher Gründe ist freilich Zurückhaltung angezeigt. Insbesondere vermag geringes Verschulden eine Haftungsminderung im Regelfall nicht zu rechtfertigen. In mehreren Bundesgerichtsentscheiden wird dies geradezu als selbstverständlich angesehen und daher nicht weiter begründet (z.B. BGE 79 II 66 [dazu unten N 79 ff.] und 57 II 417).

[69] Im letzteren Entscheid ging es um eine Gruppe von sechs Streikenden, welche einen Arbeitswilligen (sog. Streikbrecher) überfiel und misshandelte. Dieser erlitt u.a. eine Schädelverletzung, welche auf einen Schlag durch einen der Angreifer (Rudin) zurückzuführen war. Der Geschädigte klagte gegen alle ausser Rudin, der weggezogen war, auf Schadenersatz, unter solidarischer Haftbarkeit. Das Bundesgericht hiess die Klage in Anwendung von Art. 50 Abs. 1 OR gegen alle Beklagten gut,

und zwar im vollen Umfange. Das Mass der Mitschuld jedes Einzelnen prüfte es gar nicht, da dieses nur beim Rückgriff unter den Beteiligten eine Rolle spiele (E. 4).

BGE 95 II 43

Unechte Solidarität zwischen Werkunternehmer und Architekt für einen mangelbedingten Schaden (Art. 50 OR i.V.m. Art. 51 OR).⁴⁶ – Beschränkte Haftung des Unternehmers aus Gründen in der Person des Bestellers, insbesondere wegen fehlerhaften Architektenverhaltens (Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 101 und 369 OR).

Aus dem Urteil

[70] Die Hautzentrale und Fettschmelze AG übertrug dem Albin Hofer die Ausführung der Unterlagsböden im Neubau ihres Geschäftshauses. Die dem Vertrag zugrunde liegenden, von X, dem Architekten der AG, erstellten Eingabebedingungen schrieben für die Unterlagsböden eine 8 mm starke Isokorkmatte mit einem Zementüberzug von 3–3,5 cm vor. Diese Konstruktion war für ein Geschäftshaus ungenügend und darum verfehlt. Der Vorarbeiter Hofers, Müller, äusserte sich in diesem Sinne gegenüber dem vom Architekten mit der örtlichen Bauleitung beauftragten Bautechniker Dick. Dieser erklärte jedoch, es werde alles so gemacht, wie im Vertrag vorgesehen. Dabei liess es Müller bewenden und brachte die vorgeschriebene Konstruktion zur Ausführung. An den Böden zeigten sich in der Folge mehrere schadhafte Stellen. Auf Nachbesserung belangt (Art. 368 Abs. 2 OR), lehnte Hofer seine Gewährspflicht unter Hinweis auf Art. 369 OR ab. Darauf erklärte die AG den Verzicht auf Nachbesserung und klagte gegen Hofer auf Ersatz der mutmasslichen Instandstellungskosten (Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR).

Das Bezirksgericht Zürich und das Obergericht des Kantons Zürich bejahten die grundsätzliche Haftpflicht des Beklagten, weil sich Müller, dessen Verhalten ihm nach Art. 101 OR zurechenbar war, angesichts der ablehnenden Haltung Dicks direkt an den Architekten hätte wenden müssen, um der Abmahnungspflicht i.S.v. Art. 369 OR zu genügen. Sie kürzten jedoch den Ersatzanspruch der Klägerin um 40%, weil sie sich die fehlerhafte Planung ihres Architekten (X) und das uneinsichtige Verhalten des Bauführers Dick nach Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 101 OR wie eigenes Mitverschulden anrechnen lassen müsse. Vor Bundesgericht hielt die Klägerin am Antrag auf volle Schadloshaltung fest. Sie machte

⁴⁶ S. eingehend zu dieser Thematik KOLLER (FN 2), N 782 ff.

geltend, der Mitverschuldensabzug verstosse gegen den Grundsatz der Solidarität. Der Beklagte seinerseits verlangte eine Erhöhung des Mitverschuldensabzugs. Das Bundesgericht hat beide Standpunkte zurückgewiesen und den vorinstanzlichen Entscheid bestätigt:

[71] 4. a) Das Obergericht hat die Ersatzpflicht des Unternehmers mit Rücksicht auf die vom Architekten angeordnete Fehlkonstruktion und auf das Verhalten des Bauführers Dick um 40% ermässigt. [...]

c) [...] Das steht entgegen der Meinung der Klägerin keineswegs im Widerspruch mit den Grundsätzen über die Solidarhaftung mehrerer Schuldner bei sogenannter unechter Solidarität oder Anspruchskonkurrenz. Bei dieser wird zwar die Haftung eines Schädigers gegenüber dem Geschädigten grundsätzlich nicht dadurch vermindert, dass für den gleichen Schaden noch ein Dritter einzustehen hat (BGE 93 II 322). Diese Regel gilt jedoch nicht ausnahmslos. Ist der Dritte gleichzeitig Hilfsperson des Geschädigten in dessen Vertragsverhältnis zum belangten Schädiger, und muss sich daher der Geschädigte das Verhalten dieses Dritten gemäss Art. 101 OR als eigenes Verhalten anrechnen lassen, so kann dem belangten Schädiger nicht verwehrt sein, sich zu seiner teilweisen Entlastung auf einen Umstand zu berufen, der als Selbstverschulden des Geschädigten zu werten ist. [...]

5. Der Beklagte beantragt mit seinem Eventualbegehren zur Hauptberufung, den Mitverschuldensabzug zu Lasten der Klägerin von 40% auf 70% zu erhöhen.

Auf welchen Betrag dieser Abzug festzusetzen sei, ist eine Frage des richterlichen Ermessens. In dieses darf das Bundesgericht nur eingreifen, wenn der kantonale Richter den Ermessensbegriff verkannt hat, indem er sich von Gesichtspunkten hat leiten lassen, die richtigerweise ausser Betracht zu bleiben hatten, oder wenn er den Rahmen des zulässigen Ermessens offensichtlich überschritten hat (BGE 89 II 62).

Ein Mangel dieser Art haftet dem angefochtenen Entscheid nicht an. Dem Unternehmer und seiner Hilfsperson, dem Vorarbeiter Müller, gereicht zum Verschulden, dass sie es an einer ausreichenden Abmahnung gegenüber der Klägerin bzw. dem sie vertretenden Architekten fehlen liessen, obwohl sie die Unzulänglichkeit der vorgeschriebenen Ausführung der Unterlagsböden erkannten. Dem Architekten der Klägerin und damit dieser selbst fällt ausser dem uneinsichtigen Verhalten des Bauführers die Wahl einer ungeeigneten Konstruktion zur Last, die er vorschrieb, ohne sich bei dem mit der Arbeit betrauten Fachunternehmer zu erkundigen, ob sie den bei einem Geschäftshaus zu erwartenden Ansprüchen genüge.

Es ist somit beim Architekten und beim Unternehmer der gleiche Mangel an Sorgfalt bei der Festsetzung der Dicke des Zementüberzuges festzustellen, und überdies liegt bei beiden ein Verschulden ihrer Angestellten vor, die, obwohl sie den unterlaufenen Fehler erkannten bzw. erkennen mussten, die zur Abwendung des Schadens gebotenen Massnahmen versäumten.

Das beiderseitige Verschulden ist ungefähr gleichwertig, wobei aber immerhin dasjenige des Unternehmers als etwas ausgeprägter erscheint: Seine Hauptverpflichtung ging auf die Lieferung eines Werkes, das der vorgesehenen Zweckbestimmung genügte; es war daher in erster Linie seine Sache, für eine einwandfreie Ausführung der Unterlagsböden zu sorgen, zumal es sich dabei um eine von ihm selber ausgearbeitete Konstruktion handelte, für deren Ausführung er sich als Spezialist anpries.

Die vom Obergericht vorgenommene Haftungsaufteilung lässt sich daher objektiv rechtfertigen, weshalb das Bundesgericht keinen Anlass hat, an ihr etwas zu ändern.

Bemerkungen

[72] 1. Für den entstandenen Schaden hafteten einerseits der Unternehmer Albin Hofer nach Art. 368 OR i.V.m. Art. 107 Abs. 2 OR, andererseits der Architekt X nach Art. 97 OR. Sie hafteten solidarisch, wenn auch nur unecht, da es an einer die Solidarität ausdrücklich anordnenden Bestimmung fehlte (BGE 93 II 317 E. 5e; oben N 12). Im Streit stand der Umfang der Haftung Hofers bzw. ob und inwieweit dieser mit Rücksicht auf die vom Architekten X und vom Vorarbeiter Dick begangenen Fehler eine Haftungsreduktion geltend machen konnte.

[73] 2. Im Grundsatz gilt, dass ein Haftpflichtiger durch die Mithaftung eines Dritten nicht schlechtergestellt werden darf, als er bei alleiniger Haftpflicht stünde. Trifft daher den Geschädigten ein Mitverschulden, so ist seine Haftung – nach Ermessen des Richters – zu reduzieren, falls sie bei alleiniger Haftung hätte reduziert werden müssen (Art. 44 Abs. 1 OR). Dagegen lässt sich – entgegen der Ansicht der Klägerin – nicht anführen, im Falle solidarischer Haftbarkeit könne der Geschädigte nach Art. 144 Abs. 1 OR «nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern». Damit ist nicht gemeint, dass jeder Solidarschuldner immer im gleichen Umfang haftet und immer für den ganzen Schaden einzustehen hat. Dass dem nicht so ist, ergibt sich zwanglos aus zwei Folgebestimmungen (Art. 146 und 147 OR). Der missverständliche Wortlaut von Art. 144 Abs. 1 OR ist dem Umstand zu verdanken, dass sich die Solidarität im *Regelfall* auf das Ganze bezieht (s. bereits oben N 5).

[74] Das Bundesgericht hat sich im referierten Entscheid mit Art. 144 Abs. 1 OR nicht auseinandergesetzt, weil der Artikel echte Solidarität voraussetze, im konkreten Fall jedoch unechte Solidarität gegeben sei (E. 4c a.E.). Indes trifft Art. 144 Abs. 1 OR zweifellos bei jeder Art von Solidarität zu. Das Bundesgericht hat denn auch seine Auffassung nicht sachlich begründet und nicht erklärt, weshalb im vorliegenden Kontext die unechte Solidarität anders behandelt werden sollte als die echte.

[75] 3. Aus dem Gesagten folgt: Der Richter kann die Haftung des Unternehmers für mangelbedingte Schäden nach seinem Ermessen reduzieren, wenn den Besteller ein Mitverschulden an der Mängelentstehung trifft (Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 369 OR). Entsprechendes gilt, wenn sich der Besteller Drittverhalten wie eigenes Mitverschulden zurechnen lassen muss (Art. 101 OR). Das traf im konkreten Fall für die fehlerhafte Planung des Architekten X und das uneinsichtige Verhalten des Vorarbeiters Dick

zu. Diese Fehler wogen insgesamt nicht leicht, weshalb die Haftung des Beklagten zu Recht reduziert wurde.⁴⁷ Je nach Schwere des Fehlers kann die Haftung des Unternehmers auch gänzlich entfallen, nämlich dann, wenn der Kausalzusammenhang zwischen seinem Fehlverhalten und der Mangelentstehung durch *grobes* Mitverschulden auf Seiten des Bestellers unterbrochen ist (vgl. BGE 93 II 317 E. 2e und 93 II 311, dazu sogleich N 76). Umgekehrt können leichte Fehler des Bestellers unter Umständen keinerlei Reduktion der Unternehmerhaftung rechtfertigen (vgl. KGer FR, Extraits 1986, 24 [dazu unten N 78], wo allerdings zu Unrecht jede Haftungsreduktion abgelehnt wurde).

[76] BGE 93 II 311: Das Garage-Unternehmen G. SA liess ein Bürogebäude erstellen. Die Dachdeckerarbeiten übertrug sie dem R. Nach vier Jahren zeigte sich, dass das Dach Wasser durchliess, weil es zu wenig schräg abfiel. R lehnte jede Gewährleistung mit der – wahrheitsgemässen – Begründung ab, die Dachkonstruktion sei ihm von der G. SA vorgeschrieben worden und er habe deren Fehlerhaftigkeit nicht erkennen können. Hierauf erklärte die G. SA den Verzicht auf die Nachbesserung (Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR), liess den Mangel durch einen andern Unternehmer für CHF 41'000 beheben und belangte R auf Schadenersatz. Wie schon die Vorinstanzen wies das Bundesgericht die Klage mangels Verschuldens des R ab. Im Ergebnis hätte sich auch dann nichts geändert, wenn R zwar den Konstruktionsfehler hätte erkennen können, sein Verschulden jedoch im Verhältnis zum Verschulden der Bauherrin (G. SA) als verschwindend gering zu qualifizierten gewesen wäre und diesem daher kausalitätsunterbrechende Wirkung hätte zuerkannt werden müssen.

Nebst R war auch der Architekt J, auf dessen Empfehlung die Dachkonstruktion dem R vertraglich vorgeschrieben worden war, ins Recht gefasst worden. Die gegen ihn gerichtete Klage wurde – zu Recht – vollumfänglich gutgeheissen (Art. 97 OR). Sie wäre auch dann gutzuheissen gewesen, wenn R ein Verschulden getroffen hätte. Denn der Unternehmer ist im Verhältnis zum Architekten – anders als der Architekt im Verhältnis zum Unternehmer⁴⁸ – nicht als Hilfsperson des Bestellers aufzufassen, sein Verhalten daher diesem nicht nach Art. 101 OR zurechenbar.

[77] 4. Während Fehler des Bestellers oder seines Architekten auf Seite des Unternehmers zu einer Haftungsreduktion führen können, trifft das Umgekehrte nicht zu: Fehler des Unternehmers oder einer seiner Hilfspersonen sind dem Besteller nicht wie eigenes Verhalten zurechenbar und haben daher keine Entlastung des Architekten im

Verhältnis zum Besteller zur Folge.⁴⁹ Im konkreten Fall hatte daher die ungenügende Abmahnung durch Müller, den Vorarbeiter Hofers, keine Entlastung des Architekten X zur Folge. Dieser haftete demnach – vorbehaltlich eines sonstigen Reduktionsgrundes – in vollem Umfang für den entstandenen Schaden. Dabei hinderte die teilweise Gutheissung der Klage gegen den Unternehmer (Hofer) die AG nicht, vom Architekten (X) den *ganzen* Schaden ersetzt zu verlangen und nötigenfalls einzuklagen (Art. 144 Abs. 1 OR), und zwar gemäss Abs. 2 der gleichen Bestimmung bis zur Erbringung der Schadenersatzleistung durch den Unternehmer (vgl. KGer FR, Extraits 1986, 24).

[78] KGer FR, Extraits 1986, 24: A übertrug der Y. AG Dachdeckerarbeiten für sein Einfamilienhaus. Der vom Architekten des A (X) ausgearbeitete Leistungsbeschrieb, welcher Grundlage des Vertragsabschlusses bildete, sah vor, dass Unideckplatten mit bestimmten Massen zu verwenden waren. Das gemäss den vertraglichen Vorgaben erstellte Dach war mangelhaft, insbesondere nicht regendicht. Als die Y. AG die von A verlangte Nachbesserung kategorisch ablehnte, liess A die Mängel durch einen Dritten beseitigen und verlangte von der Y. AG Schadenersatz (Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 108 Ziff. 1 OR). Das von A angerufene Gericht kam zum Schluss, die Y. AG habe die vertraglich vorgeschriebene Dachkonstruktion zu wenig auf ihre Werktauglichkeit überprüft, und hiess die Klage in vollem Umfang gut. Richtigerweise hätte sie nur teilweise gutgeheissen werden dürfen. Denn X, dessen Verhalten dem A nach Art. 101 OR (i.V.m. Art. 44 Abs. 1 und 369 OR) zurechenbar war, hätte die Fehlerhaftigkeit der Konstruktion ebenfalls erkennen müssen. Im Übrigen war nebst der Y. AG auch X auf Schadenersatz verklagt worden. Auch diese Haftung wurde in vollem Umfang bejaht. Dies zu Recht, da das Verhalten der Y. AG dem A im Verhältnis zu X nicht zurechenbar war, also keinen Herabsetzungsgrund bildete, und auch keine sonstigen Herabsetzungsgründe (Art. 43 f. OR) vorlagen. Überblickt man das Gesagte, so hätte richtigerweise Teilsolidarität (volle Haftung von X, teilweise Haftung der Y. AG) angenommen werden müssen.

BGE 79 II 66

Verletzung eines Zuschauers bei einem Eishockeyspiel. – Echte Solidarität (Art. 50 Abs. 1 OR) zwischen den Spielern, dem Veranstalter des Spiels und dem Gastclub. – Interne Aufteilung des Schadens (Art. 50 Abs. 2 OR).

Aus dem Urteil⁵⁰

[79] Eine Eishockey-Mannschaft von Moutier lud den Eishockey-Club Delémont, bei dem es sich – anders als bei der Mannschaft von Moutier – um einen Verein i.S.v.

⁴⁷ Zu beachten ist, dass dem Besteller nur Fehler, welche sich im Verhältnis zum Unternehmer als Pflichtwidrigkeit darstellen, angelastet werden und zu einer Haftungsreduktion führen können. Daher schadet es ihm in der Regel nicht, wenn er oder an seiner Stelle der Architekt den Unternehmer nicht oder mangelhaft überwacht. Denn eine Überwachungspflicht trifft ihn in aller Regel nicht (KOLLER [FN 2], N 560).

⁴⁸ Präzisierung in FN 47.

⁴⁹ KOLLER (FN 2), N 783, mit einer praktisch bedeutungslosen Präzisierung in N 784.

⁵⁰ S. die Schilderung des Geschehens bei KARL OFTINGER, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1973, 247 und 271.

Art. 60 ZGB handelte, zu einem Freundschaftsspiel auf dem Eisfeld der Gemeinde Moutier ein. Das Spielfeld war mit 25 cm hohen Brettern («Banden») abgegrenzt. Die Zuschauer traten bis an diese Abgrenzung heran. Dem Spiel wohnte u.a. ein Sohn von Frau Hauser bei. Als diese ihrem Sohn eine Mitteilung machen wollte, traf sie der Hockeystock von Loriol, einem Spieler von Delémont, am Kopf, was den vollständigen Verlust eines Auges zur Folge hatte. Sie klagte gegen Loriol, zehn Spieler von Moutier und den Eishockey-Club Delémont auf solidarische Leistung von Schadenersatz. Die Klage wurde in erster Instanz in Anwendung von Art. 41 OR (Spieler) bzw. Art. 41 OR i.V.m. Art. 55 ZGB (Club) gutgeheissen. Allen Beklagten wurde ein gemeinsames Verschulden i.S.v. Art. 50 Abs. 1 OR zur Last gelegt, weshalb auch dem Antrag auf solidarische Haftung entsprochen wurde. Das Obergericht des Kantons Bern hat zwar die Klagegutheissung bestätigt, die von den Beklagten im Innenverhältnis zu tragenden Haftungsquoten jedoch abweichend von der ersten Instanz festgelegt. Das Bundesgericht hat die interne Schadensverteilung wiederum abgeändert und ist dabei keiner der Vorinstanzen gefolgt (E. 8):

[80] La Cour bernoise a considéré avec raison que le péril suscité par un match de hockey sur glace était plus familier au Hockey-Club de Delémont qu'aux joueurs de Moutier, dont la plupart étaient encore mineurs. C'est néanmoins à ceux-ci que la responsabilité de l'organisation incombait en premier lieu. Mais ils manquaient d'expérience. Le Hockey-Club de Delémont, qui le savait, n'aurait pas dû se fier aux mesures prises par des novices, ... C'est pourquoi il convient de le charger davantage sans ratifier toutefois la proportion adoptée par les premiers juges (2 à 1), trop favorable aux joueurs de Moutier. Tout considéré, il paraît juste de prescrire que, dans les rapports internes, la réparation du préjudice sera supportée à raison de

- 10/20 par le Hockey-Club de Delémont,
- 3/20 par Loriol,
- 7/20 par les joueurs de Moutier, soit de 7/200 par chacun d'eux.

Bemerkungen

[81] 1. Die interne Schadensverteilung zwischen mehreren Haftpflichtigen ist eine Frage des richterlichen Ermessens. In dieses greift das Bundesgericht nach konstanter Rechtsprechung nur ein, wenn der kantonale Richter den Ermessensbegriff verkannt hat, indem er sich von Gesichtspunkten hat leiten lassen, die richtigerweise ausser Betracht zu bleiben hatten, oder wenn er den Rahmen des zulässigen Ermessens offensichtlich überschritten, also das Ermessen willkürlich ausgeübt hat (z.B. BGE 95 II 43 E. 5, dazu oben N 70 ff.). Im konkreten Fall ist das Bundesgericht stillschweigend von der letzteren Eingriffsmöglichkeit ausgegangen, ohne allerdings die der

Vorinstanz unterstellte willkürliche Ermessensausübung in irgendeiner Weise zu begründen.

[82] 2. Das Bundesgericht hat sich im referierten Entscheid auch zum Aussenverhältnis geäussert (dieses bildete den Schwerpunkt der Entscheidung). Dazu sei nur zweierlei bemerkt:

[83] a) «Einer der wichtigsten Grundsätze des Haftpflichtrechts – eine Norm des Gewohnheitsrechts – lautet: Wer einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, ist verpflichtet, Schutzmassnahmen zu ergreifen.»⁵¹ Wer schuldhaft diesen sog. Gefahrensatz verletzt und dadurch jemand adäquat kausal schädigt, haftet diesem auf Schadenersatz (Art. 41 OR). Im vorliegenden Fall wurde dies zu Lasten aller Beklagten in eingehenden Erwägungen (E. 1–4) angenommen. Hingegen war die Begründung der solidarischen Haftung nach Art. 50 Abs. 1 OR denkbar kurz (E. 8): «Les joueurs de Moutier, le Hockey-Club de Delémont et Loriol ont causé le dommage par une faute commune; aussi en répondent-ils solidairement (Art. 50 ch. 1 CO).»

[84] b) Die Klage wurde zwar gutgeheissen, jedoch nur teilweise, da die Klägerin die mit dem Aufsuchen ihres Sohnes verbundene Gefahr hätte erkennen müssen und sie daher ein Selbstverschulden traf (Art. 44 Abs. 1 OR; E. 6). Keine Haftungsreduktion erfolgte hingegen mit Rücksicht auf das noch jugendliche Alter eines Teils der Spieler von Moutier. Auch im Innenverhältnis wurde diesem Umstand keine Rechnung getragen, vielmehr wurde jeder Spieler im gleichen Umfang (7/200 des Schadens) regresspflichtig erklärt.

BGE 144 III 319 *Unechte Solidarität zwischen einem aus Vertrag Haftpflichtigen (Art. 97 OR) und einem Gefährdungshaftpflichtigen (Art. 33 Abs. 1 RLG). – Regress nach Art. 51 Abs. 2 OR: Abweichen von der hier vorgesehenen Stufenordnung.*

Aus dem Urteil

[85] Bei BGE 144 III 139 handelt es sich um einen Folgeentscheid zu BGE 143 III 79. Hier war folgender Sachverhalt zu beurteilen: Die C. AG war beauftragt, Kanalisationsleitungen und Schächte zu sanieren und abzudichten. Während ihr Mitarbeiter B in einem Abwasserkontrollschacht arbeitete, entzündete sich an einer von ihm gerauchten Zigarette im Schacht befindliches Gas, wodurch Oberkörper und Haare Feuer fingen und B an verschiede-

⁵¹ OFTINGER (FN 50), 247.

nen Körperteilen Verbrennungen erlitt. Das Gas stammte aus einer lecken Gasleitung der Gaswerk D. AG, weshalb diese nach Art. 33 Abs. 1 RLG für den Schaden einzustehen hatte, allerdings solidarisch mit der C. AG, welche es pflichtwidrig (Art. 328 OR) unterlassen hatte, ein Rauchverbot zu erlassen, und deshalb nach Art. 97 OR haftete. In der Folge richteten die Suva, IV und AHV verschiedene Leistungen an B aus. Für diese und die noch geschuldeten Leistungen verlangten sie von der D. AG und der C. AG gestützt auf Art. 72 ATSG Ersatz. Die C. AG lehnte ihre Ersatzpflicht mit der wahrheitsgemässen Behauptung ab, sie treffe ein bloss leichtes Verschulden, weshalb sie nach Art. 75 Abs. 2 ATSG von der Regresspflicht befreit sei. Die drei Versicherungsträger klagten daher nur gegen die D. AG. Ihre Klage wurde vom Handelsgericht des Kantons Zürich vollumfänglich gutgeheissen. Es ging davon aus, das Regressprivileg der C. AG sei im Verhältnis zur D. AG ohne jede Bedeutung.⁵² Diese erhob zivilrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht und machte erfolgreich geltend, das Privileg dürfe sich nicht zu ihrem Nachteil auswirken, sie sei daher nur insoweit regresspflichtig, als sie ohne das Privileg im internen Verhältnis zur C. AG – nach Art. 51 OR – den Schaden tragen müsste. Hierauf wies das Handelsgericht, an das die Angelegenheit vom Bundesgericht zu neuer Entscheidung zurückgewiesen worden war, die Regressklage ab, weil die D. AG als Gefährdungshaftpflichtige nach der Stufenordnung von Art. 51 Abs. 2 OR intern keinerlei Schaden zu übernehmen gehabt hätte. Auf Beschwerde der Klägerinnen entschied das Bundesgericht in BGE 144 III 319, im vorliegenden Fall rechtfertige es sich, von der Stufenordnung des Art. 51 Abs. 2 OR abzuweichen und den Schaden intern zwischen der C. AG und der D. AG hälftig aufzuteilen. Die massgeblichen Erwägungen sind die folgenden:

[86] 5.1 Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift dem Verletzten für denselben Schaden, so wird die Bestimmung über den Rückgriff unter Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben (Art. 50 OR), entsprechend auf sie angewendet (Art. 51 Abs. 1 OR). Dabei trägt in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist (Art. 51 Abs. 2 OR). [...]

⁵² Das entsprach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts. Nach dieser ging ein Regressprivileg vollumfänglich zu Lasten des Nichtprivilegierten: Dessen Haftung blieb gegenüber den Sozialversicherungsträgern unverändert bestehen, und das ohne Regressmöglichkeit gegenüber dem Privilegierten (GABRIELA RIEMER-KAFKA, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. A., Bern 2010, N 5.396).

5.3 Das Bundesgericht ist im Einklang mit dem Wortlaut der Bestimmung seit jeher davon ausgegangen, von der Stufenfolge nach Art. 51 Abs. 2 OR könne der Richter im Einzelfall abweichen (BGE 116 II 645 E. 3b S. 649; [...]). In der Lehre wird allerdings darauf hingewiesen, das Bundesgericht habe von dieser Möglichkeit nur äusserst zurückhaltend Gebrauch gemacht [...]. Angesichts der Vielzahl der Fälle, die Art. 51 OR abzudecken hat, kann die im Gesetz vorgeschlagene Abstufung nicht allen denkbaren Fällen gerecht werden. Daher lässt das Gesetz Raum für Abweichungen von der Regel. [...]

5.5.1 Hier geht es um den klassischen Fall eines Lecks in der Anlage und das Problem, dessen Vorhandensein abzuklären und es zu lokalisieren. Es geht mithin um eine typische Betriebsgefahr, die sich auch ohne Zutun der Arbeitgeberin des Geschädigten insoweit verwirklicht hat, als austretendes Gas mit der Umgebungsluft ein explosives Gemisch bildete, das sich durch den geringsten äusseren Anlass entzünden konnte (vgl. E. 5.3.1 hiavor). Konkret hat sich das Gas aber nur entzündet, weil der Geschädigte im Stollen geraucht hat beziehungsweise seine Arbeitgeberin kein Rauchverbot (das vor ebensolchen Schäden schützen soll) durchgesetzt hat. [...]

5.5.3 Um zu bestimmen, in welchem Umfang den Beschwerdeführerinnen der Rückgriff auf die Beschwerdegegnerin wehrt bleibt, ist nach Massgabe des Rückweisungsentscheides die interne Haftungsaufteilung zwischen den beiden Haftpflichtigen vorzunehmen, wie wenn das Sonderrecht nicht spielen würde. Dabei sind folgende Aspekte zu berücksichtigen: Einerseits hat die Beschwerdegegnerin ihre typische Betriebsgefahr zu verantworten, die sich im Leck und dem dadurch entstandenen Luft-Gasgemisch manifestiert hat, welches eine Gefahr für unbestimmte Personen darstellte. Konkret in Bezug auf den Verunfallten war es aber Sache der Arbeitgeberin, für eine hinreichende Sicherheit am Arbeitsplatz zu sorgen. Zu den hier zu beurteilenden Unfallfolgen kam es damit aufgrund eines Zusammenspiels der Betriebsgefahr mit einer – wenn auch nicht grobfahrlässigen – Pflichtverletzung der Arbeitgeberin. Dieses Zusammenspiel lässt es gerechtfertigt erscheinen, für die Bemessung der Regressforderung der Beschwerdeführerinnen gegen die Beschwerdegegnerin einen allfälligen Schaden intern zwischen der Arbeitgeberin (die sich freilich auf das Privileg berufen kann) und der Beschwerdegegnerin hälftig aufzuteilen. Den hälftigen Anteil, den die Arbeitgeberin ohne Subrogation intern zu tragen hätte und den die Beschwerdegegnerin zufolge des Regressprivilegs nicht erhältlich machen kann, müssen sich die Beschwerdeführerinnen anrechnen lassen.

Bemerkungen

[87] Im konkreten Fall traf die aus Art. 97 OR i.V.m. Art. 328 OR haftbare Arbeitgeberin des B (C. AG) nur ein leichtes Verschulden, wogegen die Betreiberin der Rohrleitungsanlage (D. AG) keinerlei Verschulden traf, sie also nur die mit der Anlage verbundene Betriebsgefahr zu vertreten hatte. Für solche Fälle kommt nach dem referierten Entscheid die Stufenordnung des Art. 51 Abs. 2 OR nicht zum Tragen, sondern bestimmt sich der Regress ausschliesslich nach Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR, also nach Ermessen des Richters (E. 5.5). Daraus hat ein Teil der Lehre geschlossen, Entsprechendes gelte auch bei Konkurrenz einer *gewöhnlichen* (milden) Kausalhaftung

mit einer Vertragshaftung, Art. 51 Abs. 2 OR komme somit generell nicht zum Tragen, wenn eine Kausalhaftung mit einer Vertragshaftung konkurriert und den aus Vertrag Haftpflichtigen nur ein leichtes Verschulden trifft.⁵³ Das Bundesgericht hat jedoch in BGE 146 III 362 E. 7.4.2 diese Auffassung zurückgewiesen. Daher ist beispielsweise der Regress auf einen aus Art. 58 OR Haftpflichtigen auch bei leichter Fahrlässigkeit des aus Vertrag Verpflichteten regelmässig ausgeschlossen bzw. nur zulässig, wenn besondere Umstände (z.B. eine Notlage des Letzteren) einen Regress – nach Art. 51 Abs. 1 OR – rechtfertigen.

[88] M.E. ist dem Bundesgericht, soweit es an der Anwendung von Art. 51 Abs. 2 OR auf gewöhnliche Kausalhaftungen festhält, zuzustimmen. Hingegen geht BGE 144 III 319 mit Bezug auf den Regress zwischen einem Gefährdungs- und einem aus Vertrag Verpflichteten zu wenig weit: Wie andernorts⁵⁴ näher ausgeführt, sollte die Stufenordnung im Verhältnis eines Gefährdungshaftpflichtigen zu einem Vertragshaftpflichtigen *generell* nicht zum Tragen kommen. Art. 60 Abs. 2 SVG sagt dies für die Gefährdungshaftung des Motorfahrzeughalters (Art. 58 Abs. 1 SVG), und es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb es sich bei anderen Gefährdungshaftungen anders verhalten sollte.⁵⁵ Der Regress bestimmt sich somit ausschliesslich nach Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR bzw. nach «freiem» Ermessen des Richters. Im Regelfall wird eine – nicht unbedingt hälftige – Schadensteilung angemessen sein. Den aus Vertrag Haftpflichtigen den ganzen Schaden tragen zu lassen, dürfte wohl nur in Frage kommen, wenn ihn ein grobes Verschulden trifft.⁵⁶

[89] Wo allerdings das grobe Verschulden den Kausalzusammenhang zwischen der die Gefährdungshaftung rechtfertigenden Betriebsgefahr und dem Schadensereignis unterbrochen hat, geht der ganze Schaden von vornherein zu Lasten des aus Vertrag Haftbaren, weil er im Aussenverhältnis als Einziger haftet und sich damit die Regressfrage gar nicht stellt (vgl. BGE 146 III 362 E. 7, wo es allerdings um eine gewöhnliche Kausalhaftung [Art. 58 OR] ging). Die unterbrechende Wirkung ist die Regel. Ausnahmen finden sich u.a. in Art. 5 KHG (grobe Fahrlässigkeit hat – anders als Absicht – nicht eo ipso unterbre-

chende Wirkung) und Art. 33 Abs. 2 RLG (grobem Verschulden kommt generell keine unterbrechende Wirkung zu).

[90] Das Regressprivileg von Art. 75 Abs. 2 ATSG ist nicht auch Haftungsprivileg, es hindert daher den geschädigten Arbeitnehmer nicht, den Arbeitgeber im Aussenverhältnis zu belangen. Die Haftung beschränkt sich freilich auf den direkten, also den vom Regressrecht der Sozialversicherungsträger nicht erfassten Schaden.

⁵³ FRANZ WERRO/VINCENT PERRITAZ, La remise en cause de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO, AJP 2018, 1179 ff., 1184; THOMAS GROB/HANS CASPAR VON DER CRONE, Relativierung der Regressordnung nach Art. 51 Abs. 2 OR, SZW 2019, 83 ff., 90.

⁵⁴ KOLLER (FN 1), N 75.159.

⁵⁵ So auch – sehr prägnant – KELLER (FN 39), 188, und neuerdings eingehend GION CHRISTIAN CASANOVA, Ausgleichsanspruch und Ausgleichsordnung – Die Regressregelung von Art. 51 OR, Zürich 2010, 155 ff., 203 ff., 210 ff.

⁵⁶ MANUEL JAUN, Die haftpflicht- und privatversicherungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018, ZBJV 2020, 168 ff., 178.